

Laudo Arbitral
Héctor Eduardo Hernández
v.
Ícaro Diecisiete Limitada
Diciembre 11 de 2000
Bogotá, D.C., 11 de diciembre de 2000.

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo que pone fin al presente proceso y que resuelve las diferencias surgidas entre Héctor Eduardo Hernández e Ícaro Diecisiete Limitada.

I. CAPÍTULO PRIMERO

Antecedentes del proceso

1. El 7 de julio de 1996, el señor Héctor Eduardo Hernández y la sociedad Ícaro Diecisiete Limitada suscribieron el documento denominado “Constitución de sociedad de hecho”.

2. En la cláusula vigesimoséptima de ese documento se estipuló:
“Cualquier diferencia que se presente entre las partes sobre la aplicación o interpretación de este contrato, será sometida a la decisión inapelable de tres árbitros cada parte designará uno y, los dos así (sic) nombrados, designarán al tercero, los cuales fallarán por mayoría de votos. PAR.—Cuando deba decidirse en derecho los árbitros serán abogados”.

3. El 22 de julio de 1999 y con base en la citada cláusula, el señor Héctor Eduardo Hernández, por medio de apoderado, presentó ante el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud para convocar un tribunal de arbitramento que dirimiera el conflicto suscitado con ocasión del documento de “Constitución de sociedad de hecho” suscrito con Ícaro Diecisiete Limitada.

4. El 30 de julio siguiente, el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la solicitud presentada por Héctor Eduardo Hernández y procedió a correr el traslado respectivo de la demanda a Ícaro Diecisiete Limitada, según lo prescrito por el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.

5. El 8 de octubre de 1999, mediante apoderado judicial, Ícaro Diecisiete Limitada contestó la demanda y propuso excepciones.

6. El 21 de octubre del mismo año, el apoderado del convocante recorrió el traslado de las excepciones propuestas por la convocada y solicitó nuevas pruebas.

7. El 19 de noviembre de 1999 tuvo lugar la audiencia de conciliación, en la cual no se llegó a acuerdo alguno sobre los puntos objeto de controversia.

8. Finalmente, el 9 de diciembre de 1999, el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, previo sorteo, designó a los tres árbitros que integran el presente tribunal, de lo cual quedó constancia en el acta de esa misma fecha.

II. CAPÍTULO SEGUNDO

El proceso

1. Demanda

1.1. Hechos en que se sustenta la demanda

Los hechos de la demanda (fls. 1 a 4 del cdno. ppal.) son, en síntesis, los siguientes:

1.1.1. El 7 de julio de 1996, las partes de este proceso conformaron, según lo afirma el apoderado de la convocante, una sociedad de hecho cuyo objeto principal consistía en la distribución, comercialización y expendio de combustible para aviación y demás derivados del petróleo.

1.1.2. Esa sociedad de hecho se encontraba conformada, también al decir del apoderado de la convocante, por tres estaciones de servicio ubicadas en el aeropuerto Alcarabán de Yopal, en el aeropuerto Benito Salas de Neiva y en el aeropuerto Gustavo Artunduaga de la ciudad de Florencia.

1.1.3. Hacían parte de esa sociedad el señor Héctor Eduardo Hernández y la sociedad Ícaro Diecisiete Limitada, en una proporción del 50% cada uno respecto de los establecimientos antes mencionados, los cuales fueron adquiridos conforme se expone en el hecho 3 de la demanda.

1.1.4. Según el demandante, por no ser la sociedad de hecho una persona jurídica, los bienes y derechos que esta contraiga se entienden a cargo de todos los socios de tal forma que los negocios que fueron celebrados a nombre de uno o de ambos socios que conforman la sociedad de hecho debatida en este proceso, “fueron efectuados con patrimonio social”. Igualmente afirma que conforme a la cláusula sexta de ese contrato, las actividades de la sociedad se realizan a nombre de Ícaro Diecisiete “quien contrata en su nombre pero para la sociedad de hecho respecto de los establecimientos de comercio que la conforman” razón por la cual esta carece de nombre.

1.1.5. Conforme a la cláusula decimotercera del documento de “Constitución de sociedad de hecho” la contabilidad, la presentación de inventario general y el estado de pérdidas y ganancias estaba a cargo del administrador y representante legal, el cual de acuerdo con la cláusula octava del documento en mención, era Ícaro Diecisiete, a través de su representante legal Hernando Caro Pérez, el cual falleció en el mes de enero de 1998.

1.1.6. Al decir del demandante, la convocada no le ha cancelado las utilidades generadas en desarrollo del objeto social, desde el 1° de julio de 1996 y hasta la presentación de la demanda, las cuales se pactaron en \$ 30 por cada galón de combustible vendido.

Así mismo afirma que la esposa del señor Hernando Caro Pérez —hoy representante legal de la demandada— desconoce la existencia de la sociedad de hecho y por lo tanto los derechos que de esta se le derivan.

1.1.7. Conforme al Código de Comercio, al Código de Procedimiento Civil y al documento de constitución de la sociedad, al demandante le asiste derecho para solicitar su disolución y posterior liquidación.

1.1.8. Entre las partes han surgido diferencias en cuanto a la disolución y liquidación de la sociedad que no han podido ser resueltas, razón por la cual debe ser un tribunal de arbitramento el encargado de dirimir las.

1.2. Pretensiones de la demanda

El demandante solicita lo siguiente:

1.2.1. Que se declare que entre las partes existe una sociedad de hecho constituida el 7 de julio de 1996, con domicilio social en Bogotá.

1.2.2. Que se declare disuelta esa sociedad por solicitarlo así el socio Héctor Eduardo Hernández.

1.2.3. Que se decrete la liquidación de la sociedad y que se pague a cada uno de los socios la participación que le corresponde.

1.2.4. Que se ordene la inscripción de la sentencia en el registro mercantil donde se encuentra registrada Ícaro Diecisiete Limitada y la publicación de la misma, por una vez, en un periódico de amplia circulación en Bogotá.

2. Contestación de la demanda

2.1. Respecto de los hechos

Ícaro Diecisiete Limitada al contestar la demanda negó algunos hechos, aceptó otros como ciertos y frente a algunos manifestó ser irrelevantes.

2.2. Excepciones de mérito

Con la contestación de la demanda se propusieron las siguientes excepciones:

2.2.1. Nulidad del contrato.

2.2.2. Inoponibilidad .

2.2.3. Excepción genérica.

III. CAPÍTULO TERCERO

Desarrollo del trámite arbitral

1. Instalación

El 5 de abril de 2000 se profirió el auto mediante el cual se fijó como fecha para la audiencia de instalación del tribunal de arbitramento, el día 13 del mismo mes y año, a las 2:30 p.m.

El tribunal a su turno, fue debidamente integrado mediante la designación de los árbitros por el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y los emolumentos fijados en el acta de instalación fueron oportunamente pagados por las partes en su totalidad.

La primera audiencia de trámite se celebró el 13 de abril de 2000, fecha en la cual el tribunal asumió competencia mediante auto 3, providencia que se encuentra ejecutoriada .

Por encontrarse reunidos todos los presupuestos procesales, es procedente que el tribunal entre a pronunciarse sobre el fondo de la controversia, para lo cual se encuentra en término, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989, habida cuenta que la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 13 de abril de 2000 y

que el término del arbitramento fue suspendido de común acuerdo por las partes en varias oportunidades, así: entre el 14 de abril y el 17 de mayo de 2000, ambas fechas inclusive; entre el 1º y el 19 de septiembre de 2000, ambas fechas inclusive; entre el 30 de septiembre y el 17 de octubre de 2000, ambas fechas inclusive; entre el 26 de octubre y el 6 de noviembre de 2000, ambas fechas inclusive y entre el 8 de noviembre de 2000 y el 10 de diciembre de 2000, ambas fechas inclusive.

2. Pruebas

Mediante auto 4 de 13 de abril de 2000, el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes las cuales fueron practicadas de la siguiente manera:

El 18 de mayo de 2000 tomaron posesión los peritos contadores y se recibieron las declaraciones de parte de Gladys Mariela Villota Bedoya, representante legal de Ícaro Diecisiete Limitada y de Héctor Eduardo Hernández. Igualmente el tribunal de oficio solicitó a la señora Villota aportar unos documentos y rendir un informe.

El 23 de mayo del mismo año se recibieron los testimonios de Félix Ascencio Lizcano, de Hugo José Silva Hurtado, de Luis Alberto Contreras Cuellar, de David Betancur Varón, de William Manrique Tovar, de Nelson Murcia Cuellar, de Ernesto Torres Niño, de Alfonso Montañez Mateus y de Miguel Antonio Caro Pérez. En esta misma fecha el tribunal, solicitó de oficio al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil, remitir copia del proceso adelantado por Héctor Eduardo Hernández contra Ícaro Diecisiete en esa corporación y al convocante, aportar sus declaraciones de renta correspondientes a los años de 1994 a 1999.

El 7 de junio de 2000 tuvieron lugar los testimonios de Reinaldo Torres Rocha, de Jesús Antonio Rodríguez Botiva y de Marco Fidel Goyeneche Romero.

El 23 de junio de 2000 se corrió traslado del dictamen pericial contable, rendido oportunamente y respecto del cual no se solicitaron aclaraciones ni complementaciones, ni se presentó objeción alguna.

El 10 de julio de 2000, el tribunal decretó de oficio dos inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención de peritos contables a las oficinas de Héctor Eduardo Hernández y de Ícaro Diecisiete, las cuales tuvieron lugar el 31 de agosto de 2000.

El 21 de septiembre de 2000 se corrió traslado del dictamen pericial decretado de oficio, respecto del cual el convocante solicitó aclaraciones, a las que accedió el tribunal el 29 de septiembre de 2000, las cuales fueron rendidas oportunamente. Ese dictamen tampoco fue objetado por las partes.

Por otra parte, fueron enviados todos y cada uno de los oficios solicitados por las partes y decretados como pruebas y sus respuestas se encuentran incorporadas al expediente.

3. Alegatos de conclusión

Una vez concluido el período probatorio y practicada la totalidad de las pruebas solicitadas y decretadas, procedió el tribunal a citar a audiencia de alegatos de conclusión, la cual tuvo lugar el 7 de noviembre de 2000.

IV. CAPÍTULO CUARTO

Consideraciones del tribunal

Para decidir el presente litigio, el tribunal se apoyará previamente en las siguientes consideraciones:

1. Naturaleza de este fallo

Teniendo en cuenta que en el escrito de convocatoria presentado por el apoderado del señor Héctor Eduardo Hernández, dentro del capítulo concerniente al trámite, se solicita al tribunal que el proceso se falle en conciencia o equidad, para lo cual el apoderado cita el artículo 1° del Decreto 2279 de 1989, y que a su vez el apoderado de la Sociedad Ícaro Diecisiete Ltda., en su escrito de contestación, dentro del capítulo referente a la naturaleza del laudo, afirma que este debe ser en derecho, toda vez que el párrafo único del artículo 1° del Decreto 2279 de 1989, indica que cuando en la cláusula compromisoria o en el compromiso no se determine el tipo de arbitraje, este será en derecho, el tribunal considera indispensable, antes de entrar a estudiar el fondo del asunto, dejar establecida la naturaleza de la decisión que va a proferir, con base en los siguientes fundamentos de orden legal:

1. El inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución Política dispone que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

2. Por su parte, el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 y compilado en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 —estatuto de los mecanismos alternos para la solución de conflictos— señala las clases de arbitramento a los que se puede someter una diferencia, resaltando que el arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente y el arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

3. A su vez, el párrafo único del artículo en mención, advierte que si las partes nada estipulan en la cláusula compromisoria o en el compromiso acerca del tipo de arbitraje, el fallo será en derecho.

En virtud de lo expuesto, el tribunal aclara que de acuerdo con la normatividad constitucional y legal, la decisión que entra a proferir mediante el presente laudo arbitral será en derecho, ya que del contenido de la cláusula compromisoria referida en la cláusula vigesimoséptima del escrito privado de constitución de la sociedad de hecho, no se manifiesta que la decisión que deba proferirse sea en equidad, tal como lo solicita el apoderado de la parte convocante, sino que simplemente se limita a enunciar que cuando deba decidirse en derecho los árbitros deberán ser abogados. De esta forma, a la luz del artículo 116 constitucional, en el sentido de que los fallos que profieran los árbitros deben ajustarse a los términos que establezca la ley, la decisión que deba proferirse en el presente litigio arbitral, será en derecho, ajustándose al estricto marco que señala la ley, toda vez que así lo indica el párrafo del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 al haberse verificado que el contenido de la cláusula compromisoria no estableció que las diferencias sometidas a arbitramento fueran decididas en equidad.

2. De la definición legal, doctrinal y jurisprudencial de la sociedad de hecho y sus elementos esenciales

En primer término, ante las argumentaciones del apoderado de la parte demandante consignadas en la demanda y en los alegatos de conclusión, es necesario establecer cuándo se entiende conformada para el ordenamiento jurídico, una sociedad de hecho. Para el tribunal resulta absolutamente clara y evidente, la existencia de un documento privado suscrito por las partes, cuyo contenido está orientado a reglamentar la constitución de una sociedad de hecho. Documento que, si bien para el apoderado de la parte demandada carece de autenticidad como se planteó en el alegato de conclusión, no fue tachado de falso de acuerdo con los artículos 252 y 289 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre el particular el Código de Procedimiento Civil (art. 252) dispone que los documentos privados son auténticos si, habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscritos, o haber sido manuscritos por la parte contra quien se oponen, esta no los tachó de falsos oportunamente, o bien los sucesores de aquel a quien se atribuye dejaron de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.

En el caso en examen, los documentos privados aducidos por la parte convocante para apoyar su pretensión principal fueron aportados con la solicitud de convocatoria, por lo que la contestación de esta fue la oportunidad que tuvo la sociedad convocada para tacharlos de falsos con arreglo al primer inciso del citado artículo 289, y ello desde luego habría requerido la expresión del hecho en que consistía la falsedad así como la petición de las pruebas para su demostración, según lo señala el artículo 290 del mismo código procesal al describir el trámite de tacha, también llamado incidente de autenticidad.

De modo extemporáneo, al preguntársele sobre la firma del señor Caro Pérez en el documento titulado “Constitución de sociedad de hecho” durante el interrogatorio de parte (fl. 199 del cdno. pbs. 1), la representante legal de la convocada manifestó “Yo opinaría, doctor y discúlpeme, que las firmas las pueden hacer idénticas” y así mismo dijo “no me consta que él haya firmado ese documento”, expresiones que hubieran podido llegar a constituir la exigencia requerida por el segundo inciso del artículo 289 del Código de Procedimiento Civil para dar paso al trámite de tacha, a condición de haberse incluido en la contestación de la demanda y de verificarse su condición de heredera del signatario fallecido así como su actuación procesal en ese carácter.

Así mismo, en su alegato de conclusión, el señor apoderado de la sociedad convocada aduce la calidad de “esposa de su desaparecido antecesor”, que tendría la actual representante legal de su poderdante, para de allí derivar una impugnación de la autenticidad de los documentos al amparo del inciso segundo del artículo 289 del Código de Procedimiento Civil que, según ese apoderado, se habría producido en el texto de la contestación a la solicitud de convocatoria en la medida en que desconoció “categóricamente los documentos que sirven de soporte a la demanda origen del proceso”.

No comparte el tribunal lo afirmado por el letrado y, por el contrario, encuentra que no solo no hubo lugar al pretendido evento de la manifestación o desconocimiento de la firma del causante por sus herederos, en defecto de la tacha de falsedad, sino que tal manifestación no se produjo, según se expone a continuación:

a) Las pruebas documentales de que se trata fueron aducidas contra la sociedad convocada, cuya condición de heredera o legataria del signatario de aquellas, si bien

sería legalmente posible a la luz del artículo 1020 del Código Civil, no se halla acreditada;

b) Tanto la representante legal como el apoderado judicial de la sociedad convocada han actuado en nombre y representación de esta y no en su propio nombre ni en el de los presuntos herederos de quien suscribió los documentos, que por lo demás no se han hecho parte en el proceso;

c) Aun en hipotética ausencia de las premisas anteriores, no se encuentra debidamente probada en autos la calidad de heredera o de cónyuge superviviente que pudiera investir a la actual representante legal de la convocada respecto del otorgante de los documentos en cuestión;

d) Si bien la contestación de la demanda desconoció el contenido de los documentos privados aportados, ese desconocimiento se encaminó a desvirtuar la pretendida vinculación contractual de la convocada con el convocante en contra de lo dicho en sus estipulaciones, así como a afirmar la disconformidad de tal contenido con la verdad o con la realidad, vale decir, a sustentar la “falsedad ideológica o intelectual” de los documentos en cuestión, y

e) Empero, tanto la jurisprudencia como la doctrina tienen bien establecido que la falsedad documental susceptible del desconocimiento enmarcado dentro del artículo 289 del código procesal no es la falsedad ideológica, para cuya demostración se encuentran abiertos “los términos ordinarios de la prueba” como en el caso de la simulación, sino la falsedad material del documento o de su firma

(1) Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, tomo II, Pruebas judiciales, págs. 408 y ss. Citado por el Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia de junio 9 de 1978.

(1)

, falsedad esta que no protestó la contestación de la demanda, dando así lugar a que se configurara el reconocimiento implícito definido en el artículo 276, segundo inciso, del mismo código.

Llévase en cuenta entonces que, como la convocada no hizo uso de la única oportunidad que le ofrecía la ley procesal para tachar de falsos los documentos allegados por su contraparte con la demanda, es forzoso concluir que tales documentos privados, al haber sido objeto de reconocimiento implícito, son auténticos al tenor del artículo 252, ordinal 3º, del Código de Procedimiento Civil

(2) Según el segundo inciso del artículo 276 del Código de Procedimiento Civil, se produce reconocimiento implícito de un documento privado no auténtico, lo que por consiguiente lo convierte en auténtico y por ende en plena prueba, cuando habiéndose aportado al proceso contra su otorgante, éste no lo tacha de falso y demuestra plenamente, su falsedad, o bien si se ha aducido contra los causahabientes de dicho otorgante, y éstos no han desconocido o negado su autenticidad, tal como está previsto en el numeral 3º del artículo 252. Cuando esta especie de reconocimiento se produce, es lógico que ya no cabe tachar de falso el documento por estar precluidas las oportunidades que la ley brinda al efecto”. Sala de Casación Civil, sentencia de noviembre 3 de 1977.

(2)

, sin perjuicio de lo fue se expone adelante acerca de la eficacia de los actos en ellos contenidos.

Lo dicho se predica de los siguientes documentos privados presentados con la solicitud de convocatoria: (1) “Constancia de negociación celebrada respecto de establecimiento

comercial”, suscrita por Hernando Caro Pérez y Héctor Eduardo Hernández; (2) “Compra venta de establecimiento comercial” suscrita por Hernando Caro Pérez y Héctor Eduardo Hernández, y (3) “Constitución de sociedad de hecho” firmada por los mismos Hernando Caro Pérez y Héctor Eduardo Hernández.

Concluye entonces el tribunal que deberá tenerse por auténtico —entre otros— el documento contenido en las hojas de papel documentario CA-7198322, CA-7198323, CA-7198324 y CA-7198325 suscrito entre el señor Héctor Eduardo Hernández y el representante legal de Ícaro Diecisiete Ltda.

Establecido lo anterior, es menester entrar a determinar si la manifestación de voluntad contenida en tal documento, se tradujo en la formación de una sociedad de hecho de acuerdo con las normas comerciales que regulan la materia teniendo en cuenta los elementos esenciales de todo contrato de sociedad. Para ello, el tribunal entra a analizar el contrato de sociedad en los siguiente términos:

De acuerdo con el artículo 498 del Código de Comercio, “La sociedad comercial será de hecho cuando no se constituya por escritura pública. Su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley”. De la norma transcrita se infiere que una sociedad que no ha sido constituida de acuerdo con la formalidad establecida en la ley, cual es la escritura pública, adquiere la calidad de sociedad de hecho, siempre y cuando se reúnan los elementos esenciales de todo contrato de sociedad, tal como lo ha definido la jurisprudencia:

“Sea de derecho o sea de hecho, la sociedad se ha venido considerando siempre como un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital y otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación. Dos elementos esenciales supone pues este contrato: 1. Aportes de los socios y 2. Propósito de repartirse entre ellos las utilidades o las pérdidas que la explotación de las cosas produzca. Este elemento es propiamente el que se denomina *affectio societatis*”. (CSJ, S. Cas. Civil, sent. de abr. 18/77).

En el mismo sentido, el tratadista Gabino Pinzón en su obra sobre sociedades comerciales, (Editorial Temis, 1989) hace la siguiente acotación en la página 287 del volumen II:

“La sociedad de hecho es una verdadera sociedad: ella supone un acto de voluntad de los socios de hecho que tiene por objeto contribuir con alguna cosa apreciable en dinero, con el fin de obtener una utilidad repartible entre ellos. Desde que concurren estos que son los elementos esenciales de la noción de sociedad, hay algo más que un simple estado de comunidad. De manera que si se dan estos supuestos y no se han cumplido los requisitos necesarios para que el pacto social pueda producir sus efectos respecto de terceros y de todos los socios se tiene una sociedad irregular a la cual ningún socio está obligado a mantenerse vinculado”.

Los anteriores pronunciamientos, compartidos por el tribunal, permiten afirmar que para probar existencia de una sociedad de hecho, deben acreditarse los elementos propios de todo contrato de sociedad, cuales son la existencia de unos aportes y el propósito de participar en unas utilidades repartibles o en las pérdidas que resulten del ejercicio, más aun cuando es claro que el *animus societatis* no consiste solamente en la intencionalidad de desarrollar un objeto, sino que implica la inminente necesidad de concretar tal ánimo de socio mediante la aportación de algo por parte de cada uno de los contratantes.

Así pues, el señor Héctor Eduardo Hernández, alega que se debe declarar la existencia de una sociedad de hecho entre él y la sociedad Ícaro Diecisiete, por cuanto aquel realizó unos aportes en especie consistentes en un 50% de tres establecimientos de comercio, situación de hecho que debe el tribunal analizar para efectos de determinar tal existencia.

3. El aporte como elemento esencial de todo contrato de sociedad

El artículo 98 del Código de Comercio indica que “por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero ...”.

A su vez, teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 822 del Código de Comercio, los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, es aplicable el artículo 1501 del Código Civil indica que “se distingue en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente ...”.

Esas normas llevan al tribunal, a concluir como lo hace la jurisprudencia de la Corte Suprema, que el aporte de los socios, constituye un elemento esencial del contrato de sociedad.

Al respecto el tratadista Gabino Pinzón expone en la página 14 del volumen I de la obra citada:

“La noción implícita en el artículo 98 del actual Código de Comercio (...) pone de presente algunos aspectos que no han sido extraños a las formas antiguas de asociación y que permiten hablar de elementos esenciales del concepto de sociedad (...), como los siguientes:

“a) La intención de asociarse o animus societatis sin el cual no pueden surgir relaciones de socios entre las personas interesadas en la existencia de la sociedad. Este elemento subjetivo, que se traduce o manifiesta a través de una convención o acuerdo de voluntades es el que distingue substancialmente a la sociedad de la simple comunidad (...). Pero no se trata, desde luego, de una actitud simplemente pasiva u ocasional, sino de una verdadera “colaboración activa, consciente e igualitaria de todos los contratantes con miras a la obtención de un beneficio repartible” (...).

“b) El suministro por parte de todos los asociados de elementos económicamente utilizables en el desarrollo de ese espíritu o propósito de colaboración (...) o como dice Mossa, “la sociedad es dinamismo y no inercia, y el dinamismo necesita de instrumentos y fuerzas para entrar en acto; los medios materiales y la industria personal son indispensables para la vida de la sociedad y aún para su misma constitución y origen”. Esa contribución de todos los asociados a la formación de un fondo social destinado a la empresa o actividad de que se espera un beneficio económico repartible constituye un elemento esencial en el concepto de sociedad; por eso forma parte de todas sus definiciones doctrinales o legales (...). El animus societatis lleva, así, implícita siempre la obligación de aportar algo a la empresa social y ese aporte constituye, a un mismo tiempo, la fuente y la medida de la participación del asociado en la utilidad obtenida con la utilización del fondo social”.

En ese orden de ideas, el primer paso para determinar la existencia de una sociedad de hecho, se centra en la verificación de los aportes como elemento esencial a todo

contrato de sociedad, ya que el acuerdo de voluntades recogido en el documento aportado como prueba, es claro en cuanto al propósito de participar en las utilidades o pérdidas del negocio.

Se reitera que uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad lo constituye un aporte estimable en dinero para efectos de la ejecución del objeto contractual. Tal como se ha venido resaltando, sin la verificación de ese aporte no puede existir sociedad.

4. Análisis acerca de la verificación de los aportes como elemento esencial de la sociedad de hecho discutida en el presente arbitramento

a) El aporte definido en el documento de constitución de sociedad de hecho documento CA-7198322 a CA-7198325

Ya habiéndose definido por el tribunal, que para la existencia legal de un contrato de sociedad es necesario y suficiente que concurren todos sus elementos esenciales, cuales son la obligación de hacer un aporte estimable en dinero y la intención de participar en las utilidades o pérdidas obtenidas en desarrollo de la empresa social, se procede a examinar si en consideración a la normatividad comercial y con base en la valoración de las pruebas practicadas, se verificaron los aportes sociales que dice el convocante haber aportado a la sociedad y que se ratifica con el contenido del documento CA-7198322-25 allegado al proceso, para una vez evacuada tal consideración, concluir si conforme a la definición de los artículos 98 y 498 del Código de Comercio, hubo o no un contrato de sociedad de hecho entre el señor Héctor Eduardo Hernández y la sociedad Ícaro Diecisiete.

Previamente, vale la pena destacar que el tribunal no desconoce que entre el señor Héctor Eduardo Hernández y la sociedad Ícaro Diecisiete, representada legalmente por el señor Hernando Caro para la fecha de suscripción del documento referido, 7 de julio de 1996, hubo una manifestación de voluntad encaminada a producir como efecto jurídico la constitución de una sociedad de hecho, situación que se comprueba mediante un documento constitutivo de carácter privado que tiene las características de auténtico y en el cual las partes manifiestan su intención de desarrollar un interés en común. No obstante lo anterior, mal haría el tribunal en valorar la simple intencionalidad de las partes sin profundizar la forma como se debió manifestar tal voluntad, es decir si jurídicamente ese acto contenido en el documento aportado, se encauzó realmente de manera inequívoca a formar una sociedad de hecho, y tal labor no es más que el examen o la verificación de los requisitos esenciales que se requieren para declarar la existencia de una sociedad de hecho.

De acuerdo con la cláusula primera del documento de constitución de sociedad de hecho, CA-7198322-25, Héctor Eduardo Hernández y la Sociedad Ícaro Diecisiete Ltda. representada legalmente por Hernando Caro, “son propietarios en común y proindiviso y (sic), en proporción del cincuenta por ciento (50%) cada uno, de los siguientes establecimientos de comercio: a) de la estación de servicio para la distribución y/o expendio de combustible para aviación y demás derivados del petróleo, ubicada dentro de las instalaciones del aeropuerto “Alcarabán” de la ciudad de Yopal, departamento de Casanare; b) de la estación de servicio para la distribución y/o expendio de combustible para aviación y demás derivados del petróleo, ubicadas dentro de las instalaciones del aeropuerto “Benito Salas” de la ciudad de Neiva en el departamento del Huila; c) de la estación de servicio para la distribución y/o expendio de combustible para aviación y

demás derivados del petróleo, ubicadas dentro del aeropuerto “Gustavo Artunduaga” de la ciudad de Florencia, departamento del Caquetá”;

b) El establecimiento de comercio ubicado en el aeropuerto “Alcarabán” de la ciudad de Yopal, departamento de Casanare

De acuerdo con los hechos narrados en la solicitud de convocatoria presentada por el apoderado del señor Hernández, el establecimiento de comercio ubicado dentro de las instalaciones del Aeropuerto Alcarabán de la ciudad de Yopal, fue adquirido por el señor Hernando Caro Pérez como representante legal de la Sociedad Ícaro Diecisiete Ltda. y por Héctor Eduardo Hernández, de compra hecha al señor Eliécer Alarcón Laverde el día 1º de julio de 1994 por un precio de \$ 130.000.000, suma de dinero que dice el apoderado haber sido cancelada por los compradores en porcentajes de 50% cada uno, concluyendo que tanto Hernández como la Sociedad Ícaro Diecisiete se convirtieron en copropietarios del establecimiento en mención.

En cuanto a la forma de pago, se narra en los hechos que \$ 70.000.000 se pagaron en efectivo y \$ 60.000.000 representados en una volqueta de placas SEA-589.

Las pruebas allegadas:

Documentales: Para comprobar el hecho que se viene estudiando, se aportaron al proceso los documentos relacionados con tal negociación y que en el capítulo de anexos de la solicitud de convocatoria, se relacionan como documento contenido en las hojas de papel documentario CA-7198302 y CA-7198305, y como copia del contrato de compraventa el cual fue realizado por Hernando Caro Pérez en nombre y representación de la sociedad de hecho.

En cuanto al documento referido al contrato de compraventa celebrado entre Hernando Caro Pérez y Eliécer Alarcón, el tribunal encuentra que como comprador del establecimiento de comercio del aeropuerto de Yopal, aparece actuando en su propio nombre el señor Hernando Caro Pérez, sin que haya utilizado para tal negociación, como lo afirma el apoderado del convocante en su escrito de convocatoria, su calidad de representante legal y obligando por tanto a la sociedad de la cual era representante. Es claro que el negocio entre Alarcón y Caro es un acto celebrado entre ellos como personas naturales sin que sea pertinente afirmar la participación de Ícaro Diecisiete en tal negocio. Posteriormente Héctor Eduardo Hernández, solo aparece como comprador una vez se celebra el acto denominado “Constancia de negociación celebrada respecto a establecimiento comercial”, en el cual Hernando Caro Pérez aduce actuar en representación de la sociedad Ícaro Diecisiete y reconoce que Héctor Eduardo Hernández es propietario común del 50% del establecimiento de comercio de Yopal.

Interrogatorios de parte y testimonios: En el interrogatorio de parte efectuado al señor Hernández, al solicitársele que precisara acerca de la bomba de Yopal, este hizo las siguientes acotaciones:

“Yopal lo compramos en el año 94, don Eliécer Alarcón que era el dueño de la planta de servicio dentro del aeropuerto, yo le vendía combustible a don Eliécer desde muchos años atrás nosotros estábamos comprando la estación de servicio allá en Yopal dentro del aeropuerto que era del capitán Ortega ... ¿por qué no le compramos la bomba a él?, hable usted que es amigo para ver si nos la vende ... ¿Cómo la compramos? Yo tenía una mula en sociedad con el doctor Hernando Caro, dimos esa mula en parte de pago, la recibieron por 60 millones de pesos 20 que me debía don Eliécer más la mitad de la

mula que eran 30 son 50 de parte mía, el resto se lo di y ahí está el papel como le entregué la plata a él”.

En el testimonio rendido por el señor Félix Enrique Ascencio, contador del señor Hernández, se hace referencia a la forma en la que se adquirió el establecimiento de comercio de Yopal en los siguientes términos:

“Como ellos tenían carros en compañía, le entregaron una tractomula por 60 millones de pesos a don Eliécer, y 70 millones en efectivo, la negociación fue por 130 millones de pesos 35 millones puso don Hernando Caro como representante legal de Ícaro y 35 millones don Héctor Hernández como persona natural y la tractomula de 60 millones de pesos ...”.

Prueba pericial: En cuanto a la pericia contable practicada y siendo relevante para el punto en cuestión, las peritos manifiestan que para el período correspondiente a la prueba —años 1996 a 1999—, Ícaro Diecisiete Ltda., no llevaba la contabilidad por centro de costos, es decir, de forma independiente para cada establecimiento de comercio y en consecuencia no se encuentran en forma desglosada, los registros contables para cada establecimiento. En relación con los establecimientos de comercio matriculados y de propiedad de Ícaro Diecisiete Ltda., la pericia expone que se exhibió certificado de matrícula y administración de la sucursal y/o agencia ubicada en el aeropuerto de Yopal, cuya matrícula es 013573 del 20 de junio de 1996, expedida por la Cámara de Comercio de Casanare.

Respecto a la contabilidad de Héctor Eduardo Hernández, se afirma en la pericia que no se encontró registro contable en los documentos referente a la “Constancia de negociación celebrada respecto a establecimiento comercial” bomba de gasolina — estación de servicio—, ubicada dentro del aeropuerto Alcarabán de la ciudad de Yopal, por el 50% de \$ 130.000.000. De igual forma, las peritos afirman en su dictamen, que en la contabilidad de Hernández no se exhibió para el establecimiento de comercio o estación de servicio para la distribución y/o expendió de combustible ubicado en el aeropuerto Alcarabán de la ciudad de Yopal, ningún certificado de matrícula mercantil. A la pericia se anexa el correspondiente certificado de matrícula mercantil.

Contestación de la demanda: En la contestación a la solicitud de convocatoria, el apoderado de la sociedad convocada, al referirse a la propiedad del establecimiento de comercio situado dentro del Aeropuerto Alcarabán, sostiene que el documento aportado para demostrar tal situación, se encarga de desvirtuar el hecho ya que de su contenido se desprende que el señor Hernando Caro Pérez compró para sí dicho establecimiento de comercio en copropiedad con Héctor Eduardo Hernández y no para Ícaro Diecisiete Ltda. y que otra cosa “bien diferente” es que el 7 de julio de 1996 se dijera todo lo contrario y en términos del apoderado de la convocada, se haya elaborado un documento “exclusivamente para darle apariencia de verdad a un aporte inexistente por parte del ahora convocante”;

c) Los establecimientos de comercio ubicados dentro de las instalaciones del aeropuerto “Benito Salas” de la ciudad de Neiva y del aeropuerto “Gustavo Artunduaga” de la ciudad de Florencia

El apoderado del señor Hernández, indica dentro del capítulo de hechos de la solicitud de convocatoria, que los mencionados establecimientos de comercio pertenecen en un porcentaje del 50% a su poderdante, en virtud de venta real y efectiva que la sociedad Ícaro Diecisiete realizó a través de su representante legal por el valor de \$ 150.000.000

y de la que se deja constancia en el documento contenido en las hojas de papel documentario CA-7198301 y CA-7198303.

Pruebas allegadas:

Documentales: Se aportó el documento contenido en las hojas de papel documentario CA-7198301 y CA-7198303, denominado compraventa de establecimiento comercial, en el cual se indica que la Sociedad Ícaro Diecisiete Ltda. representada legalmente por Hernando Caro Pérez, transfiere al demandante, a título de venta real y efectiva, el derecho de dominio y posesión del 50% de los establecimientos de comercio ubicados en las instalaciones de los aeropuertos Benito Salas de Neiva y Gustavo Artunduaga de Florencia. El valor del negocio se estipuló en \$ 150.000.000 que fueron cancelados por Hernández, una parte con lo que le correspondía por utilidades que resultaron de la explotación económica del establecimiento de comercio del aeropuerto de Yopal en el cual Hernández argumenta ser copropietario, y otra parte en efectivo producto de negocios varios entre las partes. El documento fue firmado por las partes ante un testigo y no fue tachado de falso en el desarrollo del presente proceso.

Prueba pericial: El dictamen pericial rendido por las peritos, destaca que la contabilidad de Ícaro Diecisiete exhibió el certificado de matrícula correspondiente al establecimiento de comercio ubicado en el aeropuerto Benito Salas de Neiva, cuya matrícula corresponde al 48210-1196, y para el establecimiento de comercio ubicado en el aeropuerto de Florencia, las peritos indican que la exhibición no fue adelantada ya que la sociedad argumentó que tal establecimiento no se ha inscrito, pero que ya se inició el trámite correspondiente para tal fin (anexan cartas cursadas para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento).

Con relación a la contabilidad de Héctor Eduardo Hernández, la pericia establece, para el período cuya evaluación ordenó el tribunal —que por lo demás es el único que puede ser tenido en cuenta—, que no se encontró registro contable en los documentos referente al documento de fecha 7 de julio de 1996, denominado compraventa de establecimiento comercial y que no se exhibió para los establecimientos de comercio de Neiva y Florencia, ningún tipo de contabilidad ni de certificado de matrícula mercantil.

Contestación de la demanda: En la contestación al escrito de convocatoria, el apoderado de la sociedad Ícaro Diecisiete, niega el hecho relativo al aporte de los establecimientos de comercio de Neiva y Florencia en consideración a que estos forman parte del patrimonio de Ícaro Diecisiete y se encuentran destinados a desarrollar su objeto.

5. Apreciaciones legales acerca de los actos de enajenación de los establecimiento de comercio

Partiendo del entendido de que aportar significa contraer la obligación de dar o de hacer en favor de una sociedad, o tal como lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, aportar “es llevar cada cual la parte que le corresponde a la sociedad de que es miembro”, es pertinente afirmar que cuando se da algo a una sociedad para participar como socio, ello supone transferir la propiedad que se ejerce sobre determinado bien a un fondo social afectado para la consecución de los intereses que se tienen en común y para los cuales se decide aunar esfuerzos. Así las cosas, al existir discusión sobre la verificación o no de unos aportes en especie, consistentes en la propiedad que se ejerce sobre unos establecimientos de comercio por parte de cada uno de los socios que conforman la discutida sociedad de hecho materia de la presente

decisión, el tribunal se ve avocado a examinar si realmente se consolidó una copropiedad sobre tales establecimientos y si por lo tanto el convocante los aportó a la sociedad conforme al documento de constitución allegado.

De acuerdo con el artículo 20 del Código de Comercio, la adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, se consideran actos de naturaleza mercantil y por lo tanto su examen deberá hacerse de acuerdo con las normas comerciales que rigen la materia y que se consideran propias de la profesión del comercio. Dentro de tal normatividad mercantil y en referencia a los establecimientos de comercio, existen normas encaminadas a la publicidad de los actos que sobre ellos se ejecutan y normas imperativas que regulan la forma como se deben celebrar los contratos que los afectan.

Así, el artículo 26 del Código de Comercio indica que el registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los establecimientos de comercio, que de acuerdo con el artículo 28 *ibídem*, los actos relacionados con su apertura y los que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos, deberán inscribirse en el registro mercantil y la prueba de tal inscripción, de acuerdo con el artículo 30 *ibídem*, consiste en el certificado expedido por la respectiva cámara de comercio. El incumplimiento de tales disposiciones no afecta la validez o existencia de los actos jurídicos relacionados con los establecimientos de comercio, pero su omisión impide que las cámaras de comercio puedan dar publicidad a los mismos.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la Sociedad Ícaro Diecisiete Ltda., exhibió los correspondientes certificados de matrícula en donde consta que para el desarrollo de su objeto social, cuenta con los establecimientos de comercio ubicados en los aeropuertos de Yopal y Neiva, siendo oponible a terceros, como efecto de la publicidad mercantil, cualquier acto relacionado con la explotación de tales establecimientos. Se reitera de igual forma que para la fecha de suscripción del documento de sociedad de hecho que se está debatiendo, es decir 7 de julio de 1996, tales establecimientos de comercio se encontraban registrados a nombre de la Sociedad Ícaro Diecisiete Ltda. y por lo tanto se presumía la propiedad sobre los mismos de acuerdo con la parte final del inciso segundo del artículo 32 del Código de Comercio. Ese mismo día, el representante legal de Ícaro, señor Hernando Caro, obrando en tal calidad, realizó supuestamente unos contratos de compraventa con el fin de radicar en cabeza de Hernández el 50% de los establecimientos de Neiva y Florencia, sin que a la fecha tal operación haya cumplido con los requisitos de publicidad anteriormente señalados, ya que uno de tales establecimientos se encuentra registrado en su totalidad como de propiedad de Ícaro y el otro, tal como lo constatan las pericias, aún no se encuentra registrado, pero Ícaro viene adelantando los trámites para registrarlo a su nombre.

Al interpretar el querer de las partes que suscribieron el documento de constitución de sociedad de hecho, el tribunal encuentra que de acuerdo con la cláusula quinta del documento, las actividades de la sociedad de hecho se realizarán a nombre de la Sociedad Ícaro Diecisiete Ltda., y se señala literalmente que será esa sociedad la que “contratará en su nombre pero para la sociedad respecto de los establecimientos citados en la cláusula primera”, lo que conduce a afirmar que no obstante encontrarse registrados los establecimientos de comercio a nombre de Ícaro Diecisiete, estos pudieron haber sido afectados en su dominio, sin que se haya procedido aún a su registro, pero para ello tendrá el tribunal que analizar las normas imperativas que

regulan los actos sobre establecimientos de comercio, para así determinar si la falta del registro que dé publicidad de tales enajenaciones, ha sido por voluntad de los contratantes o por carecer esos actos de la eficacia necesaria que permitan su inscripción por parte de la entidad competente, situación esta que reforzaría la presunción de propiedad contenida en el artículo 32 del Código de Comercio confirmando que el derecho de propiedad de esos establecimientos se radica en cabeza de Ícaro Diecisiete Ltda.

Los diversos actos que tuvieron por objeto la supuesta conformación de una copropiedad sobre los tres establecimientos de comercio varias veces referidos por el tribunal, hacen parte de las operaciones reguladas en los artículos 525 a 533 del Código de Comercio.

Como requisitos de forma y con el fin de producir efectos entre las partes, el artículo 526 del Código de Comercio indica que la enajenación de un establecimiento de comercio se hará constar en escritura pública o en documento privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente, reiterando el artículo 533 que cualesquiera operaciones que transfieran, limiten o modifiquen su propiedad, se sujetarán a los requisitos contenidos en el artículo 526. De acuerdo con lo anterior, la enajenación de una parte de un establecimiento de comercio, es una operación que requiere el cumplimiento de una de dos formalidades: hacerlo constar en escritura pública o si es otorgada en documento privado, reconocerlo ante funcionario competente.

Del examen de los documentos aportados, en los cuales se deja constancia de las enajenaciones de los establecimientos de comercio para efectos de consolidar una supuesta copropiedad entre Ícaro Diecisiete y Héctor Eduardo Hernández, el tribunal observa que se trata de pruebas que no cumplen con la formalidad establecida en la ley comercial, ya que siendo otorgados en documento privado no fueron reconocidos ante funcionario competente.

En consideración a lo anterior, los documentos de enajenación de los establecimientos de comercio ubicados en los aeropuertos de Neiva y Florencia, así como la llamada constancia de negociación celebrada sobre establecimiento comercial de Yopal, no pueden llevar al tribunal, dentro de esta valoración probatoria, a darles el alcance y los efectos jurídicos pretendidos por la parte convocante toda vez que, por ministerio de la ley, los actos allí contenidos son ineficaces.

En cuanto a la ineficacia, vale la pena destacar que esta consiste en una sanción del ordenamiento jurídico cuando un acto no cumple con los requisitos de forma que se establecen para que pueda producir efectos; en términos del tratadista Jaime Arrubla Paucar en su obra sobre contratos mercantiles, “la ineficacia no es otra cosa que la disconformidad del negocio producido, con aquel que es señalado por la norma jurídica”.

En síntesis de lo expuesto, la enajenación de los establecimientos de comercio con el propósito de consolidar una copropiedad consistente en el 50% de cada uno de ellos por parte de Héctor Eduardo Hernández y la Sociedad Ícaro Diecisiete Ltda., ha debido constar en escritura pública o en documento privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente, para que hubiese producido efectos entre las partes, tal como lo prescribe el artículo 526 del Código de Comercio.

En tal orientación, y con base en el acervo probatorio, este tribunal encuentra que el señor Héctor Eduardo Hernández no adquirió el porcentaje relativo al 50% de cada uno de los establecimientos de comercio varias veces referidos y por tanto no pudo aportar a la discutida sociedad de hecho la copropiedad que alega tener. De esa forma no se verifica el elemento esencial del aporte como requisito necesario para la existencia de toda sociedad, configurándose el supuesto consagrado en el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio, al señalar que “será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”. (negrillas fuera del texto)

La valoración probatoria, en especial lo establecido en el dictamen pericial después de haber analizado cada una de las contabilidades de las partes, así como las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que los aportes necesarios para la existencia de la sociedad de hecho no aparecen probados y por lo tanto ella nunca existió, lo cual habrá de declararse en la parte resolutive de esta providencia.

Sin embargo, y para abundar en razones, el tribunal considera, además de lo anterior, que si se hubieran cumplido los requisitos legales echados de menos para la transferencia de los establecimientos de comercio, tales actos hubieran sido inoponibles a la sociedad demandada, por extralimitación en las atribuciones del señor Hernando Caro Pérez, como se estudia a continuación.

6. Límites de las facultades de los representantes legales en las sociedades

Uno de los requisitos de la representación legal de las sociedades es que el representante actúe dentro de los límites de sus facultades legales o estatutarias. La violación de este requisito lleva a que no exista la representación, esto es, a que no se radiquen en cabeza de la sociedad los efectos jurídicos del acto celebrado por el representante:

“La falta de poder o facultad suficiente en la persona que obra a nombre de otra descarta, a lo menos en principio, la representación y sus propios efectos tanto en el caso de que el otorgante del acto carezca en absoluto de todo poder legal o voluntario como en el de que, teniéndolo, se haya extralimitado en su ejercicio. En ambos casos el acto es inoponible al presunto representado, o sea, que no lo afecta en manera alguna por ser respecto de él, *res inter alios acta*”

(3) Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Guillermo Ospina Fernández, Editorial Temis, primera edición, 1980, pág. 350.

(3)

Así pues, el representante legal ata a la sociedad en virtud del consentimiento que esta le ha otorgado para ello, de tal forma que si aquel excede sus facultades, los actos así realizados no habrán de obligarla.

Lo anterior ha sido expuesto en varias oportunidades por la honorable Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia del 24 de agosto de 1938, entre otras, manifestó:

“En el mandato, el consentimiento del mandante se expresa a través del mandatario, de suerte que en esta forma los derechos y las obligaciones que nacen de las convenciones celebradas por este los adquiere directamente aquel y lo ligan personalmente con los terceros con quienes ha contratado el mandatario, porque el mandatario obra para tales efectos reemplazando y sirviéndole de instrumento al mandante (...).”

“Dado que el consentimiento expreso o presunto del mandante a los actos llevados a cabo en nombre de este por el mandatario, es lo que crea el vínculo jurídico del primero

ante terceros y lo que en esencia singulariza la noción del mandato, infiérese sin esfuerzo, que las gestiones del mandatario verificadas con extralimitación de sus poderes no caben dentro de la citada noción”. (Sent. ago. 24/38. M.P. Arturo Tapias P., G.J. XLVII pág. 81 y ss.).

Resulta de gran importancia entonces, determinar cuáles son los límites de las facultades del representante legal de una sociedad, para establecer así hasta dónde puede obligarla.

Esos límites que se encuentran genéricamente definidos por el artículo 196 del Código de Comercio, están delimitados por el objeto social de la sociedad y en algunos casos por restricciones adicionales que han sido estipuladas en los estatutos.

6.1. Restricciones propias del objeto social

Por expresa disposición del artículo 99 del Código de Comercio, el representante legal solo podrá realizar actos u operaciones directamente relacionadas con el objeto social de la sociedad. Lo anterior ha sido ampliamente aceptado por la jurisprudencia y la doctrina y teniendo en cuenta las circunstancias en que se desarrolló la controversia sometida a consideración del tribunal no es necesario profundizar en su estudio.

6.2. Restricciones derivadas de las disposiciones estatutarias

El segundo grupo de restricciones al representante legal está constituido por aquellas disposiciones especiales que los socios hayan incluido en los estatutos y que se encuentren debidamente registradas en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad. Estas limitaciones, que a diferencia de las derivadas del objeto social no se presentan necesariamente en toda sociedad, están directamente relacionadas con la forma en que los socios han dispuesto que se ejerza la representación de la sociedad.

Es de este tipo de limitaciones del que hubiera debido ocuparse el tribunal, en caso de que los elementos constitutivos de la sociedad hubiesen resultado probados, toda vez que aparece de manifiesto que el representante legal de Ícaro Diecisiete tenía, por expresa disposición de los estatutos, la obligación de conseguir la autorización de la junta de socios, para celebrar cualquier acto o contrato que excediera de \$ 30.000.000 y para todos aquellos relativos a la enajenación de inmuebles.

En efecto, Ícaro Diecisiete Limitada fue constituida mediante escritura pública 358 del 30 de enero de 1990 otorgada ante la notaría 31 del círculo de Bogotá y en su artículo 23 literal g), se estipuló que “el gerente requerirá autorización previa de la junta general de socios para la celebración de todo acto o contrato que exceda de \$ 30.000.000 y en todo caso se requerirá de dicha autorización para cualquier enajenación de bienes inmuebles y los constitutivos de las instalaciones industriales de la sociedad”.

Esa limitación que conforme a lo registrado en el certificado de existencia y representación legal se mantuvo por lo menos hasta el 29 de junio de 1999 (fecha de expedición del certificado que obra a fl. 18 del cdno. pbas. 1 del exp.) constituía un tope para que el señor Caro Pérez obligara a la sociedad demandada.

A pesar de ello, el señor Caro Pérez y el señor Héctor Eduardo Hernández suscribieron el documento denominado “Constitución de sociedad de hecho”, en clara violación de

los estatutos sociales y de las normas jurídicas. El primero de ellos por cuanto conocía sus limitaciones como representante legal y el segundo por cuanto la escritura pública de constitución de Ícaro Diecisiete se encontraba inscrita en el registro mercantil para la época de suscripción del contrato y por ende le era oponible.

Resulta reprobable desde todo punto de vista la actitud del señor Caro Pérez quien además de representante legal era socio de Ícaro Diecisiete, y había suscrito la escritura de constitución de esa sociedad, por lo cual era perfectamente consciente de las atribuciones del cargo que desempeñaba. Pero también es reprochable la falta de diligencia del demandante quien por ser una persona dedicada habitualmente a las actividades de comercio ha debido cuando menos, verificar en el registro mercantil, las facultades del representante legal de su contratante.

Estas conductas llevaron al señor Hernando Caro Pérez a suscribir, en nombre de la sociedad Ícaro Diecisiete Limitada, un documento sin las atribuciones necesarias para ello.

Así las cosas, en caso de que la sociedad de hecho hubiese existido, resultaría forzoso concluir que el gerente de Ícaro Diecisiete se extralimitó en sus funciones al no contar con la autorización de la junta de socios y con ello habría generado las consecuencias legales que pasa el tribunal a estudiar.

Así como es sabido que por virtud del mandato o la representación, los efectos jurídicos de los actos celebrados por el mandatario o representante dentro de sus facultades se radican en cabeza del mandante o representado, también resulta claro y así lo corroboran la doctrina y la jurisprudencia, que la extralimitación de facultades por parte del representante legal de una sociedad tiene como consecuencia la inoponibilidad de sus actos frente a ella.

Y no podría ser de otra manera porque cuando el representante legal de una sociedad actúa fuera de los límites que le han sido impuestos carece de consentimiento del representado y por lo tanto no puede vincularlo por no existir un elemento esencial para ello.

Lo anterior ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades: “(...) es, pues, apenas lógico que si sobre la capacidad de derecho se mide y demarca la capacidad de obrar, y de esta se encarga a los órganos estos deben moverse dentro de esa capacidad es decir, sin sobrepasar los poderes conferidos para ejercerla. Por fuera de ellos los órganos obran como si no pertenecieran a la persona jurídica, y en tales circunstancias los actos ejecutados no le son oponibles”. (Sent. de jun. 24/54, M.P. José J. Gómez, G.J. LXVII, pág. 852).

“Resulta, pues atendible sostener que los actos de los representantes que desborden los límites antedichos son sancionados por el ordenamiento con una particular forma de ineficacia que se conoce como inoponibilidad del negocio frente al representado, figura distinta a cualquier otro tipo de sanción de los actos irregulares especialmente las dimanantes de la incapacidad de la persona” (Sent. jun. 30/94).

Y por si quedase alguna duda acerca de la naturaleza de la sanción impuesta a los actos realizados con extralimitación de funciones del representante legal de una sociedad, ha dicho la Corte Suprema de Justicia desde hace más de 60 años:

“El mandante no está obligado a demandar la nulidad absoluta, mucho menos relativa de los negocios llevados a cabo por el mandatario fuera de las pautas del respectivo poder. Le basta no prestarles su consentimiento (...)”. (Sent. ago. 24/38)

Y agrega:

“De conformidad con la doctrina general, consagrada por la Corte, la acción de nulidad no es el medio necesario para recuperar los bienes transferidos en virtud de contrato celebrado por los órganos o representantes de la persona jurídica extralimitando sus poderes porque se trata de algo más simple: de un fenómeno de inoponibilidad ya que el ente moral es absolutamente extraño al acto o contrato (...)”. (Sent. jun. 24/54)

“Lo que se desea poner de relieve es cómo ante el representado, el acto que excede los poderes que ha otorgado no lo afecta. Por el contrario, la aptitud vinculante del contrato solo recae sobre el representante quien por ende se legitima para alegar cualquier vicio de los que la ley sanciona con nulidad relativa”. (Sent. de nov. 30/94, M.P. Héctor Marín Naranjo).

Todas estas consideraciones jurisprudenciales y doctrinales han sido recogidas por artículos como el 308 del Código de Comercio que textualmente dice:

“Los actos ejecutados por los administradores bajo la razón social que no estuvieren autorizados estatutariamente o fueren limitados por la ley o por los estatutos solamente comprometerán su responsabilidad personal ...”.

Con base en estas consideraciones, se concluye que la extralimitación por parte del representante legal de Ícaro Diecisiete en sus facultades, habría generado como consecuencia la inoponibilidad a esa sociedad, de las transferencias de los establecimientos de comercio, así como del contrato suscrito con el demandante, si ese acto jurídico hubiera existido.

Finalmente debe el tribunal rechazar las consideraciones presentadas por el apoderado de la parte convocante en su alegato de conclusión encaminadas a dar validez a las actuaciones del señor Caro Pérez con el argumento de que este desconoció de manera expresa la limitación estatutaria de sus facultades con lo cual “se podía pensar que Ícaro Diecisiete Limitada renunció a la prohibición señalada en los estatutos ...” para su representante legal. Admitir esa posición sería tanto como permitir que las reiteradas violaciones de la ley terminen derogándola.

7. Las excepciones

Teniendo en cuenta que el contrato de sociedad de hecho nunca existió y que las excepciones propuestas se encaminan a atacar la validez de ese contrato o su oponibilidad, el tribunal, por sustracción de materia, no puede entrar a estudiar las excepciones de “nulidad del contrato” y de “inoponibilidad”.

8. Costas

En atención a que las pretensiones de la demanda no habrán de prosperar y conforme a lo previsto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal condenará en costas al señor Héctor Eduardo Hernández, por las siguientes sumas de dinero:

50% del valor de los gastos y honorarios del tribunal\$ 10.000.000

50% de honorarios por el dictamen pericial decretado de oficio\$ 1.000.000

Agencias en derecho\$ 2.000.000

Total costas\$ 13.000.000

V. CAPÍTULO QUINTO

Parte resolutive

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar que entre Héctor Eduardo Hernández e Ícaro Diecisiete Limitada no existió un contrato de sociedad de hecho.
 2. Denegar en consecuencia la totalidad de las pretensiones de la demanda.
 3. Por sustracción de materia, abstenerse de pronunciarse sobre las excepciones de mérito propuestas.
 4. Condenar a Héctor Eduardo Hernández a pagar a Ícaro Diecisiete Limitada la suma de trece millones de pesos moneda legal colombiana (\$ 13.000.000), por concepto de costas del proceso.
 5. Ordenar la devolución a la partes de las sumas no utilizadas de la partida “protocolización, registro y otros”, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.
 6. Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.
 7. Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.
 8. Ordenar la expedición de una copia de este laudo con destino a la Procuraduría General de la Nación.
- Esta providencia quedó notificada en estrados.