

EXP. No.11001 31 030 29 2013 00552 04

**“RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES – ART.200
CODIGO DEL COMERCIO, MODIFICADO ART.24 LEY 222 DE
1995”**

TEXTO DEL FALLO

República de Colombia



Tribunal Superior
Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil

Magistrada Ponente
NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Bogotá D.C., nueve (9) febrero de dos mil veintiuno (2021)

Discutido en Salas de Decisión Virtual celebradas el 15, 22 y 27 de enero y aprobado el 5 de febrero 2021.

Ref.: Exp. 11001-31-030-29-2013-00552-04

Se decide el recurso de apelación interpuesto por ambas partes frente a la sentencia dictada el 25 de abril de 2019, por el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso declarativo (responsabilidad social) promovido por Bioenergy S.A. contra Fabio Enrique Fonseca Pacheco, Henry Echeverri Campuzano, Juan Carlos Roa Márquez y los herederos del causante Jorge Ernesto Ortiz Torres.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

Bioenergy S.A. pidió declarar que los demandados, en su condición de miembros de su Junta Directiva, incurrieron en culpa durante su gestión al autorizar al representante legal adquirir el 100% de las acciones de “Los Arces Group Corp” (predio La Conquista), en detrimento de su patrimonio; en consecuencia, declarar a los últimos responsables, en forma solidaria e ilimitada, de los perjuicios irrogados con esa actuación y, por contera, condenarlos a indemnizarlos en cuantía de \$2.340.000.000.00 (daño emergente), debidamente indexada.

Sustentó tales súplicas, en lo medular, así:

1.1 El 28 de marzo de 2008, los convocados fueron designados miembros principales de la Junta Directiva de la sociedad actora, época para la cual ésta ejecutaba actividades enderezadas a la adquisición de predios en el corredor de Puerto López – Puerto Gaitan para el desarrollo de su objeto social, tarea en la que identificó potenciales predios a negociar, entre ellos el denominado La Conquista o Rancho Yurimena, identificado con la M.I.No.234 000354.

1.2 Por conducto de su asesor jurídico encargó a la firma Posse, Herrera & Ruíz un estudio de títulos del aludido inmueble, rendido el 23 de julio de 2008, el cual refiere que entre “la cabida y extensión” del fundo atestada en los certificados catastrales (531 Hectáreas 2000 M2) y la información de la oficina de Instrumentos Públicos (841 Hectáreas) advertía una diferencia de 309 hectáreas 8000 M2 (3.098.000 M2), concluyendo que esa área era significativa y, por ende, imponía efectuar “una verificación material del área y linderos reales del predio con asistencia de un topógrafo o arquitecto”, a fin de tener certeza de su “extensión real”.

1.3 En esa última fecha, el administrador de la accionante, miembro de su Junta Directiva, conoció el mentado concepto y, por tanto, “el mínimo deber de conducta exigible, antes de tomar la decisión de compra” del precitado terreno era atender la recomendación de aquél.

1.4 Juan Carlos Roa Márquez y Henry Echeverri, en representación de Bioenergy S.A., participaron en los Comités de Tierras celebrados el 30 de julio y 8 de agosto de 2008, para efectuar seguimiento al proyecto en cuestión, incluyendo la compra de la finca La Conquista, informando que su área era de 857 hectáreas y su precio total de \$6.000.000.00, a razón de \$7.000.000.00 por hectárea. De acuerdo con esto, “para el futuro adquirente el valor del predio La Conquista se determinaba por cabida”.

1.5 El 11 de agosto de 2008, Darío Montaña formuló a la demandante oferta del prenombrado fundo de su propiedad, indicando que su cabida era de 900 hectáreas y el precio \$6.000'000.000.

1.6 En sesión del 1º de septiembre de 2008, la Junta Directiva de Bioenergy S.A. autorizó a su representante legal adquirir el 100% de las acciones de las sociedades Amandine Holding Corp y Los Arces Group Corp, propietarias en ese momento, en su orden, de los predios “Kari Kari y Lituania” y “La Conquista” (Acta No.15).

1.7 Con esa decisión, los miembros del nombrado órgano de administración irrogaron perjuicios a la actora, originados en su falta de diligencia en la adopción de aquella, pues omitieron analizar y atender la recomendación del mentado estudio jurídico, encomendar a un experto inmobiliario el avalúo del bien, estudiar sus certificados de tradición, como también determinar y valorar los activos y pasivos de Los Arces Group Corp., amén que guardaron silencio sobre la diferencia de la extensión conceptuada en el estudio de títulos, y ningún cuestionamiento formularon respecto a la variación del negocio jurídico (compraventa del inmueble por compra de acciones).

1.8 Los miembros de la citada Junta pasaron por alto la oferta del inmueble, la cual ofrecía 900 hectáreas en \$6.000'000.000, esto es, a

\$6.666.666 la hectárea, lo cual conducía a inferir que del precio tenía que descontarse el valor de las 309 hectáreas de diferencia, según los títulos de la finca; por tanto, el precio se reducía a \$2.059.999.794.00 aproximadamente.

1.9 La actora y Los Arces Group Corp, ésta a través de su único accionista, Bosanova Finance Development Corp, ajustaron la compraventa de las acciones el 27 de noviembre de 2008, por “\$6.109.700.008,71 sin IVA”, negocio cuya finalidad era adquirir por vía indirecta el inmueble La Conquista, siendo esa adquisición el único objeto social de la última sociedad en mención.

1.10 Fue así como Bioenergy S.A. pagó en exceso e indirectamente el precio del inmueble, tal como quedó corroborado con el trabajo topográfico efectuado el 21 de enero de 2009, en el cual se estableció que su área era de “549 HAS + 3628.67 M2”.

1.11 Esa imprudencia del órgano de administración, al autorizar la adquisición de acciones, privó a la actora de la posibilidad de ejercer la acción legal para obtener la reducción del precio del bien, por la diferencia de cabida.

1.12 La conducta negligente referida causó perjuicios a la compañía, los cuales se impone indemnizar.

2. Las contestaciones de la demanda.

2.1. Henry Echeverri Campuzano y Fabio Enrique Fonseca Pacheco, por conducto de su apoderado judicial, se opusieron a la prosperidad de la demanda y, en su defensa, formularon las excepciones tituladas “No existió daño”, “No hubo conducta culposa”, “No existe vínculo causal entre la conducta de su cliente y la compra del predio”, “Existe culpa de un tercero” y “existe culpa de la víctima”.

2.2 Juan Carlos Roa **Márquez** solicitó negar las súplicas del demandante, y propuso como excepciones de mérito principales las que denominó “inexistencia del daño”, “la indeterminación de la decisión implica que

no es causa eficiente” y “prescripción”, y como subsidiarias las que tituló “culpa exclusiva de la víctima”, “daño atribuible a un tercero”, “prejudicialidad” y “requisitos para aprobar la acción social de responsabilidad”.

2.3. Claudia Alicia de Las Mercedes y Mario Ernesto Ortiz Escobar, herederos determinados de Jorge Ernesto Ortiz Torres, también, pidieron desestimar la demanda, y para enervar la acción adujeron la “inexigibilidad de la responsabilidad” del de cuius y sus sucesores hereditarios y, en su defecto, invocaron “la responsabilidad derivada de la adquisición indirecta del predio “La Conquista” no es imputable a los demandados”; igualmente, alegaron la inexistencia de la relación de causalidad y del daño, como también “culpa de la sociedad demandante” y finalmente que “los contratos de adquisición de las acciones de Los Arces Group Corp podrían estar afectados de nulidad absoluta por objeto ilícito”.

2.4 La curadora ad litem de los herederos indeterminados del causante Ortiz Torres se limitó a manifestar que no le constaban los hechos esgrimidos en la demanda.

3. La sentencia de primera instancia.

El fallo apelado resolvió “acoger la excepción de ausencia de responsabilidad propuesta por los demandados” y, en consecuencia, “negar las pretensiones de la demanda” y, por contera, “condenar en costas” a la actora.

Para adoptar esa decisión partió, en síntesis, de que los administradores, con independencia de concurrir en ellos la condición de socios, responden solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros (Art.200 C. Mercantil, en versión del Art.24 de la Ley 222 de 1995), en desarrollo de la administración que ejerzan; por consiguiente, consideró que el factor de atribución de esa responsabilidad es de naturaleza subjetiva, en los supuestos de *“incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos”* y cuando los administradores “haya propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de

Comercio y demás normas sobre la materia”, únicas hipótesis respecto de las cuales el legislador consagró la presunción de culpa del administrador.

Tras asentar tales elucidaciones jurídicas, describió el desarrollo del proyecto que condujo a que la Junta Directiva de Bioenergy S.A., de la cual eran miembros los demandados, sesionara el 1º de septiembre de 2008 y autorizara a su representante legal adquirir el 100% de las acciones de las sociedades panameñas Amandine Holdigs Corp y Los Arces Group Corp, decisión en la que nada dijo sobre el precio de compra de las acciones, la operación que se haría para tal fin, ni señaló “un aspecto diferente al conocido por el Comité de Tierras que conformó Ecopetrol S.A., Bioenergy S.A. y Visión de Valores S.A.”; por consiguiente, infirió que esa “mera” autorización no aparejaba responsabilidad alguna de los administradores “por omisión o extralimitación en sus funciones, violación de la ley o de los estatutos como para predicar la presunción de culpa y radicar en ellos la carga de probar prudencia y diligencia, pues, ciertamente, no se demostró una de tales causales para el efecto”.

Esgrimió que el concepto rendido por Posse Herrera y Ruíz sobre la discrepancia en el área del predio La Conquista, ofertado por Inversiones Montaña Toro & Cía. S. en C. a la demandante, si bien era una advertencia que no podía pasarse por alto, lo cierto era que ninguna injerencia tenía sobre la susodicha autorización, porque ésta quedó supeditada al documento de intención de compra de las acciones de Arces Group y, a su vez, la última al “*due diligence*” que adelantarían los asesores y miembros de Bioenergy, “en donde, a sabiendas que Los Arces Group se constituyó con la única finalidad de adquirir el predio La Conquista, no se decretó anomalía para proceder en la forma que se procedió el 27 de noviembre de 2008 mediante el ‘contrato de compraventa de acciones’”.

Agregó, la mentada autorización no causó daño a la sociedad accionante, porque ese “*acto jurídico no comprendió la materialización de la operación en su propio andamiaje compositivo, que, a más de representar la coligación de contratos y operaciones negociales, requirió de una postrera verificación del estado total de la sociedad Los Arces Group a través de un*

procedimiento de due diligence, por parte de Bioenergy, en una época postrera para cuando habrían dejado de ser miembros de la Junta Directiva los demandados”.

Por último, estimó que la carga probatoria de la culpa recaía en la parte actora, sin que hubiese acreditado ese actuar culposo de sus contendores, pues únicamente les imputó el haber desatendido el aludido estudio de títulos, el que, en puridad, correspondía evaluarse al momento de materializarse la operación de compra de acciones de Los Arces Group, mas no al autorizar su adquisición, ya que ésta, al fin y al cabo, estaba condicionada a la verificación con la debida diligencia “*del estado pleno o total*” de esa sociedad. Amén que el artículo 1604 del C.C. no aplica a la situación objeto de decisión, pues “*opera para la instauración de negocios y cargas prestacionales en el marco contractual*”.

4. La apelación del fallo.

La parte accionante y el convocado Roa **Márquez** apelaron la sentencia y formularon los respectivos reparos, los cuales sustentaron ante esta instancia, en resumen, así:

4.1 Bioenergy S.A. le atribuyó al fallo los yerros siguientes:

a) Preterir la confesión ficta de Fabio Enrique Fonseca y Juan Carlos Roa, quienes no concurrieron a la audiencia realizada el 28 de abril de 2017 y, por tanto, admitieron la omisión de sus deberes legales y estatutarios, conducta culposa endilgada; igualmente, pasó por alto la confesión de Henry Echeverri Campuzano, declarada por el juez cognoscente por evadir las preguntas formuladas.

b) Desconocer la inversión de la carga probatoria, pues era a los demandados a quien correspondía acreditar su diligencia (infirmar la confesión, la conducta omisiva imputada a los convocados son afirmaciones indefinidas exentas de prueba, en la responsabilidad de administradores se presume la culpa y la demostración de la diligencia y cuidado incumbe al sujeto que debió emplearla).

c) Apreciar indebidamente el Acta No.15 de 1º de septiembre de 2008, pues dedujo de ella que la autorización allí referida “no fue el acto o hecho definitivo para llevar a cabo la operación (compra del predio La Conquista)”, entendiéndola como un acto formal, sin percatarse que ella desencadenó los hechos posteriores que concluyeron en la materialización de esa directriz (causa eficiente).

d) Desatender la conducta de los convocados, quienes omitieron analizar el estudio de títulos efectuado a instancia del órgano directivo del cual hacían parte, sin tener en cuenta que, según las reglas de la experiencia, aquel hacía parte “del análisis de conveniencia que debe surtirse antes de tomar la decisión de adquirir o no el predio o de autorizar su compra”.

e) Tergiversar el contenido objetivo de la prueba, por cuanto asentó que la autorización en cuestión “quedó condicionada a la verificación en debida diligencia del estado pleno o total de la sociedad Los Arces”, sin que el acta contentiva de aquella así lo expresara.

Así mismo, entendió que según el acta de 13 de noviembre de 2008, la Junta Directiva, conformada por administradores distintos a los convocados, autorizó la suscripción de “otro sí” a un documento denominado “intención de compra”, aserto no contenido en aquella y que condujo a inferir que después de la aprobación emitida el 1º de septiembre de 2008 fueron otorgadas otras para adquirir el predio en cuestión.

f) Olvidó que nadie puede exonerarse de responsabilidad alegando su propia torpeza, de ahí que no procedía argumentar que luego de otorgada la autorización cuestionada, pudo la nueva Junta Directiva advertir la situación acaecida y corregirla.

Además, las decisiones del prenombrado órgano corporativo no son susceptibles de revocatoria ni revisión, tal como lo declaró Adriana García Molano, aunado a que el señor Roa Márquez continuó sosteniendo que el fundo La Conquista tenía un área de 990 hectáreas, conforme lo atestó Hans Moreno.

g) Suponer que la mera aprobación de la compra no comportaba responsabilidad, interpretación equivocada del hecho omisivo o culposo atribuido a los convocados, dado que no es la autorización, per se, lo que es objeto de reproche sino la desatención de análisis y estudio antes de decidir adquirir el predio, en tanto estaban advertidos de la inconsistencia en su cabida.

h) Preterir el escrutinio de los testimonios de Hans Moreno, Adriana García, Juan Camilo Moreno, el representante legal de Water House Cooper; igualmente, las actas del Comité de Tierras fechada 8 de agosto de 2008 y de la Asamblea efectuada el 28 de marzo de 2008, las presentaciones anexas al precitado Comité del día "30 de julio" (sic), la oferta remitida por Darío Montaña, el dictamen del perito evaluador, el estudio realizado por Raúl A. Velasco, la carta de pago de la compraventa indirecta de la finca La Conquista, la querrela formulada ante la Fiscalía General de la Nación por Juan Carlos Roa Márquez, el juramento estimatorio y la prueba grafológica de José del Carmen Romero.

4.2 El demandado Juan Carlos Roa Márquez impugnó el fallo, advirtiendo que éste no debió proferirse, pues habiendo caducado la acción ejercida en la demanda, dado que entre el momento en que se presentó el libelo genitor y la fecha en que se notificó del auto admisorio de la demanda a todos los demandados, específicamente a él, había transcurrido el término de caducidad de la acción de responsabilidad social, el juzgado debió pronunciarse sobre esto, más todavía cuando en el proceso no se decidió sobre el particular.

II. CONSIDERACIONES

1. Agotada la etapa de sustentación del recurso de apelación y al no existir vicios que configuren nulidades, es procedente definir la segunda instancia mediante sentencia de mérito, lo cual, en estricto sentido, implicaría que el Tribunal, en dicho quehacer, no tendría ningún tipo de limitaciones, como lo prescribe el inciso segundo del artículo 328 del Código General del Proceso, dado que ambas partes apelaron. Sin embargo, habiendo sido la sentencia de primer grado completamente favorable a la parte demandada, es ostensible que

el demandado recurrente carece de interés para recurrir, según la regla que sobre el particular sienta el precepto 320 del ordenamiento procesal citado, en su inciso 2º, con arreglo al cual “[p]odrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia”, naturalmente que, en esas condiciones, esa competencia panorámica que de suyo surge en el ad-quem cuando ambos extremos litigiosos han apelado, se torna inane en el evento sub-examen.

2. Ahora bien. La responsabilidad deducida en la demanda, de acuerdo con el resumen que antecede, viene anclada en lo dispuesto en el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el precepto 24 de la Ley 222 de 1995, a cuyo tenor se tiene que “[l]os administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”, hipótesis en la que, a juicio de la demandante, se subsume el proceder de los convocados, quienes, como miembros de la junta directiva de la entidad, incumplieron sus deberes legales y estatutarios al autorizar la operación a que se contrae la demanda, cuyo único propósito, no obstante la forma en que se verificó aquella, era adquirir el predio denominado La Conquista o Rancho Yurimena, cual en efecto lo hicieron en sesión del 1º de septiembre de 2008, sin haber esclarecido, previamente, como les concernía, por ser el órgano decisorio encargado de adoptar una determinación de ese jaez, las inconsistencias que por medio de un estudio de títulos, elaborado más de dos meses atrás, se advirtieron respecto de la negociación, omisión que derivó en un detrimento patrimonial para la empresa, cuyo monto es directamente proporcional al valor cancelado en exceso por la empresa por cuenta de la adquisición autorizada por ellos.

Cierto, paralelamente expone la demanda una serie de circunstancias que se dieron en forma previa y concomitante a la operación, incidencias cuya alusión bien se explica en el interés de la parte en develar en todo su contexto el entorno en que se dio el acuerdo, como en efecto es esa abrupta y extraña manera como la negociación directa de la heredad con su propietaria, mudó de un momento a otro a un entramado bastante complejo, precedido de un documento de intención y la presencia de dos sociedades extranjeras, una oriunda de las Islas Vírgenes Británicas y otra panameña, y la ubicación de los recursos cancelados a la vendedora en el exterior, como evocando los

resultados de la reciente investigación periodística de resonancia global conocida como los “Panamá Papers”, que expuso a la luz pública los negocios *offshore* de políticos, empresarios, deportistas y celebridades internacionales; empero, el debate litigioso se circunscribió no más que a esos reparos que la demandante le hace a la actuación de los miembros de su junta directiva, por modo que la atención del Tribunal debe fijarse, sin más aplazamientos, en ello.

2.1. Y para adelantar ese escrutinio, lo mejor es orientar la atención de la Sala a repasar los términos en que se desplegó la defensa de los demandados, pues la respuesta al litigio, muy a pesar de la forma como tratan aquellos de exculpar su desidia, se encuentra allí. Fonseca Pacheco y Echeverry Campuzano, memórase, negaron haber tenido conocimiento del estudio de títulos a que se refiere la demanda, acaso creyendo que con esto les basta para exonerarse de la responsabilidad que como miembros del órgano decisorio de la empresa les correspondía cuando autorizaron la operación; además, aducen que, de cualquier modo, el negocio se concretó varios meses después de que dieron la autorización, obviamente, en esas condiciones, entienden que ya la carga de verificación de los aspectos relevantes del prenombrado estudio de títulos pasaba de ellos a manos de quienes, obrando en representación de la entidad, se encargaron de materializar aquella con la sociedad extranjera que recibió el precio, observando, de otra parte, que, objetivamente, no hubo el detrimento que se dice en el escrito introductor.

Los herederos de Jorge Ernesto Ortiz Torres, Claudia Alicia de las Mercedes y Mario Ernesto Ortiz Escobar, por su lado, reiteraron esos planteamientos defensivos de Fonseca Pacheco y Echeverry Campuzano, aunque añadiendo que si bien en la Cámara de Comercio de Bogotá existe un documento por el cual el causante aceptó el cargo de miembro de la junta, siendo la firma estampada en él apócrifa, no pueden deducirse efectos en su contra, por supuesto, tampoco de sus causahabientes, sobre todo adoleciendo la negociación de visos de ilegalidad, al haberse realizado con el ostensible propósito de eludir el régimen fiscal colombiano.

El otro demandado, Juan Carlos Roa Márquez, quien fue elegido como presidente en la junta directiva de marras como presidente, se defendió

remitiéndose a dichos argumentos expresados por los otros demandados, pero negando que el precio por el cual terminó siendo adquirido el fundo no corresponda con el que tenía realmente, de tal manera que no puede hablarse de detrimento patrimonial para la sociedad, específicamente debido a que las características y ubicación de éste, que respondían a las necesidades que tenía la entidad, lo justificaban, y porque, además, el área, que ciertamente mostraba esa discrepancia señalada en la demanda, entre la certificada catastralmente y la citada en los títulos y el folio de matrícula, se debió muy seguramente a un error, que no ameritaba detenerse en él, en particular porque lo de la cabida no era el único factor para determinar el valor del terreno, y, amén de ello, al haberse ofrecido el rancho bajo la modalidad de llave en mano, se entendía que tanto las construcciones y las cabezas de ganado existentes dentro de la hacienda, como la maquinaria y herramienta agrícola, se debían computar en el cálculo del precio, eso sin contar con que la facilidad de acceder a los acuíferos existentes dentro del bien y las propiedades y la capacidad de uso de suelo, eran determinantes en su valoración, por supuesto, sin desconocer que siempre se habló de que la venta era de un cuerpo cierto.

2.2. Los antecedentes de la negociación, a propósito de la decisión de la junta directiva de ese 1º de septiembre de 2008, permiten establecer en forma relativamente fácil, que la adquisición del predio La Conquista no era algo extraño para los miembros de dicho órgano societario el día en que autorizaron su adquisición.

A decir verdad, desde muy temprano, cuando Ecopetrol mostró su interés por participar en el proyecto, tras la mediación de Visión de Valores S.A., compañía con la que contrató Bioenergy el 15 de noviembre de 2007 para que le prestara asesoría financiera en el proyecto La Esperanza, como lo explica el punto d) del acta de la asamblea de la sociedad celebrada el 28 de marzo de 2008 (folio 347 del cuaderno 1), se vio que el futuro de éste estaba supeditado al éxito de esa estrategia, cual en últimas puede deducirse de lo expresado en las reuniones de la junta directiva documentadas en las actas 008 de 13 de diciembre de 2007 (folio 478 del cuaderno 1), donde se autorizó al gerente suplente, Fabio Enrique Fonseca Pacheco, para suscribir un memorando de entendimiento con la estatal petrolera, *“en que las partes evaluarán la viabilidad*

técnica, económica y jurídica de implementar conjuntamente el proyecto de producción y comercialización de etanol”, y 012, de 11 de marzo de 2008 (folio 485 ibídem), en que se autorizó al gerente, Juan Carlos Roa Márquez, “para presentar a Ecopetrol una propuesta de vinculación al proyecto ‘La Balsa’ y para realizar las negociaciones y firmar los contratos necesarios por cuantía ilimitada”, después de que el secretario designado para la sesión, Henry Echeverri Campuzano, le informara a sus miembros qué gestiones se “habían adelantado dentro del marco del Memorando de Entendimiento” en cuestión, firmado el 14 de diciembre de 2007, recomendando presentarle “una propuesta en la que se definan los términos y condiciones bajo los cuales Ecopetrol podría participar como Socio Estratégico en el Proyecto La Balsa”, y se indicaran “las condiciones financieras de vinculación, la propuesta haría referencia, por un lado, a los aspectos que deben ser incluidos en un eventual acuerdo de accionistas y, por el otro, al Equipo de Desarrollo responsable junto con Ecopetrol de lograr el Cierre Financiero del Proyecto y a continuar hasta la entrada en operación comercial de dicho Proyecto”.

A su vez, según esta última acta, el mentado secretario, comentó en la reunión que se había “*dado inicio al proceso de gestión de tierras del Proyecto, algunos de los cuales están en un proceso avanzado. Para la adquisición de terrenos y de la explotación agrícola se tiene tres escenarios de contratación: cuentas en participación, contratos de opción de compra o promesa de compraventa. Teniendo en cuenta que son varios los terrenos que actualmente están en proceso de negociación, se solicita a la Junta Directiva autorizar todos los contratos que se vayan a firmar con los propietarios*”, autorización que se dio en la misma reunión.

2.3. La cita textual de esto tiene sentido, en cuanto resulta demostrativa de que para ninguno de los miembros de la junta que participaron en la sesión de 1° de septiembre de 2008, que se hizo constar en el acta 015, la adquisición de predios con el objeto de sumarlos al proyecto, ahora denominado ‘La Balsa’, era extraño en ese momento. Aún más, es clarísimo que el sobredicho memorando de entendimiento, que finalmente se cristalizó con esos acuerdos celebrados entre los accionistas de Bioenergy y Ecopetrol, a través de su filial Andean Chemicals Ltd. -sociedad constituida bajo las leyes de Bermuda,

el 14 de octubre de 2008, uno depositable en las oficinas de la demandante (folios 613 y siguientes del cuaderno 1, T.I), otro denominado escuetamente el 'acuerdo', que regulaba algunos aspectos relativos "*a la participación de las partes en la sociedad y el desarrollo del proyecto que los promotores han estado adelantando en el departamento del Meta*" (folios 622 u siguientes del mismo cuaderno), y un tercer acuerdo de indemnidad (folios 645 y siguientes, ibídem), tuvo por objeto preparar el terreno para cuando esto sucediera.

De ahí que la preocupación que resultó siendo norte de toda la actividad que a partir de ese instante se verificó mancomunadamente entre las dos empresas, estaba puesta en esa dirección, por supuesto, tratando de aprovechar los avances que ya tenía Bioenergy S.A. en el proyecto, los que, se deducen de la documentación que obra en el proceso, estaban en que ésta tenía ya dos predios en la zona, La Esperanza 1 y La Esperanza 2, los que, según las actas 9 y 10 de 10 y 16 de enero de 2008, respectivamente, fueron ofrecidos por disposición de la junta directiva en respaldo del crédito que a la sazón tramitaba la empresa ante Bancolombia, con el fin de conseguir recursos para "financiar el proyecto La Balsa" (folios 480 y 481), muy seguramente, el montaje de la planta para la extracción y concentración del jugo de la caña de azúcar, como se aprecia del acta 011 de 6 de marzo de 2008 (folio 484).

Siendo, pues, este predio, La Esperanza, clave para el desarrollo propuesto, al igual que otro cercano denominado La Piragua, que figuraba en esos momentos en cabeza de Claudia Alicia de las Mercedes Ortiz Escobar, quien por escritura No.2643 otorgada el 15 de octubre de 2008 en la Notaría 49 de esta ciudad (folios 1754 y siguientes del cuaderno 1), lo transfirió a su finado padre, el miembro de la junta directiva Jorge Ernesto Ortiz Torres, cuya mortuoria representa en el proceso, la mejor opción para lograr los objetivos del proyecto, era adquirir predios cercanos, claves, como dieron en calificarlos quienes participaron del comité de tierras que empezó labores en julio siguiente, para acercarse más a los fines diseñados desde un comienzo.

Y estando el predio La Conquista dentro de esa área de influencia, despertó el interés de los partícipes del proyecto y se lo consideró clave para el

desarrollo (ver folios 563 en adelante, aportados en la contestación de la demanda por Juan Carlos Roa Márquez).

2.4. Mas, si es cierto que el proceso de adquisición de predios venía avanzando desde unos meses atrás, también es verdad que los miembros de la junta directiva, que a la postre no eran personas distintas a los socios de Bioenergy en ese momento, pues según la documentación correspondiente, cumplidamente las actas de las asambleas generales de accionistas entre 2006 y 2008 vistas a folios 438 y siguientes del cuaderno 1, revelan que la participación accionaria de la sociedad para esa época estaba en manos de dos sociedades, Transportes Premier, con el 69,99% de las acciones, y Alcoholes de Colombia, con el 29,98%, la una representada por Fabio Enrique Fonseca Pacheco, y la otra por Roa Márquez (en 2008), quienes a su turno poseían, junto con Henry Echeverri Campuzano, el 0,01% restante de esas acciones, cada uno, no parece de ninguna manera aventurado concluir que al autorizar la compra supieran suficientemente del informe que le había presentado a la empresa la firma de abogados Posse, Herrera & Díaz desde el 23 de julio anterior, por supuesto que si entre las gestiones que se estaban adelantando para ubicar los predios que podrían llegar a hacer parte del macroproyecto en que estaba empeñada la sociedad, estaba justamente la de establecer la situación jurídica y real de los inmuebles de interés para ellos, al punto que por eso, mediante misiva de 4 de julio se le encomendó a la sobredicha firma de abogados que hiciera el estudio de los títulos de cada uno de esos fundos, incluido el denominado La Conquista, es muy difícil pretender que al autorizar su adquisición, sobre todo en esas condiciones tan insólitas como se dio la operación, esos miembros de la junta directiva, hoy demandados, no conocieran de las alertas que hacía el mentado estudio de títulos elaborado por el pool de abogados contratado específicamente para ello.

La trascendencia de esto radica, efectivamente, en el contenido del sobredicho estudio de títulos, que si bien no muestra objeciones relativas a la titularidad de la heredad, sí expone esa serie de discrepancias a que se refiere la demanda en cuanto toca con su área, pues entre los hallazgos de los profesionales que lo hicieron está el hecho de que mientras catastralmente el predio cuenta con un área que apenas supera las 531 Has, el folio de matrícula

habla de 900 Has y la escritura por la cual el vendedor la adquirió reza que son 841 Has, algo que ameritaba, para los autores del estudio, unas acciones previas de la entidad antes de comprometerse a adquirirlo, pues aunque estos certificados catastrales “*no constituyen títulos de dominio, la diferencia existente en la información existente (sic) en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y la existente en la Oficina de Catastro de la Alcaldía Municipal de Puerto López respecto al área **es significativa**, en especial por las implicaciones fiscales que se derivan de ésta por cuanto actualmente se ha venido calculando el valor del impuesto a cargo sobre un área bastante menor a la que debería estar cobrando*” (folio 5 del cuaderno 1).

Tan importante era la advertencia que hacía el estudio, que resaltó y subrayó la expresión “*significativa*”, para que ésta no pasara inadvertida, especialmente cuando, a renglón seguido señalaron como conclusión: “*Llamamos la atención acerca de la necesidad de hacer una verificación material del área y linderos reales del inmueble mediante visita al predio preferiblemente con la asistencia de un topógrafo o arquitecto, para adquirir certeza de la extensión real de los inmuebles y sus implicaciones fiscales futuras*”. Y no se detuvieron ahí. Al conceptuar finalmente sobre la posible adquisición del inmueble, advirtieron que esto era viable, aunque se recomendaba verificar “*si las medidas establecidas como cabida y linderos corresponde a las medidas reales en terreno, para adquirir certeza acerca de la extensión real del mismo*”, para, con ese resultado, determinar las implicaciones fiscales de la diferencia en el área; verificar, antes de la firma de la escritura, cuál era la situación fiscal del inmueble; y obtener el concepto de uso expedido por la secretaría de planeación municipal, para determinar el grupo de manejo de producción agropecuaria correspondiente al inmueble, así como la determinación de las volumetrías, alturas, índices de construcción, etc., al igual que las afectaciones viales y/o ambientales que pudieran afectarlo.

2.5. Sin embargo, al abordar el punto en la sesión de 1° de septiembre de 2008, nadie habló con el objeto de que las cosas se aclararan, a sabiendas de que ese era tema conocido en el comité de tierras, del que formaban parte dos de los miembros de la junta directiva. Reza ésta, que el secretario de la reunión, otra vez Echeverri Campuzano, “*comentó que debido al*

avance de las negociaciones con los propietarios de las tierras en el desarrollo del proyecto con Ecopetrol, es necesario adquirir la totalidad de las acciones de dos sociedades en Panamá, las cuales son las actuales titulares de dos predios claves. Así, las acciones a adquirirse corresponden a la sociedad AMANDINE HOLDINGS CORP (correspondiente al predio Kari kari y Lituania) y a la sociedad LOS ARCES GROUP CORP. (correspondiente al predio la Conquista)". Y prosigue: "Una vez analizada esta solicitud, los señores miembros de la Junta Directiva autorizaron de manera unánime al Representante Legal para que adquiriera el 100% de las acciones de las sociedades mencionadas anteriormente en Panamá" (subrayas fuera de texto).

Ocurre, a pesar de lo expresado así en el acta, que ahora dicen que ni Fonseca Pacheco, ni Echeverri Campuzano ni el finado Ortiz Torres sabían del estudio de títulos que estaba a su disposición desde el 23 de julio anterior, según lo aducen en sus respuestas a la demanda, donde sugieren, inclusive, que el hecho de que Roa Márquez lo conociera, no implica que alguno de ellos haya estado certificado de su existencia, ora, de su contenido, y menos de sus advertencias para la adquisición del inmueble, lo que, contrariando aquel principio que invoca la apelación, conforme al cual nadie puede alegar su propia torpeza en su defensa, bien podría admitirse para exculparlos de la eventual responsabilidad que les cupiera por haber aprobado la operación en la forma en que lo hicieron.

3. La cuestión es que, lo mínimo que se esperaba de cada uno de ellos era que precaviera las repercusiones que la decisión llegara a tener de cara a los intereses de una sociedad que, para ese momento, iba a cambiar sustancialmente debido a la participación que en ella estaba próxima a darse por parte Ecopetrol, que a través de Andean Chemical Ltda., entraría como inversionista al proyecto, adquiriendo buena parte de la participación accionaria, por supuesto que si ya para el 1º de septiembre de 2008 esos acercamientos con la petrolera estatal estaban a punto de materializarse, es ostensible que cualquier decisión que fueran a tomar esos miembros de la junta directiva de la entidad, debía consultar no solamente sus intereses, sino los de la sociedad que adquiriría parte de sus acciones.

3.1. Además, es claro que sus funciones como miembros de la junta directiva, particularmente la de proceder a la autorización de los contratos -en general-, no se agotaba allí; antes bien, conllevaba la exteriorización de actos positivos de diligencia tales como el examen de las condiciones financieras, el estudio de las propuestas, evaluación técnica, económica y jurídica de implementación, cuanto más siendo ellos -dos por lo menos- miembros de la junta y a la vez formaban parte del comité de tierras- por lo que les competía la carga de verificación de los estudios que les presentaron, de tal suerte que si teniendo en sí esas funciones, que por supuesto implicaban obligaciones y responsabilidades, la única forma de liberarse de estas últimas en un juicio de responsabilidad como el que se les sigue dentro del presente proceso, era acreditando que realizaron actividades positivas tendientes a la protección de los intereses de la sociedad, tanto en el seno de la junta, como en el comité, donde la representaban, por modo que si nada hicieron tampoco allí, y probatoriamente no hay ninguna prueba que conduzca a lo contrario, es obvio que su inactividad les genera responsabilidad al presentarse la inconsistencia entre lo pagado y lo recibido, llámense acciones o hectáreas de tierra; dicho de otro modo, la responsabilidad de los miembros de la junta sometida a juicio, no deriva simplemente de la autorización que dieron para la compra de acciones, sino en la responsabilidad de materializar la operación cuyo propósito era comprar terrenos para el proyecto de Etanol, lo que comprende las actividades ya descritas, espectro de la responsabilidad que acompasa con la naturaleza de la acción ejercida en la demanda, en cuanto que la pretensión y los hechos en que se funda permiten interpretarla de esa manera, sobre todo porque resulta consecuente con lo que se dirá adelante en torno al daño.

3.2. A propósito de lo anterior, es bueno resaltar que los estatutos de la sociedad, que para ese instante no habían sido modificados en ese aspecto en particular, establecían, según reza la escritura No.5662 otorgada el 13 de diciembre de 2005 en la Notaría 24 de esta ciudad, en su artículo quincuagésimo primero, que entre las funciones de la junta directiva de la sociedad estaba la de *“autorizar al representante legal para: (i) celebrar cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y celebrar cualquier acto o contrato cuando la cuantía del acto o contrato por operación exceda la cantidad de QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS (...) legales mensuales vigentes”*, comprendiéndose, en

todo caso, que *“tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o negocio comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines”*, es absolutamente claro para el Tribunal, que con prescindencia de las decisiones que tomara en esa sede técnica que en últimas resultó siendo el comité de tierras acerca de la viabilidad de adquirir un predio en específico, donde dos miembros del órgano decisorio de la sociedad intervenían, a la junta, mientras no se la hubiere relevado de sus funciones estatutarias, era a la que concernía la determinación final.

Conclusión que, bien vale recalcarlo, encuentra respaldo en lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, según el cual, entre los deberes de los administradores de la sociedad -y en verdad que los miembros de la junta directiva lo son, pues así lo declara el precepto 22 del mencionado cuerpo normativo al incluirlos en ese listado restrictivo de funcionarios que ejercen la administración de este tipo de entes-, está el de *“obrar con buena fe, con lealtad y con diligencia de un buen hombre de negocios”*, conscientes de que *“sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta el interés de los asociados”*, lo cual no es más que la reafirmación del conocido principio fundante y angular del derecho privado consagrado a nivel positivo en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, que en lo básico, de acuerdo con el profesor Guillermo Ospina Fernández, implica que los actos jurídicos deben ser cumplidos *“con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración”* (Teoría general del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis S.A., 7ª Ed. 2019, pág.321); como lo explica Karl Larenz: *“Siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe”* (Derecho Civil, parte general, capítulo II, pág. 13).

3.3. La buena fe y la lealtad de esos miembros, a la verdad, obrando con tamaña ligereza, no puede estar a salvo de reproches en el ámbito en que se los encara dentro del proceso, y menos considerar que pudieron caer en omisión por ingenuidad o falta de experiencia en esos quehaceres, pues, por ley,

esa no es opción cuando de la responsabilidad de los administradores de una sociedad se trata, quienes en sus actuaciones deben “*emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social*”, sin perder de vista el “*derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátase de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obran con nosotros decorosamente*” (Cas. Civ., Sent. 23 de junio de 1958); esto reclama de los administradores la diligencia que emplearía un hombre de negocios, expresión traída a la legislación colombiana en 1995 de la ley argentina, que a su turno imitaba la normativa norteamericana, al igual que la española, donde la Ley de sociedades anónimas de 1989 señala que “*los empresarios desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante legal*”, que si bien recuerda esa gradación de culpa a que se refiere el artículo 63 del Código Civil, a criterio de la doctrina no coincide exactamente con el concepto que tiene en el ámbito societario.

Lo que interesa al juicio, pues, es que el Legislador de 1995 haya acomodado la ley a esos criterios que venían imponiéndose en el orbe desde hace ya varias décadas, todo con el propósito, indiscutible, por supuesto, de conjurar esa ambigüedad que en relación con la responsabilidad de los administradores fiduciarios, como los apellida la jurisprudencia anglosajona, se advertía en el ya añoso Código de Comercio, que sin mayores miramientos repetía los principios generales de responsabilidad por dolo o culpa propios del derecho civil, cual lo anota un apreciado autor nacional, para precisar de manera mucho más asible los criterios para establecerla.

La expresión buen hombre de negocios, según el autor aludido, “*debe entenderse como aquella diligencia que pondría un comerciante normal en sus propios negocios. Como afirma con certeza NARVAEZ GARZÍA, en opinión que compartimos plenamente, ‘esta precisión es valedera en la hora actual en que la ausencia de valores éticos daría pie para estimar que el buen hombre de negocios es el más habilidoso o el que ha logrado acumular riqueza en el contrabando, el narcotráfico o en razón de las ventajas obtenidas del Estado como recompensa por sus aportes pecuniarios a las campañas electorales’* ”

(Reyes Villamizar, Francisco, Derecho societario, T.I. Ed. Temis S.A, Bogotá, 2014, pág. 589), de donde, si bien es factible que la gestión de estos cause pérdidas al ente societario y a sus socios, incluso a terceros (artículo 200 del Código de Comercio), no es descaminado pensar que, de todos modos, pueden liberar su responsabilidad si al adoptar las decisiones que llevaron a esos estadios estuvieron precedidas de una *“particular diligencia que representa una forma de actuar propia de personas conocedoras de las técnicas de administración. Se trata, pues, de un patrón de conducta más estricto, que trae consigo una evaluación seria e informada de las principales opciones de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones”*, desde luego que, tratándose de una obligación de medios, no de resultado, esto viene factible, siempre y cuando las decisiones se tomen *“con pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que se relacionan con ellas”* (ob. citada, págs. 447 y 448), como a propósito ya lo tiene dicho la Delegatura de procedimientos mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, entre otras ocasiones, en sentencia 801-72 de 11 de diciembre de 2013, proferida el en caso de PHARMABROKER.

La doctrina norteamericana, cuyas normas de responsabilidad de los administradores, ya se anotó, son la base de la legislación colombiana, ha adoptado la regla del juicio de negocios o de la discrecionalidad (*business judgement rule*), según la cual estos son autónomos en la toma de decisiones, siempre que obedezcan a un prudente juicio por parte del administrador, la que si bien no pudo entronizarse positivamente en la legislación colombiana, pues el proyecto tramitado en 2017 con dicho propósito se hundió en el Congreso de la República, ha llevado a la Superintendencia de Sociedades a analizar el comportamiento de los administradores con ese enfoque, aunque siempre ha resuelto tomando en cuenta el criterio legal de buena fe, diligencia y cuidado, lo que ha llevado a plantear, por parte de otra autora nacional, Marcela Castro de Cifuentes, citada en el texto de Reyes Villamizar, que *“muchas veces, en el desarrollo de la empresa social, resultan pérdidas o perjuicios para la sociedad como consecuencia directa o indirecta de decisiones tomadas por los administradores, pérdidas que son, finalmente un riesgo inherente a la vida de los negocios. Si estas decisiones o medidas son adoptadas de buena fe y en uso de buen juicio por parte de los administradores, las cortes no entran a*

cuestionarlas como violatorias del deber de cuidado. En esta sana actitud de los tribunales bajo el common law, que respeta la independencia y criterio de los administradores en cumplimiento de su encargo, ha sido llamada la regla de la discrecionalidad”, aplicada en un célebre caso (Aronson contra Lewis) donde se enfatizó que ésta entraña una regla conforme a la cual, “cuando los directores de una sociedad adoptan una decisión de negocios, ‘se presume que lo han hecho con pleno conocimiento e información. Los directores tienen el deber de obtener, con anterioridad a la adopción de una determinación, toda la información relevante que razonablemente pueda estar a su disposición’ [Del. Supr., 437 A, 2d, 805 (1984)]” (ob. citada, pág. 449).

3.4. Obviamente, las alusiones doctrinales que anteceden no pueden ser en balde. Sobre todo si el más elemental escrutinio de las cosas, obliga a decir, como arriba se anotó, que si algo marcó el proceder de los accionados en esa sesión de la junta directiva de la empresa celebrada el 1º de septiembre de 2008, fue su desgreño y el menosprecio por los intereses de la sociedad. Si los miembros del órgano social iban a decidir sobre la adquisición de la heredad por vía de ese mecanismo ideado a última hora, lo mínimo que de ellos se exigía, repítese, era que contaran con toda la información relevante para la adopción de la decisión, algo que, evidentemente, nunca estuvo en mente cuando aprobaron la operación.

Tan incuriosos fueron que ni siquiera cayeron en cuenta que el bien en cuestión, para esa data, estaba en cabeza de Montañó Ferrer y no a nombre de la sociedad panameña con que se autorizó la sui-generis operación; incluso, no hay certeza de ninguna naturaleza que informe de la supuesta promesa que tenía la susodicha sociedad con la propietaria del predio, como para decir que esto obligaba o tal vez urgía, como reza el acta, adelantarse al normal devenir de las cosas, por supuesto que si ya en pocos días se formalizaría la negociación con Ecopetrol, y de hecho esto se hizo el 14 de octubre siguiente (un mes y 13 días después de la supradicha sesión de la junta directiva), qué apremio existía para autorizar la operación, si de todas maneras los miembros de la junta no perderían su condición de accionistas, como lo revelan los autos?.

Y, definitivamente, por qué no analizar esa extraña forma de negociar que los propietarios de tres predios, decidieron fijar a último momento, si, por lo menos hasta la oferta consignada en el documento visto a folio 10 del cuaderno 1, efectuada por Darío Montaña Ferrer a la empresa el 14 de agosto anterior, señalándole que el predio, de 900 Has valía seis mil millones de pesos (\$6.000.000.000), todavía no se había vencido, desde que al hacerla, el suscriptor de la misiva dejó en claro que la oferta “tendría una validez de 60 días a partir de la fecha”; luego, de ser cierto que éste había celebrado una promesa con un tercero, es potísimo que el tema ameritaba discusión al momento de autorizar una operación de un monto importante, como lo fue el convenido por la adquisición de Los Arces Group Corp.

Así, entrar en valoraciones acerca de la confesión que derivaría de la inasistencia de dos de los demandados a la audiencia donde absolverían el interrogatorio de parte que en sobre escrito había previamente radicado el apoderado de la demandante, es inane, pues su omiso comportamiento como integrantes de ese órgano de gobierno de la sociedad, aceptado sin cortapisas por ellos en su respuesta a la demanda, es suficiente para establecer que, en efecto, incumplieron los deberes legales y estatutarios que les concernía en esa función, situación que, en la perspectiva del litigio, es suficiente para acceder a las súplicas de la demanda.

Y, en verdad que la demanda está llamada a prosperar, porque nada de lo invocado por los demandados en su defensa, al margen del peregrino argumento de que no tuvieron a su disposición el estudio de títulos tantas veces referido, tiene el peso bastante para desmarcarlos de esa desidia que mostraron en la adopción de la determinación controvertida en el proceso, pigracia que escuetamente constituye prueba de culpa.

4. Alegan, en este sentido, que quien tomó la determinación fue el comité de tierras. Y que quien la ejecutó, fue la nueva administración de la sociedad, que asumió unos días después de la decisión. Ciertamente, si se examinan las actas del susodicho comité, en él se aprecia que sus integrantes dieron esa aprobación en esa sede técnica dispuesta para analizar el tema de la gestión de tierras para el proyecto.

4.1. Leída el acta del comité realizado el 30 de julio de 2008 (folio 573 del Cuaderno 1, T.I), al que concurren Hans Moreno y José Daniel López, por Ecopetrol, Juan Carlos Roa y Henry Echeverry, por Bioenergy, y Fernando Gaviria, por Visión de Valores, se hizo un resumen de lo acordado con Camilo Marulanda en una reunión anterior llevada a cabo el 21 de junio, se *“acordó la conformación de un comité de tierras encargado de integrar esfuerzos entre Ecopetrol, Bioenergy y Visión de Valores para lograr en forma eficiente y ágil la adquisición de las tierras, revisar y aprobar los procedimientos y las gestiones para el cierre de las compras y los contratos CEP”*. Asimismo, *“se presentaron cinco escenarios para el aseguramiento de las tierras, en función de la distribución de las 23.000 has identificadas para la compra y CEP en los alrededores de La Esperanza y el corredor Puerto López-La Bonga (Km. 55)”*; *“Se presentó el procedimiento de compra mediante la Estructura de Fiducia en un proceso de uno a cinco años para el traspaso de la propiedad de la Tierra del Patrimonio Autónomo a Bioenergy. Durante ese lapso de tiempo: 1) Bioenergy tiene el comodato del predio; 2) Se presentan autoavalúos al Igac para justificar un aumento del valor catastral del predio. Simultáneamente, con la constitución del Patrimonio Autónomo (PA), donde el propietario traspasa la propiedad del predio al PA, se firma la promesa de compraventa entre Bioenergy y el vendedor”*. *“Corpoica presentó el estudio para ambos predios, el cual está en revisión por parte de Bioenergy. Miguel López y Asociados debe estar presentando su informe el lunes 4 de agosto”*.

En los resúmenes de negociaciones de predios para compra anexos al anterior documento, se observa, en efecto, que para ese primer comité, ya se estaba analizando la adquisición del predio La Conquista (folio 581), donde, identificados como “fincas clave”, se tenían los siguientes datos:

No.	Nombre predio	Área	Valor M COP	\$/Ha MCOP	Distancia a Km	Promesa Compra	...Análisis agrotécnico	Estructura compra	Estado diseño agrícola	Propietario
5	La Conquista	857	\$6.000.000	\$7.000	40	En elaboración PH&R	C	Por definir		Inv. Montaña y Toro y Cia

Al respecto, obra también en el proceso, un documento elaborado por los ingenieros agrónomos Jaime José Triana Restrepo y Jesús Enrique Prieto Chala, y por el ingeniero agrícola Albert Julesmar Gutiérrez Vanegas, donde conceptúan sobre la aptitud de los suelos del predio La Conquista para el establecimiento de sistemas productivos en ganadería extensiva e informan de sus conclusiones acerca de su idoneidad para esto, por razón de su ubicación, la posibilidad de contar con sistemas de riego derivados de su colindancia con la laguna La Conquista, alimentada por el caño Ipapa y su topografía y drenaje, según observaciones efectuadas en su visita al fundo, realizada el 29 de junio de 2008.

4.2. El acta del comité del 8 de agosto siguiente concreta más las cosas, relativamente al predio La Conquista. Concurrieron a la reunión las mismas personas que estuvieron en la anterior, más Juan Camilo Romero, por parte de Ecopetrol, y dos invitados, Adriana García y Alexander Cadena, y a vuelta de anotar la importancia de contar con el Acuerdo Vinculante, frente a lo cual *“BE resaltó la necesidad de tener este documento acordado y firmado antes del 22 de agosto con el objetivo de poder cumplir con un cronograma de actividades para la compra de tierras, inicio del Plan Agrícola (aprovechar el verano 2008-2009) y en general el cronograma del proyecto con el fin de hacer cierre financiero en primer trimestre 2009”*, se presenta un cuadro denominado Tabla de Control de Actividades, donde el principal protagonista es el miembro de la junta directiva Henry Echeverri, tras de lo cual *“[s]e concluyó con los miembros del comité que en el tema específico de consecución de tierras, la información suministrada por parte de Bioenergy era suficiente para la toma de decisiones y la ejecución efectiva de la compra de los predios de manera inmediatas. Solamente se adicionó la necesidad de pedirle a los propietarios nos suministren una oferta comercial por escrito, con, objetivamente, validez de 60 días”*.

La ficha de avance de actividades definida en el comité de 30 de julio (folio 597), indicó que ya estaban los *“[r]eportes de Corpoica y MLA completos para Kari Kari, Rancho Bravo, El Cedro, Los Gemelos, La Piragua, La Venturosa, La Conquista, Santa Ana y Beralhi”*, información que, a su turno, se plasmó en dos cuadros vistos a folios 599 y 601, donde, ubicado el predio en los escenarios

4, 5 y 6, se menciona su área en hectáreas: 900; el propietario: C. Darío Montaña; el valor de compra: 6.000.000; **el precio por Ha COP/Ha: 6.667**; la Distancia a La Esperanza en kilómetros: 54; la estructura de compra: venta compañía de holding; área neta utilizable Ha: 810; área neta utilizable %: 90%; y precio área neta: 7.407 (Destaca la Sala con negrillas y subrayas).

A folios 606 y 607 milita una ficha contentiva de la información relevante del predio, donde al margen de la información reflejada en el cuadro reseñado hace un instante, reiterándose que el precio/hectárea es de 6.667 COP M, y el de área neta Ha 7.407 COP M/Ha, hay una casilla destinada de “documentación compra”, en que se contiene la siguiente información:

Documentos Compra				
<u>Estudio de Títulos</u>	<u>Estado</u>	<u>Responsable</u>	<u>Promesa de Compra</u>	<u>Documento de</u>
1. Títulos recibidos por Bioenergy:	Recibidos	Henry/Alejandro	Borrador de promesa de compra: en elaboración	<u>Fiducia</u>
2. Títulos enviados a PHR:	Enviados	Natalia	Promesa enviada a vendedor: Pendiente	Hoja de
3. Estudio de títulos recibido:	Recibido	PHR	Promesa Firmada: Pendiente	Términos
Concepto Estudio de Títulos			Condiciones Promesa de Compra	
Concepto favorable con las siguientes recomendaciones			Fecha mm/dd/aa	
1. Revisión Topográfica del área. 2. Actualización de áreas y linderos en la escritura pública y sus implicaciones fiscales. 3. Verificar los impuestos de pago de impuesto predial o de valorización. 4. Obtener el concepto de uso de planeación de Puerto López			Precio \$	
			Forma de Pago	
			Arras \$ mm/dd/aa	
			Saldo \$mm/dd/aa	
			Vendedor:	
			Firma de Escritura	
			mm/dd/aa	

4.3. Obviamente, contrastada esa información que tenían dos miembros de la junta directiva que participaban del comité de tierras, con lo expresado al oponerse a la demanda, salta a la vista una indignante falta de lealtad de esos miembros para con la sociedad, pues además de que no es cierto, de ninguna manera, que el tema de la discrepancia en las áreas que se reflejaba en el certificado catastral y el título de dominio y el folio de matrícula inmobiliaria haya sido algo superado en alguna instancia anterior a la sesión de la junta directiva del 1° de septiembre de 2008, pues el documento transcrito deja en claro que esto debía esclarecerse, no es cierto que ninguna alusión al

área del predio se hubiera hecho a efectos de calcular su precio en moneda colombiana.

Que en esos documentos se diga cuál es el valor de cada hectárea y, a su vez, se precise cuál es el precio de cada una de ellas calculado sobre la base de sus posibilidades de utilización, es dicente; para Ecopetrol y para el comité de tierras, como en últimas alcanza a descubrirse en los testimonios de Hans Ronald Moreno, miembro del grupo de análisis del proyecto, y Juan Camilo Romero Díaz, el *'trader'* de la mesa de productos de la petrolera, quienes dieron su versión en el proceso, el área era un dato del mayor interés para el comité, de donde, es indiscutible, creer que el predio se adquirió a ese exorbitante precio que finalmente se le dio por efecto de la *'estructura'* del negocio, por razones diferentes, cual se plantea en la defensa de Roa Márquez, carece de todo asidero. Sobre todo porque pierde de vista que el objetivo del proyecto era sembrar caña de azúcar para, a partir de ella, producir biocombustible, de tal suerte que entre mayor número de hectáreas sembradas, mayor sería el volumen de producción del desarrollo; luego, reiterase, el área era medular en la negociación.

4.4. Conclusión que se reafirma con las acciones que casi de inmediato emprendió la empresa, ya con sus nuevos participantes, para confrontar al vendedor por haber entregado un área sensiblemente inferior a la negociada, como en efecto lo revela el estudio topográfico que a solicitud de la empresa realizó el topógrafo Raúl Alberto Velasco A. a comienzos de 2009 (folios 52 a 54 del cuaderno 1), documento aportado como anexo de la demanda que, en últimas, no ofrece motivos de discusión, y la querrela que por aprovechamiento de error ajeno se le formuló a mediados de dicho año (folios 1005 y siguientes del cuaderno 1, T I), presentada por el propio Juan Carlos Roa Márquez ante la Fiscalía General de la Nación, tratando de persuadir al ente investigador de que Darío Montaña Ferrer junto con su abogado, Luis Eduardo Nieto, y con José Alberto Morillo, se confabularon para venderles el predio haciéndole creer a la empresa que su área era de 900 Has, cuando esto no era cierto.

Lo que llama la atención de la denuncia, bastante nutrida en datos de la negociación y de la vendedora, es que enmudezca frente al estudio de títulos que hizo Posse, Herrera & Ruiz desde mediados del año anterior, a sabiendas de que la piedra de toque del asunto estaba ahí; el autor de la denuncia se duele de los hallazgos posteriores a la entrega de la heredad, cuando se hicieron los *“respectivos levantamientos topográficos que permitieran el inicio de las actividades de planeación y adecuación”* de ésta, laborío del que se estableció que el terreno adquirido contaba apenas con 547 Has + 3.628,67 mts², pero convenientemente se guarda de decirle a la Fiscalía que él y Echeverri Campuzano estaban muy enterados de esa circunstancia desde mucho antes de que el negocio se concretara con la sociedad de las Islas Vírgenes Británicas, creada por esos días y cuyo representante, a propósito, era el nombrado abogado Nieto, como bien se menciona en la citada querrela.

5. La querrela, además, indica que *“Bioenergy S.A. en la adquisición del mencionado predio pagó en exceso motivado por este error una suma aproximada de DOS MIL TRECIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL TRECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS MCTE (\$2.337'581.333) correspondiente a un área de tierra ofrecida y no entregada finalmente”,* es decir, le fue entregada *“solo el 61% de la extensión que preliminarmente ofreció DARÍO MONTAÑO FERRER, generándose un ostensible desfase en el objeto generado por este error descubierto”,* el cual *“resultaba tan determinante para BIOENERGY que obviamente de haberse conocido previamente, no hubiera celebrado el negocio o por lo menos no hubiera pagado el precio que canceló”.*

A juicio del Tribunal, si ya desde mediados de 2009 el demandado Roa Márquez pregonaba ante la Fiscalía que había un detrimento patrimonial para la empresa de más de dos mil trescientos millones de pesos (\$2.300.000.000), ese argumento defensivo exhibido ahora en el proceso se ofrece bastante deleznable, pues amén de contradictorio con su propia postura frente al hecho, no hace cuenta de que, como arriba se anotó, el éxito del proyecto estaba supeditado al número de hectáreas aptas para sembrar caña de azúcar.

Cierra la querella remitiéndose cándidamente al segundo estudio de títulos que realizó el consorcio Chaín Vargas – Gip, Jaime Raúl Duque Henao el 11 de septiembre de 2008 (folio 613), donde, en efecto, no se hacen reparos alusivos al área de la heredad, para sostener que habiendo mediado ese análisis de esa firma, la empresa no tenía forma de establecer, al momento en que la negociación se materializó, que el querellado se estaba aprovechando del error ajeno para cobrar ese exceso cuya repetición pretendía la demanda; pero omite decir que jamás ese estudio involucró el cotejo de las áreas certificadas por catastro y las citadas en los títulos y el certificado de matrícula inmobiliaria, dejando entrever una innoble intención de mantener oculto lo que desde hacía prácticamente un año, sabían él y el otro demandado que hicieron parte del comité de tierras, y que debieron conocer los otros miembros de la junta directiva cuando, se repite, decidieron autorizar la operación.

5.1. Al examinar la escritura No.10295 otorgada el 27 de noviembre de 2008 en la Notaría 71 de esta ciudad, por la cual la sociedad panameña Los Arces Group Corp, representada por Adriana Lucía Motta Barreiro, adquirió de Inversiones Montaña Toro y Cía. S. en C. Montor, el predio La Conquista, negociación que se hizo por la suma de \$485'000.000, observa la Sala que los tiempos entre las operaciones no encajan, pues si el documento de intención suscrito entre Bioenergy, representada por Henry Echeverri Campuzano, y Bosanova Finance Development Corp y Los Arces Group Corp, representadas por Luis Eduardo Nieto, quien, decíase, era el apoderado de Montaña Ferrer, se suscribió el 25 de septiembre de 2008, no se entiende por qué tanta anticipación a la autorización de la operación, si el bien no estaba todavía en manos de la sociedad cuyas acciones estaba comprometiéndose a adquirir Bioenergy.

Sin embargo, más allá de esto, es bueno resaltar que si la defensa de los demandados está en que, con todo, los verdaderos responsables de la adquisición del bien en esas condiciones desfavorables que se demuestran en la mentada querella, fueron los miembros de la junta directiva y la administración que asumieron inmediatamente después de que ellos terminaron en sus funciones, habría que oponer a ese argumento el hecho de que, con prescindencia de cuánta juridicidad mediara en tal planteamiento, es clarísimo que si Roa Márquez y Echeverri Campuzano mantuvieron esa presencia en la

Compañía, representando esas sociedades que después vinieron a ser partícipes de la demandante como promotoras, según se advierte del organigrama visto a folios 562 del cuaderno 1, TI (BioOriente Panamá S.A., BioOriente S.A., BioOriente 2 Ltda. y BioOriente 1 Ltda.), sociedades cuya composición accionaria es la indicada en las certificaciones vistas a folios 564 y siguientes, es imposible tratar de desplazar su responsabilidad a esas personas, pues, a la postre, el negocio se mantuvo tal y como lo aprobaron, con su intervención; y no incidental. No, su protagonismo en la consolidación de la operación fue activo, cual lo demuestran esos documentos a que viene refiriéndose esta decisión.

5.2. Al proceso arribaron varias pericias que conceptúan sobre el valor del predio, en el área que finalmente fue efectivamente transferida a la demandante; y en un diligente esfuerzo, trataron los demandados de persuadir al juzgador, de que si el valor del predio resultó ser el tasado en esos documentos, muy cercano al precio que pagó la sociedad por él, ningún detrimento patrimonial podía deducirse de su incuria al tomar la decisión de adquirirlo mediante la operación aludida tantas veces aquí, sin tomarse el trabajo de revisar la información a su alcance, para establecer si aquél coincidía con lo que se estaba adquiriendo.

Pero, mirando cuidadosamente esas pericias, empezando por la que en copia simple aportó el demandado Roa Márquez con la contestación de su demanda (folio 761), donde una firma denominada AAA conceptúa sobre el valor del inmueble señalando que para el mes de diciembre de 2011 ascendía a \$5.100'000.000, siguiendo por el que realizó el perito Álvaro Sánchez Mosquera (folios 1649 y siguientes del cuaderno 1 T III), que lo calculó en \$5.310'000.000, a razón de \$10'000.000 la hectárea, para 2016, muy poco cabe añadir para concluir que no es cierto que esa valoración resulte determinante para desconocer la existencia del detrimento patrimonial para la entidad, desde luego que si la inversión no tradujo, con el paso del tiempo corrido entre la operación y la fecha en que el experto calcula su valor, una valorización como la que sugieren los demandados, es lógico que la discrepancia en el área de lo adquirido con la extensión real del fundo debe estimarse como un daño, en tanto las acciones adquiridas están representadas exclusivamente por el susodicho

inmueble, conforme emerge del propio contrato de compraventa de aquellas, entre otros documentos.

La laguna La Conquista, que linda con la finca, que supuestamente incrementaría su valor debido a las facilidades que tendría la empresa para tener un suministro de agua cercano, por lo demás, no representa ese plus que en su valoración se expone por la defensa, pues, como bien quedó acreditado pericialmente, tanto en la experticia que rindió el perito Sánchez Mosquera, como el que rindió el perito Guillermo Alfredo Cadena Sánchez, el uso de las aguas de ese acuífero no depende de cuánto desee el colindante utilizar, sino de cuáles son las directrices que fije la autoridad ambiental para ello; y al respecto nótese que Cormacarena no le ha expedido autorización al predio para servirse de las aguas de la laguna, obviamente, entonces, que el planteamiento es pura especulación y, por lo mismo, carente de influjo en la determinación del perjuicio que los accionados causaron a la empresa por su negligencia e incuria.

Se aduce, por otro lado, que no es factible hablar de detrimento patrimonial, si los estados financieros no lo reflejan, planteamiento que si bien ameritaría discusiones en el ámbito puramente contable, particularmente cuando en el evento, esos mismos estados financieros incorporan una partida que lleva el nombre de “litigios”, donde se registra un monto de \$2.337’581.000 para los años 2010 y 2011, por supuesto, en ese orden de cosas, que si la objeción al daño está en su contabilización, solo aludiendo a esta anotación contable, ésta se caería de su propio peso, si en realidad contara con él.

6. Las excepciones propuestas por los demandados, esto es, las fundadas en que “no existió daño” ni “conducta culposa”, tampoco “vínculo causal entre la conducta” de Fonseca Pacheco y Echeverri Campuzano, “culpa de un tercero” y “culpa de la víctima”; al igual que las de “inexigibilidad de la responsabilidad” del *de cuius* y sus sucesores hereditarios, “responsabilidad derivada de la adquisición indirecta del predio ‘La Conquista’ no es imputable a los demandados”; “inexistencia de la relación de causalidad y del daño”, “culpa de la sociedad demandante” y “los contratos de adquisición de las acciones de Los Arces Group Corp podrían estar afectados de nulidad absoluta por objeto ilícito”, formuladas por los herederos de Jorge Ernesto Ortiz Torres, y las de

“inexistencia del daño”, “la indeterminación de la decisión implica que no es causa eficiente”, “culpa exclusiva de la víctima”, “daño atribuible a un tercero”, y “requisitos para aprobar la acción social de responsabilidad”, formuladas por el demandado Roa Márquez, no están llamadas a la prosperidad.

6.1. Las que controvierten la responsabilidad, en sí mismas, en cuanto que, de acuerdo con lo elucidado hasta aquí, pierden de vista que si algo contribuyó eficientemente a que el daño para la sociedad se consumara, esto fue precisamente su manera de obrar; la culpa probada, condensada en la autorización de la junta directiva representaba el último cedazo por el que debía atravesar el proceso de adquisición de un bien, antes de su autorización, y la ausencia total de acciones de parte de los miembros de ese órgano societario en el comité de tierras, con miras a proteger los intereses de la sociedad, cuando se analizó la viabilidad de la operación; esto, obviamente, cargaba en hombros de sus miembros una mayor responsabilidad en la aprobación de cada negociación, y más aún en ese momento por el que atravesaba la entidad, en que, es bueno acentuarlo, luego de un proceso de acercamiento buscado por la firma que el año anterior habían contratado para que consiguiera un inversionista que le inyectara recursos al proyecto, Ecopetrol le había apostado a éste aportando una cifra superior a los veinte mil millones de pesos para la compra de predios en ese objetivo, situación que, por supuesto, exigía de la junta directiva, ya en sus últimos días en su gestión, la mayor diligencia en ese tipo de decisiones.

Claramente, diligencia fue lo último en que repararon, pues sin siquiera verificar el sobredicho estudio de títulos, que, a decir verdad, era lo mínimo en que podían detenerse, prorrumpieron con la autorización de la compra, sin siquiera reparar en esos antecedentes de los que ya se hizo referencia en este fallo, situación que repele, sin muchos atisbos, una eventual culpa en la empresa, o bien en un tercero, pues la aprobación de la operación y la suscripción del documento de intención de compra, fue un punto de no retorno que sólo ellos, sabedores de las incidencias de la negociación, pudieron haber evitado.

Y siendo que probatoriamente no se estableció que Jorge Ernesto Ortiz Torres no estuvo en la susodicha reunión de la junta directiva, pues aunque al

dar respuesta a la demanda sus herederos aportaron un concepto grafológico que desdecía de la autenticidad de la firma impuesta en la misiva dirigida a la Cámara de Comercio en que éste aceptaba el cargo, es muy de notar, sin embargo, que en el proceso se realizó otra pericia al respecto por parte del grafólogo José del Carmen Romero Tinjacá (folios 1791 y siguientes del cuaderno 1, T. III), donde se concluyó que esa firma era atribuible al causante, desde luego que, ante esa evidencia, no queda más que estarse a las conclusiones que se expusieron respecto de su responsabilidad, sin que al efecto pueda atenderse la objeción que los sucesores de Ortiz Torres opusieron al concepto pericial, debatidas en la audiencia celebrada el 15 de enero de 2018, controversia que, de ninguna manera, autoriza denigrar del concepto pericial, cuya “solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad”, imperan adoptarlo como fuente de convicción (artículo 232 del Código General del Proceso).

6.2. Las excepciones que ponen en duda la realidad del daño, porque, como quedó explicado atrás, el detrimento patrimonial es algo que surge de aquello que la doctrina autorizada conoce la *res ipsa loquitur* [la cosa habla por sí misma], aplicado en eventualidades como la de ahora por la jurisprudencia, pues, a la verdad, no hay que ir muy lejos para saber que el detrimento que en su patrimonio padeció Bioenergy por causa de la omisión de su junta directiva, se obtiene del resultado de una operación aritmética simple, esto es, de restar del valor pagado por el predio, es decir, por la totalidad de las acciones de la sociedad Los Arces Group Corp., pues esa fue la forma que concibieron para adquirirlo, el precio que tendría el área realmente recibida, esto es, las 549 Has + 3.628,67 mts² que según el topógrafo que hizo la mensura del predio en enero de 2009, tiene éste verdaderamente. Por supuesto, si lo adquirido fue el 100% de las acciones de la prenombrada sociedad, representadas exclusivamente en el susodicho inmueble, al reducirse la extensión de éste obviamente el daño es directamente proporcional al número de acciones compradas y, por contera, el valor de las hectáreas de tierra que no fueron entregadas comportará el perjuicio irrogado.

Siendo ello así, el precio por hectárea debe calcularse tomando como base el área que según el título de adquisición, compró la sociedad panameña a Inversiones Montaña Toro S.en.C, Montor, esto es, 841 Has, no como lo propone

la demandante, pues así se tenga que esa área se ofertó en las 900 Has que dice el documento del folio 10, o que se ponderó en el comité de tierras en 857 Has, lo cierto es que, al adquirir el paquete accionario de Los Arces Group Corp, habiendo mediado ese compromiso de *due diligence* de que se habló en la negociación, debe estarse a ese valor señalado en el instrumento, que aun cuando es de una fecha posterior, se remite al área reportada en la escritura de 1994, por la cual el vendedor adquirió el bien, que ciertamente son esas 841 Has mencionadas.

El resultado de la resta arroja un total de 291 Has + 371,33 mts², que son las que hacen falta para completar el total de hectáreas adquirido por la demandante al hacerse al total de las acciones de Los Arces Group Corp, de tal suerte que si cada hectárea, divididos los \$6.000'000.000 que se pagaron por cuenta de la negociación, entre las 841 hectáreas, tiene un valor de \$7'134.363,85, el monto a que asciende el detrimento patrimonial de Bioenergy sumaría \$1.935'766.094, cifra por la que, de acuerdo con lo elucidado hasta acá, se condenará a los demandados, la cual deberán pagar en forma actualizada y solidariamente.

6.3. La que aduce la nulidad de la negociación, dado ese propósito malsano que describen los herederos de Ortiz Torres, de no honrar las cargas tributarias que la venta imponía a los protagonistas del acuerdo, porque no se dan las condiciones para proveer al respecto, desde luego que si tal posibilidad solo tiene cabida cuando al proceso han concurrido quienes fueron partícipes del acuerdo de voluntades del que se deducen efectos jurídicos en el litigio, es ostensible que no habiéndose citado a todos los contratantes al pleito, dicha opción está cerrada.

7. Quedan por examinar las excepciones de prescripción y la denominada prejudicialidad.

La prejudicialidad -de la que nada dice en sede del recurso Roa Márquez-, es obvio, no tiene cabida, pues los resultados del proceso penal que pudo haber surgido a raíz de la querrela que se impetró contra el vendedor por aprovecharse, supuestamente, del error ajeno, es indiferente para los propósitos

de este proceso, donde la acción de responsabilidad deducida de los administradores de la demandante debe solventarse analizando la conducta que asumieron esos administradores frente a la ley y los estatutos de la sociedad, independientemente de cuánto ocurra con la reclamación que se le hace a Montaña Ferrer allá, de tal manera que lo que se diga en la sobredicha actuación penal no es determinante en esta averiguación.

Y la prescripción, porque no habiéndose promovido en el proceso esa acción contractual derivada del acuerdo de indemnidad que suscribieron la filial de Ecopetrol, Andean Chemical Ltd. con los promotores del proyecto, esto es, los accionistas de Bioenergy para el momento en que la negociación se concretó, por cuya prescripción aboga la excepción, fundamentándose en que transcurrieron tres años desde la suscripción del acuerdo de indemnidad al momento en que el demandado Roa Márquez se notificó del auto admisorio de la demanda, es imposible predicar prescripción de la acción de responsabilidad ejercida por la sociedad contra sus administradores, cuyo fundamento, de acuerdo con lo apuntado desde un comienzo, está en lo dispuesto por el precepto 200 del Código de Comercio, previsión que fue modificada por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, cuerpo normativo que si bien establece una forma de extinción de ese género de acciones por el paso del tiempo, no habla precisamente de caducidad, sino de prescripción, como bien se lee en el artículo 235 de dicho cuerpo normativo, con arreglo al cual “[l]as acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación de lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en la ley, **prescribirán** en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa” (el subrayado y resaltado no es del texto).

La defensa es consciente de su extravío a proponer la excepción y por ello intenta vanamente ubicar su argumento impugnatorio en el ámbito de la caducidad, que no requiere, como sí acaece con la prescripción por mandato expreso del artículo 2513 del Código Civil, ser alegada; y no de cualquier forma, lo ha dicho reiterativamente la jurisprudencia, así que, sin más miramientos, la defensa debe desecharse.

Al desplegar sus excepciones, este demandado cuestionó la legitimidad de la acción por no ver cumplidas las exigencias que, previamente a su ejercicio, debió agotar el máximo órgano de gobierno de la demandante; mas, revisados los pormenores de esas actuaciones previas, no observa el Tribunal omisiones que autoricen denigrar de la idoneidad de la decisión que dispuso ejercitar la acción de responsabilidad ventilada en el proceso.

8. La sentencia apelada, habrá de ser revocada para, en su lugar, declarar imprósperas las excepciones propuestas por los demandados y acceder a las súplicas de la demanda, decisión que irá acompañada con la condigna imposición en costas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Revocar la sentencia de 25 de abril de 2019 dictada dentro del presente proceso por el Juzgado 29° Civil del Circuito de esta ciudad, que negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta para ello las razones anotadas en esta providencia.

SEGUNDO. Declarar no probadas las excepciones propuestas por los demandados.

TERCERO. Declarar que los demandados, **Fabio Enrique Fonseca Pacheco, Henry Echeverri Campuzano, Juan Carlos Roa Márquez** y el causante **Jorge Ernesto Ortiz Torres**, incurrieron en culpa en su gestión como miembros de la junta directiva de la entidad demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

CUARTO. Declarar que los demandados, **Fabio Enrique Fonseca Pacheco, Henry Echeverri Campuzano y Juan Carlos Roa Márquez**, y la mortuoria de **Jorge Ernesto Ortiz Torres**, son solidaria e ilimitadamente responsables de los perjuicios que por culpa ocasionaron a Bioenergy S.A., por autorizar de manera unánime al Representante Legal para que adquiriera al 100% de las acciones de la sociedad LOS ARCES GROUP, en detrimento del patrimonio de la sociedad demandante.

QUINTO. Condenar a los demandados, **Fabio Enrique Fonseca Pacheco, Henry Echeverri Campuzano, Juan Carlos Roa Márquez** a la mortuoria de **Jorge Ernesto Ortiz Torres**, a pagar a la sociedad BIOENERGY S.A., la cantidad de MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON NOVENTA Y CUATRO (\$1.935'766.094) a título de daño emergente, más la actualización correspondiente de dicha cifra causada desde el momento en que se hizo la transferencia hasta la fecha en que se verifique el pago, con base en la variación del IPC.

SEXTO. Costas en ambas instancias a cargo de los demandados. Inclúyase en las del recurso, la suma de \$2'500.000.00, fijadas por la Magistrada Ponente. La secretaría del juzgado a-quo proceda de conformidad.

DEVOLVER el expediente al despacho de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA
Magistrada

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

COPIA DEL ORIGINAL FIRMADO

