

*República de Colombia*  
*Rama Judicial*  
*Distrito Judicial de Medellín - Antioquia*



*Juzgado Décimo Octavo Civil de Circuito de Oralidad*

<b>PROCESO</b>	Ordinario No. 5
<b>DEMANDANTE</b>	Capicredito S.A. En Liquidación
<b>DEMANDADOS</b>	Generar S.A. E.S.P.
<b>RADICADO</b>	05 001 31 03 003 2009 - 00398 00
<b>INSTANCIA</b>	Primera
<b>PROVIDENCIA</b>	Sentencia No. 312 de 2022
<b>DECISIÓN</b>	Concede pretensiones

*Medellín treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)*

## **I. ASUNTO**

El Despacho abordará el estudio del litigio, atendiendo a las pretensiones y las respuestas ofrecidas por los voceros judiciales de la parte demandada.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. De la pretensión procesal**

#### **1.1. Las partes del proceso**

- a) Como demandante actúa inicialmente la compañía **Capicredito Sociedad Anónima Civil En Liquidación (Nit. 900084509-1)**, quien, posteriormente, y dentro del trámite del proceso, a razón de su escisión, cambió su razón social a la de **Inversiones Ángel Posada S.A.S.** con Nit. **900331930-1** (En los apartes de la sentencia donde se haga referencia a Capicredito S.A. en Liquidación, debe entenderse que ello corresponde actualmente a Inversiones Ángel Posada S.A.S., véase fls. 331).
- b) El lado pasivo está integrado por la sociedad **Generar S.A. E.S.P. (Nit. 811007791-1)**, quién, posteriormente, y dentro del trámite de este proceso, cambió su razón social a la de **Celsia S.A. E.S.P., con Nit. 811030322-7** (En los apartes de la sentencia donde se haga referencia a Generar S.A. ESP, debe entenderse que ello corresponde actualmente a Celsia S.A ESP, véase fls. 343).

## 1.2. Lo pretendido por la Actora

### 1.2.1 Pretensión principal

i) Declarar la existencia del contrato suscrito entre las partes, donde **Generar S.A. ESP**, se obligó a pagarle a **Capicrédito S.A.**, En Liquidación, la suma de \$3.089.791.820.00 en acciones, por un valor intrínseco de \$1.239 por acción a diciembre 31 de 2005.

ii) Declarar que, por la dación en pago convenida, **Generar S.A. ESP**, debió entregarle a **Capicrédito S.A.**, En Liquidación, 2.493.779 acciones, por un valor intrínseco de \$1.239 por acción a diciembre 31 de 2005.

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

iv) Declarar que, al momento en que **Generar S.A. ESP**, le hace entrega a **Capicrédito S.A.**, en Liquidación, de las 2.493.779 acciones a \$776.76 cada una, “...no cumplió totalmente con la obligación proveniente del acuerdo de Dación en pago, ya que la especie no tenía ni el valor convenido, ni representaba el porcentaje accionario...”, respecto de la totalidad de las acciones en circulación de **Generar S.A. ESP**, razón por la cual, para cumplir con éste porcentaje accionario, debió entregar 3.977.795 acciones que, a 31 de diciembre de 2005, estaban a \$776.76 cada una.

v) Declarar el incumplimiento parcial de **Generar S.A. ESP**, en la entrega de una suma total de \$3.089.791.820.00, o en un monto igual en acciones.

vi) Declarar que, al no entregar 1.484.016 de acciones adicionales que a diciembre 31 de 2005 tenían un valor individual de \$776.76, **Capicrédito S.A. En Liquidación**, perdió la oportunidad de venderlas a **Colinversiones S.A.**, en agosto 6 de 2008, dejando de percibir la suma de \$2.485.726.800.00, lo que deberá ser cubierto por **Generar S.A. E.S.P.**, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, desde el 6 de agosto de 2008 hasta la fecha en que quede en firme la sentencia.

### 1.2.2 Pretensión subsidiaria

i) Declarar la existencia del contrato suscrito entre las partes, donde **Generar S.A. ESP**, se obligó a pagarle a **Capicrédito S.A. ESP**. En Liquidación, la suma de \$3.089.791.820.00, en acciones, por un valor intrínseco de \$1.239 por acción a diciembre 31 de 2005.

ii) Declarar que, por la Dación en pago convenida, **Generar S.A. ESP**, debió entregarle a **Capicrédito S.A. ESP en Liquidación**, 2.493.779 acciones, por un valor intrínseco de \$1.239 por acción a diciembre 31 de 2005.

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

iv) Declarar que, al momento en que **Generar S.A. ESP**, le hace entrega a **Capicrédito S.A. en Liquidación**, de las 2.493.779 acciones a \$776.76 cada una, “...no cumplió totalmente con la obligación proveniente del acuerdo de Dación en pago, ya que la especie no tenía ni el valor convenido, ni representaba el porcentaje accionario...”, respecto de la totalidad de las acciones en circulación de **Generar S.A. E.S.P.**

v) Declarar que **Generar S.A. ESP**, solo pagó a **Capicrédito S.A. En Liquidación**, la suma de \$1.937.067.776.00, mediante entrega de 2.493.779 acciones por valor cada una de \$776.76, quedando a deber la suma de \$1.152.724.044.00 o la que se prueba dentro del proceso, para cumplir totalmente su obligación.

vi) Declarar que **Generar S.A. ESP**, le debe **Capicrédit S.A. En Liquidación**, la suma de \$1.152.724.044.00, o la que se prueba dentro del proceso, a partir del 13 de febrero de 2006, más los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, hasta la fecha en que quede en firme la sentencia.

Pide la condena en costas, y que los montos solicitados como condena, se sometan a lo que se determine por el perito dentro del proceso.

### **1.3. De los fundamentos de hecho (Cfr. fls. 1 al 33)**

Se compendian como sigue:

a. Que la sociedad **Generar S.A. ESP**, tiene como objeto social, entre otras, la construcción y puesta en operación de plantas de generación de energía eléctrica aprovechando recursos hídricos; la compra y venta de energía y su

comercialización, prestar servicios técnicos a otras empresas similares, etc.; además, se encuentra inscrita en la Bolsa de Valores de Colombia.

b. Que, en desarrollo de su objeto social, **Generar S.A. ESP**, contrató con la empresa **Núcleos Proyectos y Construcciones S.A.**, la realización de unas obras en el Proyecto Hidroeléctrico Central de Río Piedras, por las cuales quedó debiendo el pago de algunas facturas. En razón a ello, la empresa **Núcleos Proyectos y Construcciones S.A.**, tuvo que demandar a **Generar S.A. ESP**, ante el Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Medellín. No obstante, lo anterior, celebró con el sector financiero un acuerdo amigable de reestructuración, dando origen a un contrato de fiducia mercantil, donde se le entregaron a una entidad fiduciaria los productos o réditos de la generación de energía producida por la Central de Río Piedras.

c. Posteriormente, solicitó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el sometimiento al acuerdo de reestructuración empresarial, reglado por la Ley 550 de 1999, y para ello acreditó algunas deudas pendientes de pagar, así: \$1.240.321.854 a favor de **Núcleos Proyectos y Construcciones S.A.**; \$124.599.431 a favor de **Mecánica de La Peña Colombia Ltda.** y \$14.826.846 a favor de **Túneles y Minería S.A.**; sin embargo, se pudo constatar que en caja, tenía \$3.209.494.081 que podían utilizar para el pago de pasivos o reducir los mismos, por lo tanto, no se estructuraban los supuestos para acceder al régimen de reestructuración empresarial en los términos de la Ley 550 de 1999. Todo lo anterior, demuestra un comportamiento evasivo de **Generar S.A. ESP**, para cumplir con sus acreencias.

d. El 15 de noviembre de 2006, dentro del trámite del proceso de reestructuración empresarial **Generar S.A. ESP**, la sociedad **Núcleos Proyectos y Construcciones Ltda**, que a su vez era deudora de **Capicrédito S.A. En Liquidación**, cedió a esta última a título de dación en pago, los derechos provenientes del laudo arbitral dictado por la Cámara de Comercio de Medellín, lo que le fue notificado el mismo día a **Generar S.A. ESP**.

e. **Capicrédito S.A. En Liquidación**, logró el 6 de febrero de 2007, firmar un acuerdo con **Generar S.A. ESP**, donde se estableció que el monto de la acreencia a pagar por esta última, sería la suma de \$3.089.791.820, renunciando **el Acreedor**, a todos los demás derechos provenientes del laudo arbitral, y se convino que dicha suma se pagaría en dación en pago, con 2.493.779 acciones de **Generar S.A. ESP**, a un valor intrínseco de \$1.239 por acción, lo que se estableció sobre el monto de su patrimonio líquido a diciembre 31 de 2005. Por lo tanto, de acuerdo con nuestra legislación comercial el comprador corre con el riesgo de la cosa desde el momento de la compraventa, así dicha cosa no le haya sido entregada, “...por ende, *Capicrédito S.A. asume la suerte de las acciones que se le enajenan en dación en pago y tiene derecho a reclamar el*

*incremento patrimonial de las mismas a partir del 13 de febrero de 2007 hasta la fecha de la entrega de las acciones o el deber de sufrir el deterioro de la especie a partir del 13 de febrero de 2007 hasta el momento de su entrega”.*

f. En síntesis, manifiesta que, *“El proyecto del texto del acuerdo de reestructuración fue remitido a Capicrédito S.A. acompañado de una nota en la cual se dice que este proyecto sería el texto definitivo y que se requiere el visto bueno de Capicrédito S.A.”*, lo que efectivamente, fue aprobado, sin lugar a dudas, razón por la cual, se citó a los acreedores externos e internos de **Generar S.A. ESP**, a una reunión para suscribir el acuerdo definitivo, más no se percataron de que en el documento presentado para la firma, se incluyó *“...una fórmula que en términos racionales y legales ninguna de las dos compañías acreedoras podía aceptar y que conducía a un deterioro significativo de los intereses patrimoniales de las mismas”*, pues se suponía dentro de los principios de la buena fe comercial que el acuerdo de reestructuración obedecería al texto previamente aprobado.

Agrega que esta cláusula, pasó inadvertida, era de interés, no solo de las sociedades **Capicrédito S.A. en Liquidación**, y **Mecánica de La Peña Colombia Ltda.** (en liquidación), sino también, del público en general, pues esa decisión era susceptible de disminuir el valor de la acción de **Generar S.A. ESP**, en el mercado público de valores.

g. Manifiesta que el objeto del presente litigio, *“...consiste en que entre otras, sin autorización previa de la asamblea de accionistas de Generar S.A. E.S.P., las directivas de dicha sociedad procedieron a “capitalizar” el ítem denominado Revalorización del Patrimonio a favor de los accionistas inscritos a 5 de febrero de 2007 en el libro de registro de dicha compañía, deteriorando el valor intrínseco de la acción que se le entregó posteriormente a Capicrédito S.A., ya que para esta fecha dicha sociedad no era todavía accionista de Generar S.A. E.S.P; así las cosas y en una maniobra claramente defraudatoria y para efectos de deteriorar la especie con la que se le pagaría a Generar S.A. E.S.P. (sic) (y obviamente a Mecánica de La Peña Colombia Ltda), se privilegió de manera inexplicable a los accionistas de Generar S.A. E.S.P inscritos como tales a 5 de febrero de 2007”*.

## **2. De la respuesta ofrecida por el extremo pasivo**

**2.1.** El Juzgado de conocimiento inicial, luego de que el expediente agotara una peregrinación procesal, admitió la demanda en providencia del 23 de agosto de 2011 (Cfr. fl. 273 c1), lográndose la vinculación del extremo pasivo en la forma dispuesta en los artículos 315, 320 y 330 del C. de P. Civil (349 a 366 c1).

**2.2.** La demandada **Celsia S.A. E.S.P.**, actuando por conducto de vocero judicial, se pronunció frente a los hechos de la demanda (Cfr fls. 373 c.1), indicando de manera resumida, lo siguiente:

a) **Generar S.A. ESP**, suscribió el 28 de diciembre de 1999, un acuerdo para reestructurar el pago de sus deudas con sus principales acreedores. Dicho acuerdo no fue suscrito por el contratista **Núcleo Proyecto y Construcciones S.A.**, quien convocó un Tribunal de Arbitramento, cuyo Laudo Arbitral se profirió el 21 de marzo de 2002, condenando a **Generar S.A. ESP**, a pagarle la suma de \$1.240.000.000.00.

b) **Generar S.A. E.S.P.**, se acogió en el año 2005, a la Ley 550 de 1999, sobre Reestructuración Empresarial, lo que fue aprobado mediante Resolución No. 20051300022825 de 2005, y se designó al Dr. Álvaro Isaza Upegui como Promotor.

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

d) La Asamblea de Accionistas de **Generar S.A. ESP**, se reunió el 11 de diciembre de 2006, y “...aprobó el aumento del capital autorizado, en tal forma que fuera posible aprobar en el Acuerdo de Reestructuración que sería sometido a los acreedores y accionistas, una capitalización del patrimonio a favor de los accionistas”. El Acuerdo de Reestructuración fue aprobado el 6 de febrero de 2007 y suscrito con los acreedores internos y externos de **Generar S.A. ESP**, entre ellos, **Capicrédito S.A. En Liquidación** sociedad que estuvo representada por el señor Gabriel Jaime Ortega Restrepo, quien, a su vez, suscribió como representante de otras personas naturales y jurídicas que eran accionistas de la Empresa en Reorganización (Cfr fls. 374).

e) Indicó que en los Arts. 22 y 24 del Acuerdo de Reestructuración aprobado, se daba la opción de que los acreedores “...podían optar entre recibir en dinero el pago de su acreencia, o capitalizarla recibiendo un determinado número de acciones de Generar”. **Capicrédito S.A. En Liquidación**, manifestó que se acogía a la opción de capitalizar su acreencia en dos cartas, una de fecha 13 de febrero y otra del 20 de marzo de 2007. Se procedió entonces a registrar la transferencia en Deceval el día 22 de marzo de 2007, y el 11 y 12 de abril del mismo año, se hizo entrega de las acciones para capitalizar la revalorización del patrimonio a quienes eran accionistas de la sociedad para el 5 de febrero de 2007. **Capicrédito S.A. en Liquidación**, le entregó **Generar S.A. ESP**, el Paz y Salvo por todo concepto el día 25 de marzo de 2009.

Frente a las pretensiones se opuso y propuso las excepciones de mérito que denominó: i) Cumplimiento de lo Acordado entre **Generar S.A. ESP** y **Capicrédito S.A. ESP.**; ii) Pleno conocimiento y consentimiento de Capicrédito S.A. En Liquidación, sobre lo acordado en el Acuerdo de Reestructuración Empresarial de **Generar S.A. ESP**; iii) Inexistencia de los perjuicios aducidos en la demanda; iv) Prescripción de la acción (Art. 235 Ley 222 de 1995).

Se dio traslado a las excepciones (Cfr fls. 408), el que fue aprovechado por la parte actora, según escrito obrante a folios 409 al 415 c.1.

### **3. Del trámite**

Se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 101 del C.P.C., vigente para la época de su realización (cfr. fls. 422 c-1), se decretaron las pruebas dentro del procedimiento por auto del 29 de noviembre de 2013 (cfr. fls. 423 a 427, C-1) La fase de confirmación se encuentra agotada, presentándose dificultad en su desarrollo, por motivos vinculados a la transición del sistema escritural al oral, por la posesión de los peritos para la realización del dictamen pericial, por la pandemia derivada del covid 19 y por la pluralidad de audiencias fijadas con antelación por el juzgado, antes de convocar a la fecha de alegaciones finales y sentencia.

## **III. CONSIDERACIONES**

### **4. Control sobre la validez de la decisión**

Se constatan en la presente oportunidad todos los presupuestos formales y materiales requeridos para emitir una sentencia de fondo válida. Ejerciendo un control sobre el trámite del procedimiento, no se advierte irregularidad alguna que afecte su validez e implique un pronunciamiento en los términos del numeral 12 del Art. 42, en concordancia con el Art. 132 del C. General del Proceso.

### **5. Del problema jurídico**

En primer lugar, resulta indispensable establecer cuál fue el tipo de negocio jurídico celebrado entre las partes de la contienda, para determinar el tipo de la relación y la fuente de la responsabilidad.

Luego, se determinará si la Pasiva, incurrió en una conducta irregular, nociva, maliciosa, perjudicial o defraudatoria de los intereses patrimoniales de la Activa, cuando en cumplimiento del acuerdo celebrado, se canceló la acreencia

con acciones de la sociedad Demandada, porque el valor final de la acción entregada fue menor respecto del que, inicialmente, se había estipulado o convenido, lo cual termina afectando el pago en sus justas proporciones.

De verificarse la conducta culposa, se procederá a identificar el daño y su cuantía.

En caso de prosperar las pretensiones, se abordará el tema de las excepciones de mérito que fueron propuestas.

## **6. De la pretensión procesal deprecada**

De entrada, se advierte que la temática a resolver, concierne al régimen de la responsabilidad civil contractual, en tanto que, según aduce la parte actora y le fue reconocido por la Pasiva, se presentaron unos acuerdos de pago para extinguir dentro de un proceso de reorganización empresarial, unas obligaciones adeudadas en su momento por **Generar S.A. ESP**, con la empresa **Capicrédito S.A., en Liquidación**.

El anterior régimen de responsabilidad, está delimitado por unos parámetros axiológicos, valorativos o estimativos, los cuales nos permitimos identificar y desarrollar en el orden que sigue:

### **6.1. La responsabilidad civil contractual**

Se refiere a la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto (cfr. art. 1613 del c.c.), con fundamento en que si *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes (cfr. art. 1602 c.c.)”*, es justo y equitativo que quien lo infrinja o viole sus preceptos sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que cause.

Como criterios o parámetros axiológicos que orientan o determinan la configuración de la responsabilidad civil contractual, tenemos: a) La existencia de un contrato o convención válidamente celebrado entre las partes; b) el incumplimiento de una o más obligaciones contractuales, imputable al deudor por dolo o culpa; c) la configuración de un daño o perjuicio; d) la existencia de un vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio sufrido; y, e) que se trate de una conducta antijurídica. Dicho en otras palabras, siguiendo a nuestro Máximo Tribunal de Casación, *“...para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca: a) el contrato, como fuente de obligaciones que afirma haberse incumplido; b) la mora del demandado; c) el*

*incumplimiento de tales obligaciones, d) el daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento” (Cas. civ., del 3 de noviembre de 1977)<sup>1</sup>.*

Resulta indispensable señalar que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (cfr. Art. 164 del C.G.P.), y que la prosperidad de la pretensión indemnizatoria ora de las excepciones formuladas, implica el compromiso con la carga probatoria<sup>2</sup>, tanto para quien invoca una como para quien alega la otra (véase Art. 167 del C.G.P.). Por ello se ha dicho que, quien alegue cualquier hecho dentro del proceso debe demostrarlo, salvo que la ley lo presuma o cuando, en realidad y no supuestamente, se trate de negaciones indefinidas.

En complemento de lo anterior, las pruebas válidamente incorporadas al juicio, deberán valorarse conforme a las reglas de la sana crítica (Cfr. art. 176 del C.G.P.), respetando el principio dispositivo que campea en materia civil, acorde al *thema decidendi* que en este caso se materializa en la congruencia de la decisión judicial.

## **6.2. De la existencia del contrato o convención**

La relación fuente de obligación viene antecedida por la existencia de una acreencia por la suma de \$1.240.000.000.00, millones producto de un laudo arbitral proferido el 21 de marzo de 2001, donde se impuso condena a cargo de **Generar S.A. ESP** y en favor de la compañía **Núcleo Proyectos y Construcciones S.A.**

El crédito fue cedido por su titular a la empresa **Capicrédito S.A., en Liquidación** y notificado a la empresa **Generar S.A. ESP**, hecho ocurrido para el 15 de noviembre de 2006.

Dentro del proceso de reorganización de la empresa **Generar S.A. ESP**, para el 06 de febrero de 2007, se aprobó por los Acreedores tanto internos como

---

<sup>1</sup> SUESCUN MELO, JORGE. Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Legis S. A., Bogotá D.C., Colombia, año 2004. Pág. 260.

<sup>2</sup> “Por esa razón el artículo 1757 del Código Civil prevé de manera especial que ‘incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta’, precepto que se complementa por el Art. 177 del C. de P. Civil, cuando establece en forma perentoria que ‘incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’. Esta, desde luego no representa una obligación de la parte, ni un mero derecho, sino una verdadera carga procesal, o sea ‘el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él...la carga es una conminación o compulsión a ejercer el derecho. Desde este punto de vista, la carga funciona, diríamos, p double face; por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar, de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falle en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones. Así configurada, la carga es un imperativo del propio interés...’ (Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª edición, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958, págs.. 211 a 213)” **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del Sentencia del 25 de mayo de 2010, exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01 M.P. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.**

externos de la sociedad, el acuerdo de restructuración en el contexto de la Ley 550 de 1999.

En su momento, la sociedad **Capicrédito S.A. en Liquidación**, suscribió el acuerdo de restructuración con el propósito o finalidad de obtener el pago de una suma de \$3.089.791.820 millones.

En cumplimiento del referido acuerdo le fueron entregadas una totalidad de 2.493.779 con un valor intrínseco de \$1.239 para el 31 de diciembre de 2005, conforme fuera aceptado por el acreedor, mediante escrito del 13 de febrero de 2007 (cfr. folio 125, cuaderno 01), todo ello de acuerdo al artículo 24 del acuerdo de restructuración empresarial.

El acuerdo contentivo de la fórmula de pago corresponde al acuerdo de restructuración suscrito por **Generar S.A. ESP**, con sus Acreedores internos y externos, constituyéndose por consiguiente en el criterio relacional que permite ubicarnos en el contexto de la responsabilidad civil contractual. En la doctrina patria, con relación al contenido del Art. 34 de la Ley 1116 de 2006, concerniente al Acuerdo de Reorganización Empresarial, *mutatis mutandis*, se menciona al respecto:

“El acuerdo es el objeto del proceso de reorganización, la realización de los fines que el instrumento recuperatorio comporta, la muestra del interés de los acreedores y del deudor en el trípode sobre el cual se construye el régimen: conservación de la empresa, protección del crédito y protección del empleo. Bajo esa premisa el Estatuto se ocupa de regular su formación como contrato, su contenido y las condiciones para su validez.

“[...]

**“El acuerdo es un contrato, y como tal está sujeto a la disciplina establecida en los códigos civil y de comercio respecto de su formación y validez, debiendo concurrir, en consecuencia, los presupuestos exigidos por el ordenamiento para dotar de efectos finales cualquier vínculo, es decir, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita.** Todos ellos, y en atención al carácter colectivo que le es propio, y que constituye una excepción a la relatividad de los actos o contratos y a su formación, en el sentido que el mismo es obligatorio aun para quien no consintió en él o se opuso a su contenido, sufren atemperaciones propias de dicha condición que se reflejan en las distintas regulaciones que el Estatuto Concursal dispone. Esta precisión marca sin duda uno de los aspectos más interesantes: la simbiosis entre las reglas de dicho estatuto y las del derecho privado”<sup>3</sup> (negrillas fuera del texto original).

---

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ ESPITIA, JUAN JOSÉ. Nuevo Régimen de Insolvencia. Segunda edición. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., año 2019, págs. 463 y 464.

Es importante destacar en esta oportunidad que, las pretensiones de la demanda, no son de aquellas que reclaman la ineficacia negocial frente a uno cualquiera de los elementos estructurales que lo conforman, por cuya razón, conforme al principio de razón suficiente, no resulta justificado entrar a estudiar si se presenta alguno de los fenómenos que contemplan los artículos 37 y 39 de la Ley 550 de 1999.

En esta oportunidad, la parte actora parte de que el acuerdo celebrado entre las partes es válido y generador de efectos jurídicos, desde cuyo postulado, reclama indemnización de perjuicios por los daños que afirma ha recibido.

### **6.3. Del incumplimiento de las obligaciones**

i) Es importante reiterar que el incumplimiento se refiere al hecho de “no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento” (cfr. art. 1613 del c.c.). “...(E)l incumplimiento es un comportamiento contrario a lo debido, por cuanto el efecto normal de toda obligación se produce cuando el deudor cumple voluntaria y espontáneamente la prestación debida, satisfaciendo así el interés del acreedor, y con ello se produce la extinción de la relación obligacional”<sup>4</sup>.

Ahora, para determinar la configuración del incumplimiento contractual, será la extensión del objeto obligacional, especialmente en cuanto a su estructura, la que permitirá establecer la ocurrencia del evento imputado, verificable tanto cuando se infringe funcionalmente la específica obligación presupuestada en orden a lograr la materialidad del negocio, como cuando se viola la indemnidad prometida, ya sea expresa o tácitamente, respecto de otros bienes del acreedor<sup>5</sup>.

### **6.4. De la conducta imputada por la parte actora a la parte demandada.**

La responsabilidad civil se cimienta sobre el concepto de previsibilidad y, por ello, solo los resultados previsibles son imputables al autor del acto, puesto que solo ellos se encuentran relacionados causalmente de una manera adecuada con el hecho generador del daño. En otras palabras, los factores **subjetivos** de atribución de responsabilidad, dolo y culpa, al implicar un reproche moral al dañador, son requeridos tipológica o esencialmente, para estructurar la existencia de un daño previsible al momento de actuar por el sujeto que lo produjo. En dicha medida, sin previsibilidad, no puede existir intención dañosa en el dolo, ni omisión de diligencia en la culpa.

---

<sup>4</sup> TRIGO REPRESAS, FELIZ Y LÓPEZ MESA, MARCELO. Tratado de la Responsabilidad Civil, citado por SALINA UGARTE, GASTÓN. Responsabilidad Civil Contractual. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot y Thomson Reuters. Santiago, Chile. 1ª edición noviembre de 2011. Pág. 279.

<sup>5</sup> SALINA UGARTE, GASTÓN. Opus cite, pág. 275.

En el C. Civil se dice que el **dolo** consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (inc. final artículo 63 ibídem). En términos generales, “...el dolo supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad; sabiendo que puede ser dañoso a los demás; pero sin necesidad de que el agente haya previsto o podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos...”. En otras palabras, el dolo se atribuye al sujeto “...que tiene conciencia del daño que con su acción u omisión ha de producir y voluntariamente lo provoca, obra dolosamente, con intención...”<sup>6</sup>.

Así mismo, el citado artículo 63 del C. Civil nos brinda una clasificación tipológica de la **culpa**, graduándola en grave, leve y levísima. En términos generales, la culpa es la conducta contraria a la que debiera haberse observado, porque se ha desviado, bien, por torpeza, por ignorancia, por imprevisión o por otro motivo semejante. En resumen, significa el quebrantamiento de un deber jurídico.

La culpa puede darse por una conducta negligente, descuidada, imprudente, con desidia, por falta de precaución, pudiéndose ocasionar o generar daños sin intención al actuarse de alguna de estas formas. Por ello, la culpa se funda en no haber tomado medidas para evitar un daño que aparecía como previsible. Obrar con culpa significa que la persona ha actuado con desviación respecto de un modelo de conducta o estándar que le era previsible. En la doctrina encontramos el siguiente referente:

*“Jurisprudencialmente se ha juzgado que la culpa, sea por acción u omisión, es una conducta inadecuada a la diligencia que debía observarse conforme con la circunstancia de persona, tiempo y lugar. De acuerdo con estas circunstancias, lo diligente es adoptar un determinado conductismo, se lo dibuja en abstracto y luego se analiza, desde ese modelo, la conducta real del agente: Si coinciden, actuó con diligencia; si hizo menos, actuó con negligencia; si se desbordó, excedió el modelo, actuó con imprudencia; si no observó las reglas de su profesión u oficio, actuó con impericia”<sup>7</sup>.*

## **6.5. De las conductas que se atribuye o se imputa a la Pasiva desde el punto de vista subjetivo.**

La parte Actora imputa o atribuye a la parte Demandada, unas conductas que denomina como premeditadas, irregulares, deshonestas, defraudatorias, subrepticias a partir de lo descrito en su demanda, así:

---

<sup>6</sup> LÓPEZ MESA, MARCELO J. Elementos de la responsabilidad civil. Editorial Universidad Pontificia Javeriana y Biblioteca Jurídica Dike. Medellín Colombia, año 2009. Pág. 473

<sup>7</sup> López Mesa, Marcelo J. Opus cite, Pág. 505.

Indica en el hecho 2.16 que la oferta de pago contenida en el acuerdo de restructuración empresarial, artículo 24, se tuvo por perfeccionada el 13 de febrero de 2007 con el escrito de aceptación radicado por el Acreedor demandante, respecto de una obligación en la suma de \$3.089.791.820, en donde cada acción tendría un valor de \$1.239 para un total en acciones de 2.493.779.

El precio de la acción se determinó con fundamento en el patrimonio líquido de **Generar S.A. ESP**, para el día 31 de diciembre de 2005, con el propósito de aumentar el patrimonio con en el monto de las deudas que se pagarían con acciones y su emisión (Véase hecho 2.17).

Afirma que, de haberse respetado el acuerdo, se tendría como punto de referencia el patrimonio líquido de **Generar S.A. ESP**, a 31 de diciembre de 2005 por un monto de \$31.832.234.346, más la deuda a favor de **Capicredito S.A. en Liquidación**, por \$3.089.791.820, más la deuda con **Mecánica de la Peña Colombia Ltda.**, de \$724.387.545. Así, teniendo en cuenta la capitalización de estas obligaciones, se habría llegado a un monto de \$35.646.413.711, lo que habría implicado un incremento en acciones suscritas y pagadas de 25.691.876 a uno de 28.770.310 con un valor nominal de \$1.239 (Véase hecho 2.20).

Se aduce que, el promotor de **Generar S.A. ESP**, doctor Álvaro Isaza Upegui, remitió a **Capicredito S.A., en Liquidación**, el texto definitivo contentivo del proyecto de acuerdo de restructuración empresarial, el cual fue estudiado cuidadosamente por su Apoderado (Véase hecho 2.21).

Este acuerdo fue suscrito de buena fe por los representantes legales de Capicredito S.A., en Liquidación, y Mecánica de la Peña Colombia Ltda., suponiendo que obedecía al que, previamente, habían revisado como último y definitivo borrador. No había razones para dudar del contenido y menos, para deducir que, “...se hubiera incluido una fórmula que en términos racionales y legales ninguna de las dos compañías acreedoras podía aceptar y que conducía un deterioro de los intereses patrimoniales de las mismas” (Véase hecho 2.22).

La nueva cláusula consistía en que, “...se procedería a distribuir entre los anteriores accionistas de la compañía, es decir de *Generar S.A E.S.P. (Celsia S.A. ESP)* que aparecieran registrados como tales a 05 de febrero de 2007 a valor nominal, es decir a \$1.000 por acción, la reserva correspondiente a la revalorización del patrimonio, siendo evidente que ni *Capicredito S.A en liquidación (Inversiones Ángel Posada S.A.S.)* ni *Mecánica de la Peña Colombia Ltda. en liquidación* hacia parte de ese listado de accionistas”. La

capitalización de la revaloración del patrimonio fue en una suma de \$17.120.870.507, la cual se obtuvo de los estados financieros de la sociedad con corte a 31 de diciembre de 2006, conforme al procedimiento que allí se indicó:

*“La presente capitalización se hace bajo la modalidad de distribución de nuevas acciones ordinarias, suscritas y pagadas, a su valor nominal, proporcionalmente entre los accionistas de la sociedad a cierre del 05 de febrero de 2007 según el libro de registro de accionistas.*

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

*La entrega de estas acciones será efectuada por parte de Generar S.A E.S.P. remitiendo a Deceval el correspondiente macrotítulo y la discriminación de sus respectivos beneficiarios para que se efectúen las anotaciones en cuenta correspondientes” (Véase hecho 2.23).*

El incremento del número de acciones suscritas y pagadas de la compañía, permite establecer que, al dividir el patrimonio líquido de la sociedad entre un mayor número de acciones, **se redujo el valor intrínseco de la acción**. Esto afectó al acreedor demandante quien había acordado recibir una acción a un valor de \$1.239 cada una. Su precio fue deteriorado por la emisión de acciones a valor nominal, a favor de un número determinado de accionistas que no incluyó a **Capicredito S.A., en Liquidación y Mecánica de la Peña Ltda.** (cfr. hecho 2.26). Esta cláusula pasó inadvertida para las personas que suscribieron el acuerdo.

Se afirma que la capitalización del ítem revalorización del patrimonio es “**Un artificio legal de bien baja calaña**” ideado al parecer por el Promotor del acuerdo de restructuración para pagarle a **Capicredito S.A., en Liquidación**, con unas acciones que si bien correspondían al número de acciones previstas para efectos del pago “... no tenían el mismo valor intrínseco que las acciones con las cuales se prometió pagar”.

Deduca del anterior proceder que, **se desconoció expresamente el acuerdo de pago materializado para el 13 de febrero de 2007**, momento a partir del cual, el acreedor tenía derecho a reclamar, íntegramente, un total de 2.493.779 acciones a un valor de \$1.239 por acción más sus correspondientes rendimientos para cubrir el monto \$3.089.791.820 (cfr. hecho 2.29).

Califica o cataloga la capitalización denominada revalorización del patrimonio a favor de los accionistas inscritos a 05 de febrero de 2007 en el libro de registro de dicha compañía como “...**una maniobra claramente defraudatoria y para efectos de deteriorar la especie**”, porque se deterioró del valor intrínseco de la acción entregada posteriormente a **Capicredito S.A. En Liquidación**, quien no era accionista de **Generar S.A E.S.P.**

Se afirma que la decisión de la revalorizar el capital del patrimonio fue realizada sin la aprobación de la asamblea general de accionistas y por virtud de esa revalorización, se termina entregando parte del patrimonio de **Generar S.A., ESP.**, a unos determinados accionistas de la misma empresa, produciéndose el incremento en el número de acciones con disminución del patrimonio líquido de **Capicredito S.A. en Liquidación**, “...*de suerte que la acción que resultó de dicha operación era una acción absolutamente distinta entendida como derecho corporativo a aquella acción que debió habersele entregado a Generar S.A E.S.P (sic)(entiéndase Capicredito S.A. en liquidación)*”. (cfr. hecho 2.30).

También se adujo que, “...*la estrategia de capitalizar el ítem denominado revalorización del patrimonio y de incrementar así de manera sensible el número de acciones en circulación de la compañía, sin el consentimiento de Capicredito S.A. en liquidación (Inversiones Ángel Posada S.A.S), y de Mecánica de la Peña Colombia Ltda. ... de manera totalmente irregular y subrepticia a fin de cumplir formalmente con las obligaciones adquiridas... y todo ello a fin de actuar contra los intereses económicos de dichas compañías y desconocer los términos reales del acuerdo de dación en pago*”.

Como consecuencia de la capitalización de acciones de la forma explicada por el Demandante, terminan recibiendo 2.493.779 acciones a un valor intrínseco de \$776.76 por acción, sufriendo una pérdida de \$462.24 por cada una de ellas respecto de un valor inicial de \$1.239. En total se cuantifica una pérdida de \$1.152.724.405, lo que representa un total de 1.484.016 acciones (cfr. hechos 2.31 y 2.32).

Narra o expresa que la capitalización de la revalorización del patrimonio no fue autorizada por la asamblea general de accionistas de **Generar S.A. ESP** del 11 de diciembre de 2006 (véase hecho 2.36), para lo cual se requiere una decisión autorizada por un voto positivo superior al 80% de las acciones representadas en la reunión tal como lo establece el artículo 455 del Código de Comercio.

**6.6.** La conducta calificada por el Demandante como: **Irregular, subrepticia, sin consentimiento, claramente defraudatoria con fines de deteriorar la especie, artificiosa y de baja calaña**, corresponde a una imputación de fraude respecto de la forma como se iba a cancelar la acreencia. El fraude de cara a la

satisfacción de obligaciones, se presenta cuando la persona obligada se sustrae dolosamente del pago de la obligación en todo o en parte, bien porque modifica el objeto de la obligación ora porque deteriora su calidad, reduce su cantidad, impide o restringe su funcionalidad o de cualquier otra manera no concurre al pago o se distrae del deber de solucionar la obligación actuando de mala fe.

En la doctrina se encuentra que el fraude en su gran mayoría alude a la figura del dolo, a la estafa, a la malicia, al engaño, bien sea en perjuicio de los acreedores o para burlar la ley. Se considera que el **ardid** entendido como “*medio empleado hábilmente para engañar o conseguir algo*”<sup>8</sup>, es inseparable del fraude y que en cada época él viene determinado por las circunstancias, por el acento que ponga el legislador en uno o en otro aspecto, vinculado a la vigencia de una determinada norma legal o a la protección de los acreedores. Se explica entonces que,

*“...en ocasiones será el elemento subjetivo ‘engaño’ el quid amoralizador del fraude; en otras, será el ‘frustrar’, el ‘eludir’, el ‘quebrantar’ el orden jurídico. Aspectos todos que subrayan el resultado contrario a derecho, lo objetivo.*

*“El ardid consiste, entonces, en circunvenire legem, no atacar directamente la ley, sino rodearla, sorprender por astucia y traición, y otro tanto ocurre con el fraude a los acreedores, fraus creditorum, donde también media una violación pura y sencilla del Derecho, a través de una complicidad o colusión, como regla, para perjudicar un derecho subjetivo”.*

*“Siempre el ardid, entendido como maquinación o engaño”*<sup>9</sup>

## **6.7. Análisis de la prueba tendiente a verificar la conducta imputada.**

De cara a establecer las conductas denominadas en términos generales defraudatorias por la parte Actora, resulta indispensable acudir a los datos que ofrecen las pruebas.

### **6.7.1. Prueba documental relevante**

i) Mediante resolución número SSPD-20051300022825 del 10 de octubre de 2005 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, aceptó la

---

<sup>8</sup> Diccionario del Español Jurídico.

<sup>9</sup> MOSSET ITURRASPE, JORGE. Contratos simulados y fraudulentos. Tomo II Contratos fraudulentos. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina. Reimpresión de la primera edición. Año 2001, Pág 19

solicitud de promoción de un acuerdo de restructuración para la empresa denominada Generar S.A. E.S.P. (cfr. folios 1 y 2 C.06).

ii) En reunión extraordinaria de la asamblea de Accionistas, celebrada el 11 de diciembre de 2006, dentro de las varias temáticas contentivas del orden del día, el tema cuarto de la convocatoria, comprendía *“puntos esenciales para el acuerdo de restructuración empresarial... a. aumento del capital autorizado de la sociedad... b. condiciones para la capitalización de acreencias...”*.

La empresa **Capicredito S.A. En Liquidación** (Inversiones Ángel Posada S.A.), participó en esta reunión en calidad de accionista como titular de 346.708 acciones ordinarias y de 67.047 acciones privilegiadas, siendo representada por Gabriel J Ortega R., con cédula de ciudadanía 70063341 (cfr. folio 5 C.06).

Remitiéndonos a los puntos esenciales para el acuerdo de restructuración empresarial, la temática fue explicada por el promotor Álvaro Isaza Upegui, quien informó a la Asamblea de Accionistas, sobre los resultados de las conversaciones adelantadas con los principales acreedores, sobre la posibilidad de capitalizar estas acreencias en la compañía, aludiendo al hecho de no hacer el esfuerzo de pagar estas deudas con dineros de caja, pero requiriéndose que la sociedad emitiera las acciones necesarias para que los créditos que están en el pasivo fueran incorporados en el patrimonio.

El promotor expresamente abordó la temática sobre aumento de capital, capitalización de acreencias o dación en pago y modificación a las cláusulas de los estatutos referentes al derecho de preferencia. Sobre el tema neurálgico, expresamente, indicó:

“Manifestó (el promotor) que lo que se pretende en primer lugar en esa reunión extraordinaria de la asamblea de accionistas, es obtener la aprobación de la asamblea para abrir la posibilidad de capitalización de acreencias dentro del acuerdo, de tal forma que los acreedores que deseen capitalizar sus acreencias lo puedan hacer, bajo las condiciones y términos que se establezcan previamente en dicho acuerdo.

“El segundo punto tiene que ver con el aumento del capital autorizado; como la compañía no tiene acciones en reserva suficientes para capitalizar las acreencias, se propone también que la asamblea de accionistas autorice que en el acuerdo de restructuración se incluya la reforma del aumento del capital autorizado. La ventaja de hacerlo dentro del acuerdo de restructuración y no por medio de la asamblea, es que la ley 550/99 concede unos beneficios fiscales significativos ya que, si se incluye en el acuerdo de restructuración, esta reforma se consideraría como un acto sin cuantía. Así mismo el Dr. Isaza resaltó el hecho de que, si el requerido aumento de capital se hace a través de una asamblea de accionistas, se incurriría en el pago de derechos

notariales y registro en Cámara de Comercio por el valor de la cuantía y según las tarifas vigentes, con lo cual se perdería la ventaja ofrecida por la ley 550 de que ese aumento de capital pueda ser considerado como un acto sin cuantía.

“Adicionalmente señaló el Dr. Isaza que de acuerdo con lo expuesto anteriormente, puede aprovecharse el acuerdo de restructuración para aumentar el capital autorizado por un valor superior al cual se ha pensado realizar la capitalización de las acreencias, **aclarando que efectuar este incremento no significa que la junta directiva pueda disponer de las acciones sobrantes después de la capitalización de acreencias, porque la asamblea de accionistas tendrá entonces, con la mayoría exigida de los estatutos, que, autorizar la colocación de acciones futuras.** En este caso lo que se hace es simplemente obtener un beneficio económico para la sociedad otorgado por la ley 550, al aumentar el capital autorizado sin incurrir en los costos regulares de dicho acto. La posibilidad de capitalización que se estaría aprobando hoy sería únicamente para los acreedores de la compañía inmersos dentro de la ley 550, y que prácticamente son dos: Núcleo Proyectos y Construcciones y Mecánica de la Peña” (cfr. folios 8 C06).

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

Dentro de esta asamblea, surgieron las dos proposiciones relativas al aumento del capital autorizado de la sociedad para elevarlo a la cifra de \$70.000.000.000, dividido en 70.000.000 de acciones de valor nominal a \$1000 cada una, en donde el capital social podría dividirse en acciones ordinarias o privilegiadas y la decisión de la emisión de acciones privilegiadas y su reglamentación correspondía a la asamblea de accionistas.

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

Las anteriores proposiciones generaron inquietudes que fueron expuestas por Gabriel Jaime Ortega Restrepo, relativas a la existencia de un flujo de fondos disponible para los accionistas, cuánto valían las acreencias estimadas de Núcleos, Proyectos y Construcciones y de Mecánica de la Peña, y cuál sería el monto del aumento del capital a suscribir.

El Promotor explicó que sería en los días próximos a esa asamblea, cuando se abordaría el acuerdo de restructuración y se tuvieran las proyecciones, lo que

permitiría determinar la viabilidad económica de la compañía. En cuanto a la segunda inquietud informó que las acreencias de la empresa Núcleos y Proyectos, ascendían a \$3.400.000.000, y de Mecánica \$1.200.000.000, aproximadamente. En lo concerniente en la tercera inquietud referida al valor a capitalizar total, se le informó sobre el valor de la revalorización patrimonial que se capitalizaría por un monto de \$17.120 millones, un valor de acreencias por \$4.200 millones y un valor de \$22.987 millones de capital por suscribir.

El Promotor también aclaró que eran los Acreedores los que debían decidir si capitalizaban o no sus acreencias y que ello era un tema que correspondía al acuerdo de reestructuración, sin perjuicio de las conversaciones que se venían adelantando y de la posibilidad de que accedieran a capitalizarlas.

El Presidente de la asamblea advirtió en el desarrollo de esta temática, que la propuesta llevada por la junta de incrementar el capital buscaba un ahorro significativo aprovechando los beneficios de la Ley 550/99, pero no significaba que se pudiera disponer por parte de la Junta Directiva de esas acciones; indicando que se trataba solamente de tener la flexibilidad necesaria para poder realizar la capitalización de acreencias dentro del marco del acuerdo y aprovechar los beneficios económicos de la citada ley (véase fls. 11, C-6).

Las proposiciones fueron sometidas a votación de la asamblea de accionistas, obteniendo tanto la relativa al aumento de capital autorizado, como la relacionada con las condiciones para la capitalización de acreencias, un voto positivo o favorable del 74.93%, respecto del total de acciones representadas en la reunión del 61.70% (cfr. fls. 12, C-6).

iii) El último borrador sobre el posible acuerdo de reestructuración empresarial fue remitido el 30 de enero de 2007, por Álvaro Isaza Upegui en calidad de promotor a Jorge Ortega, antes de la firma del acuerdo de reestructuración, en cuyo examen u observación, bien puede apreciarse que **no contiene el ítem denominado capitalización de la revalorización del patrimonio**, ya que, concretamente, de la cuarta parte relativa al reglamento de suscripción de acciones pasa a la quinta parte que comprende las firmas del acuerdo (véase Folios 129 a 145 C.01).

iv) El Acuerdo de Reestructuración Empresarial en el marco de la Ley 550 de 1990, tal como allí se indica, comprendió a todos los Acreedores, internos y externos, teniendo como objetivo el de solucionar las dificultades que llevaron a la Empresa a solicitar la reestructuración económica, en procura de regular su funcionamiento y satisfacer las obligaciones contraídas con sus acreedores, conforme a lo que allí se acordó (cfr. fls. 15 a 56 c-6).

Las acreencias que hacen parte del Acuerdo de reorganización, fueron determinadas por el Promotor en reunión celebrada el día 6 de febrero de 2006, con valores relacionados en el anexo No. 1 (véase art. 5to), y este fue suscrito tanto por los acreedores internos como por los externos, en calidad de partes del mismo (cfr. art. 6to). Es debido precisar que los acreedores internos no son en su totalidad los accionistas que integraban la sociedad.

En el artículo 21 del Acuerdo, se estipuló en el párrafo que, a los acreedores que capitalizaran su acreencias se les reconocerían los intereses causados desde la fecha en que se tornó exigible la obligación al 10 de octubre de 2005, día en que fue admitida la reestructuración por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a la tasa máxima, conforme a las fuerzas de la obligación y, entre el 11 de octubre de 2005 al 6 de febrero de 2007, los valores adeudados serían indexados con el IPC, para capitalizarse en las mismas condiciones referidas por el Art. 24 ib.

La capitalización de acreencias estipulada en el Art. 24, señaló que, todos los Acreedores que votaran afirmativamente dicho acuerdo, tendrían derecho a capitalizar las acreencias de forma total o parcial, lo cual se haría, así: a) La capitalización se verificará mediante la suscripción de acciones ordinarias de la sociedad; b) el valor de cada acción será el intrínseco del día 31 de diciembre de 2005 certificado por el Revisor Fiscal, esto a razón de \$1.239 por acción.

Se indicó que los Acreedores que estuvieran interesados en capitalizar deberían manifestar por escrito su interés al Representante Legal de Generar S.A. (hoy Celsia S.A. ESP), antes del 28 de febrero de 2007, a las 6.00 pm, sin perjuicio de que el comité de vigilancia pudiera ampliar dicho plazo.

En caso de que los Acreedores no optaren por la capitalización de sus acreencias o solo lo hicieran parcialmente, serían satisfechos en dinero, en los plazos y condiciones indicadas previamente en el Acuerdo, en el Art. 22 ib.

Dentro del Acuerdo quedó comprendido en la Cuarta Parte, uno relativo de forma especial a la **“CAPITALIZACIÓN DE LA REVALORIZACIÓN DEL PATRIMONIO”** (cfr. folio 40 y siguientes C.06), en donde se explica que se capitaliza la cuenta denominada Revalorización del Patrimonio, hasta por la suma de **\$17.120.870.507.00**, obtenida de los estados financieros de la sociedad con corte a 31 de diciembre de 2006, lo que se haría así:

**“La presente capitalización se hace bajo la modalidad de distribución de nuevas acciones ordinarias, suscritas y pagadas, a su valor nominal, proporcionalmente entre los accionistas de la Sociedad al cierre del 5 de febrero de 2007, según el Libro de Registro de Accionistas.**

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

El señor Gabriel Jaime Ortega Restrepo, obrando en nombre de Capicrédito S.A. en Liquidación (hoy Inversiones Ángel Posada S.A.S), firmó o suscribió el Acuerdo de Reestructuración, indicando que lo hacía en constancia de que reconocía su contenido y que lo aprobaba en todas sus partes (cfr. fls. 50, 52, 53, 56, 59, C-6).

El promotor Álvaro Isaza Upegui, certificó que el día 6 de febrero de 2007, en la ciudad de Medellín, fue suscrito favorablemente el Acuerdo de Reestructuración, el cual se obtuvo mediante 15.473.150.873 votos que representan el 76.07% de los votos admisibles provenientes de trabajadores, acreedores internos, Entidades Públicas y Seguridad Social, Instituciones Financieras y demás acreedores externos, razón por la cual, el mismo surtía efectos a partir de esa fecha, inclusive, frente a quienes lo han suscrito y sus disidentes (cfr. fls. 60 C-6).

v) Para el 13 de febrero de 2007, el señor Gabriel Jaime Ortega Restrepo, en representación de Capicrédito S. A. en Liquidación, expuso que los acreedores que habían votado favorablemente el acuerdo tenían la opción de capitalizar las acreencias, razón por la cual, aceptó que se capitalizara su obligación por un monto determinado de dinero que, inicialmente, refirió en la suma de \$3.093.074.8710.00, y la suma de \$1.000.000.00, que se debía de pagar en los términos estipulados en el Acuerdo de Reestructuración (cfr. fls. 67, C-6).

Más luego, en comunicado del 20 de marzo de 2007, el señor Ortega Restrepo, informa a Generar S.A. ESP, que precisando los valores que desean capitalizar, estos corresponde a \$3.089.791.820.00, quedando sin capitalizar la suma de \$1.000.000.00, y que sería pagada en los términos del Art. 22 del Acuerdo de Reestructuración (cfr. fls. 70 C-6).

Ya para el 23 de marzo de 2007, aparecen registradas en DECEVAL a favor de Capicrédito S.A. en Liquidación, un total de 2.493.779.00 (cfr. fls. 113 y 114).

vi) Para el día 25 de marzo de 2009 se expide por Alba Cecilia Flórez Betancourt, contadora de la empresa Capicrédito S.A. en Liquidación, certificación donde se lee lo siguiente: de acuerdo al asunto, certifico que con

el valor recibido en el documento 012 de Capicrédito S.A. en Liquidación, la empresa Generar S.A. ESP, identificada con NIT. 811.007.791, queda a paz y salvo por todo concepto en nuestros registros contables al 25 de marzo de 2009 (cfr. fl. 120, C06). Ahora el documento 012 se refiere a la cancelación de una deuda por valor de \$1.131.158. (cfr. fls. 120 y 121, C06)

### **6.7.2. De la prueba testimonial**

▸ En la declaración de **Beatriz Vélez Palacio**, se extracta que, trabajaba en Capicrédito S.A. en Liquidación, al momento de las negociaciones. Que tuvo información sobre el borrador del acuerdo de reorganización debido a sus funciones administrativas y financieras, pero que no se lo sabe al pie de la letra. Además, que revisaron el contenido del borrador enviado por el promotor Álvaro Isaza Upeguí, y dijo reconocer el que aparece a folios 129 a 145 del C-1, el cual le fue exhibido; frente a pregunta del apoderado de la Parte Demandada, manifestó que el Dr. Gabriel Jaime, leyó y analizó el texto que les había presentado y que procedería a su firma. Preciso que revisó el texto en la reunión en que ella participó, por lo cual no tiene conocimiento del texto definitivo que fue suscrito, y no tuvo injerencia en la firma del mismo, enterándose en forma posterior de la supuesta modificación implantada por Generar en lo relativo a la revalorización del patrimonio (cfr. fl. 1 C-02).

▸ En el testimonio de **Juan José Pareja Araque**, este señaló que era el revisor fiscal de la entidad Demandante en el año de los hechos objeto de este litigio, dijo reconocer el documento de folios 129 a 145 C-1; pero, más luego, frente a pregunta concreta del apoderado de la parte Demandada, relativa a si había leído íntegramente el acuerdo de reestructuración que se les había presentado, manifestó, *“Yo no le leí íntegramente, los señores Gabriel Jaime Ortega, Sergio Ortega Restrepo (sic) nos citaron a una reunión y nos hablaron del tema sobre la reestructuración, nos explicaron los términos y nos pidieron la opinión...”*. Más luego, le fue preguntado si en la reunión se explicó cómo se determinaría el número de acciones que recibiría Capicrédito de Generar para pagar el crédito, respondiendo: *“Si se explicó, los señores Ortega explicaron que se determinaría a valor intrínseco basados en el patrimonio líquido de la sociedad Generar, donde se incluiría todas las partes que lo conforman, como son el capital, las utilidades retenidas a las revalorizaciones y todos los conceptos que integraban el patrimonio”*.

Frente a otra pregunta, aduce que revisó con el Dr. Gabriel Jaime Ortega, si se había ejecutado adecuadamente el acuerdo de reestructuración, manifestando que esto no sucedió tal como se había hablado con el Dr. Isaza. Preciso luego, que él no había participado en las conversaciones que entre los dos Señores se habían desarrollado, en tanto que, *“...se comentó que el acuerdo no había sido cumplido como se había hablado anteriormente”*, y respecto a otra

pregunta, de si él había constatado y concluido personalmente que el acuerdo de reestructuración no se había cumplido o ese era un concepto que le había dado el Dr. Ortega, respondió: No, yo no constaté.

Frente a pregunta formulada, manifestó que no fue testigo de que el Dr. Ortega, hubiese expresado que había firmado el acuerdo de reestructuración sin haberlo leído previamente (cfr. fl. 3 C-02).

► En el testimonio de **Jorge Alberto Barreneche Sánchez**, este narró que conoció la problemática, porque era para ese momento el Representante Legal de Mecánica de la Peña Ltda., quien llegó al proceso de reorganización como Acreedor de Generar S.A. ESP, precisando que ellos y Capicrédito, eran los mayores acreedores de Generar, aunque aclaró que no conocía las intimidades del contrato entre esta y Capicrédito.

Sobre el proceso de negociación, afirmó que se llevó a cabo en varias reuniones mediante las cuales se habían aceptado los términos sin nunca conocer el ítem de revalorización de capitalización. En el momento de la suscripción del acuerdo de reorganización firmaron con plena confianza, suponiendo que era el mismo documento que les habían mostrado debido a la calidad de persona que era el Dr. Álvaro Isaza, referente en derecho comercial en la región y autor incluso de varios textos. El 06 de febrero de 2007 firmaron el acuerdo y se fue convencido del buen negocio que habían hecho.

En las horas de la noche de ese día, dijo que había ingresado a la página web y bajó copia del acuerdo y, con sorpresa identificó que la página 25 había sido cambiada. En la relación de los correos y borradores aprobados hablaba de suscripción de acciones, y el que se firmó hablaba de recapitalización de revalorización del patrimonio.

Adujo que analizó los dos documentos como contador que es, y encontró que hay un cambio importante en el precio de la acción la cual pasó de \$1239 a \$795. La diferencia que pertenecía a los acreedores fue repartida entre los accionistas antiguos, además comentó que la asamblea jamás aprobó dicha recapitalización de revalorización del patrimonio.

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

cifras imposibles de manejar incluso para un experto sin las herramientas y el tiempo adecuado.

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

Frente a pregunta del apoderado de la parte Actora, expuso que la Asamblea General de Accionistas, no había sido citada en el año 2006, para efectos a aprobar la capitalización de la revalorización del patrimonio a favor de los accionistas que estuvieran inscritos en dicha sociedad al 5 de febrero de 2007.

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

▸ En el interrogatorio de parte, practicado al R.L., de la empresa Celsia S.A. ESP, señor **Rafael José Olivella Vives** (cfr. fls. 139 a 143 C-2), explicó que en virtud de una fusión realizada con la empresa Generar S.A. ESP, esta se vinculó a la primera. El señor Representante explicó en que, consistía técnicamente la **“capitalización de la revalorización del patrimonio”**, la cual beneficiaba a todos los accionistas, que se trató de un tema ampliamente debatido en una asamblea de accionistas del año 2006, y aprobada por esta, órgano competente, y las decisiones adoptadas permitieron superar la crisis económica de la empresa, a la cual se había visto abocada y la llevó a ingresar a Ley 550. En parte alguna reconoció que en dicho acuerdo se hubiese presentado un incumplimiento en el pago de la Acreencia, porque se entregó la cantidad de acciones cada una a \$1239, lo cual venía ratificado posteriormente, por el paz y salvo que la empresa Capicrédito les entregó.

▸ Se recibió la declaración del señor **Carlos Iván Fernández Fernández**, quien dijo conocer hechos relativos al acuerdo de reestructuración en su etapa inicial y final, en principio, porque acompañó al señor Jaime Ortega Restrepo, a una reunión sostenida con el señor Promotor, en donde se estaba explorando la posibilidad de cancelar el crédito que se tenía con acciones de la compañía. Posteriormente, porque le fue solicitada su opinión o conceptos en la parte final del Acuerdo (cfr. fls. 144 a 150, c-2). Suspendida su declaración inicial, se

prosiguió con ella en fecha subsiguiente, oportunidad cuando explicó que, luego de conocida la forma como se materializó el pago de la acreencia en favor de Capicredito, conceptúo al respecto lo siguiente: i) No les pagaron la deuda de manera completa; ii) aparentemente firmaron un documento que creyeron ser otro; iii) Generar capitalizó la revalorización del patrimonio, pero eso no implica que la distribuyó; iv) no hubo asamblea en la que se aprobara capitalización de la revalorización del patrimonio. “...*en fin, todo se convirtió en una vía de hecho y a CAPICRÉDITO le entregaron las acciones que les dio la gana por mecanismos sin duda ilegales, le quisieron coartar su derecho a participar como accionistas en la distribución de las acciones resultantes de la capitalización de la revalorización del patrimonio...*” (cfr. fls. C4 folios 50-58, y C-3, fls. 73-77. Se aclara que, por desorganización inicial del expediente en el Juzgado Tercero Civil del Circuito, estas últimas declaraciones aparecen en cuadernos independientes, y no se modifica su ubicación para no alterar la foliatura).

▸ En las declaraciones de la parte Demandada, contamos con la rendida por **Luis Fernando Sierra Arboleda**, quien expuso que era presidente de la junta directiva de Generar entre los años 2005 y 2007, y trabajó con el promotor Álvaro Isaza Upegui, en el acuerdo de reestructuración. Que se realizaron varias reuniones con los acreedores para la capitalización de la acreencia, que siempre se indicó que era necesario aumentar el capital autorizado y que dicha situación fue aprobada por la asamblea. Que el Dr. Gabriel Jaime Ortega Restrepo, tuvo dudas y en la asamblea pidió las explicaciones del caso. Frente a la pregunta de cuál sería el destino de las nuevas acciones resultantes del aumento de capital autorizado que se proponía aprobar a dicha asamblea, expresó: “...*en la propuesta de la administración a la asamblea, se solicitaba un aumento del capital autorizado a 70 mil millones de pesos lo que permitiría que se capitalizaran las acreencias de los acreedores que quisieran hacerlo, y una revalorización del patrimonio del orden de 17 mil millones de pesos. Estos eran los destinos que se buscaban aprobar en la asamblea, para el resto de las acciones resultantes de la capitalización, se le aclaró al Dr. ORTEGA ante su inquietud tanto por parte del Dr. ÁLVARO ISAZA como por parte mía, que sería una futura asamblea de accionistas la que podría determinar el destino de esas acciones y no la junta directiva, porque así es como lo define la ley*” (resaltado intencional).

Mas luego, expresó que la propuesta de la Administración llevada a la asamblea extraordinaria incluía, expresamente, la capitalización de la revalorización del patrimonio, además de la capitalización de acreencias como sustento para el incremento de capital autorizado. En la asamblea se determinó que el valor de la acción sería el valor intrínseco de la acción a diciembre 31 de 2005 u octubre de 2006, y que sería el escogido en el acuerdo de reestructuración de la Ley 550 de 1999.

Posteriormente, frente a pregunta del Apoderado de la parte Demandada, para que precisara en que parte del acta de la asamblea extraordinaria se aludía a que la capitalización de la cuenta denominada revalorización del patrimonio lo sería a favor de los accionistas inscritos como tales al 5 de febrero de 2007, respondió: “...*la propuesta de la administración a la asamblea extraordinaria de accionistas, buscaba la autorización para el incremento de capital autorizado consiguiendo un beneficio económico para la sociedad y que permitiera a su vez que en el acuerdo de reestructuración se pudiera capitalizar tanto las acreencias como la revalorización del patrimonio. En la forma en la que lo estipulara el acuerdo que se suscribiría con los acreedores, por esta razón, esa estipulación figura es en el acuerdo y no en el acta de la asamblea extraordinaria de diciembre de 2006*” (véase C-3 folios 3 a 8)

▸ Se prosiguió luego con la declaración de **Jaime Arias Molina**, quien manifestó que fue asesor externo de Generar S.A. ESP, desde 1998 hasta el 2009, estando presente en todas las negociaciones, que fue un proceso transparente y que nadie se opuso a lo presentado en todas las reuniones, las cuales fluyeron de manera normal. Dijo haber presenciado cuando el promotor, Dr. Álvaro Isaza, en reunión de principios de diciembre del año 2006, planteó tres temas: “1. *La necesidad de ampliar el capital autorizado de la compañía,* 2. *Indicar que esto podía llegar a ser necesario para la capitalización de acreencias por los acreedores que así lo decidieron,* y 3. *Que este aumento de capital autorizado, era también necesario para proceder a capitalizar la cuenta de revalorización del patrimonio que había acumulado la compañía en favor de sus accionistas...*”. Sometida la propuesta a votación, la asamblea mayoritaria tomó la decisión de dar su autorización a las proposiciones presentadas, entre ellas, el aumento del capital autorizado. En el acta, se dejó constancia de que el Dr. Gabriel Jaime Ortega, votó en contra.

La anterior decisión quedó plasmada en el Acuerdo de Reestructuración económica, donde se incluyeron las cláusulas necesarias para la capitalización de la revalorización y de las acreencias de los acreedores que así lo aceptaron, particularmente, Capicrédito S.A. En Liquidación y Mecánica de la Peña Ltda.

Frente a la pregunta del apoderado de la parte Actora, concerniente a que indicará textualmente el aparte del acta donde consta que en esa Asamblea se había aprobado la capitalización de la cuenta denominada “*Revalorización del patrimonio a favor de los accionistas inscritos como tales al 5 de febrero de 2007*”, la cual le fue exhibida, expuso que en esta se puede leer a fls. 9: “*En tales condiciones se autoriza un aumento del capital autorizado de la sociedad a la suma de setenta mil millones de pesos m.l. (\$70.000.000.000.) ML, de resultar necesario para efectos de capitalización de cuenta entre ellas la revalorización del patrimonio y de acreencias en el marco del acuerdo de*

*reestructuración empresarial que adelanta la empresa*”. Y frente a la insistencia del Apoderado, en el sentido de que le precisara en el acta donde podía leerse que la cuenta denominada revalorización del patrimonio, lo sería a favor de los accionistas inscritos como tales al 5 de febrero de 2007, contestó: “...*en el acta de asamblea seguramente no consta este aspecto de desarrollo o reglamentación de la capitalización de la revalorización del patrimonio, que sí quedó incluido y aprobado en el texto (sic) del acuerdo de reestructuración, acuerdo que también recoge la voluntad de los accionistas en su condición de acreedores internos de GENERAR*” (Véase C-3 Folio 9).

▸ Escrutado el testimonio de **Guillermo Ángel Toro**, de este se desprende que fue socio de la entidad Demandada y miembro de la junta directiva en varios periodos, razón por la cual, estuvo muy al tanto de todo el proceso de reorganización empresarial de la Ley 550 de 1999.

Narró que fue el promotor el Dr. Álvaro Isaza, quien les expuso la importancia de la capitalización de la revalorización del patrimonio en una asamblea celebrada en diciembre de 2006, oportunidad en que se aprobó por mayoría un incremento de capital de Generar, para ser suscrito con la revalorización del patrimonio y si algunos acreedores estaban interesados, también podría suscribir acciones. Narró que el Dr. Gabriel Jaime Ortega, fue vehemente en su negativa a aprobar la mencionada proposición.

Frente a la pregunta de si la Asamblea de Accionistas del 11 de diciembre de 2006, había decidido que, “...*la presente capitalización se hace bajo la modalidad de distribución de nuevas acciones ordinarias, suscritas y pagadas, a su valor nominal, proporcionalmente entre los accionistas de la sociedad al cierre del 5 de febrero de 2007 según del libro del registro de accionistas*”, y luego de que le fuera exhibida, contesto expresamente: “...*en la asamblea de diciembre de 2006, se aprobó la capitalización de la revalorización del patrimonio, en el acuerdo de reestructuración quedó plasmado la autorización que se dio en la asamblea de accionistas, tal como consta en el párrafo indicado*”. Y, posteriormente, precisó que fue en el Acuerdo de Reestructuración del 6 de febrero de 2007, cuando se definió el mecanismo para aplicar dicha autorización (véase fls. C-3, Folio 13).

▸ En la versión rendida por la señora **Olga Helena Álvarez Vélez**, indicó que fue gerente de Generar S.A. ESP, para el periodo final de 2009, época en que se fusionó con Colinversiones. Dijo saber que el litigio gira en torno a la reestructuración de Generar bajo la Ley 550 de 1999. Que con los acreedores internos y externos se llegó a un arreglo. A los internos que eran los accionistas, les fueron entregadas unas acciones, vinculadas a una distribución definida en el Acuerdo de reestructuración. Con los externos, estos tenían la posibilidad de capitalizar las acreencias o de optar por el pago en dinero en un plazo

determinado. Capicrédito se acogió en el acuerdo de reestructuración a capitalizar sus acreencias que se liquidó con capital más intereses de mora, estableciendo un valor intrínseco de la acción a una determinada fecha. En la firma del acuerdo no hubo problema.

Dice que fue quien convocó a la asamblea extraordinaria de Accionistas del mes de diciembre de 2006, cuyos temas a tratar, comprendía: a) El aumento de capital autorizado de la sociedad, y b) las condiciones para la capitalización de las acreencias.

Narró que asistió a dicha asamblea extraordinaria de accionistas y, que, en ella, se aprobó el aumento de capital autorizado de la sociedad con el propósito de proceder a la capitalización de la revalorización del patrimonio y algunas acreencias; posteriormente, en el acuerdo de reestructuración, se aprobó la capitalización de la revalorización, acuerdo firmado por los accionistas de la sociedad y por los acreedores que estaban dentro del acuerdo.

Frente a la pregunta del apoderado de la parte Actora, concerniente a identificar en el acta de la asamblea, donde se indica que la capitalización de la cuenta denominada revalorización del patrimonio se aprobó a favor de los Accionistas inscritos como tales al 5 de febrero de 2007, respondió: *“En el acta de dicha asamblea se aprobó ‘Dentro del marco de la reestructuración empresarial de la empresa, a través de la ley 550 del 99 es necesario efectuar un incremento del capital autorizado de la sociedad, con el propósito de proceder a capitalizar la revalorización del patrimonio y algunas acreencias por tal motivo se propone aumentar el capital autorizado de la sociedad a 70.000 millones de pesos’. Y dentro del acuerdo de reestructuración firmado el 6 o el 7 de febrero, se definió el procedimiento para capitalizar dicha revalorización”*.

Frente a la pregunta de cuál era el órgano competente para tomar la decisión de la capitalización de la cuenta denominada revalorización del patrimonio, explicó que la sociedad tenía un promotor designado por la Superintendencia de Servicios Públicos, Dr. Álvaro Isaza Upegui, quien se ciñó a lo estipulado en la ley para estructurar el acuerdo suscrito en febrero de 2007.

En lo concerniente a la razón o criterio para determinar que las acciones producto de la capitalización de la revalorización del patrimonio solo beneficiaría a los accionistas de Generar S.A. ESP, que estuvieran inscritos como tales al 5 de febrero de 2007, contestó que así fue como quedó establecido en el acuerdo y así fue firmado. Y frente a pregunta de cuál había sido su incidencia, en cuanto al valor de cada acción, manifestó que no hubo ninguna, dado que se le entregó a Capicrédito, el número de acciones establecidas con base en un divisor que se definió en el acuerdo de reestructuración y como

accionista que era de Generar, se benefició de la revalorización al recibir acciones establecidas según el acuerdo.

Sobre el hecho relativo a si conocía el documento concerniente al acuerdo de reestructuración empresarial en el marco de la Ley 550 de 1990, que se le exhibió a folios 129 a 145 del cuaderno principal, contestó: *“Supongo que esta fue una de las versiones que se generaron dentro del proceso de negociación del acuerdo de reestructuración, antes del documento definitivo que se suscribió o firmó”*.

En cuanto a la fórmula convenida entre Generar S.A. ESP y Capicrédito S.A., para pagarle la acreencia por valor de \$3.089.791.820.00, indicó que, *“De acuerdo con lo suscrito en el acuerdo de reestructuración, se convino capitalizarle el capital, intereses de mora, teniendo como valor a calcular el número de acciones, un número establecido como divisor”*. El cual era un valor pactado a 31 de diciembre de 2005, dentro de la negociación, entre los Acreedores y el Promotor, como parámetro divisor. Se tuvo como referencia el valor intrínseco para esa fecha el de \$1.239, precisando que, con los estados financieros el valor intrínseco varía. Mas luego, dijo que, como Generar tenía sus acciones inscritas en el mercado de valores y allí era donde se negociaban, no estaba en condiciones de precisar cuál era su valor intrínseco a la fecha de la entrega.

El referente divisor de \$1239 por acción, quedó plasmado en el Art. 24 de la capitalización de acreencias y en la quinta parte del reglamento de suscripción de acciones, lo cual correspondía a lo acordado con el señor Gabriel Jaime Ortega. Preciso que, para el 11 de diciembre de 2006, en la Asamblea de accionistas, venía una negociación previa, pero aún no había un acuerdo definitivo, habiéndose indicado que podía ser el valor de \$1239 con corte al 31 de diciembre de 2005 o de \$1241 a valor intrínseco del 31 de octubre de 2006.

Dice que el valor final de \$1239 con fecha al 31 de diciembre de 2005, fue el valor acordado en la negociación.

Frente a la pregunta concerniente al hecho de que el Dr. Gabriel Jaime Ortega, tenía conocimiento de que, a los Accionista de Generar, se entregarían acciones para capitalizar la revalorización del patrimonio, antes del día en que se suscribió el acuerdo de la reestructuración, textualmente respondió: *“El Dr. GABRIEL JAIME ORTEGA, asistió a la asamblea extraordinaria realizada el 11 de diciembre de 2006 en la cual se discutió ampliamente el tema del aumento de capital y de la capitalización de la revalorización. La testigo cita el acta de asamblea obrante a fls. 9 del c. anexos de la contestación lo siguiente: ‘en cuanto a la segunda pregunta formulada por el Dr. Ortega, el promotor del acuerdo de reestructuración le informó que las acreencias de NÚCLEO*

*ascienden a \$3.400 millones y las de MECANICA DE LA PEÑA a \$1.200 millones aproximadamente. En lo referente a la tercera inquietud referida al valor a capitalizar total, se informó sobre el valor de la revalorización patrimonial que se capitalizaría por un valor de \$17.120 millones”.*

En cuanto al mecanismo jurídico propuesto por el promotor de Generar en el trámite de la Ley 550 de 1999, para la emisión de las acciones que serían entregadas a los acreedores de un lado y a los accionistas del otro, cuál fue el que se había implementado, respondió que consistía en acogerse a los beneficios que tenía la Ley 550 para realizar el aumento de capital y la emisión de acciones, dado que presentaba unas exenciones por considerarse actos sin cuantía, explicaciones que reposaban en el acta de asamblea extraordinaria del 11 de diciembre de 2006 y a la cual se remitió.

Expuso que estuvo presente el día en el cual se suscribió el acuerdo de reestructuración de Generar S.A. ESP, y que el Dr. Ortega, se hizo presente, a título personal y en representación de varios accionistas y acreedores, estando el acuerdo a disposición de todas las personas para que tuvieran conocimiento de él, y el Dr. Ortega, lo firmó sin ningún tipo de salvedad, cumpliendo luego con el requisito que este exigía de enviar una comunicación aceptando la capitalización establecida en el acuerdo.

Finalmente, se refirió a la existencia de un paz y salvo sin ninguna salvedad, expedido por Capicredito S.A. en Liquidación, a favor de Generar S.A. ESP (cfr. fls. 1 a 7, c-4).

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

Dentro del proceso de negociación con los acreedores, el tema se discutió en las diferentes instancias de la administración y del acuerdo de reestructuración, y unos días antes de la firma del acuerdo definitivo, el Dr. Álvaro Isaza, le remitió un borrador del acuerdo de reorganización, el cual se aprestó a revisar con el abogado y funcionarios de Capicredito, y con profesionales de Generadora

Unión, luego de lo cual, concluyó que el mismo reflejaba fielmente lo acordado, lo cual dio lugar a expresar un sentimiento de tranquilidad personal sobre la negociación efectuada por Capicredito y la importancia de que fuera concluida de manera positiva para Generar.

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

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

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

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

Frente al acuerdo de restructuración denominado “*última versión acuerdo de Generar*”, obrante a folio 129 a 145 C-1, en el sentido de que fuera este el remitido por el Sr Álvaro Isaza, manifiesta que, efectivamente, ese documento no se refiere a la capitalización de la revalorización del patrimonio, ni a las fechas fijadas para que los accionistas participaran en esa valorización, manifestando que podría ser el documento, aunque no lo ha comparado. Dijo que en compañía de asesores estudió el documento remitido por el Dr. Álvaro Isaza, en cuyos apartes no se trataba el tema de la capitalización de la revalorización del patrimonio.

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

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

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

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

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

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

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

aumento de capital autorizado a \$70.000.000.000, la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio y la opción y reglamento de capitalización de acreencias a \$1.239 por acción.

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

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

Frente a la pregunta concerniente a, cuál fue la razón para que en el texto del acuerdo de reestructuración se hubiese plasmado que las acciones para capitalizar la revalorización del patrimonio serían entregadas a quienes fueran accionistas, inscritos el 05 de febrero de 2007, víspera de la firma del acuerdo, excluyendo a los acreedores que serían accionistas solo con posterioridad cuando optaron por capitalizar su acreencia, respondió que la revalorización del patrimonio no favoreció a los acreedores que capitalizaron, ya que en las negociaciones entre acreedores internos y externos recordaba como el

presidente de Integral que era el doctor Luis Fernando Sierra, “...*siempre manifestaba que los accionistas de Generar habían sufrido mucho y habían aguantado mucho con la puesta en marcha de la compañía, y que por lo tanto (sic) ello (sic) al capitalizar la cuenta de la revalorización deberían beneficiarse. Para mi fundamentalmente esa fue la razón...*”. Sin embargo, frente a pregunta posterior, sobre la razón para emitir esta respuesta, explicó que en conversación previa con el doctor Luis Fernando, cuando se analizó la cuenta de la revalorización del patrimonio, este fue un argumento que escuché de él, pero no fue porque tuviera autoridad ya, que se debía obrar en el contexto de la Ley 550 (cfr. fl. 47 C.04).

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

De cara a la pregunta, de si en la asamblea extraordinaria del 11 de diciembre de 2006, se había aludido a que la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio beneficiaría a los accionistas inscritos en el libro de accionistas de la compañía al 05 de febrero de 2007, respondió literalmente: “...***no, en ninguna parte se hace referencia a esa fecha. Hay un tema que es bien interesante ahí para tener en cuenta, bajo el contexto de cómo sucedieron los hechos. En la fecha en que se celebró la reunión 11 de diciembre de 2006, todavía no había un texto definitivo aprobado, había unas conversaciones preliminares con los acreedores principales que eran MECÁNICA DE LA PEÑA Y PROYECTOS NUCLEO Y CONSTRUCCIONES de la posibilidad de capitalizar, pero no se había determinado ni el precio, ni la fecha de corte, y así lo expresé yo en la reunión de la asamblea, cuando expresé que había intención de capitalizar acreencias. Fue en esa reunión de asamblea bajo la proposición presentada por la administración de GENERAR se habló o incluyó por primera vez el tema de la capitalización de la cuenta de la revalorización del patrimonio, obviamente porque pues esa cuenta era legalmente capitalizable y porque quienes trajinamos en el tema de derecho societario y concursal, sabemos que cuando terceros acreedores capitalizan acreencias y no lo hacen, los accionistas estos salen diluidos, pero en el acta no aparece, porque vuelvo y repito, eso eran decisiones que quedaban para ser incluidas en el acuerdo***” (negrillas fuera de original, véase folios 45 a 49 C-04).

En cuanto a pregunta formulada sobre las inconformidades del doctor Gabriel Jaime Ortega, por el incumplimiento del compromiso pactado, por el

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

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

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

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

### **6.7.3. De la prueba pericial**

i) Es una constante en los dictámenes periciales presentados, la queja por parte de los auxiliares de la administración de justicia, en el sentido de que no le fue entregada información contable completa y fidedigna, vinculada al litigio, particularmente los años 2006 y 2007. La profesional Ana Isabel Vahos Lopera, textualmente indicó: “...**esta perito debe manifestar que la contabilidad que se llevaba en Generar S.A ESP. Era una contabilidad por medios electrónicos que no solo es difícil de consultar para efectos a determinar el valor intrínseco que tenía la acción que se le entregó a Capicredito S.A. a 20 de marzo de 2007, sino que además resultó de difícil acceso, pues en Generar S.A ESP., no se le permitió a la perito acceder a los medios electrónicos y solo se le suministraron algunos documentos relacionados con las actas de asambleas de accionistas y estados financieros a finales de cada año, razón por la cual esta perito considera que el único dato que puede suministrar y que a su sentir no debe ser muy diferente al del 20 de marzo de 2007 es el que consta en los documentos formales de la sociedad Generar S.A. para el 31 de diciembre de 2006 es decir para 03 meses antes... reitero que solicité que me dieran la información para el 20 de marzo de 2007 y no pude lograr mi cometido**” (véase fls. 690 C.02-continuación).

La auxiliar designada por motivos de la objeción grave, María del Rosario Zuluaga Urrea, también manifestó que insistió en el sentido de que le fuera remitido el libro de accionistas del año 2007; sin embargo, no pudo acceder a dicha información porque la Empresa demandada le dijo que el libro había desaparecido y no era posible encontrarlo.

ii) La profesional Vahos Lopera, en su experticia pudo identificar que el patrimonio líquido de la sociedad al 31 de diciembre de 2005 era de \$31.833.129.000, contando para ese momento con un total de acciones de 25.691.876 lo cual permitía establecer un valor intrínseco de cada acción en la suma de \$1.239 (cfr. fls. 283-285 C.02).

Precisó que las acciones propias de Capicredito S.A. en Liquidación, previas al acuerdo de restructuración eran de 413.755, diferentes o distintas con las cuales se le iba a pagar el crédito que tenía a su favor con la empresa Generar S.A ESP. (véase fls. 291 C-2).

Explicó que, con la expedición de las 17.120.870 acciones a valor nominal de \$1.000 cada una, distribuidas entre los accionistas de Generar S.A ESP, inscritos en el libro de accionistas al 5 de febrero de 2007, resultó que el capital suscrito y pagado de 25.691.876 acciones terminó incrementándose a 42.812.742 (cfr. fl. 292 C-2). A las cuales se le deben de sumar las que fueron previstas para cancelar a los acreedores Capicredito S.A. en Liquidación, en montos de 2.493.779 acciones, y para Mecánica de la Peña Ltda. en 584.353. Así, se llega a un total de acciones de la empresa de 45.890.878 (cfr. fl. 298 C-2).

Tomando como punto de referencia un valor de \$1.239 por acción para el momento en que se le hizo el pago, de la totalidad de acciones que integraban el haber de la sociedad en una cifra de 45.890.878, debía contar con un capital accionario equivalente al 8.6679%, empero le fueron entregadas 2.493.779 acciones que representan un porcentaje de 5.4341% (cfr. fl. 678 C-2-continuación). Se observa una diferencia porcentual de 3.2338%.

La Perito encontró que, conforme al balance certificado por Celsia S.A., a 31 de diciembre de 2006 el patrimonio de la sociedad estaba constituido para el 31 de diciembre de 2006 por un activo de \$93.687.231.000, como patrimonio bruto, y un pasivo de \$54.832.486.000, lo cual arrojaba un patrimonio líquido total de \$38.854.745.000 (cfr. fl. 689 C-2-continuación).

Aprobada la decisión de capitalizar la revalorización del patrimonio y habiéndose autorizado la expedición de acciones para pagarle a Capicredito S.A., y a Mecánica de la Peña, con un valor accionario de \$1.239 cada una, es posible predicar que se llegó a un monto total de 45.306.223 acciones (en este resultado faltan incluir las acciones de Mecánica de la Peña).

Concluye entonces, que un patrimonio líquido de \$38.854.745.000 dividido por el número de acciones resultantes de 45.306.223, el valor intrínseco de la acción para el 31 de diciembre de 2006, realmente era de \$857,60 y no de \$1.239.

iii) La profesional María del Rosario Zuluaga Urrea, al rendir el dictamen con motivos de la objeción por error grave, puntualizó varios aspectos como eran el hecho de que Generar S.A ESP. cancelaría a Capicredito S.A., una suma adeudada de \$3.089.0791.820, mediante la cesión de acciones ordinarias de Generar S.A ESP. con un valor intrínseco de la acción a diciembre 31 de 2005 de \$1.239 cada una. Así, partiendo de estos referentes, se tendría cancelada la obligación con la entrega de 2.493.779 acciones.

Encontró establecida la capitalización de la revalorización del patrimonio para el 6 de febrero del año 2007, con la emisión de 17.120.870 acciones a un valor nominal de \$1.000 cada acción, lo cual implicaba un aumento de capital suscrito y pagado de \$17.120.870.000. Tomando como base el valor líquido patrimonial de la empresa a febrero 28 de 2007 más el número de acciones en circulación encontró que el valor intrínseco de la acción a 28 de febrero de 2007 era de \$905 por acción.

La operación se fundamentó en un capital líquido de \$38.753.192.599 dividido por un capital accionario de 42.812.746. Este procedimiento le permitió establecer el valor intrínseco de la acción a \$905, advirtiendo una diferencia de \$334 por acción respecto al valor acordado de \$1.239 por cada una de estas. En total se ha quedado debiendo la suma de \$832.921.825 equivalente a 920.356 acciones.

iv) Ambos dictámenes fueron sometidos a la publicidad y a la contradicción. El primero fue complementado, aclarado y objetado por error. Del segundo, se solicitó aclaración y complementación. Ciertamente, se ha garantizado el debido proceso en la práctica del medio probatorio.

Los dictámenes fueron rendidos con la información que reposa en el expediente y con aquella que fuera suministrada por las partes. Hay una constante queja de que la empresa Demandada, no aportó la información suficiente que permitiera determinar hechos concretos para establecer con total claridad la pericia. Sin embargo, las profesionales rindieron el dictamen con aquella información que era confiable y permitía establecer un margen razonable de certeza sobre el hecho que se pretendía probar. Ambos dictámenes son coherentes, aunque el primero pueda considerarse extenso en la forma como fue presentado, sin que ello le reste claridad. En el segundo, se advierten algunos lapsus, pero no son determinantes o configurativos de una desviación de transcendencia para considerarlo totalmente errado.

Las probanzas se han ajustado a lo que es el objeto del conflicto. No se advierte en su estructura una tergiversación del objeto sobre el cual recae la pericia, pese a que se advierten algunas deficiencias aritméticas que serán puntualizadas por el Despacho. En su confección se advierte una metodología que trata de ser

técnica conforme al Decreto 2649 del 29 de diciembre de 1993. No se advierten elementos subjetivos, caprichosos, sesgados o parcializados en la realización de la prueba.

La prueba pericial en su totalidad merece aceptación y la objeción por error grave que fuera formulada, no encuentra sustento de prosperidad.

#### **6.8. Valoración de la prueba tendiente a establecer la culpa.**

El análisis conjunto de las probanzas recaudadas, confrontadas con el sistema de fuentes, permite establecer:

i) Que la empresa Generar S.A. ESP, fue admitida en reorganización empresarial por la Superintendencia de Servicios Públicos para el día 10 de octubre de 2005, conforme a los parámetros de la Ley 550 de 1990.

ii) Que uno de sus acreedores externos era la empresa Capricrédito S.A. en Liquidación, cuya obligación a favor estaba en un monto de \$3.090.791.820.00, para el momento en que se celebró el Acuerdo de Reestructuración.

iii) Para el pago de la acreencia en el año 2006, se venían explorando diferentes posibilidades entre el Acreedor, el Promotor y la Administración de la Empresa. Dentro de estas posibilidades, estaba la relativa a que la obligación fuera cancelada con la emisión de acciones de la propia entidad. Propuesta que fue llevada a una asamblea extraordinaria de accionistas convocada por la representante legal de Generar S.A ESP.

iv) La asamblea extraordinaria de accionistas se desarrolló el día 11 de diciembre de 2006, oportunidad en que, conforme al *quorum* de asistentes, se analizaron varias circunstancias concernientes al tema de la reestructuración organizacional de la empresa y a la forma de cómo se iban a cancelar las obligaciones con los dos principales acreedores Capicredito S.A. en Liquidación y Mecánica de la Peña Ltda.

En la asamblea extraordinaria se tomó la decisión de aumentar el capital social autorizado a una cifra de \$70.000.000.000 a un valor nominal de \$1.000 por acción para un total de 70.000.000 de acciones.

También se aprobó la proposición relativa a las condiciones para la capitalización de acreencias, la cual consistía en estipular un valor intrínseco de la acción con corte a 31 de diciembre de 2005, a un precio de \$1.239 por acción, o un valor intrínseco al 31 de octubre de 2006 de \$1.241 por acción, en la forma que se definiera en el acuerdo de reestructuración.

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

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

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

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

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

Este nuevo título o ítem del Acuerdo de Reestructuración, se viene a encontrar en el Acuerdo que finalmente se suscribió por los acreedores, entre ellos, Capicrédito S.A., y Mecánica de la Peña Ltda., denominado como “**Cuarta**

**Parte. Capitalización de la Revalorización del Patrimonio**”. En esta cláusula se expresó que, se capitalizaba la referida cuenta en la cifra de \$17.120.870.507.00, la cual se obtenía de los estados financieros de la sociedad con corte a 31 de diciembre de 2006, precisando que, dicha capitalización se hacía bajo la modalidad de distribución de nuevas acciones ordinarias, suscritas y pagadas, a su valor nominal, proporcionalmente entre los accionistas de la sociedad al cierre del 05 de febrero de 2007 según el libro de accionistas (cfr. fl. 40 C.06).

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

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

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

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

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

De las pruebas obrantes en el expediente a las cuales ya se hizo referencia, es posible concluir que los representantes legales de los acreedores externos Capicredito en Liquidación S.A. y Mecánica de la Peña Ltda, sí tuvieron acceso

al texto definitivo del Acuerdo de Reestructuración, sí lo pudieron consultar, incluso, es posible deducir que lo leyeron; empero, lo que no resulta definitivo o conclusivo, es que hayan estado en condiciones de comprender, asimilar, interiorizar, dimensionar los alcances y efectos de la referida cláusula respecto de sus acreencias.

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

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

En los términos del párrafo 2do del artículo 29 de la Ley 550 de 1999, está dentro de las funciones del Promotor, la de ***coordinar la deliberación y decisión*** de los temas motivo de la negociación del Acuerdo. En la primera acepción del verbo deliberar, conforme al diccionario de la real Academia de la Lengua Española, esta significa: “*Considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sin razón de los votos antes emitidos*”. Luego, era deber del Promotor conforme a sus funciones, brindar las condiciones que permitieran a las Acreedores, la formación consciente de su juicio, analizando, razonando y dimensionando los alcances de la nueva cláusula incluida dentro del Acuerdo, comenzando, principalmente, por el deber de informar sobre su inclusión, hecho que, ciertamente, voluntariamente no se hizo, porque de ello, no queda el mínimo resquicio de duda.

Sobre el concepto, dimensiones, importancia, transcendencia e implicaciones que el principio de la buena fe ostenta en las relaciones precontractuales, nos permitimos citar in extenso al H. Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, en providencia del 16 de octubre de 2012, donde con apoyo en doctrina extranjera y nacional, explicó:

“La buena fe se configura como “(...) instrumento moralizador del derecho y del contrato que surge como principio general informador de la juridicidad y la exigibilidad de las conductas tendientes al respeto de la fidelidad en la palabra dada, la corrección, lealtad, cooperación y confianza mutua en toda relación jurídica y, en particular en el contrato”<sup>10</sup>.

El artículo 83 de la Carta Política de Colombia consagra este principio, presumiéndola en las actuaciones de los particulares, y en tal sentido las autoridades públicas deberán acogerlo o respetarlo<sup>11</sup>. El precontrato, por supuesto, se desarrolla conforme a los postulados de ese principio. Según Ordoqui Castilla,

“(…) la doctrina más moderna entiende que la responsabilidad precontractual, en definitiva, está fundada en la transgresión del principio de buena fe, concretada a través de los distintos deberes de conducta que se imponen en la instancia de las tratativas. Cuando se ejerce el derecho de retracto, como cualquier otro derecho subjetivo, debe ejercerse de buena fe y sin recurrir a abusos (...).

La buena fe debida en esta instancia exige un proceder correcto, transparente, leal, absteniéndose de las conductas maliciosas, reticentes, informando a la otra parte sobre todo lo que sea relevante conocido por quien no actúa con la debida diligencia”<sup>12</sup>.

En el caso colombiano, el principio en estudio no se aplica exclusivamente a los contratos. Es posible extenderlo a las etapas correspondientes al iter-negocial. Los momentos precontractuales no pueden sustraerse de las condiciones que impone un principio en el que resulta prioritario el deber de

---

<sup>10</sup> GUSTAVO ORDOQUI, CASTILLA, *Buena fe Contractual*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Católica y Ibañez, 2012, p. 107.

<sup>11</sup> En sentencia C-544 de 1994 se describió en los siguientes términos: “La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.”

<sup>12</sup> GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, Bogotá: Universidad Javeriana, Universidad Católica del Uruguay, Ibañez, 2012, págs. 255-256.

informar<sup>13</sup>: “con la información lo que se busca es proteger la libre decisión de la otra parte y prevenir así eventuales conflictos de interés (...) La confianza tutelable en la etapa preparatoria debe ser legítima, razonable y objetiva. Además, determina la existencia de los deberes concretos de conducta debida”<sup>14</sup>.

Siguiendo lo expuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, resulta importante evaluar el alcance de la voluntad de los participantes; se advierte un “baremo” definitivo para confrontar los términos propios del camino requerido para la formación de un determinado contrato. Según la Corte,

“(...) la formación del contrato implica, en no pocas ocasiones, una fase preparatoria, en desarrollo de la cual los interesados progresivamente definen los términos principales y accesorios del contrato mismo que se pretende celebrar, en aras de explicitar su voluntad de cara al respectivo negocio. Sólo en el evento de que la intención de los participantes sea positiva y coincidente respecto de las bases por ellos proyectadas, se estará en presencia de un acuerdo de voluntades que, en el caso de los contratos consensuales, determinará su celebración o, tratándose de los contratos solemnes, exigirá para su cabal perfeccionamiento, la satisfacción de las correspondientes formalidades legales. Si la voluntad de los interesados, o de alguno de ellos, es negativa, o disímil en algún punto determinante materia del negocio, no tendrá lugar el surgimiento o floración plena del contrato en el cosmos jurídico”<sup>15</sup>.

Igualmente, en el camino preparatorio se impone que sus participantes se ajusten su conducta a los postulados de la buena fe. Las partes **“deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”**. A su vez, advierte la Corte que:

“En la fase precontractual, se realizan esfuerzos de la más variada índole, precisamente encaminados a cristalizar expectativas y planes económicos, notándose la presencia de una serie de encuentros, de contactos, de intercambios de opiniones y de consulta entre las partes, todo lo cual no puede resultar frustrado inicua y no más que respaldado por el principio de la libertad contractual; antes bien, la conducta que deben observar quienes así se contactan en pos de un designio contractual deben ajustarla al principio de la buena fe”<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Citando a OVIEDO, y evaluando la buena fe en el ámbito del precontrato, Ordoqui Castilla señala: “*En el ámbito precontractual la buena fe lleva a comportarse con fidelidad en el cumplimiento de la expectativa creada en el otro en forma independiente de la palabra que ya ha sido dada*”. *Ibíd.*, p. 260.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, pág. 262.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. 19 de diciembre de 2006. Ref: Exp. N° 1998-10363-01.

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil., sentencia de 31 de marzo de 1998.

Téngase en cuenta que en Colombia dos reglas podrían dar cuenta de la necesidad de observar la buena fe en el escenario precontractual: los artículos 863 del Código de Comercio<sup>17</sup> y 1603 y 1624 del Código Civil. De esta manera, siguiendo doctrina reconocida, “Las partes deben proceder de buena fe, actuar sin culpa en el periodo precontractual so pena de indemnizar los perjuicios que causen. Ello supone que antes del contrato las partes entre sí deben proceder de buena fe y de acuerdo con el comportamiento socialmente esperado”<sup>18</sup>.

Según Bianca, citado por Gustavo Ordoqui Castilla, “(...) en la etapa precontractual lo que se protege es la libertad contractual, lo que implica participar en tratativas útiles, aún cuando con las mismas no se alcance necesariamente el perfeccionamiento de un contrato”<sup>19</sup>.

Para concluir, citando nuevamente a Ordoqui Castilla, resulta pertinente sobre la buena fe que se tenga en cuenta lo siguiente:

“No hace falta texto expreso ni raras y peligrosas deducciones analógicas para explicar la aplicación del principio general de la buena fe en la instancia de las tratativas. Siendo un principio general del derecho del que se deduce que con carácter general las personas deben actuar con lealtad, veracidad, claridad, honradez, se aplica directamente como principio en la etapa de las tratativas previa a la formación del contrato. Esta etapa no es una mera relación social, sino que (sic) ella existen deberes como los antes mencionados: el deber de informar no es meramente social sino jurídico”<sup>20</sup>.

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

---

<sup>17</sup> El artículo 863 del Código de Comercio establece que “*las partes deben proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual so pena de indemnizar los perjuicios que se causen*”.

<sup>18</sup> G. ORDOQUI CASTILLA, op. cit., pág. 260.

<sup>19</sup> Además, no se olvide, como lo sostiene STIGLITZ, entre los supuestos de la etapa preparatoria en los que puede considerarse el perjuicio o el daño de los intereses de una de las partes se encuentra el “*apartarse injustificada y arbitrariamente de las tratativas.*” Ibid., pág. 255.

<sup>20</sup> Ibid., pág. 262.

revalorización del patrimonio, se distribuyera entre los accionistas registrados en el libro de accionistas con cierre al 5 de febrero de 2007, o sea, un día antes de la firma del Acuerdo.

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

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

“El pago de utilidades en acciones o cuotas sociales permite trasladar la cuenta patrimonial de resultados del ejercicio a la cuenta de capital. Se trata de un pago que la sociedad hace en especie, mediante la liberación de participaciones de capital en cuantía equivalente al monto repartible. **Por este motivo, la adopción de esta medida corresponde a la asamblea general de accionistas**”.

“[...]”

“Por lo demás, el artículo 455 del mismo Código regula la determinación del pago de dividendo en forma de acciones liberadas para el caso específico de las sociedades anónimas. Estas normas deben considerarse especiales respecto de la disposición prevista en el citado artículo 123 y, consecuentemente, aplicables de preferencia a la referida especie de sociedad. En los términos de la norma mencionada, tal medida la puede aprobar la mayoría absoluta de los votos presentes. Sin embargo, **si no se obtiene una votación de por los menos el ochenta por ciento de las acciones presentes en la respectiva reunión, sólo pueden entregarse acciones en vez de dividendos a los accionistas que lo acepten de manera expresa**. Esta regla entraña, en la práctica, que, a falta de mayoría indicada, los asociados ausentes y disidentes pueden negarse a aceptar el dividendo en forma de participaciones de capital social y, por el contrario, exigir el pago en dinero” (negrillas fuera de original)<sup>21</sup>.

Al consultarse las facultades del Promotor en la Ley 550 de 1999, particularmente, los artículos 7mo y 8vo, dentro de estas no se advierte una

---

<sup>21</sup> Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario. Tercera Edición. Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., Colombia, año 2019, págs.

facultad específica que le permita en los Acuerdos de Reestructuración Empresarial, el que pueda sustituir a la Asamblea de Accionistas, dentro de las competencias organizaciones que le atribuye el derecho sustancial.

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

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

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

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

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

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

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

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

La materialización de los derechos accionarios transferidos, generó en la práctica una pérdida porcentual de participación accionaria que, privó en un 3.2338% al acreedor Capicrédito S.A. en Liquidación, del ejercicio de sus derechos al interior de la empresa y de recibir beneficios económicos, como podría ser, a manera de ejemplo, la posibilidad de tener una mejor **capacidad decisoria** para acceder a órganos de gestión empresarial.

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

Así, una persona puesta en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se encontraba el Promotor de la reorganización empresarial de Generar

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

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

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

x) Partiendo de las pruebas practicadas, tal como son los dictámenes periciales, de estos se puede extraer como datos objetivos que, la empresa Generar S.A ESP, para el 06 de febrero de 2007, contaba con un patrimonio líquido de \$38.753.192.599. Que se comprometió a cancelar a dos acreedores externos sus obligaciones con la emisión de acciones a valor intrínseco cada una de \$1239 para el 31 de diciembre del año 2005.

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

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

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

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

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

En conclusión, con el pago de la acreencia por parte de Generar S.A. ESP, en virtud del acuerdo de restructuración en favor de Capicredito S.A. en Liquidación, con la entrega de 2.493.779 acciones, se dejó de cancelar o satisfacer un valor de \$983.895.205,56, respecto de una deuda total de \$3.089.791.820.00.

La anterior operación se realiza teniendo como referente los dictámenes periciales y la información por ellos brindada, precisando que se identificaron algunas fallas técnicas que no le restan entidad a la pericia y satisfacen los fines de la pericia.

xi) Atendiendo al compromiso obligacional contenido en el Acuerdo de Reestructuración de la empresa Generar S.A. ESP, si esta debía entregar a Capicredito S.A. en Liquidación, un total de 2.493.779 a un precio intrínseco ya definido de \$1.239, cuando se hace el pago y se entregan acciones a un precio intrínseco de \$844,46, se termina presentando un desbalance o desequilibrio prestacional producto de la revalorización de la capitalización del patrimonio por un monto de 17.120.870, distribuidas entre los accionistas registrados en el libro de accionistas al 5 de febrero de 2007; lo cual, conduce a un incumplimiento del Acuerdo celebrado entre las partes y, por ello, se termina afectando el pago en la suma de \$983.895.205,56, los cuales fueron dejados de cancelar realmente al acreedor. En otras palabras, se dejaron de entregar un total de 1.165.117 acciones, cada una a un valor de \$844.46.

Y como el pago efectivo conforme a lo indicado por el Art. 1626 del C.C., “...**es prestación de lo que se debe**”, ello refiere a un contenido sustancial y no simplemente formal, tal como es ratificado por el Art. 1627 ib, cuando señala que “**El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación** sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes...El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser igual o mayor valor la ofrecida”.

De las disposiciones en cita, se barrunta que, una vez se ha definido como se materializaría el pago con una prestación determinada, el deudor solo se podía liberar entregando la cosa en la cantidad y calidad prometidas, ya que el acreedor no estaba obligado a recibir una cosa de menor valor a la estipulada, máxime cuando este menor valor es ocasionado por obra del deudor.

Presentado el incumplimiento en el pago de la prestación definida, conforme a lo prescrito por el penúltimo inciso del Art. 1604 del C.C., hay una presunción de culpa a cargo del sujeto obligado, cuando dispone que, “...**la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega**”.

De disposición en cita se deduce que incumbe al deudor el deber de acreditar la diligencia o cuidado (ausencia de culpa), el caso fortuito o la fuerza mayor, lo cual permite presumir su culpa, ya que estos son los medios idóneos para demostrar que, aunque se presentó el incumplimiento de una obligación concreta, éste no fue a consecuencia de un hecho u omisión imputable al deudor. En otras palabras, que el sujeto obligado no incurrió en una acción u omisión que se pueda catalogar como culposa o porque la inejecución de la prestación no le es atribuible. Al respecto, en la doctrina, se expone:

“Aunque con algunas excepciones aisladas, la jurisprudencia y la gran mayoría de la doctrina, coinciden en reiterar que el artículo 1604 del Código Civil establece, como principio general, en materia contractual, una presunción de culpa contra el deudor incumplido, con lo cual se alivia la tarea probatoria del acreedor que persigue el resarcimiento de sus perjuicios. La existencia de esta presunción la reconocen también quienes en lugar de hablar de responsabilidad contractual, hablan de ‘responsabilidad concreta’ en contraste con la que denominan ‘responsabilidad por encuentro social’”<sup>22</sup>.

De las pruebas recaudadas en la fase de confirmación, no se confronta alguna que dé cuenta de una justificación plausible que permita excusar a la empresa Generar S.A. ESP, sobre el deber de realizar el pago de la acreencia prometida en los estrictos términos en que fuera pactado. El pago que se hizo, tal como viene de exponerse fue parcial, más no total, en tanto que, por una cláusula inserta dentro del Acuerdo de Reestructuración, se dejó de cumplir íntegramente con la prestación debida, aspecto que ha sido claramente dilucidado.

La diligencia y cuidado que se esperaba del deudor, no se materializa aduciendo que el Acreedor, tuvo en sus manos el Acuerdo de Reestructuración Empresarial el día de su firma, 6 de febrero de 2007, que lo leyó y lo firmó, por cuya razón, aceptó sin discusión su contenido, en tanto que, su proceder no se ajusta rigurosamente a la satisfacción de la prestación convenida, atendiendo a los tratos y acuerdos preliminares alcanzados, mediando el cruce de información y, concretamente, el denominado como “última versión Acuerdo de Generar”, mediando el lamentable quebranto del principio sustancial de la buena fe, en su manifestación del deber de información y lealtad contractual, así como ya fuera explicado.

---

<sup>22</sup> SUESCUN MELO, JORGE. Opus cite, pág. 287.

Adicionalmente, la entrega de un paz y salvo por la Contadora de la empresa Capicrédito S.A. en Liquidación, para el día 25 de marzo de 2009, donde se indicaba que la empresa Generar S.A. ESP, identificada con NIT. 811.007.791, quedaba a paz y salvo por todo concepto en nuestros registros contables al 25 de marzo de 2009, dentro del contexto del litigio, no tiene la entidad para considerar que fue entregado respecto de toda la obligación de la cual era acreedor Capricredito y tenía por deudor a Generar S.A. ESP, ya que ello, lo era con referencia a una deuda relacionada en el documento denominado como No. 012, por valor de \$1.131.158 (cfr. fl. 120 y 121, C06); y porque precisamente, el pago que en su momento se hizo constar, lo fue meramente formal, aparente y no un pago total, solucionara totalmente la obligación, tal como fuera explicado en precedencia.

Finalmente, es cierto que la empresa Capicrédito S.A. en Liquidación, para el momento en que fue celebrado el acuerdo de reestructuración, tenía también la calidad de accionista de Generar S.A. ESP., sin embargo, dentro del expediente, la fuente de la responsabilidad que se enarbola, es el incumplimiento de un pago externo por un monto de \$3.089.791.820.00, y no uno de carácter interno a título de Accionista. De otro lado, la decisión de incluir la cláusula de entregar acciones a los socios registrados al 5 de febrero de 2007, provino del Promotor y no de la Asamblea de Accionistas, lo cual impide considerar remotamente la posibilidad de que hubiese una eventual compensación, la que, en todo caso, no fue adecuadamente justificada.

## **6.9. Del nexo de causalidad**

i) Según la Corte Suprema de Justicia, para pretender indemnización de un perjuicio es necesario *“que exista conexión causal jurídicamente relevante entre un evento dañoso que lesiona a quien exige ser reparado, y como causa y origen de ese mismo evento dañoso, un factor de atribución legal de responsabilidad a cargo de ese agente contra el que es reclamada dicha indemnización”*. Nuestro máximo Tribunal de Casación, ha acogido como criterio predominante la tesis de la *“causalidad adecuada”*, comprendida como la condición que según el curso natural y ordinario de las cosas era idónea para producir por sí el resultado; lo demás serán simplemente condiciones, antecedentes o factores en sí irrelevantes de ese daño. Sobre el tema la doctrina enseña:

*“Para determinar, pues, la causa de un daño, se debe hacer, ex post facto, un juicio o cálculo de probabilidades: prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que indagar si la acción u omisión del presunto agente, era por sí misma apta para provocar el daño según el curso ordinario de las cosas; si se contesta*

*afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente; si se contesta que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una conditio sine qua non del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido, o al menos no de esa forma”<sup>23</sup>.*

ii) En el caso concreto, se verifica que la empresa Generar S.A. ESP, había adquirido previamente, con Capicredito S.A. en Liquidación, el deber o compromiso prestacional de cancelarle una acreencia por el monto de \$3.089.791.820.00, para lo cual, haría entrega de un número equivalente en acciones a valor intrínseco al 31 de diciembre de 2005, a razón cada una de \$1.239, para un total de 2.493.779.

Si bien la cantidad de acciones entregadas en total de 2.493.779, guarda correspondencia o identidad con la cifra inicialmente estimada; empero, lo cierto del caso es que, para el momento en que fue celebrado el acuerdo y se presenta su entrega material, al 22 de marzo de 2007, su valor intrínseco, realmente era de \$844.46. Esta disminución en el valor de la acción se presentó porque en el Acuerdo de Reestructuración empresarial suscrito el 6 de febrero de 2007, se incluyó, intempestivamente, una cláusula que autorizaba distribuir entre los accionistas registrados al 5 de febrero de 2007, las acciones emitidas como producto de la revalorización de la capitalización del patrimonio por un monto de 17.120.870, ocasionándose el fenómeno de “**dilución accionaria**” en el pago de la acreencia, lo cual se traduce en que, se acordó o convino en pagar la deuda con un monto determinado en acciones, cuya cantidad efectivamente se entrega, pero a un precio inferior por acción.

Conforme al desarrollo de los acontecimientos, si en el Acuerdo de Reestructuración no se hubiese incluido la cláusula que dispuso distribuir al corte del 5 de febrero de 2007, entre sus accionistas, las acciones producto de la revalorización de la capitalización del patrimonio, permitiendo que fuera la Asamblea de Accionistas la que determinara como se dispondría de ellas en fecha posterior, el pago en los términos inicialmente convenido, se habría ajustado íntegramente a lo pactado, a lo estipulado y, de forma consecuente, Capicredito S.A. en Liquidación, habría recibido totalmente la prestación convenida para la solución de su acreencia.

---

<sup>23</sup> TRIGO REPRESAS, FELIX A., Y COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H. Responsabilidad civil por accidentes de automotores. Tomo I. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, año 2008, pág. 70.

No queda duda que ha sido la conducta de la empresa Demandada, la que ha originado el pago parcial por \$2.105.896.614.44, restando aún por cancelar al acreedor una cifra de \$983.895.205,56.

#### **6.10. Del daño.**

i) El daño puede considerarse en términos generales como todo detrimento, mengua o menoscabo que sufre una persona (se incluyen los patrimonios autónomos y los que están por nacer, véase art. 53 del C.G.P.), en sus bienes patrimoniales o económicos, bajo ciertas condiciones (cfr. arts. 1613 y 1614 del c.c.), y en hipótesis particulares cuando se afectan esferas de interés íntima de la persona, o en general los que son denominados como derechos de la personalidad o personalísimos, daño moral y daño a la vida de relación. El daño está llamado a ser resarcido íntegramente, tal como imperativamente lo dispone el Art. 16 de la Ley 446 de 1998.

Para que el daño sea indemnizable se requiere que sea cierto, personal o propio, resarcible y trascendente.

ii) Se identifica en esta oportunidad un detrimento patrimonial a título de daño emergente por incumplimiento contractual, que reúne los requisitos anteriores, porque está acreditado conforme al análisis antecedente que, debido a un incumplimiento contractual imputable a la empresa demandada, realizó un mal pago, un pago incompleto o parcial, cuando pretendió cancelar con la entrega de 2.493.779 una deuda por un monto total de \$3.089.791.820.00, cuando debido al valor intrínseco real de cada acción de \$844.46, para el 22 de marzo de 2007, solo se termina cancelando la suma \$2.105.896.614.44, adeudando al acreedor una cifra de \$983.895.205,56.

Como se trata de una prestación que aflora en el contexto del derecho mercantil, debe darse aplicación especial al Art. 884 del Código de Comercio, debiéndose indicar que lo adeudado, genera un interés bancario corriente desde el 23 de marzo de 2007 hasta la fecha en que la sentencia cobre ejecutoria. A partir del día siguiente, se causarán intereses moratorios la tasa máxima legalmente permitida, tal como lo estipula la referida disposición.

iii) El daño que se identifica en esta oportunidad, corresponde al emergente por el no pago de una suma determinada de dinero, la cual genera un rendimiento económico en virtud del lucro que es propio de los negocios mercantiles. La pretensión enarbolada por la parte actora, concerniente a la pérdida de una oportunidad de chance o de ganancia, porque se le impidió al Acreedor recibir una cantidad superior de acciones, las cuales en forma posterior habría podido enajenar en el año 2008, por motivo de la OPA promovida por la empresa Colinversiones S.A., no encuentra sustento, porque parte de un dato incierto o

indeterminado para ese momento, el cual sólo se está develando por motivo del pronunciamiento jurisdiccional que se emitirá, el cual consiste en establecer que, efectivamente, sí se presentó un pago incompleto, parcial o simplemente formal, el cual no fue íntegro respecto de la prestación convenida. Por ello, como la OPA ocurrió en el año 2008 y la certidumbre del derecho se establecerá a partir de la ejecutoria de esta decisión, mal puede afirmarse que, en su patrimonio, había un derecho cierto y determinado que le permitía aspirar lisa y llanamente a un beneficio del cual fue privada.

## 7. De las excepciones de mérito.

i) Cuando la parte demandada ejerció su derecho a la defensa y contradicción, en la respuesta a la demanda presentó como medios exceptivos los siguientes: a) Cumplimiento de lo acordado entre **Generar S.A. ESP y Capicrédito S.A., en Liquidación.**; a) pleno conocimiento y consentimiento de Capicrédito S.A., sobre lo acordado en el Acuerdo de Reestructuración Empresarial de **Generar S.A. ESP**; c) inexistencia de los perjuicios aducidos en la demanda; y, d) prescripción de la acción (cfr. Art. 235 Ley 222 de 1995).

Salvo el caso de la prescripción de la acción que amerita un estudio independiente, las tres primeras excepciones están vinculadas directamente con los presupuestos axiológicos de las pretensiones y, como en el curso del desarrollo motivacional de la sentencia, estos han sido confirmados, su reconocimiento es, a la vez, un juicio implícito de carácter negativo en contra de las excepciones formuladas, por cuya razón, estas serán desestimadas, sin que fuera necesario reiterar las consideraciones ya expuestas, en elogio a la brevedad, evitando un discurso reiterativo o tautológico.

ii) La prescripción además de ser un modo de adquirir el derecho de las cosas ajenas, es el medio a través del cual pueden extinguirse las acciones o derechos ajenos, cuando no se ejercitan dichas acciones o derechos durante cierto lapso temporal, aunado a la concurrencia de los demás requisitos legales. Y se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción (cfr. art. 2512 del C.C.).

La prescripción puede invocarse por vía de acción o de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquél renunciado a ella (cfr. art. 2513 del C.C.). Cuando se trata de la prescripción tendiente a extinguir las acciones y derechos ajenos, se exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se hizo exigible.

iii) Según lo indica el Art. 1625 del C.C., las obligaciones se extinguen en todo o en parte, por la prescripción, tal como está consagrado en el numeral 10mo.

Las acciones judiciales que pueden a su vez, extinguir las acciones con las que cuenta otra persona, por regla general son de cinco (5) años, cuando se refiere a la ejecutiva, o de diez (10) años, cuando tratan de la ordinaria (cfr. art. 2536 del C.C.). Es importante precisar que, en caso de interrumpirse o renunciarse la prescripción, el término comenzará a computarse nuevamente.

iv) La parte Pasiva invocó la prescripción de que trata el Art. 235 de la Ley 222 de 1995, o cualquiera otra de carácter especial que extinguiere la acción impetrada por Capicredito S.A. en Liquidación, teniendo en cuenta la fecha en que se habría presentado el perjuicio, la fecha de presentación de la demanda, su admisión y notificación.

Indica el Art. 235 ib, que “Las acciones penales, civiles y administrativa derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en esta se haya señalado expresamente otra cosa”.

El Libro Segundo del Código de Comercio, abarca todo el tema de las Sociedades Comerciales, comenzando en el Art. 98 y finalizando en el 514. Luego, la pretensión de indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento contractual, con motivo de la reorganización empresarial contemplada en la Ley 550 de 1999, que promueve y facilita la reactivación empresarial, así como la función social de las empresas, al recaer sobre un tema del derecho societario, es pertinente indicar que el término prescriptivo de la acción, sí es de cinco (5) años, y no de diez, tal como lo contempla el Art. 2356 del Estatuto Civil.

v) El negocio jurídico contentivo del acuerdo de restructuración empresarial, fue celebrado el día 06 de febrero del año 2007, y el pago materializado para el 22 de marzo de esa misma anualidad. Esta última fecha se constituye en el referente para computar el término de prescripción de la acción que es de 05 años.

Para establecer si con la presentación de la demanda se presentó la interrupción de la prescripción tal como lo indica el artículo 94 del Código General del Proceso, debemos de tener en cuenta que esta fue radicada el día 13 de julio de 2009 (cfr. fl. 33, cuaderno 1), y la demanda fue admitida por auto de fecha 23 de agosto de 2011, notificada por estados al demandante el 25 de agosto de esa misma anualidad. Esta demora obedeció al hecho de que el juzgado de conocimiento, inicialmente, se había declarado incompetente y el asunto escaló ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura,

organismo que, mediante providencia del 09 de febrero de 2011, determinó que la competencia recaía en el Juzgado 03 Civil del Circuito de la Ciudad de Medellín (cfr. cuaderno 05).

Para que opere la interrupción debe notificarse a la parte demandada dentro del año siguiente al momento en que es admitida la demanda. Sin embargo, el juzgado de conocimiento por auto del 11 de octubre de 2011, desviándose de la forma propia del juicio rechazó la demanda por falta de conciliación prejudicial (cfr. fls. 313 y 314), lo cual dio lugar a la presentación del recurso de reposición y en subsidio de apelación, el cual fue resuelto mediante providencia del 19 de abril de 2012, reponiéndose la decisión, y dejando sin valor el auto rechazo de la demanda (cfr. fls. 331 y 334). Esta se notificó por estados del 27 de abril de la anualidad.

Con la decisión de rechazar intempestivamente la demanda, se generó la interrupción del término que, con el auto admisorio inicialmente había comenzado a correr. Por esta razón, el auto que repone la decisión, el 27 de abril de 2012, se constituye en el parámetro o criterio básico para enjuiciar el momento a partir del cual se computa el término de un año para gestionar la notificación a la parte demandada. Dentro del expediente obra notificación por aviso que se realiza a la parte demandada el 13 de febrero del año 2013, quien concurre al procedimiento ejerciendo su derecho a la defensa y la contradicción (cfr. fls. 364 a 406).

Aflora de lo expuesto que la parte demandada fue notificada dentro del año siguiente al momento en que quedó en firme el auto admisorio de la demanda, por cuya razón, con la presentación se desarrolló el fenómeno de la interrupción de la prescripción en los términos que lo contempla el artículo 2539 del Código Civil por cuya razón, la excepción en que se fundamente la misma carece de vocación de prosperidad.

## **8. Condena en costas**

Como las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, conforme a lo previsto al artículo 365 del C. G del Proceso, se impondrá condena en costas a cargo de la parte demandada Celsia S.A. ESP. y a favor de Inversiones Ángel Posada SAS.

Para la tasación de las agencias en derecho tendremos en cuenta lo previsto en el acuerdo PSAA 10554 del 2016, el cual estipula que tratándose de procesos declarativos es posible fijar un porcentaje por concepto de agencias en derecho que oscila entre el 3% al 7.5% de la pretensión reconocida, resultando prudente estimar en atención a la duración del litigio, a la actividad y gestión desplegada por el apoderado de la parte actora, una cifra de \$160.000.000.oo.

#### IV. FALLO

A mérito de lo expuesto, el **Juzgado Décimo Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín**, administrando justicia, en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

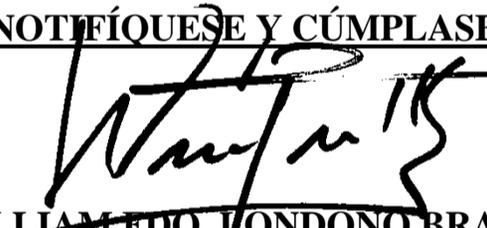
**PRIMERO:** Condenar a la empresa **Celsia SA. ESP.** a cancelar a favor de **Inversiones Ángel Posada S.A.S.**, la suma de \$983.895.205,56 más los intereses bancarios corrientes causados desde el 23 de marzo del año 2007 hasta la ejecutoria de la sentencia, liquidados a la tasa señalada en el artículo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

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

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

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

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**WILLIAM FDO. LONDONO BRAND**  
**JUEZ**

(Firma escaneada-Art. 11 Dcto. 491/2020-Ministerio de Justicia y del Derecho)

#### JUZGADO DIECIOCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

El auto que antecede se notifica por anotación en estados No. 178 fijado en un lugar visible de la secretaría del Juzgado hoy 30 de **NOVIEMBRE** de 2022, a las 8 A.M.



**DANIELA ARIAS ZAPATA**  
**SECRETARÍA**

**Firmado Por:**  
**William Fernando Londoño Brand**  
**Juez Circuito**  
**Juzgado De Circuito**  
**Civil 018**  
**Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b46fc083b274435865d3df85ce5f21104ba12843c4d3b3e3a8423d9783338d2d**

Documento generado en 29/11/2022 03:07:09 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**