

SENTENCIA

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

Partes

Alienergy S.A.

contra

Álvaro José Márquez y Gestión Orgánica GEO S.A.S. E.S.P

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso.

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2013-801-157

Duración del proceso

266 días¹

I. ANTECEDENTES

1. El 10 de enero de 2014 se admitió la demanda.
2. El 27 de marzo se cumplió el trámite de notificación.
3. El 25 de abril de 2014 se celebró la audiencia judicial convocada por el Despacho.
4. El 16 de enero de 2015 las partes presentaron los alegatos de conclusión.
5. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. PRETENSIONES

La demanda presentada por Alienergy S.A. contiene las pretensiones que se exponen a continuación:

1. 'Que se declare que el socio Álvaro José Márquez Tejada ha ejercido el derecho de voto en forma abusiva causando un grave perjuicio para la compañía y para los otros accionistas de conformidad con el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 y los hechos de la demanda, desde el momento en que ha venido votando desfavorablemente la capitalización de la sociedad en las diferentes asambleas generales de accionistas realizadas desde el 3 de julio de 2012 hasta el 5 de septiembre de 2013.
2. 'Que se declare la nulidad absoluta del voto abusivo realizado por el socio Álvaro José Márquez Tejada, en la asamblea general de accionistas

¹ Este término se cuenta, en días hábiles, 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.

efectuada el 5 de septiembre de 2013 y contenida en el acta No. 16, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 y los hechos de la demanda en lo referente al aumento del capital social.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Alienergy S.A. ha iniciado este proceso para controvertir las actuaciones desplegadas por Álvaro José Márquez, en su calidad de accionista minoritario de Gestión Orgánica GEO S.A.S. Según se afirma en la demanda, el señor Márquez ha ejercido en forma abusiva su derecho de voto, al impedir reiteradamente la celebración de un proceso de emisión primaria de acciones de la compañía. En sustento de lo anterior, el apoderado de Alienergy S.A. ha puesto de presente que las actuaciones del demandado ‘afecta[n] la estructura financiera de la sociedad y pone[n] en peligro la sostenibilidad de la misma, transgrediendo los intereses de la compañía, lo que sin duda alguna, constituye un voto abusivo, del cual se deriva un grave perjuicio [...]’. (vid. Folio 7). A su vez, la apoderada del demandado ha sostenido que el ejercicio del veto por parte del señor Márquez obedeció no sólo a preocupaciones legítimas acerca de la necesidad de la capitalización, sino también a la carencia de suficiente información sobre las diferentes propuestas sometidas a consideración de los accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S.²

Para resolver la controversia suscitada entre las partes, el Despacho presentará, inicialmente, algunas consideraciones acerca del ejercicio derecho de veto.

1. Acerca del ejercicio del derecho de veto

La posibilidad de ejercer derechos de veto es uno de los principales mecanismos de protección de accionistas minoritarios.³ Esta clase de prerrogativas—cuyo origen puede encontrarse en la introducción, por vía legal o estatutaria, de mayorías calificadas o requisitos de unanimidad para la adopción de decisiones en los órganos sociales—hace posible que los minoritarios participen en la gestión de los negocios de la compañía. Por ejemplo, un asociado podrá invocar su derecho de veto cuando albergue cuestionamientos legítimos acerca de la conveniencia financiera de una determinada operación o no cuente con suficientes datos para tomar una decisión informada. En casos como éstos, la existencia del veto hará forzoso atender a las objeciones de la minoría, sin que el mayoritario pueda imponer su voluntad de manera unilateral.

El derecho de veto también permite contrarrestar, con bastante efectividad, el problema de agencia que se presenta entre accionistas mayoritarios y minoritarios en sociedades cerradas.⁴ En verdad, los minoritarios que puedan vetar decisiones sociales contarán con un mecanismo para regular el monto de las rentas privativas (*private benefits of control*) que perciben los accionistas controlantes.⁵ Ello se debe a que la existencia del veto hace imposible que el mayoritario pueda ejercer sus derechos políticos en forma arbitraria, en la medida en que deberá obtener la anuencia de los minoritarios para la adopción de decisiones. Por ejemplo, al sujetar la emisión primaria de acciones a una mayoría calificada pactada en los estatutos, deberán concertarse con los minoritarios los

² Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 16 de enero de 2015, folio 793 del expediente (16:32 - 30:12)

³ FH O’Neal y RB Thompson, *Oppression of Minority Shareholders and LLC Members* (2004, 2ª ed., Thomson West) Sección 9.8.

⁴ L Enriques, H Hansmann y R Kraakman, ‘The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies’ en R Kraakman y otros (eds), *The Anatomy of Corporate Law* (2009, OUP, Oxford) 92-94.

⁵ Esta función del veto es similar a la que pueden cumplir los acuerdos de accionistas, según se explicó en la Sentencia No. 801-16 del 23 de abril de 2013, emitida por este Despacho en el caso de Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros

términos de la operación propuesta. Tales asociados contarán entonces con la posibilidad de bloquear capitalizaciones abusivas, vale decir, aquellas concebidas principalmente para modificar la distribución porcentual del capital suscrito.⁶

Esta función del veto como un mecanismo de protección de minoritarios puede apreciarse también en algunas de las normas legales que consagran mayorías calificadas o requisitos de unanimidad para la aprobación de decisiones, como en el caso de la regla contenida en el último inciso del artículo 3º de la Ley 222 de 1995.⁷ En esta disposición se consagró la obligación de aprobar, por el voto unánime de los asociados presentes en la respectiva reunión, aquellas escisiones en las que se descomponga la simetría en los porcentajes de participación de los asociados de la compañía escindida en la beneficiaria.⁸ Por virtud de este veto de origen legal, los asociados minoritarios podrán oponerse a la celebración de escisiones que tengan por efecto la dilución de sus participaciones porcentuales de capital.

Aunque es claro que los derechos de veto cumplen la importante función económica de resguardar los intereses de los accionistas minoritarios, se ha reconocido también la posibilidad de que esta prerrogativa sea usada abusivamente.⁹ Cuando se emplea el veto en forma desleal—por ejemplo, como un simple instrumento de coerción para extraer, de parte del controlante, concesiones financieras exorbitantes—pueden producirse resultados manifiestamente injustos.¹⁰ De ahí que en los regímenes societarios contemporáneos suelen censurarse los intentos de la minoría por usar el veto en detrimento de la compañía o los demás asociados.¹¹ En Francia, por ejemplo, puede invocarse la figura del abuso de minoría (*abus de minorité*) en aquellos casos en los que un accionista bloquee una operación con el fin de obtener un provecho económico a expensas del interés social.¹² Sin embargo, para que pueda predicarse un abuso de minoría, algunas cortes francesas exigen que la operación obstaculizada sea de especial trascendencia para la gestión de los negocios de la compañía.¹³ En los Estados Unidos, por su parte, el uso oportunista del derecho de veto ha sido entendido como una violación de los deberes fiduciarios que el minoritario le debe tanto al controlante como a la sociedad.¹⁴ Es posible entonces que el minoritario actúe en contra de sus deberes cuando

⁶ Para un análisis de la capitalización abusiva y la usurpación de participaciones sociales (*equity tunnelling*) puede verse la Sentencia No. 801-16 del 23 de abril de 2013, emitida por esta Superintendencia en el caso de Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A.

⁷ Otro ejemplo puede encontrarse en la mayoría calificada consagrada en el numeral 5 del artículo 420 del Código de Comercio para la emisión de acciones sin sujeción al derecho de preferencia.

⁸ Según lo previsto en artículo citado en el texto principal, ‘los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquélla, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participación diferente.

⁹ FH Easterbrook y D Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991, Harvard University Press, Boston) 248.

¹⁰ Z Goshen ha analizado en detalle los problemas económicos que se presentan cuando el derecho de veto es ejercido en forma desleal, es decir, con el propósito de favorecerse a expensas de la compañía o los demás asociados (Voting (Sincerely) in Corporate Law (2001) 2 THEORETICAL INQ IN L 815). En sentido análogo, L Enriques, G Hertig y H Kanda han puesto de presente que el otorgamiento de derechos de veto respecto de operaciones con sociedades vinculadas al mayoritario podría dar lugar a que los minoritarios bloqueen operaciones justas con fines extorsivos (*minority holdup*) (‘Related-Party Transactions’ en R Kraakman y otros (eds.) (2009) 180).

¹¹ FH O’Neal y RB Thompson (2004) 9-23.

¹² P Le Cannu y B Dondero, *Droit des Sociétés* (4ª ed., 2012, Montchrestien, Paris) 100.

¹³ Sentencia del 16 de diciembre de 2009 de la Sala Civil de la Corte de Casación.

¹⁴ FH O’Neal y RB Thompson (2004) 9-20.

emplea el veto para extorsionar a los demás asociados, con miras a lucrarse personalmente.¹⁵

Ahora bien, en la legislación societaria colombiana se han previsto criterios bastante definidos para establecer si la minoría ha actuado en forma reprochable.¹⁶ Según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, 'se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada'. En este punto es relevante señalar que la regla del artículo 43 ha sido empleada por este Despacho para juzgar la existencia de abusos de mayoría en la aprobación de procesos de capitalización,¹⁷ la retención de utilidades¹⁸ y la remoción de administradores.¹⁹ En estos casos, para reprender la conducta abusiva de los mayoritarios, se hizo énfasis en que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista controlante se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados. Debe advertirse que esta pauta de conducta resulta

¹⁵ Cfr., por ejemplo, el caso de Smith v. Atlantic Properties (12 Mass. App. Ct 201, 422 N.E.2d 798, 1981). También es relevante consultar el caso de Luck Continent Ltd v Cheng Chee Tock Theodore [2013] 4 HKLRD 181 (Hong Kong CA), en el cual una corte de Hong Kong censuró las actuaciones de un accionista minoritario.

¹⁶ Este Despacho ya se ha pronunciado, aunque brevemente, acerca de la posibilidad de que el derecho de veto sea usado en forma abusiva. Según se dijo en el caso de Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros, 'en la práctica, el convenio de voto estudiado les confiere a [los accionistas minoritarios] un derecho de veto respecto de cualquier proceso de capitalización que se proponga adelantar Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. El ejercicio desmedido o inadecuado de esa prerrogativa podría dar lugar a la iniciación de procesos judiciales por abuso del derecho' (sentencia No. 801-16 del 23 de abril de 2013).

¹⁷ Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A (sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014) ('[...] la capitalización controvertida en este proceso estuvo dirigida, principalmente, a despojar a CAHC de su mayoría accionaria en CAH Colombia S.A., en un aparente intento por evitar que la compañía china le vendiera su bloque mayoritario a un tercero diferente del señor Pinzón. [...] el Despacho encontró, en las pruebas aportadas por las partes, suficientes indicios para cuestionar la rectitud de ánimo del señor Pinzón al aprobar las operaciones objeto de este proceso. [...] el patrón de conducta analizado—la aprobación de una emisión primaria sin sujeción al derecho de preferencia, en una reunión por derecho propio, con los accionistas minoritarios como únicos destinatarios de la correspondiente oferta de suscripción, en medio de un conflicto intrasocietario respecto del control de CAH Colombia S.A.—no encuentra justificación en las necesidades de liquidez invocadas por la sociedad demandada, particularmente en vista de las diferentes propuestas de financiación discutidas entre el señor Pinzón y CAHC a finales del año 2011').

¹⁸ Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S. (sentencia No. 800-44 del 18 de julio de 2014) ('Los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., movidos por sus diferencias con Isabel Cristina Sánchez, han decidido, repetidamente, abstenerse de repartir las cuantiosas utilidades generadas por la compañía [...] luego de revisar las numerosas pruebas aportadas por las partes, el Despacho no pudo corroborar la existencia de proyectos que justifiquen la retención reiterada de las utilidades generadas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S [...] la conducta de los mayoritarios ha estado orientada por la finalidad de privar a Isabel Cristina Sánchez de las utilidades generadas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., en represalia por la posible violación de un pacto de exclusividad para la prestación de servicios de conmutación de multas de tránsito').

¹⁹ Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S (sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013) ('la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. se consumó de manera intempestiva y en el curso de un conflicto intrasocietario, poco tiempo después de que Edwin Gil Tobón hiciera efectivo el mecanismo de información descrito en el acápite precedente, con el efecto de que Serviucis S.A. fue reemplazado por un director vinculado al bloque de accionistas mayoritarios liderado por Mauricio Vélez Cadavid. Se trata, a todas luces, de un patrón de conducta que denota una intención premeditada de perjudicar a Serviucis S.A. y, correlativamente, procurar que el bloque mayoritario pudiera ejercer un control irrestricto sobre la operación de NCSC S.A.S. Debe concluirse, pues, que el bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid ejerció el derecho de voto de una manera que desborda el límite de lo permisible bajo el ordenamiento jurídico colombiano').

igualmente relevante al momento de juzgar la manera en que un accionista minoritario ha usado el derecho de veto. En efecto, tal y como lo dispone el artículo 43 de la referida Ley 1258, un asociado minoritario actuará en forma abusiva cuando se valga del veto para ocasionar un daño u obtener una ventaja injustificada. Claro que, al igual a como ocurre con el abuso de mayoría, los asociados que propongan una acción por el ejercicio irregular del derecho de veto deben satisfacer una elevada carga probatoria.²⁰ Para acreditar que se produjo un abuso de esta naturaleza, debe demostrarse entonces que las actuaciones del minoritario estuvieron motivadas por alguna de las finalidades ilegítimas antes referidas.

En vista de lo expresado, parece perfectamente admisible que un minoritario ejerza el veto con fundamento en cuestionamientos razonables acerca de la conveniencia de una operación. Tampoco parece reprochable usar el veto para hacerle frente a conductas opresivas del accionista controlante, tales como las que se presentan bajo la denominada exclusión inducida (*squeeze-out* o *freeze-out*).²¹ Bajo esta última hipótesis, el veto cumpliría su ya explicada función como uno de los principales mecanismos de protección de accionistas minoritarios. Por el contrario, puede pensarse que actúa en forma abusiva el accionista que, movido por diferencias personales con el controlante, bloquea en forma reiterada la adopción de decisiones sociales sin una justificación discernible. También puede ser abusivo el veto que busque entorpecer la gestión de los negocios sociales para favorecer, en forma subrepticia, a una sociedad competidora en la que el minoritario detente una participación significativa de capital.

Dicho lo anterior, debe llamarse ahora la atención sobre las dificultades conceptuales que conlleva restringir, por vía judicial, el ejercicio del derecho de veto.²² El problema radica en que cualquier límite que se imponga respecto del uso de esta prerrogativa puede desdibujar su función como mecanismo de protección de asociados minoritarios. Si el juez no tiene en cuenta factores tales como la finalidad para la cual fue conferido el veto o el trasfondo real de las relaciones entre los asociados, podrían frustrarse las expectativas económicas legítimas de los minoritarios. Puede ocurrir entonces que un asociado quede indefenso ante la conducta oportunista del controlante, a pesar de haber convenido protecciones estatutarias (p.ej. un sistema de mayorías calificadas) como una condición indispensable para invertir en la compañía.²³ Es claro, pues, que el juicio que se haga de la conducta del minoritario dependerá de la circunstancias particulares de cada caso.

2. El caso de Gestión Orgánica GEO S.A.S.

La demanda de Alienergy S.A. está basada en la idea de que el ejercicio del derecho de veto por parte del señor Márquez constituyó un abuso de minoría.²⁴ El

²⁰ Para un análisis sobre la asignación de la carga probatoria en procesos de abuso del derecho de voto por mayoría, cfr. los casos de Alexander Rodríguez contra Jannas Grupo Empresarial S.A.S. y otros (sentencia No. 801-81 del 20 de noviembre de 2014) y de Operaciones Técnicas Marinas (O.T.M.) S.A.S. contra Ferrocem Alquimar (Ferroalquimar) S.A (sentencia No. 800-78 del 14 de noviembre de 2014).

²¹ Para una explicación de esta figura, cfr. la sentencia No. 800-44 del 18 de julio de 2014.

²² FH Easterbrook y D Fischel (1991) 248.

²³ Id.

²⁴ El señor Márquez, titular del 40% de las acciones de Gestión Orgánica GEO S.A.S., puede vetar todas las decisiones que se sometan a consideración de la asamblea general de accionistas de la compañía por virtud de la mayoría calificada del consagrada en artículo 29 de los estatutos sociales, según el cual, 'las decisiones de la asamblea se adoptarán con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos el 81% de las acciones con derecho a voto presentes en la respectiva reunión'.

principal fundamento de esta postura está relacionado con la necesidad urgente de capitalizar a Gestión Orgánica GEO S.A.S., a fin de atender los múltiples requerimientos ambientales de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca. En criterio del apoderado de la demandante, de no obtenerse los recursos objeto de la capitalización, se haría imposible continuar con el desarrollo del objeto social de Gestión Orgánica GEO S.A.S. Ante esta imperiosa necesidad de procurar una inyección de capital, Alienergy S.A. considera que el señor Márquez ha actuado en forma arbitraria, en contra de los intereses de Gestión Orgánica GEO S.A.S., al oponerse de modo reiterado a la capitalización propuesta (vid. Folios 6 a 8).²⁵

Así las cosas, para establecer si en el presente caso se ha presentado un abuso de minoría, será preciso analizar tanto los fundamentos invocados para proponer la emisión primaria de acciones a que se ha hecho referencia, como las razones expresadas por el señor Márquez para oponerse a tal operación.

A. Las investigaciones adelantadas por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca

Como ya se dijo, el caso presentado por Alienergy S.A. se basa en la necesidad de capitalizar a Gestión Orgánica GEO S.A.S., con el propósito de financiar las adecuaciones exigidas por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CARC). Una vez revisadas las pruebas disponibles, el Despacho pudo establecer que, en efecto, la CARC ha adoptado diferentes medidas con respecto a la actividad de compostaje adelantada por Gestión Orgánica GEO S.A.S. La primera decisión de la CARC que resulta relevante para el presente proceso está consignada en la Resolución No. 139 del 31 de julio de 2013.²⁶ Tal y como puede apreciarse en el texto de esa providencia, durante una visita a las instalaciones de la planta de compostaje administrada por Gestión Orgánica GEO S.A.S, la CARC estableció que la actividad desarrollada por la compañía estaba generando un impacto ambiental negativo. Según se expresa en la Resolución No. 139, 'existe afectación grave a los recursos agua, suelo y paisaje principalmente [...]. [E]xiste una alteración al recurso suelo, debido al proceso de saturación al cual es sometido, ya que no está impermeabilizado [...]. El manejo inadecuado del proceso de compostaje puede afectar la microfauna y microflora [...]. La calidad del aire en el área de influencia del predio [...] se ve afectada por la emisión de olores ofensivos [...]' (vid. Folios 97 y 98).

En vista de las circunstancias antes mencionadas, la CARC le ordenó a Gestión Orgánica GEO S.A.S. suspender, en forma inmediata, las actividades de disposición de residuos que se cumplían en la planta de la sociedad. Según lo expresado en la Resolución No. 139, la orden impartida por la CARC estaría vigente hasta el momento en que Gestión Orgánica GEO S.A.S. acreditara el cumplimiento de diversas medidas para remediar las irregularidades detectadas. Entre los correctivos exigidos por la CARC pueden mencionarse el tratamiento de los suelos del área de compostaje, la instalación de cubiertas y áreas de almacenamiento, la creación de sistemas especiales de tratamiento de líquidos y el diseño de programas de mejoramiento ambiental (vid. Folio 108).

Ahora bien, durante una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S. celebrada el 5 de septiembre de 2013 se discutió el impacto que podría tener la suspensión de actividades ordenada por la CARC. En el curso de las deliberaciones, el representante legal

²⁵ Según se afirma en la demanda, la 'actitud arbitraria del socio que se niega a dar su voto favorable a la forzosa capitalización que requiere la compañía [...] se considera un total abuso del derecho a la luz de nuestra legislación colombiana' (vid. Folio 6).

²⁶ Existen otras medidas anteriores a la capitalización que no parecen ser relevantes para los efectos del presente proceso.

de Gestión Orgánica GEO S.A.S. manifestó que era indispensable adelantar un proceso de capitalización para cumplir con tales requerimientos, debido a que el cierre de la planta de compostaje le generaría cuantiosos perjuicios a la sociedad (vid. Folios 252). En respuesta a las intervenciones del representante legal de Gestión Orgánica GEO S.A.S., la apoderada de Alienergy S.A. propuso adelantar un proceso de emisión de acciones para recaudar \$1.000.000.000. Sin embargo, el señor Márquez ejerció su derecho de veto para impedir que se aprobara la operación propuesta. Según consta en el acta No. 16, el señor Márquez manifestó que ‘no está de acuerdo con la capitalización hasta tanto la gerencia no presente de manera adecuada y con la debida anticipación el proyecto que sustente dicha capitalización de manera idónea y acertada [...]’ (id.). Ante las afirmaciones del señor Márquez, la apoderada de Alienergy S.A. expresó lo siguiente: ‘Alienergy solicita que se realice la capitalización inmediata para el levantamiento de la medida preventiva y para las inversiones necesarias para el buen funcionamiento de la compañía ya que ésta no cuenta con los recursos necesarios ni con posibilidades de financiación. Alienergy considera que el informe presentado por el gerente es suficiente para aprobar la capitalización propuesta’ (vid. Folio 254).

El 17 de octubre de 2013—es decir, poco más de un mes después de la reunión en la que se rechazó la capitalización de Gestión Orgánica GEO S.A.S.—la CARC decidió levantar la medida preventiva que había impuesto por virtud de la Resolución No. 139. Para tal efecto, según consta en la Resolución No. 219, se adujo que ‘las condiciones a las cuales estaba sometida la vigencia de la medida preventiva [...] han sido cumplidas’ (vid. Folio 143). En la misma Resolución No. 219 se estableció, adicionalmente, que Gestión Orgánica GEO S.A.S. debía cumplir con ciertas obligaciones, incluidas las de sembrar nuevos árboles, llevar a cabo mantenimientos preventivos y recuperar una porción de la ronda de protección del Río Bogotá (vid. Folio 144).

El 6 de diciembre de 2013 se celebró una nueva reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S. En esa oportunidad, los accionistas de la compañía discutieron tres propuestas diferentes para superar sus diferencias, vale decir, aprobar la capitalización a que se ha hecho referencia, proceder a la disolución y liquidación de la sociedad o pactar las condiciones para una compra o venta de acciones entre Alienergy S.A. y el señor Márquez (vid. Folio 279). La apoderada de Alienergy S.A. puso de manifiesto su interés en llevar a cabo la capitalización, para lo cual, en su calidad de presidenta de la reunión, aludió a las pérdidas generadas por la compañía, así como al costo que implicaría cumplir con las recomendaciones efectuadas por la CARC en la Resolución No. 219 del 17 de octubre de 2013 (id.). Por su parte, el señor Márquez optó por la disolución o la compraventa de acciones, en tanto en cuanto había perdido ‘el interés de continuar con la sociedad’ (id.). En vista de que los accionistas no llegaron a un acuerdo sobre las diferentes propuestas antes mencionadas, se aprobó recaudar más información acerca de los costos de la disolución y ordenarle al representante legal que preparara una ‘proyección de rentabilidad de la capitalización para un posible traslado de la planta’ (vid. Folio 280). Adicionalmente, Alienergy S.A. y el señor Márquez iniciaron negociaciones para que este último le vendiera su participación accionaria en Gestión Orgánica GEO S.A.S. a aquella sociedad. Durante una reunión asamblearia posterior, celebrada el 21 de enero de 2014, se acordó que si los accionistas no llegaban a un acuerdo respecto de una propuesta de compraventa que había formulado Alienergy S.A., el representante legal de Gestión Orgánica GEO S.A.S. habría de presentar un estudio sobre la posible liquidación de la compañía (vid. Folio 284).

B. Acerca de las razones esgrimidas por el señor Márquez para oponerse a la capitalización

Es preciso ahora examinar las razones invocadas por el demandado para justificar el ejercicio de su derecho de veto. Una vez revisadas las actas de la asamblea general de accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S., el Despacho pudo constatar que el señor Márquez impidió la capitalización de la compañía en cuatro oportunidades diferentes, vale decir, durante las reuniones del 3 de julio y del 3 de diciembre de 2012, así como en las del 26 de marzo y 5 de septiembre de 2013. Para tal efecto, se dijo que las capitalizaciones propuestas no guardaban relación con los requerimientos formulados por la CARC y que el demandado no contaba con suficiente información acerca de tales operaciones.

Por una parte, durante el interrogatorio practicado por el Despacho, el señor Márquez afirmó que, 'el proyecto que presentaron [en la reunión de asamblea del 3 de diciembre de 2012] era una capitalización para una planta de Alicachín [...]. GEO nunca tuvo una planta o proyecto en Alicachín [...]. Entonces, en razón de que ese proyecto era desconocido para la empresa y no se presentaron soportes adecuados para esa inversión, el voto mío fue desaprobando esa capitalización [...]'.²⁷ Adicionalmente, el demandado expresó lo siguiente respecto de la capitalización propuesta el 26 de marzo de 2013: 'Álvaro José Márquez manifiesta que no considera necesario una capitalización, debido a que hoy la sociedad genera utilidades anuales superiores a 200 millones de pesos y sugiere solo unas modificaciones de tipo operativo que son necesarias para el mejoramiento de la planta actual, por lo cual su voto ante la capitalización es negativo. El accionista además manifiesta que la capitalización presentada en la asamblea extraordinaria citada en el mes de diciembre, incluye la compra de unos predios y la inversión en una planta en el sur de la ciudad llamada Alicachín, proyecto que no fue presentado en detalle' (vid. Folio 63). Por lo demás, en cuanto a la capitalización analizada durante la asamblea del 5 de septiembre de 2013, el señor Márquez señaló que 'yo propuse aplazar la decisión de capitalización ya que necesitábamos mayor información para aceptar una capitalización de ese tipo, ya que [...] no se habían presentado adecuadamente los proyectos de capitalización. Siempre se ponían unas cifras sobre la mesa y sin mayor explicación querían que se le diera aprobación. [...] fui reiterativo en sugerir realizar una asamblea extraordinaria a la mayor brevedad posible pero con un proyecto bien sustentado y bien aprobado'.²⁸

(i) Relación entre las capitalizaciones y los requerimientos de la CARC

Para valorar los argumentos presentados por el señor Márquez, lo primero que debe decirse es que tres de las capitalizaciones objetadas se debatieron en la asamblea general de accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S. antes de que la CARC impusiera la primera de las medidas preventivas mencionadas en la demanda. En efecto, mientras que los requerimientos de la CARC fueron plasmados en la Resolución No. 139 del 31 de julio de 2013, las emisiones primarias en cuestión se propusieron durante reuniones asamblearias celebradas los días 3 de julio y 3 de diciembre de 2012 y 26 de marzo de 2013. Esta circunstancia podría tomarse como un indicio de que las capitalizaciones debatidas durante las mencionadas sesiones asamblearias no estuvieron relacionadas con el cumplimiento de las órdenes impartidas por la CARC.

Es posible, sin embargo, que los accionistas o administradores de Gestión Orgánica GEO S.A.S. se hubieran anticipado a los requerimientos que habría de

²⁷ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 29 de mayo de 2014, folio 513 del expediente (20:45 – 22:15)

²⁸ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 29 de mayo de 2014, folio 513 del expediente (25:28 – 27:29).

formular la CARC. De ser ello cierto, las tres capitalizaciones analizadas podrían haber obedecido a la necesidad de adecuar las instalaciones de la compañía para evitar la intervención administrativa de la referida entidad, tal y como lo ha planteado Alienergy S.A.²⁹ A pesar de lo anterior, una revisión de las actas concernientes permite concluir que las capitalizaciones en comento no buscaron atender, en forma preliminar, las órdenes que habría de impartir la CARC. En la reunión extraordinaria del 3 de julio de 2012, por ejemplo, se propuso una capitalización de \$500.000.000 para 'llevar a cabo 2 proyectos de aprovechamiento de residuos, uno en Cajicá y otro en la planta de Alicachín' (vid. Folios 220 y 221). Algo similar se dijo durante la sesión asamblearia del 3 de diciembre de 2012 para justificar una inyección de capital por \$500.000.000, cuyo importe sería utilizado para 'el montaje de una planta en Alicachín, con el fin de manejar 10 a 15 mil toneladas de productos recibidos y 3 mil toneladas de compost' (vid. Folio 240). Finalmente, en la reunión ordinaria del 26 de marzo de 2013, se propuso la consecución de nuevos recursos, sin especificar una cifra determinada, para 'permitir la continuación del funcionamiento óptimo de la planta y a su vez permitir su crecimiento [...]' (vid. Folio 248).

Así las cosas, parece suficientemente claro que las capitalizaciones propuestas durante las reuniones de la asamblea general de accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S. celebradas entre el 3 de julio de 2012 y el 26 de marzo de 2013 no guardaron relación con las medidas impuestas por la CARC en julio de 2013.

Ahora bien, según lo expuesto en el acápite anterior, en la sesión asamblearia del 5 de septiembre de 2013 sí se hizo referencia expresa a la Resolución No. 139 de la CARC. En verdad, la apoderada de Alienergy S.A. propuso una inyección de capital por \$1.000.000.000 con fundamento en que 'la empresa debe ser capitalizada de manera urgente e inmediata ya que contra [ella] existe una medida preventiva que se debe levantar' (vid. Folio 253). A pesar de lo anterior, el Despacho pudo establecer que la cuantía de la capitalización propuesta no guardó relación con la estimación del representante legal de Gestión Orgánica GEO S.A.S. respecto de los gastos en que habría de incurrir la compañía para cumplir con las órdenes de la CARC. En efecto, el citado administrador presentó un informe en el que cuantificó el costo de acatar las exigencias de la CARC en un rango de entre \$250.574.960 y \$272.849.960 (vid. Folios 267 a 269). Es decir que la capitalización propuesta por la apoderada de Alienergy S.A. no parece haber obedecido exclusivamente a la necesidad de darle cumplimiento a lo expresado por la CARC.

En este sentido, la suma de \$1.000.000.000 mencionada por la apoderada de Alienergy S.A. parece guardar mayor relación con los recursos requeridos para financiar un proyecto de expansión descrito por el representante legal de Gestión Orgánica GEO S.A.S. durante la misma reunión del 5 de septiembre. Bajo esta propuesta, se dispondría de \$1.264.149.000 para mejorar las instalaciones de la sociedad o \$1.722.148.869 en la construcción de una nueva planta (vid. Folio 264). Una inversión de similares características fue propuesta por una ingeniera ambiental contratada por la sociedad, en cuyo criterio debían invertirse \$1.177.080.465 para 'realizar un proceso de compostaje óptimo y eficiente en la planta actual o futuras plantas de la sociedad' (vid. 584).³⁰

²⁹ Durante la reunión asamblearia del 5 de septiembre de 2013, la apoderada de la sociedad demandante expresó lo siguiente: 'Alienergy solicita votar para una capitalización de mil millones de pesos, la cual se viene solicitando desde principios de este año (enero) y que si se hubiese hecho a tiempo no se hubiera presentado la medida preventiva actual que tiene sin operación a la planta y causándole unos altos perjuicios' (vid. Folio 254).

³⁰ En el mismo informe se dice que 'las inversiones en que incurra GEO para el cumplimiento de lo requerido por la CAR para el levantamiento de la medida [...] sólo se deberían realizar siempre y

La simple lectura de los documentos mencionados en el párrafo anterior es suficiente para concluir que tanto en la propuesta del representante legal como en la de la ingeniera ambiental se incluyeron gastos que no guardaban una relación directa con las órdenes de la CARC, como, por ejemplo, la compra de vehículos automotores y una inversión en 'imagen corporativa' (vid. Folios 264 y 584). Esta última aseveración encuentra sustento también en el informe preparado por la agróloga Julia Elvira Castellanos, para quien 'de los \$1.177.080.465 de inversión planteados [...], no más del 10% de este monto estaría orientado a cumplimientos de requisitos CAR' (vid. Folio 605).

(ii) Carencia de suficiente información sobre las capitalizaciones

Otro de los argumentos utilizados por el señor Márquez para oponerse a la capitalización de Gestión Orgánica GEO S.A.S. consistió en que carecía de suficiente información para estudiar adecuadamente la conveniencia de las operaciones proyectadas. Sobre este punto debe decirse que algunos de los cuestionamientos del señor Márquez fueron repetidos por el perito designado por el Despacho para calcular los perjuicios derivados de la imposibilidad de capitalizar a la compañía. Una vez revisada la contabilidad de la sociedad, el referido experto encontró, por ejemplo, que 'la contabilidad no se lleva en debida forma y [...] no reúne las características de confiabilidad y utilidad' (vid. Folio 665). En el informe presentado ante el Despacho se afirmó también que 'los estados financieros de Gestión Orgánica GEO S.A.S. no reflejan la verdadera situación financiera de la compañía' (vid. Folio 666). Tales circunstancias le sirvieron de base al mencionado perito para sostener que la información financiera registrada en los libros de la sociedad no era suficientemente confiable como para 'realizar cálculos o proyecciones [...] de probables utilidades futuras (lucro cesante) o de determinación de un posible daño emergente' (vid. Folio 655). De ahí que, en la sección de conclusiones, el perito hubiese manifestado que 'no es posible determinar los presuntos perjuicios por daño emergente y lucro cesante' (vid. Folio 666).

En este orden de ideas, debe recordarse que los perjuicios reclamados por Alienergy S.A. están basados en 'el lucro cesante de la sociedad GEO como consecuencia de la medida preventiva impuesta por la CAR mediante la Resolución 139 del 31 de julio de 2013 [...] junto con la afectación patrimonial que sufre Gestión Orgánica GEO S.A.S., por no efectuar y ajustar sus procesos a los términos de un manejo ambiental [...] ' (vid. Folio 3). Es decir que los perjuicios mencionados en la demanda están atados a la necesidad de capitalizar a Gestión Orgánica GEO S.A.S., con el objetivo de cumplir con los requerimientos ambientales a que se hecho alusión. Con todo, si el perito experto designado por el Despacho no pudo establecer la razonabilidad financiera de la inyección de capital propuesta, parece a lo menos factible que el señor Márquez hubiera albergado dudas sobre esa operación.

C. Conclusión

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho debe concluir que el señor Márquez no actuó en forma abusiva al votar en contra de la capitalización de Gestión Orgánica GEO S.A.S. durante las reuniones asamblearias celebradas entre el 3 de julio de 2012 y el 5 de septiembre de 2013. Ciertamente, las razones invocadas por el señor Márquez para ejercer su derecho de veto no sólo son verosímiles, sino que, además, encuentran asidero en las diferentes pruebas

cuando se tome la decisión de seguir trabajando en el mismo predio por un tiempo que permita el retorno de la inversión o de lo contrario invertirlo en un nuevo lugar donde se pueda ejecutar la actividad económica sin ninguna restricción' (vid. Folio 585).

recaudadas durante el curso del presente proceso. También debe advertirse que las propuestas de capitalización estudiadas por el Despacho no parecen haber obedecido exclusivamente a la necesidad de cumplir con las órdenes de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca. En este sentido, las pruebas disponibles denotan el interés de Alienergy S.A. por expandir la capacidad industrial de Gestión Orgánica GEO S.A.S. Aunque la motivación de la demandante es meritoria, no puede perderse de vista que ella misma aceptó conferirle un derecho de veto al señor Márquez respecto de todas las propuestas sometidas a consideración del máximo órgano social.³¹ Al haberse otorgado esa prerrogativa, Alienergy S.A. no puede decidir unilateralmente emprender un ambicioso plan de expansión en Gestión Orgánica GEO S.A.S., sin haber concertado los términos de ese proyecto con el señor Márquez.

La conclusión expresada en el párrafo anterior no significa que el señor Márquez pueda usar su derecho de veto en forma arbitraria. En verdad, como ya se explicó, esa prerrogativa no podrá ser empleada con el fin de ocasionar un daño o para obtener una ventaja injustificada, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. En el presente caso, sin embargo, el señor Márquez demostró que su conducta estuvo orientada por cuestionamientos legítimos sobre la necesidad de capitalizar a Gestión Orgánica GEO S.A.S. Es por ello que el Despacho puede concluir, sin formular consideraciones adicionales, que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

D. Hechos acaecidos con posterioridad a las capitalizaciones estudiadas

Mientras se cumplían las negociaciones entre Alienergy S.A. y el señor Márquez, la CARC emitió una nueva orden, mediante la Resolución No. 73 del 7 de marzo de 2014, para que Gestión Orgánica GEO S.A.S. suspendiera sus actividades de compostaje. En esa providencia, la CARC puso de presente que en noviembre de 2013 se había modificado el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del municipio de Funza en tal forma que Gestión Orgánica GEO S.A.S. no podría continuar operando su planta. Según el texto de la Resolución No. 73, la 'actividad de compostaje no es compatible con los usos del suelo establecidos en el PBOT vigente' (Folio 458). La precitada reforma del Plan Básico de Ordenamiento Territorial llevó a que, durante la reunión ordinaria de la asamblea celebrada el 28 de marzo de 2014, los accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S. discutieran la necesidad de liquidar la compañía (vid. Folio 298).³² A pesar de lo anterior, es posible que la asamblea considere nuevamente la necesidad de capitalizar a la sociedad para trasladar la planta de compostaje a una nueva ubicación. De someterse una propuesta de esta naturaleza ante el máximo órgano social, es claro que el señor Márquez no podrá valerse exclusivamente de las consideraciones presentadas en esta sentencia para oponerse, sin más, a la capitalización de Gestión Orgánica GEO S.A.S.

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

³¹ Este derecho de veto, inicialmente conferido a favor de Alienergy S.A., fue mantenido en los estatutos sociales con posterioridad al momento en que aquella compañía se hizo a una mayoría accionaria en Gestión Orgánica GEO S.A.S. En ese momento también se celebró un acuerdo de parasocial por cuya virtud se le confirieron varias prerrogativas al señor Márquez (vid. Folios 503 al 511).

³² En esa sesión asamblearia, el apoderado del señor Márquez propuso diseñar un 'plan de desmonte' para facilitar el trámite de liquidación, al paso que la representante de Alienergy S.A. insistió en la necesidad de disolver la compañía 'debido a que la planta no puede seguir operando para recepcionar residuos [...] y la sociedad no cuenta con los recursos económicos para el traslado de la planta' (id.).

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 de los demandados y a cargo de la demandante una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

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. Desestimar las pretensiones de la demanda.

Segundo. Condenar en costas a Alienergy S.A. y fijar como agencias en derecho a favor de los demandados y a cargo de la demandante una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

La anterior providencia se profiere a los siete días del mes de mayo de dos mil quince y se notifica en estrados.

El Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

José Miguel Mendoza

Nit: 832.005.633

Exp:0

Rad:2013-01-509934/2015-01-002229

Código Dep: 801

Trámite: 170001

Cod F: M6866