

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

**GAS NATURAL DEL ORIENTE S.A. E.S.P. GASES DE
BARRANCABERMEJA, S.A. E.S.P. Y ALCANOS DE COLOMBIA S.A.
E.S.P.**

VS.

**FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. (FIDEICOMISO INVERVALLE),
GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., SURTIDORA DE GAS DEL
CARIBE S.A. E.S.P., PROMIGAS S.A. E.S.P., LUIS FERNANDO
SANDOVAL y HECTOR MEDINA QUINTERO.**

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, nueve (9) de octubre del 2002.

Como se encuentran cumplidas las etapas procesales previstas en las normas que regulan el proceso arbitral (Ley 446 de 1998 y decreto 1818 de 1998), procede el Tribunal para decidir el conflicto planteado entre el escrito de convocatoria y en las respuestas que al mismo le dieron las entidades convocadas, profiriendo para ello la correspondiente decisión de mérito con la cual culminará éste proceso promovido por las sociedades GASORIENTE S.A. E.S.P., en adelante "GASORIENTE" , GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P. y ALCANOS DEL HUILA S.A. E.S.P., hoy ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. y que en lo sucesivo se denominará "ALCANOS", todas ellas empresas de servicios públicos

constituidas con el arreglo a la ley y con domicilio principal en las ciudades de Bucaramanga, Barrancabermeja y Neiva respectivamente, contra EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., gestora del FIDEICOMISO INVERVALLE, ambas domiciliadas la ciudad de Cali, PROMIGAS S.A. E.S.P. Y SURTIGAS S.A. E.S.P., domiciliadas en las ciudades Riohacha, y Cartagena respectivamente y los señores Luis Fernando Sandoval Manrique y Héctor Medina Quintero, domiciliados éstos en la ciudad de Cali.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1.1. El Pacto Arbitral.

Inicialmente las partes estipularon cláusula compromisoria en el Capítulo XI, artículos 106, 107, 108 y 109 de la escritura pública 1557 del 18 de julio de 1997, otorgada en la Notaría Cuarta del Círculo de Cali (folios 076 a 097 frente del cuaderno 1-3- del expediente) y la cual contiene los Estatutos de la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. con posterioridad, para evitar aquellas la alegación de *falta de competencia del Tribunal de Arbitramento en la asunción del conocimiento de la controversia en su integridad, la totalidad de las partes celebraron un contrato de compromiso cuyo texto obra a folios 244 a 250 del cuaderno 3-3- del expediente.*

En consecuencia, la base contractual del arbitraje la constituyen al propio tiempo una cláusula compromisoria que forma parte del estatuto social de la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.,

complementada por un compromiso posterior, pactos éstos que son del siguiente tenor:

1.2. El texto de la cláusula compromisoria y demás normas relativas al Arbitramento, incorporadas en el Capítulo XI, artículos 106, 107, 108 y 109 de la escritura pública 1557 del 18 de julio de 1997 de la Notaría Cuarta el Círculo de Cali (folios 076 a 097 frente del cuaderno 1-3- del expediente), expresan:

ARTICULO 106. "las diferencias y controversias a que llegaren a ocurrir (sic) entre los accionistas y la sociedad o entre los accionistas por razón del contrato social, durante la existencia de la sociedad, al tiempo de su disolución, durante su liquidación y hasta la completa extinción de la sociedad, se someterán a la decisión de tres (3) árbitros que serán nombrados de común acuerdo por las partes.

Si su designación no fuese posible de esta manera el nombramiento lo realizará la Cámara de Comercio de Cali, a solicitud de una cualquiera de las partes. Los árbitros serán (sic) ciudadanos colombianos, abogados y el laudo arbitral se dictará en derecho.

El Tribunal de Arbitramento se regirá por las normas del Decreto 2279 del 1989 y demás normas que las modifiquen o subroguen".

ARTICULO 107. SOLICITUD DE ARBITRAMENTO. "presentada controversia cualquiera de las partes podrá ocurrir a la Cámara de Comercio de Cali en la solicitud del nombramiento de los Árbitros, su designación no fuese posible, la solicitud se hará por escrito y en ella se expresará las diferencias material (sic) de arbitraje. PARÁGRAFO: Se denomina parte a la persona o grupo de personas que sostengan pretensiones similares.

ARTÍCULO 108. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS POR EL JUEZ. Si dentro de los diez (10) días comunes siguientes la Cámara de Comercio de Cali no llegare a efectuar la designación, cualquiera de las dos partes

podrán acudir al Juez del Círculo en Civil en la forma y con la (sic) finalidades establecidas en la ley.

ARTÍCULO 109. LUGAR DE FUNCIONAMIENTO Y CARÁCTER DE LA DECISIÓN. El Tribunal de Arbitramento funcionará en la ciudad de Santiago de Cali.

1.3 Con fecha 21 de septiembre del año 2001, las sociedades GASORIENTE S.A. E.S.P., GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P., ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. (FIDEICOMISO INVERVALLE), PROMIGAS S.A. E.S.P., SURTIGAS S.A. E.S.P., y los señores LUIS FERNANDO SANDOVAL MANRIQUE y HÉCTOR MEDINA QUINTERO, celebraron un contrato de compromiso en los términos que a continuación se transcriben "**CONTRATO DE COMPROMISO**". De una parte, las sociedades denominadas ""GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P."" , en adelante GASES DE BARRANCABERMEJA, con domicilio en Barrancabermeja; (Santander), constituida mediante escritura pública número 1715 del 11 de agosto de 1987, de la Notaría 1 de Barrancabermeja, registrada en la Cámara de Comercio de Barrancabermeja, el día 26 de agosto de 1987, bajo el No. 870,496 del Libro respectivo, representada por su representante legal suplente, Sr. Gerardo Rueda Amorocho, identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.825.660 de Bucaramanga; y ""ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P."" , en adelante ALCANOS, con domicilio en Neiva, constituida mediante escritura pública número 2119 de 18 de noviembre de 1977, de la Notaría 2 de Neiva, registrada en la Cámara de Comercio de Neiva, el día 29 de noviembre de 1977, bajo el número 1251 del Libro respectivo, representada legalmente por su Gerente, Sr. Carlos Adolfo Navarro Ruiz, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.124.437 de Bogotá; sociedades éstas que se llamarán LOS DEMANDANTES, y de otra parte, las sociedades

denominadas **“EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A., E.S.P.”**, en adelante GASES DE OCCIDENTE, con domicilio en Cali, constituida mediante escritura pública número 881 de 27 de mayo de 1992, de la Notaría 15 de Cali, registrada en la Cámara de Comercio de Cali, el día 21 de julio de 1992, bajo el No. 55544 del libro IX, representada legalmente por su Gerente, Sr. Luis Fernando Sandoval Manrique, identificado con las cédula de ciudadanía No. 16.641.875 de Cali; **“FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., FIDEICOMISO INVERVALLE”**, en adelante FIDEICOMISO INVERVALLE, con domicilio en Cali, constituida mediante escritura pública No. 2922 de 30 de septiembre de 1991, de la Notaría 13 de Bogotá, representada legalmente por su Gerente, Sr. Luís Eduardo Arbeláez Sarmiento, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.234.478; **“PROMIGAS S.A., E.S.P.”** en adelante PROMIGAS, con domicilio en Riohacha, constituía mediante escritura pública número 3561 del 27 diciembre de 1974, de la Notaría 3 de Barranquilla, registrada en la Cámara de Comercio de Riohacha, el día 06 de febrero de 1976, bajo el No. 3299 del Libro IX, representada legalmente por el representante legal suplente para efectos judiciales, Sr. Eduardo Rosado Fernández De Castro, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.734.447 de Barranquilla; **“SURTIGAS S.A., E.S.P.”**, en adelante SURTIGAS, con domicilio en Cartagena, constituida mediante escritura pública número 1163 de 03 de agosto de 1968, de la Notaría 1 de Cartagena, registrada en la Cámara de Comercio de Cartagena, el día 17 de agosto de 1968, bajo el No. 413 del Libro IX representada legalmente por su Gerente, Sr. Luis Guillermo Otoyá Gerdts, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.685.411; y las personas naturales, **LUIS FERNANDO SANDOVAL MANRIQUE**, mayor y vecino de Cali, cedulaado con el No. 16.641.875 de Cali, y **HÉCTOR MEDINA QUINTERO**, mayor de edad, vecino de Cali, cedulaado con el No. 16.672.243 de Cali, quienes se denominarán **LOS DEMANDADOS**, se ha

celebrado del presente **CONTRATO DE COMPROMISO**, contenido en las siguientes **CLÁUSULAS**, previas estas **CONSIDERACIONES:** (a) **LOS DEMANDANTES**, conjuntamente con **GASORIENTE S.A. E.S.P.**, presentaron el 14 de junio de 2001, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, solicitud de convocatoria e integración de un Tribunal de Arbitramento en contra de LOS DEMANDADOS, en uso de la cláusula compromisoria contenida en los Estatutos de GASES DE OCCIDENTE contenidas en la escritura pública número 1557 del 18 de julio de 1997, en sus Cláusulas 106 a 109. En la demanda arbitral LOS DEMANDANTES y GASORIENTE S.A. E.S.P. solicitaron hacer las declaraciones y condenas contenidas en la solicitud de 14 de junio del 2001, anteriormente mencionadas. (b) La anterior demanda presentada por LOS DEMANDANTES y GASORIENTE S.A. E.S.P. fue admitida por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali el día 15 de junio del 2001. Una vez notificados, los DEMANDADOS contestaron la demanda y propusieron excepciones, de las cuales se corrió traslado a LOS DEMANDANTES y a GASORIENTE S.A. E.S.P., quienes oportunamente solicitaron pruebas adicionales. (c) Para evitar que el Tribunal de Arbitramento que deberá integrarse e instalarse llegare a declararse competente única y exclusivamente para dirimir las controversias existentes entre GASORIENTE S.A. E.S.P. y LOS DEMANDADOS, e incompetente para conocer de las pretensiones de GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P. y ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., las partes han decidido celebrar este Contrato de Compromiso el cual permitirá que ese mismo Tribunal de Arbitramento que dirima las controversias entre GASORIENTE S.A. E.S.P. y LOS DEMANDADOS, sea el mismo que las dirima entre LOS DEMANDANTES, o sea, GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P. y ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. y LOS DEMANDADOS. **PRIMERA. Objeto y Alcance.** Las partes han

decidido someter a Arbitramento las controversias que los DEMANDANTES conjuntamente con GASORIENTE, presentaron ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali el día 14 de junio de 2001, documento éste que hace parte integrante de este Contrato, con el fin de que esas controversias entre LOS DEMANDANTES y LOS DEMANDADOS sean conocidas y decididas por el Tribunal de Arbitramento cuya convocatoria han solicitado LOS DEMANDANTES conjuntamente con GASORIENTE. Por tanto, el Tribunal conocerá y decidirá sobre los hechos y las pretensiones contenidas en el escrito de solicitud de convocatoria presentado ante este Centro de Conciliación y Arbitraje el 14 de junio de 2001, teniendo en cuenta que dicha solicitud y la demanda contenida en ella fue contestada por LOS DEMANDADOS quienes propusieron excepciones de mérito. **PARÁGRAFO.** El sometimiento de las controversias a la decisión del Tribunal de Arbitramento aquí convenido, no indica aceptación alguna de parte de LOS DEMANDADOS de que las personas que integran la parte de LOS DEMANDANTES sean accionistas de GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. **SEGUNDA. Nombramiento de los Árbitros y Reglas del Arbitramento.** El Tribunal de Arbitramento se integrará, funcionará y decidirá de conformidad con las reglas pactadas en la cláusula compromisoria prevista en los estatutos de GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. contenidos en la Escritura Pública No. 1557 otorgada en la Notaría Cuarta de Cali el 18 de julio de 1997, artículos 106 a 109. **TERCERA. Presentación y Entrega de este Contrato.** Un original de este Contrato será presentado por las partes ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, en la audiencia de conciliación que se celebrará el 17 de septiembre del 2001, con la finalidad de que el Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, lo entregue a los árbitros, junto con la actuación surtida, en la oportunidad legal indicada en el artículo 142 del Decreto 1818 de 1998. **CUARTA. Aceptación.**

GASORIENTE S.A. E.S.P., en adelante GASORIENTE, con domicilio en Bucaramanga, constituida mediante escritura pública número 2348 de 30 de agosto de 1977, de la Notaría 1 de Bucaramanga, registrada en la Cámara de Comercio de Bucaramanga, el día 05 de septiembre de 1977, bajo el No. 277 del libro IX, tomo 15, representada por su representante legal suplente, Señor Gerardo Rueda Amorocho, identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.825.660 de Bucaramanga, acepta que por el mismo proceso arbitral que se ha iniciado ante la Cámara de Comercio de Cali mediante demanda presentada el 14 de junio del 2001 y que se ha identificado aquí, se solucionarán las controversias formuladas conjuntamente con GASES DE BARRANCABERMEJA y ALCANOS y en contra de LOS DEMANDADOS, para lo cual suscribe este Contrato. Para constancia se suscribe en diez (10) ejemplares originales, con destino a cada uno de los contratantes y otro para el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, en la ciudad de Cali, el 21 de septiembre 2001 (Firmado) LOS DEMANDANTES, **GASES DE BARRANCABERMEJA S.A., E.S.P., ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.,** LOS DEMANDADOS, **EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. FIDEICOMISO INVERVALLE, SURTIGAS S.A., E.S.P. PROMIGAS S.A. E.S.P., LUIS FERNANDO SANDOVAL Y HÉCTOR MEDINA QUINTERO. (Firmado)** Acepto. **GASORIENTE S.A., E.S.P.**

CAPITULO SEGUNDO

CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL. INICIACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

- 2.1.** El 14 de junio del 2001, las sociedades convocantes GASORIENTE S.A. E.S.P., GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P., ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., por intermedio de apoderado judicial solicitaron la convocatoria e integración de un Tribunal de Arbitramento al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, con el fin de que por intermedio del mismo un Tribunal se decidan las diferencias suscitadas entre sus representadas y los convocados EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. FIDEICOMISO INVERVALLE, PROMIGAS S.A. E.S.P., SURTIGAS S.A. E.S.P. LUIS FERNANDO SANDOVAL MANRIQUE Y HÉCTOR MEDINA QUINTERO, a propósito de la cesión de derechos de suscripción de acciones emitidas por la primera y efectuada por tres de sus accionistas (EPSA S.A. E.S.P., CHIDRAL S.A. E.S.P. y las EMPRESAS PRUBLICAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.) en favor de GASORIENTE, GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. y ALCANOS, en la forma y con el contenido que indican las peticiones declarativas formuladas en la primera, segunda y tercera de las súplicas del escrito en referencia, visibles a folios 003, 004 y 005 del cuaderno 1-3.
- 2.2. La anterior solicitud la admitió el Centro de Conciliación y Arbitraje mediante providencia de fecha 15 de junio de 2001 (folio 303 del cuaderno 1-3), la cual notificó dicho Centro de Conciliación al apoderado especial de las sociedades convocantes y a la totalidad de los convocados.

CAPÍTULO TERCERO

INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

- 3.1. Creado así el lazo de instancia, la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali actuando con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 121 de la Ley 446 de 1998 (Art. 141 del Dcr. 1818 del mismo año), convocó a las partes a audiencia de conciliación y ordenó la notificación a las mismas (folios 233 y 234 del cuaderno 3-3). Mediante telegramas de fecha 30 de agosto 2001, la Directora del Centro de conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali notificó que el lunes 17 de septiembre del año 2001 a las 2:30 P.M. se realizarían en la sala No. 2 de dicho Centro la audiencia de conciliación. En los mismos telegramas de notificación se previno a las partes que de no lograrse acuerdo conciliatorio, aquéllas deberían designar los árbitros que resolverían en derecho las diferencias contractuales existentes entre las mismas (folios 235, 235 A, 235 B, 235 C, 235 D, 235 E, 235 F, 235 G, 235 H, 235 I, 235 J, 235 K, 235 L y 235 M del cuaderno 3-3).
- 3.2. Por no haber mediado acuerdo conciliatorio, los abogados José Antonio Tamayo H. y Fernando Restrepo Vallecilla, apoderados en su orden de la parte convocante y empresa de Gases de Occidente S.A. E.S.P. manifestaron en comunicación de fecha 24 de septiembre 2001 (folio 255 del cuaderno 3-3), que en audiencia de conciliación realizada el 17 de septiembre del mismo año (folios 251 a 254 del mismo cuaderno) habían acordado que los árbitros que integrarían el Tribunal de Arbitramento serían los doctores Rodrigo Becerra Toro, Carlos Esteban Jaramillo Schloss que Néstor Humberto Martínez Neira.
- 3.3. Acogida la selección y nombramiento de los anteriores árbitros éstos expresaron su plena aceptación (folios 256, 257, 258, 258

A, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 del cuaderno 3-3) ante la Dirección del Centro de Conciliación y Arbitraje.

CAPÍTULO CUARTO

INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL Y PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.

- 4.1** La fecha de audiencia de instalación del Tribunal la fijó la Dirección del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, para el día 24 de octubre 2001 a las 2:30 p.m. (folio 269 frente del cuaderno 3-3). Como en esta fecha no se pudo realizarse esta audiencia, la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje señaló mediante decisión el 22 de octubre del año 2001, el miércoles 14 de noviembre del mismo año a la hora de las 2:30 P.M. como fecha para la instalación del Tribunal (folio 273 frente del cuaderno 3-3).
- 4.2** El 14 de noviembre del año 2001 se realizó la audiencia de instalación del Tribunal (acta No. 1, folios 001 a 009) durante la cual el Tribunal por auto No. 001 de la misma fecha (14 de noviembre del 2001) determinó como lugar de funcionamiento del Tribunal y la Secretaría del mismo las dependencias o instalaciones del Centro de Conciliación Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, situadas en la calle 8 No. 3- 14, piso cuatro de la misma ciudad. Reconoció personería a los apoderados de las sociedades convocantes y convocados que intervinieron en dicha audiencia, y fijó las sumas por concepto de gastos de administración y funcionamiento del Tribunal y las concernientes

a honorarios de los árbitros y el secretario (folios 001 a 009 del cuaderno 4-4).

4.3 En la mencionada audiencia de instalación, el Tribunal de Arbitramento señaló la hora de las 2:30 de la tarde del jueves 17 de enero del año 2002 para la celebración de la primera audiencia de trámite (folio 005 frente al 007 del cuaderno 4-4). Consignadas por las partes las sumas señaladas por el Tribunal en la audiencia de instalación (auto 01 del 14 de noviembre 2001), éste se reunió el 17 de enero 2002, fecha en la cual se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, actuación en las que con arreglo a la ley, el Tribunal, con fundamento en el convenio de arbitraje, *declaró su competencia para conocer y decidir en derecho las diferencias planteadas en la demanda principal y las respectivas contestaciones, las cuales habían surgido entre GASORIENTE S.A. E.S.P., GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P. Y ALCANOS DEL HUILA S.A. E.S.P., hoy ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. y las sociedades EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. FIDEICOMISO INVERVALLE, PROMIGAS S.A. E.S.P., SURTIGAS S.A. E.S.P., y además, los señores Luis Fernando Sandoval Manrique y Héctor Medina Quintero.*

4.4 En la misma audiencia, el Tribunal por auto No. 02 de fecha 17 de enero de 2002, *negó por improcedente la medida cautelar de embargo de las acciones emitidas por la sociedad EMPRESAS DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., la cual solicitó el apoderado de las sociedades convocantes (folio 038 del cuaderno 4-4). Y en cuanto a las pruebas documentales pedidas por las sociedades convocantes, el Tribunal por auto No. 04 de la misma fecha, las admitió en su totalidad (acta No. 2 folios 039 a 044 del cuaderno 4-4). Idéntico pronunciamiento adoptó el Tribunal en relación con la prueba documental solicitada por los convocados Héctor Medina Quintero, Luis Fernando Sandoval Manrique, EMPRESA DE*

GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., SURTIDORA DE GASES DEL CARIBE, SURTIGAS S.A. E.S.P., PROMIGAS S.A. E.S.P., FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. FIDEICOMISO INVERVALLE (folios 045 a 058 del cuaderno 4-4).

- 4.5** El Tribunal de Arbitramento también decretó la prueba de declaración de parte del representante legal de Empresas de Gases de Occidente S.A. E.S.P. solicitada por Gasorienté S.A. E.S.P., Gases de Barrancabermeja S.A. E.S.P. y Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. antes Alcanos del Huila S.A. E.S.P. decretó asimismo el interrogatorio de parte de las sociedades Gasorienté S.A. E.S.P., Gases de Barrancabermeja S.A. E.S.P y Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. antes alcanos del Huila S.A. E.S.P. (folios 058, 059 y 060 del acta No. 2, visible en el cuaderno 4-4), a petición de los convocados Héctor Medina Quintero, Luis Fernando Sandoval Manrique, Gases de Occidente S.A. E.S.P., Surtigás S.A. E.S.P., Promigás S.A. E.S.P. Fiduciaria de Occidente S.A., administradora del Fideicomiso de Invervalle.
- 4.6** En cuanto a la prueba testimonial solicitada por las sociedades Gasorienté S.A. E.S.P., Gases de Barrancabermeja S.A. E.S.P. y Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. (antes Alcanos del Huila S.A. E.S.P.), el Tribunal decretó la recepción de testimonios de los señores Carlos Campillo Parra, Wilson Romero Montañez y Fabio Cañón Piedrahita (folios 060 y 061 del cuaderno 4-4). También ordenó la recepción de los testimonios de Sol María Restrepo Gómez y Amauri de la Espriella, los cuales solicitó la sociedad Surtigas S.A. E.S.P. (folios 061 y 062 del cuaderno 4-4).
- 4.7** En la precitada audiencia el Tribunal declaró *inadmisibles los testimonios de Andrés Membrillo, Jaime Miró Robago y María Claudia Echandía* (folio 062 del cuaderno 4-4). Decretó asimismo la práctica de una inspección judicial en la sede de Emcali Eice E.S.P., de la ciudad de Cali; *y respecto de las inspecciones*

judiciales pedidas sobre los archivos y documentos de Gases de Occidente S.A. E.S.P., Gasoriente S.A. E.S.P. y Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., dispuso aplazar la práctica de estas pruebas, con fundamento en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil.

- 4.8** En su debida oportunidad el Tribunal *admitió el desistimiento de los testimonios de Carlos Campillo Parra, Wilson Romero Montañez, Sol Maria Restrepo Gómez y Fabio Cañon Piedrahita y el de las declaraciones de parte de los representantes legales de las sociedades Gasoriente S.A. E.S.P., Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Gases de Barrancabermeja S.A. E.S.P., formulado por los apoderados especiales de Empresa de Gases de Occidente S.A. E.S.P., Promigas S.A. E.S.P. y Surtigas S.A. E.S.P. y el de los señores Luis Fernando Sandoval Manrique y Héctor Medina Quintero (folios 068, 069 y 070 del cuaderno 4-4).*
- 4.9** Finalmente el Tribunal aceptó *el desistimiento de la prueba pericial solicitada por el apoderado de Empresa de Gases de Occidente S.A. E.S.P., coadyuvado por el apoderado especial de Fiduciaria de Occidente S.A. vocera de administradoras del Fideicomio Intervalle (folios 069 del cuaderno 4-4).* Y en la audiencia celebrada el día 26 de julio del año en curso (Acta No. 5 obrante a fls. 91 a 96 del cuaderno 4-4 del expediente), hizo lo propio respecto de la inspección judicial sobre archivos y documentos de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. y por considerar que no era necesario su práctica, también se abstuvo el Tribunal de llevar a cabo diligencias de la misma índole en GASORIENTE y ALCANOS, determinaciones todas estas aceptadas por las partes sin reparo de ninguna especie.
- 4.10** Así mismo, en la actuación llevada a cabo el día seis (6) de septiembre del año en curso (Acta No. 6) y de conformidad con el Art. 154 del Dcr. 1818 de 1998, las partes hicieron uso de su

derecho a presentar oralmente las conclusiones finales acerca de los argumentos de prueba resultantes de los medios demostrativos producidos a lo largo del proceso, allegando resúmenes escritos de las respectivas intervenciones que junto con versión de la grabación efectuada, se tienen como parte integrante del expediente

CAPÍTULO QUINTO

LA DEMANDA

Las sociedades convocantes, *en la solicitud de convocatoria a arbitraje, formularon las siguientes pretensiones, una declarativa y otras de condena:*

- 5.1** Que las sociedades CHIDRAL S.A. E.S.P., EPSA S.A. E.S.P. y las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P. cedieron válidamente a las sociedades GASORIENTE S.A. E.S.P., GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P. y ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., en ese entonces denominada ALCANOS DEL HUILA S.A. E.S.P., los derechos de suscripción sobre totalidad de las acciones que les correspondían en la emisión de acciones efectuada por la compañía EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. con fecha 19 de agosto de 1999, así: a) CHIDRAL S.A. E.S.P. cedió el derecho a suscribir 9.300 acciones a GASORIENTE S.A. E.S.P. y 10.500 acciones a GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P. b) EPSA S.A. E.S.P. cedió el derecho a suscribir 46.340 acciones a GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P. y c) EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. – EMCALI E.I.C.E. E.S.P. cedió el

derecho a suscribir 132.400 acciones a favor de ALCANOS DEL HUILA S.A. E.S.P.

- 5.2.** Que en la cesión así efectuada, quedaron comprendidos la totalidad de los derechos de suscripción que correspondían a las mencionadas sociedades cedentes en la primera vuelta de la suscripción de acciones emitidas por GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., según reglamento aprobado el 19 de agosto de 1999 por la junta directiva de esta sociedad.
- 5.3** Que a partir de tales actos de cesión y título de cesionarias legítimas de esos derechos, las sociedades convocantes, sustituyeron a los cedentes en su calidad y derechos como accionistas de la sociedad GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. , por las acciones cedidas y para el ejercicio de los derechos derivados del reglamento de emisión es suscripción.
- 5.4** Que las sociedades convocantes, cesionarias de los derechos en mención, al cumplir todos los requisitos establecidos en la ley comercial y en el señalado reglamento para suscribir éstas en las cantidades ya indicadas, ofrecidas en un principio a los accionistas CHIDRAL S.A. E.S.P., EPSA S.A. E.S.P. y EMCALI E.I.C.E E.S.P., adquirieron la calidad de titulares y propietarios legítimos de las acciones suscritas, a partir de la fecha en que consignaron a favor de la sociedad emisora el primer contado del valor de las acciones dichas, vale decir, 17 de septiembre de 1999.
- 5.5** Que como consecuencia de la declaración anterior fue viciada por ineficacia, nulidad absoluta o relativa, según lo disponga el Tribunal cualquier otra negociación posterior sobre las acciones adquiridas por los convocantes el 7 de septiembre de 1999, en virtud de la cesión de derechos de suscripción preferente que en ésa misma fecha se les hizo.

- 5.6** Que la compañía GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. deberá registrar en su libro de registro de acciones a GASORIENTE S.A. E.S.P. como titular de 9.300 acciones, e incremento de la participación porcentual de la cual ya era titular esta última entidad en dicha compañía.
- 5.7** Que asimismo, la compañía GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., deberá registrar en su libro de registro de acciones a la sociedad GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P. como titular de 56.890 acciones con fecha 7 de septiembre de 1999.
- 5.8** Que la compañía GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. deberá registrar en su libro de registro de acciones a la sociedad ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., antes denominada ALCANOS DEL HUILA S.A. E.S.P., como titular de 131.649 acciones, con fecha de registro 7 de septiembre de 1999.
- 5.9** Que ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., renuncia a discutir las 751 acciones que tomaron en su segunda vuelta María Margarita Gómez R., Maritza Esteban C., Jhon Freddy Polo, Nhora Alejandra Franco, Carlos Enrique Jaramillo, Maria Victoria López de la P., Luis Alfonso Ospina A., Ana Ximena Vidal Z., Noel Antonio Cano, Rina Barboza S., Ricardo Jiménez, Carmen Elena Velásquez y Carmen Elena Calderon, e igualmente libera a Gasoriente S.A. E.S.P. y Gases de Barrancabermeja S.A. E.S.P. de la participación a prorrata, en la discusión de estas acciones.
- 5.10** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, la compañía GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., deberá cancelar los registros que se hayan efectuado sobre esas acciones con posterioridad al 7 de septiembre de 1999, y específicamente los que a continuación se mencionan: a) El efectuado a favor de Fideicomiso Intervalle apersonado por la sociedad FIDICUARIA

DE OCCIDENTE S.A., por 79.440 acciones. b) El registro efectuado a favor de Surtigas S.A. E.S.P. por 72.728 acciones, después de haber recibido cesión de los derechos de suscripción por parte de PROMIGAS S.A. E.S.P. c) El registro a favor de LUIS FERNANDO SANDOVAL por 2.110 acciones. d) Y el registro a favor de HECTOR MEDINA QUINTERO por 1.000 acciones.

Que de la misma manera aplicará al cumplimiento del laudo las 42.751 acciones que no fueron suscritas por nadie en la "espuria segunda vuelta" y se encuentran en reserva a disposición de la compañía.

- 5.11** Que la convocada EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. reconocerá y pagará a las convocantes, los dividendos, acrecimientos, nuevas suscripciones de acciones o cualquier otro derecho que les corresponda como accionista de dicha compañía desde el 7 de septiembre 1999 hasta la fecha en que se haga el registro de los títulos, en proporción a las acciones cuyo registro se ordena a su favor.
- 5.12** Que si para el cumplimiento de la condena anterior fuese menester afectar capitalizaciones efectuadas por la parte convocada, sobre la base de la propiedad de las acciones en disputa, la compañía GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. procederá a efectuar la cancelación de tales registros y a colocar dichas nuevas acciones en favor de las sociedades demandantes, previo el pago que hagan del valor de la emisión, si no se hubiere hecho contra dividendos producidos por la propia sociedad emisora.
- 5.13** Que son de cargo de las personas naturales y jurídicas integrantes de la parte convocada, las costas del proceso arbitral y por lo tanto se les impondrá la correspondiente condena a pagarlas solidariamente.

CAPITULO SEXTO

RESPUESTAS A LA DEMANDA

- 6.1** notificados legalmente los convocados del contenido de la decisión proferida por el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali en el sentido de admitir a trámite en la sociedad de arbitraje, oportunamente manifestaron su oposición a las pretensiones deducidas por las sociedades convocantes en escrito de contestación a la misma, solicitaron la práctica de las diligencias de prueba que consideraron útiles a la defensa de sus intereses, y plantearon además excepciones de fondo (folios 006 a 032 , 089 a 120, 179 a 208, 255 a 269 del cuaderno 2-3 y folios 001 a 025 del cuaderno 3-3 y folios 140 a 162 del mismo cuaderno).
- 6.2.** El HECTOR MEDINA QUINTERO, por conducto de apoderado especialmente constituido al efecto, dio contestación a los hechos de la demanda y formuló las siguientes secciones que denominó: **a)** *Inasistencia por falta de celebración del contrato de suscripción de acciones;* **b)** *Falta de legitimación en causa,* c) *Validez preferente de la suscripción de acciones hecha por Héctor Medina Quintero;* **d)** *Buena fe;* e) *Culpa de los demandantes en la comunicación tardía de la oferta a suscribir;* **f)** *Excepción genérica. (folios 006 a 032 vto del cuaderno 2-3).*
- 6.3** También en el tiempo debido, por intermedio de apoderado el convocado LUISM FERNANDO SAZANDOVAL MANRIQUE dio contestación a la demanda instaurada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones mediante ella deducidas y expresamente alegó las excepciones de mérito que se enuncian a continuación,

de acuerdo con los nombres que las identifica: **a)** *Inexistencia o falta de celebración del contrato de suscripción de acciones;* **b)** *Falta de legitimación en causa;* **c)** *validez preferente de la suscripción de acciones hecha por Luis Fernando Sandoval M.;* **d)** *Buena Fé;* **e)** *Culpa de los demandantes en la comunicación tardía de la oferta a suscribir;* **f)** *Inexistencia del pago del precio de las acciones;* **g)** *Enriquecimiento sin causa;* **h)** *Ineficacia de la cesión del derecho de suscripción;* **i)** *Excepción genérica. (Folios 089 a 115 frente del cuaderno 2-3).*

6.4 Asimismo el apoderado especial de EMPRESA GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. contestó la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones objeto de la demanda y alegó en su favor las excepciones de mérito que denominó: a) *Inexistencia o falta de celebración del contrato de suscripción de acciones;* b) *Culpa de los demandantes la comunicación tardía de la oferta a suscribir;* c) *Falta de legitimación en causa;* d) *Inexistencia de pago del precio de las acciones;* e) *Ineficacia de la cesión del derecho de suscripción;* f) *Enriquecimiento sin causa;* g) *Excepción genérica (folios 194 frente a 203 frente del cuaderno 2-3)*

6.5 La sociedad SURTIGAS S.A. E.S.P., domiciliada en la ciudad de Cartagena, designó también apoderado especial, quien dio oportuna respuesta a la demanda instaurada por las sociedades convocantes, oponiéndose a la totalidad de las peticiones instauradas en la demanda. Expresamente invocó en representación de su patrocinada las siguientes defensas y excepciones. **a)** Buena fe; **b)** Inexistencia de pago, **c)** Cosa juzgada, **d)** Prescripción; d) Ratificación (sic); **e)** Pago de lo no debido; **f)** Ausencia de requisitos del solvens en el pago de obligaciones; **g)** Pérdida del valor de la consignación; **h)** Voluntad recíproca de dejar sin efecto cualquier obligación

dimanante del contrato de suscripción; **i)** Nulidad absoluta (folios 264 frente a 267 frente del cuaderno 2-3)

6.6 La sociedad convocada PROMIGAS S.A. E.S.P. se ocupó también y lo hizo en términos similares en estudio de fecha 15 de agosto de 2001 (folio 025 frente del cuaderno 3-3 de la cual dejó testimonio la providencia de fecha 16 de agosto del mismo año emitida por la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali y el informe de la secretaria operativa planteó en defensa de su representada las siguientes excepciones de mérito: **a)** Inexistencia del contrato; **b)** Excepción subsidiaria de nulidad; **c)** Inexistencia de pago; **d)** Temporalidad de la oferta. Habilidad de los días sábados; **e)** Inexistencia de fuerza mayor o caso fortuito. Diligencia del administrador; **f)** Derechos adquiridos. Procedimiento ajustado a derecho; **g)** Cosa Juzgada. Desistimiento; **h)** Falta de competencia del Tribunal. Caducidad de la acción para demandar actos de junta directiva; **i)** Fallo en derecho; **j)** Acción responsabilidad no deslegitima la operación; **k)** Buena fe; **l)** Ineficacia; **m)** La genérica (folios 016 a 021 del cuaderno 3-3)

6.7 La FIDUCIARIA DE OCCIENTE S.A., obrando en representación del FIDEICOMISO INVERVALLE, en tiempo oportuno contestó la demanda promovida por las sociedades convocantes tantas veces nombradas, se opuso a la prosperidad de sus pretensiones y planteó en forma expresa las excepciones de mérito que a continuación se enuncian: **a)** Falta de legitimación de la causa; **b)** Inexistencia del contrato; **c)** Excepción genérica (folios 140 a 154 y 154 a 162 frente del cuaderno 3-3).

CAPITULO SÉPTIMO

TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

- 7.1** La primera audiencia de trámite se realizó el 17 de enero de 2002, a las 2:30 P.M. en la sala No. 2 del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. *Las partes no previeron plazo especial de duración del proceso arbitral, por lo cual el término sería de seis (6) meses calendario, los cuales computaríanse desde la fecha de terminación de dicha audiencia, sin perjuicio de eventuales prórrogas, interrupciones o suspensiones. Así lo declaró el mismo tribunal en el numeral dos de la parte resolutive del auto No. 02, proferido el 17 de enero de 2002 (Acta No. 2, folios 017 a 036 del cuaderno 4-4).*
- 7.2.** *Por auto No. 9 de fecha 26 de julio de 2002 (Acta No. 5 folios 91 frente a 97 frente del cuaderno 4-4), el Tribunal tuvo por efectuada la prórroga del término de duración del proceso arbitral por tres meses calendario, a partir del 17 de julio de 2002, por haberlo acordado previamente la totalidad de los apoderados de las partes facultados expresamente por sus poderdantes.*

CAPITULO OCTAVO

PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO

Resultando del recuento precedente, tanto del objeto litigioso en cuestión como acerca del trámite surtido en orden a sustanciarlo, que la relación procesal existente en este caso se configuró en forma regular y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no

aparezca saneado imponga declarar de oficio la nulidad correspondiente de conformidad con el art. 145 del C. de P. C., es del caso proferir laudo de mérito acerca de la controversia planteada y para el efecto, son pertinentes las siguientes

CONSIDERACIONES

I. PECULIARIDADES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Como quiera que la **anónima** es una sociedad de capital, en la que tiene clara preponderancia el *intuitu pecunia*, la doctrina le atribuye de manera unánime, entre otras, dos peculiaridades o elementos axiológicos: La existencia de un *fondo social* constituido por los **aportes** de los accionistas, que se destinan desarrollo de la empresa social, llamado a convertirse en garantía patrimonial frente a terceros que se vinculan a la sociedad mediante la celebración o ejecución de actos o contratos propios del objeto fundamental y la *representación del capital en acciones* de igual valor, contenidas en títulos, por esencia, *negociables* (375 C.Co), que habilitan al accionista para **ejercer los derechos personales y patrimoniales** derivados de la calidad de asociado, **en los términos consagrados en la ley, y con las restricciones y limitaciones convenidas e impuestas por los estatutos sociales**, y garantiza la autonomía y la permanencia del fondo social, como declarante lo advierte la doctrina, lo que se concreta en la exclusión de la responsabilidad patrimonial personal e ilimitada del accionista por los negocios sociales. De otro lado, se reconoce la posibilidad que dichas acciones puedan ser negociables, de conformidad a lo previsto en los estatutos y en la ley, sin necesidad de afectar el fondo de capital, lo cual deja ver, bajo este punto de vista, que la

responsabilidad económica del accionista queda limitada a su contribución a aquel (403 y 410 C.Co).

II. EL ELEMENTO "CAPITAL" Y SUS MODALIDADES

La doctrina entiende que el **capital** es la cifra que convienen los asociados como presupuesto para el desarrollo de la empresa social. En términos llanos puede afirmarse, *prima facie*, que se trata de la suma *referencial* que los constituyentes han fijado como necesaria para cometer la empresa o actividad predicada en el objeto fundamental. Empero, la evolución de los negocios de la compañía es la que determina, en cada caso, el monto de capital se requiere para iniciar o *continuar* las actividades, y el momento conveniente para proceder a su **aumento** o disminución. Son, por tanto, los accionistas fundadores quienes gozan del derecho a establecer el monto de capital, y a *suscribir* voluntariamente la parte del mismo que coincida con su aporte. Tal posibilidad está limitada, sin embargo, por la obligación de pagar el capítulo suscrito – al menos al inicio de la vida de la sociedad – dentro de las condiciones fijadas por los estatutos y la ley, lo que ha llevado a los doctrinantes a sostener que el ejercicio de aquélla no excluye, desde luego, exigir que se suscriba parte del capital social y que se pague parte del capital suscrito, con miras a que una sociedad que es arquetipo de las sociedades de capitales, integre a partir de su iniciación y de manera efectiva, la única prenda de los acreedores.

Al amparo de lo dispuesto por el artículo 122 C. Co., se llega a concluir que *el capital no sólo es una suma referencial y presupuestaria*, que constituye elemento esencial del contrato social, y una de las menciones de fondo exigidas por el artículo 110 *ibidem*, que requiere ser determinado en forma precisa en la escritura pública de constitución, y que es susceptible de **aumento** o disminución posterior, sino que también se erige como patrón de medida para establecer si la sociedad

ha obtenido ganancias o pérdidas, así como en prenda general de los acreedores, y finalmente como límite de responsabilidad de los accionistas por los negocios sociales.

Retoma el artículo 376 C. Co. La idea de la división del capital de la sociedad en tres categorías diferentes: Autorizado, suscrito y pagado y a cada especie asigna atributos que viene al caso consignar en ésta Providencia, como quiera que la controversia subjudice tiene como presupuesto el **aumento del capital suscrito y la emisión de las acciones** ordinarias en la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. Tales acepciones del capital se explican como a continuación se indica, en sus lineamientos generales, vale decir sin perjuicio de las disposiciones especiales que sobre la materia hacen parte del régimen particular de las empresas de Servicios Público de que trata la ley 142 de 1994, disposiciones a las cuales se hará alusión en detalle más adelante.

- (i) *Autorizado:* Es la cifra referencial y presupuestaria que sirve. De partida para establecer el capital suscrito. **Toda variación suya, el más o en menos, implica reforma estatutaria.**
- (ii) *Suscrito:* Representa la parte del capital autorizado que los accionistas se han obligado a tomar, de ahí que el código de comercio utilice el verbo "**suscribir**" (tomar, aceptar, declarar la voluntad formal, etc.). El capital suscrito puede ser, por tanto, igual o inferior al autorizado y se incrementa tomando acciones de las que tenga en reserva la sociedad, sin que tal acto entrañe reforma del contrato social.
- (iii) *Pagado:* es la parte del capital suscrito que los accionistas han cubierto o solucionado, en la proporción y plazo determinados por los estatutos.

Fijado el capital de la anónima, éste se divide en acciones de igual valor que se representan en títulos negociables en los términos previstos en el cuerpo estatutario y en las disposiciones legales (375 C.Co.). De esta manera se confiere a la acción de calidad de *título de participación*, con aptitud suficiente para subsumir al tiempo el conjunto de relaciones jurídicas que surgen con ocasión de la vinculación del accionista al acto fundacional de la sociedad (o durante la vigencia el contrato), y reconocer al accionista la facultad de ejercer los derechos personales y patrimoniales que se derivan de su calidad, *en los precisos términos en que están reconocidos en la ley o en los estatutos sociales*, como para la transmisión del derecho incorporado, bien por acto entre vivos, con sujeción a lo dispuesto por los estatutos y la ley, o por causa de su muerte.

III. DERECHOS INCORPORADOS EN LA ACCIÓN

La acción propiamente dicha constituye un título – valor de contenido *corporativo o de participación*, de conformidad a lo preceptuado por el artículo 619 C.Co. Tiene este carácter porque convierte a quien el titular de ella en un copartícipe en cierto complejo jurídico-económico. El título, pues, de la acción permite ejercitar el derecho literal y autónomo que incorpora según su naturaleza. Tal era la tesis sostenida por **César Vivante**, introducir a nuestro ordenamiento comercial en materia de títulos-valores. Siendo así, las acciones reúnen los requisitos legales generales y los particulares (de su clase), y están hechas esencialmente para circular.

Así, la suscripción de la acción origina una relación más compleja que la que ordinariamente nace entre el acreedor y el deudor de un crédito, porque subsume o es el sustrato de todos los derechos personales y patrimoniales que emanan de la calidad de socio de una sociedad

anónima. Por consiguiente, **la acción *legítima* a su titular para ejercer los derechos que nacen de su estado de socio (status socii), en los precisos términos en que están reconocidos por la ley o los estatutos.** Ciertamente la calidad de socio conlleva una serie de *derechos* que bandas de los de orden *personal* hasta los *patrimoniales*, cuya existencia se predica porque el título que incorpora a la acción, los reconoce al referirse a su causa y a la preceptiva estatutaria. Ello ha llevado al profesor **J. I. Narváez (Las Sociedades por Acciones, Edit Doctrina y Ley, 1993, pág. 103)** a sostener que *“en verdad la calidad de accionista engendra un conjunto de derechos principales y accesorios, administrativos y patrimoniales, que existen porque el mismo título los describe en la remisión que hace al estatuto de la sociedad (C. De comercio, art. 401, ord. 1) en armonía con el principio de la **literalidad** y con su carácter **causal**”.*

Es claro, por tanto, que desde el punto de vista del objeto del documento, o sea, considerando la incorporación, la acción sea un título personal o *corporativo*, que atribuye al titular el derecho a participar como miembro de una corporación, en sus deliberaciones, decisiones y resultados. El profesor **Raúl Cervantes Ahumada** avala la anterior opinión al afirmar que *“son aquellos cuyo objeto principal no es un derecho de crédito, sino la facultad de atribuir a su tenedor una calidad personal de miembro de una corporación. El título típico de esta clase es la acción de la sociedad anónima, cuya función principal consiste en atribuir a su titular la calidad de socio o miembro de la entidad jurídica colectiva”* (**Títulos y Operaciones de Crédito, Edit. Herrero, Méjico, 1.973, pág.17**), razón por la cual dicha calidad otorga derechos políticos o administrativos y económicos.

Si la acción sirve para probar y ejercer el derecho *literal* y autónomo que incorpora, es claro que confiere a su titular la calidad de accionista, condición de la cual se derivan derechos personales y patrimoniales al interior de la sociedad. Esta calidad se adquiere desde la suscripción de la acción al tenor de los artículos 384 y 399 del C. Co. Vista así la

acción, de ella emanen los derechos administrativos y económicos derivados del carácter de socio. El ejercicio de unos y otros se convierte en *unidad de medida* de la participación del accionista en la sociedad (V.gr.: En la aportación, en las ganancias, en la liquidación, en las decisiones, etc.), como acertadamente lo enseña profesor **Joaquín Rodríguez Rodríguez, (Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I, pág. 266, Editorial Porrúa, México, 1971).**

Considerada así, la acción da cuenta de la existencia de una relación jurídica *permanente* entre el accionista y la sociedad que hace que, tanto el ente asociativo como quienes se vinculan a él, **queden sujetos al acto jurídico condicionante que entraña su estatuto, y de modo voy particular, a las restricciones o limitaciones que éste imponga al ejercicio de tales derechos.**

Ciertamente, puede decirse, que la acción instrumenta la calidad de accionistas, y de tal situación se desprenden importantes consecuencias: 1. cada acción es una cuota de valor nominal sobre el capital social; 2. **representa el derecho de participación, literal y autónomo propio de su naturaleza;** 3. confiere, en principio y con subjeción a la ley y el contrato, derechos personales y económicos de participación, como el voto, la inspección individual, la posibilidad de elegir y ser elegido para integrar los órganos de administración, la participación en las utilidades a través de los dividendos, **suscribir acciones, negociar el derecho a suscripción preferencial,** el reintegro del aporte y de utilidades en la liquidación, etc., en los términos precisos que ley los confiere, o que los estatutos los consagra; y 4. representa los derechos personalísimos que se conceden a cierto tipo de acciones (*privilegiada*, 379 y 381, de *dividendo preferencial y sin derecho a voto*, 61, ley 222/95).

IV. LA CALIDAD DE ACCIONISTA

Conforme lo expuesto, se entiende por accionista al socio de una sociedad por acciones, cuyo carácter se deriva de la tenencia y titularidad de éstas, por lo cual quedan comprendidos en la definición no sólo los aportantes de dinero o especie sino también los de industria.

La calidad de accionista nace, pues, de la vinculación del sujeto de derecho a la celebración del contrato de sociedad, en los términos y condiciones fijados por la ley y los estatutos que se adopten por los constituyentes, o bien por la adhesión posterior del interesado al contrato social. El constituyente, por su parte, adopta conjuntamente con los restantes intervinientes en el acto fundacional, los estatutos de la sociedad, que como cuerpo normativo tiene la doble virtud de consignar la forma como se ha de expresarse la capacidad negocial o de ejercicio de la sociedad a través del desarrollo de su objeto fundamental y la administración de los negocios de la compañía, en desarrollo lo dispuesto por el artículo 110 C. Co., **y la de contener los pactos accidentales que, siendo compatibles con la naturaleza de la sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato (numeral 14)**. Son, por consiguiente, los socios fundadores quienes establecen el régimen jurídico que resulte compatible con el tipo de sociedad, del cual emanan sus derechos personales y patrimoniales, en los términos en que son reconocidos en dicho ordenamiento, y quienes, en últimas, quedan vinculados y obligados a su cumplimiento durante la vida del ente asociativo. **El alcance de la declaración constitutiva del negocio societario hace que las estipulaciones del estatuto se conviertan en ley para las partes que se ligan a través de sus recíprocos y coincidentes consentimientos, por el principio de la relatividad contractual**. Así, la declaración de voluntad que queda expresada con carácter obligatorio en el cuerpo estatutario, y que rige las relaciones jurídicas entre quienes son accionistas y entre éstos y el ente asociativo que se crea, **tiene carácter general y permanente y no pierde su vigencia mientras no sea modificada por el órgano competente**, con el quórum decisorio exigido para la reforma del contrato social, y

con la plenitud de las formas previstas en este ordenamiento. Del propio modo, quienes se vinculan como accionistas con posterioridad a su constitución, **adquieren los derechos que se reconoce a quien ostenta dicha calidad, pero igualmente se obligan a cumplir y respetar las normas del estatuto.** Significa lo anterior que los constituyentes y los accionistas adherentes **no pueden**, por sí y con prescindencia de las formas y ritualidades exigidas legal y estatutariamente, **pretermitir o desconocer las estipulaciones contenidas en la ley orgánica condicionante de la sociedad, sin que su actuación comporte una flagrante violación del ordenamiento jurídico interno.**

Conforme a lo dicho se tiene que si bien de la calidad de accionistas derivan derechos personales (inspección, vigilancia, deliberativos y decisorios, administrativos, etc.) y patrimoniales (suscripción de acciones, ejercicio del derecho preferente a suscribir, participación en el reparto de las utilidades y las pérdidas, dividendos, participación en las valoraciones, etc.), **su ejercicio legítimo queda limitado por el alcance de las disposiciones** del estatuto, de manera que en su goce o **disposición** el accionista no puede usar facultad, ventaja o acción sustancial que **no tenga sustento estatutario** o legal, y menos aún abrogarse derechos que están **expresamente renunciados en todo o parte** o han sido **restringidos o limitados**, por el consentimiento real y libre de vicios que entraña la voluntad declarativa social del constituyente o de quien participa posteriormente como accionista. La **medida** o contenido de los derechos del accionista **se fija por el reconocimiento que de ellos hacen la ley y los estatutos**, de manera que ningún accionista puede hacer uso **de un derecho que no tiene fundamento legal o estatutario**, y mucho menos **transferir aquél de que carece**, o hacerlo en forma o manera diferente a la que es motivo de reconocimiento normativo.

En este orden de ideas conviene el examen del tema detenerse en el estudio de los derechos que confiere la calidad de accionista. Dada la

naturaleza de la anónima, de ordinario formada por un considerable número de socios, que por lo cual no interviene directamente en el desarrollo de la empresa lucrativa, los derechos emanados de esta condición han ido caracterizando si cada vez más, hasta concebirse y adoptarse un instituto jurídico coherente que garantiza su participación en ésta. En esencia, así queda tutelada la participación del **accionista** en los beneficios sociales y en el fondo conformado con los aportes, como bien lo explica el jurista **Joaquín Garrigues**. Haciendo precisión, este mismo profesor distingue tres diferentes categorías de derechos del asociado en la anónima, a saber: 1. Por su **contenido**, se alude a aquellos que tienen carácter patrimonial (Ej: El de suscripción de acciones, la negociación del derecho preferente a suscribir, la participación en el reparto de utilidades (dividendos), devolución del aporte, participación en las valorizaciones, etc.), y a los meramente administrativos (Ej: participar en las reuniones del máximo órgano social, formar parte de la junta directiva, elegir y ser elegido, la inspección individual de libros y papeles, impugnación de actos sociales, etc.). 2. Por **la forma como se ejercen**: Se mira así el derecho puede ser ejercicio individual o separadamente por cada accionista, prescindiendo de la concurrencia de otros (Ej: los dividendos, la inspección individual, etc., o si su actuación es parte de un conjunto de voluntades (Ej: elección de cuerpos colegiados, revisor fiscal etc.)), y 3. Por su **revocabilidad**: En esta categoría se incluyen los derechos que pueden ser modificados o alterados por el máximo órgano social, y los que sólo pueden ser variados con el concurso de la voluntad de su titular. (**Curso de Derecho Mercantil, tomo I, pág. 518, Edit. Porrúa, Méjico, 1971**).

Expuesta la naturaleza y alcance de tales derechos surgen consecuencias evidentes: a). El accionistas sólo ejerce los derechos que legal y estatutariamente emanan de la naturaleza del contrato y de la clase de acción de la cual es titular, lo que significa que conforme a los estatutos **sólo puede adquirir, disfrutar y disponer de los derechos que le reconozcan la ley o el estatuto, y en la forma**

como lo tenga establecido dicho cuerpo normativo social; b). El título contentivo de la acción (cualquiera sea su clase) es la credencial o certificación de la calidad de accionista; c). El título de cierta y determinada clase de acción confiere iguales derechos que los restantes títulos de su misma clase o especie: d). A mayor cantidad de acciones de un determinado titular, mayores derechos, y e). Estos derechos, al menos teóricamente, han de ejercerse apelando al régimen democrático, lo que garantiza la participación de los accionistas minoritarios.

V. LAS AMPLIACIONES DE CAPITAL MEDIANTE PAGO Y EL DERECHO PREFERENCIAL DE SUSCRIPCIÓN EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.

A) Sabido es que dentro del conjunto de los postulados rectores de la regulación legal a la que se encuentran sometidas las compañías anónimas, tienen especial significación, frente a situaciones litigiosas concretas de la índole de la que estos autos ponen de presente, los principios de "fijación del capital suscrito", entendido éste como un importante indicador numérico del patrimonio social, y su relativa "inmutabilidad" en virtud de la cual se afirma, a modo de verdadero axioma, que una vez constituida la sociedad, no puede alterarse el capital fijado para que sea objeto de correspondiente aporte por los accionistas, si no es bajo ciertas condiciones y con la observancia de exigentes recaudos formales establecidos con el propósito de evitar, al fin de cuentas, que esta cualitativa rigidez, característica de la cifra en mención e indispensable para que ésta última, ante la responsabilidad patrimonial limitada de aquéllos, sea un verdadero factor de seguridad para terceros dispuestos a otorgarle crédito a la empresa, no termine desnaturalizada por efecto de engañosas modificaciones realizadas sin que de por medio exista motivo atendible que con arreglo a derecho les ofrezca suficiente respaldo.

Así, pues las aludidas modificaciones son autorizadas siempre que, además de aparecer justificadas conforme a criterios objetivos de general aceptación, se ajusten estrictamente a las disposiciones legales y estatutarias que de la materia se ocupan; y ello es así porque de otra forma, haciendo énfasis tan sólo en el aspecto positivo de los procesos voluntarios de capitalización en las sociedades por acciones, no sería posible su crecimiento o expansión. "... Son raras las compañías- explica un autorizado expositor – que favorecidas por el éxito en sus negocios, no piensan en el engrandecimiento de sus elementos de producción a fin de aumentar los beneficios. Lo que ocurre es que muchas veces se da una evidente desproporción entre los beneficios que pueden obtenerse y el costo de los elementos necesarios para alcanzarlos, sea porque la compañía carezca de medios propios para mejorar los equipos o los elementos de trabajo, obligada por tanto a requerir auxilio de capital ajeno, sea porque el costo de los elementos no esté en adecuada relación con los esperados beneficios..." (R. Gay de Montellá. La Vida Económica y Financiera de las Sociedades Anónimas No. 43 Barcelona 1944), planteamiento éste que aún cuando circunscrito a una de las facetas, la de mayor relevancia sin duda, que presenta el tema en examen, es de suyo ilustrativo con creces para dejar en claro de entrada, que el aumento del capital social es una operación jurídico-formal de acentuada complejidad que, invariablemente, trae su causa en motivaciones operativas empresariales de naturaleza económica financiera que bien pueden agruparse en tres clases, a saber: i) Reordenar la composición de los fondos sociales propios, traspasando a una partida prácticamente indisponible como lo es en principio la cuenta de capital social suscrito desembolsado o no, aprovechamientos acumulados susceptibles de distribución y hasta entonces integrantes de reservas de libre disposición, ii) Procurarle recursos "frescos" a la sociedad a fin de mejorar su capacidad de producción o incrementar su dimensión si se trata de la prestación de servicios; y iii) Alterar la estructura de financiera de la empresa, mediante la transformación de los fondos de financiamiento suministrados por terceros, en fondos

propios de la sociedad, mecanismo mediante el cual "... no sólo se logra una mejora en los coeficientes de endeudamiento, merced a esa nueva relación fondos propios /fondos ajenos, sino que además la reducción de la carga financiera conduce a un menor coste de producción que, lógicamente, implica una variación de signo positivo en el saldo de la cuenta de resultados..." (Francisco Gil del Moral y Gerardo Moreu Serrano. Estudio Jurídico y Financieros de las Ampliaciones de Capital en las Sociedades Anónimas. Contratos sobre Acciones. Trabajo Colectivo. Madrid 1994).

Siguiendo los anteriores lineamientos y desde un punto de vista propiamente jurídico, también contando con el aval mayoritario de la doctrina y partiendo del supuesto de que detrás de toda operación de aumento del capital social debe haber un "contravalor" que en términos económicos justifique el ponerla en práctica, suelen separarse dichas operaciones en dos modalidades que impliquen incremento en el patrimonio colectivo, evento en el cual el aumento que habrá de efectuarse emitiendo nuevas acciones se denomina "real", "efectivo" o "por pago", o bien se trate de modificaciones "nominales" que para quienes de ellas se benefician vienen a ser gratuitas, habida cuenta que como quedó visto, son producidas con el propósito de inmovilizar fondos que, como ocurre con las plusvalías del activo, revalorización de patrimonio, primas por colocación de acciones y otras tantas partidas de naturaleza análoga, de no ser por su "capitalización" quedarían al libre disposición para ser distribuidas como utilidades entre los accionistas.

En síntesis, el aumento del capital es efectivo cuando constituye el medio escogido por la sociedad para provocar la afluencia a la empresa de nueva riqueza materializada en los nuevos aportes por recibir, mientras que será contable en puridad si se reduce a la transformación en "capital" de elementos patrimoniales acumulados que hasta ese momento no tenían tal carácter y que, por ende, no entraña un cambio real en la consistencia del patrimonio social, pero cualquiera que sea la hipótesis, lo cierto es que la elevación en referencia tiene que tener

como contrapartida un valor susceptible de estimación económica autónoma.

B) Si se tiene presente que la cifra de capital suscrito descansa en muy buena medida toda la estructura jurídica de la sociedad anónima, e igualmente se asumen los conceptos brevemente recapitulados en el aparte que antecede, forzoso es convenir en que el aumento de capital en una de tales sociedades es en línea de principio una operación de significativa complejidad, complejidad esta que como con facilidad se advierte, será en función de factores jurídicos, técnicos y prácticos, todos los cuales conducen a diferenciar en dicha operación dos fases centradas en el acuerdo de aumento y en su posterior ejecución, puntualizando eso sí que las dos no tienen la misma trascendencia toda vez que si bien en algunas de las formas de elevación nominal del capital el segundo de esos momentos no se caracteriza tanto como en otras, en todas el acuerdo del órgano social competente, válidamente adoptado, es requisito indispensable para la eficacia de la operación; puede ocurrir, como se sabe, que el acuerdo de aumento quede sin cumplirse o que no se cumpla del modo previsto y fracase en todo o en parte la capitalización programada, pero sin acuerdo válido existente de antemano, no hay operación de aumento posible no obstante su ejecución.

En este orden de ideas y para lo que es de interés frente a la controversia aquí sometida a arbitraje, importa destacar, entonces, que la ejecución del acuerdo de ampliación de capital es una serie sucesiva de actos jurídicos conexos entre sí, de los administradores y de los llamados a suscribir las nuevas acciones, que tienen como origen y fundamento común el aludido acuerdo precedente de aumento y cuya finalidad no es otra distinta que la de llevar a buen fin dicho acuerdo, naturalmente teniendo en consideración que en ese cometido es de presumirse que va involucrado y ha de prevalecer como pauta de prioritaria observancia, el legítimo interés corporativo de la compañía y no el interés extrasocial del accionado de control.

Puestas así las cosas, es indudable que el caso en que con mayor claridad se identifica en su frase de ejecución la operación en estudio, y así mismo se acentúa hasta el extremo de complejidad, se ofrece cuando el incremento de capital suscrito consiste en la aportación de nuevos recursos externos por los accionistas y en consecuencia, habrá lugar a la emisión y posterior colocación de las acciones – llamadas “acciones de nueva emisión” – reflejo de las susodichas aportaciones y atributiva para quienes las adquieren de los correspondientes derechos económicos y políticos de participación social a los que hace referencia el Art. 379 del c. de Com. En efecto, cuando de este mecanismo se trata, la cabal ejecución del acuerdo de aumento comprende en tesis general, la suscripción de las acciones emitidas conforme al reglamento, el desembolso o pago de las sumas que en concepto de aporte se obliga a entregar el suscriptor y la adjudicación formal de las mismas acciones así suscritas y total o parcialmente pagadas, actuaciones en cadena y recíprocamente condicionadas entre sí que, como ya se anotó, son del resorte, las unas de los administradores – expresión que debe entenderse con el alcance amplio que le imprime el Art. 22 de la L. 222 de 1995 – quienes deben obrar con particular diligencia sobre todo en lo concerniente a la elaboración y meticulosa observancia del reglamento de suscripción que para tal fin el imperativo elaborar y aprobar en los términos que mandan los Art. 384 y siguientes del estatuto legal recién citado, al paso que las otras les competen a los tomadores de las acciones en cumplimiento del contrato de suscripción por ellos celebrado con la sociedad emisora.

c) Las cuestiones de difícil tratamiento que suele ocurrir durante el desarrollo de un proceso de aumento de capital que implique la puesta en circulación de nuevas acciones contra desembolso, son múltiples y de variado origen, pero de entre ellas es sin duda el derecho preferencial de suscripción de los antiguos accionistas, llamado en otras latitudes “derecho de opción”, el que requiere ser examinado en esta Providencia con algún detenimiento, habida consideración que en el

ejercicio accidentado de una prerrogativa de ésta estirpe, consagrada en los estatutos de la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., radica la causa de las diferencias que convocantes y convocados sometieron a la decisión de los suscritos árbitros.

1º. Aun cuando es lo cierto que la sociedad anónima sus miembros no son en modo alguno titulares de un derecho general y absoluto a que durante la vida de la compañía se mantenga inalterada su participación, igualmente es verdad que para la ley no pasan desapercibidos los perjuicios que por efecto de los aumentos de capital que hayan de realizarse mediante la colocación de acciones de nueva emisión mediante desembolsos, puedan llegar a experimentar dichos miembros, en la medida en que esta clase de aumentos, dada la representación de las señaladas acciones de partes alícuotas del capital social y salvo que todo permanezca constante por virtud de la suscripción proporcional y completa de la emisión por los antiguos accionistas, supone una nueva estructura en la composición subjetiva de la entidad por eso, ante la necesidad de corregir esta situación nociva para los intereses de los socios en una sociedad anónima, se encuentra prevista en el ordenamiento positivo la posibilidad de emplear mecanismos que la contrarresten, siendo uno de ellos el derecho preferencial de suscripción "... en toda nueva emisión de acciones..." que consagra el Art. 388 del c. de Com, derecho de configuración conceptual y fundamentación técnica relativamente sencilla, siguiendo de nuevo la opinión autorizada del profesor Joaquín Garrigues (Dictámenes. Tomo III. N. 191. Madrid 1976), pueden sintetizarse del modo siguiente: "...la emisión de nuevas acciones afecta ciertamente el interés de los antiguos accionistas, supuesto que las nuevas van a participar con las antiguos en el reparto de dividendos y en el activo de la sociedad en el momento de su liquidación. El aumento de capital puede causar perjuicio a los accionistas antiguos, sobre todo en el caso de que la sociedad tenga una vida prospera y sus títulos se coticen en Bolsa a un cambio superior al valor nominal. La emisión de acciones nuevas disminuirá la parte del

haber social que correspondía a los accionistas antiguos y ésta disminución se traducirá normalmente en el descenso de la cotización. Por otra parte, si las acciones nuevas se emiten al mismo valor nominal que las acciones antiguas, los suscriptores adquirirán gratuitamente una parte de las reservas constituidas desde la creación de la sociedad y se enriquecerán así, en detrimento de los accionistas antiguos (...) Como compensación a éste perjuicio, las leyes conceden a los antiguos accionistas un derecho preferente al de no accionistas para suscribir las nuevas acciones. Destaca en este derecho el aspecto de participación patrimonial que corresponde a toda acción. En efecto, es la hipótesis de emisión a la par de acciones de una sociedad que haya acumulado fuertes reservas y en la cual las acciones ya existentes habrían alcanzado un valor superior al nominal. Por ejemplo, si una sociedad tiene un capital de un millón de pesetas dividido en mil acciones de mil pesetas cada una y un activo patrimonial de tres millones, es claro que cada acción tendrá un valor en balance igual a tres mil, con una plusvalía de dos mil pesetas sobre el valor nominal.- Si la sociedad procede a emitir a la par otras mil acciones al tipo de mil pesetas, la plusvalía de 2 millones resultante de la diferencia entre el activo patrimonial del capital social quedará dividida, no entre 1000 acciones como antes de la elevación del capital sino entre 2000 acciones, y cada una de éstas, lógicamente, valdrá 2000 pesetas en lugar de 3000. La atribución del derecho de suscripción preferente a los antiguos accionistas tenderá en este caso a conservar para ellos su cuota proporcional en el patrimonio social (...) El accionista antiguo, que disfruta del derecho de suscripción preferente, podrá bien utilizar este derecho o bien negociarlo, obteniendo el valor pecuniario que lleva implícito. Si ejerce el derecho, hará suya la ventaja conferida a los nuevos accionistas de reservas. Si lo enajena, obtendrá el precio de ese derecho.- Y finalmente, otra razón que justifica el reconocimiento legal del derecho de suscripción preferente consiste en la necesidad de mantener el statu quo del derecho conseguido por los socios con la propiedad de un determinado número de acciones. Si se les negase el derecho a suscribir con preferencia las nuevas acciones, podrían quedar

impedidos de ejercitar los derechos que la ley concede a los accionistas que representen un cierto porcentaje del capital social, como es el caso de la petición de convocatoria forzosa de la Junta General (Asamblea) o de la exigencia de responsabilidad de los administradores. En todo caso, el antiguo accionista, si no tiene derecho a suscribir nuevas acciones, vera disminuido su derecho de voto al participar en el ejercicio de éste los nuevos accionistas...”.

2º. Entendida la acción como parte alícuota del capital social que, en cuanto tal, representa una fracción del valor patrimonial de la compañía, este recibo a firmar, con arreglo a lo que acaba de verse, que el mencionado derecho es un instrumento de uso facultativo, no necesario, cuya función principal es la de evitar en lo posible la dilución, aguamiento o demérito que en el susodicho título producen de ordinario, las ampliaciones de capital acordadas para efectuarse mediante desembolso y sin excluir la entrada de terceros como suscriptores, merma que aun cuando en teoría pudiera pensarse que no se daría si para llevar a cabo tales aumentos se hace coincidir el valor de emisiones de las nuevas acciones con su valor real y con lo cual aquel derecho no tendría utilidad apreciable alguna, en la práctica esta alternativa casi nunca es viable porque es evidente que, por lo general, la emisión de acciones por debajo de su valor real constituye factor indispensable para el resultado exitoso de la colocación y en consecuencia, presupuesto para la obtención de los recursos requeridos por la sociedad.

Dicho en otras palabras, si bien los intereses de esta última resultan favorecidos por la ampliación del capital con los precios de suscripción de las acciones inferiores a su valor real, del patrimonio de los accionistas antiguos y por las razones ya vistas, no puede predicarse lo mismo, motivo por el cual, la práctica contractual societaria primero y en pos de ella las legislaciones, han institucionalizado sistemas que apuntan a armonizar esos intereses contrapuestos y que están llamados a obrar, ya sea respecto de la relación jurídica existente entre el

suscriptor y la sociedad a través del precio de adquisición de las acciones, caso de las primas o sobrepuestos de colocación, o bien sobre la relación entre suscriptores y antiguos accionistas, hipótesis esta segunda en la que opera el derecho preferencial de que viene haciéndose mérito.

Su fundamento se centra, entonces, en la necesidad de concederle al accionista la posibilidad cierta de mantener en la sociedad la misma proporción entre el importe nominal de las acciones de las que es titular y la cifra de capital social suscrito, evitando así la dilución o detrimento económico y político – corporativo que en su condición (status) de socio acontece como efecto del aumento de dicho capital emitiendo acciones menoscabo que el derecho preferente afronta otorgándoles a accionistas una doble posibilidad de actuación, a saber: En virtud de la primera, los faculta para adquirir, en proporción a su participación, las nuevas acciones emitidas, lo que equivale a conservar, no obstante el aumento, idéntico porcentaje tanto la propiedad de los activos sociales como en la influencia corporativa de su voto; y por la segunda, les permite transferir esa prerrogativa de adquisición con lo cual, teniendo ella un valor que en rigor debe guardar semejanza con la pérdida que en términos teóricos experimente el de las acciones antiguas, les será dado compensar aquella dilución al menos en su manifestación económica.

Este es, en apretada síntesis, el contenido del derecho de suscripción preferente, por fuerza del cual éste adquiere un valor patrimonial autónomo que lo hace objeto de apreciación en el mercado, valor que al decir de Asquini, citado por Antonio Brunetti en su Tratado del Derecho de las Sociedades (T. II, Num. 713), "...está constituido por aquella fracción del valor de las antiguas acciones (esto es, de la cuenta de participación en el patrimonio social representado por ellas) que va en provecho de los nuevos accionistas (diferencia entre el valor de las antiguas acciones y el valor resultante de la suma del valor de las antiguas acciones más las nuevas aportaciones de capital, dividida por

la suma de las antiguas y de las nuevas acciones). Por eso, todo antiguo accionista puede decidirse entre ejercitar el derecho de opción suscribiendo las nuevas acciones mediante la aportación oportuna o realizar el valor del derecho de opción, vendiendo el derecho en el mercado, cediéndolo a otro.

3º. El derecho de preferencia, así concebido, ofrece las siguientes notas peculiares:

(i) Los accionistas pueden adquirir la cantidad de acciones nuevas que resulte proporción al nuevo que posean a la fecha en que, bajo las directrices y parámetros fijados por los estatutos, se apruebe el reglamento;

(ii) El término para el ejercicio del derecho preferente, que debe estar fijado en el reglamento, no puede ser inferior a quince días, y su forma de cómputo será motivo de posterior análisis cuando en esta Providencia se cometa el estudio de la oferta;

(iii) La colocación de las acciones deberá hacerse conforme al reglamento que adopte el órgano social competente, lo que significa que el ejercicio del derecho preferente a suscribir debe hacerse **en los precisos términos del estatuto, o en subsidio de la ley**, y en los plazos expresamente previstos en él. De otra parte, una vez formulada la oferta a suscribir, la negociación particular de tal derecho por acto entre vivos, a título gratuito u oneroso, **debe sujetarse a las normas legales y estatutarias que aluden a su transferencia**, o a las que teniendo *igual* origen y carácter consagren preceptos que **limiten, restrinjan o prohíban su enajenación**.

(iv) La oferta de las acciones debe ser hecha por el representante legal a los accionistas, a través de los medios de comunicación determinados en los estatutos, dentro del plazo contenido en el reglamento, el cual no

podrá ser inferior al mínimo señalado por la ley (386 Num. 3 y 388 C.Co.);

(v) Las acciones que no se suscriban en ejercicio del derecho de preferencia regresan a la reserva. No obstante, cuando así se dispone en los estatutos o, en consonancia con ellos, en el respectivo reglamento, el no ejercicio del aludido derecho por parte de uno de los accionistas otorga a los restantes que si lo ejerza oportunamente, la llamada prerrogativa de acrecimiento para suscribir proporcionalmente las acciones que hubieran podido corresponder a quien no hizo uso de el o lo ejercitó extemporáneamente.

Entiende la doctrina que el a crecimiento no es más que el derecho reconocido legalmente a los accionistas interesados en la suscripción de las acciones que se ofrezcan, para suscribir las de otro con igual calidad que no ejerza el derecho preferencial para su adquisición. Así, la parte proporcional que habría de corresponder al accionista que, pudiendo hacerlo, por encontrarse vigente el derecho preferencial para ello, opta por no tomar acciones, tiene que distribuirse entre los restantes suscriptores en proporción a la participación porcentual que le corresponda en la totalidad de las acciones suscrita de la compañía. Como bien lo enseña el tratadista **Rafael Bernal Gutiérrez (La Sociedad Anónima en Colombia, Legis Bogotá, 1980, pág. 79), el derecho al acrecimiento se ejerce dentro del término adicional que se fija para optar por el derecho de preferencia, y cuando éste ha vencido, pero, sin que ambos lapsos puedan exceder al consagrado en el 386 C. Co. Su juiciosa observación se plantea así: "...por lo general, y por efectos prácticos, se señala un plazo para la primera ronda (derecho de preferencia) y uno independiente para la segunda (derecho de acrecimiento); la suma de estos plazos debe sujetarse a los términos mínimos y máximos a que se refiere el Art. 386 del Código".**

(vi) En fin, el derecho preferencial en cuestión, no es elemento esencial de la sociedad ni tampoco tiene la categoría de los derechos mínimos e inderogables, resistente en cuanto tal a la regla de mayoría, que confiere la acción a su titular con arreglo a la ley. En consecuencia, de conformidad con el artículo 388 inciso final del C. de Co., leído en concordancia con el artículo 420 numeral 5 Ib, dicho derecho puede ser excluido mediante cláusula estatutaria expresa y del mismo puede hacerse dejación, para determinada emisión de acciones ordinarias, por voluntad de la asamblea, siendo de advertir que junto con estas modalidades de prescindencia expresa es factible la renuncia tácita que se configura cuando los accionistas no suscriben dentro del término de la oferta, de tal suerte que la sociedad queda en libertad de colocar las acciones entre terceros. Conviene, pues, diferenciar claramente las situaciones descritas, cual igualmente lo advierte con acierto la doctrina: "...Claro que si se prescinde de la preferencia por cláusula estatutaria – dice el tratadista J. I. Narváez García. Op. Cit. Parte tercera. Cap. I.- esta previsión es de carácter general y surte efectos permanentes. En cambio, el acuerdo de la asamblea de prescindir del derecho mencionado sólo rige para una emisión determinada. Y es evidente también que desde el punto de vista de las formalidades, mientras la prescindencia con carácter general y perdurable ha de ser adoptada en los estatutos iniciales o mediante una reforma estatutaria, la que ordena la asamblea basta que sea aprobada por ella y que conste en el acta respectiva...".

VI PROCEDIMIENTO PARA LA COLOCACIÓN DE ACCIONES. EL REGLAMENTO DE SUSCRIPCIÓN Y SU VALOR JURÍDICO.

La ley comercial contiene un conjunto de disposiciones normativas que constituyen el régimen de las acciones, tanto en la sociedad anónima como en la comandita por acciones, y reglamenta lo concerniente a su creación, emisión, suscripción y negación. Para que las acciones

emitidas puedan ser suscritos por accionistas o terceros, es imperioso agotar las siguientes etapas: La aprobación del reglamento de colocación (o suscripción), la autorización de la superintendencia respectiva para ofrecerlas (en los casos en que ello es necesario), la oferta privada o pública, y la aceptación del ofrecimiento accionario.

A). El reglamento de colocación de acciones es la manifestación de voluntad unilateral y escrita de la sociedad, que consagra las reglas legales y, aún discrecionales, objetivas e impersonales, que han de regir la suscripción de acciones emitidas, por parte de los accionistas o de terceros, y a las cuales ésta se contrae. El profesor **J.I. Narváez G., (Tipos de Sociedad, legis, 1999, pág.353)**, entiende por **tal "el prospecto que dicta unilateralmente la sociedad al cual ha de ceñirse la suscripción de las acciones que se emitan"**.

B). Constituyen elementos de la noción del reglamento de colocación de acciones ordinarias, los siguientes:

1. Se trata de un acto unilateral y discrecional de la sociedad emisora, lo que supone que para su nacimiento sólo se requiere la manifestación de voluntad del órgano social competente;
2. Su contenido no está destinado a ser discutido por sus destinatarios;
3. Las disposiciones del prospecto son de carácter general e impersonal;
4. El reglamento busca situar en igualdad de condiciones a todos los destinatarios de la oferta;
5. Se trata de un pacto preparatorio de una oferta mercantil;

6. Como acto preparatorio puede ser derogado o modificado por el órgano competente mientras no haya sido efectuada la oferta;
7. Su contenido mínimo debe ser el impuesto por el artículo 386 C. Co. (cantidad de acciones ofrecidas (no inferior a las emitidas), proporción, forma de suscripción, plazos de la oferta (no menor a 15 días, ni mayor a tres meses), precio de ofrecimiento (no menor al nominal), y los plazos para el pago de las acciones); y
8. La determinación del destinatario legítimo de la oferta (388 C. Co.), aspecto que se recalca una vez más, debe guardar relación con las disposiciones estatutarias sobre la materia, en cuanto al derecho de preferencia se refiere.

Si la orden de emitir acciones ordinarias no está consagrada en los estatutos, corresponde a la asamblea de accionistas producirla una vez cumplido lo anterior, debe ser aprobada el reglamento de colocación (o suscripción) de acciones, por la junta directiva o la asamblea de accionistas, según sea el órgano competente para ello de conformidad a los estatutos (Inc. 2,385 C.Co.).

C). El reglamento de colocación (o suscripción) ostenta la siguientes peculiaridades: a). El ejercicio del derecho a la suscripción por accionistas, o terceros cuando a ellos vaya dirigida a la oferta, entraña un contrato, por ende, obligatorio para la sociedad; b). La sociedad no puede variar, modificar ni revocar el aludido reglamento si algún asociado, o tercero *legítimamente* ofrecido, ha hecho uso oportunamente el derecho a suscribir (383 C.Co.); **El reglamento, en la medida en que sea imperativo hacerlo, debe consagrar el derecho preferente de los accionistas para suscribir las acciones, y la posibilidad de ser negociado o no;** d). La asamblea

puede ordenar que determinada colocación de acciones ordinarias objeto de emisión, se lleve a cabo sin sujeción al derecho de preferencia, (artículo 420 Co. de Co); y e). Regulará el derecho de acrecimiento si a ello hubiere lugar.

D). Ahora, bien, cuáles deben ser las menciones forzosas del reglamento de colocación? Se ha visto que las menciones del reglamento de colocación (suscripción) son de tipo legal, y discrecional. Las de orden legal están consagradas en el artículo 386 C.Co. , y se explican así:

(i) *Número de acciones a ofrecer:* Como quiera que el contrato de suscripción tiene por objeto las acciones a colocarse, el reglamento debe indicar la cantidad de acciones emitidas que pueden ser suscritas.

(ii) *Proporción y **forma** de suscripción:* La proporcionalidad equivale a la alícuota que cada accionista tiene en el llamamiento a suscribir las acciones emitidas. El reglamento debe indicar entonces el derecho a la suscripción proporcional por parte de los accionistas para suscribir las acciones emitidas, de modo tal que puedan tomar la cantidad que aritméticamente les corresponda.

Como el numeral en referencia alude a la "**forma**" de hacerse la suscripción, ha de **entenderse que la ley exige a la sociedad emisora determinar en que se podría llegar a adquirir acciones**, es decir, si la invitación a suscribir se hace sólo a los accionistas y a éstos y a terceros, o si la oferta está destinada a cualquier persona; si existe o no el derecho de preferencia, las condiciones para que el accionista lo ejerza.

Los accionistas que pretenden ceder su derecho de preferencia para la suscripción de acciones, por lo tanto, deben obrar con suma diligencia y cuidado a efecto de tener en cuenta las restricciones o limitaciones

estatutarias existentes para la negociabilidad de tal derecho, para que tanto el cedente como cesionario adquieran certeza de la viabilidad jurídica de la celebración de dicho negocio de disposición. Por consiguiente, *no basta*, pues al accionista interesado en *transferir* el derecho preferente atenerse a las estipulaciones del reglamento sobre la forma como ha de llevarse a cabo la suscripción, y, por ende, la oferta, sino que, además, y, primordialmente, está obligado – desde su posición de cedente – **a indagar sobre la existencia de su derecho, el contenido del mismo, el cúmulo de atribuciones o facultades que lo integran, y las restricciones o limitaciones que contengan los estatutos sociales, en orden a restringir dicha negociabilidad o a impedir que terceros suscriban acciones antes de haberse agotado el término para la suscripción preferente y el subsiguiente de acrecimiento.** Esto es lo que determina la viabilidad de la cesión. Siendo los estatutos el cuerpo normativo que gobierna al contrato de sociedad, en cuya adopción interviene el constituyente, o al que se adhiere el suscriptor en debida forma de las acciones por acto posterior, **el accionista adquiere la obligación, derivada de su calidad, de sujetarse a su texto y obrar de conformidad a él, en relación con sus actos frente a la sociedad, los restantes accionistas y terceros, de modo tal que no puede transmitir más derechos que los que legal o estatutariamente se le reconocen,** a fin que el negocio dispositivo que entraña la cesión del derecho realmente exista y se materialice, y surta sus efectos frente al cesionario (suscriptor) **y al deudor del mismo (que es la sociedad emisora).**

De la misma manera que el accionista – cedente, el tercero que pretenda convertirse en cesionario del derecho preferencial a suscribir, a más de atemperarse a los términos del reglamento y de la oferta de acciones, tiene que **indagar el contenido de los estatutos de la sociedad emisora, en busca de restricciones o limitaciones que impidan su ingreso a la sociedad como efecto de la negociación del derecho preferente a suscribir,** porque el **registro** mercantil y del

cuerpo **estatutario** es público, y está destinado a indicar a terceros hasta dónde llega válidamente el ejercicio de la capacidad jurídica negocial de la sociedad, a partir del momento mismo de su inscripción (112 C.Co.). De manera que, si tales restricciones o limitaciones existen (caso de la imposibilidad de terceros para suscribir acciones sin haber terminado el plazo de la suscripción preferencial o por acrecimiento), la cesión del derecho preferente por actos entre vivos, a título gratuito u oneroso, **no surte efectos frente a la sociedad por causa del impedimento contenido en los estatutos, ya que la prohibición para que terceros suscriban acciones en la primera y segunda ronda, le impiden celebrar el contrato de suscripción con ellos, razón por la cual carece de capacidad negocial o de ejercicio para la celebración de dicho negocio jurídico. Las cesiones del derecho, efectuadas de esa manera, en abierta contravención a los estatutos, resultan impredicables frente a la sociedad.**

No debe bastar, por tanto, a los interesados en la negociación del derecho preferente a suscribir, la sola formulación de la oferta a suscribir que se hace con las pautas fijadas por el reglamento, **sino que su actuación cuidadosa debe extenderse al examen de la materia en los estatutos sociales.** Porque, como se ha dicho si en los estatutos existen normas que impidan la actuación de terceros con ánimo de suscripción en la ronda preferente o de la de acrecimiento, la transferencia por vía de cesión del aludido derecho preferente no resulta viable jurídicamente en la medida en que viola la preceptiva estatutaria. Lo dicho adquiere mayor sentido si se entiende que lo que es **objeto de transferencia** no es la acción misma, sino el derecho preferente a la suscripción, jurídicamente catalogado como una cosa inmaterial, el cual, hasta ese entonces, está ligado indefectiblemente a los estatutos sociales, por virtud de la inclusión del pacto expreso acerca de la prohibición para que terceros suscriban acciones antes de agotarse la vuelta preferente y la del acrecimiento, en el cuerpo de los estatutos sociales, hecha está el acto de la constitución de la sociedad, momento en el cual quienes tenían la calidad de constituyentes **decidieron darle**

carácter cerrado a la entidad en las suscripciones de aumentos de capitales mediante emisión de nuevas acciones, **sin que los accionistas fundadores ni los adherentes hubieran dejado sin efecto la estipulación que regulan las relaciones a que da origen el contrato, por medio de la pertinente reforma estatutaria.** De ahí que, el cesionario que pretenda a través de la notificación a la sociedad en la cesión del derecho preferente, su reconocimiento como suscriptor legítimo de acciones, debe encontrarse habilitado por el estatuto social, **porque de lo contrario estaría solicitando se le confiriera una calidad que no podría adquirir, por que el derecho cedido por el accionista no existe.**

Así, aunque de facto el tercero aceptará la oferta hecha en esas circunstancias, así sea durante el término de su vigencia, la misma no surtiría efectos jurídicos frente a la sociedad. Es evidente que de conformidad a los estatutos y a la ley la sociedad sólo adquiere capacidad de ejercicio o negocial **en el ámbito material de los estatutos,** de manera que los actos celebrados o ejecutados por los accionistas en evidente violación de dichos estatutos, ostentando la calidad de accionista, **en manera alguna tiene valor jurídico frente a la sociedad,** como quiera que provienen del accionista- cedente que **aprobó** la limitación o prohibición o de aquéllos que en igual condición se adhirieron luego al contrato social. Como es sabido, desde el antiguo derecho romano se reconoce que **nadie puede transferir más derechos de los que tiene, y si ninguno tiene, nada trasciende.**

Así las cosas, tanto accionistas interesados en ceder su derecho preferente, como los terceros que pretendan hacerlo por vía de la cesión de éste, están llamados a establecer si su intervención o actuación en el proceso de colocación de acciones resulta procedente o no. De otra parte debe tenerse presente que la participación de terceros en la suscripción de acciones es procedente únicamente cuando la emisión no tiene destinatario determinado o específico, o cuando el derecho preferente queda renunciado, o su negociación no está

prohibida o restringida por los estatutos (**J.I. Narváez G., obra citada, pág. 355**).

(iii) *Plazo de la oferta*: El artículo examinado exige que el término de la oferta no sea inferior a 15 días (388 C.Co.) ni mayor a tres meses. La cantidad de tiempo a fijar por la sociedad para la aceptación de la oferta puede ser igual o superior a 15 días, pero, no puede ceder el máximo legal.

(iv) *Precio de la acción ofrecida*: este precio no puede ser inferior al nominal, desde que la acción representa una cuota del capital. Sin embargo, como ha quedado visto con anterioridad, la ley no impide que la colocación se haga adicionando el valor nominal con una prima (en aquellas sociedades en que el patrimonio es considerablemente superior al capital social, a fin de evitar una desvalorización de las acciones emitidas y suscritas antes).

(v) *Plazo para pagar las acciones*: por regla general, el suscriptor debe pagar no menos de una tercera parte de las acciones (que suscriba), y el saldo debe ser pagado en un término menor de un (1) año, contados desde la fecha de su suscripción, que igualmente debe quedar fijado en tal reglamento (Num 5-110, 130, 345 y 387 C. Co.).

E). Conforme a lo expuesto se tiene que el reglamento de colocación de acciones comporta una declaración unilateral de voluntad de la sociedad emisora, destinada a producir efectos jurídicos vinculante a través de la oferta, en la medida en que aquél satisfagan los requisitos legales de fondo y de forma, tanto para su nacimiento como para su validez. El reglamento debidamente perfeccionado, esto es, cuando satisface las disposiciones legales, tiene la virtud de generar las consecuencias jurídicas propias de su naturaleza, y define anticipadamente el destinatario, y los términos y condiciones de la oferta y del contrato de suscripción de acciones.

El reglamento, en consecuencia adquiere validez en la medida que sea aprobado por el órgano social competente, y reúna las condiciones exigidas por el artículo 386 C. Co. con base en este documento, y a tenor de sus estipulaciones, puede legítimamente el representante legal de la sociedad formular la oferta para suscribir, dentro del término que aquél le confiera.

De ahí en adelante, son pues, cedente y tercero – cesionario del derecho de preferencia para suscribir acciones, quienes tienen la responsabilidad jurídica y patrimonial de obrar con la debida diligencia y cuidado, para que el negocio de transferencia de dicho derecho, no sólo se celebre sino que produzca la plenitud de sus efectos. **Por consiguiente, obraría contra derecho la sociedad anónima emisora que en presencia de una cesión inocua por las causas y razones indicadas atrás, permitiera a un tercero a quien no alcanza la convocatoria y por lo tanto no es destinatario hasta ese momento de la oferta realizada, la suscripción de acciones en tales y circunstancias.** Entiéndase, pues, que las disposiciones estatutarias que consagran limitaciones por restricciones a la negociación del derecho preferente, o a la posibilidad de que terceros suscriban acciones antes de vencerse el término de la primera vuelta (preferencial) o la segunda (de acrecimiento), **son de imperativo cumplimiento de la sociedad, por mandato legal y por la propia voluntad de los accionistas.** Así, pues, el ejercicio del derecho a suscribir acciones no se resume en la simple actuación de adquirir un papel por ventanilla, sino que constituye una situación jurídica compleja, en la medida que dimana de las disposiciones legales, en concordancia con la preceptiva estatutaria, y se concreta en el reglamento de colocación, la oferta y el contrato de suscripción.

Conforme a lo anterior, si en los estatutos existe normas expresa, que impide a terceros la suscripción de acciones antes de agotarse la etapa preferencial o la de acrecimiento, **el cedente del derecho preferente nada tiene que traspasar, con relación a dichos terceros.** Por

tanto, si en las condiciones examinadas el accionista – cedente y el tercero – cesionario llevan a cabo el negocio dispositivo, éste carece de idoneidad para producir la atribución patrimonial de tal modo pretendida.

De otra parte, existiendo en los estatutos de la sociedad norma expresa que impide a terceros la suscripción de acciones, antes de agotarse la vuelta para la adquisición preferente y, la subsiguiente para el acrecimiento, **ha de entenderse que el acto de disposición del derecho a suscribir únicamente puede celebrarse entre quienes tienen la calidad de accionistas, justamente, porque la disposición estatutaria,** impide en ese momento la intervención de terceros en el proceso de colocación de las acciones.

La consagración de norma estatutaria significa, de igual manera, que **los accionistas constituyentes,** desde el momento mismo en que convinieron el contrato social, acordaron de cierta manera el carácter cerrado de ente social, de modo que en cualquiera capitalización posterior por vía de emisión y colocación de acciones, quedaba vedado a terceros adquirir aquellas antes de concluir el término para la adquisición preferente y la del acrecimiento. De ahí que las partes cedente y cesionaria de tal derecho, al celebrar el negocio dispositivo, están obligados a cerciorarse sobre la forma en que legal e inequívocamente puede llevarse a cabo el traspaso, y examinar la viabilidad jurídica de la participación de terceros en las dos primeras rondas en el proceso de ejecución de la señalada capitalización.

Entendido el alcance del reglamento, la conducta contractual de los accionistas que negocian el derecho preferencial para que terceros puedan adquirir acciones en la primera etapa (de suscripción preferente) o en la segunda (por acrecimiento) , estando ellos prohibido por los estatutos de la sociedad emisora, no se limita a la diligencia y cuidado que de ordinario se exige, sino que requiere que, tanto cedente como cesionario, agoten las diligencias necesarias para conocer el

régimen estatutario de la sociedad, lo que supone que la actuación de ambas partes debe ser, no sólo de buena fe y sino además exenta de toda culpa, y precisamente, en esta se incurre, y ambos o uno de ellos nos lleva a cabo dicha verificación.

VII. FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES.

De todo cuanto queda dicho hasta ahora, se colige que el contrato de suscripción de acciones, conforme a la definición que propone el artículo 384 del Código de Comercio, es un negocio jurídico consensual que se perfecciona como resultado de la oferta de acciones que formula la sociedad emisora de las mismas y la aceptación de la oferta por parte de sus destinatarios.

En tal sentido, resulta de la mayor importancia y utilidad explorar el régimen del periodo precontractual que precede a la celebración del mencionado contrato. En este orden de ideas a continuación se indaga acerca del régimen de la oferta de las acciones y de su correspondiente aceptación, a la luz de la normativa propia del contrato de suscripción y las disposiciones legales sobre oferta y aceptación de ésta que prescribe el Libro Cuarto del Código de Comercio.

Valga anotar aquí desde ya, para los efectos del presente laudo, que el régimen ordinario del contrato de suscripción de acciones previsto en el Código de Comercio, es aplicable integralmente a las denominadas Empresas de Servicios Públicos – ESP (art. 19.15, de la Ley 142 de 1994), con las contadas excepciones que más adelante se precisarán.

A. LA OFERTA DE ACCIONES

1º. La **Oferta**: concepto general

El artículo 845 del estatuto mercantil define la oferta como la propuesta o el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, que "... deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario".

Bajo este entendido la oferta es un acto jurídico unilateral, como que constituye la expresión de voluntad del proponente dirigida a producir un efecto jurídico: la celebración del negocio jurídico propuesto, a partir de la aceptación de la misma por parte de su destinatario.

En tanto acto jurídico, para que la oferta se repute existente ha de cumplir los elementos esenciales que permitan que la misma produzca los efectos jurídicos que está llamada a cumplir en el periodo pre contractual de todo negocio jurídico, esto es una manifestación de voluntad apta para fundar en ella el consentimiento contractual, y no una mera manifestación de voluntad negociada dentro de las tratativas propias de cualquier contrato.

Por virtud de lo dicho y con arreglo a la ley, toda oferta mercantil debe cumplir los siguientes requisitos especiales, amén de los propios de todo acto jurídico unilateral:

- (i) Contener los elementos esenciales del negocio jurídico propuesto, y
- (ii) Comunicación al destinatario

Elementos esenciales del negocio jurídico propuesto en la medida que la oferta sienta las bases del negocio jurídico que se le propone al destinatario, de tal manera que éste simplemente la acepta o las

rechaza, para dar nacimiento o no al correspondiente contrato, la propuesta debe contener todos los elementos esenciales del acto jurídico que se plantea.

Bajo este entendido la oferta debe ser completa (Es el término que usan SCONGNAMILIO, Renato (TEORIA GENERAL DEL CONTRATO, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 122) y PEREZ VIVES, Álvaro (TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Vol. 1, Ed. Universidad Nacional de Colombia 1950, Pág. 29). De suerte que sólo baste la aceptación expresa o tácita del destinatario para que el negocio jurídico se entienda celebrado sin más requisitos, porque en tal caso las voluntades concurrentes de las partes sobre los elementos esenciales del negocio tienen la virtud de ser fuente generadora de derechos y obligaciones.

Por supuesto, si la oferta es incompleta en la medida en que ella no contempla todas "aquellas cosas, si las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente" (art. 1501 del C:C), el concurso volitivo del destinatario de la oferta será insuficiente para procrear el negocio jurídico. Así, si en la oferta de una compraventa se determina el objeto pero se omite el precio, la aceptación no da al lugar al surgimiento del contrato, hasta tanto no concurren integralmente las voluntades del comprador y el vendedor sobre la totalidad de los elementos esenciales del acto jurídico.

La exigencia de que la oferta contenga los elementos esenciales del negocio que se propone es lo que la distinguen de las meras tratativas o "simples tratos preliminares" (Ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de casación marzo 8 de 1995. Expediente 4473. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Lafont Pianetta), en los que aún está ausente una voluntad seria de negociación. En tal sentido ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que no puede confundirse la oferta mercantil, con la mera invitación a ofrecer o a emprender negociaciones para celebrar un acto o contrato:

"No pueden confundirse la "oferta" (...) con cualquier invitación a emprender negociaciones que una persona exponga a otra u otras, manifestación, esta última que abarca múltiples posibilidades tales como

los avisos publicitarios y propagandísticos por medio de los cuales el comerciante anuncia sus productos, y a los que el artículo 847 ejusdem les niega obligatoriedad, hasta las proposiciones que una persona hace a otras para que le formulen verdaderas ofertas, conductas todas ellas que apenas insinúan, como su nombre lo sugiere el deseo serio y leal de querer contratar y que solamente darán lugar a la responsabilidad propia de quien quebrante los deberes de corrección y buena fe que gobiernan la actividad preparatoria de los contratos (...).

“Así las cosas, la mera invitación “a ofrecer”, se perfila, por regla general, como la solicitud que una persona hace a otras, determinadas o no, para que formule propuestas de un negocio jurídico en el cual se está interesado.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de abril de 2001, Exp. 5716. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles).

La comunicación de la oferta al destinatario

Para que la oferta adquiera relevancia jurídica y genere los derechos y obligaciones que son connaturales a todo acto jurídico, es necesario que trascienda del fuero interno de la persona del oferente. De lo contrario debe reputarse inexistente (PEREZ VIVES, Álvaro Op. Cit. Pág. 30). Es por ello que la propuesta de negocio jurídico, con todos sus elementos esenciales, deben dirigirse al destinatario; de esta manera, el acto unilateral de invitación negocial cumple con su razón de ser y empieza a ser jurídicamente importante o significativo para el mundo jurídico.

Porque mediante la comunicación de la oferta es que ésta comporta un derecho para el destinatario y una obligación correlativa a quien la fórmula. Es a partir de su comunicación cuando se coloca al destinatario en condiciones de conocer la propuesta jurídica, de tal manera que con su consentimiento oportuno e incondicional se forme el negocio jurídico, sin que sea dable al oferente retractarse de la invitación como lo proclama el artículo 846 del Código de Comercio.

La comunicación de la oferta no ofrece ninguna duda cuando ella se realiza verbalmente. En cambio, en tratándose de ofertas escritas, el asunto es de la mayor complejidad y ha merecido los más disímiles tratamientos normativos.

Así, el derecho comparado ofrece diferentes sistemas para establecer cuando se entiende comunicado el escrito contentivo del acto jurídico relativo a la propuesta de un negocio jurídico. Son ellos, principalmente, el sistema de la *expedición*, el sistema de la *recepción* y el sistema de la *información*, propios de la teoría de la cognición.

Conforme al sistema de la *expedición* la oferta se reputa comunicada desde el momento en que el documento correspondiente sale de la órbita interna del autor de la oferta y se emplea cualquier medio útil para ponerla en conocimiento de su destinatario.

De acuerdo con el sistema de la *recepción* se entiende que la oferta existe por haber sido comunicada, no propiamente a partir del momento en que el destinatario de la oferta tiene conocimiento de ella, si no del instante a partir del cual la propuesta queda a disposición de aquél en el lugar de su residencia o de su oficina, independientemente de que conozca su contenido; precisamente ha sido este sistema de la *recepción* el que más acogida ha tenido en los últimos tiempos, particularmente en las convenciones internacionales sobre la materia.

(Veáse Arts. 15. 1 y 24 de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y artículo 2. 3 del proyecto Unidroit).

Por el contrario, para el sistema de *información* la oferta sólo se entiende comunicada cuando el destinatario conoce de ella; por ejemplo, en la legislación italiana la oferta no existe mientras no sea conocida por el destinatario. (Veáse MESSINEO, Francesco. MANUAL DEL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL. TOMO IV. Pág 457).

A este propósito encontramos en el derecho positivo colombiano dos sistemas legales que gobiernan, de manera diferente, la materia relativa a la comunicación de la oferta escrita. Se trata del (i) Código de Comercio, que una parte, y de la (ii) Convención de Viena sobre Compraventa Mercantil Internacional, de la otra.

(i) Código de Comercio

En la legislación mercantil colombiana la comunicación se entiende surtida, según las voces del artículo 845 del Código de Comercio, cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario. Lo que quiere significar que nuestro legislador acogió el denominado sistema de la *expedición*. Basta, pues, con que el escrito de oferta se transmita independientemente de la forma observada y del conocimiento del mismo por parte de su destinatario, para que la oferta se repute perfecta y surta los efectos jurídicos que está llamada a cumplir.

Precisamente, al referirse al alcance del artículo 845 del estatuto mercantil, *afirma* el profesor Ospina Fernández en su célebre obra sobre la "Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico".

"Nótese- porque esto incide en el cómputo de los términos de duración de la oferta y en el perfeccionamiento de la convención respectiva- que el texto transcrito no requiere, para que la oferta comience a producir sus efectos que el destinatario la conozca, sino solamente que el oferente emplea un medio idóneo para comunicársela, como lo sería una carta o telegrama, consagrándose al PRI el sistema que la *expedición* y no es de la *información (...)*" (OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURÍDICO 6ª EDICIÓN. Ed. Temis Bogotá 2000. Pág. 1479.

En el mismo sentido se pronuncia Jorge Suescun Melo:

"Es del caso señalar que el citado artículo 845 hace producir efectos a la oferta desde que el oferente emplea un medio

adecuado para ponerla en conocimiento del destinatario, pero sin que sea necesario que este la conozca efectivamente. Por tanto, el código acoge el sistema de la expedición 8...)” SUESUN MELO, Jorge DERECHO PRIVADO. Tomo I. ed. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá 1996. Pág. 313).

Hay que señalar por último que la oferta puede transmitirse mediante un mensaje de datos (artículo 14, Ley 527/99). Lo que no significa que en estos casos se modifique el régimen de formulación de la oferta y la formación del negocio jurídico, como lo precisa el artículo 22 de la ley.

(ii) *Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.*

La Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías regula en el derecho internacional tanto las compraventas entre los Estados, como de los particulares de distintos Estados, sean éstos comerciantes o no, bien se trate de negocios jurídicos, civiles o mercantiles.

Dicha Convención, que entró en vigencia en Colombia el pasado 1º de agosto de 2002, acoge el sistema de la *recepción* de la oferta en los siguientes términos: “La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario” (Artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, hecha en Viena el once (11) de abril de mil novecientos ochenta (1980)”, ratificada por la Ley 518 del 4 de agosto de 1999 y promulgada mediante Decreto 2826 de 2001).

Y se complementa el sistema advirtiendo el artículo 24 de la Convención que la oferta escrita “llega” al destinatario cuando se entrega por cualquier otro medio a éste personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su

residencia habitual. Lo que significa, muy a las claras, que este instrumento internacional del comercio para nada exige el conocimiento de la oferta por parte del destinatario para que la misma exista y produzca sus efectos.

En concordancia con el sistema de *recepción*, el plazo de la oferta empieza a correr por lo general cuando ella llegue a su destinatario. Por ello se lee en el artículo 20 de la "Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías" de 1980 (Ley 518 del 4 de agosto de 1999) que "El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario".

Llama la atención, sin embargo, que cuando se utiliza correspondencia para transmitir la oferta, el plazo de la misma empieza a correr desde la fecha de la carta o del sobre si aquélla no la contiene, lo que equivale tácitamente a aceptar para esta modalidad de oferta el sistema de la *expedición*. En cualquier caso, lo que evidencia esta excepción al sistema general de la Convención, es que los sistemas legales que gobiernan la existencia y formación de los actos jurídicos pre contractuales no son acogidos radical o dogmáticamente por los distintos reguladores, como quiera que a través de presunciones o excepciones se da cabida, en últimas, a verdaderos sistemas eclécticos.

2º- La oferta en el contrato de suscripción de acciones

El régimen general de la oferta mercantil aplica asimismo en el periodo precontractual (Ver Sentencia T-261 de junio 20 de 1995.) del contrato denominado suscripción de acciones en la Sección II, Capítulo II, título VI del Libro Segundo del Código de Comercio, con algunas peculiaridades que debemos subrayar a continuación. Es decir, la oferta para suscribir acciones debe contener los elementos esenciales del contrato de suscripción y debe ser comunicada a su destinatario o destinatarios. Sin embargo, estos requisitos generales para que una oferta se repute perfecta requiere desarrollos más especiales según el régimen de sociedades.

Los elementos esenciales de la oferta de suscripción.

Las acciones en reserva de una sociedad anónima o de una sociedad en comandita deben colocarse con sujeción al reglamento de suscripción de acciones que debe aprobar la asamblea de accionistas o la junta directiva, según corresponda (art. 385 del Código de Comercio). Dicho reglamento, a la luz del artículo 386, ibidem, debe contener los elementos esenciales del contrato de suscripción que se propone, en particular como ya se apuntó líneas atrás, la cantidad de acciones que se ofrecen en conjunto; la proporción propia del derecho de suscripción preferente, que determina el número de acciones a suscribir por parte de cada accionista; el plazo de la oferta que no puede ser menor de 15 días ni superior a tres meses; el precio de cada acción que se ofrece, que ningún caso puede ser bajo la par y, por último, el plazo para el pago de las acciones y hay lugar a él.

Decimos que el reglamento determina los elementos esenciales del contrato de suscripción porque a través del mismo se establezcan aquellas "cosas" que tipifican el negocio jurídico que da lugar a la colocación de acciones según se lee en la definición prevista en el artículo 384 del C.Co. porque para que se perfecciona dicho contrato es necesario que se suscriban unas acciones determinadas (por su total y proporción para cada suscriptor individual en ejercicio del derecho de suscripción preferente) que la sociedad emisora está obligada a

entregar mediante la emisión del correspondiente título, a cambio de un aporte a cargo del suscriptor, que habrá de efectuarse conforme al reglamento respectivo. Y justamente es el reglamento el instrumento que define las acciones a colocar, las acciones que pueden ser suscritas por cada destinatario de la oferta y el precio o aporte que constituye la prestación o cargo del suscriptor.

Este régimen ordinario de la oferta de suscripción de acciones en la sociedad anónima es el mismo de las Empresas de Servicios Públicos – ESP (art. 19.15 de la Ley 142 de 1994), con las siguientes únicas excepciones:

- Es libre la determinación de la parte del valor de las acciones que deba pagarse en el momento de la suscripción; pero la empresa informará, siempre, en sus estados financieros, qué parte de su capital ha sido pagado y cuál no (ART. 19-6). En el régimen del código de comercio se dispone que al momento de suscripción debe cancelarse cuando menos la tercera parte del valor de cada acción suscrita (ART. 387, C. Co.).
- Es libre la determinación del plazo para el pago de la parte que salga a deberse en una colocación de acciones (art. 19.6). En las restantes sociedades anónimas, en cambio, el plazo no puede exceder de un año (art. 387, ídem). Según se dejó advertido.

Comunicación de la oferta de suscripción

La oferta de acciones debe comunicarse para que la misma produzca sus efectos jurídicos, como corresponde al régimen ordinario de toda oferta.

En el caso de una propuesta o invitación a suscribir acciones, la misma tiene que transmitirse por conducto de su órgano de gestión externa para éste entienda válidamente comunicada. De tal manera que será el representante legal de la sociedad el llamado a formular la oferta a los terceros, con base en los elementos esenciales definitivos en el reglamento aprobado por la asamblea de socios a la junta directiva. Así lo reconoce el artículo 386 del estatuto mercantil.

En tratándose de una colocación de acciones con sujeción al derecho de preferencia entre los accionistas, la oferta es solemne; debe utilizar el formalismo preestablecido para que la misma se repute existente. La oferta no puede comunicarse por cualquier medio que juzgue conveniente el representante legal. Porque para tal efecto debe emplearse en medio de comunicación estatutario entre la sociedad y sus accionistas. Dice el artículo 386, ídem, que en tal hipótesis "... el representante legal de la sociedad ofrecerá las acciones por los medios de comunicación previstos en los estatutos para la convocatoria de la asamblea ordinaria".

Nótese que por la mera circunstancia de que la oferta deba cumplir un requisito *ad substantiam actus* en estos casos, el contrato de suscripción de acciones en sí mismo considerado no se torna en un negocio jurídico solemne.

Ahora bien, en lo que dice relación con la fecha de la existencia de la oferta, las normas especiales del contrato de suscripción de acciones no establecen ninguna excepción al sistema de *expedición* de la oferta. Por el contrario lo confirman.

Así, debe decirse que la oferta se entiende comunicada a partir de la fecha de su expedición y por ende desde dicho instante se concreta en cabeza del destinatario el derecho a suscribir, sin que sea necesario reparar en el hecho de si éste conoce o no la invitación a suscribir acciones de la sociedad emisora. De esta suerte, además del artículo

845 del Código el Comercio que consagra el sistema de la expedición, varios preceptos lo reafirman:

- El artículo 388 del código de comercio señala que el plazo de la oferta no puede ser inferior a 15 días contados **desde la fecha de la oferta**. Es evidente que se sigue el sistema de la expedición del régimen general, como que en ningún caso el término de la oferta se condiciona al conocimiento que de la misma tenga su destinatario.
- A su turno el artículo 389 ib., reconoce que **desde la fecha del aviso de oferta** es cesible el derecho de suscripción, porque a partir de tal momento adquiere existencia legal la oferta y se consolida el derecho a suscribir en cabeza del destinatario, como lo tiene por sabido la academia y más recientemente la doctrina constitucional según la Sentencia de la Corte Constitucional C-37 de febrero 3 de 1994.

“...el derecho de preferencia sólo se concreta para el accionista con el carácter de exigible, cuando se le formula la oferta de suscripción de acciones, pues es en este momento que surge a cargo de la sociedad la obligación de efectuar la suscripción preferencial y el derecho correlativo del accionista a realizar dicha suscripción, como se deduce de la preceptiva de los arts 383, inciso 1º, 388, inciso 2º. y 389 del Código de Comercio. Con anterioridad a la oferta de suscripción, el derecho de preferencia no es más que una simple expectativa, que no generan derechos adquiridos” (se subraya).

Justamente por las consideraciones precedentes la doctrina de la Superintendencia de Sociedades ha sostenido sin vacilación y de vieja data (Ver Memorando OA/008 del 1º. De febrero de 1978 y oficio OA/07477 del 11 de abril de 1980,

publicados en "Doctrinas y Conceptos Vigentes 1972-1982"- tomo II, de la Superintendencia de Sociedades Págs 376 a 399 y 440 y 441); que la oferta de suscripción de acciones siguen el sistema de la *expedición*.-

Lo anterior no quiere significar, para los efectos del cómputo del plazo de la oferta, que éste deba iniciar a contarse desde la fecha de la misma. Una cosa es cuando se reputa existente el acto jurídico unilateral y otro a partir de cuándo corren los términos para aceptar en término la propuesta de negocio jurídico. Porque al tenor del artículo 829, regla 2ª, del Código de Comercio, el plazo de la oferta empieza a correr a partir del día siguiente a la misma, a menos que de la intención de las partes se desprenda otra cosa. El concepto de la Superintendencia de Sociedades es inequívoco:

"...es oportuno recordar que artículo 389 de la obra citada señala que el derecho de suscripción de acciones solamente será negociable desde la fecha del aviso de oferta, como quiera que en este instante se concreta el derecho de la suscripción preferente y, como se ha dicho, surge la posibilidad de su negociación. No obstante, es necesario no confundir el mencionado. De referencia con aquel que indica el comienzo del término de la oferta; vale decir, del lapso dentro del cual la propuesta conserva su fuerza obligatoria. Éste término, conforme con lo dispuesto en el artículo 829 –regla 2ª.- del Código de Comercio, se determina excluyendo el día en que el negocio jurídico se haya celebrado, salvo que de la intención de las partes se desprenda otra cosa.

"En otras palabras, el plazo de la oferta a que alude el artículo 386- ordinal 3º. Ibidem se cuentan desde el día siguiente al de la fecha de la propuesta" (se subraya) (oficio OA/07477, del 11 de abril de 1980).

Autorización de la oferta

En relación con la suscripción de acciones de las sociedades ordinarias, en algunos casos la eficacia jurídica de la oferta pende de la circunstancia de que ella haya sido objeto de la autorización de que trata el artículo 390 del Código de Comercio, subrogado por los artículos 84, numeral 9 y 85, numeral 3, de la Ley 222 de 1995. Se trata de un requisito formal, previo a la colocación u oferta de las acciones, que permite que las autoridades de supervisión ejerzan un control de legalidad sobre las bases del reglamento de suscripción y sobre su aprobación por parte del órgano competente, a fin de asegurar *ex ante* la validez del negocio jurídico propuesto.

Aunque la autorización de la Superintendencia respectiva se previó inicialmente por el Código de Comercio de 1971 como un requisito general que ineludible, so pena de ineficacia, la Ley 44 de 1981 morigeró el rigor de tal requisito, al hacerlo exigible tan sólo respecto de las sociedades por acciones sometidas al control y vigilancia permanente del Estado. Posteriormente la ley 222 de 1995, hoy vigente, tan sólo contempla la exigencia de la autorización para la colocación de acciones en tres casos:

- Respecto de sociedades vigiladas para la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto (art. 84, numeral 9º.)-
- Respecto de sociedades vigiladas para la colocación de acciones privilegiadas (art. 84, numeral 9º.)
- Respecto de sociedades controladas para la colocación de toda clase de acciones, en la medida en que por su *status* el nivel de supervisión estatal es mucho más exigente.

Sin embargo, la emisión y colocación de acciones no requiere autorización previa de ninguna autoridad en ningún caso para las

empresas de servicios públicos; pero si se va a hacer oferta pública de ellas a personas distintas de los usuarios que hayan de beneficiarse con inversiones en infraestructura se requiere inscripción en el registro nacional de valores (art. 19.10, Ley 142 de 1994).

B. LA ACEPTACIÓN EN EL CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES

1º. La aceptación: concepto general

La aceptación constituye otro acto jurídico unilateral, propio del período precontractual de todo negocio jurídico. Sin embargo, debe decirse, la aceptación se confunde con la misma fase de celebración del contrato.

La aceptación concurrente, incondicional y oportuna sobre la oferta que ha recibido una persona, da lugar a la formación del consentimiento que sirve de fuente a la existencia de todo contrato, siempre que la invitación negocial contemple todos los elementos esenciales del negocio jurídico propuesto.

En consecuencia, resulta muy sencillo afirmar que el consentimiento se obtiene al aceptar la oferta. Aceptación que entre presentes es incontrovertible de acreditar. Pero – se pregunta – cuándo se perfecciona la aceptación de un negocio jurídico respecto de personas ausentes, es decir cuando la aceptación es de carácter documental, dado que necesariamente surge un tiempo entre el momento mismo en que el destinatario manifiesta su voluntad y aquel en que el oferente tiene noticia del asentimiento otorgado por el aceptante?.

En derecho privado es ésta una de las cuestiones más fecundas en desarrollos normativos y teorías, conforme a los cuales se conocen básicamente cuatro (4) sistemas para establecer el momento en que se forma una convención, que se mueve entre dos grandes extremos, de un lado la teoría de la *agnición*, que no exigen que la aceptación sea del conocimiento del oferente y, del otro, la teoría de la *cognición que* presupone dicha información por parte del proponente. Dichos sistemas (Ver Memorando OA/008 del 1º. De febrero de 1978 y oficio OA/07477 del 11 de abril de 1980, publicados en Doctrinas y Conceptos Vigentes 1972-1982"- Tomo II, de la Superintendencia de Sociedades. Págs. 376 a 399 y 440 y 441) son: a) el sistema de la emisión o declaración; b) el sistema de expedición; c) el sistema de la recepción, y d) el sistema de la cognición o de la información.

- EL SISTEMA DE LA EMISIÓN o DECLARACIÓN.- Conforme a este sistema, propio del régimen francés, la aceptación se reputa existente desde el momento en que se emite, siendo indiferente si el proponente conoce o no de la manifestación de voluntad expresa o tácita del aceptante. Así, el vínculo contractual emerge al mundo del derecho en el momento en que se declara o expresa la aceptación.

En estricto derecho este sistema respecta en su forma más pura el principio de la consensualidad. Porque el contrato se forma en presencia de la concurrencia de voluntades sobre un objeto obligacional y dicha concurrencia existe en el momento en que se declara expresa o tácitamente el acto jurídico de aceptación de la oferta, independientemente de que la misma haya sido enviada al destinatario o conocida por éste, que serán siempre momentos posteriores al de la formación del consentimiento.

Sin embargo se le critica y no es de amplio recibo en las legislaciones contemporáneas por la dificultad que ofrece desde el punto de vista de la prueba para acreditar la

formación del consentimiento, amén de que al hacerse de recibo la aceptación tácita se vuelve mucho más compleja la determinación del momento preciso en que concurren las voluntades contractuales para formar el negocio jurídico, particularmente por la sucesión de actos que puede darse al ejecutar un contrato en su *iter* inicial.

- EL SISTEMA DE LA EXPEDICIÓN.- De acuerdo con este sistema, no basta con la declaración de voluntad obligacional del aceptante, sino que es menester que éste emplee algún medio para transmitir al proponente su decisión positiva. Así el contrato se perfecciona a partir del momento en que se envía la respuesta afirmativa al oferente. Se trata del sistema español. (Código de Comercio, artículo 34).

En la expedición se resuelve inicialmente el problema de la prueba en la formación del consentimiento, dejando en la práctica la carga de la prueba en cabeza de aceptante. Pero se le critica en la medida en que en el momento de la remisión de la respuesta afirmativa a una oferta, el destinatario de la misma desconoce su existencia y en consecuencia el nacimiento del vínculo obligacional. (Dice SUESCUN "sin embargo, como la correspondencia pertenece a su remitente, éste puede retirarla del correo antes de que llegue al destinatario. O puede acontecer que el correo, se extravié, con lo que el oferente quedaría en una gran dificultad para probar que destinatario ya había aprobado la oferta y por ende perfeccionado el contrato" (OP. Cit. Pág. 376)).

EL SISTEMA DE LA RECEPCIÓN.- este sistema obliga a que la respuesta del aceptante llegue al dominio del proponente. De alguna manera se trata de una modalidad de la teoría de la *agnición*, como que no presupone el conocimiento cierto de la respuesta por parte de su destinatario. Podría afirmarse que corresponde al sistema alemán, al mexicano (Código Civil, art. 1807); y al sistema italiano, porque si bien en esta legislación (art. 1326) el contrato se considera perfecto cuando el proponente tiene conocimiento de la aceptación, el artículo 1335 estima

conocida la aceptación cuando ésta llega a la dirección del destinatario, salvo que el oferente esté en condiciones de demostrar que sin culpa estuvo en imposibilidad de tener noticia de la aceptación, como refiere Scognamiglio en su obra 1. En última se trata de una solución al problema que surge de un eventual abuso del destinatario en la hipótesis de que se abstenga de conocer la respuesta a su propuesta.

Podría decirse que en este caso el imperio de la necesidad probatoria hace una concepción fundamental al concepto mismo de la consensualidad. Porque si bien la certeza es mayor acerca del momento del nacimiento del contrato, éste termina produciéndose mucho después de la formación del acuerdo plurilateral. Aún así para enneccerus (Op. Ci. Pág 131); -citado por SUESCUN- esta teoría resulta ser la más adecuada porque "a diferencia de la teoría del conocimiento no deja al arbitrio de la otra parte la eficacia de la declaración, ni el momento de la eficacia mediante la lectura de la carta de aceptación; a diferencia de la teoría de la exteriorización y de la teoría de la expedición, no da lugar a la ruptura del contrato por el simple hecho de no enviar o de rechazar el mensaje enviado sino que establece la continuación de la declaración precisamente en el momento en que se extinguen las actividades que son de esperar de una y otra parte, y con ello a la vez pone el riesgo de la declaración (en caso de pérdida de la carta) a cargo de aquel a quien compete actuar, quien tanto le compete (espera de riesgo), para procurar al destinatario, y respectivamente a éste para procurarse asimismo el conocimiento de la declaración".

- EL SISTEMA DE LA COGNICIÓN o de la INFORMACIÓN .- Presupone, como su nombre lo indica, el conocimiento cierto por parte del proponente de que ha sido aceptada su oferta de manera pura y simple. Al punto que aunque la voluntad de aceptante haya sido emitida, si ella no ha sido conocida expresamente por el oferente, el contrato no se reconoce perfeccionado.

El régimen de la aceptación en la legislación colombiana

En el ordenamiento legal colombiano se encuentran dos referencias normativas a la aceptación y al momento de celebración de los negocios jurídicos que, como en la oferta, dice en relación con el Código de Comercio y con la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.

(i) Código de Comercio

Acerca del momento en que se forma el consentimiento, el artículo 864 del Código de Comercio nos entrega el siguiente concepto:

“ART. 864.—El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

“Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851”. (se subraya).

De esta manera, parecería que el legislador mercantil se hubiese inclinado por el sistema de la *recepción*, vale decir que el negocio jurídico se forma en el mismo instante en el que el oferente recibe la aceptación de la propuesta. Al parecer, según el dictado de la ley colombiana, no basta con la entrega de la aceptación en la residencia de proponente o en sus oficinas, sino que con mayor exigencia a la común, visto el derecho comparado, se exige que sea el propio proponente quien reciba personalmente el documento contentivo de la aceptación, lo que en últimas deja a la voluntad de éste la determinación del momento de la formación del contrato. En efecto, en

la práctica será el destinatario de la oferta quién determinará la prueba acerca de la recepción personal de la aceptación.

Advertido de dicha circunstancia y para evitar que la determinación del nacimiento del contrato de alguna manera quede al capricho del oferente, el legislador estableció a renglón seguido una presunción conforme a la cual se entiende que el oferente ha recibido la aceptación “cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos” requeridos.

De esta manera el legislador expropia al oferente el beneficio de determinar cuándo se perfecciona el contrato y mediante una presunción que critica la dogmática por razones de técnica legislativa, (Ospina critica la presunción en los siguientes términos: “la ciencia legislativa requiere que las presunciones legales obedezcan, a la lógica, en el sentido de que el hecho presumido este vinculado al hecho indiciario por una relación íntima, en forma tal que el cálculo de las probabilidades permita inferir la existencia del primero por la ocurrencia del segundo. (...) tal presunción resulta forzada, por cuanto de la *expedición* de una comunicación escrita no se puede inferir con certeza que ésta llegue a manos de su destinatario y, menos aún, que es lo importante, el momento preciso en que esto último ocurra” (OSPINA FERNÁNDEZ, op. Cit. Pag. 170). Invierte la carga probatoria, como que en últimas deja en cabeza del aceptante la prueba del instante en el que remitió la respuesta, así la misma no haya llegado al dominio del proponente, para concluir que es en aquel momento desde el que el ordenamiento legal reputa perfecto el contrato.

Para estos fines cuando se utilice para la aceptación un mensaje de datos ha de apelarse al mandato del artículo 23 de la Ley 527 de 1999, a cuyas voces “De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un sistema de información que no esté bajo control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre de éste”. Dice a este propósito la Corte Constitucional:

“...la Ley 527 de 1999 dispone que la recepción de un mensaje de datos tiene lugar, no en el momento del envío por el iniciador, sino cuando ingresé en el sistema designado por el destinatario

para su recepción – art. 24 Lit. a” (Sentencia C-96 de enero 31 de 2001).

En suma, en tratándose de un negocio jurídico entre ausentes, el nacimiento a la vida jurídica de los contratos se determina por el sistema de la *expedición* a partir del artículo 864 del Código de Comercio.

Llama la atención, empero que el artículo 854 del estatuto mercantil reconozca que “La aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso”. Al reconocer la validez de la aceptación tácita de la oferta, nuestro legislador parecería acomodarse dentro del sistema de la *emisión o declaración* expresión por antonomasia de la teoría de la agnición. Porque cuando median actos de ejecución del negocio jurídico propuesto por parte del destinatario de la oferta, así el proponente del contrato los desconozca, dichos actos inequívocos cumplen los mismos efectos que la aceptación expresa, dando lugar al surgimiento del vínculo contractual. La doctrina entiende, a partir de los clásicos franceses, que al reconocer una legislación la eficacia jurídica de la aceptación tácita, la misma se matricula en el sistema *declarativo*.

Sin embargo algo que es así de pacífico y sencillo en la doctrina, termina siendo más complejo en el derecho colombiano. Porque al admitir la aceptación tácita el artículo 854 del Código de Comercio, subordina sus efectos al conocimiento que de los hechos inequívocos que la ejecución del contrato propuesto tenga el oferente dentro del término de la oferta, lo que inevitablemente significa que para estos efectos se acoge el sistema de la *información*.

A manera de conclusión puede decirse, entonces, que apelando a su proverbial esquema ecléctico de formulación del derecho, el legislador

colombiano acepta dos sistemas para la determinación del momento en el que se entiende nace el contrato. Cuando el contrato se perfecciona mediante una aceptación tácita, el sistema que gobierna la formación del contrato es el sistema de la *información*. Pero cuando la aceptación es expresa entre ausentes, el sistema que rige es el de la *expedición*.

El Consejo de Estado ha concluido que la formación del consentimiento contractual se gobierna por el sistema de la *recepción*, lo que a juicio de este Tribunal debe ser glosado:

“Conforme a la definición dada por el artículo 845 del Código de Comercio, la oferta o propuesta es “el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra”, es decir, no es el negocio mismo, ni de la circunstancia de que la propuesta contenga todos los elementos inherentes al negocio propuesto, como puede ser la naturaleza, cantidad y calidad de los bienes y servicios ofrecidos en venta o en compra, las condiciones de los mismos, su precio, término, etc., puede inferirse la existencia de un acuerdo voluntades entre el oferente y el destinatario para constituir, regular o extinguir entre ellos la relación jurídica ofrecida, porque es precisamente la misma ley comercial, la que ordena que la oferta debe contener absolutamente todos los elementos y condiciones en que ha de desarrollarse el negocio propuesto de ser aceptado.

“Negocio que, por lo demás, sólo se entiende celebrado en el sitio de residencia del proponente y en el momento que éste reciba la aceptación de la propuesta de parte del destinatario, y de no haberla, no existe acuerdo de voluntades sobre contrato alguno” (se subraya) (Sentencia 7854 del 21 de marzo de 1997 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta).

(ii) *Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980*

Para el caso de los negocios de compraventa internacional de mercadería el instrumento internacional del sistema de Naciones Unidas prescribe: "La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente" (Artículo 18 de la "Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías", hecha en Viena el once (11) de abril de mil novecientos ochenta (1980)", ratificada por la Ley 518 de 4 de agosto de 1999 y promulgada mediante Decreto 2826 de 2001).

Como complemento de esta disposición, el artículo 24 señala:

"Artículo 24. A los efectos de esta Parte de la presente convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención "llega" al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual".

No cabe duda que la *lex* internacional se ha matriculado en el sistema de la *recepción*. Pero al igual que ocurre en Italia o en Colombia, la rigidez conceptual termina matizada para dar paso a otro sistema, para evitar la mala fe o las conductas caprichosas de las partes. Es así como en el marco de la Convención en cuestión, luego de proclamarse el sistema de la *recepción*, el artículo 21 de la misma sale al paso de la ineficacia de la aceptación tardía reconociéndole plenos efectos cuando

haya sido emitida en tiempo oportuno y por razones ajenas a su autor no haya llegado al destinatario personalmente, o a su establecimiento o dirección postal o a su residencia habitual. Por manera que, en la práctica para este caso la Convención ha acogido el sistema de la *expedición*, como entre otros, porque lo que importa es la prueba de la remisión en tiempo de la aceptación, así la misma no haya sido entregada a su destinatario por problemas de transmisión. Se lee en el artículo 21 de la Convención:

“Artículo 21. (...)2. Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si la transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido”.

Requisitos de la aceptación

La aceptación en su concepción como acto jurídico que perfecciona el consentimiento debe ser oportuna y pura y simple.

Es el mandato del artículo 855 del Código de Comercio: “La aceptación condicional o extemporánea será considerada como nueva propuesta”.

Lo que significa que si la adhesión a la oferta no es integral reservándose el aceptante algunos elementos de la oferta o condicionándolos, su declaración de voluntad equivale a una nueva oferta que el proponente primigenio podrá o no aceptar dentro de los términos legales o convencionales.

De igual modo, la aceptación debe producirse dentro del término de ley o de la oferta. En el caso de una negociación entre presentes la aceptación debe ser en el acto. Entre ausentes, dice el artículo 851 del

Código de Comercio que la propuesta “deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia”, sin perjuicio que se convenga un plazo diferente con fundamento en el artículo 853, ibidem.

Con relación a la aceptación extemporánea y el alcance de los artículos en comento ha tenido oportunidad de pronunciarse la Corte Constitucional mediante Sentencia T-261 de junio 20 de 1995:

“Es natural, entonces, que el artículo 851 del Código de Comercio, que fija plazos para la aceptación o rechazo de la propuesta de celebrar un negocio jurídico, no se pueda interpretar en el sentido de que, vencidos aquéllos, ha quedado perfeccionado el acuerdo de voluntades, sino por el contrario, en el de que dicho acuerdo no se ha logrado, cuando menos en las condiciones inicialmente planteadas por el oferente, quien las ha mantenido durante el plazo, como es su obligación, quedando en libertad de modificarlas después de él, con miras a una eventual nueva oferta”.

La aceptación de un negocio jurídico no está sujeta a formalidad alguna, ni en tratándose de negocios solemnes. El consentimiento se entiende perfeccionado a partir de la concurrencia de voluntades entre oferente y aceptante.

Cosa distinta es el momento en el que nace el contrato como vínculo obligacional. En tratándose de negocios consensuales el contrato se reputa perfecto con la simple aceptación. Respecto de los contratos solemnes, en la medida en que el consentimiento expresado y perfeccionado en el periodo precontractual por la aceptación de la oferta es insuficiente para que nazca el negocio jurídico, de buena fe las partes deben actuar en esta etapa negocial y verter dicho

consentimiento en la forma preestablecida por el legislador para que la voluntad concurrente de las partes pueda producir los efectos jurídicos que está llamada a cumplir.

A este respecto debemos hacer nuestra la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

“4. Aceptada que sea la oferta por el destinatario, si el contrato a que ella se refiere el de aquellos que para su perfeccionamiento no requieren solemnidades, es decir, si es meramente consensual, surgen desde entonces a la vida jurídica; lo que no ocurre si se trata de un contrato solemne, pues en este caso, la existencia de éste sólo se inicia “desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección”, conforme lo tiene por sentado la jurisprudencia desde antiguo (sent. Cas. Civil 11 de octubre de 1929, g.J. tomo XXXVII, Pág. 283), la que conserva todo su vigor. De manera pues que, si lo ofrecido y aceptado es la celebración futura de un contrato solemne, a la aceptación habrá de seguir o la promesa de contrato con el lleno de los requisitos legales, si así lo quieren las partes, o si lo prefieren, la celebración directa del contrato a que se refiere la oferta” (sentencia de casación, marzo 8 de 1995. Expediente 4473. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Lafont Pianetta).

Sin embargo, bien puede ocurrir que el oferente condicione la eficacia de la aceptación a una formalidad de origen convencional, que resulta de pleno recibo en nuestro ordenamiento jurídico al decir de nuestra Corte Suprema de Justicia (“...es del resorte de los contratantes revestir de formalidades los negocios jurídicos que por la ley carecen de ellas (...) atendiendo motivaciones de seguridad o certeza...” (Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de noviembre de 1993). Es decir puede el proponente de un contrato consensual someter la aceptación de su oferta a que la misma se documente y se le comunique mediante una forma escrita predeterminada.

En el entendimiento del Tribunal ello no significa necesariamente que un contrato consensual, cuya informalidad define la ley y la protege – como

ocurre bajo el postulado de la consensualidad del artículo 824 del C. Co.- se convierta en solemne; en tal caso, simplemente es la aceptación la que debe revestir la formalidad exigida en la oferta para que ella produzca los efectos connaturales a tal acto jurídico, en la medida en que aquélla debe ser pura y simple y adherir integralmente a los requisitos de la oferta. Pero el contrato sigue siendo de naturaleza consensual. Es justamente lo que ocurre, por ejemplo, en el contrato de suscripción preferente de acciones, en el que la oferta es de carácter solemne, pero no por ello puede afirmarse que el contrato de suscripción adquiera tal naturaleza.

2º La aceptación en el contrato de suscripción de acciones

La regulación del contrato de suscripción de acciones prevista en el estatuto mercantil no establece un régimen excepcional en materia de aceptación. Puede decirse, entonces, que el destinatario de una oferta debe aceptar la oportunamente y de manera pura y simple, para que se estime que se ha perfeccionado el contrato.

Sobre el plazo de la oferta de suscripción hay que hacer solamente dos consideraciones. Una relacionada con el término mismo y la otra con el cómputo de los días sábados.

En relación con el plazo de la oferta de suscripción de acciones, los artículos 386 y 388 del C. Co. contemplan, a diferencia del régimen general de la oferta comercial, un término mínimo de quince (15) días hábiles y uno máximo de tres (3) meses. Dentro de este marco temporal, definido en el contrato de suscripción de acciones es que debe aceptarse la oferta para que se perfeccione el negocio de aumento de capital y nazca la obligación para el suscriptor de pagar el aporte y someterse a los estatutos sociales y para la sociedad emisora el deber

de reconocerle al suscriptor es carácter de asociado y de entregarle las acciones correspondientes.

En relación con el plazo mínimo de la suscripción se debate frecuentemente el carácter hábil de los días sábados para el cómputo del mismo. El tribunal estima que el carácter hábil del sábado en las relaciones entre los socios y la sociedad está determinado por la capacidad efectiva de que durante tales días los asociados puedan ejercer sus derechos nacidos del contrato de asociación. Es por ello, precisamente, que la doctrina de la Superintendencia de Sociedades afirmó desde 1978 que los sábados computaban como días hábiles en la determinación de la convocatoria a las asambleas ordinarias si durante los mismos era posible ejercer el derecho de inspección por encontrarse abiertas las oficinas de la administración del domicilio principal:

“Con el ánimo de facilitar el cómputo de los días de antelación con los cuales debe convocarse la asamblea o la junta de socios, se aclara que el conteo correcto se establece a partir del día siguiente a la fecha en la cual se convocó (C. Co. , art. 829) hasta la medianoche del día anterior al de la reunión (CRPM, art. 61). Por tanto, para tal fin, no se tendrán en cuenta ni el día de la convocatoria ni el de la sesión.

“Así mismo, se precisa que, cuando la ley o los estatutos prevén que la citación debe preceder a la reunión del máximo órgano social con un determinado número de días hábiles, se tendrá en cuenta los sábados como días hábiles siempre y cuando en ello se trabaje normalmente en las oficinas de la administración”. (Circular D-002 de diciembre 6 de 1978).

En forma coherente con éste pronunciamiento, la misma Superintendencia de Sociedades – en pronunciamiento que hace suyo el Tribunal – ha dicho que los sábados no son hábiles para la suscripción de acciones si las oficinas de la administración no se encuentran

abiertas para que los asociados puedan ejercer su derecho de suscripción preferente.

“Ha sido reiterativa ésta entidad en afirmar que para asuntos que deban cumplirse ante la sociedad no pueden tenerse como hábiles los días sábados, si en éstos en las oficinas de la administración no se labora.

“Resultaría ineficaz la colocación cuando para determinar el cómputo de los días en que se efectúe la oferta, se incluyan los sábados, si durante éstos no se labora ordinariamente en las oficinas de la administración, pues al reducirse con ello el término, se estaría desconociendo una de las condiciones del reglamento respectivo y por ende los alcances de la autorización que hubiere proferido la superintendencia”. (Supersociedades, Res. 220-0272, feb. 2/93, publicada en el Boletín Jurídico 002, jun./93).

Mucho menos puede ponerse en entredicho el carácter hábil del sábado, para estos efectos, cuando la oferta así lo determina en expresión inequívoca de buena fe contractual.

Ahora bien, frente a la teoría general del precontrato mercantil y reconocido el carácter consensual de la suscripción de acciones, nada impide que la oferta de colocación de unas acciones someta la aceptación a una determinada formalidad, por lo que si ésta no se acredita en el término de la propuesta se reputará como inexistente, dada la necesidad de que la aceptación se someta incondicionalmente a los términos de la oferta.

Aceptada la oferta se entiende que ha surgido el contrato de suscripción de acciones. Y el suscriptor, por ese solo hecho, será asociado de la compañía emisora, así no se haya emitido el título valor de naturaleza

causal y corporativo que es la acción, para lo cual aquella cuenta con un plazo de ley. Pero cuándo ha de entenderse perfeccionado el consentimiento que da origen al contrato de suscripción?.

Con arreglo a la teoría general del precontrato mercantil, la suscripción debe reputarse perfeccionada cuando el aceptante remita la aceptación de la oferta, así la compañía proponente aún desconozca el sentido de la decisión del accionista o su cesionario. Para lo cual el aceptante deberá probar que remitió dentro del término de la oferta su decisión positiva, así la misma haya llegado a las dependencias de la sociedad o a su conocimiento una vez vencido el plazo de la oferta. Se trata de dar aplicación en estos eventos a la presunción del artículo 864 del Código de Comercio para determinar cuándo se perfecciona el acto jurídico: "Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851".

En tal sentido, en un debate acerca de si se ha perfeccionado o no un contrato de suscripción de acciones, para el juez debe resultar irrelevante si la aceptación ha sido recibida o conocida dentro del término de la oferta por la sociedad. Le compete al juzgador centrarse en establecer si el asentimiento del suscriptor fue remitido o expedido dentro de la vigencia de la oferta y las partes deben focalizar su esfuerzo probatorio simplemente en este aspecto y no en elementos insustanciales o anecdóticos propios de los sistemas de *recepción* o de *información* que han sido ampliamente comentados en éste laudo. Lo demás es una tarea inane e inconducente a juicio de los árbitros

VIII. EL CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES

Se ha sostenido reiteradamente en este proveído que la oferta válidamente aceptada constituye el contrato de suscripción de acciones. La propia ley comercial lo define, tipifica y regula como aquél "... *por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo*

con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos, ... y la sociedad se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente" (384 C. Co). Por consiguiente para que el contrato de suscripción de acciones nazca se exige la aceptación incondicional y oportuna por parte del ofrecimiento (accionista o tercero).

Ahora bien, es necesario distinguir entre el contrato de suscripción y la suscripción propiamente dicha de las acciones, que se lleva a cabo luego de haberse celebrado el contrato, y mediante el pago de las acciones por el valor señalado en el reglamento (**Goerges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Comercial, Traducción de Felipe de Solá Cañizares, Tipografía Editora Argentina, 1954, pág. 258).**

Conforme a la definición dada del contrato de suscripción de acciones, puede decirse que presenta las siguientes características:

a). La *consensualidad*: El contrato se entiende válidamente celebrado una vez el destinatario de la oferta acepta, en la forma y oportunidad debidas, la oferta formulada, de lo que se deduce que, en principio, para que el perfeccionamiento del contrato de suscripción basta la aceptación del modo como lo prevén el reglamento y la oferta (394 C.Co.).

b) La *bilateralidad*, en cuanto impone prestaciones recíprocas: Para la sociedad, mantener las condiciones de la oferta, la entrega de los títulos de acciones al suscriptor, y su anotación en el libro de accionistas, y para éste la de aceptar la oferta en la forma y tiempo fijados en el reglamento, y el pago de las acciones que suscriba;

c) La *conmutabilidad*: las prestaciones de cada parte resultan equivalentes, es decir, el derecho de participación que ofrece la

sociedad al suscriptor de las acciones, se mira como equivalente a lo que, por otra parte, el accionista o tercero paga por las acciones;

d) La *onerosidad*: por que la suscripción se hace contra el pago del valor nominal de las acciones suscritas (en la forma y tiempo debidos), es decir, que el negocio jurídico que se celebra tenga causa onerosa;

e). La *Accesoriedad*: porque su existencia depende de la existencia del contrato de la sociedad, sin el cual no podría predicarse la emisión y suscripción de acciones;

f). La *adhesión*: Dos aspectos fundamentales sirven para establecer el carácter de adhesión que tiene el contrato de suscripción de acciones. El primero, que el suscriptor acepta de antemano la existencia del contrato social y de sus estipulaciones, y se obliga a su observancia, y el segundo, que éste no puede discutir el contenido y alcance de las condiciones de la oferta, establecidas en el reglamento de colocación; y

g). La *multiplicidad*: Se entiende celebrado de modo individual por y con cada uno de los suscriptores.

A tenor de la definición legal y de las peculiaridades que reviste, el contrato de suscripción implica un acto jurídico complejo, en cuanto que en su celebración intervienen, a su turno, otros actos jurídicos antecedentes, sin cuya existencia no podría predicarse su nacimiento. Puede afirmarse entonces que la celebración del contrato de suscripción está precedida de un periodo precontractual formal, que supone la adopción del reglamento de emisión y colocación, contentivo de las reglas que han de regir la suscripción de las acciones destinadas a ser colocadas, y el ofrecimiento formal de suscripción de éstas a los destinatarios de la emisión, expresado en la forma y con los requisitos exigidos por la ley. Estos actos previos, reglamentos de colocación y oferta mercantil, a pesar de ser independientes entre sí tienen una

íntima *relación de conexidad* para la producción de los efectos del contrato de suscripción, como quiera que el reglamento sólo produce efectos a través de la aceptación válida de la oferta, y la oferta misma únicamente puede formularse con base en el reglamento, a quienes están legítimamente llamados a ser destinatarios.

Hecha la oferta de conformidad a lo preceptuado por las disposiciones del código de comercio, a quien puede tener el carácter de ofrecido, adquiere fuerza vinculante e irrevocable entre la sociedad emisora y el destinatario, durante el término contenido en ella para el ejercicio del derecho a suscribir. Aceptada en tiempo la oferta válidamente formulada, por quien jurídicamente está llamado a convertirse en parte en el negocio jurídico, y cumplidas, a su vez, las obligaciones a cargo del suscriptor que de la misma oferta emanan, se perfecciona el contrato de suscripción, en las condiciones previstas en la ley. El nacimiento del contrato aludido hace que queden radicados en cabeza del suscriptor los derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 384 C. Co. y, del propio modo la sociedad emisora adquiere el derecho a percibir el importe de las acciones y la obligación de reconocer al suscriptor la calidad de accionista.

En términos mercantiles sólo se está en presencia de un contrato de suscripción, válidamente celebrado, cuando la oferta hecha al accionista (o al tercero) reúna las exigencias que la doctrina le asigna. Esto es, debe ser clara, completa e inequívoca y traducir las reglas de juego que la legislación mercantil impone al reglamento de colocación. A la par que la aceptación debe ser pura y simple. Si falla la oferta, por simple lógica también falla el contrato de suscripción. Por lo contrario, si la oferta de la suscripción de acciones contiene todos los elementos esenciales del negocio propuesto, impuestos por la ley, la mera aceptación del destinatario u ofrecido adquiere la capacidad generadora del contrato de suscripción.

Ahora, si como consecuencia de haberse afectado el traspaso, a título de cesión del derecho preferente a suscribir, entre un accionista (cedente) y un tercero (cesionario), existiendo restricción o prohibición estatutaria para que terceros suscriban acciones sin haberse agotado el término de la primera vuelta (preferencial) y de la segunda (de acrecimiento), el cesionario manifiesta su voluntad de suscribir, el contrato de suscripción de acciones no puede celebrarse entre la sociedad y el tercero que sustituye al accionista en el ejercicio del derecho preferente, **porque no está este último legitimado para ser parte sustancial frente a la sociedad emisora, en consideración a la existencia de la norma que impide que adquiera la calidad de accionista.** En otras palabras, por expreso y concluyente impedimento estatutario no puede ser destinatarios de la oferta.

Se trata entonces de dos negocios jurídicos diferentes y con efectos propios. El primero, la transferencia del derecho a suscribir por parte de un accionista a un tercero que no califica para ser accionista, y el segundo, el contrato de suscripción de acciones que el cesionario pretende celebrar con la sociedad, prevalido del título que ostenta. **Con relación a este último, vale decir, el contrato de suscripción, la calidad que el cesionario esgrime ante la sociedad no resulta jurídicamente suficiente para permitirle convertirse en accionista mediante la suscripción de acciones, justamente, en razón a la existencia de la norma estatutaria que impide la suscripción de acciones por terceros, mientras se encuentren en curso las etapas referidas y prohíbe a la sociedad celebrar el contrato aludido en dichas condiciones.**

IX. EL CASO CONCRETO MATERIA DE DECISIÓN

A) Las pretensiones de los convocantes.

1º. Corresponde ahora ocuparse del estudio de la especie litigiosa concreta objeto del proceso arbitral de cuyo trámite estos autos dan cuenta y para tal efecto, a la luz de las consideraciones de derecho que anteceden, ha de empezarse por advertir que siendo la EMPRESAS DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. una sociedad anónima de estructura preponderantemente cerrada respecto de los aumentos de capital, donde el capital de control se encuentra dividido entre un número reducido de grupos de accionistas que de manera activa intervienen en la conducción de la empresa social, sus estatutos integralmente recopilados en la E. P. 1557 otorgada con fecha 18 de julio de 1997 en la Notaría 4ª del círculo de Cali, establecen el derecho preferencial de suscripción de nuevas acciones y regulan su ejercicio en el Capítulo III, Arts. 11 y siguientes, textos estos de cuya detenida lectura se desprende que, llegado el caso de ampliaciones de capital mediante pago dispuestas en dicha sociedad, corresponden a los antiguos accionistas y en proporción al número de acciones por ellos poseídas hasta el momento, la opción prioritaria para adquirir en doble ronda los respectivos valores de nueva emisión, es decir que éstos deben serles ofrecidos en primera ocasión a aquellos accionistas a quienes además, si de tal prerrogativa hacen uso útilmente, por vía de acrecimiento se les reconoce un segundo derecho de relación sobre el remanente de acciones no suscritas, y solamente después de agotado este proceso es que tiene viabilidad estatutaria el ingreso de terceros.

Acerca de ésta secuencia de obligada observancia, las disposiciones contractuales mencionadas no dejan duda. El Artículo 11 del estatuto, bajo el título "Suscripción de Acciones" dice: "... Los accionistas gozarán del derecho a suscribir en forma preferencial las acciones de toda nueva emisión en la proporción establecida en el mismo reglamento- aludiendo al "Reglamento de suscripción de acciones que contempla el Art. 10º --, a menos que la Asamblea con el voto favorable de un número plural de accionistas que represente no menos del 70% de las acciones suscritas, decida que las acciones correspondientes a dicha emisión se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia (...) El gerente de la sociedad

ofrecerá a los accionistas las acciones emitidas mediante aviso dado en la forma prevista en estos Estatutos para la convocatoria de las Asambleas Ordinarias...”; seguidamente, el Art 12 define el lapso dentro del cual el gerente efectuará las ofertas correspondientes, una vez la Junta Directiva el ejercicio de la atribución que señala el Art. 67 Num. 7º de los mismos Estatutos, le imparta aprobación al reglamento de colocación; el Art. 13 se ocupan de regular el derecho llamado de “acrecimiento” en los siguientes términos: “...Si alguno o algunos de los accionistas cobijados con el derecho de preferencia, no suscribiera parcialmente, el no ejercicio de su derecho o el ejercicio parcial del mismo aprovechará a los accionistas suscriptores a prorrata de las acciones que ellos hayan suscrito. En este evento, tales accionistas gozarán de un término adicional de 10 días que se contarán a partir del aviso que por el medio establecido para la convocación de la Asamblea General ordinaria debe darles el gerente de la sociedad dentro de los diez días comunes siguientes a la fecha en que venza el término originalmente previsto en el reglamento y en el cual se indicará la proporción que determine el número de acciones que podrá suscribir cada uno de los receptores de la nueva oferta...”; por último, el Art. 14 cuyo epígrafe es determinante: “Suscripción de Terceros”, fija el único caso en que de no haber mediado la prescindencia expresa y particularizada del derecho preferencial en cuestión por decisión de la Asamblea, es de recibo la colocación de las nuevas acciones en manos de terceros suscriptores: “...Vencido el término adicional, dice ésta estipulación estatutaria, las acciones sobrantes podrán ser suscritas por terceras personas de acuerdo con el reglamento...”, lo que en síntesis significa sin asomo de ambigüedad alguna, apreciando desde luego el conjunto de dichas cláusulas como una unidad coordinada y armónica, que al tenor de los estatutos de la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., adoptados en versión integral en 1997 y vigentes cuando ocurrieron los hechos origen de la controversia sometida al conocimiento de este Tribunal, en la fase inicial de ejecución del acuerdo de emisión de nuevas acciones ordinarias producto de un aumento de capital de la índole del que llevó a cabo dicha sociedad por

decisión de su Junta Directiva tomada en reunión del 19 de agosto de 1999 (c.fr. Acta 69/99 obrante a fls 277 y 278 del Cuad. 2.3. del expediente). Igualmente en la etapa subsiguiente de acrecimiento, convocatoria para llegar a ser suscriptores, bien sea por derecho propio o ya mediante cesión, no cuentan si no quienes en esa fecha tuvieran la condición de accionistas

2º. Dando por sabido, puesto que el tema fue abordado a espacio en la parte general de estas consideraciones, que una restricción impuesta al derecho preferencial en cuestión con el alcance, por demás altamente significativo, que tiene la que acaba de señalarse, no puede pasar desapercibida cuando se trata de establecer las directrices correctas de conformidad con las cuales podía tener aplicación el reglamento de suscripción de acciones aprobado por la Junta Directiva e incorporado como parte integrante del Acta de la respectiva reunión, son conducentes a juicio de los árbitros algunas observaciones sobre el contenido de este documento que, formando parte de los anexos de la solicitud de convocatoria, obra en copia a fls. 98 a 100 del cuaderno 1 del expediente, observaciones que en último análisis, encuentran explicación en la necesidad de insistir una vez más en que si el reglamento, como oferta que es, ha de contener las condiciones mínimas que determinen las bases del contrato a celebrarse entre la sociedad y el suscriptor, contrato que como ya quedó visto antes tiene el contenido obligatorio que tipifica el Art. 384 del C. de Co., este señalamiento reglado de condiciones tiene por fuerza que poderse catalogar como derivación congruente del régimen estatutario de la compañía emisora de las acciones que por esta vía pretende colocar, entender cosa distinta socapa de que el órgano social competente- Asamblea General o Junta Directiva, según el caso – tiene un amplio margen de apreciación discrecional en punto de realizar la labor examinada, sería tanto como sostener contra toda lógica que por un reglamento de suscripción de acciones emitidas con posterioridad el acto de constitución de la sociedad, con eficacia relativa frente al

contratante suscriptor podrían alterarse los estatutos del ente asociativo emisor.

- (i) Consta en dicho reglamento, en primer lugar, la declaración inequívoca de la Junta Directiva de la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., contando con el voto unánime de sus miembros, de emitir 662.000 acciones ordinarias, por un valor nominal De \$10.000 cada una, para ser "... colocadas entre los accionistas de la compañía...", no así entre terceros, luego de entrada y en armonía con las previsiones estatutarias atrás comentadas, se hizo explícito el propósito de acudir solamente a los antiguos socios para solicitarle su apoyo al programa de capitalización puesto en marcha.
- (ii) En clara concordancia con lo anterior, el Art. 2º de la parte dispositiva del reglamento expresa que las acciones emitidas según lo acordado por la Junta Directiva, serán ofrecidas "...preferencialmente..." a los accionistas – vale decir a quienes con tal carácter aparezcan inscritos en el libro de registro de acciones en la fecha de la oferta – y en proporción a la cantidad de acciones de las que fueren ellos "...poseedores..." en la fecha de aprobación del reglamento. Y si quedaren fracciones, dice el Artículo inmediatamente siguiente, podrán ser ellas negociadas "...entre los accionistas...", siempre y cuando la transferencia tenga lugar durante el plazo de vigencia de la oferta..
- (iii) Después de fijar el plazo de que dispone el representante legal de la compañía para ofrecer las acciones emitidas a "... los accionistas..." y las formalidades de conformidad con las cuales debe hacerlo (Art. 6º del reglamento), el Art. 7º ib. Establece que "... los accionistas..." en cuanto destinatarios de dicha oferta, tendrán un término de 15 días hábiles contados desde la

fecha del aviso correspondiente, para suscribir las acciones a que tengan derecho, agregando que la aceptación deberá hacerse en comunicación escrita dirigida a aquél.

(iv) El Art. 8º del reglamento se refiere al derecho de acrecimiento a favor de accionistas receptores de la oferta y suscriptores en el primer ciclo, disposición que se fundamenta en el Art. 13º de los estatutos y cuyo texto es el siguiente: "... si vencido el término anterior – vale decir, el plazo para la suscripción en primera vuelta – quedaren acciones por suscribir, el representante legal de la sociedad dentro de los diez días comunes siguientes (...) comunicará a los accionistas que manifestaron su aceptación a la suscripción, por el medio establecido en los estatutos para la convocación de la Asamblea de Accionistas, el nuevo derecho que tienen a suscribir en proporción a las acciones que hubieren suscripto en la primera vuelta. En la comunicación del representante legal se indicará la proporción que le corresponde (sic) el número de acciones que podrá suscribir cada uno de los accionistas receptores de esta segunda oferta. En este evento, los accionistas a quienes se dirija esta segunda oferta tendrán un término de (sic) días comunes para aceptarla, plazo que se contará a partir del aviso que deberá darles el representante legal...".

(v) Por último, el Art. 5º del reglamento contempla la posibilidad de negociación del derecho de suscripción preferente, prescribiendo que el mismo puede ser objeto de transferencia "...desde la fecha de la oferta..." y, en concordancia con el Art. 389 del C de Com, disponen que la sociedad debe ser notificada mediante comunicación escrita en la que se indiquen entre los derechos materia de cesión y el nombre del cesionario único o si fueren varios, el de todos ellos. Norma esta que en mérito de razones con detenimiento explicadas con anterioridad en esta Providencia, obviamente

tiene que ser entendida de conformidad, tanto con los estatutos de la sociedad como con el reglamento mismo del cual es parte integrante, reglamento que como se acaba de ver, desde su encabezamiento y en varios de sus artículos es concluyente en reservar para los antiguos accionistas de la compañía, es decir para quienes tenían tal condición con fecha 20 de agosto de 1999, la legitimación para ser destinatarios de las dos ofertas sucesivas de suscripción por realizarse en desarrollo del acuerdo de misión, la segunda subsidiaria y por lo tanto de ocurrencia eventual, en el caso de que en la primera ronda quedaren acciones sin colocarse. En otras palabras, cesionarios de los derechos preferenciales en referencia y habilitados a ese título para celebrar los correspondientes contratos de suscripción, no solamente en virtud de la oferta primeramente formulada sino también en sede de acrecimiento, no podían ser sino aquellos accionistas y no terceros.

Es decir, frente al alcance de las regulaciones contractuales de GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. ha de decirse entonces que la posibilidad de CESIÓN del derecho de suscripción preferente, prevista en el reglamento de suscripción *sub examine* y además regulada en el artículo 389 del código de comercio, tiene para este caso una posibilidad de ejercicio limitada a condición de que el cesionario para suscribir en la primera vuelta sea un accionista, más no una persona ajena al contrato de sociedad, quien por la voluntad de los socios expresada en aquél solamente puede suscribir en una tercera vuelta – que en este caso no quedó contemplada en el reglamento – luego de la suscripción preferente y del acrecimiento, con arreglo al artículo 14 del estatuto social.

3º En el plenario quedó demostrado que no obstante la restricción señalada, durante el transcurso, en su primera etapa, de la operación de elevación del capital suscrito mediante emisión de nuevas acciones ordinarias, dispuesta por la Junta Directiva de la EMRESA DE GASES DE

OCCIDENTE S.A. E.S.P. el 19 de agosto de 1999, las entidades accionistas EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E.-, beneficiaría de la oferta de suscripción de 132.400 acciones, EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACIFICO S.A. – EPSA- beneficiaria de la oferta de suscripción de 46.340 acciones, y CENTRAL HIDROELECTRICA DEL RIO ANCHICAYA- CHIDRAL-. Beneficiaria de la oferta de suscripción de 19.860 acciones, manifestaron su voluntad de transferir esos derechos, en su orden, a las sociedades convocantes en el presente proceso, a saber: ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. POR 132.400 acciones, GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P., por 56.900 acciones que suman las 46.340. de EPSA mas 10.560 de CHIDRAL, Y GASORIENTE S.A. E.S.P. por 9.300 acciones, transferencias éstas que son excepción de la última y por cuanto las cesionarias son terceros extraños a la sociedad, carecen de efecto patrimonial útil frente a esta última en la medida en que, por imponerlo así el régimen estatutario que la gobiernan, sobre ella no pesa la obligación de celebrar con las cesionarias en mención, aún a despecho de su aceptación, los contratos de suscripción que les permitan adquirir el carácter de accionistas cuyo reconocimiento reclaman. Y esto es así porque los terceros no eran, y no podía serlo según las voces del estatuto social, destinatarios de la oferta de suscripción preferente de las acciones emitidas por GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.

De lo anterior, entonces, se pretende desprender tres consecuencias que, como en seguida pasa a verse, cobran particular importancia en la decisión de la controversia.

- (i) Salta a la vista en un primer análisis que el cambio de acreedor titular de derecho preferencial de suscripción que tuvieron el propósito de llevar a cabo las entidades accionistas cedentes EMCALI E.I.C.E., EPSA y CHIDRAL, por no ser permitido en los estatutos de la sociedad oferente y contraria por lo tanto el reglamento de colocación, resultó por completo estéril en lo que concierne a las cesiones efectuadas a

ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. y a GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P. y es por este motivo que las pretensiones de estas dos sociedades, objeto de la solicitud de convocatoria arbitral no pueden recibir despacho favorable. El fenómeno que se configura, puestas las cosas en un plano teórico como no podría ser de otro modo dado que el punto no es cuestión sometida a arbitraje por los compromitentes, es el de la transferencia por acto singular entre vivos y a título oneroso, de derechos personales que jurídicamente no es posible reputar existentes, situación frente a la cual, por sabido se tiene, está llamada a actuar la garantía de la "veritas nominis" que para el cedente, llevan aparejadas esta clase de negocios con arreglo al Art. 1965 del C. Civil.

- (ii) En tratándose de la transferencia de la opción a suscribir 9300 acciones a favor de GASORIENTE S.A. E.S.P., hizo CHIDRAL en la oportunidad para tal fin señalada en el reglamento, la conclusión no es la misma, habida cuenta del carácter de accionista, legitimado en cuanto tal para recibir la respectiva oferta en su primera fase, con el que contaba la cesionaria en la fecha en que dicha oferta tuvo lugar, oferta que aceptó en circunstancias de tiempo y forma que de acuerdo con la ley y aplicando las reglas con prolijidad reseñadas en acápite anterior de este laudo, llevan a inferir que el contrato de suscripción, respecto de aquel número de acciones, quedó perfeccionado y por lo tanto le asiste razón en las pretensiones por ella incoadas.

En efecto, de estarse a la información fehaciente que suministra la certificación presentada a la Junta Directiva de la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. por el representante legal y el revisor fiscal sobre la ejecución y los resultados de la operación de incremento del capital suscrito ante la compañía mediante la emisión de 662.000 acciones ordinarias para, según lo acordó dicho cuerpo,

colocarlas entre los accionistas (c. fr, Documento AUD. 99-767 de fecha 30 de septiembre de 1999 junto con sus anexos es parte integrante del acta No. 71/99 correspondiente a la reunión de la junta llevada a cabo el 1º de octubre de ese año – fls. 192 a 253 del C. 20 del expediente), debe tenerse por probado que dentro del plazo fijado por el Art. 7º del reglamento y por escrito, CHIDRAL, receptora en primera instancia de la oferta, manifestó su decisión de cederle a GASORIENTE S.A. E.S.P., también accionista, su derecho preferencial a suscribir 9.300 acciones, por manera que lo que resta por precisar es si la aceptación de la cesionaria, recibida por la dirección de la sociedad cedida el día 7 de septiembre de 1999 a las 6:02 p. m, es idónea o no para perfeccionar el señalado contrato, cuestión que en verdad tampoco ofrece duda.

Haciendo de lado la desconcertante polémica acerca de si hubo o no manipulación de aparatos receptores de mensajes de datos (conmutadores y telefax) con la malsana intención de obstruir la recepción en la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. de la aceptación aludida, lo cierto es que si ésta se recibió escasos dos minutos después de pasada la hora en que expiraba el plazo de suscripción según los términos del reglamento y si asimismo, con elemento corroborante, se tiene a la vista la información de llamadas telefónicas y su duración ocurridas en dicha sociedad (c. fr. Fls 141 y siguientes del C. 1) en la fecha de marras, lo razonable es entender que antes de las seis de la tarde esa manifestación de voluntad aceptando suscribir las 9.300 acciones objeto del derecho transferido, ya había sido expedida y remitida por GASORIENTE S.A. E.S.P., de ella se había desprendido y se encontraba fuera de su control. Es decir, en oportunidad legal convencional se formó el consentimiento que constituye la fuente del contrato de suscripción de acciones, así GASES DE OCCIDENTE hubiese tenido conocimiento del mismo dos minutos después del vencimiento de la oferta.

(iii) Es de verse, por último, que como consecuencia de lo que acaba de decirse, en la segunda oferta realizada para suscribir 198.600 acciones tenidas por no colocadas en el primer ciclo, GASORIENTE S.A. E.S.P. sufrió menoscabo en el derecho de acrecimiento que a los accionistas les otorga el Art. 13 de los estatutos de la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., menoscabo consistente en no haber tenido en cuenta, en la formulación de la oferta respectiva que se sucedió el día 16 de septiembre siguiente, el total de acciones que aquélla en realidad suscribió en ese primer ciclo, unas directamente (99.300) y otras mediante cesión del derecho a suscribir las que le hizo CHIDRAL (9.300). significa esto, en otras palabras, que la segunda oferta, en la medida que comprende un número mayor de acciones de las que efectivamente sobraron y que por ende eran susceptibles de colocación por vía de acrecimiento, amén de que quebranta la estipulación estatutaria recién citada en perjuicio del accionista cuyo derecho fue disminuido, no se ajusta al Art. 8º del reglamento y por este motivo desde el punto de vista jurídico, no pueden sostenerse las acciones derivadas de aquella segunda oferta que, tanto en directa como mediante cesión, relacionan los Anexos 5 A, 5 B y 5 C del informe –certificación AUD 99/767 antes citado, suscripciones entre las que se encuentran las que efectuaron los convocados SURTIDORA DE GAS DEL CARIBE S.A. E.S.P. – SURTIGAS -, LUIS FERNANDO SANDOVAL MANRIQUE y HECTOR MEDINA QUINTERO.

B) Las Excepciones

Establecidas de oficio por el Tribunal hechos que en mérito de los razonamientos contenidos en las consideraciones que antecede, llevan a desestimar en lo sustancial, por falta de la necesaria fundamentación jurídica, las pretensiones deducidas por las convocantes ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. y GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P., no así las que hizo valer su litisconsorte GASORIENTE S.A. E.S.P., en función de estas últimas y de conformidad con el Art. 306 del C. de P. C., procede referirse ahora a la copiosa serie de excepciones propuestas

por los convocados, en el entendimiento que la mayoría de ellas apuntan a descalificar, en sobrecogedor despliegue argumentativo, la suscripción de 9300 acciones que dicha entidad realizó en ejercicio del derecho a ella cedido por CHIDRAL.

Sin embargo, después de examinar en su conjunto y con la atención debida la evidencia disponible en los autos, hay lugar a concluir que centrado el análisis del modo apuntado, ninguna de tales excepciones puede prosperar, por cuanto que a juicio de los árbitros quedó establecido en el proceso:

(i) Que el contrato de suscripción que tuvo por objeto 9.300 de las acciones ordinarias objeto de la primera oferta, celebrado entre GASORIENTE S.A. E.S.P. y la EMPRESAS DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., se perfeccionó de conformidad con el reglamento expedido por la Junta Directiva de la segunda de dichas entidades. Se trata, pues, de un negocio jurídico existente que produjo la plenitud de los efectos obligatorios, tanto para el accionista suscriptor como para la sociedad oferente, que señala que el Art. 384 del C. de Com.

(ii) Que GASORIENTE S.A. E.S.P., de acuerdo con lo expuesto a lo largote esta Providencia, acreditó hallarse en una posición jurídica concreta que la faculta para deducir las pretensiones que hizo valer contra las convocadas y que, al respecto de éstas, le permite reclamar el tipo de tutela jurisdiccional declarativa y de condena de la que da cuenta la solicitud de convocatoria a arbitraje, luego la legitimación en la causa de aquella, por activa y de las segundas por pasiva, no ofrece reparo.

(iii) Que se torna inoficiosa, por irrelevante, la discusión sobre la buena fe del representante legal de la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. y la culpa que las convocadas le atribuyen a las convocantes en la "...aceptación tardía..." de la oferta de suscripción de acciones en su primera ronda.

(iv) Que según el informe – certificación AUD 99/767 de 30 de septiembre de 1999 tantas veces citado (anexo 3B), las convocantes, entre ellas GASORIENTE S.A. E.S.P. pagaron "...dentro de los términos establecidos en el Art. 10 del reglamento...", el precio de las acciones por ellas suscritas, y el modo en que lo hicieron, ingresando las sumas de dinero correspondientes en la cuenta bancaria indicada en los avisos de oferta, no es objetable en tanto no se pierda de vista que el empleo de dicho mecanismo se produjo por decisión del acreedor y no por inopinada iniciativa del "solvens".

(v) que al haberse llevado a cabo la segunda etapa de la suscripción de manera tal que por su origen y sus resultados quebranta, en perjuicio de la convocante GASORIENTE S.A. E.S.P. el Art. 13 de los estatutos de la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., con arreglo a derecho no es viable, entonces, reconocerle eficacia preferente a las adquisiciones de acciones que esa segunda fase hicieron los convocados HECTOR MEDINA QUINTERO y LUIS FERNANDO SANDOVAL, ambos mediante CESIÓN y el segundo también en forma directa.

(vi) Que en cuanto es claro para el Tribunal que las pretensiones deducidas por GASORIENTE S.A. E.S.P. y sus litisconsortes, no tienen por objeto específico la impugnación, en orden a que se declaren viciados de nulidad para contravenir normas legales de aplicación necesaria a los estatutos sociales, acuerdos de la Asamblea de accionistas de la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., así como tampoco del cuerpo de directores de la misma entidad, el régimen de caducidad que establecen los Arts 191 del C. de Com. Y 421 del C de P. C. no tiene operancia en el presente caso. Es más: las decisiones de junta directiva de la sociedad que se adoptaron a propósito de la accidentada suscripción de acciones, en nada afectan o podían afectar el negocio de la suscripción formada por cada uno los accionistas, luego de emitida la oferta, por lo que la impugnación de tales decisiones ninguna trascendencia tiene respecto de la existencia, validez o eficacia

de los contratos que subyacen a todo aumento de capital en una sociedad anónima.

(vi) Que la circunstancia de que las convocantes, entre ellas GASORIENTE S.A. E.S.P. hayan prescindido de proseguir con la actuación por petición de ellas iniciada ante la Superintendencia de Sociedades para que éste organismo, conocedor de los mismos hechos que originaron la controversia ahora sometida a decisión arbitral, adoptara las medidas administrativas de su competencia, al tenor del Art. 87 de la L-222 de 1995, y en la medida en que al obrar de ese modo no manifestaron su voluntad de renunciar a las pretensiones formuladas posteriormente en el escrito de convocatoria, a la luz de los Arts. 332 y 342 del c. de P.C. no puede sostenerse que se haya configurado una especie de desistimiento que por sus efectos, equiparables en ciertas condiciones a la "cosa juzgada", impidan el pronunciamiento de este laudo.

(viii) Y en fin, que lejos de implicar para GASORIENTE S.A. E.S.P. la atribución de ventajas patrimoniales injustas, mediante el reconocimiento del valor vinculante que para la compañía emisora tiene el contrato de suscripción por aquella entidad celebrado en ejercicio de la opción preferencial que le transfirió CHIDRAL, junto con las consecuencias que de ello se desprenden, lo que consigue, y así lo entienden los árbitros, es la afirmación legítima de su "status" de socio de la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.

CAPITULO NOVENO

LAS COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN

En el entendido que, tanto las convocantes como los convocados, son litisconsortes y por ende, para todos los efectos en sus relaciones con la contraparte han de considerarse como litigantes separados (Art. 50 del C. de P.C.), y frente a la circunstancia de que, al tenor de las consideraciones efectuadas en el Capítulo anterior, solamente recibirán despacho favorable las pretensiones formulada por una de aquéllas, al paso que las aducidas por las restantes son desestimadas en lo básico, no por obra de excepciones propuestas de modo específico por los segundo sino por motivos que encontró de oficio el Tribunal y que de conformidad con el Art. 306 ib, son expresión procesal de la que en la práctica se conoce como "excepción genérica" invocada por cierto en todos los escritos de respuesta a la demanda presentados, es pertinente, entonces, darle aplicación al Art. 392 ej, en sus Nums 1º, 5º, 6º, 7º y 8º.

Con fundamento en estas disposiciones, se condenará a las convocantes ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. y GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P. a rembolsar, por partes iguales el cincuenta por ciento de las costas en que incurrieron los seis convocados opositores, y a su turno éstos últimos, también por partes iguales, correrán con las costas a favor de GASORIENTE S.A. E.S.P; para cada litigante favorecido con la condena se hará a continuación la respectiva liquidación, incluyendo en cada una de ellas la cantidad de \$10.000.000 por concepto de agencias en derecho.

Liquidaciones de costas:

LIQUIDACIÓN DE COSTAS MATERIALES

PARTE CONVOCANTE

Valor dineros depositados para gastos de administración y funcionamiento del Tribunal por las sociedades **Gasorienté S.A. E.S.P., Gases de Barrancabermeja S.A. E.S.P. y Alcanos de Colombia S.A. E.S.P.**.....\$95.724.847

PARTE CONVOCADA

Valor dineros depositados para gastos de administración y funcionamiento del Tribunal por **Empresa de Gases de Occidente S.A. E.S.P., Fiduciaria de Occidente S.A., Fideicomiso Invervalle , Promigás S.A. E.S.P., Surtigas S.A. E.S.P. , Luis Fernando Sandoval M. y Héctor Medina Quintero** \$102.345.919

LIQUIDACIÓN DE COSTAS A FAVOR DE GASORIENTE S.A. E.S.P. Y A CARGO DE LA TOTALIDAD DE CONVOCADOS

Una tercera (1/3) parte de \$95.724.847, valor total depositado en el proceso por las sociedades convocantes para gastos de administración y funcionamiento del Tribunal a cargo de los convocados.....\$31.908.282

Agencias en derecho a cargo de todos los convocados y a favor de Gasorienté S.A. E.S.P.....\$10.000.000

TOTAL.....\$41.908.282

**LIQUIDACIÓN DE COSTAS A CARGO DE ALCANOS
DE COLOMBIA S.A. E.S.P. Y GASES DE
BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P.**

Valor dineros depositados en el proceso para gastos de administración y funcionamiento del Tribunal por **Empresa de Gases de Occidente S.A. E.S.P., Fiduciaria de Occidente S.A., Fideicomiso Invervalle , Promigás S.A. E.S.P., Surtigas S.A. E.S.P. , Luis Fernando Sandoval M. y Héctor Medina Quintero**.....\$102.345.919.00

Valor costas materiales equivalentes a la mitad de \$102.345.919, a cargo de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Gases de Barrancabermeja S.A. E.S.P.....\$ 51.172.959.50

Valor agencias en derecho a cargo de Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Gases de Barrancabermeja S.A. E.S.P., estimados en \$10.000.000 por cada convocado (\$10.000.000 X 6).....\$ 60.000.000.00

TOTAL.....\$111.172.959.50
Cincuenta por Ciento.....\$ 55.586.476.25

DECISIÓN

En mérito de todo lo expuesto con anterioridad, este Tribunal de Arbitramento, con el voto unánime de sus miembros, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la ley, decide y ordena:

Primero. Declarar que la entidad CENTRAL HIDROELECTRICA DEL RIO ANCHICAYA – CHIDRAL – cedió válidamente a la sociedad GASORIENTE S.A. E.S.P. los derechos de suscripción preferencial sobre 9.300 acciones que le correspondían a la cedente en la primera vuelta de la emisión de

acciones efectuadas por la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., según reglamento aprobados por la Junta Directiva de esta última el día 19 de agosto de 1999.

Segundo. Declarar que a título de cesionaria legítima de esos derechos y a partir del acto de cesión, GASORIENTE S.A. E.S.P. sustituyó a CHIDRAL, respecto de la cantidad de acciones señalada y para el ejercicio de todas las facultades derivadas del citado reglamento, en su calidad y derechos como accionistas de la EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.

Tercero. Declarar que la sociedad GASORIENTE S.A. E.S.P., al cumplir con los requisitos establecidos en la ley comercial y el reglamento para suscribir 9.300 acciones inicialmente ofrecidas al accionista CHIDRAL, adquirió la titularidad legítima de tales acciones a partir de la fecha en que suscribió y consignó a favor de la sociedad emisora, EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., el primer contado del precio de dichos valores el 7 de septiembre de 1999.

Cuarto. Declarar que como consecuencia de lo anterior y con relación a las 9.300 así adquiridas por GASORIENTE S.A. E.S.P., no produce efecto la segunda oferta de suscripción que las involucró, efectuada por el representante legal de la EMPRESAS DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. con fecha 16 de septiembre de 1999.

Quinto. Declarar que la EMPRESAS DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. está obligada a partir de la ejecutoria de éste laudo, a registrar en el Libro de Acciones a la sociedad GASORIENTE S.A. E.S.P. como titular de 9.300 acciones, en incremento de la participación porcentual que poseía en la compañía al 20 de agosto de 1999, fecha de la oferta.

Sexto. Declarar en consonancia con los proveimientos que anteceden que, al no haberse llevado a cabo con arreglo a los estatutos sociales de la EMPRESAS DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., la ronda de

acrecimiento iniciada con la oferta cursada a los accionistas suscriptores el 16 de septiembre de 1999, dicha sociedad, una vez en firme esta Providencia, está obligada a cancelar los registros en el Libro de Acciones efectuados después del 7 de los mismos mes y año, a favor de los convocados: FIDEICOMISO INVERVALLE (Sociedad Fiduciaria de Occidente S.A.) por 79.440 acciones; SURTIGAS S.A. E.S.P. por 72.728 acciones; LUIS FERNANDO SANDOVAL por 2.110 acciones y HECTOR MEDINA QUINTERO POR 1.000 acciones.

Séptimo. Declarar que la EMPRESAS DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., llegado el caso, reconocerá y pagará a GASORIENTE S.A. E.S.P., los dividendos, acrecimientos, nuevas suscripciones de acciones o cualquier otro derecho que le corresponda como titular que es, desde el 7 de septiembre de 1999, de 9.300 acciones de dicha compañía.

Octavo. Desestimar en su integridad las pretensiones incoadas en la solicitud de convocatoria arbitral por las sociedades convocantes ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.- antes ALCANOS DEL HUILA S.A. – y GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P.

Noveno. Declarar no probadas las excepciones de fondo propuestas en forma específica por los convocados en los respectivos escritos de respuesta a la convocatoria arbitral que al presente proceso le dio comienzo.

Décimo. Condenar a las convocantes ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. y GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P., por iguales partes, a pagarle a los convocados la suma de Cincuenta y cinco millones quinientos ochenta y seis mil cuatrocientos setenta y seis pesos con 25 centavos (\$55.586.476,25) por concepto del 50% de las costas, de conformidad con la liquidación contenida en la parte expositiva de esta Providencia.

Undécimo: Condenar a los convocados EMPRESAS DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., FIDEICOMISO INVERVALLE, (Fiduciaria de Occidente S.A.) SURTIGAS S.A. E.S.P., PROMIGAS S.A. E.S.P., HÉCTOR MEDINA QUINTERO Y LUIS FERNANDO SANDOVAL M. por sextas partes, a pagarle a la sociedad GASORIENTE S.A. E.S.P. la cantidad de Cuarenta y un millones novecientos ocho mil doscientos ochenta y dos pesos (\$41.908.282, 00) por concepto de costas, de conformidad con la liquidación contenida en la parte expositiva de esta providencia.

Duodécimo. Procédase en su oportunidad a la protocolización notarial del expediente y por secretaría, con las constancias de ley, expídanse copias de esta Providencia con destino a cada uno de los apoderados y al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

Dado en la ciudad de Santiago de Cali, a los nueve (9) días del mes de octubre del año dos mil dos (2002).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Firman los árbitros

RODRIGO BECERRA TORO
ÁRBITRO

NESTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA
ÁRBITRO

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS
ARBITRIO PRESIDENTE

SIMON PAYÁN MORENO
Secretario

EMPRESA DE GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. FIDEICOMISO INVERVALLE, PROMIGAS S.A. E.S.P., SURTIGAS S.A. E.S.P. LUIS FERNANDO SANDOVAL Y HÉCTOR MEDINA QUINTERO.

GASORIENTE S.A. E.S.P., GASES DE BARRANCABERMEJA S.A. E.S.P. Y ALCANOS DEL HUILA S.A. E.S.P., hoy ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.