



Superintendencia
de Sociedades

Jurisprudencia Societaria

2014



Superintendencia
de Sociedades

Jurisprudencia Societaria

2014

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA

Superintendente de Sociedades

José Miguel Mendoza

Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles

Colaboradores:

Luis Alfonso Riveros Garavito

Natalia Jacobo

Diagramación e Impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Marzo de 2014

Acerca de este libro

Desde su creación, en julio de 2012, la nueva Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades administra un foro especializado para la resolución de conflictos societarios. Este libro contiene una recopilación cronológica de algunos de los principales pronunciamientos judiciales emitidos por la Delegatura en los últimos dos años. Para facilitar la consulta de esta obra, a cada una de las providencias se le ha asignado una breve descripción, según la materia que fue objeto del proceso judicial correspondiente. El texto electrónico del libro se encuentra en la página de la Superintendencia de Sociedades (www.supersociedades.gov.co).

José Miguel Mendoza
Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles

Índice

PREFACIO.....	VII
I. MEDIDAS CAUTELARES.....	1
1. Proceso: Carlos Hakim Daccach contra Gyptec S.A.....	3
Asunto: Criterios para la fijación de cauciones.....	3
Pronunciamiento: Auto No. 801-015217 del 31 de octubre de 2012.....	3
2. Proceso: Carlos Hakim Daccach contra Gyptec S.A.....	11
Asunto: Mecanismos de protección consagrados en la Ley 1258 de 2008. Concepto de ‘tránsito’ hacia el tipo de la SAS.....	11
Pronunciamiento: Auto No. 801-016354 del 23 de noviembre de 2012.....	11
3. Proceso: Cámara de Comercio de Barranquilla contra Carcos Mantenimiento de Equipos SAS y otros	25
Asunto: Consideraciones acerca del abuso de las personas jurídicas societarias. Medidas cautelares innominadas en un proceso de interposición societaria.....	25
Pronunciamiento: Auto No. 801-017366 del 10 de diciembre de 2012.....	25
4. Proceso: Refricenter International Trade Zona Libre S.A. contra Refricenter Group SAS y otros.....	45
Asunto: Enajenación irregular de acciones por parte de un mandatario. Medida cautelar innominada decretada de oficio.....	45
Pronunciamiento: Auto No. 801-001488 del 1º de febrero de 2013.....	45
5. Proceso: Olga Cecilia del Castillo contra Compañía de Promociones Internacionales de Servicios de Salud (Soprinsa) S.A.....	55
Asunto: Reconocimiento de presupuestos de ineficacia.....	55
Pronunciamiento: Auto No. 801-003311 del 8 de marzo de 2013.....	55
6. Proceso: Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation contra Axede S.A.....	67
Asunto: Criterios para la interpretación judicial de mecanismos estatutarios de protección.....	67
Pronunciamiento: Auto No. 801-004915 del 9 de abril de 2013.....	67
7. Proceso: Martín Alberto Morelli Socarrás contra Comercial y Agropecuaria de los Andes (Cidela) Ltda. y Santana Fruits S.A.S. en liquidación.....	83
Asunto: Viabilidad de celebrar acuerdos de accionistas sobre la elección de administradores sociales. Existencia de un conflicto entre accionistas como criterio analítico para establecer el carácter posible-mente abusivo de decisiones sociales.....	83
Pronunciamiento: Auto No. 801-012735 del 18 de junio de 2013.....	83
8. Proceso: Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation contra Axede S.A.....	95
Asunto: Oportunidad para proponer mociones de orden durante una reunión de la asamblea general de accionistas. Necesidad de justificar adecuadamente una de medidas cautelares.....	95

	Pronunciamento: Auto No. 801-010552 del 7 de julio de 2013.....	95
9.	Proceso: Jaime Dorronsoro Tenorio y Cía. S.C.A. y otros contra El Canelo S.A.	103
	Asunto: Valor probatorio de las actas de la junta directiva.	103
	Pronunciamento: Auto No. 801-012876 del 22 de julio de 2013.....	103
10.	Proceso: Roldán y Cía. Ltda. en reorganización contra y Rolog S.A. en reorganización contra Pesque- ros SAS	109
	Asunto: Efectos de la violación de los límites estatutarios previstos respecto de las facultades de los administradores sociales.....	109
	Pronunciamento: Auto No. 801-015703 del 19 de septiembre de 2013	109
11.	Proceso: Jhon Fredy Díaz Arbeláez contra Noreña & Díaz SAS.	119
	Asunto: Supresión del requisito de pluralidad para celebrar reuniones por derecho propio en una SAS	119
	Pronunciamento: Auto No. 801-016006 del 25 de septiembre de 2013	119
12.	Proceso: RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group SAS.....	127
	Asunto: Medida cautelar innominada en un proceso de desestimación de la personalidad jurídica.....	127
	Pronunciamento: Auto No. 801-016441 del 3 de octubre de 2013.....	127
II.	OTROS PRONUNCIAMIENTOS	137
1.	Proceso: Serviucis S.A. contra Inversiones Hospitalarias y Clínicas SAS y Nueva Clínica Sagrado Corazón SAS	139
	Asunto: Legitimación para presentar acciones judiciales por el ejercicio abusivo del derecho de voto..	139
	Pronunciamento: Auto No. 800-016014 del 29 de noviembre de 2012.....	139
2.	Proceso: Daniel Harker y Luisa Marcela Harper contra Torres Cortes S.A. en liquidación y otros	145
	Asunto: Competencia de la Superintendencia de Sociedades para conocer acerca de acciones de deses- timación de la personalidad jurídica.....	145
	Pronunciamento: Auto No. 801-11735 del 2 de julio de 2013.....	145
3.	Proceso: Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros.....	149
	Asunto: Facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades bajo el Código General del Proceso.....	149
	Pronunciamento: Auto No. 801-17616 del 13 de diciembre de 2012	149
4.	Proceso: Retramar S.A.S., Pollux Marine Services II Corporation y Johnny Saverio Minervini Borrassen contra Inversiones Sandoval Medina y Cía. S. en C.	159
	Asunto: Efectos de la Ley 1395 de 2010 respecto de las competencias jurisdiccionales de la Superin- tendencia de Sociedades	159
	Pronunciamento: Auto No. 801-012716 del 7 de septiembre de 2013	159
5.	Proceso: María Isabel Vélez Mendoza contra Mendoza Alvarado y Cía. Ltda. en liquidación privada	171
	Asunto: Efectos de las cláusulas compromisorias en materia societaria	171
	Pronunciamento: Auto No. 801- 018280 del 29 de octubre de 2013.....	171
III.	SENTENCIAS	177
1.	Proceso: Adriana María del Rosario Gómez y David Alfandary Acrich contra Magaly Judith Visbal Lascano y José Felipe Lizarazo Visbal.....	179
	Asunto: Conflicto entre accionistas con participaciones paritarias en el capital de una compañía. Parálisis absoluta de los órganos sociales y la consecuente imposibilidad de desarrollar el objeto social	179
	Pronunciamento: Sentencia No. 801-047 del 19 de octubre de 2012	179
2.	Proceso: Encarnación Bohórquez Romero contra Industrial Developers SAS.....	189

Asunto: Aplicación indebida de los arbitrios de indemnización.....	189
Pronunciamiento: Sentencia No. 801-050 del 8 de noviembre de 2012	189
3. Proceso: María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en liquidación.....	201
Asunto: Aplicación del artículo 223 del Código de Comercio en sociedades disueltas y en estado de liquidación.....	201
Pronunciamiento: Sentencia No. 801- 04 del 1 de febrero de 2013	201
4. Proceso: Carlos Hakim Daccach contra Gyptec S.A.	209
Asunto: Concepto de ‘tránsito’ hacia el tipo de la SAS	209
Pronunciamiento: Sentencia No. 801-011 del 20 de febrero de 2013.....	209
5. Proceso: Jaime Salamanca Ramírez contra Logística S.A.S., José Vicente Padilla Martínez y Ligia Patricia Padilla Martínez.....	221
Asunto: Improcedencia de la desestimación de la personalidad jurídica por el rechazo de un cheque .	221
Pronunciamiento: Sentencia 801-015 del 15 de marzo de 2013	221
6. Proceso: Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros.....	229
Asunto: Ejecución judicial de un acuerdo de accionistas. Impugnación de decisiones adoptadas con votos emitidos en contravención de un convenio celebrado bajo el artículo 70 de la Ley 222 de 1995	229
Pronunciamiento: Sentencia No. 801-016 del 23 de abril de 2013.....	229
7. Proceso: Anyelo Paúl Rojas Pinzón contra Agregados y Minerales del Llano SAS (Agremil SAS)	255
Asunto: Improcedencia de la desestimación de la personalidad jurídica por el simple incumplimiento de obligaciones contractuales.....	255
Pronunciamiento: Sentencia No. 801-023 del 24 de mayo de 2013	255
8. Proceso: Francisco A. Martínez Quintero y Lucía Martínez de Kurday contra Sabajón Apolo S.A. y otros	261
Asunto: Nulidad absoluta de contratos de compraventa de acciones por la violación de lo previsto en el artículo 404 del Código de Comercio	261
Pronunciamiento: Sentencia No. 801-025 del 30 de mayo de 2013	261
9. Proceso: Hydro Press S.A. contra DQS Colombia SAS	273
Asunto: Inoponibilidad de negocios jurídicos celebrados por el representante legal por fuera del límite de sus facultades estatutarias	273
Pronunciamiento: Sentencia No. 801-030 del 20 de junio de 2013.....	273
10. Proceso: Inversiones Durán & Ponce e Hijos SAS y Carlos Alfredo Durán Chinchilla contra Compañía Libertador Ltda.	279
Asunto: Imposibilidad de excluir irregularmente a un accionista con el fin de impedir el ejercicio de sus derechos políticos. Efectos de la declaración de nulidad del acto de exclusión de un accionista	279
Pronunciamiento: Sentencia No. 801-031 del 21 de junio de 2013.....	279
11. Proceso: Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C. en liquidación contra María Consuelo Ortiz Mariño, Bernardo Ortiz Mariño, Jaime Ortiz Mariño	291
Asunto: Consecuencias de la repartición irregular de sumas de dinero a los asociados. Valor probatorio de soportes contables	291
Pronunciamiento: Sentencia No. 801-012 del 10 de julio de 2013	291
12. Proceso: Omar Martínez y Liliana Castillo contra Luz Amparo Mancilla y Alfonso Bolívar	303
Asunto: Valoración de compañías en procesos judiciales	303
Pronunciamiento: Sentencia No. 801-042 del 19 de julio de 2013.....	303

13. Proceso: Refricenter International Trade Zona Libre S.A. contra Refricenter Group SAS, Dinatel C.I. S.A. y Jorge Antonio Restrepo de la Cruz	315
Asunto: Censura al uso de vías de hecho para solucionar conflictos entre empresarios. Inoponibilidad de un contrato de compraventa de acciones.....	315
Pronunciamiento: Sentencia No 801-043 del 23 de julio de 2013 (sin efectos por virtud de una decisión de la Corte Suprema de Justicia).....	315
14. Proceso: Vergel & Castellanos S.A. contra Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.	325
Asunto: Revocación tacita de un mandato conferido para representar a un accionista durante reuniones del máximo órgano social.....	325
Pronunciamiento: Sentencia No. 801- 048 del 22 de agosto de 2013.....	325
15. Proceso: Finagro contra Mónica Colombia SAS y otros.....	335
Asunto: Consideraciones acerca del abuso de las personas jurídicas societarias. Criterios para identificar la interposición indebida de sociedades.	335
Pronunciamiento: Sentencia No. 800-055 del 16 de octubre de 2013	335
16. Proceso: Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón SAS	385
Asunto: Abuso del derecho de voto por parte de un accionista mayoritario. El ejercicio abusivo del derecho de voto bajo el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008.....	385
Pronunciamiento: Sentencia No. 800-073 del 19 de diciembre de 2013	385
17. Proceso: María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en liquidación.....	421
Asunto: Criterios por establecer si las actuaciones del liquidador se ajustan a lo previsto en los artículos y 223 del Código de Comercio	421
Pronunciamiento: Sentencia No. 801-004 del 15 de enero de 2014	421
IV. APÉNDICES	433
1. Índice de jurisprudencia.....	433
2. Índice de autores	435
3. Índice analítico de materias	437

Prefacio

Entre nosotros ha hecho carrera el proverbio facilista según el cual, “más vale un mal arreglo que un buen pleito”. No es difícil entender por qué este enorme y grotesco cliché se ha convertido en el lema del sistema jurídico colombiano. Pero, las consecuencias de esta filosofía no pueden ser más nocivas. Si se revisa la frase con algún cuidado, las conclusiones fluyen con facilidad: Entre nosotros no se puede confiar en la justicia. Los ciudadanos hacen bien en no acudir a la jurisdicción. Es mejor renunciar a pretensiones ciertas ante resultados inciertos. Es preferible acudir a soluciones alternativas, hacer arreglos ruinosos o renunciar a derechos adquiridos, para no incurrir en el costo de oportunidad de un prolongado y ruinoso proceso judicial.

Y hay cierta sabiduría popular en todo esto. El proverbio coincide con las mediciones empíricas que se hacen sobre el funcionamiento del aparato judicial colombiano. Colombia no ha logrado superar en esta materia el puesto 155 entre 189 países que el Banco Mundial mide anualmente en su índice sobre el clima de negocios (“Doing Business”). Como si lo anterior fuera poco, las nuevas reglas procesales tampoco contribuyen en gran medida a que la precaria situación de la justicia civil mejore. Todo proceso judicial es un entuerto kafkiano y descomunal en el que el más habilidoso siempre gana. Cada instancia se sujeta a insólitos formalismos, prolongadas notificaciones, recursos de toda clase y anacrónicas formalidades burocráticas. A lo anterior se suma la creciente politización de las altas esperas de la judicatura, con conspicuos ejemplos de protagonismo personal que muy poco bien le hacen al sistema. En este sombrío panorama es muy poco lo que cabe esperar de nuestra jurisdicción en el futuro próximo.

Por ello muchas de las instituciones del Derecho Privado colombiano, sobre las que se basa buena parte del sistema económico, se resuelven por fuera de las instancias judiciales, mediante incentivos de reputación dentro de lo que los economistas llaman, “operaciones de juego continuado”. Es decir, que a todo jugador le conviene, en la práctica, cumplir sus obligaciones contractuales, aunque no exista sanción judicial por su inobservancia. Solo de esta forma podrá seguir “jugando” en el futuro próximo con los mismos participantes del mercado. Quien haga trampa en el juego (incumpla lo prometido) será sancionado en las próximas jugadas por sus contrapartes. Esta sencilla teoría económica explica por qué es factible desarrollar negocios aun en países donde no existe una infraestructura institucional sólida.

Pero es claro que sin un litigio efectivo y vigoroso no puede desarrollarse el sistema jurídico ni construirse una economía de mercado. Sin controversias sometidas a análisis y pronunciamientos judiciales es imposible desarrollar precedentes ejemplarizantes, que demuestren que quien incumpla será sancionado y que el Estado estará siempre del lado de quienes actúen dentro de la ley. Así, las normas sustantivas podrán ser virtuosas y modernas, pero no tendrán mayor impacto en la actividad económica o social de un país.

En un país acostumbrado a convivir con un sistema deficiente de resolución de conflictos, resulta halagüeño comprobar que en unos pocos años la jurisdicción mercantil de la Superintendencia de Sociedades se ha convertido en el tribunal más eficiente de Colombia. La riqueza de los pronunciamientos jurisdiccionales tanto en su contenido como en la pertinencia de las decisiones, sumada a la enorme celeridad con la que se resuelven los litigios, constituye un ejemplo de fortaleza institucional y evolución de nuestro sistema jurídico.

Esta verdadera revolución se inició con la expedición de la legislación que dio origen a la Sociedad por Acciones Simplificada en 2008. En la Ley 1258 de ese año se previó, en efecto, que todos los conflictos surgidos con ocasión del contrato social serían resueltos por la Superintendencia en ejercicio de facultades jurisdiccionales. Más adelante, en la ley que aprobó el Plan Nacional de Desarrollo, se le atribuyeron a la Superintendencia de Sociedades las mismas facultades jurisdiccionales para conocer de cualquier litigio que se suscitara con ocasión de la aplicación de las normas de Derecho Societario. Estas dos disposiciones han representado uno de los mayores hitos en el Derecho Comercial colombiano. Lo que se ha logrado con estas pautas normativas es materializar una vieja aspiración que albergábamos desde hace varias décadas: nada menos que la creación de una jurisdicción especializada en Derecho Societario.

Los conocidos inconvenientes de la justicia ordinaria a que ya se hizo referencia, sus dilatados procesos, huelgas y congestiones, habían producido una significativa reducción de los litigios en todos los asuntos del Derecho de Sociedades. Así, salvo el costoso y excepcional recurso a los tribunales de arbitraje, los particulares estábamos avocados a un sistema jurídico virtuoso, pero inoperante. La investigación empírica mostraba, por lo demás, la virtual inexistencia de sentencias judiciales sobre asuntos de sociedades y tan solo un puñado de laudos arbitrales representativos sobre la materia. Por ello, el régimen contenido en códigos y estatutos especializados se había convertido en letra muerta. El cumplimiento de normas legales, cláusulas estatutarias, acuerdos de accionistas y resoluciones de los órganos sociales apenas sí podía propiciarse a fuerza de los débiles incentivos de reputación. La falta de coerción de todo este andamiaje regulatorio le garantizaba impunidad plena a los expertos en torcerle el cuello a la ley.

X

Pero las cosas cambiaron radicalmente. Ahora, merced a las innovaciones normativas señaladas, asociados y terceros pueden ejercer sus derechos por medio de un procedimiento agilísimo y altamente especializado.

Los resultados no se han hecho esperar. Los plazos de resolución de estos sofisticados litigios oscilan entre cuatro y ocho meses: un término inimaginable hasta ahora en cualquiera de los ámbitos del Derecho Privado nacional. Pero no es solo la celeridad lo que caracteriza a estos procesos. El sello distintivo de esta nueva jurisdicción está en el tejido conceptual y en el enfoque que subyace en estos novedosos fallos. Se trata de decisiones en las que, por lo que se ha visto hasta ahora, se incorporan las tendencias más modernas del Derecho de Sociedades. A diferencia de las anacrónicas sentencias judiciales a las que estamos acostumbrados, los fallos de esta nueva instancia jurisdiccional se caracterizan por las copiosas referencias doctrinarias, en las que no están exentas las tendencias contemporáneas del Derecho Comparado e, incluso, del Análisis Económico del Derecho. Podríamos decir, parodiando al profesor Luca Enriques, que esta nueva jurisdicción corresponde apropiadamente a lo que ha dado en llamarse el “buen juez societario”.

De igual manera, debe reconocerse que la Superintendencia ha cumplido, con lujo de competencia, la importantísima función de interpretar las normas contenidas en la Ley SAS, en consonancia con los objetivos de política legislativa que se tuvieron en cuenta en el momento de preparar la iniciativa que le dio vida a este tipo de compañía. Es decir que esta jurisdicción ha protegido a ultranza los valores de flexibilidad, reducción de costos de transacción, libertad contractual y protección de los intereses de los inversionistas. Sin duda, la consagración de estos postulados en la Ley SAS y su defensa por la Superintendencia de Sociedades han dado lugar a una ruptura definitiva respecto de las anacrónicas reglas de Derecho Privado que la antecedieron y que aun existen en Colombia en ámbitos conexos al régimen de sociedades.

Al revisar los autos y sentencias que contiene este excelente libro, se encuentran pronunciamientos sobre los más variados ámbitos del Derecho de Sociedades. El lector encontrará determinaciones en las que se ordena la ejecución específica de la prestación, se imparten órdenes de abstención o se imponen modalidades del “estoppel”. Estas soluciones parecían ser privilegio reservado a los iniciados en el estudio del Derecho Comparado o a conocedores de los desarrollos doctrinarios al Derecho Anglosajón. Ahora, merced a los avances logrados en el Derecho Societario colombiano, tales mecanismos se han convertido en referencia obligada para quienes pretendan actuar en este ámbito del litigio. Con el advenimiento de la nueva jurisdicción societaria, se han introducido también novedosas modalidades de acción jurisdiccional que tendrán, sin duda, un impacto en la aplicación efectiva de las reglas sustantivas del Derecho.

Lo primero que llama la atención en las sentencias proferidas por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles es la celeridad con que se producen las determinaciones finales. A diferencia de cómo suele ocurrir con los procesos de la jurisdicción ordinaria y aún en la justicia arbitral, los fallos se dictan en unos pocos meses. Ello no significa, como podría pensarse, que no se cumplan la totalidad de las instancias procesales propias de esta clase de trámites (notificación a los demandados, contestación de la demanda y formulación de excepciones, traslado para responder, audiencias, decreto de pruebas, presentación de alegatos de conclusión y las demás instancias procesales previstas en

la ley). Por el contrario, las sentencias dan cuenta del cumplimiento exhaustivo de las diversas etapas previstas en las reglas procesales. El razonable lapso empleado por el despacho para fallar, sugiere que los conocidos expedientes dilatorios a que estamos acostumbrados pueden reducirse significativamente si el trámite se administra con eficiencia y razonabilidad. Este solo hecho de por sí podría alentar el litigio en un área tradicionalmente abandonada por la mayoría de los abogados que litigan en asuntos de Derecho Privado.

En segundo término llama la atención el contenido de los pronunciamientos jurisdiccionales de la Superintendencia tanto por lo novedoso de los asuntos en que se ocupa el despacho, como por el calado de las determinaciones adoptadas. Así, por ejemplo, en el conocido caso del Gimnasio Vermont (Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.), por primera vez en la jurisprudencia colombiana se sostiene la plena efectividad de un acuerdo de accionistas celebrado bajo las pautas previstas el artículo 70 de la Ley 222 de 1995. En efecto, el proveído señala que es factible controvertir los votos computados en contra de lo pactado en un acuerdo oponible a la sociedad, con el fin de impugnar la correspondiente determinación asamblearia. Es decir, que los acuerdos debidamente depositados, además de producir efectos inter partes, son vinculantes también respecto de la sociedad. En este mismo caso el juez societario accede a las pretensiones formuladas en la demanda, las cuales no se orientaban a la resolución del acuerdo con la correspondiente indemnización de perjuicios, sino al cumplimiento efectivo de lo pactado. Para este propósito, en la sentencia se hace efectivo el acuerdo de sindicación de acciones por medio de la anulación de los votos emitidos en contravención a lo acordado entre las partes. La decisión se basa en lo previsto en la norma mencionada, que permite controvertir los votos computados en contra de lo pactado en un acuerdo oponible a la sociedad.

Al leer esta sentencia es inevitable la referencia obligada al célebre caso de Ringling Brothers Barnum & Baily Combined Shows Inc. vs. Ringling fallado por los tribunales del Estado de Delaware en 1947 (Delaware Superior Court 53 A.2d 441). En ese caso también la respuesta de los tribunales norteamericanos fue más allá de la mera indemnización de perjuicios, para imponer decisiones en “equity” tales como la prestación específica de la prestación o la orden de abstención en el cómputo de votos proferidos en contra de lo pactado.

La relevancia de este precedente jurisdiccional se pone de presente no solo en la rapidez con la que fue resuelto este caso, sino también en la efectiva aplicación de estándares de conducta en el Derecho de Sociedades nacional (en oposición a las tradicionales reglas imperativas aplicables *ex ante*). En esta medida, se observa la filosofía subyacente en estas normas societarias que no fue otra que la de reconocer las enormes dificultades que implica cuantificar la pérdida de participaciones de capital en una sociedad. Por ello, es mucho más justo y equitativo, como ocurrió en este ya emblemático fallo, que se restablezca el equilibrio entre las partes mediante la revocatoria de los actos cumplidos

en contra de los acuerdos legítimos pactados por los contratantes. Así, las partes vuelven al estado anterior al que se encontraban antes de los hechos objeto de la demanda.

Otro caso que ha alcanzado notoriedad pública es el de Finagro contra Mónica Semillas S.A.S., fallado en octubre de 2013. En este fallo fundamental se sienta un precedente ejemplarizante. Hasta entonces la utilización inadecuada de las formas asociativas no había sido objeto de sanciones tan categóricas como las impuestas en este caso. De ahí que la importancia de esta decisión radique también en el posible efecto disuasivo que habrá de tener en las prácticas jurídicas locales. En este fallo la Superintendencia condena la utilización de la estructura societaria cuando su propósito es hacerle el quite a disposiciones legales de orden imperativo. Este fallo dio lugar a un importante desarrollo jurisprudencial de la figura de la interposición societaria, consistente en la utilización de una compañía con el propósito de perpetrar un fraude a la ley. Así mismo, debe resaltarse el valor conceptual de esta sentencia. En la determinación existen, en efecto, importantes reflexiones jurídicas acerca del abuso de la forma asociativa. Mediante la utilización de fuentes de Derecho Comparado -especialmente anglosajón- y también del régimen jurídico local, el Superintendente Delegado, José Miguel Mendoza, afirma, entre otras cosas, que “cuando no se pueda acreditar una finalidad legítima para poner en funcionamiento una compleja estructura grupal en la que, por ejemplo, participen numerosas compañías controladas por una misma persona y dedicadas a la misma actividad de explotación económica- podría existir un indicio acerca del posible abuso de la figura societaria”. Y agrega que, “no tendría sentido incurrir en los costos requeridos para soportar la operación de un grupo de esa naturaleza, a menos que se espere obtener una ventaja claramente determinada. Este principio de sospecha podría confirmarse si, además de no acreditarse la precitada justificación legítima, se encuentra que la estructura societaria controvertida permitió rebasar claras limitaciones legales”.

También es digno de mención dentro de los fallos contenidos en este libro el de la Serviucis S.A. contra Inversiones Hospitalarias y Clínicas SAS y Nueva Clínica Sagrado Corazón SAS. Se trata de uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales en los que se aplica íntegramente la teoría del abuso del derecho en las determinaciones de la asamblea general de accionistas. En esta sentencia, la Superintendencia condena una práctica extendida entre nosotros que, por desgracia, había pasado prácticamente inadvertida para las autoridades jurisdiccionales, como lo es la persecución de los accionistas minoritarios por medio de expedientes opresivos. En este caso en particular, se excluyó a un accionista de la junta directiva de una sociedad filial, con el propósito de impedirle la participación en la toma de decisiones de la compañía y privarlo de información relevante sobre las operaciones de la compañía subordinada. En esta ocasión el Despacho aplicó irrestrictamente lo previsto en el artículo 43 de la Ley SAS, en el sentido de condenar las conductas de los mayoritarios en las que ‘a pesar de observarse las normas sustanciales (sobre convocatoria, quórum, mayorías decisorias, etc.) se busca un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación’.

Este libro contiene diecisiete de las más de cien sentencias proferidas en los últimos dos años por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia. Aparte de los pronunciamientos finales en los que se encuentran estos importantes precedentes judiciales, la compilación contiene la transcripción de doce autos relativos a medidas cautelares que el Despacho ha proferido en el mismo lapso. La relevancia de esta publicación es enorme porque muestra el alcance de la jurisprudencia societaria vigente y orienta sobre el sentido en que el Despacho habrá de pronunciarse, seguramente, ante hechos semejantes.

En este sentido, este libro, adecuadamente intitulado *Jurisprudencia Societaria*, será fundamental en el proceso de consolidación de esta novísima jurisdicción societaria. Desde luego que para que se fortalezca institucionalmente la Delegatura será indispensable también que los particulares continúen ejerciendo sus derechos de accionistas o terceros ante este exitoso “juzgado”. De esta manera, situaciones irregulares como aquellas de las que dan cuenta los pronunciamientos compilados en esta obra, podrán ser objeto del escrutinio de la autoridad. Así, las actuaciones fraudulentas y los abusos de toda índole en el ámbito de las sociedades encontrarán, como ha ocurrido hasta ahora, una resolución oportuna y justa. Y es claro que la sola existencia de estos precedentes jurisdiccionales contribuirá a afianzar la confianza de los inversionistas en el sistema jurídico, cuyo fundamento, más allá de la retórica, se encuentra en buena medida, en la certidumbre de que las reglas jurídicas serán efectiva y rápidamente aplicadas.

Luego de leer este libro queda la sensación de que, en el futuro próximo, los buenos pleitos como aquellos de que dan cuenta los pronunciamientos aquí compilados, alentarán un vigoroso litigio en beneficio del Derecho Societario y de la protección de accionistas y terceros. La rapidez y eficacia de la nueva jurisdicción, su calificación técnica y el carácter disuasivo de las sentencias que ha proferido en los últimos años podrían tener efectos de hondo calado en la forma en que percibimos y aplicamos las instituciones jurídicas de contenido económico. En un país que ha logrado insertarse aceleradamente en un contexto internacional exigente y sofisticado, este avance colosal es digno de reconocimiento y encomio.

El trabajo de la Superintendencia en la aplicación de las reglas de Derecho de Sociedades también resulta halagüeño sobre el porvenir de nuestro sistema jurídico, porque demuestra que se pueden lograr cambios radicales en la estructura institucional, cuya materialización en plazos muy breves permitiría que se hagan realidad los anhelos de todos aquellos que aspiramos a un sistema más justo y eficiente.

Francisco Reyes Villamizar

Marzo de 2014

I. Medidas cautelares

MEDIDAS CAUTELARES

Auto 801-015217 del 31 de octubre de 2012

PARTES

Carlos Hakim Daccach
contra
Gypotec S.A.

ASUNTO

Criterios para la fijación de cauciones.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Carlos Hakim Daccach
contra
Gypotec S.A.

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso
Artículo 137 de la Ley 446 de 1998

Trámite

Proceso verbal sumario

I. Consideraciones del Despacho

La apoderada del demandante solicita la suspensión provisional de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de la sociedad Gypotec S.A. el 24 de septiembre de 2012, según lo consignado en el Acta No. 17. Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso. Con todo, para efectos de fijar el monto de la caución, es necesario efectuar un breve repaso de las diversas normas que rigen la materia.

Lo primero que debe señalarse es que en el artículo 590 del Código General del Proceso se establece que la caución debe ser ‘equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda.’ El mismo artículo dispone también que ‘el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable’. Además de estas disposiciones generales, existen reglas específicas respecto de la medida cautelar de suspensión de actos proferidos por órganos sociales. Conforme a lo previsto en el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil, el juez decretará esta medida ‘si la considera necesaria para evitar perjuicios graves y el demandante presta caución en la cuantía que [el juez] señale’. En este mismo sentido, el artículo 383 del Código General del Proceso, cuya vigencia no se ha producido aún, establece que ‘el demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale’.

A la luz de lo expresado antes, puede afirmarse que, en hipótesis de suspensión provisional de decisiones de órganos sociales, existe cierta discrecionalidad para la fijación de la cuantía correspondiente a la caución. No quiere ello decir, por supuesto, que el juez pueda establecer la aludida cuantía de modo arbitrario. En criterio de la Corte Constitucional, ‘en la mayoría de los casos [el legislador] ha dejado [la] determinación [de la cuantía de la caución] a la discrecionalidad de los jueces responsables de su aplicación, bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad’.¹ Así pues, la suma que se fije para el efecto deberá, en todos los casos, obtenerse como resultado de un análisis orientado a estimar los posibles perjuicios que podrían derivarse de la suspensión del acto impugnado.²

Con fundamento en las anteriores explicaciones, el Despacho considera necesario tener en cuenta diversos elementos de juicio para efectos de fijar la cuantía de la caución antes mencionada.

En primer lugar, según la información aportada al proceso, las decisiones impugnadas estuvieron orientadas a escindir parcialmente a Gyptec S.A., para destinar una parte de su patrimonio a la creación de una nueva compañía, denominada Gyptec Inmuebles SAS. Así, pues, la medida cautelar solicitada en contra de las decisiones adoptadas durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A. del 24 de septiembre de 2012, tendría por efecto la suspensión de los efectos de la escisión analizada.

En segundo lugar, luego de revisarse el proyecto preparado para efectos de realizar la operación mencionada, se tiene que la escisión parcial estuvo orientada a permitir un mayor grado de especialización en el desarrollo del objeto social de Gyptec S.A. En los términos del citado documento, ‘es el propósito de la sociedad Gyptec S.A. dedicarse a su objeto social principal y destinar parte de su patrimonio a la creación de la sociedad beneficiaria la cual se denominará Gyptec Inmuebles SAS y se dedicará al negocio de venta y administración de inmuebles [...]. Los trabajadores de la sociedad no se verán afectados por efecto de la escisión, y continuarían su vinculación laboral con la sociedad escindida’ (vid. Folio 50).

La expresa finalidad de la escisión, según lo consignado en el respectivo proyecto, le permite al Despacho inferir la naturaleza de algunos de los posibles perjuicios que podrían derivarse de la suspensión provisional propuesta por el demandante. Por tratarse de una operación orientada exclusivamente a que Gyptec S.A. pueda ‘dedicarse a su objeto social principal’, los beneficios de la escisión para esta compañía parecerían estar relacionados con un incremento en la eficiencia de sus actividades. Es por ello por lo que la suspensión provisional de la escisión podría generarle a Gyptec S.A. perjuicios relacionados con la imposibilidad de operar de una manera más eficiente.

¹ Sentencia C-523 de 2009.

² Según lo expresado por Gil Echeverry, ‘el juez requerirá un juicio de valoración encaminado a establecer, en lo posible, una suma real y seria como monto de la caución que sea suficiente para cubrir los posibles perjuicios, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y la probable duración del proceso’. JH Gil Echeverry, *Impugnación de Decisiones Societarias*, (Ed. Legis, 2010) 494.

Con todo, debe ponerse de presente que la escueta justificación contenida en el proyecto de escisión no da cuenta de las razones por las cuales la operación propuesta podría generar los beneficios antes indicados, ni le asigna un valor monetario a la mayor eficiencia obtenida en Gyptec S.A. por efecto de la especialización de sus actividades. Esta última afirmación puede constatarse también en lo sostenido por la apoderada de Carlos Hakim Daccach durante la reunión de la asamblea de accionistas de Gyptec S.A. celebrada el 24 de septiembre, según se expresa a continuación: ‘En ninguna parte del proyecto de escisión se explican los beneficios o ventajas que dicha escisión reportaría para Gyptec o sus accionistas. Ni siquiera se presenta un análisis de la viabilidad financiera de esta escisión y un reporte de costo-beneficio para que los accionistas, de manera informada, puedan tomar una decisión’ (vid. Folio 22). Las explicaciones ofrecidas durante la mencionada reunión tampoco aportan elementos de juicio adicionales que permitan establecer el valor de los beneficios que podrían generarse por efecto de la escisión. Así, conforme a lo consignado en el Acta No. 17, la operación impugnada se fundamenta en ‘varias razones de sentido práctico y de orden técnico’, así como en la simple indicación de que ‘el proyecto es benéfico para la sociedad’ (vid. Folios 21-22).

En tercer lugar, el Despacho considera indispensable hacer referencia a los obstáculos que podría generar la medida cautelar solicitada respecto de la operación de Gyptec S.A. y de Gyptec Inmuebles S.A.S. La suspensión provisional de la escisión tendría efectos no solo sobre el patrimonio de Gyptec S.A., sino también sobre el acto de creación de Gyptec Inmuebles S.A.S. Es decir que algunos de los perjuicios que justifican la existencia de la caución podrían estar atados al traumatismo posiblemente derivado de la suspensión del acto controvertido por el demandante. No obstante, una buena parte del valor asignado a estos perjuicios debe calcularse con fundamento en el lapso transcurrido entre el perfeccionamiento de la escisión y la suspensión provisional del acto impugnado. Es decir que —por virtud de la naturaleza de los perjuicios aludidos— entre más tiempo transcurra desde el perfeccionamiento de la escisión hasta la suspensión de sus efectos, mayor será el valor de los perjuicios concernientes. De ahí que sea necesario aludir a las reglas previstas en nuestro ordenamiento respecto de los efectos de las operaciones de escisión, así como a los antecedentes fácticos sometidos a consideración del Despacho, a fin de estimar el valor de los potenciales perjuicios a que se ha aludido.

Por virtud del artículo 9º de la Ley 222 de 1995, en operaciones de la naturaleza aquí examinada, ‘la transferencia en bloque de activos y pasivos’ y la asunción de obligaciones y derechos por parte de las sociedades beneficiarias solo se produce tras la ‘inscripción en el registro mercantil de la escritura de escisión’. Es decir que la constitución de Gyptec Inmuebles SAS —así como la correspondiente transferencia patrimonial por parte de Gyptec S.A.— está sujeta a la inscripción de la respectiva escritura pública en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá. En este sentido, tal y como se expresa en el proyecto de escisión aportado a este proceso, ‘la sociedad Gyptec S.A., continuará la totalidad de las operaciones correspondientes al patrimonio escindido hasta la fecha en la cual la escisión sea registrada en la Cámara de Comercio correspondiente. Así mismo, la sociedad beneficiaria que se denominará Gyptec

Inmuebles SAS, nacerá a la vida jurídica en la fecha en que se registre en la Cámara de Comercio la presente escisión’.

Así las cosas, debe señalarse que la escisión fue aprobada mediante decisión del máximo órgano social de Gyptec S.A. el pasado 24 de septiembre (vid. Folio 21). Sin embargo, conforme a la información contenida en el certificado de existencia y representación legal emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 11 de octubre (vid. Folio 17), en esta última fecha aún no se había inscrito la aludida operación en el registro mercantil. En verdad, por virtud de lo expresado en el proyecto de escisión aportado con la demanda, el capital suscrito de Gyptec S.A. se reduciría de \$530.987.000 a \$477.888.300 una vez perfeccionada la operación. No obstante, en el certificado antes referido se consigna la suma de \$530.987.000 como el valor del capital suscrito de Gyptec S.A., es decir, que en la fecha antes indicada la escisión aún no había surtido la totalidad de sus efectos. Esta circunstancia será tenida en cuenta por el Despacho al momento de fijar la cuantía de la caución a que se ha hecho referencia.

Por lo demás, debe ponerse de presente que las escisiones producen efectos entre los respectivos accionistas desde el momento de su aprobación. Este hecho es importante en el caso de Gyptec S.A., puesto que en el proyecto de escisión se determinó modificar el valor nominal de las acciones de la compañía. Es así como la suspensión provisional solicitada por el demandante podría entorpecer el normal desarrollo de la actividad de la sociedad, en tanto en cuanto la contabilidad de Gyptec S.A. refleje ya la modificación antes referida.

Con fundamento en las consideraciones expresadas anteriormente, el Despacho procederá ahora a fijar el valor de la caución relacionada con la medida cautelar solicitada por el demandante. Debido a que las pretensiones contenidas en la demanda no se estimaron en un valor monetario, el Despacho considera procedente aplicar la fórmula de graduación de la caución prevista en el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil. Así pues, se usarán los criterios descritos en los párrafos precedentes, a fin de establecer un valor que sea congruente con los posibles perjuicios que podrían generarse por efecto de la suspensión provisional solicitada. Adicionalmente, en vista de que ni siquiera en el respectivo proyecto de escisión se describieron los beneficios atados a la especialización de Gyptec S.A., el Despacho hará énfasis en los posibles traumatismos generados por la suspensión de la escisión respecto de las operaciones de Gyptec S.A. y Gyptec Inmuebles SAS, según lo expresado antes. En este sentido, debe recordarse que, a lo menos hasta el pasado 11 de octubre, la operación impugnada aún no había surtido los efectos descritos en el artículo 9º de la Ley 222 de 1995. Esta circunstancia debe considerarse como un atenuante de los posibles perjuicios que podrían derivarse de la suspensión provisional de la escisión. Ciertamente, antes de la inscripción correspondiente, los perjuicios derivados de la medida cautelar estarían principalmente relacionados con las dificultades contables descritas con anterioridad.

Así las cosas, para efectos de determinar una suma proporcional al valor de los posibles perjuicios ligados a la medida cautelar solicitada, el Despacho considera razonable usar

una fracción del valor del bloque patrimonial destinado a la constitución de Gyptec Inmuebles SAS (vid. Folio 54). Así pues, se tomará un valor equivalente al 0.5% de \$26.651.411.188, es decir, la suma de \$133.257.055. La caución por el valor mencionado deberá prestarse dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto, bajo cualquiera de las diferentes modalidades previstas en la ley.

En virtud de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles,

Resuelve

Fijar una caución por la suma de \$133.257.055, la cual deberá ser prestada por el demandante dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto. La aludida caución podrá prestarse bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

MEDIDAS CAUTELARES

Auto 801-016354 del 23 de noviembre de 2012

PARTES

Carlos Hakim Daccach
contra
Gypotec S.A.

ASUNTO

Mecanismos de protección consagrados en la Ley 1258 de 2008.
Concepto de 'tránsito' hacia el tipo de la SAS.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Carlos Hakim Daccach
contra
Gypotec S.A.

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso
Artículo 137 de la Ley 446 de 1998

Trámite

Proceso verbal sumario

I. Antecedentes

El 30 de octubre de 2012, en el escrito mediante el que se subsanó la demanda presentada por Carlos Hakim en contra de Gypotec S.A., se le solicitó al Despacho la suspensión de la escisión aprobada por la asamblea general de accionistas de la sociedad demandada el 24 de septiembre de 2012, según lo consignado en el Acta No. 17.

El 31 de octubre de 2012, mediante Auto 801-015217, el Despacho fijó una suma para la caución requerida bajo el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil.

El 20 de noviembre de 2012, el demandante prestó la caución fijada por el Despacho, mediante consignación efectuada en la cuenta No. 110019196112 del Banco Agrario, correspondiente a la cuenta de depósitos judiciales de la Superintendencia de Sociedades.

II. Consideraciones del Despacho

En el curso de múltiples pronunciamientos, el Despacho ha desarrollado algunos presupuestos para determinar la procedencia de la medida cautelar de suspensión de decisiones sociales.¹ Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en los artículos 421 del Código de Procedimiento Civil y 590 del Código General del Proceso, así como

¹ Cfr. Auto No. 800-016014 del 19 noviembre 2012; Auto No. 801-014531 del 17 octubre 2012; Auto No. 801-013957 del 4 octubre 2012 (en trámite de apelación); Auto No. 801-012437 del 3 septiembre 2012 y Auto No. 700-008103 del 10 agosto 2012.

de la aplicación de esas normas a los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar una medida cautelar de la naturaleza solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de juicio disponibles, a fin de calcular las probabilidades de éxito de la demanda y estimar los posibles perjuicios del demandante, según se expresa a continuación.

A. Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

Este requisito se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso. Si bien este concepto no ha sido suficientemente desarrollado en el contexto societario en Colombia, son relevantes los análisis realizados en el sistema español sobre la medida cautelar de suspensión de decisiones sociales. En este país, la apariencia de buen derecho —requerida para que proceda la medida cautelar examinada— ha sido referida a ‘la carga de acreditar prima facie, esto es, de forma provisional e indiciaria, que la pretensión de anulación del acuerdo social impugnado presenta visos de poder prosperar; [es preciso establecer] una probabilidad cualificada de éxito de la pretensión principal que se pretende cautelar’.²

El primer presupuesto para la suspensión de decisiones sociales consiste, pues, en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles al momento de solicitarse la medida, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante.³ Este análisis preliminar no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.⁴ Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la suspensión, es perfectamente factible que, al momento de dictar sentencia, el juez llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares. En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para aceptar o rechazar la suspensión. En criterio de Bejarano Guzmán, ‘no se trata de una decisión de fondo sino preliminar, que por supuesto puede ser modificada en la sentencia que le ponga fin al proceso [...] si el juez no decreta la suspensión provisional

² J. Garnica Martín, ‘Medidas Cautelares en el Proceso de Impugnación de Acuerdos Sociales’ en Órganos de la Sociedad de Capital, Tomo I (2008, Valencia, Tirant Lo Blanch) 580.

³ Se trata, a todas luces, de un requisito diferente de la ilegalidad manifiesta exigida para la suspensión provisional de actos administrativos. Mientras que en esta última el carácter ilegal de un acto debe surgir en forma categórica, a partir de la simple revisión de los documentos allegados al proceso —sin ‘mayores esfuerzos interpretativos o probatorios’, según la opinión del Consejo de Estado, expresada en sentencia del 19 agosto 2009— la denominada apariencia de buen derecho comporta un análisis más detallado de los hechos y argumentos presentados por las partes. En verdad, para verificar el cumplimiento de este requisito, el juez deberá tener en cuenta todos los elementos probatorios puestos a su disposición, a fin de estimar los méritos legales de la demanda. Para un análisis detallado de estas diferencias, puede consultarse el Auto No. 800-016014 del 19 noviembre 2012.

⁴ En opinión de Garnica Martín, ‘resulta imposible enjuiciar adecuadamente la existencia del *fumus* sin emitir ese perjuicio. Si se quiere evitar prejuzgar lo que en realidad se consigue es dejar de enjuiciar con seriedad la apariencia de buen derecho (...). Y, más adelante, agrega lo siguiente: ‘ello no tiene por qué significar que el juez que ha emitido un juicio previo haya perdido su imparcialidad: ambos juicios versan sobre lo mismo pero no se emiten a partir de los mismos elementos probatorios, por lo que no es difícil que pueda cambiar la visión del juez que dictó medidas cautelares sobre el asunto cuando dicta sentencia’ (2008) 580.

[...] en modo alguno ello significa que la sentencia será adversa al demandante, pues las pruebas recaudadas en el proceso pueden contribuir a cambiar la decisión que se adopte en la sentencia'.⁵

Con fundamento en las anteriores precisiones, el Despacho analizará la solicitud presentada por el demandante respecto de la suspensión de las decisiones adoptadas por el máximo órgano social de Gyptec S.A. Para el efecto, se hará una breve descripción de lo previsto en el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, seguida de un examen de los elementos probatorios disponibles en esta etapa del proceso.

(i) El requisito de unanimidad previsto para el tránsito hacia la SAS

El artículo 31 de la Ley 1258 de 2008 contempla uno de los principales mecanismos de protección previsto para las sociedades por acciones simplificadas. Se trata de la imposición del requisito de unanimidad para efectuar el tránsito hacia el tipo de la SAS.⁶ Según la voces del artículo citado, 'cualquier sociedad podrá transformarse en sociedad por acciones simplificada, antes de la disolución, siempre que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación unánime de la totalidad de las acciones suscritas'. Si bien el aparte citado regula tan solo la figura de la transformación, el parágrafo del artículo 31 le hace extensivo el requisito de unanimidad a cualquier otro negocio jurídico, incluidos procesos de fusión o de escisión, por cuyo efecto se proponga el tránsito hacia una SAS.

La disposición contenida en el artículo 31 de la Ley 1258 guarda una estrecha relación con la naturaleza del tipo de la SAS. Las normas que rigen esta forma asociativa permiten la creación de causales estatutarias para la exclusión de accionistas, la restricción absoluta para enajenar acciones por un período determinado, la fijación de porcentajes máximos y mínimos del capital social bajo el control de un accionista, la realización de procesos de fusión o escisión con contraprestaciones de distinta naturaleza y la emisión de acciones con toda clase de prerrogativas. Además, los accionistas de una SAS pueden consagrar en los estatutos todas aquellas disposiciones que consideren necesarias para regular sus relaciones intrasocietarias, sin que les resulten aplicables muchas de las normas imperativas previstas en el Código de Comercio para los demás tipos sociales.⁷ Conforme a lo establecido en el artículo 45 de la Ley 1258, 'en lo no previsto en

⁵ R. Bejarano Guzmán, *Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales*, 5ª Edición (2011, Bogotá, Editorial Temis) 167. En este mismo sentido puede consultarse lo expresado por López Blanco ('También debe quedar muy claro que la suspensión provisional no vincula al juez, quien por decretarla no se ve obligado a aceptar las pretensiones de la demanda, pues si en el desarrollo del proceso surgen pruebas que acrediten plenamente la legalidad del acto, en la sentencia absolutoria deberá además ordenar la finalización de los efectos de la suspensión'). H. F. López Blanco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo II: Parte Especial, 7ª Edición (1999, Bogotá, Dupre Editores) 149.

⁶ Si bien el artículo 31 también regula el tránsito del tipo de la SAS hacia otras formas asociativas, el presente estudio se ocupará tan solo en la hipótesis contraria, es decir, el tránsito de tipos societarios del Código de Comercio hacia SAS.

⁷ En criterio de la Corte Constitucional, las diferencias entre la SAS y los tipos sociales del Código de Comercio 'responden a un paradigma conceptual totalmente distinto inspirado en la flexibilidad, el énfasis en la voluntad de los accionistas para darse sus reglas de funcionamiento, la agilidad en los procedimientos, y la deferencia a las decisiones estatutarias en preferencia a las previsiones legales'(Sentencia No. C-014 del 20 enero 2010). Además, según el artículo 38 de la Ley 1258, 'las prohibiciones contenidas en los artículos 155, 185, 202, 404, 435 y 454 del Código de Comercio no se les aplicarán a las sociedades por acciones simplificadas'.

la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio'.⁸

En este tipo de compañías, la voluntad de los asociados prima, en buena parte, sobre las reglas imperativas previstas en el ordenamiento societario colombiano. Con la expedición de la Ley 1258, el legislador redujo el alto grado de intervención normativa propio de los tipos regulados en el Código de Comercio, para darle paso a la voluntad de los empresarios como la base para el funcionamiento de la SAS. Según el criterio de la Corte Constitucional, 'el esquema propuesto en la Ley 1258 de 2008 se basa en un principio de intervención mínima por parte del legislador, de modo que los accionistas están facultados para delinear la sociedad que más les convenga a sus propósitos, dentro de los límites contenidos en la propia ley'.⁹

La libertad dispositiva que la Ley 1258 les confirió a los accionistas de este nuevo tipo societario es, quizás, la principal justificación del requisito de unanimidad previsto en el citado artículo 31.¹⁰ Solo mediante la aplicación de este requisito puede asegurarse que los accionistas de una SAS cuenten con la oportunidad previa de negociar las reglas que habrán de regir tanto sus relaciones como la actividad de la sociedad.¹¹ Es decir que, si el flexible régimen de la SAS se basa en la discreción de los accionistas para diseñar las reglas que mejor se ajusten a sus necesidades, es apenas obvio que tales sujetos deban contar con la posibilidad de concertar tales reglas. En criterio de Reyes Villamizar, 'la mayor exposición de riesgo al que podrían quedar sujetos los asociados que no han tenido la oportunidad de estipular las cláusulas que han de regir las relaciones intrasocietarias en esta forma asociativa, justifica un derecho de veto a favor de todos los asociados de compañías de otro tipo que pretendan migrar hacia la SAS'.¹²

⁸ En el proyecto No. 241 de la Cámara de Representantes, el cual le dio origen a la Ley 1258 de 2008, se estableció lo siguiente: 'las Sociedades por Acciones Simplificadas se caracterizan por permitir un amplio espacio para los acuerdos de los asociados, remitiéndose por competencia residual a las disposiciones previstas para las Sociedades Anónimas en los asuntos en que las partes no pacten cosa distinta'.

⁹ Sentencia No. C-014 del 20 enero 2010. En la misma providencia se expresó lo siguiente: 'Más que entrar a hacer una regulación detallada de todos los aspectos de las SAS, el legislador dejó un amplio margen para que sea regulado por la voluntad de los accionistas. La Ley 1258 de 2008 regula algunos aspectos muy generales pero principalmente, contiene normas supletivas que solo operarán en caso de vacío estatutario. El principio dispositivo es evidente a todo lo largo de su texto'.

¹⁰ Como contrapartida de la amplia discreción atribuida a los asociados de las SAS, también se estableció un estricto régimen de protección de accionistas y de terceros, el cual incluye reglas en materia de abuso del derecho y desestimación de la personalidad jurídica. También es relevante señalar que el legislador estableció el requisito de unanimidad para todas aquellas reformas estatutarias que incluyan o modifiquen los mecanismos regulados en los artículos 13, 14, 39 y 40 de la Ley 1258. Esta restricción, contenida en el artículo 41 de la citada ley, ofrece una protección similar a la prevista en el artículo 31 citado en el texto principal.

¹¹ Debe anotarse que este requisito también se ha previsto en el régimen francés para la transformación en sociedad por acciones simplificada. En los términos del artículo 227-3 del Código de Comercio de ese país, 'la decisión de transformarse en sociedad por acciones simplificada requiere el voto unánime de los asociados'. En este sentido, Reyes Villamizar ha manifestado que 'la exigencia de unanimidad para la transformación en SAS fue tomada directamente de la legislación francesa'. F H Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada, 2ª Ed. (2010, Bogotá Editorial Legis) 233.

¹² F H Reyes Villamizar (2010) 233.

La importancia del requisito de unanimidad analizado puede apreciarse en los antecedentes legislativos de la Ley 1258 de 2008. El proyecto inicialmente sometido a consideración del Senado de la República ya establecía, en su artículo 31, la necesidad de contar con la aprobación de todos los asociados para efectuar la transformación de cualquiera de los tipos sociales del Código de Comercio en una SAS.¹³ En la ponencia para segundo debate ante el Senado, se consideró la posibilidad de morigerar el aludido requisito, en forma tal que solo fuera necesario contar con la aprobación de ‘asociados titulares de las tres cuartas (3/4) partes del capital’ para adoptar el tipo de la SAS mediante un proceso de transformación.¹⁴ No obstante, como consecuencia de los debates adelantados en la Cámara de Representantes, se restableció la unanimidad como presupuesto indispensable para permitir la transformación en SAS.¹⁵ En el correspondiente informe de ponencia se determinó ‘regresar a la versión original del artículo 31 del proyecto de ley, pues la exigencia de la unanimidad para adoptar las decisiones referentes a la transformación, permiten en una sociedad cerrada, como la propuesta, proteger en debida forma los derechos de los socios minoritarios’.¹⁶

En esta etapa del proceso legislativo también se incluyó el párrafo del artículo 31, citado, por cuya virtud el requisito de unanimidad se extendió a negocios jurídicos diferentes de la transformación.¹⁷ Es claro que el objetivo de esta modificación fue conferirle mayor entidad jurídica al mecanismo de protección analizado en el presente auto. De no contarse con el párrafo del artículo 31, podrían usarse negocios jurídicos tales como fusiones y escisiones para eludir la restricción a que se ha hecho referencia. Así, mediante la simple aplicación de la ley de las mayorías, una persona podría convertirse en accionista de una SAS, sin haber contado con la oportunidad de concertar las pautas que regirán sus relaciones con los demás asociados.¹⁸ Por este motivo, la regla del párrafo del artículo 31 es un elemento fundamental dentro del régimen de protección previsto para la SAS en la Ley 1258 de 2008.

(ii) Estimación de las probabilidades de éxito de la demanda

En el curso del presente proceso, se han sometido a consideración de este Despacho diversos elementos probatorios que parecerían apuntar a una violación del párrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008. Según consta en el Acta No. 17, correspondiente a la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A. celebrada el pasado 24 de septiembre de 2012, se sometió a consideración de los asociados la posibilidad de escindir parcialmente a la compañía (vid. Folio 24). Esta propuesta fue aprobada ‘por mayoría de las acciones representadas por los accionistas

¹³ Cfr. Proyecto de Ley 039 de 2007 (Senado).

¹⁴ Cfr. Ponencia presentada el 4 de septiembre de 2007 ante la Comisión Tercera del Senado de la República.

¹⁵ Cfr. Ponencia presentada el 7 de abril de 2008 ante la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes; Proyecto de Ley 241 de 2008 (Cámara).

¹⁶ Id.

¹⁷ Id.

¹⁸ F H Reyes Villamizar ha expresado sobre este particular que, ‘el objetivo legislativo en esta materia es el de proteger el carácter fundamentalmente contractual de la SAS e impedir a todo trance que individuos que no hayan dado su consentimiento expreso puedan ser forzados a participar en una sociedad de este tipo’ (2010) 234.

Arkata Investments Inc., Ukiah International Corp., Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Tawil, que corresponden al 99,998% de las acciones representadas. Con el voto negativo de la apoderada del señor Carlos Hakim, que corresponde al 0,001883% de las acciones representadas [...]’ (vid. Folio 24).

En el proyecto de escisión que consta en el expediente se describe la operación controvertida por el demandante. Según la información consignada en el proyecto, la asamblea aprobó una escisión parcial por creación, por cuya virtud se destinaría un bloque patrimonial de Gyptec S.A. a la constitución de Gyptec Inmuebles S.A.S. (vid. Folios 50 y siguientes). Esta última compañía fue descrita en el proyecto de escisión como la beneficiaria, ‘que nacerá a la vida jurídica como resultado de la escisión en la misma escritura pública en que esta se formalice’. Por virtud de lo establecido en la Sección VII del proyecto mencionado, en el cual se cita el artículo 3° de la Ley 222 de 1995, ‘los accionistas de las sociedades escindidas participarán en el capital de las beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquellas, salvo que por unanimidad de las acciones representadas en la reunión, se apruebe una participación diferente’. Así las cosas, bajo los términos del proyecto de escisión aprobado por la asamblea de Gyptec S.A., los accionistas de esta compañía recibirían acciones de Gyptec Inmuebles S.A.S. una vez efectuados los registros correspondientes.

En síntesis, como consecuencia de la escisión parcial impugnada, los accionistas de Gyptec S.A. —incluido Carlos Hakim, el accionista que votó en contra de la propuesta— adquirirían la calidad de accionistas en Gyptec Inmuebles SAS. Se trata, al parecer, de circunstancias fácticas que encajan dentro del supuesto regulado en el párrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008. Ciertamente, el negocio jurídico descrito en los documentos citados parecería tener por efecto un tránsito hacia el tipo societario de la SAS. En este sentido, durante el curso de la respectiva reunión, se discutió brevemente la posible aplicación del requisito establecido en el párrafo del artículo 31 respecto de la escisión propuesta. Luego de que la apoderada de Carlos Hakim hiciera referencia a la necesidad de contar con el voto unánime de los accionistas, el presidente de la asamblea manifestó que ‘el requisito de unanimidad mencionado por la apoderada de Carlos Hakim se exige exclusivamente para transformación y no para creación por escisión’ (vid. Folio 24). Con todo, el apoderado de Jorge Hakim les propuso a los accionistas ‘suspender la asamblea por tres días con el fin de modificar el proyecto de escisión para la creación de una sociedad anónima y no de una sociedad por acciones simplificada’ (vid. Folio 24).

A pesar de la propuesta formulada por el apoderado de Jorge Hakim, la escisión de Gyptec S.A. fue aprobada, según ya se afirmó, por el ‘99,998% de las acciones representadas’ (vid. Folio 24). Es claro, pues, que la escisión no se adoptó ‘mediante decisión unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas’, en los términos del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008. Por este motivo, el Despacho considera que, en esta etapa inicial del proceso, se ha acreditado una probabilidad razonable de éxito de las pretensiones de la demanda.

Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente proceso solo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este auto, el Despacho considera cumplido uno de los presupuestos requeridos para decretar la suspensión de decisiones sociales, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

B. La graduación de los posibles perjuicios del demandante

El artículo 421 del Código de Procedimiento Civil establece que la suspensión de decisiones sociales es procedente cuando se estime necesaria para ‘evitar perjuicios graves’. De ahí que el Despacho deba analizar la naturaleza de los perjuicios invocados por el demandante, a fin de establecer si se cumple con el requisito antes enunciado.¹⁹ Entre los diferentes elementos de análisis disponibles para efectuar esta graduación de perjuicios, el Despacho se ha valido de criterios tales como la naturaleza de las decisiones impugnadas, la existencia de un conflicto entre los accionistas y el interés económico del demandante.²⁰ A continuación, se aplicarán estos tres criterios para determinar si la decisión impugnada podría generarle posibles perjuicios graves al demandante.

(i) La naturaleza de las decisiones impugnadas

En varios pronunciamientos, el Despacho ha considerado que la naturaleza de las decisiones impugnadas es un elemento indispensable para establecer la existencia de los perjuicios graves a que alude el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil.²¹ Así, por ejemplo, existen decisiones de tal trascendencia que pueden alterar, en forma irreversible, las relaciones entre los diferentes sujetos con un interés en la compañía. En el caso de Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A., este Despacho consideró necesario suspender ciertas determinaciones adoptadas durante una reunión por derecho propio —incluida una autorización a la junta directiva para emitir acciones, sin sujeción al derecho de preferencia, a favor de un accionista minoritario— por cuya virtud un accionista mayoritario perdió el control que ejercía sobre la sociedad.²²

Ahora bien, las explicaciones presentadas en la Sección A (i) del presente Auto le permiten al Despacho concluir que la decisión impugnada en este proceso podría generarle perjuicios graves al demandante. El principal objetivo de la norma aparentemente infringida es evitar que un sujeto pueda llegar a ser accionista de una SAS, sin haber contado con la oportunidad de acordar las reglas que habrán de regir sus relaciones con los demás asociados. Ello se debe, según ya se explicó, a que la amplia libertad dispositiva propia de este tipo societario pondría en una clara desventaja a aquellas

¹⁹ Este análisis también permitirá determinar si la medida es necesaria, efectiva y proporcional, conforme a lo exigido por el artículo 590 del Código General del Proceso.

²⁰ Cfr. supra, nota al pie No. 1.

²¹ Cfr. autos No. 800-016014 del 19 noviembre 2012 y 801-012437 del 3 septiembre 2012.

²² Cfr. autos No. 801-012437 del 3 septiembre 2012 y 801-013957 del 4 octubre 2012 (en trámite de apelación). Según se expone en el segundo de los autos citados, ‘la fuente de los potenciales perjuicios graves que justificaron la medida cautelar decretada por el Despacho radica en la transferencia de control efectuada sin la anuencia del accionista controlante de [la sociedad]’.

personas que no pudieron participar en la negociación de las correspondientes cláusulas estatutarias, antes de convertirse en accionistas en una SAS.

En el caso estudiado por el Despacho, Carlos Hakim adquirió la calidad de accionista en Gyptec Inmuebles SAS (o la adquirirá, una vez se efectúen los registros correspondientes), a pesar de haber votado en contra del respectivo proyecto de escisión. Es decir que el demandante no contó con la oportunidad de negociar, con los demás asociados, las reglas estatutarias que regirán sus relaciones en la nueva compañía. Según lo expresado anteriormente, esta circunstancia podría exponer al demandante a un grado de riesgo que justificaría, en buena parte, el decreto de la medida cautelar solicitada. Con todo, es preciso continuar con el análisis de los diferentes criterios antes mencionados, a fin de establecer si la decisión de escindir parcialmente a Gyptec S.A. podría generarle graves perjuicios a Carlos Hakim.

(ii) La existencia de un conflicto entre accionistas

Otro criterio que ha usado el Despacho para estimar la magnitud de los posibles perjuicios del demandante está relacionado con la naturaleza del conflicto que dio lugar al correspondiente proceso judicial.²³ Cuando se presentan fuertes desavenencias entre los accionistas de una compañía, algunas decisiones adoptadas por los órganos sociales podrían multiplicar los posibles perjuicios generados en el curso del conflicto. Es decir que una misma decisión podría llegar a generar mayores perjuicios en hipótesis de conflicto intrasocietario que en aquellos casos en los que no exista una disputa de esa naturaleza. En este sentido, la falta de un verdadero conflicto intrasocietario puede restarle fuerza a los argumentos invocados por un demandante para justificar la existencia de perjuicios graves. En el caso de Vergel & Castellanos S.A. contra Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., este Despacho rechazó una medida cautelar por considerar que la carencia de un conflicto entre accionistas reducía la magnitud de los posibles perjuicios derivados de las decisiones impugnadas. Para el efecto, los argumentos del Despacho se centraron en la naturaleza de las diferencias que le dieron origen al respectivo proceso judicial, vale decir, algunas discrepancias respecto de la interpretación de contratos de mandato y usufructo suscritos con terceros.²⁴

En el caso *sub examine*, la existencia de un conflicto entre los accionistas de Gyptec S.A. puede apreciarse tras una lectura de las diferentes pruebas documentales aportadas con la demanda. Por una parte, debe hacerse referencia al laudo arbitral del 10 octubre 2011, emitido en el contexto de una controversia acerca de la tenencia de acciones al portador emitidas por las sociedades panameñas Arkata Investments Inc. y Ukiah

²³ Cfr. Auto No. 800-016014 del 19 noviembre 2012.

²⁴ Según se expresó en el Auto No. 700-008103 del 10 agosto 2012, ‘el Despacho advierte que la elección de nuevos miembros a la junta directiva de [la sociedad demandada] no constituye, por sí sola, una justificación para que se decrete una medida cautelar de la naturaleza examinada en el presente Auto. [...] el conflicto objeto de este litigio se relaciona con la aparente revocatoria de un poder especial que le fue conferido [a la sociedad demandante], para que ejerciera los derechos políticos respecto de unas acciones [...] sobre las cuales la demandante detenta la nuda propiedad. Se trata, al parecer, de un problema de interpretación legal, cuya resolución le corresponde a este Despacho. Así, un análisis preliminar de los documentos presentados [...] no le permite al Despacho concluir, en esta etapa del proceso, que el conflicto analizado revista las características requeridas para decretar una medida cautelar de la naturaleza indicada’.

International Corp.²⁵ En la fecha de la reunión de asamblea del 24 de septiembre, estas compañías detentaban, en conjunto, 530.957 acciones de Gyptec S.A., equivalentes al 99.9942% de las acciones emitidas y en circulación de la compañía. Se trata, pues, de una disputa relacionada con la titularidad de acciones en las dos sociedades que pueden emitir la mayoría de los votos durante las reuniones del máximo órgano social de Gyptec S.A.²⁶

En el laudo citado también se alude de modo expreso a la existencia de un conflicto entre los accionistas de Gyptec S.A, según puede constatarse en el siguiente extracto: ‘Al interior de la sociedad se evidencian diferencias sobre la administración que dividen a los socios’ (vid. Folio 196). De igual forma, la existencia de un conflicto entre los accionistas Jorge Hakim y Carlos Hakim se pone en evidencia tras una lectura del siguiente aparte del testimonio de Alejandro HakimTawil: ‘Esta es la última sociedad familiar, por lo menos nosotros tuvimos conflictos de todo tipo pero el principal conflicto que pasó fue el conflicto del lote’ (vid. Folio 219).²⁷ Por lo demás, puede consultarse la transcripción del interrogatorio de Carlos Hakim, en la que se expresa que ‘la idea era resolver el problema que había entre los socios, es decir, que se llegara a un acuerdo, principalmente que se me devolvieran las acciones [...]’ (vid. Folios 223-224).

De otra parte, la existencia de un conflicto entre accionistas también puede constatarse en el Acta No. 17, correspondiente a la reunión de la asamblea general de accionistas en la que se adoptó la decisión impugnada. Según se pone de presente en la constancia presentada por la apoderada de Carlos Hakim durante la citada reunión, ‘el señor Jorge Hakim, utilizando de manera indebida la tercera parte de las acciones en las sociedades panameñas Arkata Investments Inc. y Ukiah International Corp [...] convocó ilegalmente a Asambleas de Accionistas de las sociedades panameñas para en ellas nombrarse a sí mismo como Representante Legal [...]’ (vid. Folio 21). La apoderada del demandante también expresó lo siguiente, al momento de pronunciarse acerca del proyecto de escisión sometido a consideración de la asamblea: ‘sin el voto del señor Carlos Hakim, cualquier decisión que se tome en la Asamblea Extraordinaria de Gyptec, en relación la escisión es ineficaz, nula, ilegal y contraria a la ley. Por último, reitero que el señor Jorge Hakim no podía otorgar válidamente un poder para la representación de Arkata

²⁵ Carlos Hakim Daccach vs Jorge Alberto Hakim Tawil, Gyptec S.A. y Kistna Overseas Corporation, 10 octubre 2011; Árbitros: Jorge Hernán Gil (presidente), Fernando Álvarez Rojas y Aurelio Tobón Mejía.

²⁶ Esta circunstancia también será tenida en cuenta para establecer el interés económico del demandante, según se expresa más abajo.

²⁷ Según los documentos aportados por el demandante, la escisión impugnada tendría por efecto la transferencia, a favor de Gyptec Inmuebles SAS, de la totalidad de los derechos fiduciarios en el Patrimonio Autónomo FC-GYPTEC, administrado por Fiduciaria Colpatria S.A., el cual detenta el derecho de propiedad sobre el 73,86% del ‘lote de terreno No. 29 CONASTIL, identificado con la Matrícula Inmobiliaria No. 060-59056’ (vid. Folio 54). Además, en el laudo del 10 octubre 2011 se expresa que ‘las relaciones surgidas en relación con los activos los lotes en la zona franca y los lotes de CONASTIL, en torno a los cuales se desarrolló buena parte del debate probatorio, llevan al Tribunal a concluir que el eje del debate no está realmente en el negocio de promesa de compraventa de acciones, sino en el acceso de las acciones a un activo apetecible, como es el lote de la zona franca; allí es donde está el meollo de la diferencia [...]’ (vid. Folio 178). Así, pues, parecería que la escisión impugnada tuvo por objeto la transferencia de derechos fiduciarios sobre uno de los activos que pudo haber dado lugar a las diferencias entre los accionistas de Gyptec S.A. Sin embargo, esta circunstancia no consta en el texto de la demanda, en la cual tan solo se afirma que ‘la finalidad de la escisión es separar unos activos de Gyptec para transferirlos a otra sociedad en la cual mi representado no cuenta con protección para defender sus intereses’ (vid. Folio 597).

Investments Inc. y Ukiyah International Corp en la presente Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Gyptec [...]’ (vid. Folio 23).

Con fundamento en lo anterior, el Despacho encuentra que la decisión controvertida en el presente proceso se adoptó en el curso de un conflicto entre los accionistas de Gyptec S.A. Este conflicto está referido, entre otros asuntos, a la tenencia de acciones al portador emitidas por las sociedades panameñas que son accionistas mayoritarias de Gyptec S.A. Así las cosas, por las razones expresadas más arriba, la existencia de un conflicto entre los accionistas de Gyptec S.A. podría multiplicar los posibles perjuicios del demandante, derivados de la escisión impugnada. El Despacho tendrá en cuenta esta circunstancia al momento de pronunciarse acerca de la medida cautelar solicitada por la apoderada de Carlos Hakim.

(iii) El interés económico del demandante

La magnitud de los posibles perjuicios del demandante depende no solo de la naturaleza de las decisiones controvertidas y de la existencia de un conflicto intrasocietario, sino también del interés económico que se busca salvaguardar mediante el respectivo proceso judicial. Por ejemplo, cuando un accionista solicita suspender una decisión proferida por un órgano social, su interés económico está determinado, en buena parte, por su porcentaje de participación en la compañía.²⁸ Es decir que, por lo general, una misma decisión podría generarle mayores perjuicios al titular del 48% del capital que a un accionista propietario apenas del 1% de las acciones emitidas por la compañía. Por este motivo, el Despacho tendrá en cuenta el interés económico del demandante como un criterio adicional para graduar los perjuicios posiblemente derivados de la decisión impugnada.

La importancia de usar el interés económico del demandante como un criterio para la graduación de perjuicios puede apreciarse con alguna claridad en el derecho extranjero. En algunos países se ha restringido la legitimación para solicitar la suspensión de decisiones sociales, de modo que solo pueden hacerlo quienes representen un porcentaje determinado de acciones.²⁹ Sin embargo, debido a que en Colombia no se ha establecido una restricción de esa naturaleza, el porcentaje de participación de un accionista demandante constituye tan solo uno de los diversos criterios disponibles para efectuar la graduación de los perjuicios correspondientes. Además, la carencia de un requisito especial de legitimación hace posible considerar diversos elementos de juicio para valorar el interés económico de un demandante. Así, por ejemplo, un demandante propietario del 0.1% del capital de una sociedad podría demostrar un interés económico que justifique el decreto de la medida cautelar, si también detenta acciones en personas jurídicas que sean accionistas de aquella compañía.

En este orden de ideas, a pesar del ínfimo porcentaje de participación que Carlos Hakim detenta en forma directa en el capital de Gyptec S.A. —0,001883% del capital suscrito— los elementos probatorios disponibles le permiten al Despacho concluir que

²⁸ Es claro que si el accionista también es acreedor de la compañía, su interés económico en el proceso sería aún mayor.

²⁹ Por ejemplo, este porcentaje es del 20% de las acciones suscritas en Perú, según se dispone en el artículo 145 de la Ley General de Sociedades de ese país.

el demandante ha demostrado un interés económico suficiente para justificar la práctica de la medida cautelar solicitada. Para el efecto, debe aludirse nuevamente a la disputa sobre la tenencia de acciones al portador emitidas por los accionistas mayoritarios de Gyptec S.A., es decir, Arkata Investments Inc., Ukiah International Corp, según la información contenida en el laudo arbitral del 10 octubre 2011. En la parte resolutive de este laudo se ordenó la restitución, a favor de Carlos Hakim, de ‘las 4 acciones de propiedad del convocante objeto de la promesa de compraventa, en la sociedad Arkata Investment Inc’, así como de ‘las 4 acciones de propiedad del convocante objeto de la promesa de compraventa, en la sociedad Ukiah International Corp’ (vid. Folio 256). Debe anotarse, además, que el referido laudo fue objeto de un recurso de anulación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual declaró infundado la solicitud concerniente (vid. Folio 271).

Así las cosas, para calcular el interés económico del demandante, el Despacho debe tener en cuenta no solo su participación directa en Gyptec S.A., sino también las acciones que Arkata Investments Inc y Ukiah International Corp detentan en esa compañía. Debe anotarse que el Despacho no pudo determinar si las acciones objeto del laudo arbitral son suficientes para otorgarle a Carlos Hakim derechos de veto en el máximo órgano social de las sociedades panameñas. Ciertamente, en el laudo solo se menciona que las acciones en disputa equivalen a una ‘tercera parte’ de la totalidad de las acciones emitidas por Arkata Investments Inc y Ukiah International Corp (vid. Folio 229). En todo caso, la participación de este sujeto en las compañías titulares del 99.9942% del capital de Gyptec S.A. es suficiente para establecer que el demandante tiene un interés económico que va más allá de su porcentaje directo de participación en la sociedad colombiana. Esta circunstancia —en conjunto con las consideraciones efectuadas anteriormente— le permite al Despacho concluir que se han acreditado los presupuestos para el decreto de la medida cautelar solicitada por el demandante.

En virtud de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Primero. Declarar la suspensión de la decisión identificada bajo el número 4 del Acta No. 17 de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A., adoptada durante la reunión celebrada el 24 de septiembre de 2012, correspondiente a la ‘aprobación del proyecto de escisión’ de la compañía mencionada.

Segundo. Oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá, así como al Representante Legal de la sociedad Gyptec S.A., a fin de que obren de conformidad con lo decidido en el presente Auto.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

MEDIDAS CAUTELARES

Auto 801-017366 del 10 de diciembre de 2012

PARTES

Cámara de Comercio de Barranquilla
contra
Carcos Mantenimiento de Equipos SAS y otros

ASUNTO

Consideraciones acerca del abuso de las personas jurídicas societarias. Medidas cautelares innominadas en un proceso de interposición societaria.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Cámara de Comercio de Barranquilla

contra

Carcos Mantenimiento de Equipos S.A.S. y otros

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

I. Consideraciones del Despacho

La apoderada del demandante solicita la práctica de una medida cautelar consistente en la ‘suspensión provisional de las matrículas mercantiles de las sociedades demandadas’ (vid. Folio 148). Según las afirmaciones contenidas en la demanda, la anterior solicitud encuentra fundamento en la necesidad de ‘proteger la transparencia del proceso electoral de la Cámara de Comercio, programada para el 20 de diciembre de 2012 [e] impedir que esas sociedades constituidas en fraude a la ley sigan registrando actuaciones encaminadas a legitimar y borrar las irregularidades cometidas en su constitución’ (vid. Folio 148 del expediente).

En el curso de múltiples pronunciamientos, el Despacho ha desarrollado algunos presupuestos para determinar la procedencia de medidas cautelares en el contexto societario.¹ Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esa norma a los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. [...]

II. Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante.

¹ Cfr. Auto No. 800-016014 del 19 noviembre 2012; Auto No. 801-014531 del 17 octubre 2012; Auto No. 801-012437 del 3 septiembre 2012 y Auto No. 700-008103 del 10 agosto 2012.

Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso. La apariencia de buen derecho ha sido referida a ‘la carga de acreditar prima facie, esto es, de forma provisional e indiciaria, que la pretensión [...] presenta visos de poder prosperar; [es preciso establecer] una probabilidad cualificada de éxito de la pretensión principal que se pretende cautelar’.²

El análisis preliminar a que se ha hecho referencia no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.³ Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que, al momento de dictar sentencia, el juez llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares. En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para haber aceptado o rechazado la medida. En criterio de Bejarano Guzmán, ‘no se trata de una decisión de fondo sino preliminar, que por supuesto puede ser modificada en la sentencia que le ponga fin al proceso [...] si el juez no decreta la suspensión provisional [...] en modo alguno ello significa que la sentencia será adversa al demandante, pues las pruebas recaudadas en el proceso pueden contribuir a cambiar la decisión que se adopte en la sentencia’.⁴

Con fundamento en las anteriores precisiones, el Despacho analizará la solicitud presentada por la apoderada del demandante. Así, pues, conforme a las pretensiones formuladas en la demanda, el punto de partida de este estudio debe ser el problema del abuso de las formas asociativas. Ello se debe a que la Cámara de Comercio de Barranquilla considera que las sociedades demandadas fueron constituidas con fines contrarios a la ley. En este sentido, el abuso de las formas asociativas —particularmente el uso de sociedades unipersonales infracapitalizadas con fines fraudulentos— ha sido uno de los asuntos más debatidos en el derecho societario.⁵ Ante la multiplicidad de soluciones disponibles para remediar este problema y los incontables criterios existentes para determinar si se han presentado abusos, es indispensable hacer un breve recuento de los principales desarrollos sobre la materia. Posteriormente, se examinarán los elementos probatorios disponibles en esta etapa del proceso.

(i) El abuso de las sociedades de capital

La difusión de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad fue uno de los factores determinantes en el acelerado desarrollo industrial del siglo XIX, tanto

² J. Garnica Martín, ‘Medidas Cautelares en el Proceso de Impugnación de Acuerdos Sociales’ en *Órganos de la Sociedad de Capital*, Tomo I (2008, Valencia, Tirant Lo Blanch) 580.

³ En opinión de Garnica Martín, el análisis preliminar requerido para establecer la apariencia de buen derecho ‘no tiene por qué significar que el juez que ha emitido un juicio previo haya perdido su imparcialidad: ambos juicios versan sobre lo mismo pero no se emiten a partir de los mismos elementos probatorios, por lo que no es difícil que pueda cambiar la visión del juez que dictó medidas cautelares sobre el asunto cuando dicta sentencia’ (2008) 580.

⁴ R. Bejarano Guzmán, *Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales*, 5ª Edición (2011, Bogotá, Editorial Temis) 167. En este mismo sentido puede consultarse lo expresado por López Blanco (‘También debe quedar muy claro que la suspensión provisional no vincula al juez, quien por decretarla no se ve obligado a aceptar las pretensiones de la demanda, pues si en el desarrollo del proceso surgen pruebas que acrediten plenamente la legalidad del acto, en la sentencia absolutoria deberá además ordenar la finalización de los efectos de la suspensión’). HF López Blanco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo II: Parte Especial, 7ª Edición (1999, Bogotá, Dupre Editores) 149.

⁵ Cfr. a E. Osborne, *The Rise of the Anti-Corporate Movement*, (2007, Westport, Praeger Publishers).

en los países anglosajones del *common law* como en los sistemas civilistas de Europa Continental. Ello se debió, en buena medida, a que los comerciantes que usaban esta forma asociativa podían asumir un mayor grado de riesgo que aquellos sujetos que actuaban a título personal.⁶ Más aún, la posibilidad de acceder a la figura mencionada permitió que los recursos económicos de los inversionistas fueran usados para financiar las más prometedoras innovaciones. Según el célebre economista Walter Bagehot, durante el siglo XIX ‘desapareció la posibilidad de que un lucrativo proyecto industrial o comercial no se llevara a cabo por falta de financiación’.⁷

Claro que ello solo fue posible luego de superada la renuencia inicial atada a que los empresarios pudieran valerse de los beneficios propios de la aludida forma asociativa. Esta reticencia se derivó, principalmente, de los abusos perpetrados por conducto de la sociedad de capital.⁸ Durante el siglo XVIII, por ejemplo, escándalos societarios tales como el de la Compañía del Mar del Sur en Inglaterra y la Sociedad del Mississippi en Francia, sirvieron de justificación para proscribir la sociedad de capital en distintas jurisdicciones.⁹ La desconfianza generalizada en esta forma asociativa puede apreciarse en el siguiente aparte, extraído de una dura reseña editorial del diario londinense *The Times*, publicada en 1824: ‘No hay una situación más injusta que aquella en la que un puñado de sujetos acaudalados destinan una porción de su patrimonio a la constitución de una sociedad de capital [...] para luego, ante la imposibilidad de pagar las deudas sociales, retirarse con su fortuna intacta, mientras los pobres defraudados devoran la exigua carnada remanente.’¹⁰

En el curso del siglo XIX, las exigencias del tráfico impusieron la necesidad de diseñar un régimen más permisivo, bajo el cual los empresarios pudiesen usar libremente la sociedad de capital con limitación de responsabilidad. Las restricciones francesas para la constitución de compañías contenidas en el Código Napoleónico de 1807 fueron morigeradas con la introducción de la *société anonyme* en 1867, mientras que los diferentes Estados de la Unión Americana empezaron a permitir el acceso a esta forma asociativa a partir de las reformas del Código neoyorkino de 1811.¹¹ Sin embargo, el mayor uso de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad trajo consigo un correlativo incremento en el abuso de esta figura.¹² En lugar de proscribir su uso, se concluyó que, ante la importancia que revestía la sociedad de capital, era necesario

⁶ F. H. Easterbrook y D. R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991, Cambridge, Harvard University Press) 40-62.

⁷ W. Bagehot, *Lombard Street: A description of the Money Market*, (A W Wright, London, 1915) 7-13.

⁸ Cfr. a S. Banner, *What Causes New Securities Regulation: 300 Hundred Years of Evidence* (1997) 75 WASH UNIV L QUART 849 y J. Dobson, *El Abuso de la Personalidad Jurídica* (1985, Buenos Aires, Ediciones de Palma).

⁹ La sociedad de capital con limitación de responsabilidad fue prohibida en Inglaterra a partir de la expedición de la Ley de Burbujas de 1720, la cual fue una respuesta legislativa al escándalo de la Compañía del Mar del Sur. Esta prohibición se mantuvo en pie hasta las reformas introducidas en la primera mitad del siglo XIX. E. Osborne (2007) 30.

¹⁰ R. G. Rajan y L. Zingales, *Property Rights and the Taming of Government* (disponible en la siguiente dirección: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/rajan.pdf>).

¹¹ E. Osborne (2007) 33.

¹² T. K. Cheng, *The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the US Corporate Veil Doctrines* (2011) 34 Boston Coll Int & Comp L Rev 2.

desarrollar mecanismos de protección para hacerle frente a quienes se propusieran usarla de manera ilegítima.¹³

Una primera aproximación al problema mencionado consistió en diseñar reglas que redujesen, *ex ante*, el riesgo de abuso de la figura societaria.¹⁴ Con base en esta postura, muchos países establecieron estrictos requisitos para la constitución de compañías de capital, incluidos los de escritura pública y capitalización mínima. Sin embargo, a partir de incontables estudios académicos, ha hecho carrera la tesis de que tales requisitos son insuficientes para evitar el abuso de esta forma asociativa.¹⁵ El argumento principal esgrimido para el efecto es que la rigidez propia de esta clase de requisitos deja amplio espacio para expedientes fraudulentos, orientados a burlar los mecanismos de protección contenidos en la ley.¹⁶ Esta circunstancia es tanto más grave cuanto que las aludidas reglas conllevan, usualmente, un incremento generalizado en el costo de operación para todos los empresarios, incluidos aquellos que no se proponen abusar de la figura societaria. Según el criterio de Armour, algunas de las reglas que buscan solucionar *ex ante* el problema reseñado ‘constituyen un claro ejemplo de una tecnología legislativa obsoleta que [...] probablemente genera más costos que beneficios’.¹⁷

Ello no quiere decir, por supuesto, que deban suprimirse todas las reglas establecidas para la constitución de compañías.¹⁸ Algunos requisitos, tales como aquellos diseñados para dotar de publicidad mercantil el acto de constitución, son indispensables para el adecuado funcionamiento del régimen societario. El punto es, simplemente, que la fijación de estrictos requisitos de constitución es una manera ineficiente de mitigar el riesgo de abuso de la sociedad de capital. Tal vez por este motivo, la mayoría de países industrializados ha gravitado hacia una reducción de los trámites requeridos para la creación de sociedades.¹⁹

Una segunda aproximación al problema del abuso de la sociedad de capital buscó promover medidas de fiscalización judicial para controvertir, *ex post*, las actuaciones

¹³ Los abusos de la figura societaria ‘han forzado a los sistemas jurídicos a reaccionar mediante la creación de expedientes judiciales o legislativos de extensión de responsabilidad y de desconocimiento de la personalidad jurídica’. FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 2ª Ed (2006, Bogotá, Editorial Temis) 222.

¹⁴ R. J. Gilson y A. Schwartz, Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms Versus Ex Post Transaction Review, (2012) Yale Law and Economics Research Paper No. 455.

¹⁵ J. Armour, Legal Capital: An Outdated Concept? (2006) Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 320. También son relevantes las afirmaciones efectuadas por Reyes Villamizar respecto de la supresión del requisito de la escritura pública para la constitución de sociedades por acciones simplificadas. En su criterio, ‘la controversia que se originaba antes por la supresión de este requisito fue superada a partir de la expedición de la Ley 222 de 1995. El régimen de constitución de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada permitió comprobar que era viable prescindir de esa formalidad sin que por ello se produjera inseguridad jurídica o una especial propensión al fraude; quedó demostrado que no se requería una costosa duplicidad de trámites en el proceso constitutivo del sujeto’. F. H. Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada, 2ª Ed. (2010, Bogotá, Editorial Legis) 94.

¹⁶ R. J. Gilson y A. Schwartz (2012).

¹⁷ J. Armour (2006)15. En este ensayo, el autor se refiere, en particular, a las reglas de capital mínimo que aún prevalecen en algunos países de la Unión Europea.

¹⁸ Para un análisis de la importancia de control de legalidad ejercido por las Cámaras de Comercio respecto de las sociedades por acciones simplificadas, puede consultarse a F. H. Reyes Villamizar (2010) 14-15.

¹⁹ Puede consultarse, en este sentido, el análisis comparado realizado por Reyes Villamizar (2010) acerca de la flexibilización de los trámites de constitución de sociedades.

indebidas de los empresarios.²⁰ Esta solución tiene la ventaja de imponerle altos costos solamente a los sujetos que, con su conducta, desborden la finalidad para la cual fue diseñada la aludida figura societaria. Así, por ejemplo, mediante la denominada desestimación de la personalidad jurídica, las autoridades judiciales pueden hacerle extensiva, a los accionistas de una compañía, la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas, en hipótesis de fraude o abuso. Otra aplicación estas medidas podrían llevar a la inoponibilidad de la personificación jurídica societaria, en la forma descrita más abajo. Por lo demás, debe señalarse que estas medidas de fiscalización *ex post* les imponen a los jueces una exigencia de primer orden, vale decir, la necesidad de llevar a cabo un cuidadoso análisis orientado a establecer la procedencia de la correspondiente sanción. Es decir que, por obvias razones, la efectividad de estas medidas depende principalmente del adecuado ejercicio de la función judicial.²¹

Las medidas de fiscalización descritas en el párrafo anterior pueden hacerse efectivas bajo diferentes modalidades, incluida la aplicación de sanciones generales de derecho civil (p. ej. nulidad absoluta por causa u objeto ilícito, simulación, etc.) o de mecanismos especialmente diseñados para operar en el contexto del derecho societario (p. ej. la desestimación de la personalidad jurídica).²² [...]

Si bien en la legislación colombiana se han consagrado diversas reglas sobre la materia, las medidas para evitar el abuso han encontrado su máxima expresión en el sistema de protección previsto para la sociedad por acciones simplificada, según se explica a continuación.

Tras la promulgación de la Ley 1258 de 2008, se introdujo en nuestro ordenamiento la denominada sociedad por acciones simplificada (SAS). Una de las principales innovaciones de la citada ley consistió en simplificar los trámites requeridos para la constitución de este tipo societario. Así pues, no solo se suprimió la necesidad de contar con una escritura pública, sino que también se permitió la creación de sociedades unipersonales. Además, la Ley 1258 les confirió a los asociados una amplia libertad dispositiva. Los accionistas de una SAS pueden consagrar en los estatutos sociales todas aquellas disposiciones que consideren necesarias para regular sus relaciones intrasocietarias, sin que les resulten aplicables muchas de las normas imperativas previstas en el Código de Comercio para los demás tipos societarios.²³ Conforme a

²⁰ R. J. Gilson y A. Schwartz (2012).

²¹ Id.

²² J. Dobson, *El Abuso de la Personalidad Jurídica* (1985, Buenos Aires, Ediciones de Palma). La doctrina ha señalado que, en algunos casos, estos mecanismos especiales pueden ser más idóneos para hacerle frente al abuso de la sociedad de capital que los postulados civilistas a que se ha hecho referencia. Según Cabanellas de las Cuevas, el mecanismo de desestimación de la personalidad jurídica previsto en Argentina 'tiene la virtud de que prevé consecuencias de las conductas antijurídicas allí descritas, específicamente ajustadas a las necesidades de la vida societaria, en lugar de otras, como nulidades, disolución societaria o indemnización de daños y perjuicios, que pueden surgir de las normas cuyo ámbito de aplicación es más amplio que la desestimación de la personalidad societaria [...]'. G. Cabanellas de las Cuevas, *Derecho Societario – Parte General: La Personalidad Jurídica Societaria*, Tomo III (1994, Buenos Aires, Editorial Heliasta) 97.

²³ En criterio de la Corte Constitucional, las diferencias entre la SAS y los tipos sociales del Código de Comercio 'responden a un paradigma conceptual totalmente distinto inspirado en la flexibilidad, el énfasis en la voluntad de los accionistas para darse sus reglas de funcionamiento, la agilidad en los procedimientos, y la deferencia a las decisiones estatutarias en preferencia a las previsiones legales' (Sentencia No. C-014 del 20 enero 2010). Además, según el artículo 38 de la Ley 1258,

lo establecido en el artículo 45 de la Ley 1258, ‘en lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio’.²⁴ Las normas que rigen este nuevo tipo también permiten la creación de causales estatutarias para la exclusión de accionistas, la restricción absoluta para enajenar acciones por un período determinado, la fijación de porcentajes máximos y mínimos del capital social bajo el control de un accionista, la realización de procesos de fusión o escisión con contraprestaciones de distinta naturaleza y la emisión de acciones con toda clase de prerrogativas.

Es decir que, en las sociedades por acciones simplificadas, la voluntad de los asociados prima, en buena medida, sobre las reglas imperativas previstas en el ordenamiento societario colombiano. Con la expedición de la Ley 1258, el legislador redujo el alto grado de intervención normativa propio de los tipos regulados en el Código de Comercio, para darle paso a la voluntad de los empresarios como la base para el funcionamiento de la SAS. Según el criterio de la Corte Constitucional, ‘el esquema propuesto en la Ley 1258 de 2008 se basa en un principio de intervención mínima por parte del legislador, de modo que los accionistas están facultados para delinear la sociedad que más les convenga a sus propósitos, dentro de los límites contenidos en la propia ley’.²⁵

Como contrapartida de la simplificación de trámites y la amplia discreción atribuida a los asociados de las SAS, el legislador colombiano estableció un estricto régimen de protección de accionistas y de terceros. Debe decirse que este régimen es mucho más severo que el previsto para los tipos societarios del Código de Comercio. La Ley 1258 de 2008 contiene disposiciones en materia de abuso del derecho de voto en el máximo órgano social, requisitos de unanimidad para la migración hacia el tipo de la SAS y para la modificación de ciertas cláusulas estatutarias, normas sobre los denominados administradores de hecho y reglas especiales en materia de la desestimación de la personalidad jurídica. En los términos expresados en la sección anterior, el régimen de protección contenido en la Ley 1258 parece apoyarse más fuertemente en la aplicación de mecanismos de fiscalización *ex post*, que en reglas con efectos *ex ante*.

Sobre el particular, debe consultarse la siguiente opinión expresada por Reyes Villamizar: ‘La orientación de las reglas sustantivas previstas en la Ley 1258, caracterizadas por un inocultable “antiformalismo”, bien pueden servir de guía en la adjudicación jurisdiccional

‘las prohibiciones contenidas en los artículos 155, 185, 202, 404, 435 y 454 del Código de Comercio no se les aplicarán a las sociedades por acciones simplificadas’.

²⁴ En el Proyecto No. 241 de la Cámara de Representantes, el cual le dio origen a la Ley 1258 de 2008, se estableció lo siguiente: ‘las Sociedades por Acciones Simplificada se caracterizan por permitir un amplio espacio para los acuerdos de los asociados, remitiéndose por competencia residual a las disposiciones previstas para las Sociedades Anónimas en los asuntos en que las partes no pacten cosa distinta’.

²⁵ Sentencia No. C-014 del 20 enero 2010. En la misma providencia se expresó lo siguiente: ‘Más que entrar a hacer una regulación detallada de todos los aspectos de las SAS, el legislador dejó un amplio margen para que sea regulado por la voluntad de los accionistas. La Ley 1258 de 2008 regula algunos aspectos muy generales pero principalmente, contiene normas supletivas que solo operarán en caso de vacío estatutario. El principio dispositivo es evidente a todo lo largo de su texto’.

respecto de conflictos en que esté de por medio una sociedad por acciones simplificada. Entre las innumerables normas de derecho sustancial de la Ley SAS en las que se pretende hacer prevalecer el fondo sobre la forma, puede destacarse el artículo 27, que introduce el concepto de *administrador de hecho*, que extiende los deberes fiduciarios a cualquier persona que se inmiscuya en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad. En idéntico sentido, el artículo 42 del mismo estatuto predica la desestimación de la personalidad jurídica cuando la sociedad es utilizada como instrumento *formal* para incurrir en fraudes o abusos. [...] Por último, puede citarse como ejemplo de prevalencia de la sustancia sobre la forma lo previsto en el ya citado artículo 38 de la Ley SAS, que deroga y suprime una serie de prohibiciones, en muchos casos meramente formalistas, para permitir el ejercicio de una autonomía contractual ajustada a cánones de conducta protegidos por normas sustantivas más razonables'.²⁶

(ii) Estimación de las probabilidades de éxito de la demanda

Las pretensiones formuladas por el demandante están relacionadas con la constitución en masa de sociedades unipersonales infracapitalizadas, con el aparente fin de obtener una ventaja indebida en las elecciones a la junta directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla. Según las afirmaciones de la demanda, la constitución de alrededor de 1480 sociedades por acciones simplificadas —la enorme mayoría con un solo accionista actuando también como representante legal y un capital de \$1.000.000— durante los tres primeros meses de 2012, es una situación a lo menos insólita. En este sentido, tales circunstancias fácticas parecerían encajar en la modalidad de abuso que la doctrina ha llamado la interposición societaria. Esta figura consiste en ‘utilizar la sociedad como un intermediario para cumplir actividades que le estarían vedadas a la persona natural’.²⁷ Así, según la demanda, la constitución de cerca de 1480 SAS sirvió de expediente para que 72 personas naturales emitieran más votos de los que por ley les corresponderían en las referidas elecciones. De verificarse una actuación de esta naturaleza, se habría producido un grave abuso de la figura societaria analizada.

Con todo, es importante aclarar que la sola constitución de múltiples sociedades unipersonales no configura, por sí sola, una actuación de naturaleza abusiva. Según se explicó antes, la comprobación del abuso de las formas asociativas presupone un cuidadoso análisis, para el cual deberá siempre contarse con suficientes elementos de juicio. En el caso *sub examine*, el demandante ha sometido a consideración de este Despacho un amplísimo acervo probatorio, el cual permite realizar un análisis preliminar orientado a establecer las probabilidades de éxito de la demanda. Muchas de las pruebas que este Despacho usará para tales efectos han sido extraídas del juicioso estudio efectuado por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en la Resolución No. 55180 del 24 de septiembre de 2012, la cual fue aportada con la demanda. La citada entidad realizó una detallada investigación, durante la cual se visitaron las instalaciones de la Cámara de Comercio de Barranquilla, así como algunos de los domicilios sociales de las compañías demandadas. Como resultado de esta labor, la SIC encontró indicios

²⁶ F. H. Reyes Villamizar (2010) 25.

²⁷ F. H. Reyes Villamizar (2006) 222.

acerca de la existencia de conductas anómalas en las elecciones de la junta directiva de la referida Cámara de Comercio. Se trató, al parecer, de actuaciones coordinadas entre diversas personas naturales, aparentemente encaminadas a perpetrar un fraude electoral mediante la constitución en serie de sociedades por acciones simplificadas. Según el texto de la citada Resolución No. 55180, ‘al combinar varias de las similitudes encontradas [...] con las preferencias de votación que se pudieron demostrar para ciertos representantes legales se tiene que estos parecen votar de manera conscientemente coordinada, lo que permite presumir que esto no es un evento fortuito, sino el resultado de una decisión tomada mutuamente y de común acuerdo encaminada a alterar el resultado de las elecciones’. (vid. pág. 51 de la Resolución).

Debe anotarse, además, que las circunstancias fácticas detectadas por la SIC parecen ajustarse, en alguna medida, a los presupuestos concebidos tanto en Colombia como en el extranjero para detectar el abuso de formas asociativas. En primer lugar, es preciso hacer referencia a los elementos formales relativos a la constitución de las compañías demandadas. Así, pues, la información disponible en esta etapa del proceso da cuenta de 1.476 SAS unipersonales, controladas en diversas proporciones por cerca de 72 personas naturales (vid. folio 128 del expediente) y constituidas en un corto espacio de tiempo para adelantar las más diversas ocupaciones (v. gr. operación de museos, canteras, consultorios médicos, transportes, acerías y agencias marítimas), la gran mayoría con un capital simétrico de \$1.000.000, homogeneidad en los domicilios sociales registrados por un mismo controlante e identidad entre el único accionista y el representante legal.

En segundo lugar, la demanda le atribuye a las anteriores actuaciones una finalidad contraria a la ley, vale decir, la manipulación de las elecciones de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla. En criterio del demandante, este ánimo defraudatorio puede constatarse en diferentes hechos. Según la información que consta en el expediente, las citadas compañías fueron creadas durante los tres primeros meses del 2012 e inmediatamente afiliadas a la Cámara de Comercio de Barranquilla, lo cual las habilitó para votar en las respectivas elecciones. Debe anotarse que, durante los meses indicados, tanto el número de constituciones de compañías como el porcentaje de afiliación entre tales personas jurídicas desbordaron con amplitud las estadísticas registradas por la Cámara de Comercio de Barranquilla en años anteriores (vid. folios 130 y 131 del expediente). Mientras que, entre 2008 y 2011, el promedio de constitución de sociedades durante los primeros tres meses del año había sido de 650, en el 2012 se constituyeron 2.463 compañías en ese lapso. Al mismo tiempo, el porcentaje de afiliación de nuevas compañías pasó de un promedio de 1.4% entre 2008 y 2011 al 62.4% de la totalidad de las sociedades creadas durante el primer trimestre de 2012 (vid. folios 130-131 del expediente). De otra parte, según lo expresado por la SIC en la Resolución No. 55180, antes citada, en las elecciones se produjo una alta correspondencia entre el número de sociedades registradas durante el primer semestre de 2012 y el número de votos emitidos (vid. pág. 39 de la resolución). Como resultado de todo lo anterior, las sociedades demandadas concentraron, en conjunto, ‘el 36% de la totalidad de los votos

posibles para elegir miembros de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio' (vid. folio 128 del expediente).

A continuación se presenta una breve síntesis de los múltiples indicios de actuaciones irregulares que fueron encontrados por la SIC durante la aludida investigación.

1. **Constitución y afiliación en masa de sociedades por acciones simplificadas:** Según la información puesta a consideración de este Despacho, durante el primer semestre del año 2012 se presentó un incremento sustancial en el registro de nuevas sociedades ante la Cámara de Comercio de Barranquilla. En la demanda se afirma que 'las matrículas entre enero y marzo de 2012 (4.957) crecieron un 116% con respecto a 2011' (vid. folios 59 y 60 del expediente). Según lo expresado por el demandante, de las nuevas sociedades constituidas durante el primer semestre del año 2012, el 48.15% (es decir, 2387 sociedades) corresponden a SAS de accionista único. En el curso de las visitas de inspección efectuadas por la SIC, esa entidad encontró que 72 personas naturales habían constituido 1483 de las sociedades mencionadas (vid. folios 244 y 245 del expediente). En los casos analizados por la SIC, 'una sola persona decide crear más de una sociedad en un período inferior a 3 meses, habiendo personas que constituyeron y registraron hasta 46 sociedades en menos de un mes' (vid. folio 254 del expediente).

Según ya se afirmó, el inusitado aumento en la constitución de sociedades unipersonales estuvo acompañado de la afiliación masiva de estas nuevas compañías a la Cámara de Comercio de Barranquilla. En la demanda se pone en evidencia la tendencia histórica de afiliación a la Cámara de Comercio de Barranquilla, para lo cual el demandante expresa que el '62.4% de las personas jurídicas que se matricularon en el primer trimestre de 2012 se afiliaron sistemáticamente a la Cámara de Comercio' cuando la 'tendencia histórica evidencia que este porcentaje no supera el 2%' (vid. folios 130 y 131 del expediente). Esta última circunstancia es importante en tanto el derecho de voto en las elecciones a la Cámara de Comercio de Barranquilla puede obtenerse tras la afiliación —en lugar de la simple constitución— de personas jurídicas societarias.

2. **Simetría en el capital de las nuevas sociedades:** Según lo expresado en la Resolución No. 55180, la SIC encontró que 1.481 de las SAS investigadas se habían constituido con un capital suscrito y pagado de \$1.000.000 (vid. folios 253 y 254 del expediente). En este sentido, luego de una revisión de los certificados de existencia y representación legal aportados con la demanda, este Despacho pudo establecer que, con una sola excepción, las 1.476 SAS demandadas en el presente proceso cuentan con un capital suscrito y pagado de \$1.000.000 (vid. folios 578 al 3.698).²⁸ Además de la simetría en los montos destinados para la constitución de las aludidas compañías, el Despacho debe poner de presente la posible infracapitalización de varias de estas sociedades. En verdad, la aludida

²⁸ La excepción mencionada se presenta en el caso de la sociedad E.V.M. Laboratorios Clínicos IPS SAS, la cual cuenta con un capital suscrito y pagado de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) (vid. folio 3492).

suma de \$1.000.000 sería claramente exigua para adelantar actividades tales como la operación de un laboratorio clínico (vid. folio 42 del expediente), una planta de energía solar (vid. folio 3 del expediente) o la producción de implementos plásticos (vid. folio 44 del expediente).

3. **Homogeneidad en el número de empleados de las sociedades demandadas:** Según la información contenida en el expediente, un alto porcentaje de las compañías constituidas durante el primer trimestre de 2012 cuenta, apenas, con un empleado. Ciertamente, según lo expresado en la Resolución No. 55180, la SIC encontró que ‘la mayoría de las nuevas sociedades (98.71%) registra un único empleado’ (vid. folio 253 del expediente). En este orden de ideas, en línea con lo expresado antes, es a lo menos llamativo que compañías constituidas para adelantar las más diversas actividades cuenten con un solo empleado.
4. **Cálculo de las frecuencias de representación legal entre las nuevas sociedades:** En la demanda se afirma que ‘mil quinientas una (1.501) sociedades, es decir, el 63% están representadas por solo 72 personas (vid. folios 60 y 61 del expediente). Por su parte, en la Resolución 55180 de 2012, la SIC también pone de presente que 72 personas naturales detentan la calidad de representantes legales en las sociedades unipersonales antes mencionadas (vid. folios 250 a 252 del expediente). Con fundamento en la investigación a que se ha hecho referencia, la SIC pudo establecer las frecuencias de representación legal de tales personas naturales en las nuevas SAS, según se expone en la siguiente tabla:

Tabla 1
Frecuencias de representación legal entre las sociedades constituidas durante el primer trimestre de 2012

No. de sociedades constituidas	No. de representantes legales	No. de sociedades constituidas	No. de representantes legales
46	1	20	4
41	1	19	2
40	1	18	4
36	1	17	2
31	2	15	1
30	7	14	1
29	3	12	1
28	2	11	3
27	5	10	8
26	4	9	4
25	5	8	2
24	2	6	2
23	1	5	1
21	1	2	1

Fuente: SIC, Resolución No. 55180 de 2012.

Es decir que, según la anterior información, una sola persona fue designada como representante legal de 46 SAS constituidas durante el primer trimestre de 2012, al paso que 7 personas naturales fueron inscritas como representantes legales de 210 SAS.

5. **Uniformidad en los formatos utilizados para la constitución de las sociedades demandadas:** En el curso de su investigación, la SIC encontró un alto grado de uniformidad en los formatos utilizados para la constitución de las sociedades demandadas. Según esa entidad, existe ‘una impresionante similitud en casi todos los formatos utilizados, modificando en la gran mayoría de los casos únicamente el nombre del accionista, objeto y razón social de cada sociedad. Habiendo en todos coincidencia respecto del nombre del representante legal, del accionista y la razón social’ (vid. folio 254 del expediente).
6. **Composición de la razón social de las sociedades demandadas:** Según los resultados de la investigación adelantada por la SIC, existe un patrón de coincidencia en las razones sociales de las sociedades demandadas. En la mayoría de los casos, las referidas razones sociales están compuestas por el nombre y los apellidos del accionista único (vid. folios 1 al 51 y del 129 al 130 del expediente). De conformidad con el criterio de la SIC, ‘una gran mayoría de estas [sociedades] tiene un nombre que termina ya sea bien con el nombre o apellido del representante legal y accionista, o con alguna combinación de letras del nombre completo de este’ (vid. folio 255 del expediente). A continuación se presenta una tabla con la información obtenida por la SIC:

Tabla 2
Ejemplos de los nombres de las sociedades denunciadas

Accionista	Razón Social
SAMUEL DAVID TCHERASSI	SAMTCHO
CARLOS ENRIQUE PALLARES ZAMBRANO	CPAL
ARGEMIRO RAFAEL HERRERA LEGUIA	IHR
JAIRO EDUARDO PÉREZ OROZCO	EDUPER
WILLIAM ALBERTO LUGO FONTALVO	FOLTAL
HERNANDO CASTAÑEDA QUINTERO	CASQUI
JOSÉ MANUEL CORTINA GONZÁLEZ	MCORTINA
DIANA PATRICIA CAMARGO BARRETO	DICABA
GIANNI ENRIQUE RIVERA MONTIEL	RIMONTI
ARMANDO JOSÉ OLAVE BELTRÁN	AJOB
NAYIB RENÉ REGUILLO CHARRIS	REGUILLO
MABEL MARGARITA MONSALVE SALCEDO	MONSALVE

Fuente: SIC, Resolución No. 55180 de 2012.

7. **Parentesco entre varios de los representantes legales de las compañías nuevas:** De la lectura de los hechos de la demanda, así como de lo expresado por la SIC en la citada resolución, se puede concluir que varios de los representantes legales de las sociedades demandadas podrían llegar a tener un vínculo familiar

cercano, bien sea porque coinciden en ambos apellidos o porque comparten uno de los dos (vid. folios 1 al 51 del expediente).

8. **Similitud en las direcciones y teléfonos registrados por las sociedades demandadas:** En la demanda se describe, en detalle, la coincidencia encontrada entre la dirección y los teléfonos registrados en las sociedades constituidas por un mismo representante legal, durante el primer trimestre de este año (vid. folios 61 al 126 del expediente). En la Resolución 55180 de 2012, la SIC también alude a la coincidencia existente respecto de los teléfonos y las direcciones registradas por varias de las sociedades demandadas. En este sentido, a pesar de que las sociedades demandadas tienen objetos sociales disímiles, muchas de ellas operan en una misma dirección. Según lo expresado por la SIC, ‘en el mismo sitio operan negocios que abarcan desde un museo, una aseguradora, un servicio de limpieza y hasta una empresa de software [...]. Si bien extraña y sorprende que una empresa cuyo objeto social tiene que ver con canteras, opere en el mismo lugar físico que un centro de fotografía e impresión, una empresa de confección de tejidos y negocios de cerámicas y pisos, lo que más genera curiosidad es que los servicios de cantera se presten en el mismo lugar físico en donde opera un centro cardiológico’ (vid. folio 258 del expediente).
9. **Expedición en masa de certificados de cumplimiento de los deberes del comerciante de las sociedades demandadas:** En el hecho tercero de la demanda, la Cámara de Comercio de Barranquilla incluye una lista en la que se establece que ‘cuarenta y nueve contadores expidieron mil trescientos cincuenta y un (1.351) certificados de contador a las SAS’ (vid. folios 127 y 128 del expediente). Por su parte, durante su investigación, la SIC encontró que 10 contadores públicos habían expedido alrededor de 700 certificados, en los cuales se aseguraba que las compañías cumplían con sus deberes como comerciantes (vid. folio 246 del expediente).
10. **Los votos de las sociedades demandadas en las elecciones a la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla 2012-2014:** En el curso de la investigación efectuada por la SIC, se encontró una alta correspondencia entre el número de sociedades registradas durante el primer semestre de 2012 y el número de votos emitidos (vid. folio 251). A continuación se presenta una tabla en la que se pone de presente la información obtenida por la citada entidad: (vid. folio 252).

Tabla 3
Cálculo de la votación efectuada por las nuevas sociedades

	Número en valor absoluto	% del total de votos posibles
Representantes legales que ejercen funciones en más de una sociedad	72	-
Número total de sociedades constituidas desde enero 1º de 2012 – 31 de marzo de 2012	1.483	25.49
Total de votos registrados para las 72 personas que representan a más de una empresa	1.489	25.59

Fuente: SIC, Resolución No. 55180 de 2012

Para determinar las listas por las que votaron los representantes legales de las nuevas sociedades, la SIC efectuó un detallado análisis bajo el cual se tomó en cuenta la mesa en la que votó cada una de las sociedades objeto de la investigación y la cantidad de votos que obtuvo cada una de las listas en las mesas respectivas. Con base en esta investigación, la SIC concluyó que ‘la constitución de las empresas referidas probablemente influyó de manera significativa en los resultados de las elecciones’ (vid. folio 262).

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho considera que, en esta etapa inicial del proceso, el demandante ha acreditado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito lo suficientemente alta como para decretar una medida cautelar. En verdad, existen múltiples indicios que apuntan al posible abuso del tipo de la SAS, perpetrado, según la demanda, mediante la constitución en masa de sociedades unipersonales infracapitalizadas con el propósito de alterar los resultados de las elecciones a la junta directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla.²⁹ Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente proceso solo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este Auto, el Despacho considera cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso. Así las cosas, se procederá con el análisis de los demás elementos previstos en la norma citada.

III. Interés para actuar

Otro de los presupuestos requeridos por el Código General del Proceso para establecer la procedencia de medidas cautelares es la legitimación o interés para actuar. Para estos efectos, lo primero que debe señalarse es que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 78 y 79 del Código de Comercio, en concordancia con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 898 de 2002, las cámaras de comercio son instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional, integradas por los comerciantes inscritos en su respectivo registro mercantil y representadas por sus respectivos presidentes. Las cámaras de comercio cuentan con una junta directiva compuesta por un número de seis a doce miembros, según lo determine el Gobierno Nacional en atención a la importancia comercial de cada circunscripción.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 81 del Código de Comercio, con excepción de los representantes del gobierno, los directores de las cámaras serán elegidos directamente por los comerciantes inscritos en la respectiva cámara o por los comerciantes afiliados. Además, el artículo 9º del Decreto 726 de 2000, modificado por el artículo 4º del Decreto 333 de 2012, señala que el representante legal de cada cámara

²⁹ El Despacho observa que pudieron haberse efectuado algunos cambios en la representación legal de varias de las compañías demandadas. En efecto, la demanda contiene un cuadro comparativo en el que es posible apreciar esta circunstancia en 322 de las compañías demandadas (vid. folios 131 a 143). Es claro que estas modificaciones no desvirtúan, en lo absoluto, los elementos probatorios antes reseñados.

de comercio es el responsable de administrar el proceso electoral. Por este motivo, al señalado funcionario le corresponde elegir un jurado para cada mesa de votación que proyecte instalar, disponer todo lo necesario para que se imparta capacitación a los jurados de votación, así como realizar el escrutinio final que hará constar en acta que deberá suscribir y enviar a la Superintendencia de Industria y Comercio, junto con una constancia suya que dé cuenta del cumplimiento de todos los requisitos previstos en las normas pertinentes para la elección.

Así las cosas, tanto las funciones atribuidas al representante legal de las cámaras de comercio en relación con la elección de sus directores, como el procedimiento para llevar a cabo las aludidas votaciones dejan claro que el demandante tiene un interés suficiente para actuar, en los términos del artículo 590 del Código General del Proceso.

IV. Existencia de una amenaza inminente y necesidad de la medida

Las elecciones de los miembros de junta directiva de las cámaras de comercio han sido objeto de regulación tanto por parte del legislador como por el Gobierno Nacional. Ello se debe, en buena medida, a que tales elecciones pueden tener un impacto respecto de las entidades encargadas de administrar el registro mercantil, así como de realizar otras actividades de importancia para el desarrollo económico del país.

Algunas de las primeras medidas de intervención del Estado en el funcionamiento de las cámaras de comercio pueden encontrarse en las Leyes 111 de 1890 y 28 de 1931. En ambas normas se dispuso que los directivos de las cámaras serían elegidos por los comerciantes. En este sentido, conforme al artículo 6º de la Ley 28 de 1931, la primera elección de miembros de la junta directiva debían hacerla los principales comerciantes de la respectiva jurisdicción. Las elecciones posteriores a la inicial eran realizadas por las personas inscritas en el registro mercantil de cada organismo. Debido al alto volumen de comerciantes inscritos en cada cámara de comercio, el artículo único del Decreto 1457 de 1942 dispuso que, en aquellas jurisdicciones en las que hubiera más de cien comerciantes inscritos, los comerciantes afiliados elegirían a los respectivos miembros de junta directiva. Con la expedición del Código de Comercio, se introdujo la regla mediante la cual una tercera parte de los miembros de la junta directiva son elegidos por el Gobierno Nacional. En lo demás, se previó que la votación tomaría en cuenta a los comerciantes matriculados o a los afiliados, dependiendo de criterios establecidos en la ley.³⁰

Una de las funciones más importantes a cargo de las cámaras de comercio consiste en operar el registro público mercantil, en los términos del artículo 86 del Código de Comercio. En este orden de ideas, [...] el sistema de registro mercantil introducido con el citado código busca no solo conservar las solemnidades requeridas para ciertos actos de comercio, sino también fortalecer la publicidad mercantil como mecanismo de protección de terceros. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha expresado que ‘coinciden unánimemente la doctrina y la jurisprudencia en reconocer que el registro

³⁰ Artículos 79 y siguientes del Código de Comercio.

mercantil es un instrumento de publicidad para la vida comercial, cuyo objeto es permitir al público el conocimiento de ciertos datos relevantes para el desarrollo de la actividad mercantil. Algunos hechos y actividades de esta naturaleza producen efectos no solo entre las partes, sino también frente a terceros, por lo cual, por razones de seguridad jurídica, es menester que exista un mecanismo para su conocimiento público. Por ello, la ley impone al comerciante la obligación de dar publicidad a tales hechos o actos, así como su propia condición de comerciante'.³¹

En el presente caso, se debate la posible existencia de un fraude electoral, por cuya virtud se habría modificado, de modo sustancial, la composición de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla. Por este motivo, el Despacho considera que es necesario decretar una medida cautelar, a fin de preservar el orden público y proteger a la citada entidad, la cual está encargada de administrar el registro mercantil en la ciudad de Barranquilla. Lo anterior adquiere un carácter verdaderamente urgente en vista de que, según consta en la demanda y sus anexos, existen fuertes controversias acerca de la designación de los miembros de la junta directiva de la Cámara de Comercio. Así las cosas, el Despacho considera que la medida cautelar objeto del presente auto es necesaria para mitigar, en forma temporal y hasta la resolución del presente proceso, el riesgo de que se pudiese llegar a perpetrar una actuación fraudulenta.

V. Efectividad y proporcionalidad de la medida

La apoderada de la Cámara de Comercio de Barranquilla ha solicitado la suspensión de las matrículas mercantiles de las compañías demandadas. Con todo, el Despacho considera que existe una medida más proporcional y efectiva para el caso *sub examine*. Se trata de una medida cautelar con tres componentes diferentes. En primer lugar, el Despacho considera que suspender la afiliación de las sociedades demandadas resulta más congruente con las pretensiones de la demanda que la cancelación de las respectivas matrículas. Ello se debe a que esta suspensión tendría por efecto la imposibilidad de que las sociedades demandadas votaran en cualquier elección de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla, sin provocar la extinción de tales compañías. En este orden de ideas, según la información aportada mediante documento radicado el 7 de diciembre de 2012 bajo el número 2012-04-015552, la suspensión de las afiliaciones no tendría por efecto una modificación del factor de cómputo requerido para calcular el número de comerciantes habilitados para votar (v. gr. matriculados o afiliados).

En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, es preciso que la Cámara de Comercio de Barranquilla remueva a las sociedades demandadas de la lista de comerciantes habilitados para votar en las elecciones de la junta directiva. En tercer lugar, el Despacho ha tenido conocimiento de un hecho notorio, vale decir, la suspensión de las determinaciones adoptadas por la SIC en las Resoluciones No. 55180 del 24 de septiembre de 2012 y No. 59578 del 3 de octubre de 2012. Según la publicación efectuada en el diario El Heraldó el pasado 8 de diciembre, Abelardo

³¹ Sentencia C-621 de 2003.

Andrade Meriño, Juez 22 Municipal, decretó una medida cautelar por cuya virtud se suspendieron provisionalmente las decisiones contenidas en las resoluciones a que se ha hecho referencia.³² Las determinaciones suspendidas tuvieron por efecto principal la anulación de las elecciones de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla celebradas el 5 de julio de 2012.

Sin desconocer el ámbito de competencia del Juez 22 Municipal, este Despacho considera necesario adoptar una medida que permita preservar el orden público, salvaguardar los intereses de la totalidad de los comerciantes inscritos en la Cámara de Comercio de Barranquilla y permitir el adecuado funcionamiento del registro mercantil. Por este motivo, al mismo tiempo que se reconoce la suspensión de las decisiones que tuvieron por efecto la anulación de las elecciones del 5 de julio, es indispensable diferir, en forma provisional, el nombramiento de los sujetos que resultaron elegidos en esa fecha. Por este motivo, se le ordenará a la Cámara de Comercio de Barranquilla que suspenda las designaciones que han sido efectuadas y se abstenga de posesionar a tales sujetos, hasta tanto se cumpla el curso del presente proceso. El Despacho considera que esta medida provisional se ajusta al alcance de las pretensiones formuladas por la Cámara de Comercio de Barranquilla, así como a los hechos que le sirven de sustento a la demanda.

Debe hacerse énfasis en que las medidas aquí descritas son bien diferentes de las determinaciones consignadas en las Resoluciones de la SIC que fueron suspendidas por el Juez 22 Municipal. Ello se debe, por una parte, a que el presente proceso alude a la constitución y afiliación de 1.476 SAS, al paso que las decisiones de la SIC se concentraron exclusivamente en la legitimidad de las elecciones de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla. De otra parte, los efectos de las citadas medidas difieren de aquellos derivados de las decisiones adoptadas por la SIC. Así, por ejemplo, las medidas previstas en el presente auto no tienen por efecto anular las elecciones de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla celebradas el pasado 5 de julio, sino simplemente diferir, en forma provisional, el nombramiento de los directores elegidos en esa fecha.

Por lo demás, debe recordarse que, conforme al artículo 590 del Código General del Proceso, podrá decretarse ‘cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión’.

VI. La caución y los perjuicios derivados de la práctica de la medida cautelar

Si bien la medida cautelar analizada es un mecanismo idóneo para proteger los intereses del demandante, también es cierto que su práctica podría llegar a generar perjuicios. Por este motivo, uno de los requisitos contemplados tanto en el nuevo Código General del Proceso como en el Código de Procedimiento Civil es el otorgamiento de una caución

³² Cfr. ‘Juez 22 admite tutela de exdirectivos de Cámara de Comercio contra la SIC’.

que garantice la indemnización de los posibles perjuicios irrogados en caso de que no prosperen las pretensiones formuladas en la demanda. En vista de que la contracautela debe ser suficiente para cubrir los señalados perjuicios, se hace necesario examinar las reglas previstas en nuestro ordenamiento para fijar su cuantía.

En el artículo 590 del Código General del Proceso se establece que la caución debe ser 'equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda.' Sin embargo, debe señalarse que el demandante no ha estimado un valor económico respecto de sus pretensiones. En todo caso, el mismo artículo 590 dispone también que 'el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable'. Así las cosas, el deberá fijarse una caución que corresponda verdaderamente con los posibles perjuicios derivados de la medida cautelar. Como se expresó antes, debido a que la protección de los intereses del demandante podría generar serios perjuicios, este Despacho debe tener en cuenta también los intereses de las partes afectadas por la medida cautelar. Sobre el particular, este Despacho ha considerado que, para fijar el valor de la caución, es indispensable efectuar un análisis de los efectos que podrían derivarse de tal medida.³³

Por una parte, en vista de que los principales efectos de las medidas adoptadas recaen sobre la afiliación de las sociedades demandadas a la Cámara de Comercio de Barranquilla, el Despacho tendrá en cuenta el valor de la aludida afiliación como un factor para calcular el monto de la caución. En este sentido, mediante Auto No. 801-017038 del 3 de diciembre de 2012, este Despacho requirió a la parte demandante a fin de que certificara el valor de la cuota de afiliación. De conformidad con lo expresado por la parte demandante, la referida cuota asciende a \$91.500 para aquellas sociedades cuyos activos oscilan entre \$1 y \$100.000.000. Así, al imputarle una cuota estimada de afiliación de \$91.500 a cada una de las 1.476 compañías demandadas, se obtiene un valor de \$135.054.000.

De otra parte, las probabilidades de éxito de las pretensiones del demandante también deberán usarse como un criterio para establecer la cuantía de la caución. Podría pensarse, incluso, en una relación inversamente proporcional, por cuyo efecto, entre mayores sean las probabilidades de éxito, menor será el valor de la caución. Esta fórmula encuentra justificación en el hecho de que la caución solo se hace efectiva cuando no prosperan las pretensiones del demandante. Según lo expresado por Garnica Martín, 'la fortaleza de la apariencia de buen derecho es un factor determinante del importe de la caución, y es razonable que lo sea, dado que es un factor directamente indicativo del riesgo de que se produzcan los daños y perjuicios que se pretenden garantizar'.³⁴ Así, pues, por virtud de las consideraciones efectuadas en el acápite correspondiente, el Despacho estima que las probabilidades de éxito de la demanda justifican fijar la cuantía de la caución en un 10% del valor estimado de las afiliaciones aparentemente pagadas por las sociedades

³³ En el Auto 801-015217 del 31 octubre 2012, el Despacho señaló lo siguiente: 'La suma que se fije para el efecto deberá, en todos los casos, obtenerse como resultado de un análisis orientado a estimar los posibles perjuicios que podrían derivarse de la suspensión del acto impugnado'.

³⁴ J. Garnica Martín, (2008) 584.

demandadas. Por consiguiente, la caución se fijará en la suma de \$13.505.400. En caso de ser prestada en dinero, la suma correspondiente deberá consignarse en la cuenta de depósitos judiciales No. 110019196112 del Banco Agrario, a nombre del Grupo de Procesos Especiales.

En virtud de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Primero. Fijar una caución por la suma de \$13.505.400, la cual deberá ser prestada por el demandante dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto. La aludida caución podrá prestarse bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto. El decreto y práctica de las medidas descritas en los numerales siguientes estará sujeto a la condición de que el demandante preste la caución antes mencionada.

Segundo. Una vez prestada la caución, suspender la afiliación de las sociedades demandadas a la Cámara de Comercio de Barranquilla. Esta suspensión será efectiva a partir de la fecha de afiliación de cada una de las compañías demandadas.

Tercero. Ordenarle a la Cámara de Comercio de Barranquilla que, una vez prestada la caución, remueva a las sociedades demandadas de la lista de comerciantes habilitados para votar en las elecciones de la junta directiva de la citada entidad.

Cuarto. Una vez prestada la caución, diferir, de manera provisional, el nombramiento de los miembros de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla elegidos el 5 de julio de 2012.

Quinto. Ordenarle a la Cámara de Comercio de Barranquilla que, una vez prestada la caución, suspenda los nombramientos de los miembros de la junta directiva elegidos el 5 de julio de 2012 y, en caso de ser necesario, se abstenga de posesionarlos, hasta tanto se cumpla el curso del presente proceso.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

MEDIDAS CAUTELARES

Auto 801-001488 del 1º de febrero de 2013

PARTES

Refricenter International Trade Zona Libre S.A.
contra
Refricenter Group S.A.S. y otros

ASUNTO

Enajenación irregular de acciones por parte de un mandatario. Medida cautelar innominada decretada de oficio.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Refricenter International Trade Zona Libre S.A.

contra

Refricenter Group S.A.S. y otros

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

I. Antecedentes

1. El 8 de marzo de 2013, Refricenter International Trade Zona Libre S.A., por conducto de su apoderado, presentó una demanda en contra de Refricenter Group S.A.S., Dinatel C.I. S.A., Refrisistemas Corp S.A.S. y Jorge Antonio Restrepo de la Cruz, a fin de que este Despacho rescinda los votos emitidos por este último durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Refricenter Group S.A.S. celebrada el 15 de noviembre de 2012. Como consecuencia de lo anterior, la demandante solicita que se dejen sin efectos las determinaciones adoptadas por el máximo órgano de Refricenter Group S.A.S. en esa fecha, así como todos los negocios jurídicos celebrados por el representante legal designado en esa reunión, es decir, el señor Carlos Alberto Urquijo Illera.
2. La demandante solicitó, además, el decreto de medidas cautelares orientadas a dejar en suspenso las decisiones de la asamblea de accionistas de Refricenter Group S.A.S. adoptadas el 15 de diciembre de 2012, así como los contratos celebrados por Carlos Alberto Urquijo Illera, en su calidad de representante legal de la compañía.

II. Consideraciones del Despacho

En el curso de múltiples pronunciamientos, este Despacho ha desarrollado algunos presupuestos para determinar la procedencia de medidas cautelares en el ámbito de

conflictos societarios.¹ Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma a los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar las medidas cautelares de la naturaleza solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de juicio disponibles, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico de la sociedad demandante, según se expresa a continuación.

1. Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del C.G.P. La apariencia de buen derecho ha sido referida a ‘la carga de acreditar de forma provisional e indiciaria, que la pretensión [...] presenta visos de poder prosperar; [es preciso entonces establecer] una probabilidad cualificada de éxito de la pretensión principal que se pretende cautelar’.² Este análisis preliminar no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.³ Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que, al momento de dictar sentencia, el juez llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares. En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para aceptar o rechazar la cautela.⁴

Con fundamento en las anteriores precisiones, se analizará la solicitud presentada ante este Despacho, a fin de estimar, de modo preliminar, si los demandantes han demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar.

¹ Cfr. Auto No. 801-002289 del 20 febrero 2013; Auto No. 800-016014 del 19 noviembre 2012; Auto No. 801-014531 del 17 octubre 2012; Auto No. 801-013957 del 4 octubre 2012, Auto No. 801-012437 del 3 septiembre 2012 y Auto No. 801-001488 del 1 de febrero de 2013. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html

² J. Garnica Martín, ‘Medidas Cautelares en el Proceso de Impugnación de Acuerdos Sociales’ en Órganos de la Sociedad de Capital, Tomo I (2008, Valencia, Tirant Lo Blanch) 580.

³ En opinión de Garnica Martín, ‘resulta imposible enjuiciar adecuadamente la existencia del fumus sin emitir ese prejuicio. Si se quiere evitar prejuzgar lo que en realidad se consigue es dejar de enjuiciar con seriedad la apariencia de buen derecho (...)’ (2008) 580.

⁴ En criterio de Bejarano Guzmán, ‘no se trata de una decisión de fondo sino preliminar, que por supuesto puede ser modificada en la sentencia que le ponga fin al proceso [...] si el juez no decreta la [medida] en modo alguno ello significa que la sentencia será adversa al demandante, pues las pruebas recaudadas en el proceso pueden contribuir a cambiar la decisión que se adopte en la sentencia’ R. Bejarano Guzmán, Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales, 5ª Edición (2011, Bogotá, Editorial Temis) 167.

De acuerdo con los hechos presentados en la demanda, Refricenter International Trade Zona Libre S.A. le confirió un poder general a Jorge Antonio Restrepo de la Cruz, según consta en la escritura pública No. 677, otorgada el 29 de marzo de 2012 por la Notaría 3ª de Barranquilla. En el texto del citado poder general se estableció que el señor Restrepo de la Cruz debía actuar ‘como representante de la sociedad extranjera Refricenter International Trade Zona Libre en Colombia ante la Asamblea de Accionistas de Refricenter Group S.A.S., así como frente a autoridades ante las cuales la sociedad deba actuar por razón de la realización de la inversión en Colombia’ (vid. Folio 63 del expediente).

Las pretensiones formuladas en la demanda están orientadas a que este Despacho rescinda los votos emitidos por Jorge Antonio Restrepo de la Cruz, en calidad de apoderado de Refricenter International Trade Zona Libre S.A., durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Refricenter Group S.A.S. celebrada el 15 de noviembre de 2012. Para fundamentar su solicitud, la sociedad demandante sostiene que debe aplicarse lo previsto en el artículo 838 del Código de Comercio, según el cual, ‘el negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de éste, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado’. Según se expresa en la demanda, las determinaciones aprobadas durante la citada reunión por el señor Restrepo de la Cruz, como representante del accionista único de Refricenter Group S.A.S., vulneraron en forma notoria los intereses de Refricenter International Trade Zona Libre S.A.

A la luz de lo anterior, este Despacho deberá analizar las pruebas aportadas con la demanda, a fin de establecer, de manera preliminar e indiciaria, si las actuaciones de Jorge Antonio Restrepo de la Cruz podrían llegar a considerarse como manifiestamente contrapuestas a los intereses de Refricenter International Trade Zona Libre S.A. En este orden de ideas, la demandante alega que, con anterioridad al 15 de noviembre de 2012, se había generado un conflicto entre esa compañía y el señor Carlos Alberto Urquijo Illera. Ciertamente, en el escrito presentado ante este Despacho, la sociedad demandante puso de presente que ‘[l]as relaciones entre los socios de hecho en la inversión de Refricenter Group S.A.S. empezó a deteriorarse por discrepancias en la administración de la empresa, originadas en la permanente injerencia del señor Carlos Urquijo en ésta’ (vid. Folio 6 del expediente). En la demanda también se menciona que la administración de la compañía se había visto perturbada por ‘contratiempos y roces con el señor Carlos Alberto Urquijo Illera’ (vid. Folio 4 del expediente).

Así, pues, para la fecha de la reunión extraordinaria del 15 de noviembre de 2012, parecía existir un conflicto incipiente entre la sociedad demandante y Carlos Alberto Urquijo Illera. Con todo, durante esa reunión, Jorge Antonio Restrepo de la Cruz, actuando como apoderado de Refricenter International Trade Zona Libre S.A., adoptó diversas decisiones que le permitieron al señor Urquijo Illera asumir, con amplia discreción, la administración de los negocios de Refricenter Group S.A.S. Por una parte, el mandatario de Refricenter International Trade Zona Libre S.A. designó a Carlos

Alberto Urquijo Illera como representante legal de Refricenter Group S.A.S. Además, el mismo mandatario aprobó reformar los estatutos de Refricenter Group S.A.S., con el fin de suprimir la junta directiva de la compañía y eliminar las restricciones estatutarias que se habían establecido en el documento de constitución respecto de las facultades del representante legal. Las anteriores decisiones constan en el acta No. 5 de la asamblea general de accionistas de Refricenter Group S.A.S., cuya copia fue aportada con la demanda (vid. Folio 37).

También es relevante consultar lo acontecido después de la reunión asamblearia del 15 de noviembre de 2012, de conformidad con la información contenida en la demanda y sus anexos. Por una parte, Jorge Antonio Restrepo de la Cruz, en ejercicio del poder a que se ha hecho referencia, enajenó la participación accionaria que Refricenter International Trade Zona Libre S.A. detentaba en Refricenter Group S.A.S. a favor de Dinatel C.I. S.A., una compañía en la que, según la demandante, Carlos Alberto Urquijo Illera cuenta con un interés económico (vid. Folio 7). De otra parte, en ejercicio de la representación legal de Refricenter Group S.A.S., Carlos Alberto Urquijo Illera celebró un contrato de cuentas en participación con Refrisistemas del Caribe S.A.S., por virtud del cual ‘las operaciones correspondientes al negocio de venta de aires acondicionados, equipos de refrigeración y repuestos para equipos de aires acondicionados y refrigeración, se ejecutarán y se darán a conocer ante terceros como propios del asociado Refrisistemas del Caribe S.A.S. [...]’. (vid. Folio 87 del expediente). Según las pruebas aportadas con la demanda, este contrato se celebró el 20 de noviembre de 2012, es decir, apenas cinco días después de la reunión extraordinaria antes mencionada (vid. Folio 87). Además, el señor Miguel Urquijo Illera era el representante legal de Refrisistemas del Caribe S.A.S. para la fecha en que se celebró el mencionado contrato de cuentas en participación (vid. Folio 87). Por virtud de ese negocio jurídico, Refrisistemas del Caribe S.A.S. ha intentado recibir algunos activos de propiedad de Refricenter Group S.A.S. que se encontraban depositados en las bodegas de Bero Logistic Ltda. (vid. Folios 87 a 91). En este sentido, el señor Carlos Alberto Urquijo Illera inició un proceso de amparo policivo por perturbación a la posesión en contra de Bero Logistic Ltda., debido a que esta compañía se opuso a entregar las citadas mercancías (vid. Folios 101 a 103).

Así mismo, en su calidad de representante legal de Refricenter Group S.A.S., Carlos Alberto Urquijo Illera le envió una carta a un cliente de la compañía, en la que se manifestó lo siguiente: ‘A partir de la fecha, nuestra razón social dejó de ser Refricenter Group S.A.S. y ahora en adelante trabajaremos bajo el nombre de Refrisistemas del Caribe S.A.S., identificado con el Nit 900464817-6. Reiteramos nuestro compromiso [...] informándoles que dirijan sus órdenes de compra a nombre de Refrisistemas del Caribe S.A.S.’ (vid. Folio 94). Por lo demás, el señor Urquijo Illera, obrando nuevamente como representante legal de Refricenter Group S.A.S., le notificó a la sociedad Outsourcing Integral de Servicios Administrativos S.A.S. acerca del endoso de una factura a favor de Dinatel C.I. S.A. En la respectiva comunicación se puso de presente que Refricenter Group S.A.S. ‘no podrá presentar cambio o modificación en la factura endosada o cedida sin previa autorización escrita de Dinatel C.I. S.A.’ (vid. Folio 104).

En síntesis, a pesar de la posible existencia de un conflicto entre Refricenter International Trade Zona Libre S.A. y Carlos Alberto Urquijo Illera, el apoderado de aquella compañía, Jorge Antonio Restrepo de la Cruz, adoptó decisiones que le permitieron al señor Urquijo Illera hacerse cargo de la administración de Refricenter Group S.A.S., sin sujeción a las restricciones estatutarias consignadas en el documento de constitución de la sociedad y desprovisto de la supervisión de la junta directiva. En desarrollo de estas amplias potestades, Carlos Alberto Urquijo Illera llevó a cabo actuaciones que parecen haber estado encaminadas a trasladar la actividad comercial de Refricenter Group S.A.S. a otras compañías, incluidas Refrisistemas del Caribe S.A.S. y Dinatel C.I. S.A. El amplio acervo probatorio aportado con la demanda da cuenta de algunas de tales actuaciones, incluidas las comunicaciones enviadas a clientes y proveedores de Refricenter Group S.A.S. y el contrato de cuentas en participación celebrado con Refrisistemas del Caribe S.A.S.

Así las cosas, el Despacho debe concluir que, en esta etapa del proceso, la demandante ha acreditado con mérito que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican la práctica de las medida cautelares solicitadas. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá en el momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este auto, el Despacho considera cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del C.G.P.

2. El interés económico del demandante

Tras una revisión del expediente, este Despacho pudo constatar que la demandante cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso.⁵ En verdad, las determinaciones aprobadas por Jorge Antonio Restrepo de la Cruz durante la reunión objeto de este litigio han permitido la realización de actividades que podrían atentar en contra de los intereses de Refricenter Group S.A.S. En este sentido, Refricenter International Trade Zona Libre S.A. detenta actualmente la propiedad sobre la totalidad de las acciones en las que se divide el capital suscrito de Refricenter Group S.A.S., por efecto de la medida cautelar decretada por este Despacho mediante Auto No. 801-002210 del 19 de febrero de 2013. Se trata, pues, de una demanda presentada por el accionista único de Refricenter Group S.A.S. en contra de actuaciones que, en criterio de la demandante, podrían tener un impacto adverso respecto de la actividad de aquella compañía. Por consiguiente, el Despacho considera que Refricenter International Trade Zona Libre S.A. ha acreditado que su interés económico en este proceso justifica el decreto de las medidas cautelares solicitadas.

En vista de que la demandante ha acreditado probabilidades de éxito meritorias y un interés económico legítimo, el Despacho decretará las medidas cautelares descritas en

⁵ El denominado 'interés económico del demandante' conjuga varios de los elementos a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso, incluidos el interés para obrar y la necesidad de la medida cautelar solicitada.

la demanda, una vez se preste la caución correspondiente. Así mismo, se ordenará, de oficio, la inscripción de esta demanda en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Barranquilla respecto de Refricenter Group S.A.S., Dinatel C.I. S.A. y Refrisistemas Corp S.A.S., con el fin de que los terceros que se propongan contratar con alguna de estas compañías tengan conocimiento acerca del presente proceso.

3. La caución

Antes de que se decreten las medidas cautelares antes mencionadas, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso. Para estos efectos, es necesario efectuar un breve repaso de la regulación prevista en nuestro ordenamiento sobre la materia.

Si bien en el artículo 590 del Código General del Proceso se establece que la caución debe ser ‘equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda’, el demandante no le ha asignado un valor económico a sus pretensiones. No obstante, el mismo artículo 590 dispone también que ‘el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable’. Este Despacho cuenta entonces con alguna discreción para fijar de la cuantía correspondiente a la caución. No quiere ello decir, por supuesto, que pueda establecerse esta cuantía en forma arbitraria. De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional, ‘en la mayoría de los casos [el legislador] ha dejado [la] determinación [de la cuantía de la caución] a la discrecionalidad de los jueces responsables de su aplicación, bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad’.⁶ Así, pues, la suma que se fije para el efecto deberá, en todos los casos, obtenerse como resultado de un cuidadoso análisis. Este Despacho ha considerado que, para fijar el valor de la caución, es indispensable tener en cuenta los efectos derivados de la medida, así como la estimación de las probabilidades de éxito de la demanda.

El cálculo del valor de la caución parte de la estimación de los posibles perjuicios derivados de las medidas cautelares objeto de esta providencia.⁷ Debe recordarse que la demanda está relacionada con la rescisión de las actuaciones de Jorge Antonio Restrepo de la Cruz que le permitieron a Carlos Alberto Urquijo Illera asumir, en forma irrestricta, el control administrativo de Refricenter Group S.A.S. En el acápite de medidas cautelares de la demanda se solicita dejar en suspenso las decisiones consignadas en el Acta No. 5 de la asamblea general de accionistas de Refricenter Group S.A.S., correspondientes a la reunión extraordinaria del 15 de noviembre de 2012. También pide la demandante que, como consecuencia de lo anterior, se dejen en suspenso los efectos de los contratos celebrados entre Carlos Alberto Urquijo Illera, en su calidad de representante legal de Refricenter Group S.A.S., y las sociedades Refrisistemas del Caribe S.A.S. y Dinatel C.I. S.A. Debe concluirse, pues, que las medidas cautelares solicitadas recaen sobre actuaciones que podrían afectar en forma adversa la actividad de las tres compañías

⁶ Sentencia C-523 de 2009.

⁷ Así, por ejemplo, en el Auto No. 801-015217 del 31 octubre 2012, este Despacho señaló lo siguiente: ‘La suma que se fije para el efecto deberá, en todos los casos, obtenerse como resultado de un análisis orientado a estimar los posibles perjuicios que podrían derivarse de la suspensión del acto impugnado’.

mencionadas, particularmente en lo relacionado con la gestión de los negocios de Refrisistemas del Caribe S.A.S. y Dinatel C.I. S.A. Por este motivo, el primer factor que debe ser tenido en cuenta para los efectos de la caución es el valor de los activos que fueron objeto de los negocios jurídicos celebrados por Carlos Alberto Urquijo Illera como representante legal de Refricenter Group S.A.S. Según se anota en la demanda, el monto correspondiente asciende aproximadamente a US\$2.000.000 (vid. Folio 9), lo que equivale a \$3.644.000.000 si se usa la tasa representativa del mercado vigente al 22 de marzo de 2013. Además, en vista de la naturaleza de las medidas cautelares solicitadas, el Despacho considera que es apropiado usar un factor inicial de cómputo equivalente al 20% del valor de los activos a que se ha hecho referencia, lo cual arroja una cifra de \$728.800.000.

De otra parte, este Despacho ha recurrido en varias oportunidades al expediente de usar las probabilidades de éxito de la demanda como un factor para graduar el monto de la caución. Se trata de una simple relación inversamente proporcional, por cuyo efecto, entre mayores sean las probabilidades de éxito, menor será el valor de la caución. Esta fórmula encuentra justificación en el hecho de que la caución sólo se hace efectiva cuando no prosperan las pretensiones del demandante.⁸ Así las cosas, por virtud de las consideraciones efectuadas en el acápite correspondiente, este Despacho considera necesario reducir el valor antes estimado a la suma de \$145.760.000, valor que corresponde a la caución que deberá prestar la sociedad demandante.⁹

Por virtud de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Primero. Fijar una caución por la suma de \$145.760.000, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto de las medidas cautelares descritas en este Auto estará sujeto a la condición de que el demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en debida forma, dejar en suspenso las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de Refricenter Group S.A.S. durante la reunión extraordinaria celebrada el 15 de noviembre de 2012, según lo consignado en el Acta No. 5 del libro correspondiente.

Tercero. Una vez prestada la caución en debida forma, dejar en suspenso los efectos de la totalidad de los negocios jurídicos celebrados por Carlos Alberto Urquijo Illera, en su calidad de representante legal de Refricenter Group S.A.S., con Refrisistemas del Caribe S.A.S. y Dinatel C.I. S.A., desde el 15 de noviembre de 2012 hasta la fecha.

⁸ Según lo expresado por Garnica Martín, 'la fortaleza de la apariencia de buen derecho es un factor determinante del importe de la caución, y es razonable que lo sea, dado que es un factor directamente indicativo del riesgo de que se produzcan los daños y perjuicios que se pretenden garantizar'. J Garnica Martín, (2008) 584.

⁹ Este ajuste no significa que se le haya asignado a las pretensiones de la demanda unas probabilidades de éxito del 80%. Los cálculos efectuados en el texto principal se derivan de simples estimaciones, basadas en una aproximación preliminar a los documentos que se han aportado en esta temprana etapa del proceso.

Cuarto. Una vez prestada la caución en debida forma, ordenar la inscripción de la demanda en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Barranquilla respecto de las sociedades demandadas, es decir, Refricenter Group S.A.S., Dinatel C.I. S.A. y Refrisistemas Corp S.A.S.

Quinto. Una vez prestada la caución en debida forma, oficiar a la Cámara de Comercio de Barranquilla para que proceda de conformidad con lo expresado en esta providencia.

Sexto. Una vez prestada la caución en debida forma, oficiar a los representantes legales de Refricenter Group S.A.S., Dinatel C.I. S.A. y Refrisistemas Corp S.A.S. para que procedan de conformidad con lo expresado en esta providencia.

Séptimo. Una vez prestada la caución en debida forma, oficiar a la inspección Octava de Policía de Barranquilla para informarle acerca de los alcances de la presente providencia.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

MEDIDAS CAUTELARES

Auto 801-003311 del 8 de marzo de 2013

PARTES

Olga Cecilia del Castillo
contra
Compañía de Promociones Internacionales de Servicios
de Salud (Soprinsa) S.A.

ASUNTO

Reconocimiento de presupuestos de ineficacia.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Olga Cecilia del Castillo

contra

Compañía de Promociones Internacionales de Servicios de Salud (Soprinsa) S.A.

Asunto

Artículo 133 de la Ley 446 de 1998

Trámite

Proceso verbal sumario

I. Antecedentes

1. El 5 de marzo de 2013, Olga Cecilia del Castillo, por conducto de apoderado especial, presentó una demanda en contra de Compañía de Promociones Internacionales de Servicios de Salud S.A. —Soprinsa S.A.— (en adelante ‘Soprinsa’), a fin de que este Despacho reconozca la configuración de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia respecto de diversas decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de la sociedad demandada.
2. La demandante solicitó, además, el decreto de una medida cautelar consistente en la inscripción de la demanda en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, conforme a lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso.

II. Consideraciones del Despacho

En el curso de múltiples pronunciamientos, este Despacho ha desarrollado algunos presupuestos para determinar la procedencia de medidas cautelares en el ámbito de conflictos societarios.¹ Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma a los

¹ Cfr. Auto No. 801-002289 del 20 febrero 2013; Auto No. 800-016014 del 19 noviembre 2012; Auto No. 801-014531 del 17 octubre 2012; Auto No. 801-013957 del 4 octubre 2012 y Auto No. 801-012437 del 3 septiembre 2012. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html

diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar una medida cautelar de la naturaleza solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de juicio disponibles, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés del demandante, según se expresa a continuación.

1. Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del C.G.P. La apariencia de buen derecho ha sido referida a ‘la carga de acreditar de forma provisional e indiciaria, que la pretensión [...] presenta visos de poder prosperar; [es preciso establecer] una probabilidad cualificada de éxito de la pretensión principal que se pretende cautelar’.²

Este análisis preliminar no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.³ Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que, al momento de dictar sentencia, el juez llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares. En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para aceptar o rechazar la cautela. En criterio de Bejarano Guzmán, ‘no se trata de una decisión de fondo sino preliminar, que por supuesto puede ser modificada en la sentencia que le ponga fin al proceso [...] si el juez no decreta la [medida] en modo alguno ello significa que la sentencia será adversa al demandante, pues las pruebas recaudadas en el proceso pueden contribuir a cambiar la decisión que se adopte en la sentencia’.⁴

Con fundamento en las anteriores precisiones, el Despacho analizará la solicitud presentada por el demandante respecto de la inscripción de la demanda en el registro mercantil. Para el efecto, se hará una breve descripción de la prohibición contenida

² J. Garnica Martín, ‘Medidas Cautelares en el Proceso de Impugnación de Acuerdos Sociales’ en Órganos de la Sociedad de Capital, Tomo I (2008, Valencia, Tirant Lo Blanch) 580.

³ En opinión de Garnica Martín, ‘resulta imposible enjuiciar adecuadamente la existencia del *fumus* sin emitir ese prejuicio. Si se quiere evitar prejuzgar lo que en realidad se consigue es dejar de enjuiciar con seriedad la apariencia de buen derecho (...)’. Y, más adelante, agrega lo siguiente: ‘ello no tiene por qué significar que el juez que ha emitido un juicio previo haya perdido su imparcialidad: ambos juicios versan sobre lo mismo pero no se emiten a partir de los mismos elementos probatorios, por lo que no es difícil que pueda cambiar la visión del juez que dictó medidas cautelares sobre el asunto cuando dicta sentencia’ (2008) 580.

⁴ R. Bejarano Guzmán, Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales, 5ª Edición (2011, Bogotá, Editorial Temis) 167. Cfr. también a H. F. López Blanco, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo II: Parte Especial, 7ª Edición (1999, Bogotá, Dupré Editores) 149.

en el artículo 185 del Código de Comercio, así como de su aplicación respecto de administradores que ostenten la calidad de suplentes.

A. La prohibición del artículo 185 del Código de Comercio

Entre las múltiples restricciones establecidas en nuestro ordenamiento societario respecto de la actividad de los administradores sociales, se encuentra la prevista en el artículo 185 del Código de Comercio. Esta norma les impone a tales funcionarios la prohibición de representar acciones que no sean de su propiedad en las reuniones del máximo órgano social, a menos que lo hagan en calidad de representantes legales de algún accionista. Según el texto del citado artículo 185, ‘salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias [...]’.⁵

También es relevante resaltar que la restricción en comento recae, exclusivamente, sobre los administradores que estén en ejercicio de sus cargos. Es claro, en este orden de ideas, que ‘si dichas personas no están ejerciendo sus cargos o se retiran de ellos, pueden entrar a ejercer válidamente el poder que les haya sido conferido’.⁶ Esta aclaración es de la mayor importancia para los efectos del presente auto, debido a que varias de las pretensiones formuladas en la demanda están relacionadas con la participación de un miembro suplente de la junta directiva de SoprinSA S.A. como representante de dos accionistas de la compañía, en diversas reuniones del máximo órgano social. Es así como la aludida prohibición tan solo podrá hacerse efectiva respecto de aquellos suplentes que, dentro del período para el cual fueron designados, ejercieron labores de administración en reemplazo de las personas que ocupan los cargos principales.

Esta última afirmación encuentra sustento en múltiples pronunciamientos emitidos por esta entidad. En el Oficio No. 220-10136 del 30 de marzo de 2001 se expresó, por ejemplo, que ‘cualquier actuación de un miembro suplente de la junta directiva en las decisiones de este órgano social, supone obviamente el ejercicio efectivo del cargo que lo ubica dentro de la prohibición legal consagrada en el artículo 185 citado y por tanto queda impedido para representar acciones distintas de las propias, sin que circunstancia alguna como el hecho de haber actuado solo una vez o el de haber decidido una sola propuesta, configuren excepciones al referido precepto normativo’. También puede consultarse, en idéntico sentido, en el Oficio No. 220-002481 del 15 de enero de 2002, en el cual se dejó claro que la prohibición del artículo 185 ‘es aplicable en el evento en que el miembro de la junta directiva actúe como principal’. En ese mismo oficio, esta Superintendencia hizo referencia, en los siguientes términos, a las consecuencias derivadas de la violación de lo previsto en la norma citada: ‘De haberse incurrido en la anterior prohibición, [...] debe procederse a descontar de las reuniones, en nuestro caso, de la junta de socios, las cuotas indebidamente representadas y poder así determinar si

⁵ Esta limitación de orden legal busca evitar que ‘los administradores formen mayorías propias que hagan nugatorio el derecho de los demás socios a examinar y controlar el desarrollo del contrato social y la conducta de los administradores’ G Pinzón, *Sociedades Comerciales, Volumen I: Teoría General*, 5ª Edición (1988, Bogotá, Editorial Temis) p. 189.

⁶ Id.

una vez restadas las mismas, las sesiones en las cuales actuó el apoderado (miembro de la junta directiva) se configuró debidamente el quórum’.

Así las cosas, le corresponde ahora al Despacho estudiar, en forma preliminar y con base en las pruebas disponibles en esta etapa del proceso, si en el presente caso pudo haberse infringido la prohibición a que alude el artículo 185 del Código de Comercio. Este análisis estará acompañado de algunas consideraciones acerca de los efectos de una posible violación de la norma citada respecto de las decisiones asamblearias objeto de la demanda. En otras palabras, el Despacho se ocupará en establecer si la posible representación indebida de ciertos accionistas pudo haber dado lugar a la ineficacia de algunas de las decisiones adoptadas por el máximo órgano de Soprinsa S.A.

B. Análisis preliminar del caso presentado por la demandante

Las pretensiones formuladas en la demanda están orientadas a que este Despacho reconozca la configuración de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia, respecto de múltiples decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de Soprinsa S.A. Para efectos de estimar si tales pretensiones son lo suficientemente meritorias como para decretar la medida cautelar solicitada, a continuación se expone un análisis preliminar acerca de lo transcurrido durante cada una de las reuniones en las que se aprobaron las decisiones controvertidas.

(i) Decisiones adoptadas durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Soprinsa S.A. celebrada el 31 de marzo de 2008 (acta No. 106AG)

Según lo consignado en el acta No. 105AG, durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Soprinsa S.A. celebrada el 23 de marzo de 2007, Antonio José del Castillo fue designado como miembro de la junta directiva de Soprinsa S.A., en calidad de suplente personal de Nicolás Guérrico Echeverría (vid. Folio 169 del expediente). A la luz del artículo vigésimo tercero de los estatutos de la compañía, debe entenderse, en principio, que esta designación se hizo por el término de un año, es decir, hasta el 23 de marzo de 2008. (vid. Folio 276).

El señor del Castillo participó en las reuniones de la junta directiva celebradas el 11 de mayo de 2007 (vid. Acta No. 105JD, Folio 172) y el 26 de julio de 2007 (vid. Acta No. 107JD, Folio 173), en reemplazo de Nicolás Guérrico Echeverría. Según consta en las aludidas actas, el señor del Castillo ejerció su derecho de voto como miembro de la junta directiva, a fin de autorizar al representante legal para solicitar un crédito bancario y aprobar los estados financieros consolidados de la compañía (vid. Folios 172 y 174).

La participación de Antonio José del Castillo en las aludidas reuniones, durante las cuales actuó en propiedad como miembro de la junta directiva de Soprinsa S.A., [...] lo hizo sujeto del régimen de deberes y prohibiciones previsto en nuestro ordenamiento para los administradores sociales. De igual forma, a pesar de que el período para el cual fue designado el señor del Castillo expiraba el 23 de marzo de 2008, no puede perderse

de vista que, conforme a lo previsto en el artículo vigésimo tercero de los estatutos de Soprinta S.A., 'aún cuando se hayan vencido sus períodos, los miembros de la Junta Directiva y sus suplentes seguirán ocupando sus cargos hasta que la Asamblea haga nueva elección'. Es decir que los directores elegidos el 23 de marzo de 2007, incluido Antonio José del Castillo, continuaron en ejercicio de sus funciones hasta el momento en que los accionistas de Soprinta S.A. eligieron a la junta directiva de la compañía el 31 de marzo de 2008.

Así las cosas, los elementos probatorios disponibles en esta etapa del proceso apuntan a que Antonio José del Castillo se encontraba sujeto a la prohibición consagrada en el artículo 185 del Código de Comercio cuando representó las acciones de Cidesal S.A. y Phrodinka XXI S.L., durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Soprinta S.A. del 31 de marzo de 2008. De ser ello cierto, las decisiones adoptadas durante esta reunión habrían sido posiblemente ineficaces, por no encontrarse debidamente representados los accionistas que, para la época, eran titulares de acciones equivalentes al 71.617% del capital suscrito de Soprinta S.A. En otras palabras, de verificarse la indebida representación de tales accionistas, el máximo órgano social no habría contado con quórum suficiente para deliberar durante la sesión del 31 de marzo de 2008.

(ii) Decisiones adoptadas durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Soprinta S.A. celebrada el 31 de marzo de 2009 (acta No. 117AG)

Durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Soprinta S.A. celebrada el 31 de marzo de 2008, Antonio José del Castillo fue designado nuevamente como miembro de la junta directiva de Soprinta S.A., en calidad de suplente personal de Nicolás Guérrico Echeverría (vid. Folio 179 del expediente), hasta el 31 de marzo de 2009.

Si bien el señor del Castillo asistió a las reuniones de la junta directiva celebradas el 14 de abril de 2008 (vid. Acta No. 109JD, Folio 180) y el 3 de octubre 2008 (vid. Acta No. 111JD, Folio 183), en ambas oportunidades participó Nicolás Guérrico Echeverría, en calidad de director principal. En este sentido, no consta en el texto de las actas citadas que el señor del Castillo hubiese actuado como director durante tales reuniones, en reemplazo del señor Guérrico. Así, pues, no se han aportado pruebas que permitan constatar que el señor del Castillo hubiese efectivamente ejercido la potestad de miembro de la junta directiva de Soprinta S.A. durante el período comprendido entre el 31 de marzo de 2008 y el 31 de marzo de 2009. Esto significa, en principio, que el señor del Castillo no habría estado inhabilitado para representar las acciones de Cidesal S.A. y Phrodinka XXI S.L. durante la reunión del máximo órgano social del 31 de marzo de 2009.

Con todo, esta conclusión sería bien diferente si las decisiones adoptadas durante la reunión del 31 de marzo de 2008 hubiesen sido ineficaces, en los términos explicados en el acápite anterior. Bajo esta hipótesis, la determinación consistente en elegir a los

miembros de la junta directiva de Soprintsa S.A. para el período 2008-2009 no habría surtido ningún efecto. Por este motivo, continuarían en sus cargos los directores elegidos durante la reunión de asamblea del 23 de diciembre de 2007, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo vigésimo tercero de los estatutos de la compañía. De ser este el caso, Antonio José del Castillo habría estado sujeto a la prohibición del artículo 185 del Código de Comercio cuando representó las acciones de Cidesal S.A. y Phrodinka XXI S.L. durante la reunión ordinaria del máximo órgano social de Soprintsa S.A. correspondiente al año 2009. Por consiguiente, de haber sido ineficaces las decisiones adoptadas el 31 de marzo de 2008, también lo serían las aprobadas durante la reunión del 31 de marzo de 2009. Ello obedece a que, al estar Antonio José del Castillo cobijado por la prohibición del artículo 185, no habría podido fungir como apoderado de Cidesal S.A. y Phrodinka XXI S.L., propietarias de acciones equivalentes al 71.617% del capital suscrito de Soprintsa S.A. Es claro, en todo caso, que la determinación final acerca de tales asuntos solo podrá emitirse al final del presente proceso, cuando el Despacho cuente con la totalidad de los elementos de juicio requeridos para el efecto.

(iii) Decisiones adoptadas durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Soprintsa S.A. celebrada el 24 de marzo de 2010 (acta No. 118AG)

El análisis correspondiente a las decisiones adoptadas el 24 de marzo de 2010 guarda relación con lo expresado en los párrafos anteriores. Durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Soprintsa S.A. del 31 de marzo de 2009, Antonio José del Castillo fue designado, una vez más, como miembro de la junta directiva de Soprintsa S.A., en calidad de suplente personal de Nicolás Guerrico Echeverría (vid. Folio 179 del expediente), hasta el 31 de marzo de 2010. El señor del Castillo participó en las reuniones de la junta directiva celebradas el 11 de agosto de 2009 (vid. Acta No. 117JD, Folio 195), el 25 de febrero de 2010 (vid. Acta No. 117-A JD, Folio 196) y el 12 de marzo de 2010 (vid. Acta No. 118 JD, Folio 199), durante las cuales ejerció su potestad como director de Soprintsa S.A., en reemplazo de Nicolás Guérrico Echeverría.

Así, pues, por las razones ya expuestas, Antonio José del Castillo parece haber estado sujeto a la prohibición del artículo 185 del Código de Comercio para la fecha en que se celebró la reunión ordinaria de la asamblea de Soprintsa S.A. del 24 de marzo de 2010. De aceptarse esta interpretación, habrían sido ineficaces las decisiones adoptadas durante esta reunión, en tanto en cuanto el señor del Castillo representaba a Cidesal S.A. y Phrodinka XXI S.L., titulares del 71.617% del capital suscrito de Soprintsa S.A.

Por lo demás, si se configuró la ineficacia de las decisiones adoptadas por la asamblea general el 31 de marzo de 2008 y el 31 de marzo de 2009, podría predicarse también esta sanción respecto de las decisiones del 24 de marzo de 2010. Esta afirmación encuentra fundamento en el hecho de que, de ser ineficaces los nombramientos de junta directiva efectuados en los años 2008 y 2009, continuaría en ejercicio la junta designada en el 2007, de la cual formaba parte Antonio José del Castillo y durante cuya vigencia actuó en reemplazo de Nicolás Guérrico Echeverría.

(iv) Decisiones adoptadas durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de SoprinSA S.A. celebrada el 28 de marzo de 2011 (acta No. 126AG)

El anterior análisis de lo transcurrido el 24 de marzo de 2010 es igual al que le corresponde a las decisiones adoptadas por el máximo órgano de SoprinSA S.A. durante la reunión ordinaria celebrada el 28 de marzo de 2011. En la primera de las reuniones citadas fue designado Antonio José del Castillo como miembro suplente de Nicolás Guérrico Echeverría para el período 2010-2011. El señor del Castillo participó en las reuniones de la junta directiva celebradas el 28 de junio de 2010 (vid. Acta No. 119JD, Folio 203), el 15 de julio de 2010 (vid. Acta No. 120 JD, Folio 204), el 6 de septiembre de 2010 (vid. Acta No. 121 JD, Folio 205), el 30 de septiembre de 2010 (vid. Acta No. 122 JD, Folio 206), el 10 de diciembre de 2010 (vid. Acta No. 123 JD, Folio 206) y el 24 de enero de 2011 (vid. Acta No. 124 JD, Folio 207), en reemplazo de Nicolás Guérrico Echeverría. Durante tales reuniones, el señor del Castillo aprobó múltiples decisiones, en calidad de director de SoprinSA S.A.

Antonio José del Castillo también representó las acciones de propiedad de Cidesal S.A. y Centauro Capital S.L., titulares del 71.617% del capital suscrito de SoprinSA S.A., durante la reunión de asamblea del 28 de marzo de 2011. Sin embargo, para esta fecha, el señor del Castillo posiblemente estuvo sometido a la prohibición contenida en el artículo 185 del Código de Comercio, bien porque ejerció como director de SoprinSA S.A. durante el período para el cual fue elegido como suplente de Nicolás Guérrico Echeverría (2010-2011) o debido a la posible ineficacia de las elecciones de junta efectuadas en los años 2008, 2009 y 2010.

(v) Decisiones adoptadas durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de SoprinSA S.A. celebradas el 11 de julio de 2011 (acta No. 129 AG), el 11 de enero de 2012 (acta No. 131 AG) y el 23 de febrero de 2012 (acta No. 133 AG)

El fundamento de las pretensiones de la demanda en cuanto a las decisiones del 11 de julio de 2011, 11 de enero de 2012 y 23 de febrero de 2012, se deriva de la participación de dos administradores, Iñigo Gómez-Pineda Goizueta y Nicolás Guérrico Echeverría, como representantes de las acciones de propiedad de Cidesal S.A. y Clonfert S.A. durante las tres reuniones indicadas.⁷

Según el criterio del demandante, tales administradores estaban inhabilitados para participar como apoderados de las citadas compañías, por encontrarse incurso en la prohibición del artículo 185 del Código de Comercio. En este orden de ideas, al tratarse de reuniones de quórum universal celebradas sin previa convocatoria, las decisiones allí adoptadas adolecerían de ineficacia, por la representación indebida de Cidesal S.A. y Clonfert S.A. Debe resaltarse que el material probatorio aportado con la demanda

⁷ Según se expresa en la demanda, el señor Gómez-Pineda, además de desempeñarse como presidente de SoprinSA S.A. desde el 30 de marzo de 1995, era miembro principal de la junta directiva de la demandada –al igual que Nicolás Guérrico Echeverría– en las fechas en que se celebraron las reuniones mencionadas en el texto principal.

permite verificar algunos de los hechos reseñados, es decir, que se trató de reuniones de quórum universal sin previa convocatoria (vid. Folios 219, 224 y 235), que Iñigo Gómez-Pineda Goizueta y Nicolás Guérrico Echeverría eran administradores principales de Soprintsa S.A. para la fecha de las reuniones indicadas (vid. Folios 441, 442 y 487) y que representaron allí las acciones de Cidesal S.A. y Clonfert S.A. (vid. Folios 219, 220, 224 y 235).

(VI) Resultado del análisis preliminar

A la luz de las anteriores precisiones, el Despacho debe concluir que, en esta etapa del proceso, la demandante ha acreditado con mérito que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican la práctica de la medida cautelar solicitada. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio solo se producirá en el momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este Auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del C.G.P.

III. El interés del demandante

El apoderado de la demandante ha solicitado la práctica de la medida cautelar con el fin de ‘proteger el derecho objeto del litigio, impedir su infracción y, sobre todo, prevenir daños a los accionistas y a terceros’. Debe resaltarse, en este sentido, que en la demanda no se ofrece una descripción detallada de las razones que le sirven de sustento a las anotadas justificaciones. En todo caso, tras una revisión del expediente, este Despacho pudo constatar que la demandante cuenta con un interés económico legítimo en este proceso. En verdad, la ineficacia de algunas de las decisiones controvertidas —aprobaciones de proyectos de distribución de utilidades, reformas estatutarias y de estados financieros de fin de ejercicio— podría llegar a afectar el monto de las utilidades repartibles de la compañía. Por consiguiente, este Despacho considera acreditado que el interés económico de la demandante, en su calidad de accionista de Soprintsa S.A., es suficiente para justificar el decreto de la medida cautelar solicitada.

IV. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso. Con todo, para efectos de fijar el monto correspondiente, es necesario efectuar un breve repaso de la regulación prevista en nuestro ordenamiento sobre la materia.

64 Si bien en el artículo 590 del Código General del Proceso se establece que la caución debe ser ‘equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda’, el demandante no le ha asignado un valor económico a sus pretensiones. No obstante, el mismo artículo 590 dispone también que ‘el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o

disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable'. Este Despacho cuenta entonces con alguna discreción para fijar el monto de la cuantía correspondiente a la caución. No quiere ello decir, por supuesto, que pueda establecerse esta cuantía en forma arbitraria. De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional, 'en la mayoría de los casos [el legislador] ha dejado [la] determinación [de la cuantía de la caución] a la discrecionalidad de los jueces responsables de su aplicación, bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad'.⁸ Ello quiere decir que la suma que se fije para el efecto deberá, en todos los casos, obtenerse como resultado de un cuidadoso análisis. Así, pues, este Despacho ha considerado que, para fijar el valor de la caución, es indispensable tener en cuenta los efectos derivados de la medida, así como la estimación de las probabilidades de éxito de la demanda.

El cálculo del valor de la caución parte de la estimación de los posibles perjuicios derivados de la medida cautelar.⁹ En este sentido, por referirse la demanda a una multiplicidad de decisiones adoptadas por la asamblea de SoprinSA S.A. entre 2008 y 2012, no es verosímil cuantificar, en forma exacta, la magnitud de los perjuicios que podría generarle a la sociedad demandada la práctica de la medida cautelar solicitada por la demandante. En todo caso, debe recordarse que esa medida consiste en la simple inscripción de la demanda en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá. Aunque la posible ineficacia de las decisiones objeto de este litigio podría interrumpir, en forma traumática, el normal funcionamiento de SoprinSA S.A., este Despacho no encontró en el expediente prueba alguna de que la simple inscripción de la demanda pudiera llegar a generarle mayores perjuicios a la compañía demandada. Por este motivo, el Despacho usará como factor de cómputo para establecer el monto de la caución un porcentaje del 0.01% aplicado sobre las utilidades netas de SoprinSA S.A. para el año 2012 (vid. Folio 251), lo cual arroja una cifra de \$259.374.628.

De otra parte, en varias oportunidades este Despacho ha recurrido al expediente de usar las probabilidades de éxito de la demanda como un factor para graduar el monto de la caución. Se trata de una simple relación inversamente proporcional, por cuyo efecto, entre mayores sean las probabilidades de éxito, menor será el valor de la caución. Esta fórmula encuentra justificación en el hecho de que la caución solo se hace efectiva cuando no prosperan las pretensiones del demandante.¹⁰ Así, por virtud de las consideraciones efectuadas en el acápite correspondiente, este Despacho estima necesario reducir el valor ya estimado de la caución a la suma de \$51.874.925.¹¹

Por virtud de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

⁸ Sentencia C-523 de 2009.

⁹ Así, por ejemplo, en el Auto No. 801-015217 del 31 octubre 2012, este Despacho señaló lo siguiente: 'La suma que se fije para el efecto deberá, en todos los casos, obtenerse como resultado de un análisis orientado a estimar los posibles perjuicios que podrían derivarse de la suspensión del acto impugnado'.

¹⁰ Según lo expresado por Garnica Martín, 'la fortaleza de la apariencia de buen derecho es un factor determinante del importe de la caución, y es razonable que lo sea, dado que es un factor directamente indicativo del riesgo de que se produzcan los daños y perjuicios que se pretenden garantizar'. J. Garnica Martín, (2008) 584.

¹¹ Este ajuste no significa que se le haya asignado a las pretensiones de la demanda unas probabilidades de éxito del 80%. Los cálculos efectuados en el texto principal se derivan de simples estimaciones, basadas en una aproximación preliminar a los documentos que se han aportado en esta temprana etapa del proceso.

Resuelve

Primero. Fijar una caución por la suma de \$51.874.925, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto y práctica de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que el demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la inscripción de la demanda presentada por Olga Cecilia del Castillo en contra de Soprinsa S.A. en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, oficiarle a la Cámara de Comercio de Bogotá, por el medio más expedito, para que proceda de conformidad con lo ordenado por este Despacho.

Cuarto. Una vez prestada la caución en forma debida, informarle al representante legal de Soprinsa S.A., por el medio más expedito, acerca de la medida cautelar ordenada por este Despacho.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

MEDIDAS CAUTELARES

Auto 801-004915 del 9 de abril de 2013

PARTES

Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation
contra
Axede S.A.

ASUNTO

Limitaciones estatutaritas respecto de las facultades de los administradores
Interpretación judicial de estatutos sociales. Análisis de negociaciones
previas entre inversionistas como factor para interpretar cláusulas estatutarias.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation
contra
Axede S.A.

Asunto

Artículo 133 de la Ley 446 de 1998
Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

I. Antecedentes

1. El 20 de febrero de 2013, Carlos Alberto Sierra y la sociedad panameña Summertree Trading Corporation presentaron una demanda en contra de Axede S.A., con el fin de controvertir las decisiones adoptadas durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de la compañía celebrada el 20 de diciembre de 2012.
2. La demanda fue inadmitida mediante Auto No. 801-002479 del 22 de febrero de 2013. El 18 de marzo de 2013 se presentó un escrito mediante el cual se subsanaron los vicios detectados en la demanda.
3. En la demanda inicialmente presentada ante el Despacho, se solicitó la suspensión de las decisiones adoptadas por el máximo órgano de Axede S.A. el 20 de diciembre de 2012, en aplicación de lo previsto en el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil.

II. Consideraciones del Despacho

En el curso de múltiples pronunciamientos, este Despacho ha desarrollado algunos presupuestos para determinar la procedencia de medidas cautelares en el ámbito de

conflictos societarios.¹ Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma a los diversos casos sometidos a consideración de esta entidad. Este Despacho también se ha pronunciado en reiteradas oportunidades acerca de la medida cautelar consagrada en el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil, vale decir, la suspensión de decisiones sociales.² Es así como, para determinar si es procedente decretar la medida solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de juicio disponibles en esta etapa del proceso, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico del demandante, según se explica a continuación.

1. Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de las diferentes pruebas aportadas con la demanda, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del C.G.P. La apariencia de buen derecho ha sido referida a ‘la carga de acreditar de forma provisional e indiciaria, que la pretensión [...] presenta visos de poder prosperar; [es preciso establecer] una probabilidad cualificada de éxito de la pretensión principal que se pretende cautelar’.³

Este análisis preliminar no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.⁴ Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que, al momento de dictar sentencia, el juez llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares. En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para aceptar o rechazar la cautela. En criterio de Bejarano Guzmán, ‘no se trata de una decisión de fondo sino preliminar, que por supuesto puede ser modificada en la sentencia que le ponga fin al proceso [...] si el juez no decreta la [medida] en modo alguno ello significa que la sentencia será adversa al

¹ Cfr. Auto No. 801-002289 del 20 febrero 2013; Auto No. 801-014531 del 17 octubre 2012; Auto No. 801-013957 del 4 octubre 2012 y Auto No. 801-012437 del 3 septiembre 2012.

² Cfr. Auto No. 801-016354 del 23 de noviembre de 2012 y Auto No. 800-016014 del 19 de noviembre de 2012. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html

³ J. Garnica Martín, ‘Medidas Cautelares en el Proceso de Impugnación de Acuerdos Sociales’ en Órganos de la Sociedad de Capital, Tomo I (2008, Valencia, Tirant Lo Blanch) 580.

⁴ En opinión de Garnica Martín, ‘resulta imposible enjuiciar adecuadamente la existencia del fumus sin emitir ese prejuicio. Si se quiere evitar prejuzgar lo que en realidad se consigue es dejar de enjuiciar con seriedad la apariencia de buen derecho (...)’. Y, más adelante, agrega lo siguiente: ‘ello no tiene por qué significar que el juez que ha emitido un juicio previo haya perdido su imparcialidad: ambos juicios versan sobre lo mismo pero no se emiten a partir de los mismos elementos probatorios, por lo que no es difícil que pueda cambiar la visión del juez que dictó medidas cautelares sobre el asunto cuando dicta sentencia’ (2008) 580.

demandante, pues las pruebas recaudadas en el proceso pueden contribuir a cambiar la decisión que se adopte en la sentencia'.⁵

Con fundamento en las anteriores precisiones, el Despacho analizará la solicitud presentada por los demandantes respecto de la suspensión de las decisiones aprobadas durante la reunión extraordinaria de Axede S.A., celebrada el 20 de diciembre de 2012.

A. Hechos relevantes

De acuerdo con los hechos expuestos por la apoderada de los demandantes, Carlos Alberto Sierra, antiguo accionista mayoritario de Axede S.A., le transfirió el control de la compañía al denominado Grupo Tribeca en el año 2007. Para tal efecto, se suscribieron diversos documentos —incluido un contrato de compraventa de acciones y un acuerdo de accionistas— que le permitieron a Tribeca adquirir un porcentaje de participación equivalente al 75.3% del capital suscrito de Axede S.A., al paso que el 24.7% restante quedó en cabeza de Carlos Alberto Sierra. Según la información contenida en la demanda y sus anexos, la propiedad de las acciones emitidas por Axede S.A. se encuentra radicada en diversas compañías colombianas y extranjeras afiliadas a Tribeca y a Carlos Alberto Sierra, de conformidad con las tablas que se exponen a continuación:

Accionistas de Axede S.A. afiliados a Tribeca

Accionista	Porcentaje de participación
Colmenares S.A.	59.53
Tribeca Fund I FCP	0.47
Woodmont Services S.A.	4
Tribeca General Partners One S.A.	11.30
Total	75.3

Accionistas de Axede S.A. afiliados a Carlos Alberto Sierra

Accionista	Porcentaje de participación
Allbright Enterprise Corp.	8.7
Bentbrook Trading Corporation	12
Summertree Trading Corporation	4
Carlos Alberto Sierra	0.0
Total	24.7

⁵ R. Bejarano Guzmán, *Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales*, 5ª Edición (2011, Bogotá, Editorial Temis) 167. Cfr. también a H. F. López Blanco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo II: Parte Especial, 7ª Edición (1999, Bogotá, Dupré Editores) 149.

Durante el proceso de negociación de la transferencia del control de Axede S.A. a favor de Tribeca, Carlos Alberto Sierra contó con la oportunidad de diseñar múltiples mecanismos de protección para salvaguardar sus intereses como futuro accionista minoritario de la compañía. De ahí que la venta de la participación mayoritaria que Carlos Alberto Sierra detentaba en Axede S.A. haya estado acompañada de la modificación de los estatutos sociales y la celebración del aludido acuerdo de accionistas, con el fin de ‘regular la forma en que los derechos del accionista minoritario [serían] respetados y así evitar abusos del accionista mayoritario’ (vid. folio 5 del expediente). Entre los diversos mecanismos de protección pactados entre las partes pueden encontrarse la atribución de ciertas facultades a la asamblea general de accionistas de la compañía y la fijación de mayorías calificadas para aprobar variadas determinaciones en el seno del máximo órgano social. Por ejemplo, según consta en el artículo 30 de los estatutos de Axede S.A. aportados con la demanda, decisiones tales como el aumento del capital suscrito, la readquisición de acciones y las reformas estatutarias requieren la aprobación de ‘cuando menos el ochenta por ciento (80%) de las acciones suscritas’ (vid. folio 62).

En el mismo artículo 30 de los estatutos, se consagra el mecanismo de protección que le dio lugar a la presente demanda. Se trata de la regla prevista en el literal d) del numeral 2º de ese artículo, por virtud de la cual se establece una mayoría calificada del 80% de las acciones suscritas para que la asamblea apruebe ‘la transferencia a cualquier título, incluyendo pero sin restringirse a compraventas, encargos fiduciarios, fiducias, patrimonios autónomos, o de cualquier otra forma la celebración de contratos de administración o de arrendamiento de todo o una parte sustancial de los activos de la Compañía o cualquier línea de negocios de la Compañía. Se entiende por parte sustancial de los activos, las operaciones que se realicen y que tengan una cuantía superior a un millón de dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.000.000)’ (vid. folio 63).⁶ El Despacho también pudo constatar que en los estatutos de Axede S.A. se consagró la necesidad de aprobar, por el voto unánime de los directores de la compañía’, la ‘enajenación o pignoración de activos por un valor igual o superior a un millón de dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.000.000) o su equivalente en pesos colombianos o en otras monedas. Para estos efectos se tomará el valor de mercado o, en su defecto, el valor en libros de dichos activos’ (vid. Folio 65).

A la luz de la composición accionaria de Axede S.A., las disposiciones citadas en el párrafo anterior le confieren, en la práctica, un derecho de veto a Carlos Alberto Sierra, actual accionista minoritario de la compañía. En verdad, debido a que tal sujeto detenta, directamente y por conducto de compañías vinculadas, alrededor del 24.7% de las acciones en que se divide el capital suscrito de Axede S.A., la mayoría calificada del 80% de las acciones suscritas solo puede obtenerse con la anuencia del señor Sierra. Además, bajo el método de designación de miembros de la junta directiva basado en el cuociente electoral —establecido en forma imperativa para las sociedades anónimas—

⁶ Como se verá más adelante, esta disposición parece coincidir con la facultad que se le atribuye a la asamblea general de accionistas en el artículo 28 de los estatutos, bajo la cual le corresponde a ese órgano ‘decretar la enajenación de la empresa social o de parte sustancial de ella. Se entiende por parte sustancial de los activos, las operaciones que se realicen y que tengan una cuantía superior a millón de dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.000.000)’ (vid. Folio 61).

la participación accionaria de Carlos Alberto Sierra le permitiría elegir, a lo menos, a uno de los cinco directores de la compañía.⁷ Por este motivo, el aludido derecho de veto parece extenderse también a este órgano social, en tanto en cuanto la aprobación de operaciones de la naturaleza descrita requiere el voto positivo de la totalidad de los miembros de la junta directiva de Axede S.A.⁸

Ahora bien, durante la reunión extraordinaria de la asamblea de Axede S.A. celebrada el 20 de diciembre de 2012, se aprobaron algunas decisiones que, en criterio de los demandantes, violaron la regla consagrada en el literal d) del numeral 2 del artículo 30 de los estatutos sociales. Según consta en el texto del Acta No. 29, correspondiente a la reunión en comento, en el punto 5 del orden del día se incluyó ‘la autorización al representante legal para realizar la cesión de derechos económicos de contratos’ (vid. Folio 188). La operación sometida a consideración de la asamblea consistía, en palabras del representante legal de la compañía, en ‘utilizar los flujos recurrentes de los contratos para buscar liquidez a través de los diferentes mecanismos que presenta el mercado financiero’ (vid. Folio 191). Para tales efectos, el aludido funcionario señaló que ‘el mecanismo que podría utilizarse sería a través de fideicomisos a los que se le aportarían los contratos, y que se conoce como fideicomiso fuente de pago’ (vid. Folio 192). Así pues, el apoderado de la sociedad Colmenares S.A. sometió a consideración de los accionistas una propuesta consistente en que ‘se inste, se urja y se ordene a los representantes legales para que a la brevedad posible procedan a celebrar cesiones de contratos de la compañía a través de fideicomisos de administración y pagos y/o cualquier otro mecanismo jurídico y/o financiero, a efectos de obtener recursos con terceros de cualquier naturaleza, por la cuantía que permita implementar el plan de acción y atender la urgente necesidad de recursos y liquidez solicitada por la nueva administración de la compañía en el diagnóstico presentado en la presente reunión de la Asamblea General de Accionistas’ (vid. Folio 195). La anterior propuesta fue votada en forma favorable por los accionistas vinculados a Tribeca, propietarios del 75.3% del capital suscrito de la compañía, y negativamente por los representantes del 24.7% restante.

Una vez agotado el orden del día previsto para la reunión extraordinaria del 20 de diciembre, se determinó incluir un punto adicional, relacionado con una ‘orden de la Asamblea General de Accionistas de AXEDE S.A. al órgano de representación legal para que proceda a la cesión de contratos y derechos económicos en contratos vigentes a la fecha, de AXEDE S.A.’ (vid Folio 198). Para justificar esta propuesta, se sostuvo que era necesario ‘votar la cesión de derechos económicos de los contratos como una “orden”, con el fin de blindarse frente a futuras conductas excesivamente formalistas

⁷ Cfr. también la cláusula 3.3.2 del acuerdo suscrito entre los accionistas de Axede S.A.

⁸ Es claro para este Despacho que, bajo el régimen legal colombiano, los administradores sociales deben velar por los intereses de la compañía en la que ejercen sus funciones, en lugar de las personas que los postularon o designaron. Sin embargo, en múltiples estudios académicos –algunos de ellos con reveladoras mediciones empíricas– se ha concluido, con eminente sentido práctico, que los directores le atribuyen alguna importancia a los intereses de los accionistas que cuentan con la potestad de designarlos y removerlos. (Cfr. a M. Fox, Reforming derivative suits in Korea: A comment on Professor Song (2004) Korean Development Institute; M. W. Peng, Outside Directors and Firm Performance During Institutional Transitions (2004) 25 STRAT MAN J 453).

para perturbar el orden de la Compañía' (vid. Folio 197). Una vez aprobada la propuesta de adicionar el orden del día, para lo cual se contó nuevamente con el voto favorable del 75.3% de las acciones suscritas, los accionistas entraron a considerar el asunto antes reseñado. Para ello, se sometió a consideración de los accionistas la siguiente propuesta: 'Sin perjuicio de la decisión ya adoptada en el número 5 de la presente reunión extraordinaria, ORDÉNESE al órgano de representación legal de AXEDE S.A. que proceda a la cesión de contratos y a la cesión de derechos económicos en contratos que haya celebrado AXEDE S.A. y que se encuentren vigentes a la fecha' (vid. Folio 199). Esta propuesta recibió el voto positivo de los accionistas representantes del 75.3% del capital suscrito, al paso que los titulares del 24.7% restante votaron en contra, por conducto de sus respectivos apoderados (vid. Folio 199).

B. Análisis preliminar del caso presentado ante el Despacho

El caso sometido a consideración de este Despacho está relacionado, principalmente, con la aplicación del mecanismo de protección consagrado en el literal d) del numeral 2 del artículo 30 de los estatutos de Axede S.A., respecto de los negocios jurídicos discutidos durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de la compañía celebrada el 20 de diciembre de 2012.⁹ La controversia suscitada entre las partes gira en torno a la correcta interpretación de la palabra *activos* que fue incluida en la disposición estatutaria antes mencionada. Según los demandantes, las cesiones debatidas durante la asamblea encajan dentro del supuesto fáctico que regula el literal d) del numeral 2º del citado artículo 30, por cuanto 'los contratos que pretendían ceder eran un activo de la compañía, pues son flujos de caja a futuro, son recursos que van a entrar a la compañía' (vid. Folio 14). Por este motivo, en criterio de los demandantes, antes de efectuar cesiones de la naturaleza indicada, el representante legal de Axede S.A. debe contar con la autorización de la asamblea general de accionistas, impartida mediante el voto favorable de los titulares del 80% de las acciones en circulación de la compañía.

Con todo, según consta en el extracto del Acta No. 29, aportado con la demanda, los accionistas representantes del 75.3% del capital suscrito de Axede S.A. consideran que tal autorización es improcedente, por cuanto las referidas cesiones no recaen sobre un activo de la sociedad. Sobre el particular, pueden consultarse las intervenciones de los apoderados de Colmenares S.A. y Woodmont Services S.A. El apoderado de la primera de las compañías señaló, por ejemplo, que 'difícilmente se puede entender que un contrato de prestación de servicios o un contrato de mantenimiento o un contrato

⁹ En vista de que no se ha aportado suficiente información acerca de la cesión de contratos o de derechos económicos de contratos diferentes del celebrado entre Axede S.A. y Empresas Públicas de Medellín E.S.P., el Despacho no se pronunciará en este auto acerca de esos negocios jurídicos. Debe recordarse, además, que en la demanda se señala que lo transcurrido durante la reunión extraordinaria del 20 de diciembre obedeció a la necesidad de 'convalidar las actuaciones adelantadas por [los miembros designados por el accionista mayoritario] en la junta directiva' (vid. Folio 23). El aparte citado se refiere a la reunión de la junta directiva de la compañía celebrada el 28 de noviembre de 2011, durante la cual se discutió, al parecer, la cesión de los derechos económicos del contrato celebrado con Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Por lo demás, el Despacho se abstendrá de analizar las propuestas que no fueron aprobadas por los accionistas, por tratarse de una demanda orientada a controvertir las decisiones efectivamente adoptadas por el máximo órgano social.

de arrendamiento sea un activo desde el punto de vista del lenguaje contable. [...] un contrato no es un activo, que es un acuerdo de voluntades que genera efectos jurídicos, genera obligaciones, pero no es un activo desde el punto de vista de la definición del Plan Único de Cuentas plasmado en el Decreto 2649 y 2650 de 1993' (vid Folio 193). Por su parte, el apoderado de Woodmont Services S.A. manifestó que 'en el catálogo del Decreto 2650 no hay ninguna cuenta que se denomine con el código 1 "activo" y que ante la emergencia que presenta la compañía, el tema no debía tratarse a modo de autorización, sino que debía impartirse la orden inmediata a la presidencia de la compañía para que procediera cuanto antes a buscar recursos a partir de los mencionados contratos' (vid. Folio 194).

Así las cosas, durante el curso del presente proceso, el Despacho se ocupará en establecer si la celebración de las operaciones concernientes requiere autorización asamblearia, con sujeción a la mayoría calificada a que se ha hecho referencia. Esto será indispensable para esclarecer si, como lo afirman los demandantes, las decisiones objeto de la reunión extraordinaria del 20 de noviembre se adoptaron en contravención de lo previsto en los estatutos sociales. Formuladas las anteriores precisiones, el Despacho procederá a determinar, de manera preliminar e indiciaria, si las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda justifican la suspensión de las decisiones controvertidas. Para ese fin, es indispensable consultar ahora los elementos probatorios disponibles en esta temprana etapa del proceso.

Lo primero que debe señalarse es que los documentos que reposan en el expediente solo dan cuenta de la posible cesión del Contrato No. CT-011-000103, suscrito entre Axede S.A y Empresas Públicas de Medellín ESP el 24 de marzo de 2011. Los antecedentes de esta posible cesión pueden encontrarse tanto en el texto de la demanda como en el contrato de fiducia mercantil irrevocable No. 3-1-0775, suscrito entre Axede S.A. y Fiduciaria Cafetera (Fiducafé) S.A. el 8 de noviembre de 2011. Por una parte, de conformidad con la información contenida en la demanda, 'el seis (6) de mayo de 2011 se aprobó por parte del Banco Davivienda, el cupo de crédito solicitado por la suma de seis mil millones de pesos (\$6.000.000.000), condicionado a que la Sociedad efectuara la cesión de los derechos económicos del contrato suscrito entre la Sociedad con Empresas Públicas de Medellín' (vid. Folio 18). En la demanda también se alude al objeto de este contrato, el cual consiste en 'la prestación de servicios para apoyar el proceso de desarrollo del servicio de tecnología de información [...]'(vid. Folio 18).

Es decir que, para garantizar el pago de las obligaciones contraídas con Banco Davivienda S.A., Axede S.A. se comprometió a cederle a esa institución financiera los derechos económicos derivados del contrato de prestación de servicios que Axede S.A. había celebrado con Empresas Públicas de Medellín E.S.P. En este sentido, Axede S.A. y Fiducafé S.A. celebraron el ya mencionado contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración No. 3-1-0775 (vid. Folio 181). En el texto de este contrato se manifiesta que Axede S.A. 'ha solicitado directamente al Banco Davivienda S.A. un crédito por un valor aproximado de seis mil millones de pesos (\$6.000.000.000). [Axede S.A. y Banco Davivienda S.A.] han decidido que el pago de la obligación antes mencionada

se atenderá con los recursos provenientes de los derechos económicos del Contrato CT-2011-000103 suscrito con Empresas Públicas de Medellín E.S.P.’ (vid. Folio 164). En este mismo orden de ideas, es relevante consultar el objeto del contrato de fiducia celebrado por Axede S.A., el cual consiste en ‘la administración de los recursos correspondientes a los recursos del Contrato CT-2011-000103 suscrito por [Axede S.A.] con EPM, con el fin de que se destinen a la cancelación del crédito que contraiga [Axede S.A.] con [Banco Davivienda S.A.]’.

En síntesis, bajo el señalado contrato de fiducia, las sumas pactadas a favor de Axede S.A. como contraprestación por la ejecución de los servicios objeto del Contrato No. CT-2011-000103, suscrito entre esa Sociedad y Empresas Públicas de Medellín E.S.P., le serían transferidas al denominado Fideicomiso Axede, para servir como fuente de pago de las obligaciones de Axede S.A. con Banco Davivienda S.A.

En el contrato de fiducia también se estableció un mecanismo para asegurar la transferencia, a favor del Fideicomiso Axede, de los recursos girados por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. En el parágrafo de la cláusula cuarta del contrato de fiducia se señala que ‘los recursos correspondientes a los derechos económicos del Contrato CT-2011-000103 suscrito por [Axede S.A.] con EPM se recibirán en el [Fideicomiso Axede] como un aporte de [Axede S.A.], inicialmente los mismos ingresarán al [Fideicomiso Axede] en virtud de la instrucción irrevocable de pago a favor del [Fideicomiso Axede], que [Axede S.A.] imparta a EPM; una vez ejecutado el 50% del contrato, [Axede S.A.] suscribirá con el [Fideicomiso Axede] un contrato en virtud del cual ceda a este último, los derechos económicos derivados del Contrato No. CT-2011-000103’ (vid. Folio 166).

Como puede apreciarse tras una simple lectura de la cláusula transcrita, Axede S.A. se obligó a impartirle a Empresas Públicas de Medellín ESP una instrucción, con carácter irrevocable, para que los recursos provenientes del Contrato No. CT-2011-000103 le fueran transferidos al Fideicomiso Axede. Esta instrucción irrevocable subsistiría hasta el momento en que Axede S.A. contara con la posibilidad de cederle al aludido Fideicomiso los derechos económicos derivados del Contrato No. CT-2011-000103, vale decir, una vez ejecutado el 50% de este último negocio jurídico. El Despacho pudo constatar, además, que el pacto antes descrito tuvo origen en las restricciones establecidas en el pliego de condiciones correspondiente al Contrato No. CT-2011-000103. Según consta en la Comunicación No. 0661-01760257 del 12 de julio de 2011, suscrita por la Jefe de la Unidad de Transacciones Financieras de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., Axede S.A. ‘solo podrá ceder los derechos económicos del contrato después de que se haya ejecutado más del cincuenta por ciento (50%) del mismo’ (vid. Folio 161).¹⁰ Esta comunicación fue emitida en respuesta a una carta que Carlos Alberto Sierra, en calidad de representante legal de Axede S.A., le envió a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. el 8 de julio de 2011, con el fin de notificarle a esta última entidad acerca de la cesión

¹⁰ Si bien en esa carta se alude al Contrato No. CT-2001-000103 en lugar del número que aparece en el contrato de fiducia (CT-2011-000103), parece claro que se trata del mismo negocio jurídico, celebrado entre Axede S.A. y Empresas Públicas de Medellín ESP el 24 de marzo de 2011.

de los derechos económicos del contrato concerniente a favor de Banco Davivienda S.A.(vid. Folio 160).

Existen pues, diversas formas de interpretar el alcance del mecanismo de protección previsto en el literal d) del numeral 2 del artículo 30 de los estatutos de Axede S.A. Desde un punto de vista estrictamente contable, no parecería acertado admitir que puedan tenerse como activos de Axede S.A. los derechos a recibir sumas de dinero como contraprestación por la rendición de servicios futuros a favor de un tercero. Esta posición podría encontrar fundamento en las reglas que rigen la causación y el reconocimiento de hechos económicos, así como en la definición de *activo* que se ha contemplado en el ordenamiento contable colombiano. Por una parte, en el artículo 35 del Decreto 2649 de 1993 se definen los activos como ‘la representación financiera de un recurso obtenido por el ente económico como resultado de eventos pasados, de cuya utilización se espera que fluyan a la empresa beneficios económicos futuros’. Además, en el artículo 47 de ese mismo Decreto se señala que ‘el reconocimiento es el proceso de identificar y registrar o incorporar formalmente en la contabilidad los hechos económicos realizados. Para que un hecho económico realizado pueda ser reconocido se requiere que corresponda con la definición de un elemento de los estados financieros, que pueda ser medido, que sea pertinente y que pueda representarse de manera confiable’. Las normas transcritas parecen sustentar la idea de que los derechos de percibir sumas de dinero por la prestación futura de servicios no pueden ser considerados como activos hasta tanto no se produzca el hecho económico correspondiente y se registre en la contabilidad la respectiva cuenta por cobrar. Es decir que, bajo los preceptos de la técnica contable, los derechos económicos futuros del Contrato No. CT-2011-000103 no podrían tenerse como *activos*, para los efectos del literal d) del numeral 2 del artículo 30 de los estatutos de Axede S.A.

A pesar de lo expresado en el párrafo anterior, el Despacho considera que el análisis de lo establecido en la aludida disposición estatutaria no puede restringirse a una interpretación meramente contable. Además de las precisiones técnicas contenidas en el Decreto 2649 de 1993, existen múltiples otros elementos de juicio que deben ser tenidos en cuenta para entender el alcance de ese mecanismo estatutario de protección, como, por ejemplo, las demás disposiciones incluidas en los estatutos y en el acuerdo de accionistas aportado con la demanda, así como las actuaciones de los administradores de Axede S.A. Con todo, por las razones expresadas a continuación, la información disponible en esta etapa del proceso es insuficiente para servirle adecuadamente de apoyo a las pretensiones de los demandantes, a lo menos en el contexto del análisis sobre la apariencia de buen derecho:

- (i) **Las atribuciones de la asamblea general de accionistas de Axede S.A.:** Como ya se dijo, el literal d) bajo estudio consagra una mayoría calificada para la aprobación de transferencias de activos por una cuantía superior a US\$1.000.000. Esta disposición guarda alguna correspondencia con lo previsto en el numeral 5 del artículo 28 de los estatutos de Axede S.A., en el cual se establece una de las atribuciones de la asamblea general de accionistas. Según del texto de esta última regla, le compete

al máximo órgano social ‘decretar la enajenación de la empresa social o de parte sustancial de ella. Se entiende por parte sustancial de los activos, las operaciones que se realicen y que tengan una cuantía superior a un millón de dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.000.000)’. Parece ser, pues, que el mecanismo de protección objeto de este proceso busca evitar que se celebren operaciones sobre la ‘empresa social’, a menos que se cuente con la anuencia del accionista minoritario. Esta interpretación encuentra fundamento en las coincidencias entre el numeral 5 del artículo 28 y el literal d) del numeral 2 del artículo 30 de los estatutos, en lo relacionado con la cuantía fijada para que se requiera la autorización de la asamblea (v. gr. US\$1.000.000), las referencias a la actividad de Axede S.A. (v. gr. ‘empresa social o [...] parte sustancial de ella’ y ‘cualquier línea de negocios de la Compañía’) y en la redacción de ambas disposiciones (‘se entiende por parte sustancial de los activos [...]’). Desde este punto de vista, podría llegarse a la conclusión de que el negocio jurídico discutido por los accionistas durante la reunión asamblearia del 20 de diciembre de 2012 no está sujeta al requisito de autorización con el voto favorable del 80% de las acciones suscritas. Ello se debe a que la cesión de derechos económicos futuros para garantizar, mediante una operación fiduciaria, el pago de un crédito bancario, difícilmente encaja dentro de la definición de operaciones relacionadas con la ‘enajenación de la empresa social o de parte sustancial de ella’.

- (ii) **Las actuaciones de Carlos Alberto Sierra, en ejercicio de la representación legal de Axede S.A.:** Entre las diferentes pruebas aportadas con la demanda, el Despacho encontró la ya citada carta del 8 de junio de 2011, mediante la cual Carlos Alberto Sierra, obrando como representante legal de Axede S.A., intentó notificar a Empresas Públicas de Medellín ESP acerca de la cesión de los derechos económicos del Contrato No. CT-2011-000103 a favor de Banco Davivienda S.A. (vid. Folio 160). En esa carta se expresó que ‘hemos cedido los derechos económicos del contrato suscrito entre Empresas Públicas de Medellín ESP y Axede S.A. firmado por las partes el pasado 24 de marzo de 2011’ (id.). Esta carta parece tener alguna relación con el compromiso adquirido por Axede S.A. respecto de Banco Davivienda S.A. el 6 de mayo de 2011, descrito en la demanda en los siguientes términos: ‘Se aprobó por parte del Banco Davivienda, el cupo de crédito solicitado por la suma de seis mil millones de pesos (\$6.000.000.000), condicionado a que la Sociedad efectuara la **cesión de los derechos económicos del contrato** suscrito entre la Sociedad con Empresas Públicas de Medellín’ (se resalta) (vid. Folio 18). Es decir que, para la época en que Carlos Alberto Sierra detentaba el cargo de representante legal de Axede S.A., parece haberse intentado la celebración de un negocio jurídico similar al descrito en el parágrafo de la cláusula cuarta del contrato de fiducia mercantil irrevocable No. 3-1-0775. Sin embargo, no se aportaron pruebas que den cuenta de autorizaciones impartidas por la asamblea de Axede S.A. para celebrar la cesión descrita en la carta del 8 de junio de 2011 o, a lo menos, de solicitudes de autorización presentadas por la administración para tal efecto.

Es posible, por supuesto, que la cesión a que alude el señor Sierra en su carta hubiese podido celebrarse sin la autorización de la asamblea, por no tratarse de una verdadera transferencia a favor de terceros.¹¹ Ciertamente, en la carta del 8 de junio se indica que ‘los valores pagados por Empresas Públicas de Medellín ESP [...] deben ser consignados en la cuenta de ahorros número 0055-00088181 del Banco Davivienda a nombre de AXEDE S.A.’ (vid. Folio 160). Por su parte, el negocio jurídico descrito como *cesión de derechos económicos* en el contrato de fiducia sí podría conllevar una transferencia a favor del Fideicomiso Axede, en los términos del párrafo del artículo cuarto del documento respectivo (vid. Folio 166). En todo caso, más allá de estas diferencias jurídicas de orden formal, parece claro que el sustrato económico de ambas operaciones estuvo relacionado con la necesidad de destinar los flujos de caja del Contrato No. CT-2011-000103 a la constitución de una garantía para respaldar el pago de las obligaciones contraídas por Axede S.A. con Banco Davivienda S.A.

A la luz de todo lo anterior, el Despacho considera indispensable contar con mayor información acerca de los compromisos adquiridos por Axede S.A. con Banco Davivienda S.A. cuando Carlos Alberto Sierra era representante legal de aquella compañía, así como de la operación descrita como una *cesión de derechos económicos* en la carta del 8 de junio de 2011. Una vez se cuente con esa información, será posible establecer la manera en que Carlos Alberto Sierra interpretaba el literal d) *sub examine* para la época en que fungía como administrador de Axede S.A., lo cual podría llegar a ser un factor relevante en el presente proceso, a la luz de lo previsto en el inciso tercero del artículo 1622 del Código Civil.

- (iii) **La redacción del literal d) del numeral 2 del artículo 30 de los estatutos:** De conformidad con lo expresado en la demanda, Carlos Alberto Sierra contó con la oportunidad de concertar el diseño de los mecanismos que habrían de protegerlo en su calidad de accionista minoritario de Axede S.A., una vez completada la transferencia del control de la compañía a favor de Tribeca. Debe recordarse, además, que el señor Sierra contó con asesoría legal calificada, con cuya participación se preparó un extenso acuerdo de accionistas en el que se incluyeron sofisticadas disposiciones, tales como derechos de adhesión a favor de los accionistas minoritarios y un procedimiento para resolver situaciones de bloqueo en los diferentes órganos sociales. En vista de lo anterior, el Despacho considera difícil aceptar la interpretación que hacen los demandantes del literal d) del numeral 2 del artículo 30 de los estatutos de Axede S.A. Ello se debe a que la redacción de esa cláusula no es lo suficientemente clara como para permitir que se concluya, sin mayores esfuerzos de interpretación, que la celebración de operaciones como la discutida están sujetas a la autorización de la asamblea general de accionistas de la sociedad. De haberse querido introducir una restricción de esa naturaleza, es claro que el señor Sierra contaba tanto con la oportunidad para

¹¹ Claro que, bajo esta interpretación, debería considerarse que tampoco era necesaria la autorización de la asamblea para impartir la instrucción irrevocable a que alude el contrato de fiducia mercantil No. 3-1-0775 (vid. Folio 166).

hacerlo, como con la asistencia técnica requerida para evitar cualquier ambigüedad sobre el particular. De ahí que sea difícil entender por qué, si la intención era sujetar la cesión de derechos económicos futuros a la anuencia del accionista minoritario, se dejó espacio para interpretaciones ambivalentes de lo expresado en el literal d) del numeral 2 del artículo 30 de los estatutos de Axede S.A. Esta dificultad conceptual se hace más evidente si se tienen en cuenta elementos de juicio tales como las aparentes actuaciones de Carlos Alberto Sierra cuando era representante legal de Axede S.A., la relación del literal d) con el numeral 5 del artículo 28, y el hecho de que ni en los estatutos ni en el acuerdo de accionistas se incluyó una definición de la palabra *activos* diferente de la contenida en las normas contables.

Si bien este Despacho le atribuye considerable importancia a los mecanismos legales y estatutarios diseñados para proteger los intereses de los accionistas minoritarios de una compañía, las explicaciones antes formuladas dejan claro que los demandantes no han acreditado, en esta etapa del proceso, que sus pretensiones tengan méritos suficientes para justificar la suspensión de las decisiones controvertidas. Por este motivo, el Despacho debe concluir que los demandantes no han cumplido con el primero de los presupuestos para establecer la procedencia de la medida cautelar solicitada, vale decir, la apariencia de buen derecho. Ello no obsta para que, durante el curso del proceso, el Despacho pueda considerar este presupuesto en el contexto de un nuevo análisis sobre la medida cautelar en cuestión.¹² Claro que para el efecto, los demandantes deberán demostrar, con apoyo en el amplio acervo probatorio solicitado en la demanda, por qué debe interpretarse el literal d) examinado en el sentido de incluir la cesión de derechos económicos para servir de garantía de un crédito bancario.

2. Interés económico de los demandantes

Si bien no se ha acreditado aún que las pretensiones de la demanda tengan méritos suficientes para justificar la suspensión de las decisiones controvertidas, el Despacho considera necesario hacer una breve alusión al segundo de los criterios fijados para la procedencia de esa medida, vale decir, el interés económico de los demandantes. Por detentar la calidad de accionistas de Axede S.A., es claro que los demandantes cuentan con un interés legítimo en este proceso. Sin embargo, en la demanda no se explica, en detalle, cuál es el origen de los perjuicios que se pretenden evitar con la suspensión de las decisiones controvertidas. La apoderada de los demandantes señala, simplemente, que las operaciones discutidas por los accionistas de Axede S.A. durante la reunión del 20 de diciembre de 2012 ‘implican un riesgo muy grande para el patrimonio y la estabilidad de la empresa que puede terminar en un perjuicio irremediable’ (vid. Folio 33).¹³

¹² Esta posibilidad surge de la derogatoria expresa del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, según consta en el literal b) del artículo 626 del nuevo Código General del Proceso.

¹³ En este sentido, debe recordarse que, según se mencionó en el punto II.1.B.(ii) de este auto, Carlos Alberto Sierra parece haber participado en la celebración de un negocio jurídico con efectos económicos similares a la cesión que ahora se descalifica.

Por lo demás, de conformidad con la solicitud contenida en la Sección No. VI de la demanda, se requerirá a los miembros de la comisión aprobatoria del acta, es decir, a Camilo Andrés Baracaldo Cárdenas, Camilo Francisco Caicedo Tribín y Laura Pinilla de Brigard, para que le envíen a este Despacho una copia de la grabación correspondiente a la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada el 20 de diciembre de 2012.

En virtud de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Primero. Negar la solicitud presentada por la apoderada de los demandantes, en el sentido de decretar una medida cautelar respecto de las decisiones adoptadas durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Axede S.A. celebrada el 20 de diciembre de 2012.

Segundo. Requerir a Camilo Andrés Baracaldo Cárdenas, Camilo Francisco Caicedo Tribín y Laura Pinilla de Brigard, para que, dentro del término de dos días contados a partir de la recepción del oficio respectivo, le envíen a este Despacho una copia de la grabación correspondiente a la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Axede S.A. celebrada el 20 de diciembre de 2012.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

MEDIDAS CAUTELARES

Auto 801-012735 del 18 de junio de 2013

PARTES

Martín Alberto Morelli Socarrás
contra
Comercial y Agropecuaria de los Andes (Cidela) Ltda.
y Santana Fruits SAS en liquidación

NÚMERO DEL PROCESO

2013-801-080

ASUNTO

Viabilidad de celebrar acuerdos de accionistas sobre la elección de administradores sociales. Existencia de un conflicto entre accionistas como criterio analítico para establecer el carácter posiblemente abusivo de decisiones sociales.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Martín Alberto Morelli Socarrás

contra

Comercial y Agropecuaria de los Andes (Cidela) Ltda. y Santana Fruits S.A.S. en liquidación

Asunto

Artículo 24 Código General del Proceso

Artículos 24 y 43 de la Ley 1258 de 2008

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2013-801-080

I. Antecedentes

1. El 8 de julio de 2013, Martín Alberto Morelli Socarrás presentó ante este Despacho una demanda en contra de las sociedades Comercial y Agropecuaria de los Andes Ltda., y Santana Fruits SAS en liquidación.
2. En el escrito presentado, la demandante solicitó el decreto de medidas cautelares, con el fin de salvaguardar los derechos en litigio.

II. Consideraciones del Despacho

Este Despacho se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para establecer la procedencia de medidas cautelares en conflictos societarios.¹ Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma en los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar

¹ Cfr. Autos No. 801-002289 del 20 febrero 2013 y No. 800-016014 del 19 noviembre 2012. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html

medidas cautelares de la naturaleza solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de juicio disponibles, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico del demandante, según se expresa a continuación.

1. Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles en esta etapa del proceso, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del C.G.P. Como lo ha explicado el Despacho en varios pronunciamientos, este análisis preliminar no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.² Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que, al momento de dictar sentencia, se llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares.³

Formuladas las anteriores precisiones, se analizará ahora la solicitud presentada ante este Despacho, a fin de estimar, de modo preliminar, si en la demanda se acreditó que las pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar. El demandante considera indispensable que el Despacho suspenda ‘todas y cada una de las decisiones tomadas por la asamblea general de accionistas de la sociedad Santana Fruits SAS en reunión que se inició el pasado 30 de agosto de 2012 y que solo finalizó el pasado 28 de enero de 2013 y consignadas en las Actas No. 9 y 10 de la misma’ (vid. Folios 184 a 197). Entre las decisiones objeto de la medida se encuentra la designación de miembros de la junta directiva de la compañía, así como el nombramiento de un nuevo representante legal. De igual forma, el demandante solicita la suspensión de un ‘cruce de cuentas’ aprobado por el máximo órgano social durante la reunión en comento y el cambio de la dirección para notificaciones judiciales.

Como fundamento de lo anterior, el demandante invoca el incumplimiento de un acuerdo suscrito entre los accionistas de Santana Fruits SAS, en el cual se incluyeron pactos de voto para la elección de los administradores de la compañía. Según se expresa en la demanda, la manera en que Cidela Ltda. ejerció su derecho de voto durante la reunión que inició el 30 de agosto de 2012, constituye una violación de los compromisos contenidos en el citado acuerdo de accionistas (vid. Folio 5). Es relevante anotar que, según lo sostenido por el demandante, el convenio analizado produjo efectos vinculantes respecto de Santana Fruits SAS, por haberse cumplido con los requisitos previstos en el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 (vid. Folios 8 a 11).

² Cfr. Auto 801-003311 del 8 de marzo de 2013.

³ En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para aceptar o rechazar la cautela. Cfr. Auto No. Auto 801-003311 del 8 de marzo de 2013.

La solicitud de medidas cautelares también encuentra sustento en el posible ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de Cidela Ltda., en tanto en cuanto, según el criterio del demandante, ‘las decisiones adoptadas por el órgano social ‘tienen como único propósito atentar contra los intereses de la sociedad, sus acreedores y accionistas minoritarios’ (vid. Folio 16). En este mismo sentido, en la demanda se afirma que la operación denominada ‘cruce de cuentas’ atenta contra ‘el patrimonio social ya que pretende dejar a la sociedad sin uno de sus activos más importantes, esto es, la acreencia en contra de la sociedad francesa Barnier Sarl’ (vid. Folio 16).

Ahora bien, para establecer si es procedente la medida cautelar solicitada, el Despacho estima necesario analizar, en primer término, los efectos del acuerdo de accionistas aportado con la demanda respecto de la mencionada elección de administradores, para luego aludir a las facultades de la asamblea general de accionistas en materia de negocios jurídicos tales como el denominado ‘cruce de cuentas’.

A. Acerca del aparente incumplimiento del acuerdo de accionistas

Como se dijo antes, uno de los fundamentos esgrimidos por el demandante para justificar el decreto de una medida cautelar es el posible incumplimiento de un acuerdo suscrito entre los dos accionistas de Santana Fruits SAS. Se trata, según las pruebas disponibles, del convenio suscrito el 30 de noviembre de 2009 por Juan Mauricio Barnier, en calidad de representante legal de Cidela Ltda., y Martín Alberto Morelli (vid. Folios 113 a 133 del expediente). El acuerdo aludido fue celebrado en el contexto del denominado Contrato de Capitalización, mediante el cual se fijaron las condiciones bajo las cuales Martín Alberto Morelli efectuaría una inversión en Santana Fruits SAS. Así, pues, en el Anexo 5.4 del Contrato de Capitalización se incluyó el ya mencionado acuerdo de accionistas, cuya suscripción obedeció a la necesidad expresa de ‘regular y establecer los términos y condiciones que regirán las relaciones entre las Partes en su calidad de accionistas de [Santana Fruits S.A.S.], así como fijar ciertos aspectos relacionados con el manejo y administración de [Santana Fruits SAS] [...]’ (vid. Folio 114).

También es necesario resaltar que el acuerdo de accionistas objeto de la presente controversia fue depositado en las oficinas de administración de Santana Fruits SAS. En verdad, el representante legal de la compañía certificó que el Contrato de Capitalización —en el cual se incluyó el acuerdo de accionistas como un anexo— fue depositado en las oficinas de administración de Santana Fruits SAS ‘desde la fecha de firma de dicho contrato’ (vid. Folio 134). Por virtud de lo anterior, parecería que el acuerdo surtió efectos vinculantes respecto de Santana Fruits SAS, en los términos del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008.⁴

⁴ El Despacho considera que el simple hecho de haberse atado la duración del acuerdo de accionistas a la existencia de Santana Fruits S.A.S, cuyo término estatutario de vigencia es indefinido, no debería restarle efectos vinculantes a ese convenio parasocial respecto de esta última compañía. La cláusula vigésima primera del acuerdo podría interpretarse, *prima facie*, en el sentido de que ese pacto solo compromete a la compañía por un período inicial de diez años, de conformidad con lo previsto en el artículo 24 de la Ley 1258. Esta postura encontraría fundamento no solo en la aparente intención de las partes de vincular a Santana Fruits SAS —revelada mediante el depósito del texto correspondiente en las oficinas de la compañía— sino también en la regla de interpretación contractual contenida en el artículo 1620 del Código

Entre las múltiples disposiciones contenidas en el acuerdo de accionistas, deben ponerse de presente las reglas contenidas en el Capítulo II, denominado ‘Gobierno Corporativo’. Lo primero que debe señalarse es que en la cláusula séptima del convenio se dispone que ‘la elección de los miembros de la Junta Directiva y el Gerente General será por unanimidad y se sujetará a las reglas previstas en las cláusulas octava y décima, respectivamente’ (vid. Folio 116). Además, en la cláusula 8.2. se establece un mecanismo para la designación y elección de los miembros de la junta directiva de Santana Fruits SAS. Según el texto de esa cláusula, ‘antes de cualquier Asamblea de Accionistas en la cual se elijan directores de la Junta Directiva, [Martín Alberto Morelli] y [Cidela Ltda.] definirán la lista única que debe ser presentada para aprobación en dicha Asamblea. Los Accionistas de la Compañía acuerdan votar unánimemente a favor de la única lista que se presente [...]’ (vid. Folio 116). Así mismo, según lo expresado en la cláusula 8.4 del mismo convenio, ‘las Partes se comprometen a votar en las Asambleas de Accionistas en que deba elegirse la Junta Directiva, en el sentido que corresponda para hacer efectiva la conformación de la Junta Directiva en la forma acordada en los numerales 8.1. y 8.2. de la presente cláusula’ [id.]. Por último, debe destacarse que el acuerdo contiene reglas para dirimir discrepancias relacionadas con la designación del miembro independiente de la junta directiva de Santana Fruits SAS.

De otra parte, en la cláusula décima del acuerdo de accionistas se regula la elección del representante legal de Santana Fruits SAS. Para el efecto, es preciso que los accionistas designen un candidato, escogido de una lista preparada conjuntamente por Martín Alberto Morelli y Cidela Ltda.⁵ En la disposición analizada también se expresa que, ante cualquier desacuerdo en cuanto a la conformación de la lista de candidatos o la designación del representante legal, se seguirán las recomendaciones formuladas por un experto en procurar personal calificado. Según el texto de la cláusula décima, ‘en caso de que los Accionistas no lleguen a un acuerdo con posterioridad a la tercera ocasión en que los *Head Hunters* envíen su lista de candidatos para ocupar el cargo de Gerente General principal, los accionistas acuerdan que acatarán la recomendación de los *Head Hunters* para estos efectos y nombrarán al Gerente General que la firma de *Head Hunters* les recomiende dentro de los cinco (5) días siguientes a dicha recomendación’ (vid. Folio 117).

Ahora bien, el apoderado del demandante considera que Cidela Ltda. infringió las anteriores reglas durante la reunión que inició el 30 de agosto de 2012. En particular, según se expresa en la demanda, Cidela Ltda. decidió, ‘de manera unilateral’ modificar la composición de la junta directiva elegida el 21 de junio de 2010, así como designar un nuevo representante legal. Para sustentar estas aparentes violaciones del acuerdo de accionistas, se aportó un extracto del acta No. 9 —correspondiente a la reunión antes mencionada— junto con las papeletas de votación utilizadas para la elección controvertida. En el extracto mencionado, cuyo texto se consignó en el registro mercantil

Civil, a cuyo tenor, ‘el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno’.

⁵ Es importante señalar que, en los términos del acuerdo, el representante legal debe ser elegido ‘de común acuerdo entre los accionistas’ (vid. Folio 117).

que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, puede apreciarse la propuesta, formulada por el apoderado de Cidela Ltda., consistente en la designación de nuevos miembros de la junta directiva. En el acta también quedó consignada la siguiente objeción de Martín Alberto Morelli: ‘el doctor Morelli Socarrás [...] manifiesta que no acepta el nombramiento en esta plancha la propuesta es ilegal, existe un acuerdo de accionistas que regula este procedimiento en la cláusula octava, se está violando y le pide al Gerente que rescate el acuerdo y lea la parte pertinente’ (vid. Folio 193). A pesar de lo anterior, se procedió con la elección de la junta directiva, en la cual el apoderado de Cidela Ltda. fue el único en votar a favor de la plancha que él mismo había propuesto (Id).⁶ Algo similar ocurrió con el nombramiento de Alex Eduardo Posada, quien fue designado como representante legal a pesar de que Martín Alberto Morelli manifestó expresamente su oposición, tal y como puede constatarse en las deliberaciones de la proposición sexta del acta No. 9 (vid. Folio 195).

Así las cosas, las pruebas disponibles en esta temprana etapa del proceso dan cuenta de la oposición explícita de Martín Alberto Morelli a que se efectuaran las designaciones controvertidas. El Despacho también pudo advertir que, a pesar de las objeciones del señor Morelli, Cidela Ltda. votó a favor de las propuestas de modificar la composición de la junta directiva y reemplazar al representante legal. Se trata, pues, de una posible violación de lo dispuesto en las cláusulas séptima, octava y décima del acuerdo de accionistas suscrito entre Martín Alberto Morelli y Cidela Ltda. Ciertamente, las actuaciones de Cidela Ltda. no parecerían guardar congruencia con las reglas contenidas en esas cláusulas en cuanto a los pactos de voto para la elección de administradores, ni respecto del procedimiento que debe seguirse en caso de desacuerdo entre los accionistas suscriptores.

En vista de lo expresado, debe advertirse que este Despacho se ha pronunciado en otras ocasiones acerca de la importancia de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en un acuerdo de accionistas, así como respecto de los mecanismos judiciales disponibles para remediar la transgresión de pactos de esa naturaleza. Así, por ejemplo, en la sentencia No. 801-000016 del 23 de abril de 2013, este Despacho censuró el incumplimiento de un acuerdo de accionistas, en vista de la importante función económica que cumplen esta clase de convenios, así como por la ‘necesidad de hacer efectivos los postulados que rigen la celebración y ejecución de contratos en Colombia’.

Por virtud de lo anterior y con fundamento en las pruebas que se han aportado hasta la fecha, el Despacho debe concluir que el demandante ha hecho suficientes méritos para sustentar la suspensión de las decisiones antes referidas.

B. Acerca del ejercicio abusivo del derecho de voto

En la demanda también se controvierten otras decisiones aprobadas por el máximo órgano social durante la reunión iniciada el 30 de agosto de 2012. Se trata, en particular,

⁶ La afirmación contenida en el texto principal puede corroborarse con el contenido de la papeleta de votación disponible en el folio 166 del expediente.

de la determinación de cambiar la dirección de notificación judicial de Santana Fruits SAS (vid. Folio 195) y la de extinguir una obligación dineraria de la compañía a favor de Susana Fiorentino Gómez con cargo a una cuenta por cobrar en contra de Barnier Ltda. (vid. Folios 165 y 192). Si bien el apoderado del demandante parece afirmar que estas determinaciones constituyeron una violación de lo previsto en el acuerdo de accionistas, en la demanda no se expresaron, con suficiente claridad, las razones invocadas para sustentar ese supuesto incumplimiento.⁷

Con todo, el referido apoderado sí alude al posible ejercicio abusivo del derecho de voto como fundamento de la medida cautelar solicitada especialmente para el caso del denominado ‘cruce de cuentas’. En el texto de la demanda también se invoca el abuso del derecho de voto para controvertir, en abstracto, todas las decisiones aprobadas por la asamblea durante la reunión analizada, incluida la de modificar la dirección de notificación judicial de Santana Fruits SAS (vid., por ejemplo, Folios 12 y 13). Por este motivo, aunque aún no es claro para el Despacho si la asamblea general de accionistas de Santana Fruits SAS cuenta con facultades suficientes para aprobar decisiones de la naturaleza indicada —a la luz de los estatutos sociales y de las reglas consagradas en el ordenamiento societario colombiano— debe aludirse brevemente al posible ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de Cidela Ltda.⁸

En el presente caso, se ha detectado la existencia de un pronunciado conflicto entre Martín Alberto Morelli y Cidela Ltda. Esta circunstancia es relevante por cuanto, en diversas oportunidades, el Despacho se ha valido de la existencia de diferencias entre accionistas mayoritarios y minoritarios para justificar el decreto de medidas cautelares.⁹ Ante la verificación de controversias de esa naturaleza, el Despacho ha procurado examinar con especial atención las actuaciones de los asociados, particularmente en el seno del máximo órgano social.¹⁰ En el presente caso, la verificación de un marcado conflicto entre Martín Alberto Morelli y Cidela Ltda. podría usarse como un criterio analítico para estudiar el carácter potencialmente abusivo de las decisiones asamblearias objeto de este proceso. En este orden de ideas, un acentuado enfrentamiento entre accionistas mayoritarios y minoritarios podría constituir un indicio de la naturaleza

⁷ Luego de enumerar las decisiones controvertidas en este proceso, incluidas las dos determinaciones mencionadas en el texto principal, el apoderado del demandante señala que ‘las decisiones adoptadas por Cidela Ltda van en contravía del acuerdo de accionistas celebrado’ (vid. Folio 11).

⁸ Según Martínez Neira, a lo menos para el caso de las sociedades anónimas, se ha previsto la sanción de ineficacia para las determinaciones del máximo órgano social ‘cuando el acuerdo excede las facultades o competencias de la asamblea’. NH Martínez Neira, *Cátedra de Derecho Contractual Societario* (2010, Bogotá, Abeledo Perrot) 305. Por lo demás, aunque la decisión asamblearia relativa al denominado ‘cruce de cuentas’ podría haberse producido en el contexto del inciso segundo del numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, la información disponible en esta etapa del proceso es insuficiente para confirmar esta hipótesis.

⁹ Cfr., por ejemplo, los Autos No. 700-008103 del 10 agosto 2012, 801-012437 del 3 de septiembre de 2012 y 801-013957 del 4 de octubre de 2012.

¹⁰ Ello se debe a que, ante el deterioro de las relaciones entre los accionistas en conflicto, los denominados problemas de agencia entre mayoritarios y minoritarios pueden agravarse en forma sustancial. Para un análisis de los referidos problemas de agencia, cfr. a J Armour y otros, ‘Agency Problems and Legal Strategies’ en *The Anatomy of Corporate Law*, 2ª Ed. (2009, Oxford University Press, pp. 35-54.

abusiva de decisiones que, de no existir esa disputa, serían perfectamente legítimas.¹¹ Así, por ejemplo, si no se han presentado desacuerdos de la naturaleza señalada, el simple cambio de la dirección para notificaciones judiciales a un lugar diferente del domicilio social difícilmente podría considerarse como una decisión aprobada ‘con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener [...] [una] ventaja injustificada’, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258.¹² Con todo, ante el surgimiento de un conflicto, la decisión del accionista mayoritario de trasladar la referida dirección al lugar en que uno de sus apoderados recibe notificaciones judiciales, podría considerarse como un indicio acerca del ejercicio abusivo del derecho de voto.¹³ Es por ello por lo que, tras un análisis de las pruebas disponibles, el Despacho encuentra que existen suficientes elementos de juicio para considerar, de manera provisional e indiciaria, que las decisiones controvertidas pudieron haber sido adoptadas en forma abusiva.

C. Conclusión

A la luz de las anteriores precisiones, el Despacho debe concluir que, en esta etapa del proceso, el demandante ha acreditado con mérito que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican la práctica de la medida cautelar solicitada. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio solo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

III. El interés económico del demandante

Tras una revisión del expediente, este Despacho pudo constatar que el demandante cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso.¹⁴ En verdad, Martín Alberto Morelli no solo detenta la calidad de accionista de Santana Fruits SAS, sino que también ha acreditado que se encuentra en conflicto con Cidela Ltda., el accionista mayoritario de la compañía.¹⁵ El interés del demandante también debe apreciarse en función de las decisiones controvertidas, por cuyo efecto se intentó modificar, de manera sustancial, la composición de los órganos de administración de Santana Fruits

¹¹ Esta idea ha sido desarrollada por el Despacho en el contexto de la designación de administradores sociales. Cfr. Auto No. 800-016014 del 19 de noviembre de 2012.

¹² Esta hipótesis parte de la base de que en los estatutos se le ha atribuido esta facultad a la asamblea general de accionistas.

¹³ Un análisis similar podría efectuarse respecto de la decisión de extinguir una obligación dineraria de la compañía a favor de Susana Fiorentino Gómez con cargo a una cuenta por cobrar en contra de Barnier Ltda.

¹⁴ Según lo expresado en el Auto No. 800-004336 del 22 de marzo de 2013, el denominado ‘interés económico del demandante’ conjuga varios de los elementos a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso, incluidos el interés para obrar y la necesidad de la medida cautelar solicitada.

¹⁵ Para establecer si el interés económico del demandante es suficiente para justificar el decreto de una medida cautelar, pueden consultarse múltiples factores, tales como ‘la naturaleza de las decisiones impugnadas, la existencia de un conflicto entre los accionistas e, incluso, [...] su porcentaje de participación en la compañía’. Cfr. Auto No. 800-016014 del 19 de noviembre de 2012.

SAS. En vista de lo anterior, el Despacho puede concluir, sin efectuar consideraciones adicionales, que el demandante ha acreditado que cuenta con un interés económico suficiente justificar el decreto de la medida cautelar solicitada.

IV. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso.

Si bien en el artículo 590 del Código General del Proceso se establece que la caución debe ser ‘equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda’, el demandante no le ha asignado un valor económico a sus pretensiones. No obstante, el mismo artículo 590 dispone también que ‘el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable’. Este Despacho cuenta entonces con alguna discreción para fijar de la cuantía correspondiente a la caución. No quiere ello decir, por supuesto, que pueda establecerse esta cuantía en forma arbitraria. De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional, ‘en la mayoría de los casos [el legislador] ha dejado [la] determinación [de la cuantía de la caución] a la discrecionalidad de los jueces responsables de su aplicación, bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad’.¹⁶ Ello quiere decir que la suma que se fije para el efecto deberá, en todos los casos, obtenerse como resultado del análisis de los asuntos que resulten relevantes para tales efectos. Así, pues, este Despacho ha considerado que, para fijar el valor de la caución, es indispensable tener en cuenta los efectos derivados de la medida, así como la estimación de las probabilidades de éxito de la demanda.

El cálculo del valor de la caución parte de la estimación de los posibles perjuicios derivados de la medida cautelar.¹⁷ Para estos efectos, es necesario tener en cuenta que la medida tendrá por efecto la suspensión de los nombramientos de miembros de la junta directiva y del representante legal de Santana Fruits SAS, así como la modificación de la dirección para notificaciones judiciales y la cesación temporal de los efectos de la operación contable antes discutida. Aunque una medida de la naturaleza descrita podría entorpecer las actividades de una compañía en marcha –principalmente por la anotada suspensión de nombramientos– debe recordarse que Santana Fruits SAS se encuentra incurso en un proceso de liquidación judicial. Ante las sustanciales restricciones impuestas por el inicio del referido proceso de insolvencia, el Despacho considera que la medida cautelar objeto de este auto no tiene la virtualidad de generarle mayores perjuicios a las sociedades demandadas.¹⁸

¹⁶ Sentencia C-523 de 2009.

¹⁷ Cfr. Auto No. 801-015217 del 31 octubre 2012.

¹⁸ Para un análisis de las limitaciones impuestas tras el inicio de un proceso de liquidación judicial, cfr. a JJ Rodríguez Espitia, Nuevo Régimen de Insolvencia (2007, Universidad Externado de Colombia).

De otra parte, en varias oportunidades este Despacho ha recurrido al expediente de usar las probabilidades de éxito de la demanda como un factor para graduar el monto de la caución. Se trata de una simple relación inversamente proporcional, por cuyo efecto, entre mayores sean las probabilidades de éxito, menor será el valor de la caución. Esta fórmula encuentra justificación en el hecho de que la caución solo se hace efectiva cuando no prosperan las pretensiones del demandante. Así, pues, debe recordarse que el demandante ha acreditado, con suficientes méritos, las probabilidades de éxito de sus pretensiones. Esta circunstancia, sumada a las explicaciones efectuadas en el párrafo anterior, le permite al Despacho concluir que una caución de \$10.000.000 sería suficiente para cumplir con la exigencia del artículo 590 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Primero. Fijar una caución por la suma de \$10.000.000, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto y práctica de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que el demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la suspensión de las siguientes decisiones, adoptadas por la asamblea general de accionistas de Santana Fruits SAS durante la reunión extraordinaria iniciada el 30 de agosto de 2012:

- (i) Proposición No. 1 registrada en el Acta No. 9, consistente en el ‘cruce de cuentas activas y pasivas que se le adeuda a la señora Susana Fiorentino Gómez, la cual deberá ser [...] cruzada contablemente con la cuenta que le adeuda Barnier SARL de Francia a Santana Fruits SAS (vid. Folio 192);
- (ii) Proposición No. 2 registrada en el Acta No. 9, consistente en la ‘elección de la junta directiva’ (vid. Folio 193);
- (iii) Proposición No. 6 registrada en el Acta No. 9, consistente en el ‘nombramiento del doctor Alex Eduardo Posada Molano como gerente de la Empresa y la aprobación de una asignación mensual de \$4.000.000 (vid. Folio 195);
- (iv) Proposición No. 7 registrada en el Acta No. 9, consistente en el ‘registro ante la Cámara de Comercio de Bogotá como dirección de notificación judicial de la sociedad Sanatan Fruits SAS, una dirección en la ciudad de Bogotá, con nomenclatura precisa (Cra. 17 No. 146-13) (vid. Folio 195);

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, oficiarle a la Cámara de Comercio de Bogotá, por el medio más expedito, acerca de la medida cautelar ordenada por este Despacho.

Cuarto. Una vez prestada la caución en forma debida, informarle al representante legal de Santana Fruits SAS, por el medio más expedito, acerca de la medida cautelar ordenada por este Despacho.

Quinto. Una vez prestada la caución en forma debida, informarle a la Delegatura de Procesos de Insolvencia de la Superintendencia de Sociedades, por el medio más expedito, acerca de la medida cautelar ordenada por este Despacho.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

MEDIDAS CAUTELARES

Auto 801-010552 del 07 de julio de 2013

PARTES

Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation
contra
Axede S.A.

NÚMERO DEL PROCESO

2013-801-051

ASUNTO

Oportunidad para proponer mociones de orden durante una reunión de la asamblea general de accionistas. Necesidad de justificar adecuadamente una solicitud de medidas cautelares.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation
contra
Axede S.A.

Asunto

Artículo 133 de la Ley 446 de 1998

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2013-801-051

I. Antecedentes

1. El 22 de mayo de 2013, Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation presentaron una demanda encaminada a controvertir las decisiones aprobadas durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Axede S.A. celebrada el 22 de marzo de 2013.
2. En el escrito presentado ante este Despacho, los demandantes solicitaron el decreto de medidas cautelares.

II. Consideraciones del Despacho

Este Despacho se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para establecer la procedencia de medidas cautelares en conflictos societarios.¹ Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma en los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar medidas cautelares de la naturaleza solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis

¹ Cfr. autos No. 801-002289 del 20 febrero 2013 y No. 800-016014 del 19 noviembre 2012. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html

de los elementos de juicio disponibles, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico de los demandantes, según se expresa a continuación.

A. Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles en esta etapa del proceso, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por los demandantes. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del C.G.P.² Como lo ha explicado el Despacho en varios pronunciamientos, este análisis preliminar no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.³ Por tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que, al momento de dictar sentencia, se llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares.

Formuladas las anteriores precisiones, se analizará ahora la solicitud presentada ante este Despacho, a fin de estimar, de modo preliminar, si en la demanda se acreditó que las pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de la medida cautelar solicitada.

Las pretensiones formuladas en la demanda están orientadas a que este Despacho reconozca la ineficacia o declare la nulidad de las decisiones adoptadas durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Axede S.A. del 22 de marzo de 2013. Como sustento de tales pretensiones, los demandantes sostienen que las determinaciones controvertidas fueron adoptadas en contravención de la ley, los estatutos de Axede S.A. y un acuerdo suscrito entre los accionistas de la compañía. Con todo, tras una revisión de la demanda y sus anexos, el Despacho encuentra que los accionistas de Axede S.A. se abstuvieron de aprobar una buena parte de las decisiones propuestas en desarrollo del orden del día previsto para la citada reunión ordinaria. En verdad, según lo expresado en la demanda, no fueron acogidas las propuestas relativas a la aprobación de los estados financieros (vid. folio 22 del expediente), el proyecto de distribución de utilidades (vid. folio 25) y la elección del revisor fiscal (vid. folio 27).⁴ Por tratarse de una demanda encaminada a controvertir las decisiones del máximo

² La apariencia de buen derecho ha sido referida a 'la carga de acreditar de forma provisional e indiciaria, que la pretensión [...] presenta visos de poder prosperar; [es preciso establecer] una probabilidad cualificada de éxito de la pretensión principal que se pretende cautelar'. J. Garnica Martín, 'Medidas Cautelares en el Proceso de Impugnación de Acuerdos Sociales' en Órganos de la Sociedad de Capital, Tomo I (2008, Valencia, Tirant Lo Blanch) 580.

³ Cfr. Auto 801-001488 del 1º de febrero de 2013, disponible en la siguiente dirección: http://media.wix.com/ugd/ec4bc2_c345c19dbb39748d77849ab1f453d5b3.pdf

⁴ A pesar de lo expresado en la demanda en cuanto a la supuesta convocatoria efectuada directamente por la asamblea, la grabación de lo acontecido el 22 de marzo de 2013 parece dar cuenta de una instrucción a la administración para que convoque al máximo órgano social. En efecto, durante la reunión se señaló que lo discutido por los accionistas 'no [es una auto convocatoria]. Estamos pidiendo al representante legal para que la convoque para ese día [30 de abril de 2013].

órgano social, el Despacho tan solo se pronunciará acerca de las determinaciones efectivamente adoptadas por la asamblea, según se explica a continuación.

1. Elección de la junta directiva

En la demanda se expresa que la elección de la junta directiva de Axede S.A. debía sujetarse a lo previsto en el acuerdo suscrito entre los accionistas de la compañía el 19 de septiembre de 2008. En este sentido, la apoderada de los demandantes señala que los accionistas mayoritarios incumplieron con sus obligaciones bajo el acuerdo, en tanto en cuanto el pacto para elegir a los directores de Axede S.A. ‘no fue acatado por los representantes de Colmenares S.A., Tribeca Fund I FCP, Tribeca General Partners One S.A. y Woodmont Services S.A.’ (vid. Folio 27). Sobre el particular, debe decirse que este Despacho ya se ha pronunciado acerca de la importancia de cumplir con las obligaciones pactadas en acuerdos de accionistas. Así, por ejemplo, en la Sentencia 801-000016 del 23 de abril de 2013, esta entidad señaló lo siguiente: ‘Es necesario llamar la atención sobre la importancia que reviste asegurar el estricto cumplimiento de los acuerdos celebrados entre los accionistas de una compañía. Esta afirmación encuentra soporte no solo en la ya analizada función económica que cumplen esta clase de convenios, sino también en la necesidad de hacer efectivos los postulados que rigen la celebración y ejecución de contratos en Colombia, particularmente en lo que respecta al artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor ‘todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’. En la citada sentencia también se hizo un breve análisis acerca de los diferentes mecanismos previstos en la ley para procurar el cumplimiento forzoso de los acuerdos de accionistas, incluida la ejecución específica y la impugnación de decisiones derivada de pactos oponibles a la sociedad.⁵

A pesar de lo anterior, la demanda presentada por Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation no parece estar orientada a obtener el cumplimiento forzoso de lo pactado en el acuerdo suscrito entre tales sujetos y los demás accionistas de Axede S.A. Así, por ejemplo, entre las pretensiones de la demanda se incluye una solicitud para que se declare el incumplimiento del referido acuerdo. Más aún, en la demanda parece señalarse que los demandantes no pretenden obtener un pronunciamiento de este Despacho acerca del incumplimiento a que se ha hecho referencia, tal y como puede apreciarse en el texto transcrito a continuación: ‘En la actualidad existe un Tribunal de Arbitramento debidamente constituido, que dicho sea de paso, es el competente para pronunciarse con relación al tema y que a la fecha, no existe pronunciamiento donde se declare la nulidad del acuerdo de accionistas’ (vid. folio 27). Así las cosas, antes de que pueda emitirse un pronunciamiento cautelar acerca de la elección de la junta directiva

[Es una] proposición de la fecha para que la administración convoque [...]’ Cfr. grabación de la reunión celebrada el 22 de marzo de 2013, folio 36 del expediente (23:11).

⁵ En la sentencia se señala que es posible solicitar ‘la impugnación de decisiones sociales que fueron aprobadas con el cómputo de votos emitidos en contravención de un acuerdo oponible. Por supuesto que la impugnación solo será procedente en aquellos casos en los que, al descontar los votos emitidos en contra del acuerdo oponible, no se obtenga la mayoría requerida para aprobar la respectiva determinación, en los términos el artículo 190 del Código de Comercio’.

de Axede S.A., los demandantes deberán aclarar si la demanda busca que el Despacho reconozca el incumplimiento del acuerdo de accionistas, junto con la impugnación de las decisiones aprobadas con el cómputo de votos emitidos en contra de lo previsto en el respectivo pacto parasocial. [...]

2. Modificaciones al orden del día aprobadas por la asamblea

Las pretensiones de la demanda también buscan controvertir ciertas decisiones adoptadas por la asamblea luego de la elección del presidente y secretario de la reunión. Se trata de propuestas relativas al funcionamiento de la asamblea, tales como la restricción a la presencia de invitados, la posibilidad de grabar las deliberaciones y la necesidad de presentar constancias por escrito durante la reunión. Para sustentar los aparentes vicios de estas determinaciones, los demandantes afirman que ‘la asamblea de accionistas no podrá tomar decisiones sobre temas no incluidos en el orden del día, salvo que la decisión sea tomada por el setenta por ciento de las acciones representadas en la respectiva reunión y una vez se encuentre agotado el orden del día. Pese a lo previsto en la ley [...] la asamblea de accionistas sin tan siquiera someter a aprobación de la misma, la inclusión de nuevas proposiciones en el orden del día y sin haberse agotado el mismo, sometió a votación las siguientes proposiciones: [...]’ (vid. Folio 7).

Aunque podría llegar a sostenerse que las decisiones en comento dan cuenta de actuaciones abusivas de los accionistas mayoritarios, debe señalarse que el principal fundamento invocado por los demandantes para controvertir tales decisiones se deriva de lo previsto en el artículo 425 del Código de Comercio respecto de la celebración de reuniones extraordinarias. Ello se desprende no solo del texto antes transcrito, sino también del título de la sección en la que se exponen los supuestos vicios, vale decir, ‘modificaciones al orden del día no aprobadas por la asamblea de accionistas’. Sin embargo, en el caso *sub examine* resultaría aplicable, más bien, lo previsto en el artículo 182 del Código de Comercio, a cuyo tenor ‘en las reuniones ordinarias la asamblea podrá ocuparse de temas no indicados en la convocatoria, a propuesta de los directores o de cualquier asociado’. En todo caso, no parecería sensato exigir que la discusión acerca de asuntos tales como la grabación de reuniones o la asistencia de invitados deba efectuarse una vez agotado el orden del día. De aceptarse esa exigencia, serían inocuas las propuestas relacionadas con esas simples mociones de orden —a lo menos en compañías que no hayan contemplado reglamentos internos para el funcionamiento del máximo órgano social— por cuanto no podrían acordarse reglas para las deliberaciones de la asamblea antes de darle curso a los principales puntos previstos para la reunión concerniente.

Finalmente, como ya se dijo, el Despacho podría aceptar los argumentos de los demandantes en un debate procesal acerca del posible ejercicio abusivo del derecho de voto. Con todo, si bien en la demanda se habla de la ‘ilegalidad’ de las decisiones estudiadas, el ‘atropello del accionista mayoritario’ y la violación de la ‘libertad de expresión’ de los accionistas, estas simples afirmaciones no son suficientes para que el Despacho decrete la medida cautelar solicitada. Para el efecto, es necesario que

los demandantes presenten un análisis respecto de la manera en que tales decisiones podrían llegar a enmarcarse dentro de la figura del abuso del derecho de voto.

3. Informe de gestión del representante legal

En criterio de la apoderada de los demandantes, la decisión de aceptar el informe de gestión del representante legal sería ineficaz, a la luz del artículo 433 del Código de Comercio. Como fundamento de esta presunta ineficacia se sostiene que el aludido administrador aludió en su informe a la participación de la compañía en un proceso de capitalización de Trébol Software S.A., para lo cual era indispensable contar con la autorización de la junta directiva de Axede S.A., según el artículo 40 de los estatutos sociales (vid. folios 101-103). Debe advertirse que si existió alguna irregularidad en el referido proceso de capitalización, sería posible controvertir judicialmente los actos celebrados por el representante legal de Axede S.A. Sin embargo, la demanda presentada ante este Despacho no busca refutar tales actuaciones, ni comprometer la responsabilidad de los administradores de Axede S.A. Según ya se dijo, las pretensiones están orientadas en forma exclusiva a impugnar las decisiones adoptadas durante la reunión ordinaria del máximo órgano social celebrada el 22 de marzo de 2013. En este orden de ideas, el Despacho encuentra que durante esa sesión no parece haberse autorizado ni ratificado la participación de Axede S.A. en la capitalización en comento. Ello se debe a que la simple aceptación del informe del representante legal no tiene la virtualidad de convalidar sus actuaciones ni de exonerarlo de responsabilidad, al tenor de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 222 de 1995.⁶

4. Irregularidades mencionadas en la demanda

En la demanda se hace alusión a múltiples irregularidades acaecidas durante la reunión ordinaria objeto de análisis. Se trata de presuntas violaciones al derecho de inspección respecto de los estados financieros de Axede S.A., así como a ciertas actuaciones aparentemente negligentes de los administradores y del revisor fiscal. Si bien las conductas mencionadas podrían dar lugar a acciones de responsabilidad en contra de tales funcionarios, el Despacho no ha encontrado aún la conexión entre las señaladas actuaciones y los supuestos vicios que le sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda. Por una parte, en vista de que los accionistas de Axede S.A. se abstuvieron de aprobar los estados financieros y el proyecto de distribución de utilidades presentado a su consideración —precisamente por la existencia de las discrepancias detectadas por el revisor fiscal— no es claro para el Despacho cómo puede aducirse ahora la ineficacia y nulidad de propuestas que nunca fueron aprobadas por el máximo órgano social. De otra parte, en la demanda no se explica con precisión la manera en que las presuntas violaciones al derecho de inspección respecto de los estados financieros pueden dar lugar a la ineficacia o la nulidad de las decisiones que sí se aprobaron en la reunión ordinaria de la asamblea.⁷

⁶ El mismo argumento es procedente respecto de los contratos de mutuo suscritos entre Colmenares S.A. y Axede S.A., cuya celebración no parece haberse aprobado o ratificado durante la reunión del 22 de marzo de 2013.

⁷ Esta Superintendencia ha manifestado, en sede administrativa, que 'la transgresión al ejercicio del derecho de inspección, fue sancionada por el legislador con sanciones de carácter pecuniario de acuerdo con el ordinal 3° del artículo 86 de la Ley

Debe advertirse, por lo demás, que la simple indicación acerca de la naturaleza irregular de ciertas actuaciones de los administradores no es suficiente para que este Despacho decrete una medida cautelar, en el contexto de un proceso que busca controvertir decisiones asamblearias.

Con base en las consideraciones antes presentadas, el Despacho debe concluir que no se acreditaron los presupuestos exigidos en el artículo 590 del Código General del Proceso para el decreto de medidas cautelares. Lo anterior no obsta para que, una vez aportados los elementos probatorios correspondientes, el Despacho pueda considerar nuevamente este presupuesto para la procedencia de la medida cautelar solicitada.⁸

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Rechazar la solicitud de medidas cautelares.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

222 de 1995, o con la remoción de los administradores; por tanto esta omisión no comporta un vicio que de origen a una nulidad [...]. Cfr. Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-34648 del 14 de abril de 2013.

⁸ Esta posibilidad surge de la derogatoria expresa del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, según consta en el literal b) del artículo 626 del nuevo Código General del Proceso.

MEDIDAS CAUTELARES

Auto 801 - 012876 del 22 de julio de 2013

PARTES

Jaime Dorronsoro Tenorio y Cía. S.C.A. y otros
contra
El Canelo S.A.

NÚMERO DEL PROCESO

2013-801-083

ASUNTO

Valor probatorio de las actas de la junta directiva de una compañía.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Jaime Dorronsoro Tenorio y Cía. S.C.A. y otros
contra
El Canelo S.A.

Asunto

Artículo 137 de la Ley 446 de 1998

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2013-801-083

I. Antecedentes

1. El 15 de julio de 2013, Jaime Dorronsoro Tenorio y Cía. S.C.A., Beatriz Dorronsoro T. y Cía. S. en C.S. y Martha Lucía Dorronsoro y Cía. S. en C. presentaron ante este Despacho una demanda.
2. En el escrito presentado, la demandante solicitó el decreto de medidas cautelares.

II. Consideraciones del Despacho

En el curso de múltiples pronunciamientos, este Despacho ha desarrollado algunos presupuestos para determinar la procedencia de medidas cautelares en el ámbito de conflictos societarios.¹ Tales presupuestos se derivan de lo previsto en el Artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma a los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar las medidas cautelares de la naturaleza solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis de la existencia de cada uno de los siguientes elementos: la apariencia de buen derecho,

¹ Cfr. Auto No. 801-002289 del 20 febrero 2013; Auto No. 800-016014 del 19 noviembre 2012; Auto No. 801-014531 del 17 octubre 2012; Auto No. 801-013957 del 4 octubre 2012, Auto No. 801-012437 del 3 septiembre 2012 y Auto No. 801-001488 del 1 de febrero de 2013. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html

para lo cual será preciso estimar las probabilidades de éxito de la demanda, la existencia de una amenaza, el interés de la parte demandante en el presente proceso y, por último, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

III. Las probabilidades de éxito de la demanda

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el Artículo 590 del Código General del Proceso. La apariencia de buen derecho ha sido referida a ‘la carga de acreditar de forma provisional e indiciaria, que la pretensión principal presenta visos de poder prosperar; [es preciso establecer] una probabilidad cualificada de éxito de la pretensión que se pretende cautelar’.²

El análisis preliminar a que se ha hecho referencia no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.³ Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que en el momento de dictar sentencia, el juez llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares. En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para haber aceptado o rechazado la medida. En criterio de Bejarano Guzmán, ‘no se trata de una decisión de fondo sino preliminar, que por supuesto puede ser modificada en la sentencia que le ponga fin al proceso [...] si el juez no decreta la suspensión provisional [...], en modo alguno ello significa que la sentencia será adversa al demandante, pues las pruebas recaudadas en el proceso pueden contribuir a cambiar la decisión que se adopte en la sentencia’.⁴

Con fundamento en las anteriores precisiones, se analizará la solicitud presentada ante este Despacho, con el fin de estimar, de modo preliminar, si el demandante ha demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar.

La demanda presentada ante el Despacho está encaminada a controvertir algunas de las decisiones aprobadas durante la reunión de la junta directiva de El Canelo SA. celebrada el 6 de mayo de 2013, según lo consignado en el acta No. 58. Para tales efectos, la apoderada de los demandantes aportó un extracto de la citada acta No. 58, firmada por el presidente y el secretario designados para la reunión correspondiente (vid. Folio 28). En el texto del acta aparece registrada la decisión de ‘designar a la

² J. Garnica Martín, ‘Medidas Cautelares en el Proceso de Impugnación de Acuerdos Sociales’ en Órganos de la Sociedad de Capital, Tomo I (2008, Valencia, Tirant Lo Blanch) 580.

³ En opinión de Garnica Martín, el análisis preliminar requerido para establecer la apariencia de buen derecho ‘no tiene por qué significar que el juez que ha emitido un juicio previo haya perdido su imparcialidad: ambos juicios versan sobre lo mismo pero no se emiten a partir de los mismos elementos probatorios, por lo que no es difícil que pueda cambiar la visión del juez que dictó medidas cautelares sobre el asunto cuando dicta sentencia’ (2008) 580.

⁴ R. Bejarano Guzmán, Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales, 5ª Edición (2011, Bogotá, Editorial Temis) 167.

señora Olga Dorronsoro Tenorio como gerente de la sociedad [...] y como suplente del gerente, se nombra a la señora Elsa Dorronsoro Tenorio’.

A pesar de lo anterior, en la demanda se controvierte la veracidad de lo expresado en el acta No. 58 respecto de la elección del representante legal. En verdad, la apoderada de los demandantes aduce que, durante la sesión antes mencionada, la junta directiva decidió ‘ratificar como gerente de la sociedad a Diego Dorronsoro Tenorio y como suplente a la señora Olga Dorronsoro Tenorio’ (vid. Folio). Para el efecto, con la demanda se aportaron mensajes en los que diferentes sujetos aluden a la falsedad de lo consignado en el acta No. 58. Así, por ejemplo, Álvaro Pío Raffo Palau, miembro suplente de la junta directiva de El Canelo S.A., señaló lo siguiente en un correo electrónico del 22 de mayo de 2013: ‘estuve presente cuando se trató el tema de la confirmación del señor Diego Dorronsoro Tenorio en el cargo de gerente y se modificó su asignación mensual de 7 a 2 millones, de lo cual son testigos las personas que allí se encontraban reunidas’.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento se han consagrado diversas reglas respecto del valor probatorio de documentos tales como las actas correspondientes a las reuniones de la junta directiva de una compañía. Por una parte, en el artículo 68 del Código de Comercio se establece que ‘los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente.’ Así mismo, en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil se señala que ‘se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma’.⁵

El valor probatorio que la ley le ha otorgado a los libros de actas de la junta directiva —supeditado, por supuesto, a los requisitos contemplados en el Título IV del Libro Primero del Código de Comercio— lleva al Despacho a concluir que la información contenida en el acta mencionada debe tenerse por cierta, a menos que se demuestre lo contrario en el curso del presente proceso. Es decir que el Despacho no puede restarle valor probatorio al acta No. 58, hasta tanto cuente con suficientes elementos de juicio para constatar la falsedad de lo expresado en ese documento. En todo caso, ante las diferencias que existen entre las declaraciones transcritas más arriba y el contenido del acta, el Despacho se ocupará en esclarecer esta contradictoria situación, a fin de determinar si se perpetró una actuación fraudulenta. Es por ello por lo que se le oficiará al representante legal de la sociedad demandada para que le envíe a este Despacho una copia del acta No. 58, con las firmas del presidente y del secretario de la reunión, así como cualquier grabación que exista respecto de lo transcurrido en la reunión concerniente.

A pesar de lo anterior, el Despacho debe concluir que no se han acreditado los presupuestos exigidos en el artículo 590 del Código General del Proceso para el decreto de medidas cautelares. Lo anterior no obsta para que el Despacho pueda considerar

⁵ Debe resaltarse que, según el criterio expresado por esta Superintendencia en sede administrativa, la regla del artículo 189 del Código de Comercio no puede aplicarse por analogía a las actas de la junta directiva. Cfr., por ejemplo, Oficio No. 220-37917 del 9 de junio de 2003.

nuevamente la correspondiente solicitud de medidas cautelares, una vez se cuente con pruebas adicionales que permitan verificar el contenido del acta No. 58.⁶

Por virtud de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Primero. Rechazar la solicitud de medidas cautelares.

Segundo. Requerir al representante legal de El Canelo S.A., para que, dentro del término de cinco días contados a partir de la recepción del oficio respectivo, le envíe a este Despacho una copia del acta No. 58, correspondiente a la reunión de la junta directiva de la compañía celebrada el 6 de mayo de 2013, con las firmas del presidente y del secretario de la reunión, así como cualquier grabación que exista respecto de lo transcurrido en la reunión mencionada.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

⁶ Esta posibilidad surge de la derogatoria expresa del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, según consta en el literal b) del artículo 626 del nuevo Código General del Proceso.

MEDIDAS CAUTELARES

Auto 801-015703 del 19 de septiembre de 2013

PARTES

Roldán y Cía. Ltda. en reorganización
contra
Rolog S.A. en reorganización contra Pesqueros S.A.S.

NÚMERO DEL PROCESO

2013-801-120

ASUNTO

Efectos de la violación de los límites estatutarios previstos respecto de las facultades de los administradores sociales.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Roldán y Cía. Ltda. en reorganización y Rolog S.A. en reorganización
contra
Pesqueros S.A.S.

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2013-801-120

I. Antecedentes

1. El 13 de septiembre de 2013, Roldán y Cía. Ltda. en reorganización presentó ante este Despacho una demanda.
2. En el escrito presentado, la demandante solicitó el decreto de medidas cautelares.

II. Consideraciones del Despacho

Este Despacho se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para establecer la procedencia de medidas cautelares en hipótesis de conflictos societarios.¹ Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma en los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar medidas cautelares de la naturaleza solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de juicio disponibles, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico del demandante, según se expresa a continuación.

¹ Cfr., por ejemplo el Auto 800-016014 del 19 noviembre 2012. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html

A. Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles en esta etapa del proceso, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso. Como lo ha explicado este Despacho en varios pronunciamientos, este análisis preliminar no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.² Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que, al momento de dictar sentencia, se llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares.³

Formuladas las anteriores precisiones, se analizarán ahora los argumentos presentados ante el Despacho, a fin de estimar, de modo preliminar, si en la demanda se acreditó que las pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar. El demandante ha solicitado que se suspendan, de manera provisional, los efectos de cuatro contratos de arrendamiento suscritos entre Roldán y Cía. Ltda., Rolog S.A. y Pesqueros S.A.S el 21 de enero de 2011. Para justificar esta solicitud, se aduce que el sujeto que actuó en representación de Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A. no contaba con facultades suficientes para celebrar los negocios jurídicos controvertidos. Según el texto de la demanda, ‘la violación de la ley en este caso es evidente, al haberse celebrado unos contratos sin contar con las atribuciones para ello’ (vid. Folio 19 del expediente). El apoderado del demandante considera, además, que los aludidos contratos contienen ‘condiciones y sanciones especialmente leoninas para los intereses de la sociedad’ (id.).

De conformidad con los documentos consultados por el Despacho, en los estatutos sociales de Roldán y Cía. Ltda. se restringieron, de modo explícito, las facultades de los representantes legales de la compañía. Según consta en el artículo noveno de los citados estatutos, cuyo texto parcial fue aportado con la demanda, ‘se establece un límite de contratación por la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes’ (vid. Folio 45). Esta restricción fue debidamente inscrita en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Medellín, tal y como consta en el certificado especial emitido por esta última entidad (vid. Folio 59). Por su parte, en el certificado de existencia y representación legal de Rolog S.A. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá puede observarse la siguiente restricción: ‘La junta directiva conferirá autorización al representante legal para celebrar actos o contratos de cualquier naturaleza y en general contraer obligaciones con un límite de contratación por la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes’ (vid. Folio 85).

² Cfr. Auto 801-003311 del 8 de marzo de 2013.

³ En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para aceptar o rechazar la cautela. Cfr. Auto 801-003311 del 8 de marzo de 2013.

Además de lo anterior, el Despacho pudo constatar que Carlos Giraldo Rendón, en su calidad de representante legal de Roldán y Cía. Ltda. y de Rolog S.A., suscribió cuatro contratos con Pesqueros S.A.S., para procurar el arrendamiento de igual número de vehículos montacargas. Bajo el primero de los contratos aportados por el demandante, Carlos Giraldo Rendón, actuando en nombre de Roldán y Cía. Ltda. y de Rolog S.A., acordó arrendar un vehículo denominado ‘Montacarga Gigante Taylor’, por un canon mensual de \$5.000.000. Adicionalmente, en los términos de la cláusula quinta del contrato, se pactó un período de vigencia de 12 meses, prorrogable en forma automática y obligatoria hasta el 21 de enero de 2022. A continuación se transcribe, en su integridad, el texto de la cláusula antes citada:

‘Quinta: Vigencia y prórrogas del contrato: Doce (12) meses contados a partir del 21 de enero de 2011.

‘Parágrafo 1: Arrendador y Arrendatario pactan desde ya que este contrato se prorrogue diez (10) veces, y a partir de la finalización de la prórroga 10 las partes quedan en libertad de volver a contratar o renovar el contrato.

‘Parágrafo 2: En virtud de la garantía mínima de 10 prórrogas pactadas en el párrafo anterior, durante este período no podrá terminarse el contrato anticipadamente por las partes, a menos que quien lo termine unilateralmente indemnice a la otra con mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 SMLMV) al momento de la terminación’ (vid. Folio 11).

Así las cosas, las pruebas disponibles en esta etapa del proceso apuntan a que Carlos Giraldo Rendón pudo haber excedido, con profusión, las facultades que le correspondían en su calidad de representante legal de Roldán y Cía. Ltda. y de Rolog S.A. Según ya se dijo, el señor Rendón no podía celebrar negocios jurídicos por un valor superior a 100 salarios mínimos. Si se tiene en cuenta que, para la fecha en que se celebró el contrato en cuestión, el salario mínimo ascendía a la suma de \$532.500 —según lo establecido en el Decreto 4834 de 2010— la restricción anotada cobijaba operaciones que superaran la suma de \$53.250.000. Con todo, a pesar de esta clara limitante, el señor Rendón suscribió un contrato por un valor aproximado de \$660.000.000. Esta cifra puede obtenerse tras la simple operación aritmética de multiplicar el canon de arrendamiento, \$5.000.000, por la duración establecida para el contrato, vale decir, 132 meses. Es decir que el señor Rendón celebró una operación con el fin de obligar a Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A. por una suma que excede claramente el tope de \$53.250.000 antes anotado. Esta última afirmación no perdería vigencia ni siquiera si se tuviese en cuenta apenas el valor asignado para el primer año de vigencia del contrato de arrendamiento analizado.⁴

De otra parte, debe destacarse que los demás contratos objeto del presente litigio contienen cláusulas en las que se establecen prórrogas obligatorias, cuya naturaleza es similar a la de la prevista en la cláusula quinta analizada arriba. Por virtud de estas disposiciones, el valor total de los aludidos negocios jurídicos parecería exceder también

⁴ Debe anotarse también que la suma pactada para la terminación anticipada del contrato, es decir, 1.000 salarios mínimos, también excede el valor de \$53.250.000 mencionado en el texto principal.

el límite de las facultades del señor Rendón. En el siguiente cuadro se presenta la cuantía total de los mencionados contratos, así como el tope previsto para la restricción *sub examine*:

Objeto	Canon mensual	Valor total	Límite estatutario
Máquina Yale de 4.5 toneladas	\$3.500.000	\$462.000.000	\$53.250.000
NA Hyster de 7.5 toneladas	\$7.000.000	\$924.000.000	\$53.250.000
Máquina Fiat de 2.5 toneladas	\$2.500.000	\$330.000.000	\$53.250.000

Ahora bien, es relevante aludir brevemente a las consecuencias que podrían derivarse en caso de que se constate la aparente extralimitación de funciones a que se ha hecho referencia. Sobre el particular, debe señalarse que este Despacho ya se ha pronunciado acerca de hipótesis similares a la descrita por el apoderado del demandante. Así, por ejemplo, en la Sentencia No. 801-00030 del 26 de junio de 2013, este Despacho advirtió la inoponibilidad de contratos celebrados por un representante legal sin atender a las limitaciones estatutarias que restringían, de modo expreso, sus facultades.⁵ En esa providencia se afirmó lo siguiente:

‘para efectos de determinar sanción que le corresponde a la irregularidad antes descrita, es preciso hacer referencia al artículo 833 del Código de Comercio, a cuyo tenor, “los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste”.⁶ En el contexto societario, la anterior disposición ha sido entendida por Martínez Neira en el sentido de que “los actos jurídicos concluidos por el representante legal en nombre de una sociedad, por fuera del límite de sus facultades, no producen efectos en relación con la compañía”.⁷ [...] Por lo demás, según lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, “los actos de los representantes que desborden los límites antedichos son sancionados por el ordenamiento de una particular forma de ineficacia que se conoce como la inoponibilidad del negocio frente al representado, figura distinta a cualquier otro medio de sanción de los actos irregulares”.⁸ [...] debe concluirse que el negocio jurídico controvertido en este proceso no adolece de nulidad, como lo propone el apoderado de la demandante, sino que simplemente le es inoponible a [la sociedad demandante], por expresa disposición legal.[...]ese negocio jurídico nunca vinculó a la sociedad demandante’.

A la luz de las anteriores precisiones, el Despacho debe concluir que, en esta etapa del proceso, el demandante ha acreditado con mérito que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican la práctica de la medida cautelar solicitada. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio solo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los

⁵ También es relevante consultar la Sentencia No. 801-000043 del 23 de julio de 2013.

⁶ Por su parte, en el artículo 841 se establece que ‘el que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de este, será responsable al tercero de buena fe exento e culpa de la prestación prometida’.

⁷ N H Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2010, Bogotá, AbeledoPerrot) 165.

⁸ Sentencia del 15 de agosto de 2006. En este mismo sentido pueden consultarse también las opiniones de Martínez Neira (op.cit., 168) (‘la inoponibilidad hace que el contrato no produzca efectos para la sociedad desde el día cero [...]’) y Gil Echeverry (op.cit., 317) (‘la [nulidad] requiere necesariamente declaración judicial, la [inoponibilidad] no y constituye una excepción válida para que la sociedad pueda abstenerse de cumplir el contrato o la prestación respectiva’).

elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

B. El interés económico de la demandante

Tras una revisión del expediente, este Despacho pudo constatar que las sociedades demandantes cuentan con un interés económico legítimo en el presente proceso.⁹ Se trata, en verdad, de las dos compañías que vieron comprometido su patrimonio por las actuaciones de Carlos Giraldo Rendón, según se explicó más arriba. Además, es indispensable poner de presente que Pesqueros SAS ha iniciado múltiples procesos ejecutivos en contra de Roldán y Cía. Ltda. y de Rolog S.A., por cuyo efecto, de acuerdo con lo expresado en la demanda, estas últimas compañías han sido objeto de embargos y otras medidas cautelares (vid. Folios 8 y 9). Por virtud de lo anterior, es claro para el Despacho que Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A. cuentan con un interés suficiente para justificar el decreto de la medida cautelar solicitada.

C. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso. Con todo, para efectos de fijar el monto correspondiente, es necesario efectuar un breve repaso de la regulación prevista en nuestro ordenamiento sobre la materia.

Si bien en el artículo 590 del Código General del Proceso se establece que la caución debe ser ‘equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda’, el demandante no le ha asignado un valor económico a sus pretensiones. No obstante, el mismo artículo 590 dispone también que ‘el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable’. Este Despacho cuenta entonces con alguna discreción para fijar de la cuantía correspondiente a la caución. No quiere ello decir, por supuesto, que pueda establecerse esta cuantía en forma arbitraria. De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional, ‘en la mayoría de los casos [el legislador] ha dejado [la] determinación [de la cuantía de la caución] a la discrecionalidad de los jueces responsables de su aplicación, bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad’.¹⁰ Ello quiere decir que la suma que se fije para el efecto deberá, en todos los casos, obtenerse como resultado de un cuidadoso análisis. Así, pues, este Despacho ha considerado que, para fijar el valor de la caución, es indispensable tener en cuenta los efectos derivados de la medida, así como la estimación de las probabilidades de éxito de la demanda.

⁹ El denominado interés económico del demandante conjuga varios de los elementos a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso, incluidos el interés para obrar y la necesidad de la medida cautelar solicitada.

¹⁰ Sentencia C-523 de 2009.

El cálculo del valor de la caución parte de la estimación de los posibles perjuicios derivados de la medida cautelar.¹¹ Así, pues, se usará como factor inicial de cómputo la suma de \$18.000.000, equivalente al valor agregado de los cánones mensuales pactados en los cuatro contratos de arrendamiento. Es necesario, además, multiplicar esta suma por el tiempo de duración promedio de los procesos en el Grupo de Jurisdicción Societaria de esta entidad —cuatro meses— lo cual arroja una cifra de \$72.000.000.

De otra parte, este Despacho ha usado las probabilidades de éxito de la demanda como un factor para graduar el monto de la caución. Se trata de una simple relación inversamente proporcional, por cuyo efecto, entre mayores sean las probabilidades de éxito, menor será el valor de la caución. Esta fórmula encuentra justificación en el hecho de que la caución solo se hace efectiva cuando no prosperan las pretensiones del demandante. Así, por virtud de las consideraciones efectuadas en el acápite correspondiente, este Despacho estima necesario reducir el valor ya estimado de la caución a la suma de \$14.400.000.¹²

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Primero. Fijar una caución por la suma de \$14.400.000, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto y práctica de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que el demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida,dejar en suspenso los efectos de los contratos descritos a continuación, celebrados el 21 de enero de 2011 entre Pesqueros SAS y Carlos Giraldo Roldán, en nombre de Roldán y Cía. Ltda. y de Rolog S.A.:

Objeto	Canon mensual
Montacarga Gigante Taylor	\$5.000.000
Máquina Yale de 4.5 toneladas	\$3.500.000
NA Hyster de 7.5 toneladas	\$7.000.000
Máquina Fiat de 2.5 toneladas	\$2.500.000

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, informarle al representante legal de Pesqueros S.A.S. acerca de la medida cautelar antes descrita, por el medio más expedito, de manera que proceda de conformidad con lo ordenado por este Despacho.

¹¹ Cfr. Auto No. 801-015217 del 31 octubre 2012.

¹² Este ajuste no significa que se le haya asignado a las pretensiones de la demanda unas probabilidades de éxito del 80%. Los cálculos efectuados en el texto principal se derivan de simples estimaciones, basadas en una aproximación preliminar a los documentos que se han aportado en esta temprana etapa del proceso.

Cuarto. Una vez prestada la caución en forma debida, informarles a los siguientes juzgados, por el medio más expedito, acerca de la medida cautelar mencionada:

No.	Objeto	No. Proceso	Demandados
1	8° C.C. de Cartagena	2013-0086	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
2	7° C.C. de Cartagena	2013-0002	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
3	7° C.C. de Cartagena	2012-0313	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
4	5° C.C. de Cartagena	2013-0004	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
5	4° C.C. de Cartagena	2013-0013	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
6	4° C.C. de Cartagena	2013-0045	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
7	3° C.C. de Cartagena	2013-0063	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
8	2° C.C. de Cartagena	2013-0059	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
9	1° C.C. de Cartagena	2013-0064	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
10	3° C.C. de Cartagena	2013-0076	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
11	3° C.C. de Cartagena	2013-0077	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
12	3° C.C. de Cartagena	2013-0087	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
13	2° C.C. de Cartagena	2013-0077	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
14	1° C.C. de Cartagena	2013-0096	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
15	2° C.C. de Cartagena	2013-0088	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
16	2° C.C. de Cartagena	2013-0089	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
17	3° C.C. de Cartagena	2013-0087	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.
18	1° R.T. de Cartagena	2013-0028	Roldán y Cía. Ltda. y Rolog S.A.

Quinto. Una vez prestada la caución en forma debida, oficiarles a las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín y Cartagena acerca de la medida cautelar descrita en este auto.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

AUTO

No. 801- 016006 del 25 de septiembre de 2013

PARTES

Jhon Fredy Díaz Arbeláez
contra
Noreña & Díaz SAS

NÚMERO DEL PROCESO

2013-801-118

ASUNTO

Supresión del requisito de pluralidad para celebrar reuniones por derecho propio
en una SAS

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Jhon Fredy Díaz Arbeláez
contra
Noreña & Díaz SAS

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2013-801-118

I. Antecedentes

1. El 13 de septiembre de 2013, Jhon Fredy Díaz Arbeláez presentó ante este Despacho una demanda en contra de la sociedad Noreña & Díaz SAS.
2. En el escrito presentado, la demandante solicitó el decreto de medidas cautelares, con el fin de salvaguardar los derechos en litigio.

II. Consideraciones del Despacho

Este Despacho se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para establecer la procedencia de medidas cautelares en conflictos societarios.¹ Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma en los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar medidas cautelares de la naturaleza solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de

¹ Cfr. Autos No. 801-002289 del 20 febrero 2013 y No. 800-016014 del 19 noviembre 2012. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html

juicio disponibles, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico del demandante, según se expresa a continuación.

Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles en esta etapa del proceso, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso. Como lo ha explicado este Despacho en varios pronunciamientos, este análisis preliminar no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.² Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que, al momento de dictar sentencia, se llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares.³

Formuladas las anteriores precisiones, se analizarán ahora los argumentos presentados ante el Despacho, a fin de estimar, de modo preliminar, si en la demanda se acreditó que las pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar. El demandante considera necesario que queden en suspenso las determinaciones adoptadas durante una reunión por derecho propio de la asamblea general de accionistas de Noreña & Díaz SAS, para lo cual solicita que este Despacho le ‘oficie a la Superintendencia de Industria y Comercio [para pedirle] que se abstenga de continuar con el trámite de la apelación contra el acto de registro del Acta No. 002 del 1º de abril de 2013, de la sociedad Noreña & Díaz SAS, mientras se resuelve esta acción de impugnación’ (vid. Folios 20 a 22). Se pretende, además, la suspensión directa de las determinaciones aludidas, en caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio resuelva la apelación antes de que esta entidad se pronuncie sobre las medidas cautelares en comento. Entre las decisiones objeto de la medida solicitada se encuentran la designación del representante legal y la aprobación de los estados financieros de la compañía (vid. Folios 37 a 39).

Como fundamento de la solicitud explicada, el demandante sostiene que, durante la reunión del 1º de abril, no estuvo presente un número plural de accionistas, en los términos exigidos por el artículo 429 del Código de Comercio. Según lo expresado en la demanda, ‘resulta meridianamente claro que, bajo ningún supuesto, se habría configurado la pluralidad exigida para las reuniones por derecho propio, luego las decisiones que se hayan podido adoptar carecen del presupuesto de validez consistente en la corrección del quórum decisorio’ (vid. Folio 21).

² Cfr. Auto 801-003311 del 8 de marzo de 2013.

³ En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para aceptar o rechazar la cautela. Cfr. Auto 801-003311 del 8 de marzo de 2013.

Así, pues, para estimar si es procedente la medida cautelar objeto de estudio, el Despacho deberá indagar, en forma preliminar, acerca del régimen legal previsto para la configuración del quórum y las mayorías decisorias en las reuniones por derecho propio que se celebren en una sociedad por acciones simplificada. Para tales efectos, lo primero que debe estudiarse es el alcance de las disposiciones contenidas en los artículos 429 del Código de Comercio y 22 de la Ley 1258 de 2008. La primera de las normas citadas establece que, en las reuniones por derecho propio, se ‘sesionará y decidirá válidamente con un **número plural** de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada’ (negritas fuera de texto). Por su parte, en el artículo 22 de la Ley 1258 se dispone, para el caso específico de la sociedad por acciones simplificada, que ‘la asamblea deliberará con **uno o varios accionistas** que representen cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas. Las determinaciones se adoptarán mediante el voto favorable de **un número singular o plural de accionistas** que represente cuando menos la mitad más una de las acciones presentes’ (se resalta).

Es necesario, pues, aludir a la aparente contradicción entre la regla que exige pluralidad para la conformación del quórum y las mayorías en las reuniones por derecho propio y la norma que establece la posibilidad de que el máximo órgano de una sociedad por acciones simplificada pueda deliberar y decidir con la concurrencia de apenas un solo accionista.⁴

Una simple lectura del texto de la Ley 1258 de 2008 es suficiente para detectar la intención del legislador colombiano de suprimir el requisito de pluralidad como un elemento indispensable para la constitución y el funcionamiento interno de las sociedades por acciones simplificadas. Así, por ejemplo, entre las diferentes modificaciones normativas introducidas por la Ley 1258, se encuentra la posibilidad de que una sociedad por acciones simplificada sea constituida por una sola persona. El régimen especial de quórum y mayorías de la SAS, contenido en el citado artículo 22 de la Ley 1258, también da cuenta de un cambio de concepción respecto de la pluralidad como un requisito esencial para el funcionamiento del máximo órgano social. En este sentido, ‘el avance alcanzado en esta materia por el artículo 22 de la Ley 1258 está dado por la abolición de todo requisito de pluralidad para el cómputo de quórum y mayorías decisorias’.⁵

A pesar de lo expresado en el párrafo anterior, es cierto que la Ley 1258 no modificó en forma explícita la regla prevista en el artículo 429 del Código de Comercio, respecto del funcionamiento de las reuniones de segunda convocatoria y por derecho propio. Con todo, el Despacho difícilmente podría aceptar la idea de que el legislador colombiano decidió conservar el requisito de pluralidad exclusivamente para las reuniones de la referida naturaleza. Esta interpretación no solo carecería de una justificación discernible, sino que se apartaría de la voluntad explícita del legislador de restarle toda relevancia al elemento de la pluralidad en el régimen previsto para la SAS. En este orden de

⁴ Para un análisis acerca de la aplicación de diferentes criterios de interpretación legal, puede consultarse el Auto No. 801-012716 del 7 de agosto de 2013, emitido por este Despacho.

⁵ F H Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, (3ª Ed., 2013, Bogotá D. C., Editorial Legis) 240.

ideas, es indispensable poner de presente que en la exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 39 de 2007, el cual le dio origen a la Ley 1258 de 2008, se expresó lo siguiente: ‘Dentro de las innovaciones más relevantes que se proponen en el proyecto debe resaltarse la [...] abolición de la pluralidad para quórum y mayorías decisorias —**incluidas las reuniones de segunda convocatoria** [...]’ (negrillas fuera de texto).⁶

Una interpretación más congruente con el régimen de la SAS apuntaría a que las reuniones de segunda convocatoria y por derecho propio pueden celebrarse con la presencia de un solo accionista. En palabras de Reyes Villamizar, ‘es forzoso colegir que, a diferencia de como ocurre bajo el precepto contenido en el artículo 429 del Código de Comercio, en estas deliberaciones de segunda convocatoria no se requiere pluralidad, de modo que si solo asiste un accionista, deberá entenderse facultado para adoptar todas las decisiones que correspondan [...]. Esta conclusión surge inequívocamente del régimen general de la SAS y de las reglas especiales sobre quórum y mayorías decisorias que [...] suprimen por completo cualquier requisito de pluralidad para la adopción de determinaciones sociales’.⁷

Ahora bien, en la demanda también se alude a ciertas falencias en la elaboración de las actas en las que se consignaron las decisiones objeto del presente proceso. Sin embargo, el Despacho considera que los defectos formales en la preparación de las actas no justifican necesariamente la sanción que el demandante le atribuye a las determinaciones controvertidas. En verdad, los errores anotados no parecen encajar dentro de las causales de nulidad contempladas en nuestro régimen legal. Tampoco se han aportado aún elementos de juicio adicionales que permitan establecer la presencia de otras causales de nulidad relacionadas con las decisiones aprobadas por la asamblea de Noreña & Díaz SAS. Debe advertirse, en todo caso, que los hechos narrados en la demanda podrían servir para alegar la nulidad absoluta de algunas de las citadas determinaciones, con fundamento en las normas que regulan el ejercicio abusivo del derecho de voto.⁸ También podría pensarse en la posible inexistencia de las decisiones controvertidas, en tanto en cuanto pueda constatarse que la reunión del 1º de abril no se celebró en realidad, para lo cual podría invocarse, a manera de indicio, la existencia de dos actas de contenido idéntico. Sin embargo, debido a que en la demanda no se justifica la posible configuración de alguna de las dos irregularidades mencionadas, este Despacho se abstendrá de emitir un pronunciamiento sobre el particular en el presente auto.

A la luz de las anteriores consideraciones, debe concluirse que, a lo menos en esta etapa del proceso, el demandante no ha acreditado que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifiquen el decreto de una medida cautelar. Ello no obsta para que, más adelante, el Despacho pueda considerar una nueva solicitud de medidas cautelares,

⁶ Gaceta del Congreso No. 346 del 26 de julio de 2007.

⁷ F H Reyes Villamizar (2013) 237.

⁸ Sobre el ejercicio abusivo del derecho de voto, puede consultarse el Auto No. 801-012735 del 18 de julio de 2013.

una vez se aporten elementos de juicio adicionales en sustento de las pretensiones formuladas en la demanda.⁹

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Negar la solicitud de medidas cautelares presentada por el apoderado del demandante.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

⁹ Esta posibilidad surge de la derogatoria expresa del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, según consta en el literal b) del artículo 626 del nuevo Código General del Proceso.

MEDIDAS CAUTELARES

Auto No. 801-016441 del 3 de octubre de 2013

PARTES

RCN Televisión S.A.
contra
Media Consulting Group S.A.S.

NÚMERO DEL PROCESO

2013-801-126

ASUNTO

Medida cautelar innominada en un proceso de desestimación de la personalidad jurídica.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

RCN Televisión S.A.

contra

Media Consulting Group S.A.S.

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2013-801-126

I. Antecedentes

1. El 26 de septiembre de 2013, RCN Televisión S.A. presentó ante este Despacho una demanda en contra de Media Consulting Group S.A.S.
2. En el escrito presentado, la demandante solicitó el decreto de medidas cautelares.

II. Consideraciones del Despacho

Este Despacho se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para establecer la procedencia de medidas cautelares en conflictos societarios.¹ Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma en los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar medidas cautelares de la naturaleza solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de juicio disponibles, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico del demandante, según se expresa a continuación.

¹ Cfr. Autos No. 801-002289 del 20 febrero 2013 y No. 800-016014 del 19 noviembre 2012. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html

A. Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles en esta etapa del proceso, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del C.G.P. Como lo ha explicado el Despacho en varios pronunciamientos, este análisis preliminar no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.² Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que, al momento de dictar sentencia, se llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares.³

Formuladas las anteriores precisiones, se analizará ahora la solicitud presentada ante este Despacho, a fin de estimar, de modo preliminar, si en la demanda se acreditó que las pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar. El demandante considera indispensable que el Despacho inscriba la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria No. 282-25518 de la oficina de instrumentos públicos de Calarcá y, además, que ordene el bloqueo del folio correspondiente, ‘con el fin de impedir que se agrave [la situación descrita en la demanda] con nuevos actos traslativos de dominio’ (vid. Folio 6). Como fundamento de lo anterior, en la demanda se afirma que ‘Media Consulting Group S.A.S. a través de su representante legal Marlon Díaz Marín, llevó a cabo (...) un acto defraudatorio en perjuicio de sus acreedores, para este caso, el canal RCN Televisión S.A., a quien se le mantuvo con la expectativa de una garantía que nunca se materializó, durante un tiempo que la deudora aprovechó para consumarlo, ocultando esa información e insolventándose para evitar así, ante la inminencia de su incumplimiento, que el bien le fuera embargado como consecuencia de la práctica de la medida cautelar que bien hubiera podido solicitar el acreedor en un proceso ejecutivo’ (vid. Folio 3).

Es así como, según la opinión de la apoderada de RCN Televisión S.A., la compañía fue víctima de un fraude perpetrado por conducto de Media Consulting Group S.A.S. Para justificar esta afirmación, en la demanda se pone de presente que Media Consulting Group S.A.S. incluyó en sus estados financieros con corte al 30 de junio de 2011 un inmueble valorado en alrededor de \$800.000.000, con el propósito de cumplir con las condiciones financieras requeridas para contratar con RCN Televisión S.A. y el Consorcio de Canales Nacionales Privados.⁴ En este sentido, el Despacho pudo constatar que en los estados financieros mencionados aparece registrado un inmueble

² Cfr. Auto 801-003311 del 8 de marzo de 2013.

³ En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para aceptar o rechazar la cautela. Cfr. Auto No. Auto 801-003311 del 8 de marzo de 2013.

⁴ En la demanda se señala, en efecto, que ‘una vez realizado el respectivo análisis financiero, se determinó que no era viable la operación de crédito, dado que entre otras falencias como la débil estructura financiera, la empresa MEDIA CONSULTING GROUP S.A.S. no contaba con activos fijos que avalaran la operación’ (vid. Folio 80).

por valor de \$806.000.000, identificado en la Nota No. 3 como un ‘condominio que se encuentra localizado en Agua Bonita vía Barcelona Municipio Calarcá Quindío’ (vid. Folio 100). Así mismo, tras una revisión de los estados financieros de Media Consulting Group S.A.S. con corte a 31 de diciembre de 2010, el Despacho no encontró referencia alguna al inmueble en cuestión (vid. Folios 87 a 95).

En la demanda también se advierte que, con base en los estados financieros en los que se reflejaba la propiedad de Media Consulting Group S.A.S. sobre el inmueble antes aludido, ‘se otorgó [a la sociedad demandada] crédito por pauta publicitaria en el canal RCN Televisión S.A., iniciando así la respectiva relación comercial’ (vid. Folio 81). Entre los documentos aportados con la demanda puede encontrarse el denominado ‘acuerdo de crédito para pauta publicitaria’, suscrito por el señor Marlon Díaz Marín, representante legal de Media Consulting Group S.A.S. (vid. Folios 86 y 150). En el curso de la relación entre RCN Televisión S.A. y Media Consulting Group S.A.S., esta última compañía parece haber incurrido en deudas por un valor aproximado de \$221.000.000 (vid. Folio 81). La apoderada de la demandante le entregó a este Despacho las facturas de venta en las que aparecen registradas tales deudas (vid. Folios 104 a 122), así como una comunicación del 29 de enero de 2013 en la que el director financiero de RCN Televisión S.A. le informa al representante legal de Media Consulting Group S.A.S. acerca de la mora en el pago de las referidas obligaciones (vid. Folio 123).

La demandante también aportó una carta del 18 de marzo de 2013, mediante la cual el representante legal de Media Consulting Group S.A.S. le formuló a RCN Televisión S.A. una propuesta para el pago de las sumas adeudadas (vid. Folio 125). En esa comunicación se señaló, además, que la compañía demandada estaba ‘adelantando con Alianza Fiduciaria el procedimiento para dar en garantía las inversiones por \$423.600.000’ (id.). Según la apoderada de RCN Televisión S.A., ‘transcurrieron aproximadamente dos meses sin que el deudor constituyera la garantía, a pesar de las múltiples solicitudes y requerimientos que le fueron efectuados. [...] Ante esta situación de incumplimientos reiterados [...] se decidió enviar a cobro jurídico la obligación’ (vid. Folio 82).

La demandante manifiesta que, en el curso de la investigación iniciada para procurar el cobro de la obligación, RCN Televisión S.A. encontró que Media Consulting Group S.A.S. ya no era propietaria del inmueble valorado en \$806.000.000 que había sido incluido en los estados financieros con corte al 31 de junio de 2011. Según la escritura pública No. 581 del 5 de abril de 2013, otorgada por la Notaría Segunda del Círculo de Calarcá, Media Consulting Group S.A.S. le donó ese inmueble a Gustavo Alonso Páez Merchán (vid. Folio 145).⁵ Por su parte, en el certificado de tradición y libertad correspondiente al folio de matrícula inmobiliaria No. 282-25518 aparece la adquisición del referido inmueble en abril de 2011, por parte de Media Consulting Group S.A.S., y, posteriormente, el registro de su donación el 9 de abril de 2013 (vid. Folio 142). Por lo demás, la apoderada de la demandante señala que, en el curso un proceso ejecutivo

⁵ En la escritura pública citada en el texto principal se describe el inmueble, avaluado en \$868.572.000, como un inmueble descrito como ‘lote de terreno [...] determinado como lote número tres (03) del condominio de vivienda campestre “Agua Bonita”, ubicado en la vereda La Albania, municipio de Calarcá, Departamento del Quindío’ (vid. Folio 145).

iniciado por RCN Televisión S.A. en contra de Media Consulting Group SAS, ‘no fue posible solicitar [el decreto de medidas cautelares] sobre bienes específicos de propiedad de la demandada, pues no se conocen bienes en cabeza suya y que puedan ser objeto de las mismas, denunciándose únicamente los productos que pueda tener en las entidades financieras y un vehículo’ (vid. Folios 82 y 83).

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho estima procedente decretar una medida cautelar en el presente proceso. Ello se debe a la presencia de tres elementos que, considerados conjuntamente, apuntan a una posible actuación irregular realizada por conducto de Media Consulting Group SAS. El primero de los elementos está relacionado con el hecho de que la propiedad de Media Consulting Group SAS. sobre el inmueble antes descrito parece haber sido un factor determinante para que RCN Televisión S.A. contratara con esa compañía. Según las pruebas disponibles en esta etapa del proceso, RCN Televisión S.A. solo aceptó iniciar una relación comercial con Media Consulting Group SAS una vez esta última compañía acreditó que era propietaria de un inmueble valorado en más de \$800.000.000. Debe recordarse, en este orden de ideas, que RCN Televisión S. A. y el Consorcio de Canales Nacionales Privados ya habían rechazado una anterior propuesta de Media Consulting Group S.A.S., debido, según se afirma en la demanda, a que esta última sociedad ‘no contaba con activos fijos que avalaran la operación’ (vid. Folio 80).⁶

El segundo de los elementos considerados por el Despacho tiene que ver con la naturaleza del acto celebrado sobre el inmueble que le sirvió de base a RCN Televisión S.A. para iniciar una relación comercial con Media Consulting Group SAS. Según ya se dijo, ese activo le fue transferido a un tercero, a título gratuito, bajo la figura de la donación. Ciertamente, en los términos de la escritura pública No. 581 del 5 de abril de 2013, se trató de una ‘donación gratuita e irrevocable’, realizada por virtud de un poder especial otorgado por Marlon Díaz Marín, representante legal de Media Consulting Group SAS (vid. Folio 145). Es decir que el activo en cuestión, valorado en más de \$800.000.000, fue extraído del patrimonio de Media Consulting Group SAS sin que se recibiera contraprestación alguna. El Despacho no puede dejar de mencionar que esta operación se realizó poco tiempo después de que el señor Díaz Marín enviara una comunicación en la que, además de manifestar su voluntad de cumplir con las obligaciones a favor de RCN Televisión S.A., señaló que ‘se están adelantando otras operaciones que pueden permitir el pago de la deuda antes de las fechas definidas’ (vid. Folio 139).

El tercer elemento que justifica el decreto de una medida cautelar guarda relación con los efectos que la donación analizada parece haber tenido respecto del patrimonio de Media Consulting Group SAS. La cesión gratuita del inmueble fue tan nociva para la prenda general de los acreedores de Media Consulting Group SAS que RCN Televisión S.A. no ha podido obtener aún el pago efectivo de una obligación de aproximadamente \$200.000.000, en el curso de un proceso ejecutivo iniciado ante la justicia ordinaria. En

⁶ Como ya se dijo, la decisión de RCN Televisión S.A. de contratar con Media Consulting Group S.A.S. estuvo basada, según la demanda, en el análisis de la situación económica de esta última compañía de conformidad con los estados financieros con corte al 30 de junio de 2011, en los que aparecía computado el valor del inmueble

la demanda también se afirma que no ha sido posible decretar embargos en desarrollo de ese proceso, por cuanto Media Consulting Group SAS carece de activos sustanciales diferentes del inmueble objeto de la donación.

Así las cosas, la presencia conjunta de los tres elementos antes explicados es suficiente para que el Despacho decrete una medida cautelar. A pesar de que en nuestro sistema legal es factible realizar donaciones, no parece aceptable que, mediante un acto de naturaleza gratuita, se reduzca el patrimonio de una compañía en forma tal que a los acreedores sociales les resulte imposible cobrar las obligaciones insolutas a su cargo. En el presente caso existe, además, el agravante de que la propiedad sobre el activo objeto de la donación parece haber sido un factor determinante en la decisión de RCN Televisión S.A. y el Consorcio de Canales Nacionales Privados de contratar con Media Consulting Group SAS. De ahí que el Despacho deba concluir que, en esta etapa del proceso, el demandante ha acreditado con mérito que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican la práctica de una medida cautelar. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio solo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

Por lo demás, el Despacho considera necesario decretar una medida cautelar diferente de la que fue solicitada en la demanda, en desarrollo de lo previsto en el citado artículo 590, a cuyo tenor, el juez podrá establecer ‘cualquier otra medida que [...] encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio’.⁷ En el presente caso, la concurrencia de los tres elementos antes analizados justifica la suspensión del acto mediante el cual se extrajo el inmueble concerniente del patrimonio de Media Consulting Group SAS. Se trata de una medida que, en criterio del Despacho, no solo busca ‘asegurar la efectividad de la pretensión’, sino que guarda, además, una cercana proporción con los efectos nocivos que parecen haberse derivado de la donación controvertida.

B. El interés económico del demandante

Tras una revisión del expediente, este Despacho pudo constatar que la demandante cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso.⁸ En verdad, RCN Televisión S.A., en su calidad de acreedora de Media Consulting Group SAS, parece haber sido perjudicada por la donación objeto de este proceso, según las explicaciones presentadas en el acápite anterior.

⁷ En el mismo artículo 590 se dice que el juez ‘podrá decretar una [medida cautelar] diferente de la solicitada’.

⁸ Según lo expresado en el Auto No. No. 800–004336 del 22 de marzo de 2013, el denominado ‘interés económico del demandante’ conjuga varios de los elementos a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso, incluidos el interés para obrar y la necesidad de la medida cautelar solicitada.

C. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en el artículo 590 Código General del Proceso. En esa disposición se establece que la caución debe ser ‘equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda’.⁹ Aunque el demandante no le ha asignado un valor económico exacto a sus pretensiones, el Despacho entiende que la demanda está orientada a asegurar el cobro de obligaciones por \$206.008.636, a cargo de Media Consulting Group SAS.¹⁰ Por este motivo, el cálculo inicial de la caución arroja la suma de \$41.201.727, la cual se obtiene al aplicarle el porcentaje expresado en el Código General del Proceso al monto total de las obligaciones señaladas. De otra parte, en varias oportunidades este Despacho ha recurrido al expediente de usar las probabilidades de éxito de la demanda como un factor para graduar el monto de la caución. Se trata de una simple relación inversamente proporcional, por cuyo efecto, entre mayores sean las probabilidades de éxito, menor será el valor de la caución. Esta fórmula encuentra justificación en el hecho de que la caución solo se hace efectiva cuando no prosperan las pretensiones del demandante. Así, por virtud de las consideraciones efectuadas en el acápite correspondiente, este Despacho estima necesario reducir el valor ya estimado de la caución a la suma de \$8.240.345.¹¹

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Primero. Fijar una caución por la suma de \$8.240.345, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que el demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, dejar en suspenso los efectos de la donación efectuada por Media Consulting Group SAS a favor de Gustavo Alonso

⁹ El mismo artículo 590 dispone también que ‘el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable’. Este Despacho cuenta entonces con alguna discreción para fijar de la cuantía correspondiente a la caución. No quiere ello decir, por supuesto, que pueda establecerse esta cuantía en forma arbitraria. De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional, ‘en la mayoría de los casos [el legislador] ha dejado [la] determinación [de la cuantía de la caución] a la discrecionalidad de los jueces responsables de su aplicación, bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad’ (Sentencia C-523 de 2009). Ello quiere decir que la suma que se fije para el efecto deberá, en todos los casos, obtenerse como resultado de un cuidadoso análisis. A lo largo de múltiples pronunciamientos, este Despacho ha considerado que, para fijar el valor de la caución, es indispensable tener en cuenta los efectos de los posibles perjuicios derivados de la medida cautelar, así como la estimación de las probabilidades de éxito de la demanda. Cfr. Auto No. 801-015217 del 31 octubre 2012.

¹⁰ Debe advertirse que, en vista de la naturaleza gratuita del acto celebrado respecto del inmueble que era de propiedad de Media Consulting Group S.A.S., el Despacho no tendrá en cuenta el valor de este activo para efectos de establecer la cuantía de la caución.

¹¹ Este ajuste no significa que se le haya asignado a las pretensiones de la demanda unas probabilidades de éxito del 80%. Los cálculos efectuados en el texto principal se derivan de simples estimaciones, basadas en una aproximación preliminar a los documentos que se han aportado en esta temprana etapa del proceso.

Páez Merchán, la cual consta en la escritura pública No. 581, otorgada el 5 de abril de 2013 en la Notaría Segunda de Calarcá.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle a la Oficina de Instrumentos Públicos de Calarcá que registre la suspensión de la donación antes mencionada en el folio de matrícula inmobiliaria No. 282-25518.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

II. Otros pronunciamientos

AUTO

No. 801-0016014 del 19 de noviembre de 2012

PARTES

Serviucis S.A.

contra

Inversiones Hospitalarias y Clínicas S.A.S. y Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.

ASUNTO

Legitimación para presentar acciones judiciales por el ejercicio abusivo del derecho de voto.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Serviucis S.A.

contra

Inversiones Hospitalarias y Clínicas S.A.S. y Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Artículo 43 de la Ley 1258 de 2008

Trámite

Proceso verbal sumario

[...]

3. Legitimación en la causa

La apoderada de NCSC sostiene que, debido a que Serviucis S.A. no es accionista de esa sociedad, carece de legitimación para demandar a NSCS. A su juicio, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 establece que la acción de nulidad por abuso del derecho de voto sólo puede ser ejercida por los accionistas de una compañía. Con todo, según se expone más abajo, el legislador colombiano no ha establecido reglas específicas respecto de la legitimación para presentar acciones de la naturaleza indicada. Por este motivo, es necesario efectuar algunas precisiones acerca del abuso del derecho de voto.

La figura bajo estudio se introdujo en nuestro ordenamiento tras la promulgación de la Ley 1258 de 2008, en cuyo artículo 43 se establece la regla general según la cual ‘los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía’. Este mismo artículo dispone que ‘quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto’. El nuevo Código General del Proceso también alude a la figura analizada, al regular las facultades jurisdiccionales a cargo de la Superintendencia de Sociedades. En el artículo 24 del Código citado se dispone que la Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria,

referidas a [...] la declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y paridad [...].’

La simple lectura de las normas citadas permite concluir que no existen restricciones legales explícitas respecto del ejercicio de la acción judicial a que se ha hecho referencia. Ello no significa, por supuesto, que cualquier sujeto cuente con esta posibilidad. A pesar de que la ley no establece legitimaciones específicas, parece claro que, en hipótesis de abuso de mayoría, los accionistas ausentes o disidentes perjudicados por la decisión cuentan con la posibilidad de presentar la acción correspondiente. También podría aceptarse la posición adoptada por la Corte de Casación francesa, según la cual, el representante legal, actuando en nombre de la compañía, puede instaurar la respectiva acción en contra de los accionistas mayoritarios.¹ De igual forma, pueden presentarse situaciones excepcionales en las que un sujeto, a pesar de no ser accionista ni representante legal de la compañía, esté legitimado para presentar una acción orientada a controvertir el ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de los accionistas mayoritarios. El caso sometido a consideración de este Despacho parece encajar dentro de esta última hipótesis. Ciertamente, la información presentada por las partes da cuenta de tres elementos que, considerados en su conjunto, habilitan a Serviucis S.A. para iniciar la presente acción en contra de NCSC.

El primer elemento se deriva de la estructura societaria diseñada para administrar las inversiones del demandante y otros sujetos en NCSC. En la demanda se afirma que Serviucis S.A. y Mauricio Vélez Cadavid constituyeron la sociedad IHC como un ‘vehículo societario con el fin de adquirir la Clínica Sagrado Corazón’ (vid. Folio 3) cuyo objeto social es desarrollar ‘de manera especial (...) todas las actividades relacionadas con inversiones en el sector de la salud en general’ (vid. Folio 44). Así mismo, el apoderado de la demandante señala que Serviucis S.A. detenta el 30.43% de las acciones en IHC, al paso que esta última es propietaria de acciones ordinarias equivalentes al 70% del capital suscrito de NCSC. Se trata, pues, de una estructura societaria bastante usual en nuestro sistema, bajo la cual se constituye una persona jurídica con el propósito principal de efectuar inversiones en otras compañías. En el caso analizado, la constitución de IHC parece haber sido el expediente utilizado por Serviucis S.A., Mauricio Vélez Cadavid y otros sujetos para administrar sus inversiones de capital en compañías tales como NCSC. Es decir que, si bien IHC es la titular directa de la inversión efectuada en NCSC, Serviucis S.A. tiene un interés económico legítimo en las actividades de NCSC.

El segundo elemento está relacionado con el hecho de que Serviucis S.A. fue, hasta el año pasado, miembro principal de la junta directiva de NCSC. Ello puede constatarse tanto en el texto de la demanda presentada, como en el acápite de designaciones contenido en el documento de constitución de NCSC (vid. Folio 61). Es decir que el demandante no sólo tiene un interés económico legítimo en NCSC por razón de la estructura societaria

¹ Cámara Comercial de la Corte de Casación francesa, Sentencia del 21 enero 1997, 94-18.883

explicada en el párrafo anterior, sino que también detentó la calidad de director en esta compañía. Según se explica a continuación, la decisión objetada fue precisamente la que permitió remover a Serviucis S.A. de la junta directa de NCSC.

El tercer elemento se desprende de la aparente finalidad de la decisión controvertida en este proceso, por cuyo efecto el demandante perdió la calidad de miembro de la junta directiva de NCSC. Según consta en la demanda, durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de NCSC celebrada el 26 de marzo de 2012, Serviucis S.A. fue removida de la junta directiva de la compañía (vid. Folio 5). En ese sentido, el certificado de existencia y representación legal de NCSC aportado con la demanda permite constatar que, en efecto, Serviucis S.A. no forma parte de la junta directiva de NCSC. En criterio del demandante, la aludida decisión fue adoptada con el propósito de facilitar la realización de conductas viciadas por conflictos de interés por parte de Mauricio Vélez Cadavid, representante legal y accionista de IHC.²

En síntesis, el demandante, en su calidad de antiguo miembro de la junta directiva de NCSC, con un interés económico legítimo y vigente en la compañía, presentó una acción de abuso del derecho de voto para controvertir una decisión que, en su criterio, estuvo encaminada a favorecer a un sujeto que detenta la calidad de representante legal y accionista de IHC, la sociedad de inversión que es propietaria del 70% de las acciones ordinarias de NCSC. La conjugación de los anteriores elementos le permite concluir al Despacho que Serviucis S.A. está legitimada para formular la demanda presentada. Es por ello por lo que habrá de rechazarse el recurso interpuesto por la apoderada de NCSC.

Por lo demás, debe reiterarse que la legitimación de Serviucis S.A., derivada de las particularidades del caso analizado, es de carácter excepcional. En verdad, lo expresado antes no significa que cualquier tercero esté automáticamente legitimado para presentar acciones de abuso del derecho de voto. Tampoco quiere ello decir que los accionistas de una sociedad de inversión –tal como IHC– cuenten siempre con la posibilidad de presentar acciones judiciales con fundamento en actuaciones realizadas en las compañías receptoras de la inversión. Los párrafos anteriores simplemente apuntan a que, ante el silencio de la ley a las personas facultadas para presentar una acción de abuso del derecho de voto, es necesario analizar los supuestos fácticos de cada caso, a fin de establecer si existe la correspondiente legitimación.

4. Ineptitud de la demanda

En el recurso de reposición objeto de este auto, se afirma que la ausencia de legitimación en la causa da lugar a la ineptitud de la demanda. Sin embargo, por virtud de las consideraciones expresadas en el párrafo anterior, el Despacho considera improcedente el argumento formulado por la apoderada de NCSC.

² En el Auto No. 800-01614, emitido por este Despacho el 19 de noviembre de 2012, se incluye un resumen de los argumentos expuestos por el demandante para justificar la afirmación expuesta en el texto principal.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Primero. Tener notificado por conducta concluyente a Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.

Segundo. Desligar a Inversiones Hospitalarias y Clínicas S.A.S. del contradictorio, para que el proceso continúe con Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. como único demandado.

Tercero. Confirmar el Auto No. 801-016013 del 19 de noviembre de 2012, sin perjuicio de lo resuelto en el punto anterior.

Cuarto. Reconocerle personería a María Lía Mejía Uribe, identificada con la cédula de ciudadanía No. 43'583.991 y portadora de la tarjeta profesional No. 91.671 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la sociedad Inversiones Hospitalarias y Clínicas S.A.S., en los términos de los documentos sometidos a consideración de este Despacho.

Quinto. Reconocerle personería a Jessica Cabrera Cano, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.037'600.698 y portadora de la tarjeta profesional No. 188.386 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la sociedad Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., en los términos de los documentos sometidos a consideración de este Despacho.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

AUTO

No. 801-11735 del 2 de julio de 2013

PARTES

Daniel Harker y Luisa Marcela Harker
contra
Torres Cortés S.A. en liquidación y otros

NÚMERO DEL PROCESO

2013-801-068

ASUNTO

Competencia de la Superintendencia de Sociedades para conocer acerca de acciones de desestimación de la personalidad jurídica

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Daniel Harker y Luisa Marcela Harker
contra
Torres Cortes S.A. en liquidación y otros

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2013-801-068

I. Consideraciones del Despacho

Una vez revisada la demanda presentada ante esta entidad, el Despacho considera necesario inadmitirla por las razones expresadas a continuación.

El ámbito de aplicación de las competencias jurisdiccionales atribuidas a la Superintendencia de Sociedades se encuentra restringido a las materias expresamente señaladas en la ley. Para el caso *sub examine*, es relevante hacer referencia a las facultades de la entidad bajo el numeral 5 del artículo 24 del nuevo Código General del Proceso. En el literal d) de esa disposición se expresa que esta Superintendencia cuenta con atribuciones jurisdiccionales para conocer de procesos en los que se debata 'la declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión'. Como puede apreciarse tras una lectura de la norma citada, la competencia de la Superintendencia de Sociedades en materia de desestimación de la personalidad jurídica parece encontrarse restringida a las compañías sujetas a la fiscalización administrativa de esta entidad.

Ahora bien, una vez estudiada la demanda presentada ante este Despacho, se encuentra que Torres Cortés S.A. en liquidación está sujeta a la vigilancia permanente de la Superintendencia Financiera, en los términos del artículo 73 de la Ley 904 del 2005. En vista de que ese grado especial de fiscalización exime a Torres Cortés S.A. de la

supervisión de la Superintendencia de Sociedades, el Despacho debe concluir que carece de competencia para conocer de la acción judicial de desestimación en contra de la citada compañía. Si bien el presente proceso podría continuar con los demás demandados, es preciso advertir que, según lo expresado en la demanda, las obligaciones controvertidas están radicadas en cabeza de Torres Cortés S.A. en liquidación. Por este motivo, podría ocurrir que, al desvincular a esta última compañía del proceso, se hiciese imposible extenderles la responsabilidad por las mencionadas obligaciones a los accionistas de Torres Cortés S.A. en liquidación y, posteriormente, a los asociados de las demás personas jurídicas demandadas.

A la luz de las anteriores consideraciones, se inadmitirá la demanda, a fin de que los demandantes cuenten con la oportunidad de efectuar los ajustes que consideren necesarios, en los términos del numeral 1 del artículo 85 y los numerales 5 y 6 del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo demás, en la siguiente página podrá encontrar importantes recomendaciones acerca del trámite de los procesos judiciales a cargo de esta entidad, así como jurisprudencia en materia de desestimación de la personalidad jurídica: www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Primero. Inadmitir la demanda.

Segundo. Reconocerle personería a Ever Leonel Ariza, identificado con la cédula de ciudadanía 13.954.413 y portador de la tarjeta profesional de abogado 67.227 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado en el presente proceso, en los términos de los documentos sometidos a consideración de este Despacho.

Tercero. Concederle al demandante un término de 5 días, contados a partir de la notificación de esta providencia, para subsanar la demanda.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

AUTO

No. 801-017616 del 2 de agosto de 2013

PARTES

Proedinsa Calle & Cía S. en C.
contra
Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.

ASUNTO

Facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades
bajo el Código General del Proceso

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Proedinsa Calle & Cía S. en C.
contra
Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.

Asunto

Artículo 133 de la Ley 446 de 1998

Trámite

Proceso verbal sumario

[...]

II. Consideraciones del Despacho

El recurrente sostiene que a la demanda de impugnación se le ha dado un trámite que legalmente no le corresponde. En su criterio, de conformidad con el parágrafo 3° del artículo 24 del Código General del Proceso, la vía procesal adecuada es la del proceso abreviado.

Sobre el particular, debe señalarse que, de acuerdo con las pretensiones formuladas por el demandante (vid. Folio 8), el presente proceso alude al reconocimiento de presupuestos de ineficacia bajo lo previsto en el artículo 133 de la Ley 446 de 1998, en lugar de la acción de impugnación mencionada en los artículos 24 del Código General del Proceso y 137 de la Ley 446 de 1998. Así, pues, el Despacho deberá analizar cuál es la vía procesal correcta para darle trámite al reconocimiento de presupuestos de ineficacia, a partir de la expedición del Código General del Proceso.

A. Análisis acerca de las modificaciones introducidas por el Código General del Proceso

A partir de la promulgación del nuevo Código General del Proceso, el 2 de julio de 2012, se modificaron las reglas atinentes a los procesos de naturaleza societaria que conoce la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de facultades jurisdiccionales.

Las disposiciones contenidas en el citado Código aluden a algunas de las competencias atribuidas a esta entidad, así como a los procedimientos que han de seguirse para tramitar los asuntos allí mencionados. El Código General del Proceso también deroga ciertas reglas establecidas en normas anteriores, tales como algunos artículos de las Leyes 446 de 1998 y 1258 de 2008.

La introducción de este nuevo régimen procesal hace necesario efectuar un análisis acerca del estado actual de las competencias y procedimientos en materia societaria a cargo de esta entidad. El citado análisis es particularmente relevante a la luz del régimen de transición establecido en el Código General del Proceso. En verdad, las disposiciones del Código entran a regir en diferentes tiempos, los cuales se cuentan desde la promulgación del Código hasta un término máximo que expira en el año 2017. La vigencia diferida de ciertas reglas, en particular las que regulan las competencias de la justicia ordinaria, genera importantes consecuencias respecto del régimen que le resulta aplicable a la Superintendencia de Sociedades. Así las cosas, a continuación se presenta un análisis del estado actual de la legislación colombiana en materia de conflictos societarios.

El artículo 1º del Código General del Proceso establece el ámbito de aplicación de las reglas procesales allí contenidas, en los siguientes términos: '[el Código se le aplica] a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes'. Así, pues, si bien el Código regula ciertos asuntos a cargo de esta y otras Superintendencias, se deja abierta la posibilidad de que existan normas especiales que adicionen o modifiquen las competencias y procedimientos establecidos en ese Estatuto.¹

En este sentido, debe señalarse que el Código conservó ciertas reglas especiales respecto del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Superintendencia de Sociedades. Es así como, por virtud de lo dispuesto en el literal a) del artículo 626 del CGP, se deroga el artículo 148 de la Ley 446 de 1998 y el inciso segundo del artículo 40 de la ley 1258 de 2008. Estas derogatorias surtieron efecto a partir de la promulgación del Código. De igual forma, en el literal c) del artículo 626, citado, se establece la derogatoria del artículo 137 de la Ley 446 de 1998 una vez el Código entre en vigencia plena, en algún momento entre el primero de enero de 2014 y el mismo día de 2017.

Según lo expuesto, debe entenderse que, durante el período de transición fijado para que se produzca la vigencia plena del CGP, siguen en pie las reglas especiales que no fueron derogadas por el Código. En verdad, esta parece ser la única manera razonable de interpretar la intención del legislador colombiano, en vista de que se derogaron tan sólo un par de artículos de las Leyes 446 de 1998 y 1258 de 2008, pero se conservaron diversos otros artículos contenidos en tales leyes, que establecen competencias y procedimientos especiales a cargo de la Superintendencia de Sociedades. Así, no tendría

¹ También es relevante señalar que en el párrafo 6º del artículo 24 del CGP también se contempla la posibilidad de que existan competencias adicionales a las allí previstas.

sentido que se hubiera determinado derogar de modo expreso el artículo 148 de la Ley 446 de 1998 y el inciso segundo del artículo 40 de la ley 1258 de 2008, para luego entender que, en forma implícita, se derogaron los artículos 137 de la Ley 446 de 1998 y 24 (párrafo segundo), 42 y 43 de la ley 1258 de 2008.

La interpretación presentada en el párrafo anterior adquiere aún más fuerza si se tiene en cuenta que el CGP deroga el artículo 137 de la Ley 446 de 1998, pero sólo una vez finalice el período de transición antes indicado, en algún momento entre los años 2014 y 2017. También es indispensable poner de presente que un análisis sistemático del CGP, en concordancia con las reglas especiales anteriores a su promulgación, arroja una conclusión similar a la expresada. Ciertamente, debe entenderse que las competencias y procedimientos establecidos en las leyes especiales anteriores al CGP siguen vigentes, por lo menos hasta que se termine el período de transición establecido en el Código.

A la luz de lo expresado antes, es necesario concluir que las siguientes disposiciones societarias especiales se encuentran actualmente vigentes:

1. Artículo 233 de la Ley 222 de 1995
2. Artículos 133, 136 y 137 de la Ley 446 de 1998
3. Artículos 24, 42 y 43 de la Ley 1258 de 2008
4. Artículos 28, 29 y 43 de la Ley 1429 de 2010
5. Artículo 252 de la Ley 1450 de 2011

Así las cosas, la vigencia de las disposiciones citadas hace necesario consultar, en primer término, las reglas especiales de competencia y procedimiento allí establecidas. En segundo lugar, en caso de no existir una norma especial vigente que regule tales asuntos, deberán seguirse las reglas contenidas en el CGP respecto del ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de la Superintendencia de Sociedades. Por lo demás, es claro que, si se llegase a presentar un conflicto entre las disposiciones del CGP y aquellas contenidas en normas especiales anteriores, será preciso hacer uso de las reglas de interpretación de la ley a fin de conjurar el conflicto identificado.

Ahora bien, en el numeral 5º del artículo 24 del CGP se establecen cinco competencias específicas a cargo de la Superintendencia de Sociedades. Cuatro de estas competencias aluden a figuras contempladas en normas anteriores, es decir, a los artículos 137 de la Ley 446 de 1998 (impugnación) y 24 (acuerdos de accionistas), 42 (responsabilidad solidaria de accionistas y administradores, nulidad de actos defraudatorios e indemnización de perjuicios en hipótesis de desestimación de la personalidad jurídica) y 43 (abuso del derecho) de la Ley 1258 de 2008. La quinta competencia atribuida a esta entidad se refiere, de modo general, a la resolución de conflictos societarios entre la compañía, los accionistas y los administradores sociales. Se trata de una competencia similar a la que le había sido atribuida a la Superintendencia en el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, el cual fue derogado tras la promulgación del CGP.

Adicionalmente, la Superintendencia conserva las competencias reguladas en los artículos 133 (reconocimiento de presupuestos de ineficacia) y 136 (designación de peritos en hipótesis de discrepancia sobre el precio de alícuotas) de la Ley 446 de 1998, 28 (responsabilidad de socios y liquidadores), 29 (oposición judicial en casos de reactivación) y 43 (reconocimiento de presupuestos de ineficacia en sociedades sometidas a control) de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 252 (competencias de la Ley 1258 de 2008 respecto de tipos societarios diferentes de la SAS) de la Ley 1450 de 2011.

De otra parte, en el párrafo 3º del artículo 24 del CGP se establece una regla general de procedimiento para el ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de las diferentes Superintendencias, a cuyo tenor, ‘las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces’. De conformidad con lo expresado antes, esta disposición debe aplicarse en todos aquellos casos en los que no exista un procedimiento especial para el ejercicio de alguna de las competencias atribuidas a la Superintendencia de Sociedades. Por consiguiente, esta Superintendencia deberá ejercer las competencias descritas a continuación mediante el procedimiento señalado en las normas societarias especiales vigentes, es decir, el proceso verbal sumario:

1. Impugnación de decisiones de asamblea de accionistas o junta de socios y de juntas directivas de sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades (competencia general atribuida en el literal c) del numeral 5º del artículo 24 del CGP; proceso especial incluido en el artículo 137 de la Ley 446 de 1998)².
2. Ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos de accionistas (competencia general atribuida en el literal a) del numeral 5º del artículo 24 del CGP; proceso especial incluido en el párrafo 2º del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008.
3. Responsabilidad solidaria de accionistas y administradores, nulidad de actos defraudatorios e indemnización de perjuicios en hipótesis de desestimación de la personalidad jurídica (competencia general atribuida en el literal d) del numeral 5º del artículo 24 del CGP; proceso especial incluido en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008).
4. Nulidad absoluta de decisiones e indemnización de perjuicios en hipótesis de abuso del derecho de voto (competencia general atribuida en el literal e) del numeral 5º del artículo 24 del CGP; proceso especial incluido en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008).

² En vista de que el CGP amplió el ámbito de competencia de esta Superintendencia en materia de impugnación de decisiones sociales, debe entenderse que la respectiva acción procede respecto de todas las sociedades ‘sometidas a su supervisión’. Sin embargo, la vigencia del artículo 137 de la Ley 446 de 1998 durante el período de transición contemplado en el CGP hace necesario concluir que se conservó un proceso especial (v. gr. el verbal sumario) para todas aquellas sociedades sometidas al grado de fiscalización denominado ‘vigilancia’.

5. Responsabilidad de socios y liquidadores en hipótesis de liquidación voluntaria (competencia y proceso especial incluidos en el artículo 28 de la Ley 1429 de 2010).
6. Acción de oposición judicial en hipótesis de reactivación de sociedades y sucursales en liquidación (competencia y proceso especial incluidos en el artículo 29 de la Ley 1429 de 2010).
7. Reconocimiento de presupuestos de ineficacia respecto de ciertos actos celebrados por sociedades sometidas al grado de fiscalización denominado ‘control’ (competencia y proceso especial incluidos en el artículo 43 de la Ley 1429 de 2010).

Debe reiterarse que, en aquellos casos en los que no exista un procedimiento especial para el ejercicio de facultades jurisdiccionales a cargo de esta Superintendencia, será preciso seguir la citada regla del parágrafo 3º del artículo 24 del CGP. En vista de que esta regla alude a las ‘vías procesales previstas en la ley para los jueces’, es pertinente analizar cuáles son los procedimientos establecidos para el ejercicio, por parte de la justicia ordinaria, de las competencias a cargo de la Superintendencia de Sociedades.

En el numeral 5º del artículo 20 del CGP se le atribuye la competencia a los jueces civiles de circuito para conocer, en primera instancia, acerca ‘de todas las controversias que surjan con ocasión del contrato de sociedad’. Esta parecería ser la ‘vía procesal prevista en la ley para los jueces’ a que se hizo referencia antes. Sin embargo, en vista de que el artículo 20 del CGP sólo entra en vigencia una vez culmine el período de transición a que se ha hecho referencia en este documento, deberán consultarse las normas vigentes en la actualidad. En este sentido, el Código de Procedimiento Civil alude expresamente al proceso verbal como la ‘vía procesal’ para que la justicia ordinaria conozca acerca de dos asuntos específicos, a saber:

1. Impugnación de decisiones sociales (competencia general respecto de sociedades no vigiladas por esta Superintendencia atribuida en el literal c) del numeral 5º del artículo 24 del CGP; vía procesal prevista para los jueces incluida en los artículos 421 del Código de Procedimiento Civil y 42 de la Ley 1395 de 2010).
2. Resolución de controversias respecto del acaecimiento de causales de disolución (competencia general atribuida en el artículo 138 de la Ley 446 de 1998; vía procesal prevista para los jueces incluida en los artículos 627 y 630 del Código de Procedimiento Civil).³

De igual forma, en el artículo 233 de la Ley 222 de 1995 se establece una regla general para el trámite de procesos societarios por parte de la justicia ordinaria, a cuyo tenor, ‘los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige [...] se

³ El CGP derogó el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, en el cual se establecía un trámite especial para las competencias jurisdiccionales atribuidas a las diferentes Superintendencias por la citada Ley 446.

someterán al trámite del proceso verbal sumario, salvo disposición legal en contrario'.⁴ Es así como los asuntos respecto de los cuales no se haya determinado un proceso específico, deberán tramitarse bajo la vía procesal establecida en el artículo 233 de la Ley 222 de 1995, es decir, el proceso verbal sumario. En criterio del Despacho, esta regla de interpretación les resulta aplicable a los siguientes asuntos:

1. La resolución de conflictos societarios, así como las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre los accionistas y los administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral (competencia general atribuida en el literal b) del numeral 5° del artículo 24 del CGP; vía procesal prevista para los jueces incluida en el artículo 233 de la Ley 222 de 1995).
2. Efectos derivados de la desestimación de la personalidad jurídica que sean diferentes de la declaratoria de nulidad de actos defraudatorios y la indemnización de perjuicios (competencia general atribuida en el literal d) del numeral 5° del artículo 24 del CGP; vía procesal prevista para los jueces incluida en el artículo 233 de la Ley 222 de 1995).
3. Reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio (competencia general atribuida en el artículo 133 de la Ley 446 de 1998; vía procesal prevista para los jueces incluida en el artículo 233 de la Ley 222 de 1995).
4. Designación de peritos para dirimir controversias sobre el precio de alícuotas (competencia general atribuida en el artículo 136 de la Ley 446 de 1998; vía procesal prevista para los jueces incluida en el artículo 233 de la Ley 222 de 1995).
5. Incumplimiento de acuerdos de accionistas (competencia general atribuida en el literal a) del numeral 5° del artículo 24 del CGP; vía procesal prevista para los jueces incluida en el artículo 233 de la Ley 222 de 1995).

B. Análisis del caso sometido a consideración del Despacho

A la luz de lo expresado antes, el Código General del Proceso conservó la competencia que le fue asignada a la Superintendencia de Sociedades en el artículo 133 de la Ley 446 de 1998, respecto del reconocimiento de los presupuestos de ineficacia del Libro Segundo del Código de Comercio. No ocurrió lo mismo con la vía procesal establecida para tramitar la acción correspondiente, puesto que el Código General del Proceso derogó el artículo 148 de la Ley 446. En este orden de ideas, debe recordarse que, en aquellos casos en los que no exista un procedimiento especial para

⁴ En la exposición de motivos del proyecto de ley No. 119 de 1993, el cual antecedió a la Ley 222 de 1995, se alude a la regla del artículo 233, citado, en los siguientes términos: 'se establece un procedimiento judicial ágil, cuando se opte por él, que se adecúe a la rapidez con que deben realizarse las operaciones comerciales'

el ejercicio de facultades jurisdiccionales a cargo de esta Superintendencia, deberá seguirse la regla del párrafo 3° del artículo 24 del Código General del Proceso, por cuya virtud ‘las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces’. Así, pues, el artículo 233 de la Ley 222 de 1995 establece una regla general para el trámite de procesos societarios por parte de la justicia ordinaria, a cuyo tenor, ‘los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige (...) se someterán al trámite del proceso verbal sumario, salvo disposición legal en contrario’. Es así como, cuando no se haya determinado un proceso específico para tramitar los asuntos societarios a cargo de esta Superintendencia por vía jurisdiccional, se deberá acudir al proceso verbal sumario, en los términos del párrafo 3° del artículo 24 del Código General del Proceso y el artículo 233 de la Ley 222 de 1995. Por consiguiente, este Despacho confirmará el auto No. 801-015352 del 2 de noviembre de 2012, como quiera que la presente acción de reconocimiento de presupuestos de ineficacia fue admitida bajo el trámite que legalmente le corresponde.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Confirmar, en su totalidad, el Auto No. 801-015352 del 2 de noviembre de 2012.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

AUTO

No. 801-012716 del 7 de septiembre de 2013

PARTES

Retramar S.A.S., Pollux Marine Services II Corporation
y Johnny Saverio Minervini Borresen

contra

Inversiones Sandoval Medina y Cía. S. en C.

ASUNTO

Efectos de la Ley 1395 del 2010 respecto de las competencias jurisdiccionales de la
Superintendencia de Sociedades.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Retramar S.A.S., Pollux Marine Services II Corporation y Johnny Saverio Minervini Borresen
contra
Inversiones Sandoval Medina y Cía. S. en C.

Asunto

Artículo 136 de la Ley 446 de 1998

Trámite

Proceso verbal sumario

I. Antecedentes

Mediante Auto No. 480-010092 del 1º de julio de 2011, este Despacho admitió la demanda de la referencia, y le dio el trámite del proceso verbal.

II. Consideraciones del Despacho

1. Introducción

Mediante la Resolución 1871 del 13 de diciembre de 2010, esta Superintendencia determinó ajustar el ejercicio de las funciones jurisdiccionales a su cargo a lo previsto en la Ley 1395 de 2010. En desarrollo de lo dispuesto en la aludida Resolución 1871 de 2010, los asuntos sometidos al trámite del proceso verbal sumario, según las disposiciones contenidas en las Leyes 446 de 1998, 550 de 1999 y 1258 de 2008, empezaron a adelantarse bajo el proceso verbal regulado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, por los motivos expuestos en el presente Auto, tales asuntos debieron haberse tramitado bajo el proceso verbal sumario. En este sentido, las actuaciones adelantadas mediante el proceso verbal se encuentran viciadas de nulidad, según lo previsto en el numeral cuarto del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor, *“el proceso es nulo en todo o en parte (...) cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde”*.

Así las cosas, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 145 del citado Código de Procedimiento Civil, este despacho considera necesario declarar, de oficio, la nulidad de las actuaciones adelantadas hasta la fecha en el proceso de la referencia, a partir del auto admisorio de la demanda. Como fundamento de la determinación señalada, se expondrá a continuación un análisis acerca de los efectos de las disposiciones contenidas en la Ley 1395 de 2010 respecto de las facultades jurisdiccionales que ejerce esta entidad, así como una explicación sobre la naturaleza de la causal de nulidad procesal establecida en el numeral cuarto del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

2. Los efectos de la Ley 1395 de 2010

La Ley 1395 de 2010, mediante la cual se adoptan “medidas en materia de descongestión judicial”, modifica las reglas del Código de Procedimiento Civil en lo relacionado con la naturaleza de ciertos procesos a cargo de la jurisdicción ordinaria. Ciertamente, en el artículo 22 de la citada Ley se dispone que, tanto los asuntos de mayor y menor cuantía, como aquellos que no versen sobre derechos patrimoniales, deben tramitarse bajo el proceso verbal. La misma disposición citada le asigna el trámite del proceso verbal sumario a todos aquellos asuntos de mínima cuantía a cargo de la justicia ordinaria.¹ En el último inciso del artículo 22 de la Ley 1395 de 2010 se establece, de igual forma, que los procesos declarativos conocidos por “las Superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales”, deben sujetarse a las reglas allí previstas.

Por virtud del precepto normativo antes citado, esta Superintendencia inicialmente adoptó la posición según la cual las facultades jurisdiccionales atribuidas a la entidad por virtud de las Leyes 446 de 1998, 550 de 1999 y 1258 de 2008, debían ejercerse mediante el trámite del proceso verbal, en lugar del proceso verbal sumario. Como consecuencia de esta interpretación inicial, se admitió el proceso de la referencia bajo el trámite del proceso verbal. Con todo, luego de analizar nuevamente las disposiciones contenidas en la Ley 1395 de 2010, este Despacho llegó a la conclusión de que el trámite correcto para darle curso al proceso de la referencia era el verbal sumario. Esta conclusión se fundamenta en los siguientes argumentos:

A. Interpretación sistemática de la Ley 1395 de 2010

Desde la promulgación de la Ley 446 de 1998, mediante la cual se le confieren facultades jurisdiccionales a diversas entidades de naturaleza administrativa, el legislador colombiano ha demostrado, en forma diáfana, su voluntad de que algunos de los asuntos sometidos al conocimiento de la Superintendencia de Sociedades se tramiten mediante el proceso verbal sumario. En efecto, la Ley 446 de 1998 dispone, en su artículo 137, que “la impugnación de actos o decisiones de la Asamblea de Accionistas o Junta de Socios y de Juntas Directivas de Sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, podrán tramitarse mediante el proceso verbal sumario ante dicha Superintendencia”.

¹ En el artículo 21 de la Ley 1395 de 2010 se hace una salvedad relativa a todos aquellos procesos sometidos en forma expresa a un trámite especial, los cuales habrán de seguir el trámite especial que corresponda.

Por su parte, la Ley 550 de 1999 menciona en diversas oportunidades la necesidad de que esta entidad le de curso al trámite del proceso verbal sumario, para conocer acerca de determinados asuntos relacionados con los procesos de reestructuración. Así, pues, en el artículo 15 de esta Ley se prevé que “las discrepancias sobre la ineficacia de una estipulación [que tenga por objeto obstaculizar un acuerdo de reestructuración], serán decididas a solicitud del empresario o de cualquier acreedor por la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, mediante el procedimiento verbal sumario”. También es relevante señalar que los artículos 34, 37, 38 y 39 de la Ley 550 de 1999 establecen el trámite del proceso verbal sumario respecto de diversos asuntos relacionados con las materias a que alude la citada Ley.

De igual forma, en la Ley 1258 de 2008, relativa al tipo de la sociedad por acciones simplificada, se hace referencia al proceso verbal sumario en cuatro oportunidades diferentes. Así, por ejemplo, en el artículo 24 de la citada Ley se dispone que “los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos”. En este mismo sentido, el artículo 42 de la Ley 1258, el cual regula la figura de la desestimación de la personalidad jurídica en ciertas hipótesis, establece que “la declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el proceso verbal sumario”. Por su parte, en los artículos 40 y 43 de la misma Ley se determina que las acciones relacionadas con conflictos societarios y abuso del derecho se tramitan ante esta entidad mediante el proceso verbal sumario.

Por lo demás, la Ley 1429 de 2010, la cual es posterior a la Ley 1395 mencionada en el acápite anterior, contiene tres menciones expresas sobre el trámite del proceso verbal sumario. En primer lugar, debe traerse a colación el artículo 28 de esta Ley, a cuyo tenor, “la Superintendencia de Sociedades, en uso de funciones jurisdiccionales, conocerá de las acciones de responsabilidad contra socios y liquidadores según las normas legales vigentes. Dichas acciones se adelantarán en única instancia a través del procedimiento verbal sumario regulado en el Código de Procedimiento Civil”. En segundo lugar, en el artículo 29, *ibídem*, se establece que la acción de oposición judicial en hipótesis de reactivación de sociedades y sucursales en liquidación “se tramitará ante la Superintendencia de Sociedades que resolverá en ejercicio de funciones jurisdiccionales a través del proceso verbal sumario”. Por último, en el artículo 43 de la Ley 1429 de 2010, mediante el cual se modifica el artículo 85 de la Ley 222 de 1995, se dispuso que el trámite de reconocimiento de presupuestos de ineficacia en sociedades sometidas al control de esta entidad debe adelantarse mediante el “proceso verbal sumario”.

Así las cosas, es preciso ahora analizar la disposición contenida en el último inciso de la ley 1395 de 2010, la cual debe interpretarse en conjunto con las normas de carácter especial descritas en los párrafos precedentes. Para el efecto, resulta indispensable traer a colación las reglas de interpretación legal previstas en el ordenamiento jurídico colombiano. Por una parte, conforme al principio consagrado en el artículo 2º de la Ley 153 de 1887, “la ley posterior prevalece sobre la anterior”. Bajo esta regla de

interpretación, podría entenderse, en principio, que la Ley 1395 de 2010 debería prevalecer sobre las Leyes 446 de 1998, 550 de 1990 y 1258 de 2008, por ser aquella posterior a estas.² No obstante, debe también considerarse la regla establecida en el artículo 3º de la misma Ley 153, a cuyo tenor, “estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”. Es necesario señalar, desde ya, que la Ley 1395 no derogó expresamente las reglas especiales contenidas en las Leyes 446 de 1998, 550 de 1990 y 1258 de 2008 respecto de la necesidad de cursar el proceso verbal sumario en ciertas hipótesis, ni reguló íntegramente tales asuntos. Según se explica más adelante, la regla contenida en la citada Ley 1395 tampoco es incompatible con lo establecido en las Leyes 446 de 1998, 550 de 1990 y 1258 de 2008. Por lo demás, es pertinente la regla de interpretación contenida en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, por cuya virtud, “la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”.

A la luz de las reglas establecidas en las Leyes 153 y 57 de 1887, es posible esclarecer el aparente conflicto entre la disposición del artículo 22 de la Ley 1395 de 2010 y las normas especiales mencionadas anteriormente. Por una parte, podría considerarse que la regla prevista en el artículo 22, citado, reviste carácter general, debido a que regula el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de diferentes Superintendencias, mientras que las reglas previstas en las Leyes 446 de 1998, 550 de 1990 y 1258 de 2008 atañen, en forma especial, a determinados procedimientos a cargo de la Superintendencia de Sociedades.³ En este orden de ideas, tales leyes especiales anteriores prevalecerían sobre la ley general posterior (v.gr. la Ley 1395 de 2010), conforme a las normas de interpretación citadas arriba. Sobre este particular, es relevante aludir a la Sentencia del 30 enero 1968 del Consejo de Estado, en la cual se expresó lo siguiente:

“La ley posterior deroga la ley anterior cuando ambas tienen la misma generalidad o la misma especialidad, pero la especial, aunque sea anterior a una general, subsiste en cuanto se refiere a la materia concreta regulada en ella, a menos que la segunda derogue expresamente la primera, o que entre ellas exista incompatibilidad [...]. Y es apenas lógico que así sea, porque ordinariamente no hay oposición entre normas anteriores que se expiden en consideración a las modalidades singularísimas de una materia específica, y las que se dictan posteriormente en razón de condiciones generales que no correspondan a las características peculiares y requerimientos particulares del asunto regulado en aquellas”.

Ahora bien, podría también considerarse que el artículo 22 de la ley 1395 de 2010 contiene una disposición de carácter especial, por cuanto alude específicamente a las facultades jurisdiccionales atribuidas a ciertas entidades de naturaleza administrativa. En este caso, la conclusión sería idéntica a la expresada antes, es decir, que las normas

² En vista de que la Ley 1429 de 2010 es posterior a la Ley 1395, el análisis contenido en esta Sección se refiere principalmente a los efectos de esta última Ley respecto de las Leyes 446 de 1998, 550 de 1999 y 1258 de 2008.

³ El artículo 133 de la Ley 446 de 1998 también consagra facultades especiales a cargo de la Superintendencia Financiera, las cuales se encontraban repartidas entre las antiguas Superintendencias Bancaria y de Valores.

contenidas en las Leyes 446 de 1998, 550 de 1990 y 1258 de 2008 prevalecen sobre lo previsto en la Ley 1395 de 2010. En verdad, según lo expresado por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-005 del 18 enero 1996, “si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquella, por lo cual no siempre que se consagra una disposición posterior cuyo sentido es contrario al de una norma anterior resulta ésta derogada, pues deberá tenerse en cuenta el criterio de la especialidad, según los principios consagrados en los artículos 3º de la Ley 153 de 1887 y 5º de la Ley 57 del mismo año”.

El raciocinio expuesto en el pronunciamiento de la Corporación citada le resulta plenamente aplicable al caso analizado en el presente Auto. Ciertamente, las Leyes 446 de 1998, 550 de 1990 y 1258 de 2008 regulan asuntos verdaderamente especiales a cargo de esta Superintendencia, tales como el reconocimiento de presupuestos de ineficacia de ciertas disposiciones contractuales en el contexto de procesos de reestructuración, la ejecución específica de pactos contenidos en acuerdos de accionistas y el abuso del derecho de voto en reuniones del máximo órgano social. Es claro, pues, que los asuntos contemplados en estas leyes revisten, en las palabras de la Corte Constitucional, una “mayor especialidad” que la regla contenida en el artículo 22 de la Ley 1395. En consecuencia, este despacho considera que debían haberse preferido las reglas establecidas en las Leyes 446 de 1998, 550 de 1990 y 1258 de 2008 sobre lo previsto en la Ley 1395 de 2010.

B. Los objetivos de la Ley 1395 de 2010

La conclusión preliminar expuesta en los párrafos anteriores —según la cual las normas especiales en materia procedimental previstas en las Leyes 446 de 1998, 550 de 1999 y 1258 de 2008 se encontraban vigentes aún después de la promulgación de la Ley 1395 de 2010— guarda coherencia con los objetivos expresos de la Ley 1395. En efecto, esta Ley se promulgó para hacer más expedito el trámite de procesos ante la justicia ordinaria colombiana. Esta última afirmación encuentra sustento no sólo en el título que el legislador le atribuyó a esta Ley (“por medio de la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”), sino también en la exposición de motivos que acompañó al respectivo proyecto legislativo. Según lo expresado en la ponencia para primer debate en el Senado de la República respecto del proyecto de ley N° 197 de 2008, el cual dio origen a la Ley 1395 de 2010, “la presentación del proyecto de ley [...] tiene como objetivo principal adoptar un conjunto de medidas que permitan reducir el número de inventarios inactivos en los diferentes despachos judiciales del país [...] a través de los siguientes instrumentos de carácter legal: a) La desjudicialización de conflictos; b) La simplificación de procedimientos y trámites; c) La racionalización del aparato judicial [...]”⁴.

⁴ Cfr. Gaceta del Congreso No. 481 del 10 junio 2009.

Tales objetivos encuentran una innegable correspondencia con la interpretación según la cual, aún después de la entrada en vigor de la Ley 1395 de 2010, seguía vigente el procedimiento verbal sumario establecido para aquellos asuntos sometidos al conocimiento de esta Superintendencia bajo las Leyes 446 de 1998, 550 de 1999 y 1258 de 2008. En verdad, no parece razonable que una ley de “descongestión judicial”, promulgada para simplificar procedimientos y trámites y facilitar la desjudicialización, hubiera tenido por efecto el tránsito hacia procesos más complejos (v.gr. procesos verbales sumarios hacia procesos verbales) y la creación de nuevas instancias judiciales a cargo de la justicia ordinaria (v.gr. apelaciones durante las diferentes etapas procesales previstas para el proceso verbal, las cuales no son procedentes bajo el proceso verbal sumario). Es decir, que la posición según la cual la Ley 1395 hizo forzoso un tránsito de todos los procesos verbales sumarios a cargo de esta Superintendencia hacia procesos verbales, atentaría contra los objetivos expresos de esta Ley.

La interpretación expuesta en el presente Auto también es coherente con las actuaciones del legislador colombiano con posterioridad a la promulgación de la ley 1395 de 2010. En este sentido, los artículos 28, 29 y 43 de la Ley 1429 de 2010 establecen nuevamente el trámite del proceso verbal sumario para ciertos asuntos especiales a cargo de la Superintendencia de Sociedades, incluido el reconocimiento de presupuestos de ineficacia respecto de ciertas actuaciones adelantadas por compañías sujetas al grado de fiscalización denominado control, conforme a lo previsto en la ley 222 de 1995. El procedimiento establecido para el ejercicio de tales facultades no está sujeto a la cuantía de los respectivos procesos, como ocurriría bajo lo previsto en el artículo 22 de la Ley 1395 de 2010, sino, más bien, a la naturaleza específica de los asuntos atribuidos a esta Superintendencia. Así, pues, si la intención del legislador con la promulgación de la Ley 1395 hubiera sido la de suprimir los procesos verbales sumarios a cargo de la Superintendencia de Sociedades, no tendría sentido que, apenas unos meses después, se crearan nuevos procesos verbales sumarios a cargo de la entidad.

C. Los efectos de la Ley 1395 de 2010 respecto de las facultades jurisdiccionales de las Superintendencias

Por lo demás, es preciso señalar que la regla del artículo 22 de la Ley 1395 de 2010 no es incompatible con las disposiciones especiales contenidas en las leyes 446 de 1998, 550 de 1990 y 1258 de 2008. El citado artículo 22 debe entenderse como una modificación de la naturaleza de ciertos procesos jurisdiccionales adelantados tanto por esta Superintendencia como por otras entidades de carácter administrativo. En verdad, a juicio de este despacho, la manera correcta de interpretar lo previsto en el inciso tercero del artículo 22 de la Ley 1395 de 2010, consiste en aplicarle lo allí estipulado a todos aquellos procesos, a cargo de las diferentes Superintendencias, cuya naturaleza sea diferente a la del verbal sumario.

Esta interpretación es compatible no sólo con los objetivos de la Ley 1395, sino con las disposiciones de esta misma norma mediante las que se suprimió el trámite del proceso

abreviado previsto en el Título XXII del Código de Procedimiento Civil. El efecto principal de la Ley 1395 de 2010 fue entonces el de sustituir, por el proceso verbal, todos aquellos procesos abreviados a cargo de las Superintendencias con anterioridad a la vigencia de la citada Ley. Así, por ejemplo, el artículo 22 de la Ley 1395 modificó la naturaleza de los procesos abreviados establecidos en la Ley 1116 de 2006, los cuales empezaron a tramitarse bajo el proceso verbal. De igual forma, los procesos abreviados a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, conforme al artículo 49 de la Ley 962 de 2005, pasaron a ser de naturaleza verbal. En vista de lo anterior, debe reiterarse que la regla del artículo 22 de la ley 1395 de 2010 no resulta incompatible con la vigencia actual de las normas especiales que facultan a esta Superintendencia para conocer ciertos asuntos bajo el trámite del proceso verbal sumario.

Esta interpretación también resulta coherente con el régimen de transición previsto en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 1395 de 2010. En la norma citada se establece la siguiente regla, la cual les resulta aplicables a los procesos ordinarios y abreviados que estaban en curso al momento de entrar en vigencia la Ley 1395: “los procesos ordinarios y abreviados en los que hubiere sido admitida la demanda antes de que entren en vigencia [varias disposiciones de la Ley 1395], seguirán el trámite previsto por la ley que regía cuando se promovieron”; ello significa que el traslado de procesos ordinarios y abreviados a verbales únicamente tendrá aplicación a partir del 1º de enero de 2011 y en forma gradual, con un límite de 3 años. Debe resaltarse que el citado artículo 44 no contempla la hipótesis de transición de procesos verbales sumarios en curso hacia procesos verbales. Este vacío normativo parece indicar que el legislador no procuró que se produjera una transición de esta naturaleza, sino tan solo una transición respecto de los procesos ordinarios y abreviados en curso al momento de entrar en vigencia la Ley 1395.

D. Conclusión

A la luz de los argumentos expuestos anteriormente, este Despacho acoge la posición según la cual la Ley 1395 de 2010 no modificó los procesos especiales descritos en las Leyes 446 de 1998, 550 de 1999, 1258 de 2008 y 1429 de 2010, las cuales establecen el trámite del proceso verbal sumario para ciertos asuntos especiales a cargo de la Superintendencia de Sociedades. Esta interpretación encuentra asidero en las reglas de interpretación legal previstas en el ordenamiento jurídico colombiano, así como en la voluntad del legislador, expresada tanto en las disposiciones especiales contenidas en las Leyes 446 de 1998, 550 de 1999, 1258 de 2008 y 1429 de 2010, como en la exposición de motivos y varios de los artículos de la Ley 1395 de 2010. Por consiguiente, se procederá ahora a estudiar las consecuencias jurídicas relacionadas con el trámite incorrecto del proceso de la referencia.

3. La nulidad de las actuaciones realizadas en el proceso de la referencia

El Código de Procedimiento Civil contiene, en su artículo 140, diversas causales de nulidad respecto de los procesos a cargo de las autoridades que ejerzan funciones

judiciales. En el numeral cuarto del artículo 140, citado, se alude a la hipótesis de nulidad que surge cuando “la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde”. Es claro para este despacho que el proceso de la referencia se encuentra viciado de nulidad, por virtud de la causal a que alude el numeral cuarto antes citado. En efecto, según las explicaciones efectuadas con anterioridad, tal controversia ha debido cursarse mediante el trámite del proceso verbal sumario en lugar del proceso verbal.

Ahora bien, es necesario señalar que, en el último inciso del artículo 144 del Código citado, se establece que la nulidad acaecida como consecuencia del supuesto fáctico mencionado es insubsanable. Sobre el particular, es pertinente considerar la opinión de la Corte Constitucional sobre la naturaleza de la causal de nulidad discutida en el presente Auto. Esta Corporación declaró inexecutable el numeral sexto del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, mediante el cual se establecía la posibilidad de que quedara saneada una nulidad procesal “cuando un asunto que debía tramitarse por el proceso especial se tramitó por el ordinario, y no se produjo la correspondiente adecuación de trámite en la oportunidad debida”. En la Sentencia C-407 del 28 agosto 1997, la Corte señaló lo siguiente:

“Se dirá que el legislador tiene libertad para expedir las normas procesales y, por lo mismo, para establecer las causales de nulidad y los casos en que esta se considera saneada. Ello es verdad, pero con limitaciones: no puede el legislador establecer causales de nulidad, o dictar otra norma procesal cualquiera, quebrantando la Constitución; y no puede dictar normas en virtud de las cuales se sanee una nulidad originada en la violación del debido proceso [...]. Tampoco es válido argumentar que la constitucionalidad de las normas acusadas se basa en que el proceso ordinario garantiza mejor que los demás el derecho de defensa, porque en él se cumple un debate más amplio”.

Debido al carácter insubsanable de la nulidad observada en el proceso de la referencia, procederá el despacho a declarar la nulidad de todo lo actuado, desde el auto admisorio de la demanda, hasta la fecha. Para el efecto, es necesario poner de presente que el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil obliga al juez del proceso a declarar de oficio “las nulidades insubsanables que observe”. En todo caso, deben efectuarse algunas precisiones respecto de los efectos jurídicos de la declaratoria de nulidad objeto del presente Auto.

De una parte, conforme a lo previsto en el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, “la nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por éste. Sin embargo, la prueba decretada y practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto a quienes tuvieron oportunidad de contradecirla”. Por virtud de lo previsto en el artículo señalado, sólo se declarará la nulidad del auto admisorio de la demanda, así como de las actuaciones procesales realizadas con posterioridad a la emisión de tal auto, las que deben renovarse. Ello se debe a que el origen de la nulidad detectada se encuentra en la admisión de la demanda bajo un trámite diferente al establecido en la ley. En todo caso, al tenor del

artículo 146 citado, las pruebas decretadas y practicadas durante el trámite del proceso de la referencia se tendrán por válidas.

De otra parte, debe ponerse de presente que las partes cuentan con la posibilidad de renunciar a los términos previstos para las etapas procesales que habrán de cumplirse de nuevo por efecto de la declaratoria de nulidad objeto del presente Auto.

Por lo demás, conforme a lo expuesto, al haberse configurado la causal de nulidad respecto de las actuaciones adelantadas en el proceso de la referencia, incluido el auto admisorio antes mencionado, se procederá en esta misma providencia a admitir la demanda presentada y ordenar que se corra el respectivo traslado a la parte demandada.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Primero. Declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia, a partir del Auto No. 480-010092 del 1 de julio de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

Segundo. Admitirla demanda presentada por Retramar S.A.S., Pollux Marine Services II Corporation y Johnny Saverio Minervini Borresen contra la sociedad Inversiones Sandoval Medina y Cía. S. en C.

Tercero. Ordenar correr traslado de la demanda al demandado, a quien le será notificado el auto admisorio para que proceda a contestar dentro del término de cuatro (4) días.

Cuarto. Reconocerle personería a Germán Andrés Ulloa Cortés, identificado con cédula de ciudadanía 79.169.638 y portador de la tarjeta profesional No. 146.661 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de Retramar S.A.S., Pollux Marine Services II Corporation y Johnny Saverio Minervini Borresen en los términos y para los fines consignados en el poder allegado.

Quinto: Designar como perito al señor Jaime Enrique Varela Navarro, identificado con cédula de ciudadanía 14.197.671.

Sexto: Una vez notificada en debida forma la demanda, comuníquese el nombramiento al auxiliar de la justicia en la Avenida 13 No. 126-44, interior 37 y en la Carrera 15^a No. 45-65 de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

AUTO

No. 801-018280 del 29 de octubre de 2013

PARTES

María Isabel Vélez Mendoza
contra
Mendoza Alvarado y Cía. Ltda. en liquidación privada.

NÚMERO DEL PROCESO

2013-801-0096

ASUNTO

Efectos de las cláusulas compromisorias en materia societaria.

Auto

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

María Isabel Vélez Mendoza

contra

Mendoza Alvarado y Cía. Ltda. en liquidación privada.

Asunto

Artículo 24 Código General del Proceso

Trámite

Proceso Verbal

Número del proceso

2013-801-0096

[...]

II. Consideraciones del Despacho

El apoderado de la demandada ha invocado la existencia de una cláusula compromisoria en los estatutos de Mendoza Alvarado y Cía. Ltda. para justificar la falta de competencia de esta entidad respecto del presente proceso judicial. Una vez revisado el material probatorio que obra en el expediente, el Despacho encontró que en el artículo trigésimo tercero de los estatutos de Mendoza Alvarado y Cía. Ltda. se incluyó una cláusula compromisoria (vid. Folios 14 y 15) en la que se establece lo siguiente: ‘todas las diferencias que ocurrieren entre los socios y la sociedad, o entre aquellos por razón del contrato social, durante el término de su duración o en el período de liquidación, serán sometidos a la decisión de árbitros [...]’. En este sentido, para establecer si las pretensiones formuladas en la demanda deben ser conocidas por un tribunal de arbitramento, en lugar de este Despacho, es necesario determinar si los sujetos en disputa se encuentran cobijados por la cláusula compromisoria antes descrita.

[...]

Ahora bien, con base en el régimen de mayorías que rige la adopción de decisiones en la asamblea general de accionistas, esta Superintendencia había considerado, en sede jurisdiccional, que la introducción, modificación o supresión de un pacto arbitral

podía ser ‘votada favorablemente por la mayoría exigida en la ley o en los estatutos sociales, aun sin el consentimiento de los demás asociados o aquellos que pudiendo votar no concurrieron a la sesión del máximo órgano social [...] en donde se ponía a consideración la reforma estatutaria [que incluía una cláusula compromisoria]’.¹

Sin embargo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió, en segunda instancia, revocar la sentencia citada, para lo cual argumentó que ‘[el ordenamiento jurídico] señaló una autonomía entre la cláusula compromisoria y el contrato, de tal suerte que aquélla es un pacto que puede estar contenido en un contrato o documento anexo a él, pero que como “convenio” que es, debe estar avalado por todas las personas que intervienen en él’. En esa oportunidad, el Tribunal concluyó que ‘la cláusula compromisoria es un negocio jurídico autónomo y privado, por ende, **no puede predicarse que su reforma o extinción respecto del contrato social pueda surtir por voluntad de una mayoría social, sino que, por el contrario, se requiere para tal propósito de la voluntad unánime de las partes que lo celebraron o adhirieron**’ (se resalta).² Por lo demás, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que ‘el sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, como quiera que “el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”. Por consiguiente, la habilitación de los árbitros por parte de todos y cada uno de los contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral’.³

Así las cosas, el asunto materia del presente proceso no puede ventilarse ante un tribunal de arbitramento. En este sentido, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá y de la Corte Constitucional, este Despacho ha considerado que los efectos vinculantes de la cláusula compromisoria dependen necesariamente de una manifestación expresa de voluntad en el sentido de acudir a la jurisdicción arbitral.⁴ Así, pues, debe decirse que en el presente caso no existen pruebas de que María Isabel Vélez Mendoza haya manifestado su consentimiento respecto de la inclusión de una cláusula

¹ Sentencia No. 480-000027 del 7 de junio de 2012.

² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, expediente No. 110001319900120117049501.

³ Sentencia C-163 de 1999. Véanse también las sentencias C-242 de 1997, C-163 de 1999, C-193 de 1999, C-1140 de 2000, C-1038 de 2002, y C-330 de 2012. En la sentencia SU-74 de 2007, la Corte Constitucional expresó que ‘el anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes. La Corte ha concluido que son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma’.

⁴ Cfr. Auto No. 801-007-329 del 3 de mayo de 2013 Delegatura para Procedimientos Mercantiles, Superintendencia de Sociedades. Francisco Martínez Quintero y Lucía Martínez de Kurday contra Sabajón Apolo S.A., Auto No. 801-007-329 del 3 de mayo de 2013.

compromisoria en el artículo 33 de los estatutos de la sociedad demandada. Es decir que, según los documentos consultados por el Despacho, María Isabel Vélez Mendoza nunca accedió a someterse a la jurisdicción arbitral para solucionar sus conflictos con Mendoza Alvarado y Cía. Ltda. En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia antes citada, no puede imponérsele a María Isabel Vélez Mendoza la obligación de acudir a la justicia arbitral para resolver el conflicto objeto del presente proceso. En vista de lo anterior, el Despacho debe rechazar los argumentos formulados por la sociedad demandada.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles

Resuelve

Declarar no probada la excepción previa formulada por el apoderado de Mendoza Alvarado y Cía. Ltda.

Notifíquese y cúmplase.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

III. Sentencias

SENTENCIA

No. 801-047 del 19 de octubre de 2012

PARTES

Adriana María del Rosario Gómez y David Alfandary Acrich
contra
Magaly Judith Visbal Lascano y José Felipe Lizarazo Visual

ASUNTO

Conflicto entre accionistas con participaciones paritarias en el capital de una
compañía. Parálisis absoluta de los órganos sociales
y la consecuente imposibilidad de desarrollar el objeto social.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Adriana María del Rosario Gómez y David Alfandary Acrich
contra
Magaly Judith Visbal Lascano y José Felipe Lizarazo Visbal

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal

I. Antecedentes

1. Adriana María del Rosario Gómez, David Alfandary Acrich, Magaly Judith Visbal Lascano y José Felipe Lizarazo Visbal constituyeron la sociedad Biogreen Soluciones SAS, mediante la inscripción de un documento privado ante la Cámara de Comercio de Bogotá el 13 de julio de 2009. Cada uno de tales accionistas es propietario de acciones que representan el 25% del capital de aquella compañía.
2. Luego de poco más de un año de operaciones, surgieron diferencias entre los accionistas de Biogreen Soluciones SAS, por cuyo efecto se dificultó el proceso de toma de decisiones en el seno del máximo órgano social.
3. Por conducto de apoderada especial, Adriana María del Rosario Gómez y David Alfandary Acrich presentaron una demanda en contra de Magaly Judith Visbal Lascano y José Felipe Lizarazo Visbal, orientada a que este Despacho dirimiera las discrepancias respecto del acaecimiento de posibles causales de disolución en Biogreen Soluciones SAS.
4. Mediante escrito radicado ante esta Superintendencia el 9 de junio de 2011, el apoderado de Magaly Judith Visbal Lascano contestó la demanda antes mencionada. En el documento concerniente se presentaron algunas consideraciones respecto de los hechos de la demanda, se formularon excepciones y se solicitaron pruebas. Por virtud del Auto No. 480-005571 del 7 de junio de 2012, se tuvo por no contestada la demanda por parte de José Felipe Lizarazo Visbal.

5. Mediante escrito presentado el 1º de septiembre de 2011, el apoderado de Magaly Judith Visbal Lascano presentó renuncia al mandato que le había sido conferido. La referida renuncia fue aceptada por efecto del Auto No. 480-015627 del 21 de septiembre de 2011.
6. El 9 de agosto de 2012, a las 9:00 a. m., se llevó a cabo la audiencia a que alude el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, con la asistencia exclusiva de la apoderada de los demandantes, quien presentó las excusas de rigor en nombre de sus poderdantes. Los demandados no allegaron las excusas requeridas para justificar su inasistencia.
7. El 19 de octubre de 2012, nuevamente con la participación exclusiva de la apoderada de los demandantes, se presentaron los alegatos de conclusión. La aludida apoderada expresó lo siguiente: ‘...’
8. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. Pretensiones

La demanda a que se ha hecho referencia contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

- ‘1. Que se declare judicialmente la disolución de la sociedad Biogreen Soluciones SAS por la imposibilidad de desarrollar el objeto social, no solo por la falta de ánimo societario, sino por la extinción del producto que constituye su objeto social.
- ‘2. Que se decrete la liquidación de la sociedad Biogreen Soluciones SAS, de conformidad con el artículo 627 del Código de Procedimiento Civil.
- ‘3. Que se remita copia de la presente demanda a la Delegatura para Inspección Vigilancia y Control, Grupo de Visitas e Investigaciones Administrativas de esa Superintendencia, para que den inicio a la respectiva investigación administrativa en contra de la señora Magaly Visbal como representante legal de la sociedad Biogreen Soluciones S.A.S. por las irregularidades y violaciones legales y estatutarias de conformidad con el artículo 87 de la Ley 222 de 1995 y de acuerdo con los resultados, decrete las medidas pertinentes’.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se diriman las controversias surgidas entre los accionistas de Biogreen Soluciones SAS, respecto del acaecimiento de los supuestos fácticos que podrían dar lugar a la disolución de la compañía. Con todo, la apoderada de los demandantes menciona diversas causales de disolución, incluida la existencia de pérdidas que redujeron el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad de su capital suscrito y la imposibilidad de desarrollar el objeto social ‘no solo

por la falta de ánimo societario, sino por la extinción del producto que constituye su objeto social’.

Durante la etapa procesal correspondiente a la fijación del objeto del litigio, el Despacho logró obtener mayor claridad acerca de las pretensiones formuladas en la demanda. Así, pues, por virtud de lo expresado por la apoderada de los demandantes durante la audiencia celebrada el pasado 9 de agosto, el Despacho deberá analizar, en forma exclusiva, la posible ocurrencia de la causal de disolución a que alude el numeral 2º del artículo 218 del Código de Comercio, es decir, ‘la imposibilidad de desarrollar la empresa social’.¹ En este sentido, los elementos probatorios aportados al proceso parecerían indicar que esta causal de disolución pudo haberse producido por virtud de la parálisis de los órganos sociales. En verdad, las circunstancias fácticas presentadas ante el Despacho dan cuenta de un conflicto societario entre los accionistas de Biogreen Soluciones SAS, por cuyo efecto cesaron las operaciones de la compañía.

Ahora bien, es preciso poner de presente que el sistema societario colombiano no contempla de modo expreso una causal de disolución atada a la parálisis de los órganos sociales. No obstante, esta circunstancia sí puede dar lugar al acaecimiento de la causal de disolución consistente en la imposibilidad de desarrollar el objeto social de una compañía. Esta Superintendencia ha considerado, sobre este particular, que ‘la imposibilidad de constituir el máximo órgano social, eventualmente puede ubicar a la sociedad en causal de disolución, pues entre otras dificultades que esa situación genera, la parálisis prolongada del mencionado órgano, conllevará igualmente la imposibilidad de desarrollar el objeto social [...]’.² De igual forma, según Reyes Villamizar, ‘solo en los casos en que la parálisis de los organismos sociales acarree la imposibilidad de desarrollar el objeto social, podrá tenerse el bloqueo como causal de disolución’³. Es por ello por lo que el Despacho deberá analizar las pruebas presentadas, a fin de determinar si la aludida causal de disolución se presentó en el caso *sub examine*.

Con todo, antes de proceder al análisis antes mencionado, es pertinente aclarar que el bloqueo del máximo órgano social no conlleva, necesariamente, la imposibilidad de desarrollar la actividad de una compañía. En verdad, es frecuente que se presenten desavenencias entre los accionistas de una sociedad, por cuyo efecto se dificulte la toma de decisiones durante las reuniones de la asamblea. Esto no significa que los administradores se vean avocados a la cesación de las actividades de la compañía, por cuanto el desarrollo de la empresa social podría continuar mientras que los accionistas superan sus discrepancias. No obstante, es posible que en algunos casos la parálisis del máximo órgano social entorpezca el desarrollo normal de la actividad de la compañía. Ello podría ocurrir, por ejemplo, cuando un conflicto prolongado haga imposible que, durante varios ejercicios, se aprueben los estados financieros de la sociedad, se ajusten los salarios de los administradores o se impartan las autorizaciones al representante legal

¹ En el curso de la audiencia mencionada en el texto principal, la apoderada de los demandantes señaló que era preciso que el Despacho ordenara ‘la disolución de la sociedad Biogreen’ por la ‘imposibilidad de continuar con el objeto social’.

² Oficio 220-063000 del 1º de diciembre de 2004.

³ F H Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo II, 2006, Editorial Temis, Bogotá, p. 371.

para celebrar contratos en aquellos en los que existan limitaciones estatutarias respecto de sus facultades. Si tales circunstancias se convierten en un obstáculo insalvable para la continuación de la empresa social, podría configurarse la causal de disolución consagrada en el numeral 2º del artículo 218 del Código de Comercio. En todo caso, la presencia de esta causal solo podrá establecerse tras un análisis riguroso orientado a determinar si la parálisis de los órganos sociales ha hecho imposible la continuación de la actividad de una compañía.

Así las cosas, para dirimir la controversia sometida a consideración del Despacho, es preciso hacer referencia al posible bloqueo del máximo órgano social de Biogreen Soluciones SAS, para luego establecer si esta circunstancia tuvo como consecuencia el acaecimiento de la causal de disolución antes mencionada. Lo primero que debe mencionarse es que Biogreen Soluciones SAS fue constituida el 13 de julio de 2009 por Adriana María del Rosario Gómez, David Alfandary Acrich, Magaly Judith Visbal Lascano y José Felipe Lizarazo Visbal. Cada uno de tales sujetos es propietario de un número de acciones ordinarias equivalentes al 25% del capital suscrito de la compañía. Según los documentos aportados al proceso, el Despacho pudo determinar que, durante el 2010, se presentó un conflicto entre dos grupos de accionistas que representaban, cada uno, el 50% de las acciones emitidas y en circulación de la sociedad. Uno de tales grupos está conformado por Adriana María del Rosario Gómez y David Alfandary Acrich, al paso que el otro lo integran Magaly Judith Visbal Lascano y José Felipe Lizarazo Visbal. Es decir que el conflicto a que se ha hecho referencia se produjo entre accionistas con participaciones paritarias en el capital de Biogreen Soluciones SAS. Esta circunstancia es de la mayor relevancia para los efectos de la presente sentencia, por cuanto la parálisis de los órganos de la compañía se deriva, en buena parte, de la imposibilidad de adoptar decisiones en la asamblea general de accionistas de Biogreen Soluciones SAS.

Según consta en los correos electrónicos incluidos en los folios 62 a 88 del expediente, el conflicto señalado surgió a mediados del año 2010. Los correos presentados ante el Despacho dan cuenta del origen de los desacuerdos entre los dos grupos de accionistas de Biogreen Soluciones SAS, así como del recrudecimiento del conflicto. Luego de varios intentos infructuosos por zanjar sus diferencias en forma directa, la comunicación entre los accionistas de la compañía hacia finales del 2010 se producía principalmente por conducto de sus asesores legales. Ya en enero de 2011, uno de tales asesores había formulado acusaciones en contra de uno de los accionistas de Biogreen Soluciones SAS, relacionadas con la ‘destrucción de valor y afectación a las utilidades’, así como con un ‘grave daño moral a persona en condición de salud grave’ (vid. Folio 76).

Las discrepancias antes mencionadas pueden apreciarse con absoluta claridad en el registro de las deliberaciones correspondientes a la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Biogreen Soluciones SAS celebrada el 19 de octubre de 2010. Durante tal reunión, según consta en el acta No. 3 (vid. Folio 52), los accionistas no pudieron llegar a un acuerdo respecto de la aprobación de los estados financieros ni de una reforma estatutaria sometida a consideración de la asamblea. Además, se

discutió la posibilidad de que Adriana María del Rosario Gómez y David Alfandary Acrich adquirieran las acciones de Magaly Judith Visbal Lascano y José Felipe Lizarazo Visbal. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre la aludida operación, los accionistas acordaron lo siguiente: ‘A partir del día de hoy 19 de octubre de 2010, la sociedad debe entrar en liquidación por no haber acuerdo de las partes. [...] Venta de las acciones a otro socio. [...] Se determina que la próxima reunión será en noviembre 12 de 2010, donde se nombrará un liquidador en caso de que la decisión sea esta. [...] El Dr. David Alfandary manifiesta que si la señora Magaly reconsidera un valor inferior por sus acciones se le escuchará’.

Con posterioridad a esta reunión, parece haberse celebrado una sesión extraordinaria de la asamblea de Biogreen Soluciones SAS el 29 de noviembre de 2010 (vid. Folio 71). Si bien el Despacho no pudo obtener la copia del acta correspondiente –por cuanto fue imposible practicar la inspección judicial decretada, en vista de que la compañía no cuenta con oficinas en la dirección inscrita en el registro mercantil– las comunicaciones entre los apoderados de los accionistas permiten entrever que, durante esta reunión, se acordó la venta de las acciones de propiedad de uno de los dos grupos de accionistas de Biogreen Soluciones SAS. El siguiente texto se extrae de un correo electrónico enviado el 6 de diciembre de 2010, incluido en el folio No. 73: ‘En mi calidad de apoderada especial de los accionistas señores David Alfandary y Adriana Gómez, y de conformidad a lo acordado en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas del pasado 29 de noviembre de 2010, me permito manifestarles que mis representados ofrecen vender su participación accionaria equivalente al 50% del capital social’.

El 16 de diciembre de 2010, Magaly Judith Visbal Lascano suscribió un documento, dirigido a ‘todo el personal de Biogreen Soluciones SAS’, en el cual se expresó lo siguiente: ‘estando la suscrita en convalecencia de grave intervención quirúrgica, la señora Adriana María del Rosario Gómez Rodríguez, realizó actos irregulares e ilegales en contra de los intereses de la sociedad, actos que de ser necesario se darán a conocer a la jurisdicción penal. Y como consecuencia de esos actos se le ha retirado la confianza y se ha prohibido su ingreso a las instalaciones de la empresa’. Por lo demás, parece haberse celebrado una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Biogreen Soluciones SAS el 26 de enero de 2011 (vid. Folio 78).⁴ Aunque tampoco fue posible obtener una copia del acta de esta reunión, en la demanda se expresa que los accionistas discutieron la posibilidad de ponerle fin a sus diferencias mediante la enajenación del bloque de acciones de propiedad de alguno de los dos grupos. Sin embargo, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se propuso la disolución y liquidación de Biogreen Soluciones SAS, lo cual no fue aprobado por la asamblea (vid. Folio 10).⁵ El rechazo de esta última propuesta se debió, en criterio del apoderado de Magaly Judith Visbal Lascano, a que ‘la sociedad no se encontraba en causal objetiva de disolución’. Por lo

⁴ Debe resaltarse que en la convocatoria correspondiente se expresó lo siguiente: ‘Se advierte a los accionistas, que de no existir quórum para deliberar y decidir, se ejecutarán las acciones civiles y penales de que trata el numeral tres del orden del día’.

⁵ Los hechos presentados en el texto principal no fueron controvertidos en la contestación presentada por el apoderado de Magaly Judith Visbal Lascano (vid. Folio 131).

demás, no se encontraron pruebas que permitieran determinar que la asamblea de la compañía se hubiere reunido con posterioridad al 26 de enero de 2011.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho considera que el conflicto societario que se presentó entre los accionistas de Biogreen Soluciones SAS dio lugar a la parálisis del máximo órgano de esta compañía. Las diferencias entre los accionistas – sumadas al fracaso de las negociaciones respecto de la venta de acciones de la sociedad– bloquearon la adopción de decisiones en el seno de la asamblea. Ello se debe a que, al detentar cada uno de los dos grupos de asociados una participación paritaria en el capital de la compañía, el conflicto aludido hizo imposible lograr una mayoría decisoria en la asamblea general de accionistas. La parálisis del máximo órgano social también puede verificarse en el hecho de que, conforme a las pruebas aportadas al proceso, los accionistas de Biogreen Soluciones SAS no volvieron a reunirse después del 26 de enero de 2011, fecha en la que aparentemente se celebró la última reunión de la asamblea.

Ahora bien, en este punto es preciso establecer si las circunstancias descritas en el párrafo anterior tuvieron por efecto la imposibilidad de desarrollar la actividad empresarial de Biogreen Soluciones SAS, conforme a lo previsto en el numeral 2º del artículo 218 del Código de Comercio. En este sentido, el acervo probatorio analizado por el Despacho da cuenta de la precaria situación financiera de la compañía, con anterioridad al momento en que se produjo la ruptura entre sus accionistas. En el balance general de la compañía a 31 de octubre de 2010, suscrito únicamente por la contadora Yacqueline Orjuela, se registran activos por valor de \$125.559.992 y pasivos que ascendían a \$175.275.970 (vid. Folio 101). Si bien durante la reunión de asamblea del 19 de octubre de 2010 se discutió la necesidad de aportarle recursos de capital a la compañía, los accionistas no lograron llegar a un acuerdo respecto de esta capitalización. Con posterioridad a esta reunión, la acentuación del conflicto entre los accionistas de Biogreen Soluciones SAS hizo imposible que se contribuyeran nuevos recursos al fondo social, lo cual pudo haber dificultado la continuación de las actividades de la compañía.

Aunado a lo anterior, las pruebas analizadas por el Despacho apuntan a la cesación de las operaciones de Biogreen Soluciones SAS. En efecto, no se pudo siquiera constatar la existencia de oficinas de administración de esta sociedad. Tal y como consta en el Acta de Diligencia Judicial No. 801-1157 del 10 de septiembre de 2012, ‘la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria se desplazó a las oficinas de administración de Biogreen Soluciones SAS, conforme a la dirección registrada en el certificado de existencia y representación legal de la compañía, es decir, a la calle 125 No. 7C-19 de la ciudad de Bogotá. A las 9:00 a. m., al llegar a esta dirección, se constató que la sociedad Biogreen Soluciones SAS no opera en el lugar señalado’ (vid. Folio 184). Tampoco fue posible para el Despacho encontrar pruebas acerca de la actual vinculación de empleados a Biogreen Soluciones SAS, ni de la existencia de los libros contables de esta sociedad.

Por lo demás, debe ponerse de presente la inactividad de los demandados durante el curso del presente proceso. Tras la renuncia del apoderado de Magaly Judith Visbal Lascano, mediante escrito presentado el 1º de septiembre de 2011, los demandados

se abstuvieron de participar en las diferentes etapas del trámite adelantado ante este Despacho. Así, pues, José Felipe Lizarazo Visbal no contestó la demanda dentro del término previsto para el efecto, según puede constatarse en el Auto No. 480-5571, emitido por esta Superintendencia el 7 de junio de 2012. También es relevante señalar que Magaly Judith Visbal Lascano y José Felipe Lizarazo Visbal no asistieron a la audiencia celebrada el 9 de agosto de 2012, ni presentaron las excusas correspondientes. Los demandados tampoco se hicieron presentes para la formulación de los alegatos de conclusión. Todo lo anterior parecería indicar que los demandados están escasamente interesados en la suerte de la compañía o en los resultados del presente proceso.

Así las cosas, el Despacho encuentra que el rompimiento de las relaciones entre los accionistas de Biogreen Soluciones SAS y el consecuente bloqueo de la asamblea general, tuvieron por efecto la imposibilidad de continuar con el desarrollo de la empresa social. Ello puede constatarse en el abandono de la sede administrativa de Biogreen Soluciones SAS y la aparente cesación total de las actividades desarrolladas por la compañía. Por este motivo, el Despacho debe concluir que se ha configurado la causal de disolución contenida en el numeral 2 del artículo 281 del Código de Comercio. De ahí que deban prosperar la primera y la segunda de las pretensiones formuladas por los demandantes. Con todo, el Despacho no se pronunciará respecto de la solicitud contenida en la denominada pretensión tercera de la demanda, por cuanto los demandantes cuentan con la posibilidad de solicitar, en forma directa, cualesquiera actuaciones administrativas que consideren pertinentes.

IV. Excepciones

Por virtud de lo expresado en el acápite anterior, el Despacho encuentra que no habrán de prosperar las excepciones formuladas por el antiguo apoderado de Magaly Judith Visbal Lascano.

V. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de los demandantes y a cargo de los demandados, una suma equivalente a 4 salarios mínimos, es decir, \$2.538.000.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Declarar la disolución de Biogreen Soluciones SAS, por el acaecimiento de la causal consistente en la imposibilidad de desarrollar la empresa social, en los términos del numeral 2º del artículo 218 del Código de Comercio.

Segundo. Declarar no probadas las excepciones formuladas por el antiguo apoderado de Magaly Judith Visbal Lascano.

Tercero. Ordenar la inscripción de esta providencia ante el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá y disponer la publicación de la parte resolutive de esta sentencia, por una vez, en uno de los periódicos de mayor circulación en la ciudad de Bogotá.

Cuarto. Ordenar la liquidación de Biogreen Soluciones SAS, para lo cual los accionistas de la compañía dispondrán del término previsto en la ley para el efecto.

Quinto. Condenar en costas a los demandados y fijar como agencias en derecho a favor de los demandantes la suma de \$2.538.000.

La anterior providencia se profiere a los diecinueve días del mes de octubre de dos mil doce y se notifica en estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

No. 801-050 del 8 de noviembre de 2012

PARTES

Encarnación Bohórquez Romero
contra
Industrial Developers S.A.S.

ASUNTO

Aplicación indebida de los arbitrios de indemnización.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Encarnación Bohórquez Romero
contra
Industrial Developers S.A.S.

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

I. Antecedentes

1. Los señores Rafael Alvirde García y Encarnación Bohórquez Romero constituyeron la sociedad Industrial Developers S.A.S., mediante la inscripción de un documento privado ante la Cámara de Comercio de Bogotá el día 12 del mes de enero de 2010. En el documento constitutivo se fijó el capital suscrito en la suma de \$5'000.000, representados en 500 acciones nominativas con un valor nominal de \$10.000 cada una. Cada accionista era titular de 250 acciones en circulación.
2. El día 21 de marzo de 2012, el señor Rafael Alvirde García entregó en su condición de representante legal a la señora Encarnación Bohórquez Romero un documento mediante el cual le informaba que había sido excluida de la sociedad Industrial Developers S.A.S. a causa de la mora en el pago de sus aportes.
3. Mediante escrito allegado a este Despacho el 19 de abril de 2012, Encarnación Bohórquez Romero presentó una demanda en contra de Industrial Developers S.A.S., orientada a que se declarara la nulidad absoluta del acto de exclusión ejecutado por el representante legal de esta compañía.
4. Encarnación Bohórquez Romero manifestó que sus aportes habían sido pagados íntegramente, y que ello se evidencia en diferentes documentos, tales como el documento privado de constitución, el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio el 29 de marzo de 2012, y el acta No. 002 del máximo órgano social.

5. Adicionalmente, la demandante sostuvo que el artículo décimo segundo de los estatutos sociales de Industrial Developers S.A.S., consagra los arbitrios de indemnización aplicables en caso de mora para el pago de los aportes, y ninguno de ellos permite la exclusión del accionista moroso.
6. Mediante el auto No. 480-007663 del 31 de julio de 2012, el Despacho admitió la demanda, la cual fue notificada personalmente al representante legal de Industrial Developers S.A.S., el 14 de agosto del mismo año.
7. La compañía demandada contestó la demanda antes mencionada el día 21 del mes de agosto de 2012.
8. En los alegatos de conclusión presentados por el apoderado de Industrial Developers S.A.S., se señaló que, independientemente de lo estipulado en el certificado de la Cámara de Comercio y en los demás documentos, la accionista Encarnación Bohórquez Romero nunca pagó sus aportes. Indicó entonces que la mora puede corroborarse con la confesión que efectuó el licenciado Mauricio Germán Mendoza el día 7 de febrero de 2012, en su calidad de apoderado de la señora Bohórquez Romero. Con base en lo anterior, se dio aplicación a los arbitrios generales de indemnización consagrados en el artículo 125 del Código de Comercio, dentro de los cuales se prevé la exclusión del accionista moroso. La apoderada de la demandante no se presentó a formulara sus alegatos de conclusión.
9. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. Pretensiones

La demanda de la referencia contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

1. ‘Que se declare la nulidad del acto por medio del cual se excluye de la sociedad a la señora Encarnación Bohórquez Romero, teniendo en cuenta, que el mismo fue expedido con violación a los procedimientos establecidos en los estatutos sociales para tal fin’.
2. ‘Que en consecuencia de la anterior declaración, se restituyan los derechos como accionista de la señora Encarnación Bohórquez Romero, de la sociedad Industrial Developers S.A.S.’.
3. ‘Se ordene a la Cámara de Comercio acatar la decisión de la Superintendencia de Sociedades, que en derecho corresponda’.

192 III. Consideraciones del Despacho

El proceso sometido a consideración del Despacho está relacionado con la aplicación de los denominados arbitrios de indemnización, consagrados en el artículo 125 del

Código de Comercio, por parte de la asamblea general de accionistas y el representante legal de la sociedad Industrial Developers S.A.S. El accionista Rafael Alvirde, quien también ocupa el cargo de representante legal de la sociedad, determinó excluir a la accionista Encarnación Bohórquez de la compañía, con fundamento en la mora en el pago del aporte a cargo de esta última. La exclusión impugnada por la demandante quedó registrada en un documento con fecha del 8 de marzo de 2012, suscrito por el señor Alvirde, en el cual se expresó lo siguiente: ‘teniendo en cuenta la ausencia en el pago sobre el valor correspondiente a sus acciones, que pasaron dos (2) años sin que el pago se hubiera hecho efectivo, que se dan todos los presupuestos de ley para esta situación, manifiesto a usted que [...] a partir del día quince (15) de febrero de dos mil doce (2012) ha sido usted excluida como socia accionista de la sociedad Industrial Developers S.A.S.’

Antes de proceder con el análisis de los elementos probatorios aportados durante el curso del proceso, debe precisarse que la actuación controvertida se llevó a cabo en el contexto de un conflicto entre los accionistas de Industrial Developers S.A.S. Desde el momento de su constitución, el capital de la compañía se encontraba dividido en participaciones paritarias, de propiedad de Rafael Alvirde y Encarnación Bohórquez. En algún momento anterior a la fecha en que se produjo la exclusión, se presentaron desavenencias entre los accionistas, tal y como puede apreciarse tras una lectura de las deliberaciones consignadas en el acta correspondiente a la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada del 12 de enero de 2012 (vid. Folios 216 a 219). En este sentido, debe también mencionarse que, durante el interrogatorio de Rafael Alvirde, este manifestó que estaba incurso en un ‘proceso de divorcio’ con Encarnación Bohórquez. Es claro, pues, que los accionistas de Industrial Developers S.A.S. se encontraban en conflicto al momento de aplicarse los arbitrios de indemnización a que se ha aludido. Esta circunstancia será tenida en cuenta por el Despacho, según se explica más adelante.

Ahora bien, la justificación esgrimida por Rafael Alvirde para excluir de la compañía a Encarnación Bohórquez consistió en la mora en el pago de \$2.500.000, correspondientes a 250 acciones ordinarias suscritas al momento de constituirse Industrial Developers S.A.S. Para efectos de verificar si era procedente aplicar el arbitrio señalado, el Despacho deberá examinar las diferentes pruebas aportadas durante el proceso, con el propósito de establecer si, en efecto, Encarnación Bohórquez se encontraba en mora de pagar las acciones suscritas.

El primer elemento probatorio que debe traerse a colación es el documento privado de constitución de Industrial Developers S.A.S. Este documento, suscrito el 17 de noviembre de 2009 e inscrito ante el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá el 12 de enero de 2010, contiene los estatutos sociales de Industrial Developers S.A.S., en los que se alude al capital destinado para la constitución de la compañía (vid. Folio 32). Según consta en la cláusula sexta de los estatutos citados, ‘el capital suscrito y pagado de la sociedad es la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000), dividido en quinientas (500) acciones nominativas de valor nominal de diez mil pesos (\$10.000)

cada una. A la fecha de constitución de la sociedad, el capital se encuentra suscrito y pagado de la siguiente manera:

Nombre del Socio	Porcentaje	Número de acciones	Capital suscrito y pagado
Rafael Alvirde García	50	250	\$2.500.000
Encarnación Bohórquez	50	250	\$2.500.000

Es decir que, conforme a los estatutos sociales de Industrial Developers S.A.S., el capital suscrito de la compañía se encontraba íntegramente pagado al momento de su constitución. Esta circunstancia también aparece consignada en el certificado de existencia y representación legal emitido por la Cámara de Comercio de Barranquilla el 15 de julio de 2010 (vid. Folio 69). En este orden de ideas, es pertinente mencionar que el 13 de abril de 2011 la sociedad expidió los certificados de acciones No. 001 y 002, cada uno por 250 acciones ordinarias de Industrial Developers S.A.S., a nombre de Rafael Alvirde y Encarnación Bohórquez, respectivamente (Vid. folio 327). Esta última circunstancia es relevante a la luz de lo previsto en el artículo 400 del Código de Comercio, a cuyo tenor, ‘mientras el valor de las acciones no esté cubierto íntegramente, solo se expedirán certificados provisionales a los suscriptores [...] pagadas totalmente las acciones se cambiarán los certificados provisionales por títulos definitivos’.

Así, pues, a primera vista, los elementos probatorios examinados parecerían indicar que Encarnación Bohórquez efectivamente realizó el pago de las acciones suscritas al momento de la constitución de Industrial Developers S.A.S. No obstante, el Despacho estima necesario consultar los libros contables de la compañía, a fin de establecer, con mayor claridad, si la sociedad recibió el pago aludido. Lo primero que debe mencionarse es que la contabilidad de la compañía sí registra una deuda a cargo de Encarnación Bohórquez por valor de \$2.500.000, según puede apreciarse en el balance con corte a 31 de diciembre de 2011 y sus notas explicativas (vid. Folios 51 a 54).¹ Ello puede constatarse en la Nota No. 2, en la que se alude al rubro denominado ‘cuentas por cobrar a socios’ (vid. Folio 53). Con todo, en el mismo balance aparece consignada la suma de \$5.000.000 por concepto de capital suscrito y pagado, es decir, un valor equivalente a la totalidad del capital destinado a la constitución de Industrial Developers S.A.S. Es decir que, por una parte se registró una deuda a cargo de Encarnación Bohórquez y, de otra, se estableció que el capital suscrito había sido totalmente pagado.

Para efectos de resolver la aparente contradicción antes descrita, es preciso consultar los documentos obtenidos como resultado de la inspección judicial practicada en las oficinas de administración de Industrial Developers S.A.S. En el comprobante de contabilidad No. A0000003, emitido por la compañía el 31 de enero de 2011, se consignan dos préstamos a los accionistas de la sociedad, cada uno por valor de \$2.500.000 (vid. Folio

¹ El balance citado en el texto principal no había sido aprobado por la asamblea general de accionistas de Industrial Developers S.A.S. al momento de la exclusión. Ello se debe a que la asamblea se reunió por primera vez el 12 de enero de 2012, fecha en la cual ya se encontraban en conflicto los dos accionistas con participaciones paritarias en el capital social. No obstante, el balance fue firmado por el representante legal de la compañía, así como por su contadora, según puede apreciarse en los folios 51 a 54.

250). Este valor fue extraído del rubro denominado Caja General (cuenta No. 110505), por concepto de ‘préstamo a socios 50% aportes’. Adicionalmente, en el Anexo a la nota explicativa No. 5, correspondiente al balance con corte a 31 de diciembre de 2011, se consigna una deuda de \$2.500.000 a cargo de Rafael Alvirde, por concepto de ‘préstamo del aporte inicial’ (vid. Folio 204). De igual forma, en la nota explicativa No. 2, atinente a la cuenta por cobrar a Encarnación Bohórquez, se le atribuye una deuda de \$2.500.000 ‘por concepto de préstamo del aporte inicial de la sociedad’. Por lo demás, en los diferentes extractos del Libro Mayor y Balances incluidos en los folios 267 a 305 siempre aparece consignada la suma de \$5.000.000 por concepto de capital suscrito y pagado.

Así, pues, los registros contables de Industrial Developers S.A.S. dan cuenta de un préstamo de \$2.500.000 a cada uno de los accionistas, destinado al pago de los aportes iniciales a la compañía. Se trató, a todas luces, de una operación irregular, en la que las acciones emitidas por Industrial Developers S.A.S. y suscritas por Rafael Alvirde y Encarnación Bohórquez fueron pagadas con dineros suministrados por la misma sociedad destinataria del aporte. A su vez, estas sumas provinieron de préstamos efectuados por Rafael Alvirde a Industrial Developers S.A.S., según puede apreciarse en los extractos del Libro Diario Oficial contenidos en los Folios 257 y siguientes.

La conclusión expresada en el párrafo anterior encuentra sustento no solo en la contabilidad de la compañía, sino también en algunas de las pruebas aportadas al proceso. Así, por ejemplo, en el documento mediante el cual se notificó la exclusión controvertida, se pone de presente que Industrial Developers S.A.S. le efectuó un préstamo a Encarnación Bohórquez para el pago de las acciones suscritas en el acto de constitución (vid. Folio 76). En verdad, en el aludido documento se cita al señor Mauricio Germán Mendoza, quien indicó lo siguiente: ‘reconozco que mi mandante es deudora de la sociedad en cuantía de \$2.500.000 (dos millones quinientos mil pesos), suma esta que al (sic) préstamo efectuado por la sociedad para el valor de sus acciones suscritas y pagadas en la sociedad’.

En síntesis, por virtud de una operación contable irregular, los recursos de la sociedad fueron usados para el pago de los aportes de los accionistas. El registro contable de tales operaciones dio lugar a la creación de una cuenta por cobrar a los accionistas y, simultáneamente, al pago del capital suscrito. A pesar del carácter anómalo de las operaciones registradas en la contabilidad de Industrial Developers S.A.S., el Despacho considera necesario conferirle pleno valor probatorio a los libros de la compañía. Ello se debe a que en nuestro ordenamiento jurídico se le han conferido importantes efectos a los denominados libros y papeles de comercio.² Un ejemplo de tales efectos puede encontrarse en el artículo 68 del Código de Comercio, en el cual se dispone que ‘los

² En criterio de Pinzón, ‘los libros de comercio, en general, se exigen en interés del comerciante mismo, para que pueda seguir diariamente el interés de sus negocios y tener una prueba de sus derechos; en interés de los terceros que contratan con él para facilitarles medios de defensa, con la posibilidad de utilizarlos como medios de prueba; y en interés público, para establecer la integridad del patrimonio del comerciante en los casos de quiebra, lo mismo que para que el Estado tenga en ellos una fuente de informaciones fidedignas” G Pinzón, Introducción al Derecho Comercial (1985, Bogotá, Editorial Temis) p. 325.

libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente'.³

Por su parte, en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil se establece que 'los libros de comercio hacen fe en los procesos entre comerciantes, siempre que estén llevados en legal forma. En los demás casos, solamente harán fe contra el comerciante que los lleva'. En este mismo artículo se expone una regla respecto del valor probatorio atribuido a los libros de comercio, por cuya virtud, 'al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros'.⁴ Se trata de una disposición orientada a evitar que los comerciantes intenten restarle valor a la información desfavorable consignada en sus propios libros de comercio.

En este punto es relevante consultar la opinión de Neira Archila, según la cual 'es evidente que cuando el comerciante verifica sus registros en los libros, no lo hace con el objeto de preconstituir una prueba a su favor sino simplemente con la finalidad de dejar una historia fidedigna de las operaciones realizadas y de los resultados de las mismas. Por ello esos registros no van a referirse exclusivamente a derechos a favor del mismo comerciante, sino que también incluirán obligaciones a su cargo. Por esas razones se equiparan esos registros a una confesión'.⁵ De otra parte, según lo expuesto por Narváez, la información contenida en los libros de comercio 'se considera veraz en virtud de que normalmente nadie la establece en contra de sus propios intereses y a favor de otro sin haber un motivo para ello. Y si el empresario pretende presentar una situación aparente, cobra vigor el principio de que nadie puede invocar en su favor su propio dolo. De ahí que en general la ley no admita prueba alguna que tienda a destruir lo que resulte de sus asientos'.⁶

También debe ponerse de presente que Rafael Alvirde ha ocupado el cargo de representante legal principal desde la constitución de Industrial Developers S.A.S. Esta circunstancia puede constatarse tanto en la designación efectuada en el documento privado de constitución de la compañía (vid. Folio 47), como en los diferentes certificados de existencia y representación legal aportados al proceso (Vid. Folios 28 y 69). En este sentido, el señor Alvirde firmó los estados financieros con corte a diciembre 31 de 2011, en los que se consigna el denominado 'préstamo del aporte inicial de la sociedad' a que se ha hecho referencia.

³ En este sentido, el numeral 5º del artículo 20 del Código de Comercio le atribuye la calidad de acto mercantil a la 'intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales'. Al mismo tiempo, en el artículo 11 del mismo Código se establece que 'las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones'.

⁴ En criterio de Ramírez Gómez, 'cuando los libros de comercio no cumplen con los requisitos formales y materiales que la ley establece, éstos pierden toda su eficacia probatoria a favor del comerciante que los invoca, pero conservan el valor probatorio en su contra, porque mal podría el comerciante argumentar en su favor su propia culpa, su propia negligencia y omisión, ya que es él el que tiene que cumplir con el deber de llevar los libros ajustados a las prescripciones legales' JF Ramírez Gómez, *La Prueba Documental* (1984, Medellín, Editorial Vieco) p. 48.

⁵ L C Neira Archila, 'Los Libros de Comercio' en *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá*, No. 3 (1971) p. 105)

⁶ J I Narváez, *Introducción al Derecho mercantil*, 6ª Ed. (1990, Bogotá, Ediciones Bonnet & Cía) p. 292.

Así mismo, al responder una pregunta respecto del préstamo consignado en los libros contables de Industrial Developers S.A.S. a favor de Encarnación Bohórquez, durante el interrogatorio practicado por el Despacho en las oficinas de administración de la compañía, el señor Alvirde manifestó lo siguiente: ‘soy contador público. A lo mejor abuso un poco de la técnica contable por esa razón. Sin duda fue un tema de economía que hizo el despacho [contable]’. Durante el mismo interrogatorio, el aludido representante legal de Industrial Developers S.A.S. señaló que el registro del citado préstamo para efectos del pago del aporte inicial de los accionistas había sido ‘un error contable’.

Lo expresado en los párrafos anteriores le permite al Despacho concluir que Rafael Alvirde conocía en detalle la contabilidad de la compañía, no solo por su calidad de administrador, sino también por sus calificaciones técnicas como contador. Esta circunstancia hace aún más rebatible que el señor Alvirde pretenda restarle validez a la información consignada en los libros contables de Industrial Developers S.A.S. para excluir a Encarnación Bohórquez, máxime si se tiene en cuenta que tal actuación se produjo en el contexto de un conflicto entre los dos accionistas de la compañía.

Aunque es por lo menos irregular que una sociedad les preste dinero a los accionistas para efectuar el pago de sus aportes, esta circunstancia no desvirtúa, por sí sola, la calidad de accionista de Encarnación Bohórquez. En este orden de ideas, tanto el documento privado de constitución de Industrial Developers S.A.S., como los estatutos sociales y los libros contables antes examinados, dan cuenta del pago total del capital suscrito de la compañía con anterioridad al momento de la exclusión. Debe reiterarse, por lo demás, que Rafael Alvirde, no solo participó en la preparación de la contabilidad de Industrial Developers S.A.S. sino que también recibió un préstamo por \$2.500.000 para efectuar el pago de su aporte inicial a la compañía (vid. Folios 204 y 250).

Es claro, pues, que existe un amplio acervo documental para fundamentar el pago efectivo del aporte a cargo de Encarnación Bohórquez. Además, algunas de las pruebas que constan en el expediente indican que Rafael Alvirde reconocía esta situación, por lo menos hasta el momento en que se produjo el conflicto antes mencionado. El Despacho considera que, por el solo hecho de haberse presentado una disputa entre los accionistas de Industrial Developers S.A.S., sus accionistas y administradores no pueden desconocer la validez de la información contenida en los libros contables y los documentos sociales inscritos ante el registro mercantil, como tampoco pueden restarle valor a sus propias actuaciones con anterioridad al momento del conflicto.

Por virtud de las consideraciones precedentes, el Despacho debe concluir que Encarnación Bohórquez pagó efectivamente el valor correspondiente a las acciones suscritas en Industrial Developers S.A.S. Ello ocurrió en algún momento entre la constitución de la compañía y la fecha en la que se efectuó la operación contable por virtud de la cual se registró un préstamo a favor de la aludida accionista para justificar el pago de su aporte. En vista de que la mora en el pago de préstamos efectuados por la sociedad no da lugar a la aplicación de arbitrios de indemnización, el Despacho encuentra que era improcedente excluir a la aludida accionista de la compañía.

Ahora bien, las pretensiones de la demanda están orientadas a ‘que se declare la nulidad del acto por medio del cual se excluyó de la sociedad a la señora Encarnación Bohórquez Romero’. Entiende el Despacho que la citada pretensión alude a la actuación del representante legal mediante la cual se ejecutó la decisión de la asamblea general de accionistas de excluir a Encarnación Bohórquez de Industrial Developers S.A.S. No obstante, las pretensiones no parecen controvertir directamente la decisión del máximo órgano social a que se ha hecho referencia.⁷ En este sentido, debido a que Encarnación Bohórquez efectivamente pagó el valor correspondiente a su aporte, el Despacho encuentra que ella sí podía ejercer los derechos políticos inherentes a las acciones en la fecha en que la asamblea tomó la decisión mencionada. Ello significa que la citada accionista ha debido ser convocada a la reunión en la que se determinó excluirla de la sociedad. Sin embargo, en la contestación de la demanda se reconoce que tal convocatoria no se produjo, según puede constatarse en el siguiente extracto: ‘al perder la señora Encarnación Bohórquez Romero los derechos inherentes a [las acciones], resultaba imposible convocarla a la Asamblea y fue este Órgano Máximo en cabeza de su único accionista quien [...] optó por la exclusión [...]’ (vid. Folio 189).

Así las cosas, la aludida falta de convocatoria configuraría la sanción de ineficacia prevista en el artículo 190 del Código de Comercio, cuya operación se produce por ministerio de la ley, en los términos del artículo 897 del mismo Código. En vista de que la ineficacia opera de pleno derecho, no es necesario contar con una declaración judicial para que tal sanción surta efectos. De ahí que el Despacho no pueda reconocerle efectos a un acto ineficaz. Sobre el particular, es relevante consultar la opinión de Martínez Neira, según el cual ‘resulta entonces contrario al ordenamiento jurídico y a los principios constitucionales de la igualdad reconocer efectos jurídicos a negocios ineficaces’.⁸ En consecuencia, por virtud de la ineficacia de la decisión de la asamblea de Industrial Developers S.A.S. de excluir a Encarnación Bohórquez, el Despacho considera que la ejecución de tal decisión por parte del representante legal de la compañía no se ajustó a derecho. En verdad, la aplicación del arbitrio de indemnización consagrado en el numeral 1º del artículo 125 del Código de Comercio solo es procedente cuando ‘el aporte no se haga en la forma y época convenidas’. Debe entonces concluirse que las actuaciones del representante legal adolecen de nulidad absoluta, por contravención de la norma de carácter imperativo antes mencionada. Es por ello por lo que las pretensiones contenidas en la demanda habrán de prosperar.

IV. Excepciones

Por virtud de las anteriores consideraciones, así como por el hecho de que las afirmaciones planteadas en la contestación no parecen ser excepciones, debe rechazarse lo solicitado por la sociedad demandada en el capítulo correspondiente a las excepciones.

⁷ La existencia de esta decisión puede constatarse tanto en la contestación de la demanda, como en la denominada Acta No. 002, registrada ante la Cámara de Comercio de Bogotá, el 27 de marzo de 2012 (vid. Folio 331).

⁸ N. H. Martínez, Cátedra de Derecho Contractual Societario, 2010, Abeledo Perrot, p. 301.

V. Costas

De conformidad con lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho una suma equivalente a \$1.691.000 a cargo de la compañía Industrial Developers S.A.S.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Decretar la nulidad absoluta del acto mediante el cual el representante legal de Industrial Developers S.A.S., ejecutó la decisión de la asamblea general de accionistas de la compañía de excluir a Encarnación Bohórquez Romero.

Segundo. Reconocerle a Encarnación Bohórquez Romero la titularidad sobre 250 acciones ordinarias de Industrial Developers S.A.S.

Tercero. Ordenarle a la compañía que adopte las medidas necesarias para reconocerle la calidad de accionista a Encarnación Bohórquez, en los términos antes indicados.

Cuarto. Oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá para que registre la presente providencia.

Quinto. Condenar en costas a la parte demandada, para lo cual se fija, a título de agencias en derecho, una suma equivalente a \$1.691.000 a cargo de la compañía Industrial Developers S.A.S.

La anterior providencia se profiere a los ocho días del mes de noviembre de dos mil doce y se notifica en estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

No. 801-004 del 1º de febrero de 2013

PARTES

María del Pilar Luque de Schaefer
contra
Luque Torres Ltda. en liquidación

ASUNTO

Aplicación del artículo 223 del Código de Comercio en sociedades disueltas y en estado de liquidación.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

María del Pilar Luque de Schaefer
contra
Luque Torres Ltda. en liquidación

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal

I. Antecedentes

1. La sociedad Luque Torres Ltda. en liquidación se encuentra disuelta y en estado de liquidación desde el 29 de diciembre de 1996.
2. La junta de socios de la compañía se reunió en sesiones extraordinarias los días 26 de abril y 18 de mayo de 2012. En dichas reuniones se adoptaron decisiones por cuyo efecto se construiría una vía en un predio de la compañía.
3. María del Pilar Luque de Schaefer presentó una demanda en contra de Luque Torres Ltda. en liquidación, orientada a que se declare nulidad absoluta respecto de las decisiones anteriormente descritas.
4. Según la demandante, las decisiones tomadas por la junta de socios contravienen a la ley, en la medida en que, luego de disuelta la sociedad, su capacidad quedó reducida a la ejecución de todos aquellos actos encaminados a la inmediata liquidación.
5. Mediante el auto No. 801-008243 del 15 de agosto de 2012, el Despacho admitió la demanda, la cual fue notificada personalmente al representante legal de Luque Torres Ltda. en liquidación el 5 de septiembre del mismo año.
6. El liquidador de Luque Torres Ltda. contestó la demanda antes mencionada el 18 de septiembre de 2012.

7. El 1º de febrero de 2013, la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión. La compañía demandada no asistió a la audiencia señalada.
8. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. Pretensiones

La demanda de la referencia contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

1. ‘Que se declare la nulidad absoluta de las decisiones adoptadas por la junta de socios de la sociedad Luque Torres Ltda. en liquidación, en las reuniones celebradas los días 26 de abril de 2012, continuada el 3 de mayo de 2012, y 18 de mayo de 2012’.
2. ‘Que se condene al demandado al pago de las costas del proceso’.

III. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante este Despacho busca que se declare la nulidad absoluta de ciertas decisiones de la junta de socios de Luque Torres Ltda. en liquidación, adoptadas para permitir la celebración de un contrato para la construcción de una vía en un predio de propiedad de la compañía. Según el criterio de la demandante, tales decisiones fueron aprobadas en contravención de lo previsto en el artículo 222 del Código de Comercio, por cuanto la construcción en comento no tiene relación directa con la liquidación de la sociedad. En su defensa, la parte demandada expresó que tales obras resultan indispensables para preservar el valor del inmueble en cuestión, el cual se encuentra ubicado en una zona de reserva vial. Se trata, pues, de una discusión acerca de la naturaleza de las determinaciones adoptadas por el máximo órgano social de Luque Torres Ltda. Antes de dirimir la controversia suscitada entre las partes, a continuación se presenta un breve repaso del material probatorio recogido durante el curso del proceso.

El inmueble objeto de las decisiones impugnadas, el cual representa el único activo de Luque Torres Ltda., está ubicado en una zona de reserva vial, destinada al proyecto de expansión de la Avenida Córdoba en la ciudad de Bogotá (vid. Folios 207 y siguientes). Desde hace varios años, la sociedad Constructora Urbana San Rafael S.A. le ha propuesto a la compañía demandada la celebración de un contrato para construir una vía privada en el predio mencionado (vid. Folios 86 y siguientes). Durante las reuniones extraordinarias de la junta de socios celebradas el 26 de abril y el 18 de mayo de 2012, los socios de Luque Torres Ltda. discutieron la más reciente oferta formulada por Constructora Urbana San Rafael S.A. (vid. Folio 49 y siguientes). En la última de las reuniones aludidas, el máximo órgano social de la demandada, mediante el voto unánime de los asociados presentes, autorizó al representante legal para celebrar el

negocio jurídico reseñado, así como para arrendar aquellas áreas del inmueble que no fuesen objeto de la construcción (vid. Folio 95).

Según la información que reposa en el expediente, en particular la carta de compromiso suscrita el 29 de mayo de 2012, la totalidad de los recursos para la construcción serían aportados por la Constructora Urbana San Rafael S.A. También es relevante anotar que, tal y como aparece expresado en el documento aludido, ‘en el contrato que se firme para autorizar la construcción de la vía provisional privada sobre los predios de la sociedad Luque Torres Ltda. en liquidación se deberá regular todo lo concerniente a la explotación conjunta de la totalidad de la mencionada vía’ (vid. Folio 177).

Así las cosas, le corresponde ahora a este Despacho aludir a los argumentos que han formulado las partes para sustentar sus respectivas posiciones. Para tal efecto, el Despacho hará referencia, en primer término, a las reglas contempladas en los artículos 222 y 223 del Código de Comercio, para luego analizar, a la luz de tales preceptos, los negocios jurídicos respecto de los cuales se pronunció la junta de socios de Luque Torres Ltda.

El régimen colombiano en materia de liquidación voluntaria de sociedades contiene importantes restricciones, orientadas a permitir el adecuado desarrollo de los procesos de la naturaleza indicada. Una de tales restricciones, contenida en el artículo 222 del Código de Comercio, tiene por efecto la imposición de límites al objeto social de compañías en trámite de liquidación voluntaria. Ello significa, simplemente, que tales sociedades ‘conservan su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación’. En sentido similar, el artículo 223 del mismo Código dispone que, una vez disuelta la sociedad, ‘las determinaciones de la junta de socios o de la asamblea deberán tener relación directa con la liquidación’. Ambas restricciones están relacionadas con la necesidad de que se cumplan, de la manera más expedita posible, todas aquellas gestiones requeridas para culminar el proceso de liquidación.

En el caso objeto de estudio, el Despacho encuentra que la celebración de contratos para la ‘explotación conjunta’ de un inmueble de propiedad de Luque Torres Ltda. difícilmente encaja dentro de las actividades que la ley les permite realizar a las compañías en estado de liquidación. Por el contrario, se trata de actuaciones inherentes a la actividad mercantil, que no parecen guardar mayor relación con la finalidad de liquidar el patrimonio social de Luque Torres Ltda. Sobre el particular, puede traerse a colación lo expresado por este Despacho en el Auto No. 801-017812 del 18 de diciembre de 2012, en el cual se afirmó que ‘la construcción de una vía no parece ser un acto directamente relacionado con la liquidación de la compañía. Esta operación podría, incluso, llegar a retrasar el curso del proceso liquidatorio, mientras se completan las obras correspondientes’. Esta última afirmación adquiere aún más fuerza a la luz de lo señalado por el liquidador de la compañía, en cuyo criterio, la celebración de los negocios jurídicos propuestos podría tardar a lo menos tres años (vid. Folio 95 reverso).

Así, pues, parecería que las determinaciones impugnadas en el presente proceso se adoptaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 223 del Código de Comercio.

No obstante, deben tenerse en cuenta las explicaciones ofrecidas por el liquidador de la compañía durante el interrogatorio practicado en la audiencia celebrada el 27 de noviembre de 2012. Según se explica en el ya citado Auto No. 801-017812, ‘el liquidador declaró que las diferentes actuaciones adelantadas para enajenar el único activo de la compañía habían sido infructuosas. Ello se debe, según el liquidador, a que se trata de un inmueble ubicado en una zona de reserva vial, lo cual hace difícil su enajenación. Así mismo, se manifestó que el principal comprador potencial, el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), no había mostrado un verdadero interés en adquirir el activo. Por lo demás, el liquidador señaló que, por razones de índole técnica, no resultaba conveniente efectuar una partición del lote. En este orden de ideas, el liquidador le informó al Despacho que el negocio jurídico propuesto ante la junta de socios de la compañía permitiría preservar el valor del bien mientras se cumple el trámite de la liquidación’.

A pesar de lo anterior, en el Auto citado también se puso de presente que existen ciertos factores que le restan solidez a las explicaciones rendidas por el liquidador de la compañía. Según se expresó en esa providencia, ‘en primer lugar, [...] la compañía se encuentra en estado de liquidación hace más de 15 años. Esta anómala situación parece desbordar el alcance de las reglas comerciales que rigen los procesos de liquidación privada. En segundo lugar, de conformidad con las afirmaciones del propio liquidador, los socios no parecen estar interesados en dar por terminado el proceso de liquidación. De ser ello cierto, debería considerarse la posibilidad de adoptar medidas que permitiesen la continuación del objeto social de Luque Torres Ltda. Lo que no puede aceptarse es que una compañía continúe realizando actividades propias de su objeto social a pesar de encontrarse en estado de liquidación, como parecería ocurrir en el presente caso’.¹

El Despacho estima que, desde la fecha en que se emitió el Auto No. 801-017812, no se han aportado nuevos elementos de juicio que desvirtúen las consideraciones antes expuestas. Así, pues, tras un estudio de las pruebas recogidas durante el curso del presente proceso, este Despacho no encontró indicios de que los socios y el liquidador de Luque Torres Ltda. se propongan culminar el proceso de liquidación en el que se encuentra incurso la compañía desde 1996. Es preciso señalar, además, que el loable fin de salvaguardar el único activo de la sociedad no puede servir de pretexto para prolongar, en forma indefinida, el proceso de liquidación de Luque Torres Ltda.

Por virtud de las anteriores consideraciones, el Despacho debe concluir que adolecen de nulidad absoluta todas aquellas determinaciones de la junta de socios de Luque Torres Ltda. relacionadas con los negocios jurídicos a que se ha hecho referencia en esta sentencia. Ello se debe, según ya se explicó, a la violación de la disposición de carácter imperativo contenida en el artículo 223 del Código de Comercio. De igual forma, el Despacho considera que los argumentos expuestos anteriormente son suficientes para rechazar las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda. En vista de que la única decisión relacionada con los negocios jurídicos antes descritos

¹ En los alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la demandante se expresó que María del Pilar Luque, a diferencia de los demás socios de la compañía, sí tiene interés en que se liquide cuanto antes el patrimonio social.

es la que se encuentra consignada en el punto 4 del acta No. 57, correspondiente a la reunión de la junta de socios de Luque Torres Ltda. en liquidación celebrada el 18 de mayo de 2012, el Despacho se pronunciará solamente acerca de tal determinación.

IV. Costas

De conformidad con lo establecido en los numerales 1º y 2º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y se ordenarán las correspondientes agencias en derecho. En consecuencia, se fijará un valor total de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es \$1.179.000, a cargo de la compañía demandada y a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Declarar la nulidad absoluta de la decisión adoptada el 18 de mayo de 2012 por la junta de socios de la sociedad Luque Torres Ltda. en liquidación, relativa a la celebración de un negocio jurídico respecto del inmueble de propiedad de la compañía, según consta en el punto 4 del Acta no. 57 de Luque Torres Ltda.

Segundo. Negar las excepciones de mérito.

Tercero. Oficiar al representante legal de la sociedad demandada para que proceda de conformidad con lo resuelto en esta sentencia.

Cuarto. Condenar en costas a la demandada y fijar como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$1.179.000.

La anterior providencia se profiere el primer día del mes de febrero de dos mil trece y se notifica en estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

No. 801-011 del 20 de febrero de 2013

PARTES

Carlos Hakim Daccach
contra
Gyptec S.A.

ASUNTO

Concepto de 'tránsito' hacia el tipo de la SAS.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Carlos Hakim Daccach
contra
Gyptec S.A.

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso
Artículo 137 de la Ley 446 de 1998

Trámite

Proceso verbal sumario

I. Antecedentes

El proceso iniciado por Carlos Hakim Daccach en contra de Gyptec S.A., surtió el curso descrito a continuación:

1. El 31 de octubre de 2012, mediante Auto No. 801-015216, este Despacho admitió la demanda presentada por Carlos Hakim Daccach en contra de Gyptec S.A. En esta misma fecha, el Despacho emitió el Auto No. 801-015217, por cuya virtud se fijó una caución como condición previa para el decreto y práctica de medidas cautelares.
2. El 20 de noviembre de 2012, el demandante prestó la caución fijada por el Despacho, mediante consignación efectuada en la cuenta de depósitos judiciales de la Superintendencia de Sociedades.
3. El 23 de noviembre de 2012, mediante Auto No. 801-016354, el Despacho decretó la suspensión de la escisión parcial aprobada por la asamblea general de accionistas de la compañía demandada.
4. El 28 de noviembre de 2012, una vez ejecutoriado el Auto No. 801-016354, la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria le envió un citatorio electrónico de notificación al representante legal de Gyptec S.A.

5. El 6 de diciembre de 2012, luego de constatarse que el representante legal de Gyptec S.A., no se había notificado aún del auto admisorio de la demanda, la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria preparó el aviso de notificación a que alude el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil y lo puso a órdenes del demandante.
6. El 21 de diciembre de 2012, la apoderada de Carlos Hakim le solicitó al Despacho que remitiera el aviso por medios electrónicos. Esta Superintendencia le envió el aviso electrónico al representante legal de Gyptec S.A. el 26 de diciembre de 2012.
7. El 4 de enero de 2013, Gyptec S.A. contestó la demanda y formuló excepciones de mérito.
8. El 16 de enero de 2013, mediante Auto No. 801-000514 el Despacho citó a las partes para el 25 de enero de 2013, a fin de llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil.
9. Por efecto de una solicitud presentada ante el Despacho, se cambió la fecha de la audiencia referida para el 29 de enero de 2013. Durante la audiencia celebrada en esta última fecha se cumplieron las diferentes etapas procesales, hasta el decreto de pruebas.
10. Una vez agotada la práctica de las pruebas ordenadas por el Despacho, se citó a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión el 15 de febrero de 2013. Los apoderados de cada una de las partes formularon tales alegatos en debida forma.
11. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. Pretensiones

La demanda presentada por Carlos Hakim contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

Principales

1. ‘Que se declare que la decisión de escindir la sociedad Gyptec S.A., para formar la sociedad Gyptec Inmuebles S.A.S. que consta en el acta 17 de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A., es nula absolutamente.
2. ‘Que se declare que la decisión de escindir la sociedad Gyptec S.A., para formar la sociedad Gyptec Inmuebles S.A.S. que consta en el acta 17 de la asamblea general

de accionistas de Gyptec S.A., es nula absolutamente por no haber sido aprobada por unanimidad, en los términos del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008.

3. 'Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta, se declare que la decisión de escindir la sociedad Gyptec S.A., para formar la sociedad Gyptec Inmuebles S.A.S., no produjo efectos.
4. 'Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta, se ordene a Gyptec S.A., y a sus administradores realizar todos los actos necesarios para retrotraer cualquier acto realizado con fundamento en el acta 17.
5. 'Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta, se ordene la cancelación de la inscripción del acta 17 de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A., en el registro mercantil, en el evento en que se haya practicado.
6. 'Que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho'.

Subsidiarias:

1. 'Que se declare el reconocimiento de la existencia de los presupuestos de ineficacia de las decisiones adoptadas por la asamblea extraordinaria de accionistas de la sociedad Gyptec S.A. celebrada el 24 de septiembre de 2012.
2. 'Que se declare el reconocimiento de la existencia de los presupuestos de ineficacia de las decisiones adoptadas por la asamblea extraordinaria de accionistas de la sociedad Gyptec S.A., celebrada el 24 de septiembre de 2012 por ser contrarias a la ley al no contener las especificaciones establecidas en el artículo 4º de la Ley 222 de 1995 en el proyecto de escisión.
3. 'Que se declare el reconocimiento de la existencia de los presupuestos de ineficacia de las decisiones adoptadas por la asamblea extraordinaria de accionistas de la sociedad Gyptec S.A., celebrada el 24 de septiembre de 2012 por no haberse realizado la convocatoria al señor Carlos Hakim Daccach en su domicilio, de acuerdo con lo establecido en la ley y los estatutos.
4. 'Que como consecuencia del reconocimiento de la existencia de los presupuestos de ineficacia, se declare que tales decisiones no produjeron efecto alguno.
5. 'Que como consecuencia del reconocimiento de la existencia de los presupuestos de ineficacia, se ordene a Gyptec S.A., y a sus administradores realizar todos los actos necesarios para retrotraer cualquier acto realizado con fundamento en el acta 17.
6. 'Que como consecuencia del reconocimiento de la existencia de los presupuestos de ineficacia, se ordene la cancelación de la inscripción del acta 17 de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A., en el registro mercantil, en el evento en que se haya practicado.
7. 'Que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho'.

III. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante este Despacho está orientada, principalmente, a que se declare la nulidad absoluta de una decisión adoptada por la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A., durante la reunión extraordinaria celebrada el 24 de septiembre de 2012. Según la información consignada en el Acta No. 17, correspondiente a la aludida sesión del máximo órgano social, la decisión controvertida consistió en escindir parcialmente a Gyptec S.A., a fin de destinar un bloque de su patrimonio a la creación de una sociedad denominada Gyptec Inmuebles S.A.S. (vid. Folios 50 y siguientes). Bajo los términos del proyecto presentado ante la asamblea de Gyptec S.A., una vez completada la escisión, todos los accionistas de esta compañía, incluido el demandante, Carlos Hakim, recibirían acciones en Gyptec Inmuebles S.A.S. Por lo demás, en el Acta no. 17 se señala que la decisión controvertida fue aprobada ‘por mayoría de las acciones representadas por los accionistas Arkata Investments Inc., Ukiah International Corp., Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Tawil, que corresponden al 99,998% de las acciones representadas [...] con el voto negativo de la apoderada del señor Carlos Hakim, que corresponde al 0,001883% de las acciones representadas [...]’ (vid. Folio 24).

La pretensión principal del demandante encuentra fundamento en la presunta violación de la regla contemplada en el párrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008. Según se expresa en la demanda, la escisión parcial antes descrita tendría como consecuencia la participación de Carlos Hakim en una sociedad por acciones simplificada de nueva creación, Gyptec Inmuebles S.A.S. Por este motivo, en criterio del demandante, la escisión debió aprobarse mediante el voto favorable de la totalidad de los accionistas de Gyptec S.A., en lugar de hacerse por mayoría, como en efecto ocurrió. Por su parte, el apoderado de la sociedad demandada considera que el negocio jurídico controvertido no encaja dentro de la hipótesis fáctica regulada en el párrafo del citado artículo 31. Ello se debe, según lo afirmado tanto en la contestación de la demanda como en los respectivos alegatos de conclusión, a que la escisión parcial aprobada por la asamblea de Gyptec S.A. no da lugar a un tránsito hacia el tipo de la SAS, condición indispensable para exigir el voto unánime de los accionistas de la escidente.

Para dirimir la controversia suscitada entre las partes, es preciso estudiar el alcance de la regla contenida en el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, a fin de establecer si el requisito de unanimidad allí contenido le resultaba aplicable a la escisión parcial de Gyptec S.A. En este orden de ideas, debe recordarse que el Despacho ya realizó un examen preliminar de los asuntos mencionados, según consta en el Auto No. 801-016354 del 23 de noviembre de 2012, mediante el cual se decretó una medida cautelar en este proceso. En la providencia aludida se formulan diversas consideraciones acerca de la aplicación del requisito de unanimidad cuando se propone el tránsito hacia una SAS.¹ A continuación se presentan algunos extractos de la providencia en cuestión, con

¹ En vista de que los hechos del presente caso están relacionados exclusivamente con la escisión parcial de una sociedad anónima, el Despacho no analizará la otra hipótesis prevista en el artículo 31 de la Ley 1258, es decir, la migración de una SAS hacia uno de los tipos regulados en el Código de Comercio.

el propósito de ilustrar a las partes acerca de los elementos de juicio que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el conflicto objeto del presente análisis.

En el Auto No. 801-016354, este Despacho consultó diversas fuentes, incluidos los antecedentes legislativos del proyecto que dio lugar a la Ley 1258, para resaltar la importancia del requisito de unanimidad a que se ha hecho referencia. El mencionado estudio permitió establecer que uno de los objetivos principales del artículo 31 consiste en evitar que un sujeto pueda adquirir la calidad de accionista en una SAS, sin haber manifestado para el efecto su consentimiento expreso. Según se anota en el auto en mención, ‘la libertad dispositiva que la Ley 1258 les confirió a los accionistas de este nuevo tipo societario es, quizás, la principal justificación del requisito de unanimidad previsto en el citado artículo 31. Solo mediante la aplicación de este requisito puede asegurarse que los accionistas de una SAS cuenten con la oportunidad previa de negociar las reglas que habrán de regir tanto sus relaciones como la actividad de la sociedad. Es decir que, si el flexible régimen de la SAS se basa en la discreción de los accionistas para diseñar las reglas que mejor se ajusten a sus necesidades, es apenas obvio que tales sujetos deben contar con la posibilidad de concertar tales reglas’. Los anteriores argumentos adquieren aún más fuerza si se considera que, en los términos del auto citado, ‘las normas que rigen esta forma asociativa permiten la creación de causales estatutarias para la exclusión de accionistas, la restricción absoluta para enajenar acciones por un período determinado, la fijación de porcentajes máximos y mínimos del capital social bajo el control de un accionista, la realización de procesos de fusión o escisión con contraprestaciones de distinta naturaleza y la emisión de acciones con toda clase de prerrogativas’.

En el Auto No. 801-016354 también se presentan algunas consideraciones respecto del alcance del párrafo del artículo 31 de la Ley 1258. La regla allí contenida extiende el ámbito de aplicación del requisito de unanimidad examinado, de modo que también deba exigirse cuando se proponga el tránsito hacia una SAS mediante negocios jurídicos diferentes de la transformación. ‘Es claro que el objetivo [de esta disposición] [es] conferirle mayor entidad jurídica al mecanismo de protección analizado [...]. De no contarse con el párrafo del artículo 31, podrían usarse negocios jurídicos tales como fusiones y escisiones para eludir la restricción a que se ha hecho referencia. Así, mediante la simple aplicación de la ley de las mayorías, una persona podría convertirse en accionista de una SAS, sin haber contado con la oportunidad de concertar las pautas que regirán sus relaciones con los demás asociados. Por este motivo, la regla del párrafo del artículo 31 es un elemento fundamental dentro del régimen de protección previsto para la SAS en la Ley 1258 de 2008’.² Así las cosas, parece suficientemente claro que el requisito de unanimidad contemplado en el artículo 31 de la Ley 1258 busca evitar que

² En este sentido, puede consultarse la opinión de Reyes Villamizar, para quien, ‘la salvaguardia principal que en la SAS se ha previsto para garantizar la iniciativa privada radica esencialmente en el carácter estrictamente voluntario de la vinculación de sus accionistas. En efecto, la Ley 1258 de 2008 impide el tránsito hacia la SAS, a menos que se manifiesta la voluntad expresa de todos los que la conforman. Así, cualquier persona que ingresa en la sociedad simplificada lo hace por medio de una determinación consciente y voluntaria, bien expresada *ab initio* [...] o en el momento de adoptar la forma asociativa por vía de transformación, fusión o escisión. Para estos últimos casos, se requiere, como es razonable dentro de una concepción estrictamente voluntaria de la SAS, la unanimidad de la totalidad de los accionistas que adopten la

cualquier persona pueda convertirse en accionista de una SAS sin haber accedido a ello en forma expresa.

Ahora bien, la defensa presentada por el apoderado de la compañía demandada consistió en señalar que el requisito de unanimidad previsto en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008 no debe aplicarse en hipótesis de escisión parcial, sino tan solo cuando se trate de escisiones totales. En la contestación de la demanda se afirmó, por ejemplo, que el mencionado requisito ‘solo se requiere cuando la escisión supone la transferencia en bloque de la totalidad de los activos y pasivos de la sociedad que se escinde a la nueva sociedad’. (vid. Folio 683). De igual forma, durante la audiencia celebrada por este Despacho el 29 de enero de 2013, el apoderado de Gyptec S.A. señaló lo siguiente: ‘Transformar una sociedad implica tomar toda la sociedad y volverla una sociedad distinta de la que originalmente era. Entonces es claro que si yo voy a traspasar todos los activos de Gyptec a una SAS, claro que necesito la unanimidad. De la misma manera si voy a transformar Gyptec en una SAS por supuesto que necesito la unanimidad. Pero para hacer una escisión que no es total, sino es parcial –poner unos bienes en cabeza de la sociedad escindida– por supuesto que no necesito la unanimidad. Inclusive lo que ha dicho la doctrina en estos casos es que [la unanimidad] se aplica cuando se hace la escisión y se pretende traspasar en bloque todos los activos y pasivos de la sociedad escidente a la escindida. Pero aquí es claro que es cuando una sociedad va a migrar a otra distinta, y este no es el caso, porque como se ve la sociedad [Gyptec S.A.] subsiste’.³

Los anteriores argumentos fueron reiterados en la audiencia de alegatos de conclusión, durante la cual el apoderado de la compañía demandada expresó que ‘Gyptec ni se transformó ni transitó a un esquema societario distinto, sino que pretendía transferir la propiedad de unos bienes improductivos a otra sociedad distinta, de suerte que no le es aplicable el requisito de la unanimidad. Por supuesto que si Gyptec hubiera migrado a otro tipo de sociedad, por supuesto que se hubiera requerido la unanimidad, pero no migró a otro tipo societario’.⁴

El Despacho no puede compartir la interpretación formulada por el apoderado de Gyptec S.A., respecto del requisito de unanimidad contemplado en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008. Debe reiterarse que este importante requisito, derivado del carácter dispositivo del tipo de la SAS, busca asegurar que nadie pueda adquirir la calidad de accionista en una compañía de esta especie, a menos que consienta en ello de manera expresa. Así, pues, según ya se señaló, el ‘tránsito’ hacia la SAS a que alude el citado parágrafo debe incluir, necesariamente, cualquier proceso de escisión que desborde el objetivo antes reseñado. Es decir que, si en una sociedad anónima se

determinación respectiva’. F. H. Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada, 2ª Ed. (2010, Bogotá Editorial Legis) 20-21.

³ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 29 de enero de 2013, folio 870 del expediente (9:40).

⁴ Durante los referidos alegatos se señaló, además, que ‘lo que dice el parágrafo es que se proponga el tránsito de una sociedad a otra por acciones simplificada, o viceversa. Nótese que la ley se refiere a la sociedad misma –“el tránsito de la sociedad” dice–, no se refiere a entregar bienes de la sociedad a la nueva. [El parágrafo del artículo 31] se refiere al “tránsito de la sociedad”, no de los bienes de la sociedad, es decir no se puede confundir el sujeto con el objeto’. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 15 de febrero de enero de 2013, folio 880 del expediente (29:25).

propone una escisión total o parcial en la que los asociados reciban acciones de una SAS a título de contraprestación, el respectivo negocio jurídico deberá ser aprobado mediante el voto favorable de la totalidad de los accionistas de la escidente. De no ser así, se haría nugatorio el mecanismo de protección previsto en el artículo 31 de la Ley 1258, en tanto en cuanto cualquiera de tales sujetos podría convertirse en accionista de una SAS sin haber accedido a ello o, incluso, en contra de su voluntad.⁵

Adicionalmente, el Despacho estima necesario pronunciarse acerca de las consideraciones efectuadas por el apoderado de Gyptec S.A., respecto del derecho de retiro. Durante la audiencia de alegatos de conclusión, el aludido apoderado identificó, en los siguientes términos, la incompatibilidad existente entre las disposiciones atinentes al derecho de retiro y el requisito de unanimidad previsto en el artículo 31 de la Ley SAS: ‘¿Cómo es posible aunar al tiempo el derecho de retiro con la unanimidad? Las dos cosas [simultáneamente] serían perfectamente absurdas. Si la Superintendencia llegara a la conclusión de que se necesita la unanimidad para una escisión del tipo de las que se trató aquí, inmediatamente tendría que decir a continuación que no hay derecho de retiro’. El Despacho encuentra que son acertadas las afirmaciones del apoderado de Gyptec S.A. Al establecerse el requisito de unanimidad para transformaciones, fusiones o escisiones que tengan por efecto el tránsito hacia una SAS, el legislador no dejó espacio para el ejercicio del derecho de retiro en esta particular clase de operaciones. Precisamente por las razones expresadas en el párrafo anterior, la Ley 1258 les confirió a los asociados de compañías tipificadas en el Código de Comercio una prerrogativa de mayor entidad que el retiro, vale decir, el derecho de veto, respecto de negocios jurídicos que puedan llevarlos a ser accionistas de una SAS. Es así como, de contarse con asociados ausentes o disidentes, el máximo órgano social no podrá aprobar un proceso de transformación, fusión o escisión que encuadre en la hipótesis fáctica del artículo 31 de la Ley 1258. Es claro, por lo demás, que el derecho de retiro tiene plena vigencia en operaciones que escapen del ámbito de aplicación de esa norma, como, por ejemplo, una escisión parcial de una SAS en la que otra SAS actúe como beneficiaria.

Formuladas las anteriores precisiones, debe ahora señalarse que la escisión parcial controvertida por Carlos Hakim tendría por efecto la constitución de una sociedad por acciones simplificada, Gyptec Inmuebles S.A.S. El Despacho observa, además, que, según los términos del proyecto presentado ante la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A., Carlos Hakim se convertiría en accionista de esta SAS de nueva creación, a pesar de haber votado en contra de la escisión durante la reunión extraordinaria celebrada el 24 de septiembre de 2012. Se trata, ciertamente, de una de las hipótesis fácticas reguladas en el párrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, vale decir, la

⁵ El apoderado del demandante aportó un argumento adicional para sustentar la posición expresada en el texto principal. En su criterio, [el artículo 31] simplemente dice que el requisito de la unanimidad de las acciones suscritas se requerirá en aquellos casos en los que “por virtud de un proceso de fusión o de escisión”, sin [hacer] ningún tipo de calificación en relación con qué tipo de fusión y escisión se da. Donde la ley no distingue no le es dado distinguir al intérprete’. Cfr. grabación del 29 de enero de 2013, cit., (8:21).

celebración de un negocio jurídico mediante el cual se produciría un ‘tránsito’ hacia el tipo de la SAS.⁶

Así las cosas, el Despacho considera que no se han aportado elementos de juicio que desvirtúen la conclusión preliminar expuesta en el Auto No. 801-016354 del 23 de noviembre de 2012, en el sentido de que ‘las circunstancias fácticas [presentadas por el demandante] encajan dentro del supuesto regulado en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008’. Es por ello por lo que la escisión parcial controvertida en este proceso debió haber sido aprobada mediante el voto unánime de la totalidad de los accionistas de Gyptec S.A., en los términos del parágrafo del artículo 31 de la Ley 1258. Al no haberse cumplido con esta norma de carácter imperativo, el Despacho encuentra que la escisión parcial de Gyptec S.A., aprobada por su máximo órgano social durante la reunión extraordinaria del 24 de septiembre de 2012, adolece de nulidad absoluta. Por lo demás, en vista de que habrá de prosperar la pretensión principal de la demanda y a la luz de los elementos probatorios aportados durante el curso del proceso, el Despacho no se pronunciará sobre las pretensiones subsidiarias.

IV. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor del demandante y a cargo de la sociedad demandada, una suma equivalente a dos salarios mínimos, es decir, \$1.179.000.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Decretar la nulidad absoluta de la decisión adoptada por la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A., durante la reunión extraordinaria celebrada el 24 de septiembre de 2012, consistente en la aprobación del proyecto de escisión presentado ante el máximo órgano social, según consta en el Acta No. 17.

Segundo. Oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá para que proceda de conformidad con lo resuelto en esta sentencia.

Tercero. Oficiar al representante legal de la sociedad demandada para que proceda de conformidad con lo resuelto en esta sentencia.

⁶ A diferencia de lo expresado por el apoderado de la demandada durante los alegatos de conclusión, el requisito de unanimidad examinado debe aplicarse siempre que se proponga un negocio jurídico que pueda dar lugar a un tránsito hacia la SAS, sin que para el efecto sea necesario examinar los estatutos de la sociedad beneficiaria o establecer si se conserva la simetría en las participaciones de capital de los accionistas una vez perfeccionada la escisión.

Cuarto. Condenar en costas a la sociedad demandada y fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$1.179.000.

Quinto. Ordenar la devolución de la caución prestada por el demandante para el decreto de medidas cautelares.

La anterior providencia se profiere a los veinte días del mes de febrero de dos mil trece y se notifica en estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

No. 801-015 del 15 de marzo de 2013

PARTES

Jaime Salamanca Ramírez

contra

Logística S.A.S., José Vicente Padilla Martínez y Ligia Patricia Padilla Martínez

ASUNTO

Improcedencia de la desestimación de la personalidad jurídica por el rechazo de un cheque.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Jaime Salamanca Ramírez

contra

Logística SAS., José Vicente Padilla Martínez y Ligia Patricia Padilla Martínez

Asunto

Artículo 42 de la Ley 1258 de 2008

Trámite

Proceso verbal sumario

[...]

I. Pretensiones

La demanda presentada por Jaime Salamanca Ramírez contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

1. Que se declare que la sociedad Logística SAS. y los accionistas José Vicente Padilla Martínez y Ligia Patricia Padilla Martínez incurrieron en un fraude al utilizar a la sociedad en la expedición de un cheque por valor de \$18.000.000 sobre la cuenta No. 52763333390 de dicha sociedad del Banco AV Villas con fecha 15 de mayo de 2012.
2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a pagar a favor de mi poderdante los perjuicios con ocasión de dicho fraude, consistentes en el valor de dicho título, más el 20%, más los intereses de mora desde el 15 de mayo de 2012 hasta que se haga el pago efectivo de dicha suma permitidos de acuerdo a lo señalado por la Superintendencia Financiera y las costas generadas por este proceso.

II. Consideraciones del Despacho

La demanda sometida a consideración de este Despacho está orientada a que se reconozca que José Vicente Padilla Martínez y Ligia Patricia Padilla Martínez se valieron de la sociedad Logística SAS. para perpetrar un fraude. Por tratarse de una acción de

desestimación de la personalidad jurídica, este Despacho debe aludir, necesariamente, a uno de los asuntos más debatidos en el ámbito del derecho societario, vale decir, el abuso de las formas asociativas.¹ En verdad, ante la multiplicidad de soluciones disponibles para remediar este problema y los incontables criterios existentes para determinar si se han presentado abusos, es indispensable hacer un breve recuento de los principales desarrollos sobre la materia.

A. El abuso de las sociedades de capital

[...]

Ahora bien, en los Estados Unidos, la desestimación de la personalidad jurídica está referida, en forma exclusiva, a la extensión de responsabilidad a los accionistas.² Por vía de un amplio acervo jurisprudencial, las cortes de ese país han establecido algunos presupuestos para determinar si es procedente aplicar la aludida sanción. Según Reyes Villamizar, ‘se trata de diversas conductas que entrañan una utilización indebida, fraudulenta o abusiva de la forma societaria o de hechos objetivos, tales como la insuficiencia de capital aportado para la explotación económica propuesta’.³ El mismo autor menciona algunos de los presupuestos concernientes, entre los que pueden encontrarse operaciones celebradas con el socio controlador o mayoritario, violación de formalidades legales y estatutarias, confusión de patrimonios y negocios, fraude a los socios o acreedores e infracapitalización de la sociedad.⁴ Por su parte, Dobson ha señalado que ‘los indicios que han sido considerados relevantes para estos supuestos son la existencia de una sociedad de un solo socio, la capitalización insuficiente de la sociedad para los fines a los cuales está dispuesta, la falta del cumplimiento de formalidades en la vida de la sociedad, la existencia de traspasos de fondos entre la sociedad y la persona dominante, la falta de vida social por ausencia de asambleas y reuniones, la ausencia de contabilidad y la falta de emisión de las acciones’.

También deben destacarse los importantes desarrollos que se han presentado en el Estado de California en materia de desestimación de la personalidad jurídica. Los jueces de ese Estado han aplicado la señalada figura cuando encuentran probados al menos dos presupuestos. En primer lugar, debe demostrarse que existe tal coincidencia entre los intereses de una sociedad y su controlante, que no pueda predicarse una verdadera separación patrimonial entre uno y otro.⁵ Para estos efectos, los jueces californianos han desarrollado algunos criterios auxiliares que les permiten identificar aquellos casos en los que se presenta una coincidencia absoluta de intereses entre una o varias sociedades

¹ Cfr. a E Osborne, *The Rise of the Anti-Corporate Movement*, (2007, Westport, Praeger Publishers).

² F H Reyes Villamizar (2006).

³ Id. 264.

⁴ Id. 264-266. Respecto del presupuesto denominado ‘fraude a los socios o acreedores’, el autor ha expresado que ‘[una] sociedad puede haberse constituido como un simple testaferrero, con el objeto de evadir el cumplimiento de obligaciones, disimular bienes, burlar los intereses del fisco, evitar responsabilidades o, en general, engañar a los terceros que contratan con la sociedad’ (Id.).

⁵ Cfr. a JJ Hagan, *The Alter-Ego Doctrine Exception in California Corporate Law* (2007) Hagan Law Firm Report, 2, disponible en la siguiente dirección: http://haganlaw.com/wp-content/uploads/2011/05/Aler_Ego_Doctrine_2007.pdf

y sus controlantes. Entre tales criterios auxiliares, pueden encontrarse los siguientes: (i) Simetría en las participaciones de capital, (ii) identidad entre los administradores y trabajadores de las sociedades controladas, (iii) carencia de activos sociales y (iv) homogeneidad en los domicilios sociales registrados.⁶ En segundo lugar, es preciso acreditar que, de no aplicarse la desestimación, se produciría un resultado injusto o se validaría una actuación fraudulenta. Se trata, a todas luces, de un elemento fundamental en cualquier análisis relativo a la desestimación de la personalidad jurídica, por cuanto permite establecer que, en efecto, se ha perpetrado un abuso de la figura societaria de tal magnitud que es justificada la aplicación de la sanción en comento.

(I) La desestimación de la personalidad jurídica en Colombia

La desestimación de la personalidad jurídica ha sido reconocida explícitamente en el ordenamiento societario colombiano. Entre nosotros, el fundamento para la aplicación de esta figura también puede encontrarse en la necesidad de evitar el abuso de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad.⁷ Así, pues, diversas leyes promulgadas en el país establecen causales de extensión de responsabilidad en hipótesis claramente definidas. La principal norma en esta materia puede encontrarse en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, a cuyo tenor ‘cuando se utilice a la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieran realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados’. Se trata, en opinión de Reyes Villamizar, de un mecanismo que debe aplicarse cuando ‘la sociedad es utilizada como instrumento *formal* para incurrir en fraudes o abusos’.⁸

La desestimación de la personalidad jurídica también ha sido estudiada por algunas de las principales autoridades judiciales colombianas. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha reconocido la aplicación de esta figura en el país, bajo las dos modalidades analizadas arriba. En la sentencia No. C-865 de 2004, esa Corte se expresó de la siguiente forma acerca de la posibilidad de hacerle extensiva a los accionistas la responsabilidad por las obligaciones sociales: ‘Cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde

⁶ Id.

⁷ Cfr. a F H Reyes Villamizar (2006) 222. El citado autor presenta una descripción detallada acerca de los orígenes de la desestimación de la personalidad jurídica, así como de su aplicación en el contexto colombiano (Id. 262-273).

⁸ F H Reyes Villamizar (2010) 25. Otro ejemplo puede encontrarse en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, a cuyo tenor, ‘cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella’. Para consultar las múltiples disposiciones legales que establecen causales de extensión de responsabilidad, vid. FH Reyes Villamizar (2006) 267-273.

se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido. Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o “*disregard of the legal entity*” o “*piercing the corporate veil*” cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación’. La Corte Constitucional también reconoció, en la misma sentencia, que la figura de la desestimación podía emplearse en el sentido de hacer inoponible la personificación jurídica societaria ‘cuando se pretende utilizar la sociedad como medio para adelantar actividades prohibidas a una persona natural’.⁹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de agosto de 1999, aludió a la desestimación de la personalidad jurídica en los siguientes términos: ‘Pese a que la personalidad es un privilegio que la ley le otorga a la sociedad exclusivamente para el fin concreto y determinado que se propuso al momento de su creación, cuando en su desarrollo práctico propicia abusos y fraudes se hace necesario prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella. Es así como la doctrina ha elaborado la teoría del levantamiento del velo de la sociedad o *lifting the veil*, conocida también en el derecho anglosajón como *disregard of legal entity*, que son medios instrumentales o técnicas de aplicación de los tribunales, cuando la personalidad jurídica es utilizada para lograr fines ajenos a aquellos para los cuales se creó, caso en el cual debe prescindirse de tal persona y tomar en consideración los hombres y los intereses que detrás de ella se esconden. [...] Este abuso tiene lugar cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y en general para defraudar’.¹⁰

Esta Superintendencia también se ha pronunciado en múltiples ocasiones acerca de la figura estudiada. En el Oficio 220-51821 del 6 de octubre de 2004, se expresó que ‘cada día ha tomado mayor entidad la figura del allanamiento de la personalidad o levantamiento del velo corporativo, con el propósito de enfrentar de manera eficaz a las maniobras que lejos de enfocarse a la satisfacción de la finalidad social, se encaminan a dar cumplimiento a intereses personales, desnaturalizando la figura societaria y utilizándola como instrumento para desconocer los derechos de terceros’. En ese mismo oficio se hizo referencia a algunas de las conductas que podrían dar lugar a la aplicación de la sanción correspondiente. Se trata, entre otras, de la ‘constitución de compañías mediante la figura de los prestanombres’ y la ‘creación de sociedades para causar perjuicios a terceros’. Más recientemente, esta Superintendencia manifestó que ‘el levantamiento del velo corporativo, es una medida indispensable para evitar que tras la figura de la persona jurídica societaria, se realicen conductas contrarias a derecho’.¹¹

⁹ El ejemplo citado en la sentencia C-865 de 2004 alude a hipótesis en las que ‘se ha usado a las sociedades de personas para desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para las personas naturales en materia de contratación estatal’.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P: Ricardo Hoyos Duque.

¹¹ Oficio 220-11545 del 17 de febrero de 2012.

A la luz de lo anterior, debe concluirse que la desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Es claro, en este sentido, que la citada sanción tan sólo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario.¹² Así las cosas, en vista de la complejidad de la desestimación y la severidad de sus efectos, no parece prudente fijar, en abstracto, una lista de requisitos que sirvan para establecer la procedencia de esta sanción en nuestro ordenamiento. Los presupuestos requeridos para el efecto sólo podrán obtenerse luego de un cuidadoso proceso de decantación judicial, en el que, a partir de múltiples pronunciamientos, se conciben pautas debidamente ajustadas a las realidades del sistema colombiano.¹³

B. El caso presentado ante este Despacho

Una vez formuladas las anteriores precisiones, debe ahora abordarse el estudio de los hechos sometidos a consideración del Despacho. Jaime Salamanca Ramírez y José Vicente Padilla Martínez celebraron un contrato de mutuo por cuya virtud este *último* recibió la suma de \$18.000.000. Ligia Patricia Padilla Martínez, actuando en calidad de representante legal de Logística SAS., giró el cheque No. 1504312 para efectuar el pago de la obligación a cargo de José Vicente Padilla Martínez (vid. Folio 18).¹⁴ Luego de que el citado título valor fuera devuelto por insuficiencia de fondos, Logística SAS. emitió un nuevo cheque bajo el número 5774315 (vid. Folio 18), el cual tampoco pudo ser cobrado por la misma razón. La devolución de los dos cheques antes referidos llevó al demandante a considerar que José Vicente Padilla Martínez y Ligia Patricia Padilla Martínez habían usado a la sociedad Logística SAS en forma abusiva.

Como sustento de lo anterior, se han ofrecido las justificaciones expuestas a continuación: '[las señaladas actuaciones] lesionaron los intereses conscientemente del acreedor [Jaime Salamanca Ramírez] porque, si usted se da cuenta, esa empresa es una SAS integrada por el deudor mismo, la hermana del deudor, la esposa del deudor y la mamá del deudor, y entonces obviamente que respaldaron esa cuenta. Como usted se podrá dar cuenta, el titular es la sociedad Logística SAS y el representante legal es el mismo José Vicente Padilla, deudor inicial de la obligación, y si usted revisa el cheque es firmado por la hermana. [...] Han utilizado esta sociedad para defraudar los intereses de Jaime Salamanca [...] El perjuicio es que él [Jaime Salamanca Ramírez] aportó unos recursos

¹² Para un análisis acerca de la importancia del beneficio de limitación de responsabilidad, pueden consultarse a H Hansmann y otros, *Law and the Rise of the Firm*, (2006) Yale Law and Economics Research Paper No. 326.

¹³ A pesar de los múltiples pronunciamientos citados en esta sentencia, no parecen existir aún criterios que permitan establecer, con certeza suficiente, cuándo debe imponerse la sanción estudiada en nuestro sistema.

¹⁴ Dicho negocio jurídico no fue probado dentro del proceso. Sin embargo, mediante Auto No. 801-002295 del 20 de febrero de 2013 se tuvieron por ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda (vid. Folio 94).

a este señor José Vicente Padilla respaldándolo con un título valor, después cambió el título valor. Concretamente es obvio de que si yo le doy unos recursos a una persona con el propósito no de regalárselos sino de prestárselos —de ser una contrapartida a lo que yo he pactado con él— pues obviamente si no me los paga soy defraudado en ese sentido cuando se utilizan todas estas artimañas [...] El perjuicio clarísimo es que quieren embolatarle la suma de \$18.000.000, expedir y expedir títulos valores como si fuera un juego'.¹⁵

En este punto es preciso señalar que, de acuerdo con lo expresado en la demanda, Logística SAS, no participó en la celebración del negocio jurídico que le dio origen a la obligación de pagar una suma de dinero.¹⁶ Esta compañía simplemente giró dos cheques para satisfacer la obligación a cargo de José Vicente Padilla Martínez, uno de sus accionistas. En este orden de ideas, durante la fijación del objeto del litigio, el apoderado del demandante reconoció que la obligación entre Jaime Salamanca y José Vicente Padilla continuaba vigente.¹⁷ Si bien es cierto que ambos cheques fueron rechazados por falta de fondos, esta circunstancia, por sí sola, no puede dar lugar a la desestimación de la personalidad jurídica. En verdad, los elementos probatorios disponibles no dan cuenta de un claro abuso de la figura societaria. Se trata, más bien, de una disputa contractual entre el demandante y el citado accionista de Logística SAS, en la que la participación de esta última compañía estuvo circunscrita a intentar, en forma infructuosa, el pago de la mencionada obligación dineraria. Aunque los hechos narrados por el demandante podrían servir de justificación para adelantar un proceso ejecutivo, este Despacho debe concluir que el demandante no ha probado la existencia de un abuso de la forma societaria que amerite la desestimación de la personalidad jurídica.

III. Costas

Una vez analizado el curso del presente proceso, el Despacho estima necesario abstenerse de condenar en costas a Jaime Salamanca Ramírez.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Negar las pretensiones presentadas por la parte demandante.

Segundo. No proferir una condena en costas.

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

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

¹⁵ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 28 de enero de 2013, folio 87 del expediente (7:17).

¹⁶ La celebración de negocio jurídico no fue probada dentro del proceso. Sin embargo, mediante Auto No. 801-002295 del 20 de febrero de 2013 se tuvieron por ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda (vid. Folio 94).

¹⁷ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 28 de enero de 2013, folio 87 del expediente (6:50).

SENTENCIA

No. 801-016 del 23 de abril de 2013

PARTES

Proedinsa Calle & Cía. S. en C.

contra

Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.

ASUNTO

Ejecución judicial de un acuerdo de accionistas. Impugnación de decisiones adoptadas con votos emitidos en contravención de un convenio celebrado bajo el artículo 70 de la Ley 222 de 1995.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Proedinsa Calle & Cía S. en C.

contra

Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

I. Antecedentes

El proceso iniciado por Proedinsa Calle & Cía S. en C. en contra de Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. surtió el curso descrito a continuación:

1. El 15 de agosto de 2012, mediante Auto No. 801-008255, este Despacho admitió la demanda presentada por Proedinsa Calle & Cía S. en C. en contra de Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.
2. El 7 de septiembre de 2012, se le envió un citatorio de notificación al representante legal de las sociedades demandadas.
3. El 21 de septiembre de 2012, se notificaron personalmente las sociedades demandadas.
4. El 27 de septiembre de 2012, las compañías demandadas contestaron la demanda y formularon excepciones de mérito.
5. El 1º de octubre de 2012, se fijó el término de 3 días para el traslado de las excepciones de mérito.
6. El 5 de octubre de 2012, mediante Auto No. 801-014001 el Despacho citó a las partes para el 30 de octubre de 2012, a fin de llevar a cabo la audiencia de que

trata el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil. Durante la audiencia celebrada en esta última fecha se cumplieron las diferentes etapas procesales, hasta el decreto de pruebas.

7. Una vez agotada la práctica de las pruebas decretadas por el Despacho, mediante Auto No. 801-001857 del 11 de febrero de 2013 se citó a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión el 6 de marzo de 2013. Los apoderados de cada una de las partes formularon tales alegatos en debida forma.
8. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. Pretensiones

La demanda presentada por Proedinsa Calle & Cía. S. en C. contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

1. ‘Que se declare que las sociedades Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., y los accionistas Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., e Inversiones Vermont Tres S. en C., incumplieron de manera directa el acuerdo privado de accionistas suscrito el 25 de marzo de 2009’.
2. ‘Que como consecuencia de la declaratoria del incumplimiento del acuerdo privado de accionistas de marzo 25 de 2009, se declare sin valor ni efectos jurídicos todos los actos y negocios celebrados o ejecutados en contravía de lo estipulado entre las partes que lo suscribieron y que a continuación se relacionan: 1) acta de asamblea No. 32 del 17 de febrero del año 2012 del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., 2) escritura pública No. 498 del 21 de febrero de 2012, otorgada en la Notaría 17 del círculo notarial de Medellín en la cual se contiene la reforma estatutaria con aumento de capital autorizado del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., 3) inscripción en la Cámara de Comercio de la correspondiente escritura pública, 4) venta de acciones contenida en el acta No. 70 del 11 de mayo de 2012 de la junta directiva del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., y 5) reglamento de colocación de acciones contenido en el acta No. 68 del 9 de marzo de 2012 de la junta directiva del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.’.
3. ‘Que se condene en costas a las sociedades demandadas’.

III. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare el incumplimiento del acuerdo de accionistas celebrado el 25 de marzo de 2009, entre Proedinsa Calle & Cía S. en C., Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C. e Inversiones Vermont Tres S. en C. En la demanda se solicita, además, que este Despacho deje sin efectos las actuaciones realizadas en el curso de un proceso de

emisión primaria de acciones adelantado por Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. Las referidas actuaciones consistieron en el aumento del capital autorizado por parte de la asamblea general de accionistas, la aprobación impartida por la junta directiva respecto de un reglamento de emisión y colocación de acciones y la celebración de contratos de suscripción con Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., e Inversiones Vermont Tres S. en C. Antes de analizar los argumentos que han sido formulados por ambas partes, es necesario hacer un breve recuento de los antecedentes fácticos más relevantes para los efectos de este litigio.

1. Hechos

El proceso sometido a consideración de esta entidad surgió a partir de un conflicto entre dos facciones de accionistas de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. Se trata, por una parte, de las compañías controladas por Fernando Rojas Rivadeneira, es decir, Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C. e Inversiones Vermont Tres S. en C. A lo menos desde comienzos de 2009, estas compañías han detentado una mayoría de las acciones emitidas por Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. El otro bloque está conformado por Proedinsa Calle & Cía S. en C. – una sociedad controlada por Gabriel Jaime Calle– y Amalia Escobar García, quienes detentan un porcentaje minoritario de las acciones emitidas por Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. Esta última compañía no cuenta con accionistas diferentes de los ya mencionados.

El 25 de marzo de 2009, Proedinsa Calle & Cía S. en C., Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C. e Inversiones Vermont Tres S. en C. suscribieron un documento denominado ‘acuerdo privado de accionistas del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.’ (vid. Folio 122). Según se expresa en el texto concerniente, la suscripción del acuerdo buscó ponerle fin al conflicto que para la época se había suscitado entre los dos bloques de accionistas a que se ha hecho referencia.¹ Para este fin, en el acuerdo se incluyeron diversas reglas relacionadas con el funcionamiento de los órganos sociales de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. De una parte, se pactó que la junta directiva estaría compuesta por cinco miembros, tres de los cuales serían designados por Fernando Rojas Rivadeneira, al paso que los dos restantes serían escogidos por el bloque de accionistas afiliado a Gabriel Jaime Calle. Así mismo, se estableció que los funcionarios que debieran ser designados por la junta directiva de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. tendrían que ‘ser acordados previamente por los accionistas [...]’. En el citado acuerdo de accionistas también se incluyó una cláusula relacionada con la futura capitalización de la compañía, cuyo texto puede encontrarse a continuación:

¹ En el acuerdo se manifestó que ‘las actuales relaciones entre los suscribientes, vienen siendo afectadas por discrepancias conceptuales, que han desembocado en tropiezos de gestión. [...] fruto de reuniones, acercamientos y de una agenda de propuestas, nosotros hemos llegado a los siguientes acuerdos, buscando con ello que haya un mejor clima societario, que se retome el entusiasmo y la confianza...’ (vid. Folio 123).

‘Ambos accionistas acordamos que las capitalizaciones de la compañía, se discutan, examinen y analicen previamente, por fuera del escenario de la asamblea de accionistas, en el propósito de que solo se acometen si hay favorabilidad y consenso entre las partes, sin entrar a considerar mayorías accionarias. La filosofía de la anterior decisión, apunta a proteger los intereses del accionista que no estaría interesado en capitalizar.’

El 17 de febrero de 2012, casi tres años después de la suscripción del acuerdo, la asamblea general de accionistas de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. aprobó una reforma estatutaria consistente en el aumento del capital autorizado de la compañía de \$400.000.000 a \$1.200.000.000. Esta determinación fue adoptada con el voto favorable de Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C. e Inversiones Vermont Tres S. en C. (vid. Folio 38). El bloque de accionistas minoritarios, compuesto por Proedinsa Calle & Cía S. en C. y Amalia Escobar García, votaron en contra de la citada reforma estatutaria. En el acta No. 32, correspondiente a la reunión extraordinaria celebrada el 17 de febrero de 2012, puede encontrarse la siguiente explicación, ofrecida por el representante legal de los accionistas mayoritarios para justificar el aumento del capital autorizado: ‘Fernando Rojas [...] ratifica ante los asistentes la necesidad de capitalización de la sociedad para subsanar el déficit de liquidez que se observa en el flujo de caja que fue presentado en junta directiva extraordinaria, en el que se resalta la necesidad de una inyección de capital por parte de los accionistas para financiar el funcionamiento del colegio’ (vid. Folio 38).

El 9 de marzo de 2012, la junta directiva de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. aprobó un reglamento de emisión y colocación de acciones. Según aparece consignado en el acta No. 68, se emitieron 1.600.000 acciones ordinarias, las cuales fueron ofrecidas a su valor nominal, es decir, a \$500 cada una. La emisión primaria aprobada por la junta directiva estuvo sujeta al derecho de preferencia en la colocación de acciones. Ciertamente, en el punto cuarto del reglamento aprobado por la junta directiva se señala que las acciones les serían ofrecidas a ‘los accionistas de la sociedad que en la fecha de la oferta aparezcan inscritos en el Libro de Registro de Accionistas’ (vid. Folio 44). El reglamento fue aprobado con los votos positivos de Fernando Rojas, Patricia Rojas de Lozano y Olga Lucía Amar, mientras que Gabriel Jaime Calle y Rubén Darío Barrientos se opusieron a ello (vid. Folio 44). Ante las ofertas formuladas por virtud del aludido reglamento, las compañías vinculadas a Fernando Rojas suscribieron 821.148 acciones ordinarias de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. (vid. Folio 63). Sin embargo, Proedinsa Calle & Cía S. en C. y Amalia Escobar García se abstuvieron de suscribir acciones de la compañía.

El 9 de agosto de 2012, la junta directiva de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. aprobó un nuevo reglamento de emisión y colocación de acciones. Según lo registrado en el acta No. 72, se emitieron 778.850 acciones ordinarias, nuevamente a valor nominal y con sujeción al derecho de preferencia (vid. Folio 410). El reglamento fue aprobado con los votos positivos de Fernando Rojas, Patricia Rojas de Lozano y Olga Lucía Amar, mientras que Gabriel Jaime Calle y Javier Arias se opusieron a ello (vid. Folio 410, reverso). En este nuevo proceso de capitalización participaron únicamente

las compañías vinculadas a Fernando Rojas, las cuales suscribieron la totalidad de las acciones ofrecidas.

Por efecto de las capitalizaciones aprobadas por la junta directiva de la compañía, se produjo una variación significativa en la composición del capital de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. En verdad, la participación en cabeza de Proedinsa Calle & Cía S. en C. y Amalia Escobar García pasó del 47.5% al 15.83% del capital suscrito, mientras que las compañías vinculadas a Fernando Rojas incrementaron su participación del 52.5% al 84.16%, según puede apreciarse en las siguientes tablas:

Composición de capital de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.
31 de diciembre de 2011

Accionista	Número de acciones	Porcentaje de participación
Inversiones Vermont Uno S. en C.	140.000	17.50
Inversiones Vermont Dos S. en C.	140.000	17.50
Inversiones Vermont Tres S. en C.	140.000	17.50
Total Bloque afiliado a Fernando Rojas	420.000	52.5
Proedinsa Calle & Cía S. en C.	378.720	47.34
Amalia Escobar García	1.280	0.16
Total Bloque afiliado a Gabriel Calle	380.000	47.5
Total – Capital suscrito	2.400.000	100

Composición de capital de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.
17 de octubre de 2012

Accionista	Número de acciones	Porcentaje de participación
Inversiones Vermont Uno S. en C.	268.115	11.17
Inversiones Vermont Dos S. en C.	268.115	11.17
Inversiones Vermont Tres S. en C.	1.483.770	61.82
Total Bloque afiliado a Fernando Rojas	2.020.000	84.16
Proedinsa Calle & Cía S. en C.	378.720	15.78
Amalia Escobar García	1.280	0.05
Total Bloque afiliado a Gabriel Calle	380.000	15.83
Total – Capital suscrito	2.400.000	100

2. Análisis del caso presentado ante el Despacho

El caso sometido a consideración de este Despacho está relacionado con la posible violación del pacto de voto contenido en el numeral 3º del literal C del denominado ‘acuerdo privado de accionistas de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.’, suscrito el 25 de marzo de 2009. La controversia suscitada entre las partes se deriva, en particular, de los efectos que tiene esa regla respecto de las capitalizaciones efectuadas por Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. durante el 2012. Según los demandantes, ‘la capitalización debe ser por acuerdo de las partes, es decir, de los accionistas, con la finalidad de proteger los intereses del accionista que no esté interesado en capitalizar [...]’ (vid. Folio 4). Por su parte, el apoderado de los demandados señaló que ‘el acuerdo esgrimido por la demandante, suscrito el día 25 de marzo de 2009, carece de efectos jurídicos [...]’ (vid. Folio 147). Para el aludido apoderado, esta afirmación encuentra fundamento en la aparente violación de lo previsto en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, en lo relacionado con la suscripción de acuerdos de accionistas por parte de administradores sociales y la necesidad de depositar tales convenios en las oficinas de administración de la compañía. Los demandados también organizaron su defensa en consideración a la aparente imposibilidad de cumplir con el pacto de voto antes referido, en vista de la precaria situación financiera de la compañía, así como a un posible mutuo disenso tácito entre los accionistas suscriptores del acuerdo.

Para resolver la controversia descrita, este Despacho estima necesario aludir, en primer término, a los efectos del mencionado acuerdo de accionistas respecto de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. Para ello, será preciso estudiar si ese convenio se sujetó a las normas del ordenamiento jurídico colombiano que rigen la materia. En segundo lugar, el Despacho deberá pronunciarse, en forma específica, acerca de la ejecución del pacto incluido en el numeral 3º del literal C del acuerdo de accionistas, a la luz de las circunstancias fácticas planteadas por los demandantes en su defensa. El análisis de los dos asuntos antes referidos estará basado en el amplio acervo probatorio aportado por ambas partes durante el curso del proceso.

A. Acerca de los efectos del acuerdo

La suscripción de acuerdos privados entre accionistas busca satisfacer necesidades de eminente contenido económico.² En la doctrina especializada se ha dicho que tales convenios pueden servir de aliciente para efectuar inversiones en sociedades de capital, en la medida en que le confieren solidez a los compromisos adquiridos *ex ante* por los asociados.³ Para estos efectos, una de las funciones más importantes de los acuerdos privados está relacionada con la configuración de las relaciones entre los accionistas

² La afirmación efectuada en el texto principal encuentra soporte empírico en estudios realizados en diversos países. Para el caso de Francia, puede consultarse a C. Madelon y S. Thomsen, ‘Contracting Around Ownership: Shareholder Agreements in France’ en *The Modern Firm, Corporate Governance and Investment* (P. O. Bjuggren y D. C. Mueller (eds.), 2009, Edward Elgar Publishing) 253-291. Para Italia, ver a A. Baglioni, *Shareholders’ Agreements and Voting Power: Evidence from Italian Listed Firms* (2008) *Quaderni dell’Istituto Di Economia E Finanza* No. 81, disponible en la siguiente dirección: http://istituti.unicatt.it/economia_finanza_81.pdf

³ C. Chemla, M. A. Habib y A. Ljungqvist, *An Analysis of Shareholder Agreements* (2007) 5 J EUR ECON ASSOC 1.

de una compañía.⁴ En sociedades cerradas, por ejemplo, un acuerdo de voto puede restringir la discreción de los accionistas mayoritarios en el máximo órgano social, en forma tal que no puedan adelantarse operaciones diseñadas para vulnerar los intereses de los asociados minoritarios. También es usual que se celebren convenios privados para regular la composición y el funcionamiento de los órganos de administración.⁵ En estricto sentido económico, los pactos de la naturaleza indicada representan el compromiso de los controlantes por reducir el monto de las rentas privativas que pueden extraer de la compañía.⁶

A pesar de la importante función económica que cumplen los acuerdos de accionistas, el legislador colombiano se había mostrado reacio a darles plenos efectos a estos convenios. Esta renuencia –un posible rezago de corrientes ideológicas europeas del siglo XIX– dio lugar a que, por muchos años, los acuerdos de accionistas solo surtieran efectos entre sus suscriptores.⁷ Con palpable influencia del Código de Comercio español de 1829, en el artículo 468 del Código de Comercio Terrestre colombiano se estableció que ‘no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas en cumplimiento del artículo 465, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ellas’.⁸ Esta regla es similar a la que fue adoptada posteriormente en el artículo 118 del Código de Comercio vigente, bajo la cual, ‘frente a la sociedad y a terceros, no se admitirá prueba de ninguna especie [...] para justificar la existencia de pactos no expresados [en las escrituras contentivas de los estatutos]’. Esta última norma ha sido interpretada en el sentido de reconocer los efectos *inter partes* de los acuerdos celebrados entre accionistas, sin que tengan fuerza vinculante respecto de la sociedad.⁹

Con la promulgación de la Ley 222 de 1995, se reconoció, por primera vez en nuestro ordenamiento legal, que los acuerdos de accionistas podían surtir efectos más allá de las partes que los suscriben. En el artículo 70 de la Ley 222 se consagró una excepción legal al postulado de la relatividad de los actos jurídicos, por cuya virtud, las estipulaciones

⁴ A. Baglioni (2008).

⁵ Según C. Paz-Ares, ‘la experiencia muestra que los socios –o quienes van a ser socios– de una sociedad se concertan a menudo para asegurar su influencia sobre el órgano de administración’ (Fundamento de la Prohibición de los Pactos de Voto para el Consejo (2010) 4 InDret 4, disponible en la siguiente dirección: http://www.indret.com/pdf/780_es.pdf).

⁶ Estas rentas privativas, conocidas en la terminología societaria anglosajona como *private benefits of control*, están representadas por beneficios de contenido económico, derivados de la existencia y operación de una compañía, que perciben exclusivamente los accionistas mayoritarios con ocasión del control que ejercen sobre la sociedad. Un ejemplo de estas rentas privativas lo constituyen las sumas indebidamente extraídas de una compañía, por la asignación de remuneraciones infladas a los accionistas controlantes que ocupan cargos en la administración social. En este sentido, puede consultarse a V. Atanasov, B. Black y C. Ciccotello, *Unbundling and Measuring Tunnelling*, University of Texas Law and Economics Working Paper No. 117/2008 y a S. Johnson y otros, *Tunnelling* (2000) 90 AMER ECON REV 22, 27.

⁷ En criterio de Reyes Villamizar, ‘[l]os acuerdos de accionistas no son una figura nueva dentro del derecho societario colombiano. Desde hace tiempo se ha admitido viabilidad como desarrollo del postulado de la autonomía contractual’ (Derecho Societario, Tomo I, 2ª Ed (2006, Bogotá, Editorial Temis) 543).

⁸ G. Pinzón alude al artículo 288 del Código de Comercio español de 1827 como el antecedente principal de la disposición contenida en el artículo 468 del Código de Comercio Terrestre (Sociedades Comerciales, Volumen I: Teoría General, (1968, Bogotá, Editorial Temis) 380). El citado artículo 288 establecía que ‘los socios no pueden oponer contra el contenido de la escritura de sociedad ningún documento privado, ni la prueba testimonial’. También es relevante poner de presente que el artículo 287 del Código español de 1827 disponía que ‘los socios no pueden hacer pactos algunos reservados, sino que todos deben constar en la escritura social’.

⁹ Cfr. En este sentido, a F. H. Reyes Villamizar (2006) 543-544 y a N. H. Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2010, Bogotá, Abeledo Perrot) 117.

contenidas en un convenio parasocial ‘producirá[n] efectos respecto de la sociedad’.¹⁰ Claro que, para ello, el respectivo acuerdo debe cumplir con las múltiples exigencias mencionadas en la norma citada. Se trata de ‘requisitos sustanciales de índole subjetiva y objetiva y de condiciones de forma cuyo cumplimiento se exige de modo imperativo’.¹¹ La restricción subjetiva consiste en que los accionistas suscriptores no ostenten la calidad de administradores, al paso que la de naturaleza objetiva tiene que ver con las materias sobre las cuales puede versar el acuerdo, vale decir, el sentido en que los suscriptores deberán votar en las reuniones de la asamblea o la representación de tales accionistas en las sesiones del máximo órgano social.¹² Además, debe cumplirse con la formalidad consistente en que el acuerdo conste por escrito y ‘que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad’. De no cumplirse con alguna de las exigencias mencionadas, parece suficientemente claro que el respectivo acuerdo solo tendrá efectos entre los accionistas que lo celebraron.

La Ley 1258 de 2008 suprimió algunas de las restricciones antes explicadas para los efectos de las sociedades por acciones simplificadas. Aunque detenten la calidad de administradores sociales, los accionistas de esta clase de compañías pueden celebrar acuerdos sobre cualquier asunto lícito, los cuales, en los términos del artículo 24 de la Ley SAS, deberán ser ‘acatados por la compañía’. Para que se produzcan estos efectos vinculantes, se requiere, además, el depósito del texto correspondiente en las oficinas de administración y que el término del acuerdo no sea superior a 10 años. Los acuerdos de accionistas en las SAS cuentan también con mecanismos orientados a asegurar su efectividad, incluida la obligación que se le impone al presidente de la asamblea de no computar ‘el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado’ y la posibilidad de ‘promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, el cumplimiento de lo pactado’.¹³

¹⁰ Se ha discutido en círculos académicos si la denominada oponibilidad constituye una verdadera excepción al principio de la relatividad de los actos jurídicos. A diferencia de lo expresado por la doctrina francesa y española, Ospina Fernández y Ospina Acosta consideran que ‘la oponibilidad de los actos jurídicos no constituye [...] excepción al postulado de la relatividad de dichos actos’ (2005) 389. En todo caso, más allá de este debate académico, lo importante para el propósito de la presente sentencia es que los acuerdos de accionistas que cumplan con lo previsto en el artículo 70 de la Ley 222 producen efectos vinculantes respecto de la compañía.

¹¹ F H Reyes Villamizar (2006) 544-545.

¹² A pesar de la desafortunada redacción del artículo 70, el Despacho considera que los acuerdos de voto que cumplan con lo previsto en ese artículo le resultan oponibles a la sociedad, así no incluyan estipulaciones acerca de la representación de accionistas en la asamblea. Debe resaltarse, además, que esta interpretación ha sido generalmente aceptada por la doctrina colombiana. Según Reyes Villamizar, ‘la novedad introducida por el artículo 70 de la ley 222 de 1995 sobre este particular consistió en la posibilidad de que pudiera exigirse el acatamiento del pacto a la compañía y a los asociados o accionistas que no hubieren participado. Debe aclararse, sin embargo, que el artículo alude en forma exclusiva a los convenios [...] que versen sobre el sentido en que se emitirá el voto en el seno de la asamblea general de accionistas o sobre la representación de acciones en el máximo órgano social’ (2006) 543. De igual forma, según Gil, ‘una vez depositado el acuerdo, este se hace extensivo y obligatorio también para la sociedad, en lo que tenga que ver con el nombre de los representantes comunes y el convenio de votar en un mismo sentido’ (Estudios de Derecho Societario Moderno y Comparado (2008, Cámara de Comercio de Bogotá) 67. Esta Superintendencia ha considerado, por vía administrativa, que los acuerdos de voto debidamente depositados y suscritos por accionistas que no sean administradores, surten plenos efectos respecto de la compañía. Cfr., por ejemplo, los Oficios No. 220-003037 del 6 de enero de 2012 y No. 220-18843 del 19 de abril de 2002.

¹³ F H Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada, 2ª Ed. (2010, Bogotá, Editorial Legis) 211.

En síntesis, los acuerdos privados celebrados entre accionistas de sociedades colombianas pueden estar sujetos a tres regímenes diferentes. Las reglas previstas para las sociedades por acciones simplificadas admiten la celebración de acuerdos sobre toda clase de asuntos lícitos, los cuales deberán ser acatados por la sociedad siempre que se observen los requisitos del artículo 24 de la Ley 1258. En los acuerdos celebrados por asociados de otros tipos societarios, solo podrán predicarse efectos vinculantes respecto de la compañía en la medida en que se cumplan los requisitos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995. Por lo demás, tanto en las sociedades por acciones simplificadas como en los tipos regulados en el Código de Comercio, los acuerdos que no se ciñan a los requisitos especiales de los artículos 24 de la Ley SAS o 70 de la Ley 222, solo tendrán efectos entre las partes que los suscribieron.

Así las cosas, por ser Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. una compañía del tipo de las anónimas, deberá atenderse a lo previsto en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 para establecer si el acuerdo suscrito entre Proedinsa Calle & Cía S. en C., Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C. e Inversiones Vermont Tres S. en C. surtió efectos respecto de la compañía. De no verificarse el cumplimiento de lo dispuesto en esa norma, el aludido acuerdo solo pudo haber vinculado a los accionistas que lo suscribieron. Por consiguiente, para establecer el alcance de los efectos del denominado ‘acuerdo privado de accionistas del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.’, a continuación se presenta un análisis de los diferentes requisitos exigidos por el artículo 70 citado.

(i) Restricción subjetiva

Según ya se explicó, los efectos descritos en el artículo 70 de la Ley 222 solo se producirán cuando un acuerdo parasocial sea celebrado por ‘dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad’. La redacción de la norma deja claro que la restricción aludida solo recae sobre sujetos que detenten, de manera simultánea, la calidad de accionistas y administradores de una compañía.¹⁴ En este orden de ideas, a pesar de que el acuerdo de accionistas estudiado fue suscrito por Fernando Rojas y Gabriel Jaime Calle, ambos administradores de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., tales sujetos actuaron en su calidad de representantes legales de los accionistas de esta última sociedad. Ciertamente, en el texto del acuerdo se expresa que el señor Rojas obró como ‘representante legal del paquete accionario de las empresas dueñas del 52.5%’, es decir, Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C. e Inversiones Vermont Tres S. en C. (vid. Folio 122). Por su parte, el señor Calle actuó en calidad de ‘socio gestor de la sociedad Proedinsa Calle S. en C., propietaria del 47.5%, con plenas facultades según la Escritura Pública No. 2020 del 18 de julio de 2008 de la Notaría Veinte de Medellín’ (vid. Folio 122). Además, las pruebas que obran en el expediente permiten concluir que las sociedades accionistas de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. no eran administradoras de la compañía para la fecha en que se suscribió el acuerdo, ni han sido designadas en cargos de esa naturaleza hasta la fecha.

¹⁴ F H Reyes Villamizar (2006) 545.

En vista de lo expresado en el párrafo anterior, parece claro que el acuerdo de accionistas *sub examine* cumplió con el requisito subjetivo a que se ha hecho referencia, por cuanto los accionistas suscriptores del acuerdo no eran administradores de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. Aunque las personas naturales que firmaron el acuerdo sí han detentado esa calidad, debe recordarse que tales sujetos obraron en representación de las personas jurídicas que son accionistas de la compañía. Para el caso específico del artículo 70, la doctrina ha estimado, con buen criterio, que la restricción en comento no recae sobre administradores que suscriban acuerdos en calidad de representantes legales de sociedades accionistas, por cuanto ‘cuando un individuo actúa como representante legal de una sociedad, no lo está haciendo a título personal’.¹⁵ Esta postura guarda coherencia no solo con las reglas establecidas en nuestro ordenamiento en materia de representación, sino también con la forma en que se han estructurado las restricciones a los administradores en el régimen societario colombiano.¹⁶

Por las anteriores razones, el Despacho debe concluir que el denominado ‘acuerdo privado de accionistas del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.’ cumplió con el primero de los requisitos establecidos en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, en tanto fue suscrito por accionistas que no detentaban la calidad de administradores de la compañía.

(ii) Restricción objetiva

El segundo de los requisitos establecidos en el artículo 70 alude a las materias sobre las que pueden versar los convenios allí regulados. Se trata de ‘acuerdos en virtud de los cuales [los suscriptores] se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas’, en los que podrán pactarse reglas acerca de la ‘representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea’. En este sentido, a pesar de la desafortunada redacción del numeral 3º del literal C del acuerdo de accionistas de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., el Despacho entiende que esa cláusula contiene mecanismos diseñados para que los accionistas deban necesariamente concertar los términos de cualquier proceso de capitalización que adelante la compañía.¹⁷ Para ello, se dispone, primero que todo, que los accionistas discutirán los términos de cualquier proyecto de capitalización, antes de proponerla en el seno del máximo órgano social. En segundo lugar, la cláusula establece que solo podrá ‘acometerse’ la capitalización si existe ‘consenso entre las partes, sin entrar a considerar mayorías accionarias’ (vid. Folio 125).

¹⁵ Id.

¹⁶ Un ejemplo de ello puede encontrarse en el artículo 185 del Código de Comercio, en el cual se establece que ‘salvo los casos de representación legal, los administradores [...] no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias’ (se resalta).

¹⁷ Según Gabriel Jaime Calle ‘la idea era que no se pudiera hacer como lo está haciendo él [Fernando Rojas Rivadeneira] en este momento, que ya llega con el reglamento de emisión de acciones ya hecho en notaría, dice que hay un mes, que hay que hay pagar de contado y que no hay forma de uno dialogar. [El acuerdo] se hizo precisamente para evitar lo que él está haciendo, [para] que se dialogara en un escenario que no fuera la junta directiva [...] que antes de meterle recursos a la institución se midieran para qué eran’. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 30 de octubre de 2012, folio 188 del expediente (28:55).

En criterio del Despacho, la manera más adecuada de interpretar lo expresado en la cláusula examinada consiste en entender que, a menos que los accionistas suscriptores estén de acuerdo en realizar la capitalización, deberán votar en contra de cualquier propuesta orientada a aumentar el capital de la compañía. Se trata, pues, de un verdadero acuerdo de voto, en los términos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995. Esta interpretación ha sido aceptada por los demandados, tal y como puede apreciarse en el siguiente extracto de los alegatos de conclusión formulados por el apoderado de Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. ‘Nos afirmamos además en que un acuerdo relativo al consenso para capitalizar la empresa se reduce en la práctica, a un acuerdo para votar en un solo sentido la decisión de aumento de capital y se ajusta a los lineamientos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995’ (vid. Folio 1548). No está de más resaltar, finalmente, que en el texto del acuerdo se alude en forma explícita a los motivos que llevaron a los accionistas a incluir la cláusula estudiada. En el último inciso del numeral 3º se afirma que las disposiciones allí contenidas buscan ‘proteger los intereses del accionista que no estaría interesado en capitalizar’ (vid. Folio 125).

En vista de lo anterior, el Despacho considera acreditado el segundo de los requisitos establecidos en el artículo 70, en la medida que el acuerdo que se pretende hacer valer judicialmente versa sobre el sentido en que habrá de emitirse el voto durante las reuniones de la asamblea general de accionistas de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.¹⁸

(iii) Depósito del acuerdo

En el artículo 70 analizado se exige, por último, que ‘el acuerdo de accionistas conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad’. Además de asegurar que tanto la compañía como los accionistas no suscriptores conozcan el contenido y los alcances del acuerdo, el requisito del depósito apunta, en criterio de la doctrina, a ‘determinar el momento desde el cual el convenio resultará oponible a la sociedad’.¹⁹ Así, pues, tras una revisión de los documentos oficiales de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., el Despacho pudo encontrar que, en el curso de la reunión de la junta directiva de la compañía celebrada el 25 de marzo de 2009, se discutieron los principales compromisos contenidos en el acuerdo de accionistas. Según consta en el acta No. 27, luego de que el señor Calle presentara un borrador del acuerdo, los representantes legales de los diferentes accionistas lo suscribieron ‘dentro de la propia reunión de Junta’ (vid. Folio 299, reverso). En el acta mencionada se transcribieron las principales cláusulas del convenio, incluida la que contiene el pacto de voto objeto de este proceso

¹⁸ Aunque en el acuerdo se incluyeron asuntos que desbordan el alcance del artículo 70, es claro para el Despacho que esta circunstancia no desdibuja la naturaleza del pacto de voto contenido en el numeral 3º del literal C. Ello quiere decir que, para los efectos del artículo 70, citado, solo podrán considerarse oponibles a la compañía los apartes de ese acuerdo que versen sobre el sentido en que los accionistas habrán de emitir su voto, al paso que los demás pactos solo tendrán efectos *inter partes*.

¹⁹ F H Reyes Villamizar (2006) 545.

(vid. Folio 299). En esa misma acta se anotó que ‘enterada la junta directiva, como testigo de ocasión, firmó el documento en cabeza de sus miembros como constancia de notificación y conocimiento’ (vid. Folio 299, reverso).

A la luz de lo anterior, el Despacho no puede aceptar el argumento formulado por el apoderado de las compañías demandadas, según el cual ‘no existe prueba alguna en el proceso, [del] necesario depósito [del acuerdo] en las oficinas de la administración de la sociedad’ (vid. Folio 1548). Debe señalarse, en este sentido, que durante la reunión del 25 de marzo de 2009, se encontraban presentes, además de los miembros de la junta directiva, las personas que representaban a la totalidad de los accionistas de la compañía, así como los representantes legales principales y suplentes de la sociedad. (Cfr. Folio 19 y 297, reverso). De igual forma, para este Despacho, la transcripción de las cláusulas del acuerdo en el acta No. 27 da cuenta de la intención de las partes por cumplir con el requisito de depositar ese convenio en las oficinas de administración de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., a fin de darle plenos efectos jurídicos a sus estipulaciones.²⁰

Al reposar el texto de las cláusulas del acuerdo en las oficinas principales de administración de la compañía y por haberse suscrito el convenio en presencia de la totalidad de accionistas y administradores —quienes tuvieron pleno conocimiento del alcance y finalidad de los pactos allí contenidos— el Despacho debe concluir que se cumplió con el requisito del depósito a que alude el artículo 70 de la Ley 222 de 1995. Además, por haberse verificado el cumplimiento de este último requisito, el acuerdo examinado surtió efectos no solo entre los accionistas suscriptores, sino también respecto de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., en los términos del ya citado artículo 70.

B. Acerca del cumplimiento del acuerdo de voto

Una vez establecidos los efectos del acuerdo suscrito entre los accionistas de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., le corresponde al Despacho pronunciarse acerca de la ejecución que han hecho las partes del convenio de votación contenido en el numeral 3º del literal C del denominado ‘acuerdo privado de accionistas de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.’. Como ya se dijo, la cláusula en cuestión contiene un pacto de voto respecto de cualquier proceso de capitalización que se proponga adelantar la compañía. Se trata, para el Despacho, de una obligación de votar, en el seno del máximo órgano social, en contra de cualquier propuesta de capitalización que no cuente con la

²⁰ Las afirmaciones efectuadas por el señor Rubén Darío Barrientos, durante su testimonio, son relevantes para entender por qué se transcribieron las cláusulas del acuerdo en un acta de la junta directiva. Según el señor Barrientos, ‘yo lo redacté [el acuerdo] y le dije “Gabriel eso tiene que estar depositado”, entonces me dijo “no, como tenemos la asamblea de accionistas lo llevamos a la asamblea y lo hacemos firmar, y ahí están todos los miembros de la junta”. En efecto, así ocurrió. Se llevó [el acuerdo a la reunión], se firmó por todos los intervinientes, se firmó por los miembros de la junta, y acto seguido, en el acta de junta lo incluí como un contenido y temario del acta respectiva’. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 20 de noviembre de 2012, folio 581 (45:06). Durante esa misma intervención, el señor Barrientos señaló que ‘[el texto del acuerdo] empezó a circular en medio de la sesión [de la junta directiva] que había. Todos lo firmaron y, como estaba la junta directiva en pleno, quedó entonces suscrito por los accionistas y por los miembros de la junta. Al tenerse esa condición de ser un hecho notorio para todos y al estar inserto dentro del acta de junta directiva, consideré que se cumplió con el depósito del mismo’ (Id., 54:03).

anuencia de la totalidad de los accionistas suscriptores del acuerdo.²¹ En otras palabras, según los términos del convenio, las capitalizaciones de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. deben ser aprobadas mediante el voto favorable de todas las compañías que firmaron el convenio parasocial.

Bajo esta interpretación, el Despacho encuentra que las sociedades Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. incumplieron con el pacto de voto contenido en el acuerdo de accionistas a que se ha hecho referencia. Este incumplimiento se produjo durante la reunión asamblearia del 17 de febrero de 2012, durante la cual aquellas compañías votaron a favor de la propuesta de aumentar el capital autorizado de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. a \$1.200.000.000, según consta en el acta No. 32 (vid. Folio 38). El hecho de que Proedinsa Calle & Cía S. en C. hubiese votado en contra de la aludida propuesta es una prueba clara de que las partes del acuerdo de accionistas no habían concertado los términos en que habría de realizarse la capitalización. Al no existir consenso, Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. han debido emitir su voto en contra de la propuesta de aumentar el capital autorizado. De igual forma, debe señalarse que la aprobación de esta propuesta permitió iniciar el proceso de aumento del capital suscrito, en cuanto se dispuso la creación de las acciones en reserva que posteriormente fueron colocadas por la junta directiva. En este sentido, el Despacho entiende que el pacto de voto consignado en el acuerdo de accionistas hace referencia a cualquier decisión de la asamblea relacionada con la capitalización de la compañía, incluida, por supuesto, la referente al aumento del capital autorizado. No de otra forma podría entenderse el alcance de ese pacto, debido a que la aprobación de emisiones primarias le corresponde a la junta directiva de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.

La posición expresada en el párrafo anterior, relativa al incumplimiento del pacto de votación contenido en el acuerdo de accionistas, fue reconocida por Fernando Rojas Rivadeneira, representante legal de todas las compañías demandadas, durante la audiencia adelantada por el Despacho el 30 de octubre de 2012. Durante esa diligencia judicial, el señor Rojas señaló que '[el acuerdo] fue propuesto por el secretario de la junta —el señor Rubén Darío Barrientos— con ánimo conciliador, era un acuerdo amigable, que tenía unos considerandos y preámbulos muy amplios que **todos se están cumpliendo, a excepción de la parte de capitalizaciones**' (se resalta).²²

Ahora bien, las sociedades demandadas presentaron algunos argumentos tendientes a justificar la inobservancia de sus obligaciones bajo el acuerdo de accionistas. Por una parte, tal y como consta en el escrito de alegatos de conclusión allegado por el apoderado de aquellas compañías, la precaria situación económica de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. hacía necesario adelantar la capitalización controvertida en

²¹ Según lo expresado por Rubén Darío Barrientos durante su testimonio, 'la cláusula no dice [qué sucede si no se llega a un consenso], pero de su contenido se infiere que si no había acuerdos no era dable [capitalizar], porque era por vía de consenso'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 20 de noviembre de 2012, folio 581 (48:33).

²² Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 30 de octubre de 2012, folio 188 (55:05).

este proceso. Debe advertirse, en este orden de ideas, que las pruebas recogidas por el Despacho, incluida la información contenida en los libros oficiales de la compañía y los diversos testimonios practicados durante el curso del litigio, dan cuenta de las dificultades económicas de la sociedad.

En sustento de lo anterior, puede consultarse lo expresado por Juan Diego Naranjo, coordinador administrativo y financiero de la compañía, quien afirmó durante su testimonio que ‘desde 2011 [...] el Colegio venía con un déficit de caja acumulado. En diciembre de 2011 se mencionó en una junta directiva la necesidad de una capitalización, la cual se habló ya en una junta en enero 17. ¿Qué sucedía? Había unas situaciones puntuales como pago a [la sociedad de] transportes Alto Nivel, había también pagos de proveedores y nóminas pendientes’.²³ El mismo testigo hizo referencia, en los siguientes términos, a las dificultades de la compañía para obtener créditos bancarios: ‘Nos vimos avocados a buscar a Bancolombia, de lo cual ustedes tienen una carta de febrero, en la cual ellos mencionan —al ver los estados financieros— que se necesita una capitalización de la empresa [para que fuera procedente el préstamo]. [Bancolombia] rechazó el préstamo porque no veían que hubiese una solvencia en la liquidez del Colegio, porque también hubo retrasos con ellos— nosotros también tenemos con Leasing Bancolombia compromisos, y eso es un negocio completo; si usted se atrasa con Leasing Bancolombia el banco sabe de este retraso, entonces al ver que había cesaciones en los pagos o demoras en los pagos durante 30 días o menos, [Carlos Eduardo Estrada Echeverry, gerente de la sucursal Boulevard Envigado de Bancolombia] dijo “Juan estas en una situación de difícil pago”, por eso fue que ellos nos enviaron esta carta’.²⁴

A pesar de las dificultades financieras de la compañía, debe resaltarse que en ningún momento parece haberse configurado la causal de disolución por pérdidas consagrada en el artículo 457 del Código de Comercio. Según el testimonio de Yamile Ospina Ramírez, contadora de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., ‘hemos estado muy cerquita [de la causal de disolución por pérdidas] pero no, siempre se ha tratado de subsanar, siempre se ha tratado de pagar los pasivos o recomponer los pasivos con entidades financieras, hemos tratado en lo posible de que no [...]. [Para diciembre de 2011, la situación económica del Colegio] era complicada, porque por ejemplo, diciembre es el mes donde hay que pagar las primas de los docentes, es un mes en el que la cartera es difícil porque los papás se van a vacaciones [...] y ya no se vuelven a acordar del Colegio hasta que vuelven en enero’.²⁵

En todo caso, la aludida funcionaria puso de presente la difícil situación financiera en la que se encontraba sumida la compañía hacia el final del año 2011. De conformidad con lo expresado durante su testimonio, ‘hemos tenido déficit en el flujo de caja,

²³ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 20 de noviembre de 2012, folio 581 (2:03:10).

²⁴ Id. (2:04:55). En lo relacionado con la solicitud de capitalización formulada por Bancolombia S.A., es relevante la siguiente opinión, emitida por Edgar Ríos Ortiz, revisor fiscal de la compañía, durante su testimonio: ‘En realidad uno ve los balances, los estados financieros del Colegio, esos estados financieros en realidad pues para mí no tenían una presentación. Unos activos bastante altos y un capital suscrito y pagado muy bajito. Las entidades financieras lo primero que hacían era mirar el capital social y siempre decían que había que capitalizar’ (Id., 8:12).

²⁵ Id. (2:29:26).

las deudas con acreedores —como empresas de transporte— aumentaron mucho, y entonces estábamos en cierta forma incumpliendo también con ellos. Y en realidad los sobregiros han venido creciendo muchísimo, casi que cubrimos un sobregiro para pagar una nómina, pagamos la nómina y estamos sobregirados nuevamente y así'.²⁶ Por lo demás, la contadora de la compañía se pronunció en términos favorables acerca del proceso de capitalización iniciado en febrero de 2012., según puede apreciarse en las afirmaciones transcritas a continuación: 'Digamos que [con la capitalización] hubo una mejoría pero no estamos todavía en un nivel de equilibrio. Todavía tenemos que recurrir al sobregiro, tenemos que recurrir de pronto a lo que llamamos crédito de tesorería, o sea que el banco nos preste 50 millones por dos o tres meses. Entonces todavía tenemos problemitas, a pesar de la capitalización que ayudó mucho en momentos críticos de la nómina y muchas obligaciones que teníamos'.²⁷

Así mismo, en criterio de Javier Arias, miembro de la junta directiva de la compañía, 'la situación económica [era] difícil. Es que el gerente decía que la situación estaba mala. Él empezó [a decirlo] desde noviembre más o menos del 2011. Indudablemente, no me lo tenía que decir, yo tenía los balances, yo sabía que la situación estaba difícil'.²⁸ El Despacho pudo constatar, además, que, para hacerle frente a la difícil situación económica de la compañía, Fernando Rojas Rivadeneira le efectuó préstamos a la sociedad. Según el revisor fiscal de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., 'debido a este estreñimiento de la caja, el socio —que fue Fernando— prestó los 130 millones de pesos para poder sanar los déficits de caja, y fue para atender las necesidades que tenía [el Colegio] en aquel entonces'.²⁹

A pesar de todo lo anterior, el Despacho considera que las necesidades de liquidez de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. no pueden servir de fundamento para justificar el incumplimiento de los compromisos adquiridos por los accionistas bajo el convenio parasocial estudiado. El acuerdo objeto en esta sentencia contiene apenas un mecanismo diseñado para apremiar a los asociados a concertar los términos de futuras capitalizaciones. No se trata, es claro, de un pacto orientado a impedir cualquier proceso de capitalización, sino de un convenio con fines similares a los que tendría, por ejemplo, la inclusión en los estatutos de una mayoría calificada para aprobar el aumento del capital autorizado.³⁰ En otras palabras, el pacto de voto incluido en el acuerdo sí permite la capitalización de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., pero la sujeta a la existencia de un consenso entre los accionistas suscriptores. Es por ello por lo que el pacto analizado no parece ser manifiestamente contrario al interés social, como sí lo sería un acuerdo para oponerse, sin más, a cualquier capitalización de la compañía. Por supuesto que, como se verá más adelante, existen mecanismos legales para hacerle frente a las actuaciones abusivas que realicen los accionistas minoritarios en ejecución

²⁶ Id.

²⁷ Id.

²⁸ Id. (1:24:40).

²⁹ Id. (15:40).

³⁰ No está de más anotar que en la jurisprudencia española se han asimilado los efectos de los acuerdos parasociales suscritos por el 100% de los accionistas a aquellos derivados de las reformas estatutarias. Cfr. A. M. I. Sáez Lacave, *Los Pactos Societarios de Todos los Socios en el Derecho Español: Una Materia en Manos de los Jueces* (2009) 3 InDret 19

del acuerdo, sin que los mayoritarios deban recurrir al incumplimiento directo de las obligaciones allí contenidas.

Así mismo, el Despacho encuentra que la capitalización controvertida no era la única manera de conjurar los problemas financieros de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. Es decir que las necesidades de liquidez de la compañía no pueden considerarse como un hecho irresistible que justifique el incumplimiento del acuerdo de accionistas. Ante el compromiso adquirido por los suscriptores del convenio y la dificultad de llegar a un acuerdo respecto de los términos de la capitalización, podían haberse realizado, por ejemplo, anticipos para futuras capitalizaciones —como en efecto parece haber sucedido, en la práctica, con los préstamos que el señor Rojas le realizó a la compañía— mientras se concertaban las condiciones bajo las cuales se efectuarían nuevos aportes al fondo social. Lo que no puede aceptarse es que, ante la falta de consenso acerca de la capitalización, los accionistas mayoritarios decidan hacer caso omiso de las obligaciones contenidas en un acuerdo suscrito por asociados representantes de más del 99% del capital suscrito de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. Así las cosas, este Despacho no puede convalidar el incumplimiento del acuerdo suscrito entre los accionistas por la simple verificación de las necesidades de liquidez de la compañía.

De otra parte, el apoderado de las sociedades demandadas considera que pudo haberse presentado un mutuo disenso tácito entre los accionistas suscriptores del acuerdo. El fundamento para esta tesis puede encontrarse en un proceso de capitalización adelantado en el año 2010, mediante el cual se aumentó el capital suscrito de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., con cargo a deudas contraídas por la compañía a favor de sus accionistas (vid. Folio 351). Según consta en el acta No. 53, correspondiente a la reunión de la junta directiva celebrada el 26 de octubre de 2010, se propuso ‘la emisión de 192.000 acciones de un valor nominal cada una de \$500’ (vid. Folio 351). Durante el curso de esa reunión, el señor Rojas señaló que ‘no es técnicamente una emisión de acciones y que ese número de 192.000 acciones por suscribir es, precisamente, la diferencia que hay entre el capital pagado y el suscrito’ (Id.). Además, el señor Calle expresó que ‘estaba de acuerdo [con el texto de la propuesta], pero solicitó que se hiciera un cruce contable con los dineros acreditados a su favor [...] al igual que aplicaría —en cuanto tenga similitud— para el caso del doctor Fernando Rojas’ (Id.)

En vista de lo anterior, el Despacho no puede aceptar los argumentos expuestos por el apoderado de las demandadas. Ello se debe, en primer lugar, a que existió consenso acerca de los términos en que se celebró esa capitalización, como puede apreciarse en el texto citado en el párrafo anterior. En segundo lugar, por tratarse de una emisión de acciones aprobada en una reunión de la junta directiva, no resultaba aplicable el acuerdo de voto contenido en el numeral 3º del literal C, el cual versa, al parecer, sobre la actuación de los accionistas en las reuniones de la asamblea. En tercer lugar, el Despacho no encontró prueba alguna de que la intención de los accionistas suscriptores del acuerdo haya sido la de liberarse, bien de forma explícita o tácita, de sus compromisos

contractuales. Por las anteriores razones, el Despacho considera que el pacto de voto contenido en el acuerdo de accionistas conserva plena vigencia.³¹

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho debe concluir que Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. no acreditaron el acaecimiento de circunstancias verdaderamente irresistibles que sirvan para excusarlas de cumplir con las obligaciones contenidas en el acuerdo de accionistas suscrito con Proedinsa Calle & Cía S. en C.

Por lo demás, es necesario llamar la atención sobre la importancia que reviste asegurar el estricto cumplimiento de los acuerdos celebrados entre los accionistas de una compañía. Esta afirmación encuentra soporte no solo en la ya analizada función económica que cumplen esta clase de convenios, sino también en la necesidad de hacer efectivos los postulados que rigen la celebración y ejecución de contratos en Colombia, particularmente en lo que respecta al artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor, ‘todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’.³² En opinión de Hinestrosa, ‘la trascendencia de la firmeza y solidez del vínculo [contractual] es algo que desde un principio ha sobresalido y se ha resaltado: es el estar a lo dicho, es el respeto a la palabra empeñada: la fides, cimiento de toda economía, recogido en el lema latino-medioeval *pacta sunt servanda*’.³³ En el contexto específico que se estudia en esta sentencia, Martínez Neira ha señalado que, ‘en su calidad de actos jurídicos, los acuerdos de accionistas son vinculantes mientras no sean invalidados por mutuo consentimiento o por las causales previstas en la ley’.³⁴

De igual forma, debe recordarse que el acuerdo entre los accionistas de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. fue celebrado para conjurar un conflicto que se había presentado entre los asociados, con el propósito de que no se entorpeciera ‘la buena marcha de la sociedad’ (vid. Folio 123).³⁵ Por este motivo, el Despacho no puede aceptar que, ante el surgimiento de nuevas diferencias entre los accionistas, Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. decidan desconocer sus compromisos contractuales. Esta postura adquiere aún más fuerza si se considera que en nuestro ordenamiento se han contemplado diversos mecanismos legales que permitirían liberar a los asociados mayoritarios de las obligaciones adquiridas

³¹ Es pertinente traer a colación el siguiente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia acerca de la figura del mutuo disenso tácito: ‘Al carecer de regulación orgánica en la codificación civil, [el mutuo disenso tácito] deja al criterio del juzgador la interpretación acerca de los hechos constitutivos del abandono del contrato y determinantes de la época en la cual se hace patente esa voluntad conjunta de los contratantes que apunta a desistir del contrato’. Sentencia del 5 de junio de 2007.

³² Sobre este particular, se ha señalado que ‘las manifestaciones de la voluntad de los particulares pasan a convertirse en verdaderas normas jurídicas, dotadas de los atributos propios de estas, ente ellos de la obligatoriedad, en cuya virtud las partes quedan ligadas por sus propios actos, como lo estarían si las prestaciones que estipulan libremente fueran impuestas por el propio legislador’. G Ospina Fernández y E Ospina Acosta, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico (7ª Ed., 2005, Bogotá, Editorial Temis) 306.

³³ F Hinestrosa, El Principio del Pacta Sunt Servanda: Y la Estipulación de Intereses, (2001) 12 CONTEXTO 34.

³⁴ N H Martínez Neira (2010) 121.

³⁵ En este sentido, el preámbulo del acuerdo contiene la siguiente afirmación: ‘Las actuales relaciones entre los suscribientes, vienen siendo afectadas por discrepancias conceptuales, que han desembocado en tropiezos de gestión’ (vid. Folio 123).

bajo el acuerdo de accionistas. Además de los modos tradicionales de extinción de las obligaciones, existen reglas de naturaleza societaria a las que podría haberse recurrido para lograr ese fin. Así, por ejemplo, es factible procurar, mediante un proceso judicial, que se dejen sin efectos las cláusulas del acuerdo que se consideren contrarias al interés social. En otros países es usual que las cortes desvirtúen la fuerza vinculante de una disposición para estatutaria que sea manifiestamente contraria al interés social.³⁶ Ello también sería posible en Colombia, como puede apreciarse en la siguiente opinión de Reyes Villamizar: ‘Cabría entonces preguntarse [...] si sería viable convenir, por ejemplo, que los suscriptores del acuerdo votaran en contra de todo lo que propongan los socios no participantes. La respuesta debe ser negativa, porque tal convenio contradiría el interés social. Por supuesto, mientras no se declare judicialmente la nulidad del acuerdo, este deberá reputarse válido y aplicable en absoluto’.³⁷

Aunque con base en las pruebas que obran en el expediente no se han encontrado razones para concluir que el acuerdo de voto analizado es manifiestamente contrario al interés social, las sociedades demandadas bien podrían haber iniciado un proceso orientado a demostrar esa circunstancia, en lugar de incumplir con sus obligaciones bajo el convenio. Podría pensarse, incluso, en que los accionistas mayoritarios soliciten que se les releve de cumplir con el pacto de voto, si demuestran, entre otras circunstancias, la imposibilidad definitiva de llegar a un acuerdo con los minoritarios respecto de los términos de una futura capitalización y la apremiante necesidad de efectuar nuevos aportes al fondo social. Lo que este Despacho no puede permitir, por las razones ya expresadas, es que se decida incumplir con las obligaciones pactadas en un acuerdo de accionistas, antes de recurrir a las instancias judiciales y sin haberse demostrado el acaecimiento de una situación verdaderamente irresistible.

Finalmente, no debe perderse de vista que los accionistas mayoritarios pueden controvertir las actuaciones abusivas de los accionistas minoritarios respecto de la ejecución del acuerdo. En la práctica, el convenio de voto estudiado les confiere a estos últimos un derecho de veto respecto de cualquier proceso de capitalización que se proponga adelantar Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. El ejercicio desmedido o inadecuado de esa prerrogativa podría dar lugar a la iniciación de procesos judiciales por abuso del derecho. La disponibilidad de esta alternativa hace aún más inaceptable el incumplimiento del acuerdo de accionistas a que se ha hecho alusión.

C. Efectos del incumplimiento

Una vez verificado el incumplimiento del acuerdo de accionistas, le corresponde ahora al Despacho establecer cuáles son las consecuencias derivadas de esa transgresión. Este análisis debe partir de la base de las pretensiones formuladas en la demanda, las cuales no van dirigidas a la resolución del acuerdo con la correspondiente indemnización de perjuicios, sino, más bien, a que se ordene el cumplimiento de lo pactado (vid. Folios 130 y 131). Hecha esta aclaración, debe decirse que en nuestro régimen societario existen

³⁶ Cfr. Por ejemplo, la sentencia del 13 febrero 1996, proferida por la Sección Comercial de la Corte de Apelación francesa.

³⁷ F H Reyes Villamizar (2006) 547.

diversas maneras de hacer efectivo un acuerdo de voto celebrado por los accionistas de una sociedad anónima. Por una parte, el incumplimiento de un convenio de esa naturaleza puede dar lugar a la ejecución específica de las obligaciones correspondientes. Esta acción judicial, descrita en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, puede presentarse ante la Superintendencia de Sociedades en el caso de las sociedades anónimas, por disposición del artículo 252 de la Ley 1450 de 2011. De otra parte, en los términos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995, es factible controvertir los votos computados en contra de lo pactado en un acuerdo oponible a la sociedad, con el fin de impugnar la correspondiente determinación asamblearia. Por las razones expresadas más adelante, esta posibilidad surge del análisis del mencionado artículo 70, el cual establece que los acuerdos que cumplan con los requisitos allí previstos ‘producirá[n] efectos respecto de la sociedad’.

Ante la escasez de antecedentes judiciales colombianos respecto de los efectos derivados del incumplimiento de un acuerdo de accionistas, el Despacho estima relevante estudiar la manera en que se ha abordado esta materia en otros países. Para comenzar, debe mencionarse que en el sistema español es posible iniciar, ante las instancias judiciales, acciones de ejecución específica de obligaciones contenidas en acuerdos de accionistas. En el contexto de pactos de voto, la doctrina de ese país ha considerado que, mediante la aplicación de las normas procesales que regulan la ejecución de obligaciones de hacer y no hacer, es factible ‘[forzar] al socio a cumplir el compromiso que libremente asumió en el pacto’.³⁸ Para el efecto, podrá solicitarse, ante las cortes, que se le imparta al infractor la instrucción de votar en determinado sentido durante una o varias reuniones del máximo órgano social o, incluso, la sustitución del voto del accionista renuente en una asamblea futura.³⁹ Con todo, una vez conformada la voluntad social en el seno de la asamblea, el cumplimiento forzoso del pacto de voto se ve limitado por la inoponibilidad de los acuerdos de accionistas respecto de la compañía.⁴⁰ Ello se debe a que, a diferencia de como ocurre bajo los artículos 70 de la Ley 222 y 24 de la Ley 1258, en la legislación española no se han formulado excepciones al postulado de la relatividad de los actos jurídicos para el caso de los convenios parasociales.⁴¹ De ahí que, una vez aprobada una decisión asamblearia, no sea posible impugnarla con fundamento en la violación de un acuerdo de voto. Esta circunstancia ha obligado a las cortes españolas a idearse complejos expedientes legales para darle fuerza a los acuerdos de accionistas. Para Sáez Lacave, ‘el tribunal se vale de argucias jurídicas más o menos artificiosas o desproporcionadas para legitimar la impugnación [de la decisión social], como la doctrina del levantamiento del velo, o la ficción de entender que el pacto parasocial es un acuerdo de junta universal’.⁴² En todo caso, a pesar de las

³⁸ C Paz-Ares, *El Enforcement de los Pactos Parasociales* (2003) 5 ACTUALIDAD JURÍDICA 19, 23.

³⁹ C Paz-Ares (2003) 25.

⁴⁰ Esto ha contribuido a que, en España, ‘la posibilidad de obtener la ejecución forzosa de un pacto parasocial [sea], en la mayoría de los casos, más teórica que práctica’. *Id.*, 28.

⁴¹ *Id.*, 32.

⁴² M I Sáez Lacave (2009) 19.

dificultades anotadas, existe en España cierto consenso acerca de la necesidad de darle plenos efectos a los acuerdos de voto celebrados entre accionistas.⁴³

También es relevante consultar los remedios judiciales disponibles en Francia para hacer efectivos los acuerdos de voto. Al igual a como ocurre en España, el sistema francés no admite que los convenios entre accionistas tengan efectos vinculantes respecto de la sociedad, en desarrollo del postulado de la relatividad consagrado en el artículo 1165 del Código Civil de ese país.⁴⁴ Sin embargo, las cortes francesas han consentido en aplicar la figura de la ejecución forzada (*exécution forcée*) para hacer efectivas las obligaciones de voto contenidas en acuerdos de accionistas.⁴⁵ Mediante sentencia del 3 de agosto de 2011, el Tribunal de Comercio de París le dio estricta aplicación a un convenio de votación, celebrado por los accionistas de una compañía francesa para regular la elección de los miembros del consejo de supervisión de la sociedad. En la sentencia aludida se aplica la figura de la ejecución forzada debido a que, en criterio del Tribunal, ‘se trata del medio más efectivo para preservar la fuerza vinculante de las obligaciones [...] y el respeto por lo acordado entre las partes’.⁴⁶ En esa oportunidad, ante el incumplimiento del acuerdo por parte de los accionistas mayoritarios, el Tribunal impartió instrucciones para que se celebrara una nueva asamblea, en la que tales asociados debían revocar los nombramientos efectuados en contravención del convenio y, además, votar obligatoriamente por los candidatos acordados con los accionistas minoritarios.⁴⁷

En consideración a lo anterior, puede concluirse que, en el derecho comparado, existe una diferencia entre la ejecución específica de las obligaciones contenidas en un acuerdo de accionistas y la oponibilidad de tales convenios respecto de la compañía. La ejecución específica procede *inter partes* aunque los acuerdos de accionistas no surtan efectos vinculantes respecto de la sociedad. En un proceso que procure la ejecución judicial, podrá solicitarse al juez que le imparta órdenes al accionista renuente para que emita el voto en determinado sentido durante las reuniones futuras del máximo órgano social. En algunas oportunidades es posible, incluso, que el juez suplante la voluntad del accionista que se rehúse a cumplir con la correspondiente orden judicial.⁴⁸ En ambos casos, se trata de la aplicación, en el contexto societario, de las normas que rigen la ejecución judicial de obligaciones de hacer y no hacer. Con todo, ante la carencia generalizada de reglas que permitan hacerles oponibles a la sociedad los acuerdos entre accionistas, no es posible, en muchos países, impugnar decisiones aprobadas por la asamblea con la concurrencia de votos emitidos en contravención de un pacto parasocial.

⁴³ C Paz-Ares (2003) 25.

⁴⁴ ‘Los acuerdo de accionistas tan solo vinculan a los asociados suscriptores’ JF Louit y L Lanvers-Shah, *Cession d’Actions et Pacte Extrastatutaire* (2010) 3 CHRONIQUE128.

⁴⁵ Cfr. A O de Précigout, *L’Efficacité des Pactes d’Actionnaires* OPTION FINANCE (10 abril 2012) 28, 29

⁴⁶ Cfr. *Ordonnance* No. 2011-052610 del 3 agosto 2011.

⁴⁷ Id. Debe advertirse que la citada sentencia del Tribunal de Comercio fue modificada parcialmente durante el trámite de apelación, por problemas de jurisdicción propios del sistema francés (Cfr. Corte de Apelación de París, Sentencia No. 11/16066 del 8 noviembre 2011).

⁴⁸ Para el caso de Brasil, Cfr. A P. P. Moreira Rodrigues, *A Execução Específica dos Acordos de Acionistas* (2007) Papeles de Trabajo CONPEDI, disponible en la siguiente dirección: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/pedro_paulo_moreira_rodrigues.pdf

En el sistema colombiano subsiste la diferencia anotada entre los efectos de la ejecución específica y aquellos derivados de la oponibilidad de los acuerdos de accionistas. Para el caso de la ejecución judicial de acuerdos de voto, habrá que atenderse a lo previsto en nuestra legislación respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer. Por una parte, en el Código Civil se establecen las medidas legales que pueden adoptarse ante el incumplimiento de obligaciones de la naturaleza indicada. En el artículo 1610 se establece, sobre este particular, que el acreedor de una obligación de hacer puede solicitar, además de la indemnización de perjuicios, ‘que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido [y] que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor’. Para el caso de las obligaciones de no hacer, el artículo 1612 dispone que, si no puede deshacerse lo hecho, la obligación de no hacer ‘se resuelve en la de indemnizar los perjuicios’. Sin embargo, ‘pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor’. De otra parte, en los artículos 500 y siguientes del Código de Procedimiento Civil se consagran las vías procesales para procurar la ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer.

Parece claro, pues, que la ejecución específica de un acuerdo de voto no presupone su oponibilidad ante la sociedad. Ciertamente, un accionista cumplido podría solicitar que se le impartan órdenes a la parte infractora (p.ej. asistir a una asamblea y votar en determinado sentido), en los términos de los artículos mencionados, sin impugnar directamente las decisiones adoptadas por el máximo órgano. Bajo esta hipótesis, por virtud de lo previsto en los artículos 24 de la Ley 1258 de 2008, 252 de la Ley 1450 de 2011 y 24 del Código General del Proceso, podría acudir ante esta Superintendencia, para que, en una sentencia de naturaleza constitutiva, se reconozca el incumplimiento y se impartan las órdenes correspondientes.⁴⁹

Ahora bien, a diferencia de como ocurre en la mayoría de los países estudiados, en el sistema societario colombiano se han introducido reglas legales encaminadas a darle plena efectividad a los acuerdos de accionistas. Según ya se explicó, existen entre nosotros novedosas disposiciones, por cuya virtud, cierta clase de acuerdos pueden surtir efectos vinculantes respecto de la compañía. Con todo, no es claro qué significa, en la práctica, que los acuerdos parasociales ‘[produzcan] efectos respecto de la sociedad’ o que ‘[deban ser] acatados’ por ella. En criterio del Despacho, la única manera de entender estos efectos, en el contexto de pactos de votación, consiste en permitir la impugnación de decisiones sociales que fueron aprobadas con el cómputo de votos emitidos en contravención de un acuerdo oponible. Por supuesto que la impugnación solo será procedente en aquellos casos en los que, al descontar los votos emitidos en contra del acuerdo oponible, no se obtenga la mayoría requerida para aprobar la respectiva determinación, en los términos del artículo 190 del Código de Comercio.

⁴⁹ Para el Consejo de Estado, las sentencias de carácter constitutivo son aquellas en las que se ‘modifica o extingue una situación jurídica existente creando una nueva que no existía’. Sentencia del 8 de marzo de 2008.

La anterior interpretación de los efectos vinculantes de los acuerdos de accionistas es congruente con lo señalado por Paz-Ares, quien considera que la inoponibilidad de estos convenios en España constituye el principal obstáculo para impugnar decisiones sociales con base en la violación de un pacto de voto.⁵⁰ La postura adoptada por el Despacho también guarda coherencia con los efectos que se le han atribuido en Brasil a los acuerdos que surten efectos vinculantes respecto de una sociedad. En criterio de Aguiar Pedrosa, la emisión de votos que contravengan lo dispuesto en un acuerdo oponible a la compañía, podrá dar lugar a la ‘modificación del resultado obtenido en la asamblea’.⁵¹

Además, entre nosotros, el fundamento jurídico de la postura antes expresada puede encontrarse en la formulación imperativa de la expresión ‘producirá efectos respecto de la sociedad’ a que alude el artículo 70 de la Ley 222.⁵² Para el Despacho, esa frase quiere decir que no es posible computar los votos emitidos en contra de un acuerdo oponible, para efectos de conformar la voluntad social, expresada en el seno de la asamblea.⁵³ En caso de que tales votos se tuviesen en cuenta para aprobar una determinación asamblearia, se habría violado la disposición imperativa del artículo 70, por lo cual podría solicitársele a una autoridad judicial que los descontara del respectivo escrutinio. Una vez removidos tales votos judicialmente, sería preciso evaluar si la decisión impugnada podría subsistir si se toman en cuenta tan solo los votos computados en forma válida. Si los votos remanentes resultan insuficientes para configurar la mayoría legal o estatutaria requerida, la decisión de la asamblea estaría viciada de nulidad absoluta, conforme al ya citado artículo 190 del Código de Comercio.⁵⁴

A la luz de las anteriores consideraciones, es posible ahora determinar los efectos del incumplimiento del acuerdo de accionistas por parte de Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C. Lo primero que debe decirse es que las pretensiones formuladas en la demanda no están encaminadas a obtener la ejecución específica de las obligaciones contenidas en el acuerdo, sino a impugnar las decisiones adoptadas durante el proceso de capitalización de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. En este sentido, el Despacho pudo constatar que los votos emitidos por Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C.,

⁵⁰ ‘La imposibilidad de lograr el enforcement de los pactos parasociales contra la sociedad se funda [...] en definitiva, en la inoponibilidad a la sociedad de dichos pactos [...]. Sin ir más lejos, lo impide el principio de relatividad del contrato consagrado por el artículo 1257II CC’ C Paz-Ares (2003) 32.

⁵¹ K. L. Aguiar Pedrosa, *Execução específica de acordo de acionistas de sociedade anônima*, (2008) 13 *JUS NAVIGANDI* 1986.

⁵² Este Despacho considera necesario darle un alcance similar a la expresión ‘producirá[n] efectos respecto de la sociedad’ del artículo 70 de la ley 222 y a la frase ‘deberán ser acatados por la sociedad’ contenida en el artículo 24 de la ley 1258. Se trata, en ambos casos, de disposiciones que producen efectos vinculantes respecto de la sociedad en lo relacionado con los acuerdos de accionistas que cumplan con los requisitos legales concernientes.

⁵³ Gil describe un caso análogo, en el que la sociedad tiene en cuenta el voto emitido por una persona diferente de la designada en un acuerdo de accionistas oponible a la compañía bajo el artículo 70. En esta hipótesis, ‘este voto será nulo y como consecuencia, podrán intentarse las acciones de impugnación social. [...] habrá motivo de impugnación de las decisiones tomadas en desconocimiento del sindicato de acciones’ (2008) 68.

⁵⁴ Esta situación guarda alguna similitud con las circunstancias fácticas descritas por Martínez Neira en los siguientes términos: ‘si se anula el voto del accionista, la consecuencia ineficacia del acto jurídico puede tener incidencia en la validez de la decisión de la junta de socios o asamblea, si como consecuencia del vicio correspondiente se afecta el quórum o las mayorías decisorias’. N. H. Martínez Neira (2010) 194.

Inversiones Vermont Tres S. en C. sí fueron tenidos en cuenta para la aprobación, en el seno de la asamblea, de la decisión de aumentar el capital autorizado, en contravención de lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995. Con base en los argumentos antes formulados, el Despacho descontará los votos emitidos por Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C., del cómputo efectuado para la aprobación del aumento del capital autorizado de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., durante la reunión asamblearia del 17 de febrero de 2012. Una vez descontados tales votos, la decisión anotada no alcanza la mayoría requerida para sustentar su adopción.⁵⁵ Por este motivo, al tenor de lo previsto en el artículo 190 del Código de Comercio, debe concluirse que la decisión de aumentar el capital autorizado adolece de nulidad absoluta. Como consecuencia de la declaración judicial de este vicio, deberán retrotraerse todos aquellos actos realizados en desarrollo de la decisión declarada nula, conforme con lo dispuesto por el artículo 1746 del Código Civil.⁵⁶

IV. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de la sociedad demandante y a cargo de los demandados, una suma equivalente a un salario mínimo, es decir, \$589.500.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Declarar que Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., e Inversiones Vermont Tres S. en C. incumplieron el pacto de voto contenido en el denominado acuerdo privado de accionistas del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., suscrito entre aquellas compañías y Proedinsa Calle & Cía S. en C. el 25 de marzo de 2009.

Segundo. Descontar los votos emitidos por Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., e Inversiones Vermont Tres S. en C., del cómputo efectuado para la aprobación del aumento del capital autorizado de Colegio Gimnasio

⁵⁵ Es más, al descomputar los votos señalados, la propuesta correspondiente no habría recibido ningún voto positivo.

⁵⁶ 'La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita' (Cfr. Sentencia del 2 de agosto de 1999 de la Corte Suprema de Justicia). Debe recordarse, por lo demás, que, una vez declarada la nulidad absoluta del aumento del capital autorizado, no existirían acciones en reserva para ser colocadas entre los accionistas (vid. Folio 285).

Vermont Medellín S.A. durante la reunión asamblearia del 17 de febrero de 2012, en contravención de lo previsto en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995.

Tercero. Declarar la nulidad absoluta de la decisión consistente en reformar el artículo 5° de los estatutos sociales de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. para aumentar el capital autorizado de la compañía, según lo consignado en el acta No. 32, correspondiente a la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada el 17 de febrero de 2012.

Cuarto. Como consecuencia de la nulidad absoluta antes mencionada, dejar sin efectos los reglamentos de emisión y colocación de acciones aprobados por la junta directiva de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. con posterioridad al 17 de febrero de 2012.

Quinto. Como consecuencia de la nulidad absoluta antes mencionada, dejar sin efectos los contratos de suscripción de acciones celebrados entre Inversiones Vermont Tres S. en C. y Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. con posterioridad al 17 de febrero de 2012.

Sexto. Oficiar al representante legal de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. para que proceda de conformidad con lo previsto en esta sentencia.

Séptimo. Oficiar al Notario 17 del círculo de Medellín para que realice la nota marginal sobre la escritura pública No. 498 del 21 de febrero de 2012.

Octavo. Ordenar la inscripción de esta providencia ante el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Medellín.

Noveno. Condenar en costas a las sociedades demandadas y fijar como agencias en derecho a favor de la sociedad demandante la suma de \$589.500.

La anterior providencia se profiere a los veintitrés días del mes de abril de dos mil trece y se notifica en estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

No. 801-023 del 24 de mayo de 2013

PARTES

Ányelo Paúl Rojas Pinzón
contra
Agregados y Minerales del Llano S.A.S. (Agremil S.A.S.)

NÚMERO DEL PROCESO

2013-01-801-005

ASUNTO

Improcedencia de la desestimación de la personalidad jurídica por el simple incumplimiento de obligaciones contractuales.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Ányelo Paúl Rojas Pinzón

contra

Agregados y Minerales del Llano S.AS. (Agremil S.A.S.)

Asunto

Artículo 42 de la Ley 1258 de 2008

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2013-01-801-005

1. Antecedentes

El proceso iniciado por Ányelo Paúl Rojas Pinzón en contra de Agregados y Minerales del Llano S.AS. (Agremil S.A.S.) surtió el curso descrito a continuación:

1. El 24 de enero de 2013, mediante Auto No. 801-000906, este Despacho admitió la demanda presentada por Ányelo Paúl Rojas Pinzón en contra de Agregados y Minerales del Llano S.A.S. (Agremil S.A.S.).
2. El 4 de febrero de 2013, se le envió el citatorio electrónico de notificación a la sociedad demandada.
3. El 18 de marzo de 2013, se envió por medios electrónicos el aviso de notificación, junto con sus anexos.
4. El 15 de abril de 2013, mediante Auto No. 801-005260, el Despacho citó a las partes para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil.
5. Una vez agotada la práctica de pruebas decretadas por el Despacho, mediante Auto 801-008871 del 15 de mayo de 2013, se citó a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, el viernes 24 de mayo del presente año.

6. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. Pretensiones

La demanda presentada por Ányelo Paúl Rojas Pinzón contiene las pretensiones que se presentan a continuación: ‘Respetuosamente se solicita se levante o descubra el velo corporativo de la sociedad Agregados y Minerales del Llano S.A.S. (Agremil S.A.S.) y que con ocasión del levantamiento del velo corporativo, se declare la responsabilidad civil contractual por parte de los socios individualmente considerados de la sociedad demandada frente al incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento al señor Ányelo Paúl Rojas Pinzón con ocasión del contrato de arrendamiento de vehículo automotor para carga o transporte celebrado entre éste y la referida sociedad’.

III. Consideraciones del Despacho

La demanda sometida a consideración de este Despacho está orientada a establecer si el señor Diego Adolfo Toro Ramírez se valió de la sociedad Agregados y Minerales del Llano S.A.S. (Agremil S.A.S.) para perpetrar un fraude. Por tratarse de una acción de desestimación de la personalidad jurídica, debe aludirse, necesariamente, a los antecedentes que sobre la materia ha expedido esta Delegatura. En particular, debe traerse a colación lo expresado en la Sentencia 801-0015 del 15 de marzo de 2013, en la cual se realizó un detallado análisis acerca de la materia objeto de este proceso. En esa providencia se expresó que ‘la desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Es claro, en este sentido, que la citada sanción tan solo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario’.¹

Una vez formuladas las anteriores precisiones, debe ahora abordarse el estudio de los hechos sometidos a consideración del Despacho. Ányelo Paúl Rojas Pinzón celebró el 25 de noviembre de 2011 un contrato de arrendamiento con la sociedad Agregados y Minerales del Llano S.A.S. (Agremil S.A.S.), respecto de un vehículo automotor para carga o transporte. El valor del canon mensual pactado en el aludido negocio jurídico, a cargo de Agremil S.A.S. fue de \$16.000.000, cuyo pago debía efectuarse en forma quincenal, dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la respectiva cuenta de cobro. Según el

¹ La sentencia mencionada puede consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html

demandante, la mencionada sociedad incumplió la cláusula tercera del referido contrato, toda vez que tan solo efectuó un pago inicial de \$5.000.000. De ahí que, de conformidad con lo señalado en la demanda, Agremil S.A.S. cuente en la actualidad con una obligación, a favor de Anyelo Paúl Rojas, por valor de \$26.666.000. Este incumplimiento, soportado plenamente por las pruebas aportadas por el demandante, llevó a que se presentara la acción de desestimación de la personalidad jurídica que dio lugar al presente proceso. En verdad, en criterio de la apoderada del demandante, '[las señaladas actuaciones] lesionaron los intereses conscientemente del acreedor [Ányelo Paúl Rojas Pinzón] porque, si usted se da cuenta, esa empresa es una SAS'. Además, durante la fijación del objeto del litigio, la misma apoderada expresó que la obligación incumplida se derivó de una relación contractual entre el demandante y la compañía demandada.

A la luz de lo anterior, es claro para el Despacho que las actuaciones debatidas en el presente proceso no tienen la virtualidad suficiente para que se decrete la desestimación de la personalidad jurídica de Agremil S.A.S. Ello se debe a que los elementos probatorios disponibles no dan cuenta de un claro abuso de la figura societaria, sino que apuntan, más bien, al incumplimiento de las obligaciones dinerarias a cargo de la compañía demandada. Aunque los anteriores hechos podrían servir de justificación para adelantar un proceso en el que se reconozca el incumplimiento de las obligaciones adquiridas bajo el contrato de arrendamiento, las circunstancias fácticas aducidas por el demandante no pueden dar lugar a que se aplique la sanción de desestimación. Así las cosas, este Despacho debe concluir que el demandante no ha probado la existencia de un abuso de la figura societaria que amerite la desestimación de la personalidad jurídica.

Por lo demás, una vez analizadas las actuaciones surtidas durante el curso del presente proceso, el Despacho estima necesario abstenerse de proferir una condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Negar las pretensiones presentadas por la parte demandante.

Segundo. Abstenerse de emitir una condena en costas.

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

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

No. 801-025 del 30 de mayo de 2013

PARTES

Francisco A. Martínez Quintero y Lucía Martínez de Kurday
contra
Sabajón Apolo S.A. y otros

ASUNTO

Nulidad absoluta de contratos de compraventa de acciones por la violación de lo previsto en el artículo 404 del Código de Comercio.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Francisco A. Martínez Quintero y Lucía Martínez de Kurday
contra
Sabajón Apolo S.A., y otros

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

I. Antecedentes

El proceso iniciado por Francisco A. Martínez Quintero y Lucía Martínez de Kurdayen contra de Sabajón Apolo S.A., Sofía Velosa de Martínez, Jaime Martínez Quintero, Gustavo Martínez Quintero, y Jaime Hernando Martínez surtió el curso descrito a continuación:

1. El 23 de enero de 2013, mediante Auto No. 801-000850 este Despacho admitió la demanda de la referencia.
2. El 23 de enero también se emitió el Auto No. 801-000848, en el que se determinó fijar una caución como condición previa para el decreto y práctica de medidas cautelares.
3. El 7 de febrero de 2013, el apoderado de la parte demandante acreditó el pago de la caución, mediante una póliza de seguros.
4. El 8 de febrero de 2013, mediante Auto No. 801-001784, este Despacho accedió al decreto y práctica de medidas cautelares.
5. El 12 de febrero de 2013, se le envió un citatorio de notificación a las sociedades demandadas.
6. El 18 de febrero de 2013, el apoderado de los demandados presentó recurso de reposición en contra del auto admisorio de la demanda, el cual fue coadyuvado por

el demandado Jaime Hernando Martínez Velosa, quien no concurrió al proceso por conducto de apoderado.

7. Luego de recibir el pronunciamiento del demandante sobre el recurso interpuesto, este Despacho resolvió el recurso de reposición mediante Auto No. 801-003252 del 7 de marzo de 2013.
8. El 15 de marzo de 2013, el apoderado de los demandados presentó un escrito en el que se solicitó la nulidad de todo lo actuado, por la supuesta falta de competencia de esta entidad para conocer del proceso concerniente.
9. El mismo 15 de marzo de 2013, el aludido apoderado contestó la demanda en nombre de Sabajón Apolo S.A., Jaime Martínez Quintero, Gustavo Martínez Quintero y Sofía Velosa de Martínez.
10. El 15 de abril de 2013, mediante Auto No. 801-005262 el Despacho citó a las partes para el 24 de abril de 2013, a fin de llevar a cabo la audiencia judicial correspondiente. Durante la audiencia celebrada en esta última fecha se cumplieron las diferentes etapas procesales, hasta el decreto de pruebas.
11. Luego de recibir el pronunciamiento del demandante sobre la nulidad invocada, este Despacho negó la solicitud del apoderado de los demandados mediante Auto No. 801-005314 del 16 de abril de 2013.
12. El 23 de abril de 2013, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de reposición contra el Auto No. 801-005314 del 16 de abril de 2013.
13. Luego de recibir el pronunciamiento del demandante sobre el recurso interpuesto, el 3 de mayo de 2013, mediante Auto No.801-007329, este Despacho resolvió el recurso de reposición en contra del auto que rechazó la nulidad aducida por los demandados.
14. Una vez agotada la práctica de las pruebas decretadas por el Despacho, mediante Auto No. 801-008939 del 16 de mayo de 2013 se citó a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión el 30 de mayo de 2013. Los apoderados de cada una de las partes, formularon tales alegatos en debida forma.
15. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. Pretensiones

264

La demanda presentada por Francisco A. Martínez Quintero y Lucía Martínez de Kurday contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

1. ‘Que se declare la nulidad absoluta del contrato de compraventa de las 23.766 acciones que se celebró entre Jaime Martínez Quintero como vendedor y Sofía

- Velosa de Martínez como comprador en el mes de diciembre de 2011 y que fue inscrito en el libro de registro de acciones de Sabajón Apolo S.A. el día 15 de diciembre de 2011’.
2. Que se declare la nulidad absoluta del contrato de compraventa de las 4.583 acciones que se celebró entre Gustavo Martínez Quintero como vendedor y Sofía Velosa de Martínez como comprador en el mes de diciembre de 2011 y que fue inscrito en el libro de registro de acciones de Sabajón Apolo S.A. el día 20 de diciembre de 2011.’
 3. Que, como consecuencia de las pretensiones PRIMERA y SEGUNDA se ordene la cancelación en el libro de registro de acciones de Sabajón Apolo S.A. de las inscripciones del 15 y 20 de diciembre de 2011 de las ventas y trasferencias de acciones que se realizaron entre Jaime Martínez Quintero y Sofía Velosa de Martínez, y entre Gustavo Martínez Quintero y Sofía Velosa de Martínez, y que se ordene la inscripción en el libro de registro de acciones como accionistas de Sabajón Apolo S.A. a Jaime Martínez Quintero y a Gustavo Martínez Quintero.’
 4. ‘Que, como consecuencia de las pretensiones anteriores, se ordene que se vuelva a iniciar en la Sociedad Sabajón Apolo S.A., el procedimiento de venta de las acciones que hasta antes del 15 y 20 de diciembre de 2011 se encontraba en cabeza de Jaime Martínez Quintero y Gustavo Martínez Quintero, dando pleno y cabal cumplimiento a los artículos 13 y 14 de los estatutos sociales, y a los artículos 379 numeral 3º, 403 numeral 2, 407 y 416 del Código de Comercio.’
 5. ‘Que, como consecuencia de las pretensiones anteriores, se declaren responsables a los demandados de los perjuicios irrogados a los señores Francisco Martínez Quintero y Lucía Martínez de Kurday, y que se condene a dichos demandados a pagar una suma de treinta y nueve millones seiscientos diesiocho mil pesos (\$39.618.000), o a la cuantía que se demuestre dentro del proceso por concepto de pérdida de la oportunidad de celebrar el negocio de compraventa de acciones’.

III. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare la nulidad absoluta de los siguientes contratos de compraventa de acciones:

- (i) El contrato celebrado entre Jaime Martínez Quintero y Sofía Velosa de Martínez respecto de 23.766 acciones ordinarias de Sabajón Apolo S.A., cuya transferencia se inscribió en el libro de registro de accionistas el 15 de diciembre de 2011; y
- (ii) El contrato celebrado entre Gustavo Martínez Quintero y Sofía Velosa de Martínez, respecto de 4.583 acciones ordinarias de Sabajón Apolo S.A., cuya transferencia se inscribió en el libro de registro de accionistas el 20 de diciembre de 2011.

Para sustentar la nulidad solicitada, el apoderado de los demandantes ha hecho referencia a la posible violación del derecho de preferencia en la negociación de acciones, así como

a la infracción de la regla de carácter imperativo prevista en el artículo 404 del Código de Comercio. Antes de analizar los argumentos que han sido presentados por ambas partes, es necesario hacer un breve recuento de los antecedentes fácticos más relevantes para los efectos de este litigio.

1. Hechos

El 29 de julio de 2011, mediante comunicación escrita dirigida a la sociedad Sabajón Apolo S.A., Gustavo Martínez Quintero ofreció en venta 4.583 acciones ordinarias de su propiedad, por un valor de \$99.000 cada una, para lo cual indicó que la venta se haría conjuntamente con Lucía Martínez de Kurday y Francisco Martínez Quintero (vid. Folio 69 del expediente). Posteriormente, mediante carta del 31 de julio de 2011, Jaime Martínez Quintero manifestó interés en vender sus acciones a la sociedad demandada por un valor unitario de \$60.000 pesos (vid. Folio 204 del expediente). De la misma manera, el 1° de agosto de 2011, los demandantes Lucía Martínez de Kurday y Francisco Martínez Quintero enviaron una carta a Sabajón Apolo S.A., en la que formularon una oferta de venta de 6.209 y 4.849 acciones, bajo las mismas condiciones establecidas por Gustavo Martínez Quintero.

En respuesta a las diferentes ofertas antes mencionadas, el representante legal de Sabajón Apolo S.A., citó a los accionistas a una reunión extraordinaria del máximo órgano social, la cual se llevó a cabo el 10 de agosto de 2011. En la nota de convocatoria, enviada el 2 de agosto de 2011, se incluyó en el orden del día la discusión acerca de la venta de acciones por parte de Jaime Martínez Quintero, Lucía Kurday, Gustavo Martínez y Francisco Martínez. En la convocatoria también se hizo alusión al artículo décimo tercero de los estatutos de la compañía, en el cual está regulado el derecho de preferencia en la negociación de acciones (vid. Folio 205 del expediente).

Durante la reunión asamblearia del 10 de agosto de 2011, se discutió la posibilidad de que la sociedad adquiriera las acciones ofrecidas por Jaime Martínez Quintero, Lucía Kurday, Gustavo Martínez y Francisco Martínez. Como consta en el acta No. 05-11, se determinó que Sabajón Apolo S.A., no compraría las acciones ofrecidas en venta, debido a que no contaba con los recursos suficientes para completar dicha operación (vid. Folio 77 del expediente).

El 26 de octubre de 2011, Lucía Martínez Kurday, Francisco Martínez Quintero y Gustavo Martínez Quintero le enviaron una carta a la sociedad demandada en la que establecían que los pagos correspondientes a las acciones ofrecidas debían hacerse de contado en una proporción equivalente al 40% del total del precio, mientras que el remanente debía pagarse en el término de 10 meses (vid. folio 71 del expediente). Por su parte, el 2 de noviembre de 2011, Jaime Martínez Quintero envió una comunicación escrita a la Sociedad Sabajón Apolo S.A., a fin de aclarar el alcance de su oferta en lo relativo al plazo y la forma de pago (vid. Folio 73 del expediente).

Durante el curso de la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada el 3 de noviembre de 2011, Sofía Velosa de Martínez, miembro de la junta directiva de Sabajón Apolo S.A., manifestó su interés en adquirir las acciones ofrecidas por Jaime Martínez Quintero (vid. Folio 79 del expediente). En esta misma reunión, la señora Velosa de Martínez expresó que no estaba interesada en comprar las acciones de propiedad de Lucía Martínez de Kurday y Francisco A. Martínez Quintero (vid. Folio 299, correspondiente a la audiencia del 15 de mayo de 2013, minuto 04:34). Finalmente, Francisco A. Martínez Quintero manifestó, también durante la citada reunión extraordinaria, que estaba interesado en adquirir las acciones ofrecidas por Jaime Martínez Quintero (vid. Folio 81 del expediente).

Mediante comunicación enviada a la sociedad Sabajón Apolo S.A., el 28 de noviembre de 2011, los demandantes Lucía Martínez de Kurday y Francisco A. Martínez Quintero declararon que el término de su oferta había expirado sin que se hubieran recibido propuestas de compra por parte de otros accionistas. En esa misma carta reiteraron su interés por adquirir las acciones de propiedad de Jaime Martínez Quintero (vid. Folio 83 del expediente). El 15 de diciembre de 2011, el representante legal de Sabajón Apolo S.A., registró la transferencia de 23.766 acciones de Jaime Martínez Quintero, a favor de Sofía Velosa de Martínez (vid. Folio 90 del expediente). De la misma manera, el 20 de diciembre de 2011 se inscribió en el libro de registro de acciones la transferencia de acciones realizada entre Gustavo Martínez Quintero y Sofía Velosa de Martínez.

El 4 de enero de 2012, Lucía Martínez de Kurday y Francisco A. Martínez Quintero le enviaron un correo electrónico al representante legal de Sabajón Apolo S.A., con el propósito de reiterar su interés por adquirir las acciones ofrecidas por Jaime Martínez Quintero (vid. Folio 87 del expediente). En esa comunicación se solicitó también una copia escrita de la carta de ofrecimiento de las acciones respectivas, la cual les fue enviada a Lucía Martínez de Kurday y Francisco A. Martínez Quintero el 17 de enero de 2012 (vid. Folio 296, correspondiente a la audiencia del 14 de mayo de 2013, minuto 03:16). Finalmente, el 20 de enero de 2012, los demandantes le enviaron un correo electrónico a Gustavo Martínez Quintero, a fin de solicitarle una copia de la carta contentiva de la respectiva oferta (vid. Folio 93 del expediente).

2. Análisis del caso presentado ante el Despacho

Según se explicó antes, los demandantes invocan dos causas diferentes para solicitar la nulidad de los contratos de compraventa de acciones celebrados entre Jaime Martínez Quintero, Gustavo Martínez Quintero y Sofía Velosa de Martínez. Se trata de la posible violación al derecho de preferencia en la negociación de acciones y de la infracción del artículo 404 del Código de Comercio por parte de los sujetos mencionados. Una vez revisadas las pruebas recogidas durante el curso del proceso, el Despacho encontró una clara violación de la regla contenida en el citado artículo 404. Por este motivo, las consideraciones del Despacho parten del análisis de esta infracción legal, para luego aludir brevemente al derecho de preferencia.

A. La prohibición del artículo 404 del Código de Comercio

En el artículo 404 del Código de Comercio se les impone a los administradores sociales una prohibición para adquirir o enajenar acciones de las compañías en las que ejerzan sus funciones. Según el tenor literal de esa disposición, ‘los administradores de la sociedad no podrán por sí ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, sino cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y con autorización de la junta directiva, otorgada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, excluido el del solicitante, o de la asamblea general, con el voto favorable de la mayoría ordinaria prevista en los estatutos, excluido el del solicitante’. Es decir que, para que un administrador pueda comprar o vender acciones de la compañía en la cual detenta el cargo respectivo, debe primero obtener la autorización de la junta directiva o de la asamblea general de accionistas.

Según el certificado especial emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá, Sofía Velosa de Martínez fue designada como miembro principal de la junta directiva de Sabajón Apolo S.A., durante la reunión de la asamblea general de accionistas celebrada el 19 de marzo de 2010 (vid. Folio 65). La inscripción de ese nombramiento ante el registro mercantil se produjo el 1º de julio de 2010. En el mismo certificado especial puede apreciarse que la señora Velosa de Martínez ocupó el cargo mencionado hasta que la asamblea designó una nueva junta directiva durante la reunión celebrada el 20 de abril de 2012 (vid. Folio 65). De igual forma, con fundamento en la información contenida en el certificado en cuestión, el Despacho pudo establecer que Jaime Martínez Quintero ejerció el cargo de miembro principal de la junta directiva de la compañía durante esas mismas fechas.

Por virtud de lo anterior, debe concluirse que tanto Sofía Velosa de Martínez como Jaime Martínez Quintero detentaban la calidad de administradores de Sabajón Apolo S.A., para la fecha en que se celebraron los contratos de compraventa de acciones controvertidos en este proceso. En verdad, tales negocios jurídicos se celebraron durante el segundo semestre de 2011, en algún momento entre la formulación de las ofertas de venta en julio de 2011 y la inscripción de las transferencias en el libro de registro de accionistas en diciembre de ese mismo año. Por consiguiente, en los términos previstos en el artículo 404 del Código de Comercio, Sofía Velosa de Martínez y Jaime Martínez Quintero estaban obligados a solicitar la autorización requerida en esa norma para poder celebrar los contratos de compraventa a que se ha hecho referencia.

A pesar de lo anterior, tras una revisión de los interrogatorios practicados en el curso del proceso, así como de las pruebas documentales que reposan en el expediente, el Despacho pudo establecer que los sujetos mencionados no obtuvieron la autorización exigida en el artículo 404 del Código de Comercio. Por una parte, durante la audiencia celebrada el 15 de mayo de 2013, Sofía Velosa de Martínez manifestó desconocer si se había impartido la autorización requerida para el efecto (vid. Folio 299, correspondiente a la audiencia del 15 de mayo de 2013, interrogatorio de parte de Sofía Velosa de Martínez

minuto 13:20). Con todo, una simple lectura de las actas de la asamblea y de la junta directiva de la compañía permite concluir que esos órganos sociales no autorizaron a los citados administradores para celebrar los contratos de compraventa controvertidos.

Ahora bien, cuando el Despacho puso de presente la posible violación del artículo 404, durante la etapa de fijación del objeto del litigio, el apoderado de los demandados señaló que en ‘ningún momento se manifiesta oposición por el órgano social a dicha transacción en virtud de la calidad de administradores’ (vid. Folio 199 del expediente). En este sentido, el citado apoderado intentó sostener que no se había violado el precepto legal bajo estudio, por cuanto la asamblea había impartido la correspondiente autorización en forma implícita. Esta novedosa postura se enfrenta al obstáculo infranqueable de que en el artículo 404 del Código de Comercio se exige que la correspondiente autorización se imparta ‘con el voto favorable de la mayoría ordinaria prevista en los estatutos, excluido el del solicitante’. Es decir que el requisito analizado debe satisfacerse con una manifestación positiva del máximo órgano social, para lo cual debe contarse, necesariamente, con el cómputo de votos afirmativos que representen la correspondiente mayoría absoluta, una vez descontados los votos del accionista interesado en obtener la autorización. De aceptarse la posición expresada por el apoderado de los demandados, podría eludirse el régimen colombiano en materia de mayorías decisorias, mediante el simple expediente de alegar que el silencio del máximo órgano social representa la aprobación de cualquier asunto que sea de su competencia.

Es claro, de otra parte, que la formulación imperativa del artículo 404 del Código de Comercio da lugar a la nulidad absoluta de los negocios jurídicos celebrados en contravención de lo allí dispuesto. En efecto, la doctrina ha reconocido que la necesaria consecuencia de la transgresión del artículo 404 es la nulidad del negocio jurídico que dio lugar a la transferencia del dominio sobre las acciones en cuestión. Para Martínez Neira, por ejemplo, ‘desde el punto de vista de la validez del negocio jurídico, [la omisión del mandato del art. 404 del estatuto mercantil] puede dar lugar a su declaratoria de nulidad’.¹ Por lo demás, debe advertirse que, según lo sostenido por los mismos demandados, para el momento en que se celebraron los contratos de compraventa de acciones, ya había expirado el término para ejercer el derecho de preferencia, es decir, que las operaciones controvertidas no se realizaron en ejercicio de esa prerrogativa.²

Por virtud de las anteriores consideraciones, el Despacho aceptará las primeras tres pretensiones formuladas en la demanda respecto de la nulidad absoluta de los contratos de compraventa de acciones celebrados entre Jaime Martínez Quintero, Gustavo Martínez Quintero y Sofía Velosa de Martínez. Sin embargo, en vista de que las pretensiones cuarta y quinta están relacionadas con el ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones, el Despacho se referirá brevemente a este asunto.

¹ N H Martínez Neira, *Cátedra de Derecho Contractual Societario: Regulación Comercial y Bursátil de los Actos y Contratos Societarios* (2010, Buenos Aires, Abeledo Perrot) 530.

² Vid. Folio 197 del expediente y Folio 296, correspondiente a la audiencia del 14 de mayo de 2013 de Jaime Martínez Quintero, minuto 5:12.

B. El derecho de preferencia en la negociación de acciones

El apoderado de los demandantes sostiene que se violó el derecho de preferencia en la negociación de acciones consagrado en los estatutos sociales de Sabajón Apolo S.A., por cuanto ‘[no se le comunicó] a mis poderdantes de manera oportuna y dentro del plazo estatutario la oferta de venta de acciones de Jaime Martínez Quintero y la nueva de Gustavo Martínez Quintero, en el primer caso comunicándola mucho tiempo después de que ya se había realizado la transferencia de acciones a favor de Sofía Velosa de Martínez, y en el segundo caso ni siquiera poniéndola en conocimiento de mis mandantes [...]’ (vid. Folio 18 del expediente). Por su parte, el apoderado de los demandados adujo que el trámite del derecho de preferencia se surtió conforme a los estatutos y la ley, por lo cual los demandantes sí contaron con la oportunidad de ejercer esa prerrogativa.

Para determinar si se violó el derecho de preferencia en el proceso de venta de acciones estudiado en esta sentencia, debe consultarse primero lo dispuesto en el artículo décimo tercero de los estatutos de Sabajón Apolo S.A., según el cual, ‘los accionistas que deseen enajenar sus acciones en todo o en parte, deberán ofrecerlas en primer lugar a la sociedad. La oferta se hará por escrito a través del presidente de la compañía y en ella se indicará el número de acciones a enajenar, el precio y la forma de pago de las mismas’ (vid. Folio 53 del expediente).

En cumplimiento de lo previsto en el artículo citado, el representante legal de la compañía convocó a una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas, a fin de que ese órgano social se pronunciara acerca de las ofertas de venta descritas con anterioridad. En el aviso de convocatoria, con fecha del 2 de agosto de 2011, se hizo referencia a ‘las propuestas de venta de los Sres. Jaime Martínez Q., Gustavo Martínez Q., Francisco Martínez Q. y de la Sra. Lucía Kurday’ (vid. Folio 205). Además, durante la reunión extraordinaria del 10 de agosto de 2011, se discutieron las ofertas formuladas por los diferentes accionistas de Sabajón Apolo S.A., según la información consignada en el acta No. 05-11. Durante las discusiones atinentes al punto del orden del día denominado ‘ofrecimiento en venta de 23.766 acciones del accionista Jaime Martínez Q. Ofrecimiento en venta conjunta de 15.641 acciones de los accionistas: Lucía Martínez K., Gustavo Martínez y Francisco Martínez’, los accionistas presentes y representados —incluidos los demandantes— tuvieron suficiente información acerca de los términos de las ofertas como para determinar, por votación unánime, ‘que la sociedad no puede readquirir las acciones que se encuentran en venta porque no cuenta con los recursos suficientes en la reserva para readquisición de acciones’ (vid. Folio 207).

Esta decisión de la asamblea, la cual contó con el voto de los demandantes, lleva al Despacho a concluir que Francisco Martínez y Lucía Martínez de Kurday sí tuvieron conocimiento de las ofertas de venta objeto de este proceso dentro del término previsto para el ejercicio del derecho de preferencia. Por ese motivo, no puede aceptarse el argumento del apoderado de los demandantes, según el cual, ‘[no se le comunicó] a mis poderdantes de manera oportuna y dentro del plazo estatutario la oferta de venta de

acciones de Jaime Martínez Quintero y la nueva de Gustavo Martínez Quintero' (vid. Folio 18 del expediente).

Si bien en octubre y noviembre de 2011 algunos accionistas de la compañía se manifestaron acerca de las condiciones bajo las cuales habrían de pagarse las acciones, las pruebas recogidas por el Despacho sugieren que para estas fechas ya se había cumplido el trámite del derecho de preferencia. En verdad, los elementos probatorios disponibles permiten inferir que ninguno de los accionistas de la compañía ejerció el derecho de preferencia dentro del término de 15 días consagrado en el artículo décimo tercero de los estatutos de Sabajón Apolo S.A. Por este motivo, Jaime Martínez Quintero y Gustavo Martínez Quintero contaban con la posibilidad de vender libremente sus acciones, con la salvedad efectuada en el acápite anterior.

Así las cosas, al no haberse probado una clara violación del derecho de preferencia, el Despacho desestimarás las pretensiones cuarta y quinta de la demanda. Finalmente, en vista de que los contratos de compraventa impugnados adolecen de nulidad absoluta, el Despacho no se pronunciará acerca de las discusiones que se produjeron en la reunión del 10 de agosto de 2011 respecto de la posibilidad de que un accionista que ha puesto en venta sus acciones pueda ejercer el derecho de preferencia.

IV. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de los demandantes y a cargo de los demandados, una suma equivalente a \$1.179.000.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Declarar que los contratos de compraventa entre Sofía Velosa de Martínez, Jaime Martínez Quintero y Gustavo Martínez Quintero se celebraron en violación de lo previsto en el artículo 404 del Código de Comercio.

Segundo. Declarar la nulidad absoluta de los siguientes negocios jurídicos:

- (i) El contrato celebrado entre Jaime Martínez Quintero y Sofía Velosa de Martínez respecto de 23.766 acciones ordinarias de Sabajón Apolo S.A., cuya transferencia se inscribió en el libro de registro de accionistas el 15 de diciembre de 2011; y
- (ii) El contrato celebrado entre Gustavo Martínez Quintero y Sofía Velosa de Martínez, respecto de 4.583 acciones ordinarias de Sabajón Apolo S.A., cuya transferencia se inscribió en el libro de registro de accionistas el 20 de diciembre de 2011.

Tercero. Ordenarle a Sofía Velosa de Martínez, Jaime Martínez Quintero y Gustavo Martínez Quintero que efectúen todas las actuaciones requeridas para darle cumplimiento a lo resuelto en esta providencia.

Cuarto. Oficiar al representante legal de Sabajón Apolo S.A. para que efectúe todas las actuaciones requeridas para darle cumplimiento a lo resuelto en esta providencia.

Quinto. Levantar el embargo decretado por este Despacho mediante el Auto No. 801-001784 del 8 de febrero de 2013.

Sexto. Desestimar las pretensiones cuarta y quinta de la demanda.

Séptimo. Condenar en costas a los demandados y fijar como agencias en derecho a favor de los demandantes la suma de \$1.179.000.

La anterior providencia se profiere a treinta días del mes de mayo y se notifica por estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

No. 801-030 del 20 de junio de 2013

PARTES

Hydro Press S.A
contra
DQS Colombia S.A.S.

ASUNTO

Inoponibilidad de negocios jurídicos celebrados por el representante legal por fuera del límite de sus facultades estatutarias.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Hydro Press S.A.
contra
DQS Colombia SAS

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

I. Antecedentes

El proceso iniciado por Hydro Press S.A. en contra de DQS Colombia SAS, surtió el curso descrito a continuación:

1. El 18 de diciembre de 2012, Hydro Press S.A., presentó ante este Despacho una demanda en contra de DQS Colombia SAS, con el fin de que se declare la nulidad del contrato de administración delegada suscrito entre ambas compañías el 13 de enero de 2012.
2. La demanda fue admitida mediante Auto No. 801-018297 del 27 de diciembre de 2012 y fue contestada por la demandada el 4 de febrero de 2013.
3. Mediante Auto 801-001863 del 11 de febrero de 2013, el Despacho citó a las partes para el 20 de febrero de 2013, a fin de llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil. Llegado el día y la hora señalada por el Despacho, ninguna de las partes se hizo presente para celebrar la audiencia.
4. El 28 de febrero, mediante Auto No. 801-002820, el Despacho citó a las partes para adelantar el interrogatorio de parte y los testimonios decretados mediante auto dictado en la audiencia del 20 de febrero.
5. El 8 de marzo se reanudó la audiencia para practicar las pruebas ordenadas por el Despacho. Sin embargo, las partes tampoco se hicieron presentes.

6. Mediante Auto No. 801-003633 del 14 de marzo del año en curso, el Despacho decretó de oficio el testimonio de Beatriz Elena Londoño, el cual se practicó el 4 de abril, de acuerdo con lo establecido en el auto antes mencionado. Posteriormente, mediante Auto No. 801-004913 del 4 de abril de 2013, el Despacho citó a las partes para el 30 de abril a fin de que presentaran sus alegatos de conclusión.
7. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. Pretensiones

La demanda presentada por Hydro Press S.A., contiene las pretensiones que a continuación se transcriben:

1. ‘Que se declare la nulidad del contrato de administración delegada celebrado por documento privado el 13 de enero de 2012, celebrado entre la sociedad HYDRO PRESS S.A., y la demandada sociedad DQS COLOMBIA SAS; por la violación del numeral 1 del artículo 25, numeral 3 del literal I del artículo 31, inciso primero del artículo 35, literales c), d) del artículo 35, artículo 36, artículo 59 y numerales 1, 7 del artículo 60 de los estatutos sociales (Escritura Pública 1054 de la Notaría 16 del Círculo de Medellín, artículos 99, 190 del Código de Comercio y los artículos 22 y 23 de la Ley 22 de 1995.
2. Que se condene al demandado a indemnizar a mi poderdante los perjuicios causados con su incumplimiento.
3. Que se condene en costas al demandado’.

III. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare la nulidad del denominado contrato de administración delegada, suscrito entre Hydro Press S.A. y DQS Colombia S.A.S. Antes de emitir un pronunciamiento acerca de las pretensiones de la demanda, es preciso hacer referencia a las restricciones previstas en los estatutos de Hydro Press S.A. respecto de las facultades del representante legal, así como a las condiciones bajo las cuales se celebró el aludido contrato.

Lo primero que debe decirse es que en los estatutos sociales de Hydro Press S.A., se introdujeron diversas restricciones respecto de las facultades del representante legal. Así, por ejemplo, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 25 de los estatutos, le corresponde a la asamblea general de accionistas pronunciarse acerca de ‘la enajenación o el arrendamiento de la empresa social’. De igual forma, en el numeral 3 del literal I) del artículo 31 de los referidos estatutos se le atribuye a la junta directiva de la compañía la facultad de ‘autorizar previamente las operaciones que tengan por objeto [...] celebrar contratos de suministro en que la compañía actúe

como proveedora o beneficiaria, u otra clase de contratos que impliquen prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios, con o sin carácter de exclusividad’ (vid Folio. 389 del expediente).

En el caso *sub examine*, se ha probado que el representante legal de Hydro Press S.A., suscribió un contrato de administración delegada, por cuya virtud ‘Hydro Press confía la gestión de su negocio en DQS por cuenta y riesgo de la primera’ (Vid. Folio 36 del expediente). Esta somera descripción del negocio jurídico propuesto parece dar cuenta de un ‘arrendamiento de la empresa social’, en los términos del mencionado artículo 25 de los estatutos sociales. Además, en el texto del contrato pueden encontrarse múltiples prestaciones periódicas a cargo de DQS Colombia SAS y a favor de Hydro Press S.A., tales como la de ‘asegurar el mantenimiento del Sistema de Calidad del Laboratorio’ y la obligación de ‘pagar mensualmente a Hydropress un *fee* de un millón de pesos por el usufructo de su nombre y acreditación’. Así las cosas, debe concluirse que el negocio jurídico controvertido es de aquellos sujetos a las citadas restricciones estatutarias, es decir, que el representante debió haber obtenido las autorizaciones correspondientes antes de celebrar el contrato en cuestión.

A pesar de lo anterior, las pruebas aportadas durante el curso del proceso no dan cuenta de la autorización a que se ha hecho referencia. Por este motivo, el Despacho debe concluir que el representante legal no contaba con facultades suficientes para celebrar el contrato de administración delegada objeto de este proceso.

Ahora bien, para efectos de determinar sanción que le corresponde a la irregularidad antes descrita, es preciso hacer referencia al artículo 833 del Código de Comercio, a cuyo tenor, ‘los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con este’. En el contexto societario, la anterior disposición ha sido entendida por Martínez Neira en el sentido de que ‘los actos jurídicos concluidos por el representante legal en nombre de una sociedad, por fuera del límite de sus facultades, no producen efectos en relación con la compañía’.¹ En este mismo sentido, Gil Echeverry ha señalado que ‘los artículos 833 y 841 del Código de Comercio paladinamente expresan que el negocio celebrado por el representante, sin facultades de representación o extralimitando las mismas, no produce efectos frente a su representado, pero sí será válido, eficaz y vinculante entre el tercero y dicho representante’.² Por lo demás, según lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, ‘los actos de los representantes que desborden los límites antedichos son sancionados por el ordenamiento de una particular forma de ineficacia que se conoce como la inoponibilidad del negocio frente al representado, figura distinta a cualquier otro medio de sanción de los actos irregulares [...]’.³

Así las cosas, debe concluirse que el negocio jurídico controvertido en este proceso no adolece de nulidad, como lo propone el apoderado de la demandante, sino que

¹ N H Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2010, Bogotá, Abeledo Perrot) 165.

² J H Gil Echeverry, Derecho Societario Contemporáneo (2012, 2ª Ed, Bogotá, Editorial Legis) 320- 321.

³ Sentencia del 15 de agosto de 2006.

simplemente le es inoponible a Hydro Press S.A., por expresa disposición legal. Lo anterior quiere decir que no es necesario contar con un pronunciamiento judicial para controvertir el contrato de administración delegada, puesto que ese negocio jurídico nunca vinculó a la sociedad demandante. Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que ‘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’.⁴ De ahí que, a pesar de que habrán de negarse las pretensiones de la demanda, para este Despacho es claro que el contrato de administración delegada no generó vínculo alguno entre Hydro Press S.A., y DQS Colombia SAS.

Por último, la sociedad demandante solicita que se condene a DQS Colombia SAS a resarcir los perjuicios que le fueron irrogados a Hydro Press S.A. El Despacho debe resaltar que la simple formulación de una pretensión no es suficiente para que se emita una condena en perjuicios, en tanto en cuanto le corresponde al demandante acreditar, a lo menos, la existencia de los perjuicios invocados. En este orden de ideas, ante la insuficiencia de las pruebas aportadas con la demanda y la reiterada inasistencia del apoderado de la sociedad demandante a las audiencias realizadas durante el curso del proceso, el Despacho no encontró elementos de juicio para concluir que la celebración del contrato de administración delegada le hubiese producido perjuicio alguno a Hydro Press S.A.

IV. Costas

De conformidad con lo establecido en el numeral 9º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil y a la luz de que las pretensiones serán negadas y de que la demandada no propuso excepciones de mérito, el Despacho se abstendrá de proferir una condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Negar las pretensiones formuladas con la demanda por los motivos expuestos en esta sentencia.

Segundo. Abstenerse de proferir condena en costas.

La anterior providencia se profiere a los 20 días del mes de junio de 2013 y se notifica en estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

⁴ Sentencia del 18 de febrero de 1994. En este mismo sentido pueden consultarse también las opiniones de Martínez Neira (op.cit., 168) ('la inoponibilidad hace que el contrato no produzca efectos para la sociedad desde el día cero [...]') y Gil Echeverry (op.cit., 317) ('la [nulidad] requiere necesariamente declaración judicial, la [inoponibilidad] no y constituye una excepción válida para que la sociedad pueda abstenerse de cumplir el contrato o la prestación respectiva').

SENTENCIA

No. 801-031 del 21 de junio de 2013

PARTES

Inversiones Durán & Ponce e Hijos SAS y Carlos Alfredo Durán Chinchilla
contra
Compañía Libertador Ltda.

NÚMERO DEL PROCESO

2013-801-012

ASUNTO

No puede excluirse irregularmente a un accionista con el fin de impedir el ejercicio de sus derechos políticos. Efectos de la declaración de nulidad del acto de exclusión de un accionista.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Inversiones Durán & Ponce e Hijos SAS y Carlos Alfredo Durán Chinchilla
contra
Compañía Libertador Ltda.

Asunto

Artículo 133 de la Ley 446 de 1998
Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2013-801-012

I. Antecedentes

El proceso iniciado por Inversiones Durán & Ponce e Hijos SAS y Carlos Alfredo Durán Chinchilla en contra de Compañía Libertador Ltda. surtió el curso descrito a continuación:

1. El 14 de febrero de 2013, mediante Auto No. 801-002117, este Despacho admitió la demanda presentada por Inversiones Durán & Ponce e Hijos SAS y Carlos Alfredo Durán Chinchilla.
2. El 20 de febrero de 2013, se le envió un citatorio de notificación a Compañía Libertador Ltda.
3. El 21 de febrero de 2013, se notificó personalmente a Compañía Libertador Ltda.
4. El 27 de febrero de 2013, la demandada contestó la demanda y formuló excepciones de mérito.
5. El 1º de abril de 2013, se le otorgó a los demandantes 3 días para que respondieran a las excepciones formuladas por la demandada.
6. El 29 de abril de 2013, luego de que el Despacho fijara una nueva fecha por solicitud de una de las partes, se realizó la audiencia judicial citada mediante Auto

No. 801-005579 del 17 de abril de 2013. Durante esta audiencia se cumplieron las diferentes etapas procesales, hasta el decreto de pruebas.

7. Una vez agotada la práctica de las pruebas decretadas por el Despacho, mediante Auto No. 801 proferido en audiencia del 16 de mayo de 2013 se citó a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión el día 31 del mismo mes. Los apoderados de cada una de las partes formularon tales alegatos en debida forma.
8. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. Pretensiones

La demanda presentada por Inversiones Durán & Ponce e Hijos SAS y Carlos Alfredo Durán Chinchilla contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

Principales:

1. Que se reconozcan los presupuestos de ineficacia respecto de todas las decisiones que hayan sido adoptadas a partir del 27 de enero de 2006 por parte del máximo órgano de Compañía Libertador Ltda., anteriormente Compañía Libertador S.A.
2. Que se oficie a la Cámara de Comercio de Bogotá a fin de que cancele la inscripción de todas aquellas decisiones susceptibles de inscripción en el registro mercantil.
3. Que se le ordene al gerente de Compañía Libertador Ltda. la restitución en el libro de registro de accionistas de la inscripción de los contratos de usufructo suscritos por Inversiones Durán & Ponce e Hijos SAS y Carlos Alfredo Durán Chinchilla con Hernando León Gómez, y además se le prevenga acerca de su obligación de convocar a reuniones sociales a los demandantes.
4. Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

Subsidiarias:

1. Que se reconozcan los presupuestos de ineficacia respecto de todas las decisiones que hayan sido adoptadas a partir del 18 de septiembre de 2009 por parte del máximo órgano de Compañía Libertador Ltda., anteriormente Compañía Libertador S.A.
2. Que se ordene la cancelación de la escritura pública No. 766 del 27 de noviembre de 2009, otorgada en la Notaría Única de Ciénaga, y que se oficie a la Cámara de Comercio en tal sentido.
3. Que se oficie a la Cámara de Comercio de Bogotá a fin de que cancele la inscripción de todas aquellas decisiones susceptibles de inscripción en el registro mercantil.
4. Que se le ordene al gerente de Compañía Libertador Ltda. el cumplimiento de lo resuelto en el presente proceso.

5. Que se le ordene al gerente de Compañía Libertador Ltda. la restitución en el libro de registro de accionistas de la inscripción de los contratos de usufructo suscritos por Inversiones Durán & Ponce e Hijos SAS y Carlos Alfredo Durán Chinchilla con Hernando León Gómez, y además se le prevenga acerca de su obligación de convocar a reuniones sociales a los demandantes.
6. Que se condene en costas a la demandada.

III. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declaren configurados los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia, respecto de las decisiones adoptadas por el máximo órgano de Compañía Libertador Ltda. a partir del 27 de enero de 2006. Para estos efectos, la apoderada de los demandantes precisó, durante la fijación del objeto del litigio, que la ineficacia de tales decisiones se debe a la ausencia de convocatoria a las reuniones concernientes, en la medida en que '[Inversiones Durán & Ponce e Hijos SAS y Carlos Alfredo Durán Chinchilla] como usufructuarios, nunca fueron citados [...]'.¹ En todo caso, debe advertirse que, por las razones ya expresadas por el Despacho, durante el presente proceso tan solo se discutió el posible acaecimiento de presupuestos fácticos de ineficacia respecto de las decisiones tomadas con posterioridad al 12 de febrero de 2008 (vid. folio 129).

1. Hechos

El 18 de marzo de 2005, Hernando León Gómez constituyó un usufructo a favor de Inversiones Durán & Ponce e Hijos SAS y Carlos Alfredo Durán Chinchilla sobre 539 de las 540 acciones que detentaba en la sociedad Compañía Libertador S.A. (vid. Folio 18). El 5 de abril de 2005, se perfeccionó el usufructo mediante la inscripción en el correspondiente libro de registro de accionistas de la sociedad (vid. Folios 596 y 612). Por virtud de ese negocio jurídico, Inversiones Durán & Ponce e Hijos SAS y Carlos Alfredo Durán Chinchilla adquirieron, por el término de 20 años, los derechos políticos y económicos inherentes a las citadas acciones, incluida la prerrogativa de 'asistir a las reuniones ordinarias y extraordinarias de la asamblea de accionistas de la sociedad Compañía Libertador S.A.' (vid. Folio 19).²

Durante la sesión asamblearia del 27 de enero de 2006, se aprobó la exclusión de Hernando León Gómez como accionista de Compañía Libertador S.A. (vid. Folio 45). Dicha decisión se fundamentó en la ejecución de prácticas indebidas por parte del mencionado accionista, en la medida que, según lo expresaron los asociados, los aludidos usufructuarios eran competidores de Compañía Libertador S.A. (vid. Folio 44 reverso).

¹ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 29 de abril de 2013, folio 445 del expediente (23:11).

² Cfr. Artículo 412 del Código de Comercio. 'Salvo estipulación expresa en contrario, el usufructo conferirá todos los derechos inherentes a la calidad de accionista, excepto el de enajenarlas o gravarlas y el de su reembolso al tiempo de la liquidación [...]'.

A partir de la fecha antes indicada, los usufructuarios dejaron de ser convocados a las reuniones del máximo órgano social (vid. Folios 262 y 263).

Tras la expedición de diversos fallos judiciales atinentes a la exclusión mencionada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta emitió la sentencia del 16 de octubre de 2009 en la que resolvió ‘declara[r] la nulidad de la decisión adoptada en la asamblea del 27 de enero de 2006 [...] en virtud de la cual se dispuso a excluir a Hernando León Gómez’ (vid. Folios 113 y 381).³ El Tribunal también profirió la sentencia complementaria del 27 de mayo de 2010, por cuya virtud se le adicionó un numeral a la parte resolutive de la sentencia del 16 de octubre de 2009. Mediante dicha adición se negaron las prestaciones mutuas relacionadas con la declaratoria de nulidad absoluta de la decisión social analizada (vid. Folios 115 y 375). Con base en esa sentencia complementaria, la sociedad Compañía Libertador S.A., hoy Compañía Libertador Ltda., se ha negado a reintegrar al accionista excluido y, por consiguiente, a convocar a los usufructuarios a las distintas reuniones del máximo órgano social.

Una vez formuladas las anteriores precisiones, le corresponde ahora al Despacho establecer si en el presente caso se han configurado los presupuestos fácticos que dan lugar a la sanción de ineficacia, respecto de las decisiones adoptadas por el máximo órgano social de la compañía demandada con posterioridad al 12 de febrero de 2008.

2. Análisis del caso presentado ante el Despacho

Los presupuestos de ineficacia invocados por los demandantes están relacionados con la exclusión de Hernando León Gómez de la sociedad demandada, así como con la decisión judicial en la que se declaró la nulidad del acto de exclusión. Los demandantes sostienen que, por virtud de la nulidad de la exclusión aludida, el hecho de que no hayan sido convocados a múltiples reuniones del máximo órgano social dio lugar a la ineficacia de las determinaciones adoptadas durante tales sesiones (vid. folio 3). Por su parte, durante la fijación del objeto del litigio, el apoderado de la sociedad demandada sostuvo que, hasta el 27 de mayo de 2010, la referida falta de convocatoria estuvo justificada por ‘la presunción de legalidad’ que cobija a todos aquellos actos que no han sido declarados nulos, al paso que, respecto de las reuniones celebradas con posterioridad al 27 de mayo de 2010, argumentó que había sido imposible cumplir con las decisiones judiciales que declararon la nulidad de la exclusión de Hernando León Gómez.⁴

A la luz de lo anterior, para entrar a determinar si hay lugar al reconocimiento de los presupuestos de ineficacia esgrimidos por los demandantes, es indispensable analizar los efectos de la nulidad del acto mediante el cual fue excluido Hernando León Gómez.

³ Cfr. Sentencia 480-000469 del 17 de octubre de 2006 de la Superintendencia de Sociedades (vid. Folio 171 y 295), Sentencia del 19 de diciembre de 2008 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta (vid. Folio 187 y 306), Sentencia del 28 de agosto de 2006 del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santa Marta.

⁴ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 29 de abril de 2013, folio 445 del expediente (34:00) y (40:39).

A. La nulidad de la exclusión del accionista Hernando León Gómez

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, la decisión de excluir a Hernando León Gómez de Compañía Libertador S.A., adoptada el 27 de enero de 2006, fue declarada nula por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta mediante la sentencia del 16 de octubre de 2009, complementada por un pronunciamiento del 27 de mayo de 2010 (vid. Folios 113 y 381). Para entender el alcance de los efectos que tuvo lo decidido por el citado Tribunal respecto de los hechos debatidos en este proceso, se efectuará un análisis preliminar acerca de la declaratoria judicial de nulidad y del fallo complementario a que se ha hecho referencia.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la nulidad tiene una ‘consecuencia liberatoria’, en los términos consagrados en el artículo 1625 del Código Civil, según el cual ‘las obligaciones se extinguen además en todo o en parte: [...] por la declaración de nulidad [...]’. Al respecto, la Corte ha precisado que, una vez declarada la nulidad, ‘ninguno de los contratantes podrá reclamar la ejecución del negocio jurídico invalidado’.⁵ Adicionalmente, en el artículo 1746 del Código Civil se le otorgan efectos retroactivos a la declaración de nulidad, en tanto se dispone allí que ‘la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo’. Así, pues, la decisión de una autoridad judicial de anular un acto o negocio jurídico surte efectos en forma retroactiva, es decir, que la respectiva declaración le pone fin a la ‘eficacia provisoria que pudo tener el acto en el período entre su celebración y su anulación’.⁶

Para la Corte Suprema de Justicia, el artículo 1746 del Código Civil consagra ‘los efectos retroactivos de la nulidad, sin distinguir su clase [nulidad absoluta o relativa] [...]’. Son estos los efectos *ex tunc* de la sentencia declarativa de la nulidad, que permiten suponer como lo ha dicho la Corporación que el acto o contrato no tuvo existencia legal, y entonces, por imperativo de lógica, hay que restaurar las cosas al estado en que se hallarían si dicho acto o contrato no se hubiera celebrado’.⁷ En igual sentido, la doctrina ha manifestado que ‘la declaración de nulidad también tiene entre las partes un efecto retroactivo, en cuanto da lugar a la destrucción de los efectos del acto producidos en esa etapa anterior a su anulación judicial’.⁸

Existen, además, ciertas excepciones a los efectos retroactivos de la declaración judicial de nulidad. Así, por ejemplo, los artículos 1746 y 1747 del Código Civil limitan los

⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de agosto de 2000, referencia No. 5519. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 24 de junio de 1997, referencia No. 2485.

⁶ Cfr. G. Ospina Fernández. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico (2005, 7ª edición, Bogotá, Editorial Temis)461.

⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 2 de agosto de 1999, expediente No. 4937. Asimismo la Corte expresó que el ‘efecto legal y natural de toda declaración judicial de la nulidad es la restauración completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato anulado. La sentencia declarativa de nulidad produce efectos retroactivos y en virtud de ella cada una de las partes tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato invalidado’. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de febrero de 2000, expediente No. 5025.

⁸ Cfr. G. Ospina Fernández (2005) 461.

efectos *ex tunc* de la nulidad declarada por objeto o causa ilícitos, así como la que se deriva de la contratación con incapaces sin el lleno de los requisitos legales.⁹ De igual manera, en desarrollo de lo señalado en el artículo 109 del Código de Comercio, ‘no se pueden borrar los actos realizados por una sociedad nula, porque ella para desarrollar sus negocios comienza desde su constitución a contraer obligaciones y adquirir bienes y derechos, por lo cual es necesario, en protección de los terceros que negocian de buena fe, que los actos celebrados por la sociedad nula tengan plena validez y esta deba cumplir con todas sus obligaciones’.¹⁰ Además de las anteriores excepciones, la jurisprudencia colombiana ha considerado que existen situaciones en las que no es posible retrotraer los efectos de ciertos actos o negocios jurídicos. Se trata, por ejemplo, de casos como el del contrato de promesa sin arras cualquier otro negocio jurídico cuyas obligaciones no se hayan satisfecho al momento de la declaratoria de nulidad.¹¹

De otra parte, en el artículo 1746 del Código Civil se consagró lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado ‘restituciones mutuas’. La Corte ha reiterado en diversas oportunidades que esta figura constituye una consecuencia imperativa de la declaratoria de nulidad. Para dicha Corporación ‘como corolario del carácter retroactivo de la declaración aludida —efectos *ex tunc*— y a manera de insoslayable secuela, como se anticipó, las cosas —por regla— deberán volver a su *statu quo*, esto es, “al mismo estado en que se hallarían (las partes) si no hubiese existido el acto o contrato” [...]. Por consiguiente, solo en tales eventos deberán producirse, *ex lege*, “las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes” en materia de pérdidas, deterioros, “intereses y frutos y del abono de las mejoras necesarias, útiles y voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posición de buena o mala fe de las partes, todo ello según las reglas generales”. Es lo que, de antaño, se denomina *restitución in integrum*’.¹²

⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de agosto de 1999, expediente No. 4937. La Corte ha manifestado que las excepciones legales a los efectos *ex tunc* son ‘a) cuando la nulidad tiene como motivo la causa o el objeto ilícito, caso en el cual no puede repetirse lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (art. 1525 ibídem), y b) cuando se declara la nulidad del contrato celebrado con un incapaz sin los requisitos que la ley exige, (art. 1747 del C. Civil)’.

¹⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 1991, citada por Superintendencia de Sociedades en Oficio No. 220-14314.

¹¹ ‘[E]n virtud de la consecuencia liberatoria que emerge de la declaración de nulidad de una promesa de contrato, como la de cualquiera otro [en el que aún no se hayan cumplido las obligaciones], ninguno de los contratantes podrá reclamar la ejecución del negocio jurídico invalidado —efectos *ex tunc*—, quedando las partes, de cara al prenotado vínculo de carácter preparatorio, exoneradas del cumplimiento del deber de prestación de celebrar el contrato prometido. Pero si ellas anticiparon o satisficieron obligaciones propias del contrato respectivo (v.gr. pago del precio, la entrega del bien, etc.), o crearon y cumplieron obligaciones adicionales (v.gr. la entrega de arras penitenciales) [...] las cosas [...] deberán volver a su *statu quo*’. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de agosto de 2000, referencia No. 5519.

¹² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de agosto de 2000, referencia No. 5519. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de abril de 2003, expediente No. 7140: ‘el artículo 1746 del Código Civil, al regular los efectos de la nulidad, en procura de restablecer a las partes a la situación anterior, dispone lo concerniente a las restituciones mutuas, por virtud de las cuales se deben devolver las sumas de dinero recibidas como parte del precio, como ocurre a propósito de contratos como el que origina este caso, además de los intereses que normalmente habrían de producir’. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 7 de marzo de 1994, expediente No. 4163: ‘La sentencia de nulidad produce efectos retroactivos y, por ende, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del negocio jurídico anulado, o en otros términos, las partes quedan obligadas a restituirse lo que recíprocamente se hubiesen entregado en desarrollo de la relación jurídica declarada nula’. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de junio de 2000, expediente No. 5025: ‘[e]l efecto legal y natural de toda declaración judicial de la nulidad es la restauración completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato anulado. La sentencia declarativa de nulidad produce efectos retroactivos y en virtud de ella cada una de las partes tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato invalidado’.

Ahora bien, como ya se dijo, la exclusión decretada por la asamblea general de accionistas de Compañía Libertador S.A., el 27 de enero de 2006 fue declarada nula por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante sentencia del 16 de octubre de 2009 (vid. Folios 113 y 381). Con base en las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, para este Despacho es claro que la sentencia del Tribunal dio lugar a que Hernando León Gómez recuperara la calidad de asociado de la compañía demandada. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, el ‘efecto legal y natural de toda declaración judicial de la nulidad es la restauración completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato anulado’.¹³

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse que en la sentencia complementaria del 27 de mayo de 2010 se negó un componente de las restituciones mutuas relacionadas con el proceso judicial adelantado ante el referido Tribunal Superior. Esta circunstancia ha sido invocada por el apoderado de la demandada para sostener que es imposible reintegrar a Hernando León Gómez como asociado de Compañía Libertador Ltda. Sobre este particular, debe señalarse que la sentencia del 16 de octubre de 2009 dejó sin efectos la determinación de excluir a Hernando León Gómez de la compañía. Es por ello por lo que, por virtud de esa decisión judicial, ese sujeto recuperó, con efectos retroactivos, la calidad de asociado en Compañía Libertador Ltda. Por este motivo, no puede entenderse, como parece sugerirlo la demandada, que la sentencia complementaria del 27 de mayo de 2010 sea un obstáculo infranqueable para reconocerle la calidad de asociado a Hernando León Gómez. En verdad, la simple lectura del texto de esta última providencia permite concluir que lo allí decidido se circunscribió a los dividendos dejados de percibir durante el período en que la exclusión estuvo vigente, sin afectar, en forma alguna, los efectos legales derivados de la declaratoria de nulidad absoluta. Según se expresó en la parte considerativa de la sentencia del 27 de mayo de 2010, ‘el demandante [...] pidió que se dispusiera lo que correspondiera para que se materializaran las prestaciones mutuas a que hubiere lugar, sin especificar qué cosas deberían comprenderse en la entrega [...]. Es cierto, y de eso no se duda, que a causa de esa determinación, mientras persistió su validez, pudieron desencadenarse para el demandante efectos negativos en la esfera de sus derechos patrimoniales, pero entonces ya no se trata, para restablecer el equilibrio, de ordenar mutuas concesiones [...], sino de plantear el resarcimiento de los perjuicios padecidos [...]. Entonces no habiendo prestaciones mutuas que decretar, se complementará la sentencia negando ese pedimento’ (vid. Folios 119, 379, 407 y 448).

A la luz de lo señalado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, se tiene que la solicitud de restituciones mutuas fue negada debido a que lo pretendido correspondía a una indemnización de perjuicios por el lucro cesante de los dividendos.¹⁴ En este orden de ideas, la citada decisión no puede interpretarse en el sentido de dejar sin efectos la declaratoria de nulidad del acto de exclusión, como lo argumenta el apoderado de la sociedad demandada. La postura de Compañía Libertador Ltda., bajo la cual es inocua una sentencia judicial en la que se declara una nulidad absoluta, no

¹³ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de junio de 2000, expediente No. 5025.

¹⁴ Cfr. Artículo 1613 del Código Civil.

guarda coherencia con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia respecto de la sanción analizada, la cual tiene como ‘insoslayable secuela’ la destrucción de los efectos jurídicos del acto impugnado.

B. La ineficacia de las decisiones adoptadas por el máximo órgano social de Compañía Libertador Ltda., con posterioridad al 27 de enero de 2006.

Antes de emitir un pronunciamiento acerca de las pretensiones de la demanda, es necesario efectuar algunas precisiones respecto de la acción regulada en el artículo 133 de la Ley 446 de 1998.

Lo primero que debe señalarse es que, en vista de que la ineficacia opera de pleno derecho, no es necesario contar con una declaración judicial para que tal sanción surta efectos, en los términos del artículo 897 del Código de Comercio. Sin embargo, de no contarse con un pronunciamiento judicial, podrían existir controversias acerca de la configuración de los presupuestos que le dan origen a la ineficacia. Para tales efectos, en la Ley 446 de 1998 se estableció un mecanismo diseñado para darle mayor celeridad a la resolución de disputas relativas a la sanción de ineficacia. En verdad, el artículo 133 de la citada ley le confirió a distintas superintendencias la competencia para reconocer los presupuestos fácticos que dan lugar a la ineficacia, con el fin de establecer una ‘vía judicial expedita para obtener una declaración de certeza sobre los supuestos de hecho en que se funda un acto societario ineficaz, en orden a brindar un instrumento que ofrezca certeza sobre los fundamentos de dicha sanción’. Se trata, pues, de una acción encaminada de modo exclusivo a reconocer la existencia de los hechos que dan lugar a la ineficacia, a fin de permitir que se verifique, con mayor facilidad, la configuración de esta sanción respecto de ciertos actos.

Ahora bien, en el caso analizado, el apoderado de los demandantes alega que la sanción de ineficacia se configuró respecto de múltiples decisiones adoptadas por el máximo órgano social de la compañía demandada. Como fundamento de esta afirmación, se expresa en la demanda que los usufructuarios de la participación de Hernando León Gómez en la sociedad demandada no fueron convocados a las reuniones del máximo órgano social celebradas con posterioridad a la fecha de la exclusión. En este sentido, los elementos de juicio reunidos en el curso del proceso le permiten al Despacho concluir que, ciertamente, los demandantes no fueron convocados a ninguna de las reuniones celebradas después del 12 de febrero de 2008.¹⁵ Este hecho ha sido reconocido por el apoderado de la demandada, para quien ‘[s]i no fueron citados es por lo que no ostentaban la calidad exigida por la ley y los Estatutos Sociales de la Compañía Libertador’ (vid. folio 362). Esta última afirmación también le ha servido de base al apoderado de Compañía Libertador Ltda., para formular su defensa en contra de las pretensiones de la demanda. Según el apoderado de la demandada, la anotada falta de convocatoria se justifica en la medida en que Hernando León Gómez no era accionista de la compañía durante la vigencia de la exclusión.

¹⁵ Por las razones ya indicadas, el Despacho no aludirá a lo acontecido antes de esa fecha.

Con todo, no puede aceptarse que, por vía de una exclusión irregular, se supriman los derechos políticos de un accionista, para luego, ante la correspondiente declaratoria de nulidad, valerse de ese acto nulo con el fin de justificar la eficacia de múltiples decisiones sociales. De acogerse esta postura, la simple exclusión injustificada de un accionista serviría para hacer nugatorios sus derechos políticos, por cuanto no sería factible controvertir las decisiones sociales aprobadas durante la vigencia de su expulsión. En este orden de ideas, los efectos *ex tunc* que se le atribuyen en nuestro ordenamiento a la sanción de nulidad absoluta permiten conjurar esta anómala situación. Una vez el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta declaró nula la exclusión analizada, Hernando León Gómez readquirió la calidad de accionista en Compañía Libertador S.A., con efectos retroactivos, es decir, que debe entenderse que tal sujeto nunca dejó de ser asociado de la compañía demandada. Por consiguiente, los derechos inherentes a las acciones de Hernando León Gómez —sobre los cuales recayó el usufructo otorgado a favor de los demandantes— debieron haber sido tenidos en cuenta durante las reuniones del máximo órgano social objeto de este proceso.

Así las cosas, por virtud de la nulidad absoluta de la exclusión y de la aludida falta de convocatoria, el Despacho debe concluir que las decisiones controvertidas en este proceso son ineficaces. En verdad, la anotada falencia en la convocatoria a las reuniones del máximo órgano social de la demandada constituye uno de los presupuestos que da lugar a la sanción de ineficacia. Ello se desprende de las disposiciones contenidas en los artículos 186 y 190 del Código de Comercio. El primero de los artículos citados establece que ‘las reuniones [del máximo órgano social] se realizarán en el lugar del domicilio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocatoria y quórum’. Por su parte, el artículo 190 dispone que ‘las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces’. Así las cosas, el Despacho encuentra que se ha configurado uno de los presupuestos en los que se origina la sanción de ineficacia, respecto de las decisiones adoptadas en múltiples reuniones del máximo órgano de la compañía demandada.

En este punto debe traerse a colación lo resuelto por este Despacho en el Auto No. 801-002117 del 14 de febrero de 2013, de conformidad con el cual ‘en vista de que la demanda fue presentada el 12 de febrero de 2013, este Despacho, en desarrollo de la acción de reconocimiento de presupuestos de ineficacia, tan solo puede pronunciarse acerca de las decisiones adoptadas por el máximo órgano social de Compañía Libertador Ltda., con posterioridad al 12 de febrero de 2008’. Por consiguiente, en esta sentencia tan solo se reconocerán presupuestos fácticos de ineficacia relacionados con las reuniones celebradas en las siguientes fechas: 14 de marzo de 2008 Acta No. 34 (vid. Folio 663), 18 de julio de 2008 Acta No. 35 (vid. Folio 664 reverso), 16 de marzo de 2009 Acta No. 36 (vid. Folio 665 reverso), 18 de septiembre de 2009 Acta No. 37 (vid. Folio 669 reverso), 13 de marzo de 2010 Acta No. 001 (vid. Folio 517), 19 de marzo de 2011 Acta No. 002 (vid. Folio 525), 16 de marzo de 2012 Acta No. 003 (vid. Folio 527), 30 de noviembre de 2012 Acta No. 004 (vid. Folio 533 reverso), y 11 de marzo de 2013 Acta No. 005 (vid. Folio 536).

[...]

De otra parte, en cuanto a la excepción de cosa juzgada, el Despacho advierte que esta cuestión fue objeto de lo decidido en el Auto 801-003438 del 11 de marzo de 2013, proferido en el curso de este proceso. Finalmente, por efecto de la ineficacia antes explicada, debe desestimarse el argumento del apoderado de la compañía demandada, según el cual los demandantes, en su calidad de usufructuarios, no están legitimados para actuar en el presente proceso.

IV. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de los demandantes y a cargo de la demandada, una suma equivalente a un salario mínimo, es decir, \$589.500.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Reconocer el acaecimiento de los presupuestos de ineficacia respecto de las decisiones adoptadas por el máximo órgano social de la compañía demandada durante las reuniones del 14 de marzo de 2008 (acta No. 34), 18 de julio de 2008 (acta No. 35), 16 de marzo de 2009 (acta No. 36), 18 de septiembre de 2009 (acta No. 38), 13 de marzo de 2010 (acta No. 1), 19 de marzo de 2011 (acta No. 2), 16 de marzo de 2012 (acta No. 3), 30 de noviembre de 2012 (acta No. 4), y 11 de marzo de 2013 (acta No. 5).

Segundo. Oficiar al representante legal de la demandada para que proceda de conformidad con lo previsto en esta sentencia.

Tercero. Oficiar a la Notaría Única de Ciénaga para que realice la nota marginal sobre la escritura pública No. 766 del 27 de noviembre de 2009.

Cuarto. Oficiar a la Notaría Cuarta del Círculo de Santa Marta para que realice la nota marginal sobre la escritura pública No. 309 del 13 de abril de 2010.

Quinto. Oficiar a la Notaría Cuarenta y Tres del círculo de Bogotá para que realice la nota marginal sobre las escrituras públicas No. 1965 del 12 de julio de 2012 y No. 3851 del 28 de diciembre de 2012.

Sexto. Ordenar la inscripción de esta providencia ante el registro mercantil que llevan las Cámaras de Comercio de Bogotá y Santa Marta.

Séptimo. Condenar en costas a la sociedad demandada y fijar como agencias en derecho a favor de los demandantes la suma de \$589.500.

La anterior providencia se profiere a los veintiún días del mes de junio de dos mil trece y se notifica en estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

No. 801-012 del 10 de julio de 2013

PARTES

Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C. en liquidación
contra
María Consuelo Ortiz Mariño, Bernardo Ortiz Mariño, Jaime Ortiz Mariño

NÚMERO DEL PROCESO

2013-801-013

ASUNTO

Consecuencias de la entrega irregular de sumas de dinero a los asociados.
Valor probatorio de soportes contables.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C. en liquidación
contra

María Consuelo Ortiz Mariño, Bernardo Ortiz Mariño, Jaime Ortiz Mariño

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2013-801-013

I. Antecedentes

El proceso iniciado por Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación en contra de María Consuelo Ortiz Mariño, Bernardo Ortiz Mariño y Jaime Ortiz Mariño surtió el curso descrito a continuación:

1. El 14 de febrero de 2013, mediante Auto No. 801-002118, este Despacho admitió la demanda presentada por Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación.
2. El 21 de febrero de 2013, se les envió un citatorio de notificación a María Consuelo Ortiz Mariño, Bernardo Ortiz Mariño y Jaime Ortiz Mariño.
3. El 26 de febrero de 2013, se notificó personalmente a Bernardo Ortiz Mariño y el 1º de marzo de 2013 a Jaime Ortiz Mariño.
4. El 12 de marzo de 2013, se incorporó al expediente el aviso para la notificación de María Consuelo Ortiz Mariño.
5. El 11 de abril de 2013, la demandada María Consuelo Ortiz Mariño contestó la demanda y formuló excepciones de mérito.

6. El 15 de abril de 2013, se le otorgó a la demandante 3 días para que respondiera a las excepciones formuladas por la demandada.
7. El 19 de abril de 2013, mediante Auto No. 801-005795, este Despacho tuvo como notificada por conducta concluyente a María Consuelo Ortiz Mariño y citó a las partes a una audiencia en esta entidad.
8. El 8 de mayo de 2013, el Despacho realizó la audiencia judicial a que se hizo referencia en el numeral anterior.
9. Una vez agotada la práctica de las pruebas decretadas por el Despacho, mediante Auto No. 801-010429 del 6 de junio de 2013, se citó a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión el 18 de junio de 2013. Solamente la apoderada de la demandante formuló tales alegatos en debida forma.
10. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. Pretensiones

La demanda presentada por Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

1. Que se declare que María Consuelo Ortiz Mariño recibió de la sociedad Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación la suma de \$42.492.150, a título de utilidades.
2. Que se declare que Jaime Ortiz Mariño recibió de la sociedad Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación la suma de \$42.492.150, a título de utilidades.
3. Que se declare que Bernardo Ortiz Mariño recibió de la sociedad Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación la suma de \$42.492.150, a título de utilidades.
4. Que se declare que la sociedad Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación no generó las utilidades que fueron objeto de distribución.
5. Que, en consecuencia, se declare que los socios comanditarios María Consuelo Ortiz Mariño, Bernardo Ortiz Mariño y Jaime Ortiz Mariño no tenían derecho a recibir las sumas mencionadas, y por lo tanto deben devolverlas.
6. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a cada uno de los socios comanditarios al pago de las correspondientes sumas, además de los intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley comercial, a partir de la notificación de la presente demanda y hasta la fecha en que se verifique el pago completo.
7. Que se condene a los demandados en costas y agencias en derecho.

III. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se dirima un conflicto suscitado entre Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación y los socios comanditarios María Consuelo Ortiz Mariño, Bernardo Ortiz Mariño y Jaime Ortiz Mariño. La compañía demandante pretende recuperar diversas sumas que le fueron entregadas a los demandados, aparentemente a título de anticipos de futuras utilidades, por cuanto, ‘la sociedad [...] no generó las utilidades correspondientes a las sumas que entregó a los socios comanditarios’ (vid. Folio 6).

1. Hechos

María Consuelo Ortiz Mariño, Bernardo Ortiz Mariño y Jaime Ortiz Mariño son socios comanditarios de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación (vid. Folios 466-471, cuaderno reserva No. 2). Tras una investigación administrativa adelantada por esta entidad, se emitió el Oficio No. 351-057294 del 24 de marzo de 2009 (vid. Folio 88, cuaderno de visitas ‘A’ No. 1), en el que se le ordenó al representante legal de la compañía adoptar las medidas necesarias para recaudar unas sumas registradas en los estados financieros bajo el rubro de ‘cuentas por cobrar a socios’ (vid. Folios 42 y 47, cuaderno de visitas ‘A’ No. 1). Según la contabilidad de la sociedad demandante, se trata de las sumas de \$42.492.150 a cargo de María Consuelo Ortiz Mariño, \$42.492.150 a cargo de Bernardo Ortiz Mariño y \$42.492.150 a cargo de Jaime Ortiz Mariño (vid. Folios 500 y 501, cuaderno reserva No. 2; y 48, cuaderno reserva No. 1). El 2 de abril de 2009, el representante legal le exigió a los mencionados socios el pago de los montos a que se ha hecho referencia, en los términos establecidos por esta entidad (vid. Folio 97, cuaderno de visitas ‘A’ No. 1). El 20 de abril del mismo año, María Consuelo y Bernardo Ortiz Mariño afirmaron no tener conocimiento acerca de la existencia de las obligaciones exigidas (vid. Folios 99 y 103, cuaderno de visitas ‘A’ No. 1). A pesar de haberse presentado diversos requerimientos adicionales, los socios comanditarios no han pagado las sumas antes mencionadas.

2. Análisis del caso presentado ante el Despacho

Para poder emitir un pronunciamiento acerca de las pretensiones de la demanda, el Despacho hará referencia a los presupuestos fácticos debatidos en el curso del presente proceso, particularmente en lo relativo a la entrega efectiva de unas sumas de dinero a favor de los socios comanditarios de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación.

A. Acerca de las sumas controvertidas

La defensa planteada por María Consuelo Ortiz Mariño encuentra sustento en dos argumentos. El primero de ellos consiste en que en ningún momento se recibió el monto

exigido por la compañía demandante, sino una cantidad considerablemente inferior. En segundo lugar, la citada socia alega que las sumas en cuestión no se giraron a título de anticipo de futuras utilidades, sino que le fueron entregadas por Álvaro Ortiz Mariño, a título personal, como un reconocimiento de montos remanentes en un proceso sucesoral (vid. Folio 121).¹ En este sentido, durante la fijación del objeto del litigio, la apoderada de María Consuelo Ortiz Mariño señaló que se ‘recibió dinero [...] –que se encontraba en una parte en la guardilla de la casa del señor Álvaro [Ortiz Mariño], que era proveniente de las pensiones del colegio cuando ni siquiera era sociedad–, y [María Consuelo] le firm[ó] un documento antes del año 1992 donde aparece la constancia de que ha recibido esa plata; si ustedes miran el documento es un comprobante de egreso [...], ella sabe que esa es su firma; sin embargo, sabe que es una firma impuesta antes de que la sociedad estuviera constituida [...], lastimosamente la Superintendencia interpreta que son a título de utilidades, pero no son a título de utilidades [...], [el comprobante refleja] sumas de dinero que [Álvaro] llenó a su arbitrio, tal vez la primera cifra que aparece ahí ella sí dice haber recibido una parte de la plata que era de la herencia de su mamá’.²

En vista de lo anterior, para poder establecer si hay lugar a la restitución de los dineros exigidos por la demandante, es indispensable analizar las diferentes pruebas que fueron aportadas durante el curso del proceso.

Durante la investigación administrativa realizada por la Superintendencia de Sociedades, esta entidad examinó diversos comprobantes de egreso que dan cuenta de la entrega de sumas de dinero a los socios de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación.³ De conformidad con el comprobante No. 03-A, a la señora María Consuelo Ortiz Mariño se le entregaron las siguientes sumas: \$5.430.050 en 1991, \$6.362.000 en 1992, \$5.400.100 y \$7.000.000 en 1993, \$7.300.000 en 1994, y \$6.000.000 y \$5.000.000 en 1997, para un total de \$42.492.150 (vid. Folio 501, cuaderno reserva No. 2). Según el comprobante de egreso No. 01-A, a Bernardo Ortiz Mariño se le entregaron las siguientes sumas: \$5.430.000 en 1991, \$6.362.000 en 1992, \$12.400.100 y \$7.300.000 en 1993, \$500.000 y \$5.500.000 en 1997, y \$5.000.000 en 1999, para un total de \$42.492.150 (vid. Folio 500, cuaderno reserva No. 2). Finalmente, la entidad pudo constatar la entrega de las siguientes sumas a Jaime Ortiz Mariño: \$5.430.050 en 1991, \$6.362.000 en 1992, \$12.400.100 y \$7.300.000

¹ María Consuelo Ortiz Mariño fue la única demandada que planteó una defensa formal a través de la contestación de la demanda (vid. Folio 118). Bernardo Ortiz Mariño no contestó la demanda, pero sí asistió a la práctica de su interrogatorio (vid. Folio 187). Jaime Ortiz Mariño no contestó la demanda ni tampoco asistió a rendir el interrogatorio de parte.

² Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 8 de mayo de 2013, folio 187 del expediente (9:22).

³ Mediante Auto No. 801 proferido durante la audiencia del 8 de mayo de 2013, este Despacho decretó como prueba dentro del presente proceso, la remisión del expediente No. 59877 del Grupo de Conflictos Societarios de la Superintendencia de Sociedades, en el cual reposan las pruebas recolectadas durante la investigación administrativa a que se ha hecho referencia (vid. Folios 185-178). Así mismo, mediante la constancia secretarial No. 801-000153 del 27 de mayo de 2013, este Despacho incorporó al expediente de la referencia los cuadernos remitidos por el Grupo de Conflictos Societarios (vid. Folio 221).

en 1993, \$6.000.000 en 1997, y \$5.000.000 en 1999, para un total de \$42.492.150 (vid. Folio 48, cuaderno reserva No. 1).⁴

A pesar de que los socios comanditarios demandados suscribieron los comprobantes de egreso, la apoderada de María Consuelo Ortiz Mariño señaló que esos documentos contables fueron adulterados por Álvaro Ortiz Mariño, por cuanto ‘fueron llenados de manera clandestina con propósitos distintos a los que fueron emitidos’ (vid. Folio 128). Durante la audiencia del 8 de mayo, la misma apoderada afirmó que ‘[María Consuelo Ortiz Mariño] sabe que esa es su firma [...] [pero el comprobante refleja] sumas de dinero que [Álvaro] llenó a su arbitrio, tal vez la primera cifra que aparece ahí ella sí dice haber recibido una parte de la plata [...]’.⁵ Así mismo, en la contestación de la demanda se procuró desvirtuar la presunción a que alude el artículo 270 del Código de Procedimiento Civil, por cuya virtud ‘se presume cierto el contenido del documento firmado en blanco o con espacios sin llenar, una vez que se haya reconocido la firma o declarado su autenticidad’. En este sentido, según lo expresado por Álvaro Ortiz Mariño durante su interrogatorio, las fechas incluidas en los comprobantes analizados se registraron con posterioridad a la entrega de las sumas concernientes, por instrucciones expresas de la Superintendencia de Sociedades.⁶

De otra parte, en el expediente obra el balance general del Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación con corte a 31 de diciembre de 2006, suscrito por el representante legal, el contador y la revisor fiscal (vid. Folio 42, cuaderno visitas ‘A’ No. 1). En la subcuenta de ‘deudores, empleados y varios’ correspondiente a los activos, se asentó un valor total de \$134.003.123, en el cual, de conformidad con las notas a los estados financieros, se encuentran las sumas que le fueron entregadas a María Consuelo, Bernardo y Jaime Ortiz Mariño (vid. Folio 47, cuaderno visitas ‘A’ No. 1).⁷ En los estados financieros correspondientes al año 2007, las deudas antes indicadas se registraron bajo la cuenta denominada ‘cuentas por cobrar a socios’ (vid. Folio 88), con las respectivas notas en las que se identificó a los demandados como deudores de la compañía (vid. Folio 92). Esta misma información se encuentra reflejada en los estados financieros de los ejercicios 2008 (vid. Folios 79 y 83), 2009 (vid. Folios 70 y 74), 2010 (vid. Folios 59 y 63) y 2011 (vid. Folios 48 y 52).

A pesar de que los estados financieros a que se ha hecho referencia se encuentran debidamente certificados y dictaminados, las pruebas aportadas no dan cuenta de la aprobación de tales documentos contables por parte de la junta de socios de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación. También debe advertirse que las deudas objeto de esta controversia se registraron en la contabilidad de la compañía varios años después de haberse entregado las sumas concernientes. Sobre este particular, el

⁴ Álvaro Ortiz señaló, durante su intervención en el presente proceso, que las fechas correspondientes a 1981 y 1982 obedecen a un yerro tipográfico, por lo que debe leerse, en su lugar, 1991 y 1992. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 8 de mayo de 2013, folio 187 del expediente (49:05).

⁵ Id (9:22).

⁶ Id (55:32).

⁷ Cfr. Artículo 36 de la Ley 222 de 1995. ‘Los estados financieros estarán acompañados de sus notas, con las cuales conforman un todo indivisible [...]’.

socio gestor indicó que esas obligaciones no se habían incluido en los estados financieros por ‘omisión’, en razón a que ‘cada vez que mis hermanos tenían una necesidad, yo les fui entregando esos dineros’.⁸

Una revisión de las pruebas antes mencionadas, así como de los documentos recogidos durante la investigación administrativa adelantada por esta entidad, le permite al Despacho constatar que, a lo menos hasta el año 2006, la contabilidad de la compañía presentaba notables falencias. Por este motivo, para los efectos del presente proceso, el Despacho no puede conferirle pleno valor probatorio a los libros de comercio y comprobantes contables de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación. Esto último también da cuenta de la razón por la cual el Despacho consideró innecesarias algunas de las pruebas solicitadas por la apoderada de María Consuelo Ortiz Mariño. En todo caso, debe destacarse que los registros contables de la compañía sí contienen información relevante acerca de la entrega de ciertas sumas de dinero, derivadas de la actividad de la institución educativa administrada por la sociedad demandante, a favor de María Consuelo, Bernardo y Jaime Ortiz Mariño.⁹ Existen, además, diversos elementos probatorios que le permiten al Despacho constatar que, en efecto, los aludidos asociados recibieron dineros provenientes del desarrollo de los negocios de la referida institución educativa.

Por una parte, aunque el acta No. 23, correspondiente a la reunión de la junta de socios de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación del 9 de noviembre de 2010 (vid. Folio 559, cuaderno reserva No. 2), no se ajusta a lo previsto en el artículo 189 del Código de Comercio, el Despacho estima necesario advertir que ese documento contiene información que resulta relevante para los efectos del presente proceso. En la citada acta No. 23 se dejó constancia de que la señora María Consuelo Ortiz Mariño expresó que ‘la suma que aparece a su cargo en la contabilidad de la sociedad la recibió como participación o utilidad en su calidad de socia del colegio y no como préstamo’. No obstante, debe señalarse también que María Consuelo Ortiz Mariño ha refutado la veracidad de lo consignado en dicha acta.¹⁰

De otra parte, durante los interrogatorios practicados por el Despacho, María Consuelo Ortiz Mariño y Bernardo Ortiz Mariño hicieron ciertas manifestaciones respecto de las sumas controvertidas en el presente proceso. Así, por ejemplo, Bernardo Ortiz Mariño confirmó, en los siguientes términos, que había recibido sumas de dinero entregadas por el representante legal de la sociedad demandante: ‘Esos fueron unos pagos que se hicieron inmediatamente después de que se murió mi madre [...], los dineros sí se entregaron, creo que no es el monto [exigido por la sociedad demandante en el presente proceso]; a mí me entregaron durante casi 6 años la módica suma de 6 millones de pesos anuales [...] luego no alcanzan a ser 42 [millones] [...] [empecé a recibir estos

⁸ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 8 de mayo de 2013, folio 187 del expediente (53:15, 51:01).

⁹ En este sentido, debe consultarse lo dispuesto en el artículo 69 del Código de Comercio, a cuyo tenor, ‘en las cuestiones mercantiles con persona no comerciante, los libros solo constituirán un principio de prueba en favor del comerciante, que necesitar

¹⁰ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 8 de mayo de 2013, folio 187 del expediente (28:12)

dineros] inmediatamente que se escrituró la nueva sociedad que creo que fue al año siguiente de la muerte de mi madre, ahí comencé yo a recibir la plata; nosotros hicimos una reunión en la casa de Álvaro, no hubo actas ni papeles y es a raíz de que se escrituró esa sociedad, 1992; en realidad yo firmé 6 recibos, yo no le puse atención al título [mediante el cual recibía], simplemente firmé el monto y puse mi firma [...], entonces esos recibos deben estar ahí con las fechas que corresponden; a mí [el dinero] me lo dieron a raíz de las reuniones de la junta'.¹¹

Adicionalmente, resulta necesario señalar que, con base en lo resuelto por este Despacho en el Auto No. 801-009382 del 24 de mayo de 2013, se configuró la confesión ficta respecto de Jaime Ortiz Mariño.

En cuanto a María Consuelo Ortiz Mariño, debe recordarse que, durante la práctica de su interrogatorio, manifestó que ‘en el momento en que murió mi mamá, Álvaro [...] la estaba ayudando también en cierto modo a llevar algunas cuentas del manejo [...] del colegio; cuando murió mi mamá Álvaro me llamó y me dijo “aquí en el ático de mi casa tengo unas bolsas llenas de efectivo, repartámonos esos dineros entre todos, venga y los cuenta —que usted tiene tiempo— y nos lo repartimos después”, efectivamente así lo hice, fui a la casa de él que era en Cedritos, fui al ático de la casa, tenía unas bolsas plásticas llenas de efectivo; yo misma las conté, y esos fueron los dineros a los cuales firmé que me había entregado; ¿si es eso?, ¿si eso es utilidades? —no sé— [...], según él [esos dineros] había[n] sido de la actividad del colegio [...]; no recuerdo [la cifra] es que eso fue hace tanto tiempo, yo creo que en total habría unos 30 millones y de ahí supuestamente se repartieron en 4 [...]’.¹²

Las anteriores afirmaciones permiten establecer que, según ya se dijo, la aludida socia comanditaria recibió sumas de dinero de parte de Álvaro Ortiz Mariño. Más importante aún, se trató, según las propias afirmaciones de María Consuelo Ortiz Mariño, de dineros derivados de la actividad del colegio que hoy es administrado por la sociedad demandante. En sustento de lo anterior, puede consultarse también la siguiente afirmación de la citada socia: ‘Según Álvaro, vuelvo y repito, eran sobrantes de la actividad del colegio, que había dejado mi mamá recientemente muerta, entonces si lo vemos en esa perspectiva obviamente eran dineros, supuestamente pienso yo, de lo que había dejado mi mamá’.¹³

Finalmente, debe aludirse al informe de auditoría financiera preparado por la sociedad Contadores Especializados de Colombia (Conescol) S.A. Este informe, en el cual se analizaron los estados financieros elaborados por la administración de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación para el período comprendido entre 1998 y 2006, fue preparado luego de que la administración recompusiera la contabilidad de la compañía. En el texto del informe se señala que ‘las políticas y prácticas utilizadas en la preparación de los estados financieros están acordes con las normas contables

¹¹ Id (40:00).

¹² Id (32:36).

¹³ Id (37:05).

especiales prescritas por la superintendencia de sociedades para el sector educativo' (vid. Folio 133). Además, en el Anexo No. 4 del informe, denominado 'Deudores Varios/Otros', aparecen las sumas debatidas en el presente proceso, a cargo de cada uno de los socios comanditarios demandados. Finalmente, en el informe preparado por Conescol S.A. pueden apreciarse algunas de las falencias que presentaba la contabilidad de la compañía demandante durante el período objeto de análisis.

B. Análisis de las pruebas disponibles

Las diversas pruebas recogidas en el curso del proceso le permiten al Despacho llegar a la conclusión de que María Consuelo, Bernardo y Jaime Ortiz Mariño efectivamente recibieron sumas de dinero de parte de Álvaro Ortiz Mariño. Los elementos probatorios disponibles también permiten establecer que tales montos fueron generados en el curso de la actividad de la institución educativa administrada actualmente por Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación.

A pesar de que parecen existir diversas irregularidades en la administración de los negocios de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación, estas falencias no desvirtúan el hecho de que los socios comanditarios recibieron las ya mencionadas sumas, ni la circunstancia de que esos dineros fueron generados en el curso de la operación de la anotada institución educativa. Es decir que, aunque el Despacho considere censurable la manera aparentemente irregular en que se administró Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación durante varios años, ello no puede convertirse en un obstáculo para asegurar que se cumplan, en forma debida, los postulados legales que rigen la repartición de las sumas derivadas de la actividad de una sociedad. Las normas que rigen estas materias buscan, entre otras finalidades, salvaguardar el patrimonio social como prenda general de los acreedores. Es por ello por lo que no resultaría sensato permitir que se desvanezca el patrimonio de una compañía —como consecuencia de la repartición irregular de dinero a los asociados— por el simple hecho de que los administradores no registraron en forma oportuna o adecuada tales erogaciones.

En el caso analizado por el Despacho, pudo establecerse que el máximo órgano social de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación no decretó la repartición de utilidades, ni aprobó reducciones de capital orientadas a permitir el efectivo reembolso de aportes. Sin embargo, como ya dijo, el Despacho constató que los socios comanditarios de la compañía recibieron sumas de dinero provenientes del desarrollo de la actividad social. De ahí que deba reconocerse esta circunstancia en la contabilidad del Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación, en aras de cumplir con la indispensable finalidad de preservar la prenda general de los acreedores de la compañía. En vista de que no existen elementos de juicio para concluir que las sumas en cuestión les fueron entregadas a los demandados a título de préstamo, el Despacho debe concluir que las aludidas cuentas por cobrar corresponden a sendos anticipos de futuras utilidades. Esta interpretación coincide con lo expresado por diversos sujetos,

incluidos los administradores de la compañía, Conescol S.A. e incluso esta entidad en sede administrativa.

Por lo demás, debe ponerse de presente que, aunque los demandados no pueden valerse de las irregularidades antes discutidas para desconocer que efectivamente recibieron sumas de dinero derivadas de la actividad de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C. en liquidación, sí cuentan con la posibilidad de controvertir, ante las instancias judiciales correspondientes, la responsabilidad de los administradores de la compañía. Claro que, para el efecto, sería preciso probar no solo la contravención del régimen legal en materia de deberes de administradores, sino también la existencia de perjuicios derivados de tal violación.

Ahora bien, el reconocimiento y oportuno recaudo de las sumas antes indicadas adquiere un carácter verdaderamente urgente en vista de que la sociedad se encuentra en estado de liquidación desde el 10 de noviembre de 2011. En este sentido, una vez disuelta Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., los anticipos a que se ha hecho referencia se hicieron inmediatamente exigibles, por cuanto las sociedades en estado de liquidación no pueden distribuir utilidades.¹⁴ En verdad, por virtud de lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 238 del Código de Comercio, el liquidador de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., debe realizar todas las gestiones tendientes a recomponer el patrimonio de la compañía, a fin de pagar los pasivos sociales en el orden establecido bajo la prelación legal correspondiente. Así, pues, el pago del pasivo interno de la compañía debe ceñirse a las normas que rigen la liquidación privada de sociedades, incluida la regla del artículo 241 del Código de Comercio, a cuyo tenor, ‘no podrá distribuirse suma alguna a los asociados mientras no se haya cancelado todo el pasivo externo de la sociedad’. En consecuencia, para efectos de cumplir con el trámite de liquidación de la sociedad demandante, las sumas recibidas por María Consuelo Ortiz Mariño, Bernardo Ortiz Mariño y Jaime Ortiz Mariño deberán ser restituidas, junto con los intereses correspondientes, computados desde la notificación de esta demanda hasta el momento en que se efectúe el pago efectivo de tales obligaciones.

IV. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de la sociedad demandante y a cargo de los demandados, una suma equivalente a un salario mínimo, es decir, \$589.500, los cuales deberán ser pagados por los demandados en proporciones iguales.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹⁴ Esta circunstancia constituye un argumento más —sumado a lo expuesto por la apoderada de la sociedad demandante durante sus alegatos de conclusión— para concluir que no operó la prescripción aducida por María Consuelo Ortiz Mariño.

Resuelve

Primero. Declarar que María Consuelo Ortiz Mariño recibió de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación la suma de \$42.492.150, a título de anticipo de futuras utilidades.

Segundo. Declarar que Jaime Ortiz Mariño recibió de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación la suma de \$42.492.150, a título de anticipo de futuras utilidades.

Tercero. Declarar que Bernardo Ortiz Mariño recibió de Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación la suma de \$42.492.150, a título de anticipo de futuras utilidades.

Cuarto. Ordenarle a María Consuelo Ortiz Mariño, Bernardo Ortiz Mariño y Jaime Ortiz Mariño que, en forma inmediata, le paguen las sumas antes indicadas a Colegio de María Ángela Ortiz Mariño S. en C., en liquidación, junto con los intereses moratorios correspondientes, computados desde la notificación de esta demanda hasta el momento en que se efectúe el pago efectivo de tales obligaciones.

Quinto. Condenar en costas a los demandados y fijar como agencias en derecho a favor de la sociedad demandante la suma de \$589.500.

La anterior providencia se profiere a los tres días de julio de dos mil trece y se notifica en estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

Sentencia No. 801-042 del 19 de julio de 2013

PARTES

Omar Martínez y Liliana Castillo
contra
Luz Amparo Mancilla y Alfonso Bolívar (Farben S.A.)

ASUNTO

Valoración de compañías en procesos judiciales.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Omar Fernando Martínez Lozano y Liliana Castillo Bautista

contra

Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa (Farben S.A.)

Asunto

Artículo 136 de la Ley 446 de 1998

Trámite

Proceso verbal sumario

I. Antecedentes

El proceso iniciado por Omar Fernando Martínez Lozano y Liliana Castillo Bautista en contra de Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa (Farben S.A.) surtió el curso descrito a continuación:

1. El 3 de agosto de 2012 mediante Auto No. 480-007852, se admitió la demanda iniciada por Omar Fernando Martínez Lozano y Liliana Castillo Bautista contra Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa (Farben S.A.) Así mismo, se designó a la doctora Ana Mercedes Bojacá Ramírez como perito para que establezca el valor de las acciones en litigio.
2. El 22 de agosto de 2012 se notificaron personalmente los demandados.
3. El 28 de agosto los demandados contestaron la demanda por conducto de apoderado judicial, quien formuló excepciones de mérito.
4. El 5 de septiembre de 2012, los demandantes controvirtieron dentro del término legal, las excepciones de mérito formuladas por el apoderado de las demandas.
5. Mediante oficio 2012-01-258368 del 11 de septiembre de 2012 se le comunicó a Ana Mercedes Bojacá Ramírez sobre su designación como perito en el mencionado proceso.
6. El 21 de septiembre de 2012, la perito informó al Despacho la aceptación de su designación en el proceso de la referencia.

7. El 27 de septiembre de 2012, mediante Auto No. 801-013680, el Despacho citó a las partes y a la perito para audiencia el día 5 de octubre de 2012.
8. En audiencia celebrada el 5 de octubre de 2012, se posesionó la perito Ana Mercedes Bojacá Ramírez, identificada con cédula de ciudadanía número 20.408.125.
9. El 31 de octubre de 2012, la perito solicitó al Despacho ampliar el término para rendir el dictamen hasta el día 21 de noviembre de 2012.
10. El 6 de noviembre de 2012, mediante Auto No. 801-015434, el Despacho aceptó la solicitud de la perito, en el sentido de ampliar el término para rendir el dictamen pericial hasta el 21 de noviembre de 2012.
11. El 21 de noviembre de 2012 la perito presentó el dictamen pericial decretado dentro del presente proceso.
12. El 23 de noviembre de 2012, mediante Auto No. 801-16343, el Despacho citó a las partes a la audiencia de que trata el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil para el día 10 de diciembre de 2012.
13. El 10 de diciembre de 2012, se celebró audiencia de la que trata el artículo 439 del código de procedimiento civil. En la audiencia se aceptó la renuncia presentada por el apoderado de las demandadas, y en consecuencia se citó para la continuación de la audiencia el día 12 de febrero de 2013.
14. El 12 de febrero de 2013, mediante Auto número 801-000265, el Despacho resolvió la nulidad impetrada por el apoderado de las demandadas, y solicitó de oficio que, previo a la rendición del dictamen, la perito aclarara el dictamen en el siguiente sentido: (i) No deberá tener en cuenta la vigencia actual de la sociedad y (ii) deberá incluir en la valoración de las acciones las novedades que se han presentado en la sociedad desde la fecha en que se realizó el dictamen actual.
15. El 12 de marzo de 2013, mediante escrito radicado bajo el número 2013-01-068296, la perito respondió a la solicitud de aclaraciones efectuada por el Despacho.
16. El 14 de marzo de 2013, mediante Auto No. 801-003634, el Despacho citó a las partes para el 21 de marzo de 2013 a las 10:00 a.m., con el fin de continuar con el trámite de la audiencia de la que trata el artículo 439 del código de procedimiento civil.
17. Mediante auto dictado en el transcurso de la audiencia del 21 de marzo de 2013, el Despacho corrió traslado del dictamen a las partes por el término de 3 días a partir del día 1º de abril de 2014.
18. Mediante escrito radicado bajo el número 2013-01-091704 del 3 de abril de 2013, el apoderado de los demandantes solicitó aclaración y complementación del dictamen presentado por la perito.

19. Mediante escrito radicado bajo el número 2013-01-092127 del 3 de abril de 2013, el apoderado de las demandadas solicitó aclaración y complementación del dictamen presentado por la perito.
20. El 17 de abril de 2013, mediante Auto No. 801-005583, el Despacho ordenó a la perito aclarar y/o complementar el dictamen de conformidad con los 13 puntos consignados en la mencionada providencia.
21. Mediante escrito radicado bajo el número 2013-01-135594 del 24 de abril de 2013, el apoderado de los demandantes interpuso recurso de reposición en contra de la providencia descrita en el numeral anterior, con el fin de que se incluyeran las solicitudes de aclaración presentadas por sus poderdantes.
22. El 30 de abril de 2013, mediante Auto No. 801-006923, el Despacho decidió el recurso de reposición interpuesto por los demandantes, en el sentido de mantener incólume la providencia recurrida.
23. Mediante escrito radicado bajo el número 2013-01-189596 del 24 de mayo de 2013, la perito presentó respuesta a lo ordenado mediante auto del 17 de abril de 2013.
24. El 28 de mayo de 2013, mediante Auto No. 801-009520, el Despacho solicitó a la perito la complementación de su respuesta, específicamente en relación con los puntos 6 y 8 contenidos en la providencia No. 801-005583 del 17 de abril de 2013.
25. Mediante escrito radicado bajo el número 2013-01-213918 del 7 de junio de 2013, la perito presentó escrito en cumplimiento de lo ordenado mediante providencia No. 801-009520 del 28 de mayo de 2013.
26. El 2 de julio de 2013 se celebró audiencia para escuchar las aclaraciones de la perito y, en la misma diligencia, se citó a las partes para audiencia del 12 de julio, con el fin de que presentaran sus alegatos.
27. El 12 de julio de 2013, con asistencia de las partes y sus apoderados, se celebró audiencia de presentación de los alegatos de conclusión.

II. Pretensiones

La demanda presentada por Omar Fernando Martínez Lozano y Liliana Castillo Bautista contra Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa contiene las siguientes pretensiones (vid. Folio 4):

1. ‘Que el Superintendente de Sociedades o el grupo competente para ello, designe perito de la lista de auxiliares, inscritos en la Cámara de Comercio de Bogotá.
2. Que se ordene al perito rendir dictamen pericial con el objeto de fijar el precio y la forma de pago de ciento siete mil cien (107.100) acciones ordinarias, ofrecidas en venta por los demandados.
3. Que se condene a los demandados al pago de agencias y costas del proceso’.

III. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante este Despacho está orientada a que, por conducto de un perito experto, se determine el valor de las acciones de la sociedad Farben S.A. en cabeza de Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa. El proceso surgió con ocasión de la aceptación de la oferta de venta de las acciones por parte de los demandantes (vid folios 11 y 12), en ejercicio del derecho de preferencia pactado en el artículo 21 de los estatutos de Farben S.A. Antes de emitir un pronunciamiento de fondo, el Despacho hará un recuento de los hechos más importantes que se presentaron en el curso del presente litigio.

El 24 de octubre de 2011, los demandados ofrecieron en venta la totalidad de su participación accionaria en Farben S.A. Para el efecto, tales sujetos le enviaron sendas comunicaciones al representante legal de Farben S.A., quien, a su vez las puso en conocimiento de los demás accionistas el 25 de octubre de 2011 (vid Folios 7 al 12). Para la época, Luz Amparo Mancilla Castillo detentaba 102.000 acciones, equivalentes al 40% del capital social. Por su parte, el señor Alfonso Bolívar Correa era propietario de 5.100 acciones, que constituían el 2% del capital de la sociedad. El 10 de noviembre de 2011, los accionistas Omar Fernando Martínez Lozano y Liliana Castillo Bautista manifestaron su interés en comprar la totalidad de las acciones ofrecidas por los demandados, en ejercicio del derecho de preferencia. Posteriormente, el 27 de febrero de 2012, Luz Amparo Mancilla Castillo le envió una comunicación al representante legal de Farben S.A., a fin de informarle que el precio de venta de sus acciones ascendía a \$7.200.000.000. Ante esta comunicación, Omar Fernando Martínez Lozano y Liliana Castillo Bautista manifestaron que ya se había ejercido el derecho de preferencia respecto de la oferta del 24 de octubre de 2011.

En vista del surgimiento de una controversia acerca del precio de las acciones, los demandantes presentaron una demanda ante este Despacho, a fin de que se designara un perito para determinar el valor de las acciones de Farben S.A. Debe recordarse que el artículo 136 de la Ley 446 de 1998 le otorga a esta Superintendencia la facultad para que designe peritos con el fin de fijar el valor de las alícuotas en situaciones en las que se presenten discrepancias en el precio de las acciones, cuotas o partes de interés, con ocasión del ejercicio del derecho de preferencia o del reembolso de aportes en los casos previstos en la ley. Sobre la base de lo expuesto, es claro que la función de este Despacho es procurar que los comerciantes cuenten con un foro imparcial en el cual puedan dilucidarse las controversias antes mencionadas, con la participación de expertos.

Por lo demás, vale la pena mencionar que en la contestación de la demanda, el antiguo apoderado de Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar propuso una excepción denominada ‘inexistencia de la oferta’, por cuanto, según consta en el escrito mencionado ‘no se cumplieron las condiciones estatutarias previstas’ para tal efecto (vid. Folio 49). Como excepción subsidiaria a la anterior, se formuló la denominada ‘incumplimiento de la aceptación de la oferta’ (vid. Folio 50). Con todo, durante

los alegatos de conclusión, el apoderado de los demandados desistió expresamente de ambas excepciones, de acuerdo con el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil.¹ En este sentido, al haberse probado tanto la existencia de la oferta formulada por los demandados, como las correspondientes aceptaciones de los demandantes, este Despacho acepta el desistimiento de las excepciones referidas (vid Folios 7 al 12, 346 y 347).

Formuladas las anteriores precisiones, el Despacho debe ahora analizar el dictamen presentado por el perito designado para los efectos del presente proceso.

A. Valoración inicial de las acciones

El 21 de noviembre de 2012, luego de estudiar la información contable de Farben S.A., el perito designado por el Despacho valoró las participaciones de capital de Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa con base en el valor intrínseco de las acciones de la compañía al 30 de septiembre de 2012 (vid. Folio 160). Así, pues, en este primer ejercicio de valoración, el perito estableció que las 107.100 acciones objeto del presente proceso tenían un valor de \$2.307.636.576. Es decir, que las 102.000 acciones de Luz Amparo Mancilla Castillo fueron valoradas en \$2.197.749.120, al paso que a las 5.100 acciones de Alfonso Bolívar Correa se les asignó un valor de \$109.887.456, según se expone en el siguiente cuadro:

Dictamen a noviembre de 2012 - Valor intrínseco			
Accionista/Vendedor	No. de acciones	Valor acción	Valor total
Luz Amparo Mancilla	102.000	\$21.546,56	\$2.197.749.120
Alfonso Bolívar Correa	5100	\$ 21.546,56	\$109.887.456
	107.100		\$2,307,636,576

En el dictamen presentado ante el Despacho, el perito justificó la decisión de usar el valor intrínseco como factor de cómputo con la idea de que ‘los ejercicios de valoración que se propongan bajo cualquier método estarán limitados por la vigencia de la sociedad’ y por el alto riesgo de que el contrato con BASF Química Colombiana S.A. se terminara. En verdad, el perito consideró que, tras expirar el referido término o de darse por concluido el contrato con BASF Química Colombiana S.A. ‘necesariamente llegaríamos a la disolución de la sociedad y por ende a la liquidación de acuerdo con la realidad patrimonial de la sociedad para el momento (valor intrínseco)’ (vid. Folio 156). En este mismo sentido, durante la audiencia del 12 de febrero de 2013, el perito señaló que, para efectos de establecer el valor de las acciones en disputa, tuvo en cuenta únicamente ‘la situación crítica’ respecto del contrato con BASF y la vigencia de la sociedad por lo cual determinó el precio de las acciones con base en su valor intrínseco.²

¹ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de julio de 2013, folio 347 del expediente (22:19) De igual forma, en el escrito de alegatos de conclusión presentado por el apoderado de la demandada, a folio 346, aparece consignado expresamente el desistimiento de las excepciones de mérito propuestas.

² Cfr. Folio 220, correspondiente a la audiencia del 12 de febrero de 2013, (58:00 al 60:00),

En respuesta a lo anterior, el Despacho le ordenó de oficio al perito que complementara su dictamen, para lo cual debía efectuar una nueva valoración con fundamento en métodos que permitieran establecer la real situación económica de la compañía. Por este motivo, el Despacho le impartió instrucciones al perito en el sentido de que, para preparar esta nueva valoración, no tuviera en cuenta el término estatutario de duración, sino, más bien, las perspectivas financieras de la sociedad y los hechos económicos más relevantes para tales efectos. Las instrucciones del Despacho buscaron asegurar que el dictamen del perito se basara en técnicas de valoración que permitieran establecer el verdadero valor de la compañía, tales como el método de flujo de caja descontado. En este sentido, debe traerse a colación lo expresado en la Circular Externa No. 3, emitida por esta entidad en sede administrativa, en la que se afirma que ‘[e]l valor patrimonial o valor en libros, no obstante ser el método al que más recurren las empresas, es el más impreciso y anti técnico, e incluso su resultado puede alejarse mucho del valor real de la sociedad’.

B. Complementación del dictamen

En cumplimiento de lo ordenado por el Despacho, el perito presentó su valoración complementaria en la cual se valió del método de flujo de caja descontado. Según lo explicado en la referida Circular Externa No. 3 ‘[e]ste modelo calcula el patrimonio neto de una compañía sustrayendo el valor de la deuda del valor de las operaciones. Estos valores son el resultado de sus respectivos flujos de caja, descontados a una tasa que refleja el riesgo involucrado en dichos flujos, esta tasa puede ser el costo promedio ponderado de capital’. Con base en el método de flujo de caja descontado, el perito arribó a tres posibles escenarios de valoración, según el cuadro que se presenta a continuación (vid. Folio 228):

Escenarios	Valor máximo CPPC \$	Valor de 107.100 acciones \$	Valor mínimo sin riesgo \$	Valor de 107.100 acciones \$
Primero	14.681.448.184	6.166.208.237	7.550.595.936	3.171.250.293
Segundo	15.786.855.221	6.630.479.193	13.723.735.875	5.763.969.068
Tercero	22.132.836.458	9.295.791.312	11.382.807.943	4.780.779.336

El primer escenario formulado por el perito tiene en cuenta ‘que las proyecciones se realizan sobre unas condiciones críticas derivadas del contrato base de la actividad principal de la empresa así: (i) un solo mercado, un solo proveedor; (ii) si un cliente (comprador) crece porcentualmente en sus compras pasa directamente a ser administrado por el único proveedor y (iii) el contrato con el proveedor puede ser cancelado en cualquier momento’ (vid. Folio 228). El segundo escenario considera los estados financieros históricos, con base en ‘una valoración patrimonial desde los flujos de efectivo traídos a valor presente, estableciendo la valoración con CPPC y la tasa sin riesgo del Banco de la República’ (vid. Folios 228 y 229). Por último, el tercer escenario ‘corresponde a los flujos de efectivo proyectados para cinco años desde 2013 hasta 2017

en la cual se utilizó la proyección lineal. Para cada variable se utiliza el costo promedio ponderado de capital (CPPC) y la tasa sin riesgo del Banco de la República' (vid. Folio 229). Ante esta nueva valoración, ambas partes presentaron diversas solicitudes de aclaración y complementación, por lo que este Despacho le ordenó al perito absolver las solicitudes que consideró pertinentes y necesarias.

Posteriormente, el perito presentó sus aclaraciones y complementaciones, para lo cual expuso las diferentes consideraciones que le sirvieron de fundamento a cada uno de los tres escenarios de valoración de Farben S.A. (vid. Folio 318 para el primer escenario, 319 para el segundo y tercero).³ En este último informe, el perito ajustó el valor de las acciones en litigio respecto de cada uno de los tres escenarios mencionados, según se expresa a continuación:

Escenarios	Valor máximo CPPC \$	Valor de 107.100 acciones \$	Valor mínimo sin riesgo \$	Valor de 107.100 acciones \$
Primero	14.681.448.184	6.166.208.237	7.550.595.936	3.171.250.293
Segundo	15.786.855.221	6.630.479.193	13.723.735.875	5.763.969.068
Tercero	22.132.836.458	9.295.791.312	11.382.807.943	4.780.779.336

Durante la audiencia celebrada el pasado 2 de julio, el perito aclaró que en el tercer escenario se limitó a mirar exclusivamente las cifras y los hechos posteriores a diciembre de 2012, lo que la llevó, 'de manera puramente objetiva y a partir de las cifras financieras, a [...] concluir que el escenario 3 reúne todas las exigencias de una y otra parte y aún del Despacho'.⁴ Asimismo, en esta audiencia quedó claro que este último escenario no incluye ningún elemento externo y valora la empresa '[d]entro de un negocio en funcionamiento normal, donde se evalúan todos los factores de continuidad y de negocio en marcha'.⁵

C. Resultados de la valoración pericial

A la luz de las anteriores consideraciones, le corresponde al Despacho determinar el valor de las 107.100 acciones en disputa con fundamento en los informes presentados por el perito en el curso del presente proceso.

En los alegatos de conclusión, el apoderado de los demandantes sostuvo que sus representados aceptaron la oferta a 'precio de liquidación', con base en el término de vigencia de la sociedad, por lo cual, en su criterio, el precio que debe ser tenido en cuenta es el basado en el valor intrínseco de las acciones, según el dictamen inicial presentado en noviembre de 2012. Así mismo, tal apoderado sostuvo que el contrato con BASF tiene una vigencia de un año y que puede terminarse en cualquier momento.

³ En el escrito de aclaraciones y complementaciones inicialmente presentado por el perito, la información no fue suficiente, razón por la cual el Despacho solicitó complementar su escrito, antes de la audiencia donde expondría sus aclaraciones y complementaciones.

⁴ Cfr. Folio 332, correspondiente a la audiencia del 2 de julio de 2013, (03:04)

⁵ Id.(8:46).

En vista de lo anterior, lo primero que debe decirse es que el objeto de este proceso es, precisamente, calcular el valor de las 107.100 acciones de propiedad de los demandados. Por este motivo, no le es dable a los demandantes establecer que la oferta fue aceptada ‘a precio de liquidación’. Además, en relación con el término de duración de Farben S.A., el Despacho considera que esa disposición estatutaria no puede ser invocada para restarle valor a la compañía.⁶ Ciertamente, a pesar de la existencia de ese término, el Despacho ha encontrado indicios pronunciados acerca de la intención de los accionistas de continuar con el desarrollo de los negocios sociales más allá del 28 de noviembre de 2013. Así, por ejemplo, según las pruebas analizadas por el Despacho, Farben S.A. no solo ha contraído obligaciones financieras de mediano plazo, sino que también se ha comprometido a ejecutar contratos de distribución que seguirán vigentes con posterioridad al 28 de noviembre de 2013. También es indispensable hacer alusión a las inversiones efectuadas por la administración de Farben S.A., particularmente en lo relacionado con la adquisición de bodegas para permitir el adecuado desarrollo del objeto social. Por lo demás, según lo expresado por el perito ‘indudablemente la empresa muestra una tendencia de crecimiento anual uniforme en todas las variables desde que inició sus operaciones con un marcado incremento dentro de los últimos cinco años (2008-2012)’ (vid. Folio 153). Así las cosas, debe rechazarse el intento de los demandantes por adquirir las acciones de los demandados a un valor injusto, mediante el expediente de invocar el vencimiento de un término de duración que no guarda relación alguna con la realidad económica de Farben S.A.

En lo relacionado con el contrato celebrado entre Farben S.A. y BASF Química Colombiana S.A., el Despacho considera necesario apartarse de las apreciaciones formuladas por el perito en el dictamen presentado en noviembre de 2012. En ese informe inicial se dijo que existía un ‘alto riesgo para la terminación del contrato de forma unilateral (salvo aviso con 90 días de anticipación sin indemnización alguna por la parte que lo termine)’ (vid. Folio 156). Si bien en el texto del contrato estudiado se establece la posibilidad de terminación unilateral, el Despacho cuenta con elementos de juicio que apuntan a que el riesgo de terminación no es tan alto como lo estimó inicialmente el perito. En este sentido, Farben S.A. y BASF Química Colombiana S.A. han sostenido cercanas relaciones comerciales, de manera verbal, durante al menos 13 años. Así, pues, la reciente preparación y suscripción de un contrato escrito, parece dar cuenta, más bien, de la formalización de las relaciones entre las compañías indicadas. Por lo demás, en el proceso quedó probado que Farben S.A. cuenta con proveedores diferentes de BASF Química Colombiana S.A.⁷

⁶ Reyes Villamizar ha manifestado que el término estatuario de duración ‘comienza a convertirse en un requisito anacrónico, que pierde importancia en la época actual’. FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, (2006, 2ª edición, Bogotá, Editorial Temis) 158-159.

⁷ Cfr. Folio 223 del expediente, donde la perito certificó que en noviembre de 2012 se registró el proveedor JRS en donde Farben S.A., es autorizada para importar sus productos. De igual forma, el apoderado de la parte demandada, manifestó en su escrito de alegatos de conclusión que ‘Farben, maneja tres líneas de productos, constatación que sirvió de base para refutar la inicial afirmación de la perito según la cual Farben actuaba en un solo mercado [...]’ (vid. Folio 344). Igualmente, la señora Luz Amparo Mancilla Castillo, en su interrogatorio de parte, cuando fue preguntada sobre si Farben S.A., tiene otros contratos diferentes a los de Basf, ella respondió que sí (Cfr. Folio 220 correspondiente a la audiencia del 12 de febrero de 2013 (47:04).

Con fundamento en el análisis antes presentado, el Despacho no puede aceptar la valoración intrínseca que fue aportada inicialmente por el perito. En efecto, según las pruebas consultadas por el Despacho, Farben S.A. administra negocios en marcha, con una importante capacidad productiva y una considerable participación en el mercado.

Ahora bien, es necesario estudiar los escenarios presentados por el perito en el curso de la valoración efectuada bajo el método del flujo de caja descontado. Durante los alegatos de conclusión, el apoderado de los demandados citó la siguiente afirmación de la perito para argumentar que el tercer escenario es el más apropiado: ‘En conclusión, el único escenario que contempla una tasa que tenga en cuenta el comportamiento creciente de los indicadores, el mercado, el posicionamiento de Farben S.A., el contrato de exclusividad con BASF Q C, la continuidad del ente contable, la tasa interna de retorno, el margen de operación neto apreciando los créditos futuros y demás factores que se evidencian en el comportamiento de los estados financieros de una empresa en condiciones normales es el escenario tres en el componente específico denominado: valor FLC proyectado sin riesgo’ (vid. Folio 320).

Si bien el Despacho considera que el estudio de las relaciones contractuales con BASF Química Colombiana S.A. no puede servir de fundamento para usar el criterio de valoración intrínseca, es claro que la continuidad de tales vínculos sí representa un factor de riesgo para Farben S.A. Se trata, en verdad, del principal proveedor de la compañía, cuyas actividades generan cuantiosos ingresos para Farben S.A. Por este motivo, es indispensable que la valoración de la compañía bajo el método de flujo de caja refleje, en forma adecuada, el riesgo de terminación del contrato mencionado. Es por ello por lo que el Despacho acogerá la recomendación presentada por el perito, según la cual ‘el primer escenario de flujos de efectivo proyectados es aplicable’ (vid. Folio 230).⁸ De una lectura del informe que reposa en el expediente, el Despacho encuentra que en este primer escenario ‘[l]os riesgos se calculan bajo la probabilidad de ocurrencia de un hecho’ (vid. Folio 228), de conformidad con lo expresado en el siguiente cuadro:

Las proyecciones se realizan teniendo en cuenta las condiciones críticas de la empresa	Probabilidad
Un solo mercado un solo proveedor	0,01
Si un cliente (comprador) crece porcentualmente en sus compras pasa directamente a ser administrado por el único proveedor	0,99
El contrato con el proveedor puede ser cancelado en cualquier momento	0,99
Riesgo total	0,663333333

Finalmente, por haberse probado que los negocios de Farben S.A. tienen vocación de continuidad, el Despacho aceptará la proyección de flujos de caja basada ‘en el costo

⁸ También debe recordarse lo expresado por el perito durante la audiencia del 21 de marzo de 2013, en el sentido de que ‘si se hace la venta del 42% del capital social, es el 63.71% del valor del patrimonio contable de la sociedad a diciembre 31 de 2012. La acción tiene un plus del 51% del valor intrínseco de la acción a diciembre 31, además hay un riesgo, que es el contrato de BASF’ (cfr. Audiencia del 21 de marzo de 2013 (23:40)).

promedio ponderado del capital (con datos del Banco de la República)' (vid. Folio 228). Es decir que se aceptará la valoración que le asigna a las 107.100 acciones un precio de \$6.166.208.237 (vid. Folio 319). Con respecto a las formas de pago propuestas por el perito, el Despacho concederá un plazo de seis meses, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que se efectúe el pago de las 107.100 acciones de Farben S.A.

IV. Costas

El Despacho estima que, sin perjuicio de los honorarios del perito y en vista de la naturaleza del presente proceso, no es procedente proferir una condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Aceptar la valoración del perito en la que se tasa el precio de las 107.100 acciones de propiedad de los demandados en la suma de \$6.166.208.237.

Segundo. Ordenarle al demandante que pague la suma antes indicada dentro del término de seis meses, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

La anterior providencia se profiere a los diecinueve días del mes de julio de dos mil trece y se notifica en estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

No. 801-043 del 23 de julio de 2013

PARTES

Refricenter International Trade Zona Libre S.A.
contra
Refricenter Group S.A.S., Dinatel C.I. S.A. y Jorge Antonio Restrepo de la Cruz

NÚMERO DEL PROCESO

2013-801-004

ASUNTO

Censura al uso de vías de hecho para solucionar conflictos entre empresarios.
Inoponibilidad de un contrato de compraventa de acciones.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Refricenter International Trade Zona Libre S.A.

contra

Refricenter Group S.A.S., Dinatel C.I. S.A. y Jorge Antonio Restrepo de la Cruz

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2013-801-004

I. Antecedentes

El proceso iniciado por la sociedad panameña Refricenter International Trade Zona Libre S.A. en contra de Refricenter Group SAS, Dinatel C.I. S.A. y Jorge Antonio Restrepo de la Cruz, surtió el curso descrito a continuación:

1. El 1º de febrero de 2013, mediante Auto No. 801-001487, este Despacho admitió la demanda presentada por Refricenter International Trade Zona Libre S.A.
2. En esa misma fecha se emitió el Auto No. 801-001488, por medio del cual se fijó caución para la practica de una medida cautelar consistente en dejar en suspenso los efectos del negocio jurídico por cuya virtud Jorge Antonio Restrepo de la Cruz le transfirió a Dinatel C.I. S.A., las acciones que Refricenter International Trade Zona Libre S.A. detentaba en Refricenter Group SAS.
3. El 18 de febrero de 2013, el apoderado de la demandante acreditó el pago de la caución antes mencionada. Como consecuencia de lo anterior, el Despacho emitió el Auto No. 801-002210 del 19 de febrero, por medio del cual se aceptó la caución y ordenó el decreto de la medida cautelar correspondiente.
4. El 22 de febrero de 2013, se enviaron citatorios para que los demandados comparecieran a notificarse personalmente del auto admisorio de la demanda.

5. El 7 de marzo de 2013, Dinatel C.I. S.A. se notificó personalmente de la demanda.
6. El 8 de marzo de 2013, la demandada Refricenter Group S.A.S., allegó al Despacho un memorial por medio del cual se allanó a las pretensiones de la demanda. Dicho allanamiento fue aceptado por el Despacho mediante Auto No. 801-003594 del 13 de marzo de 2013.
7. El 11 de marzo, el apoderado de Dinatel C.I. S.A., presentó dos recursos de reposición en contra del auto admisorio de la demanda. En la misma fecha, el apoderado de Dinatel C.I. S.A., presentó recurso de reposición en contra del Auto No. 801-001488 del 1 de febrero de 2013, mediante el cual se decretaron las medidas cautelares dentro del presente proceso.
8. Mediante Auto No. 801-005938 del 23 de abril de 2013, el Despacho convocó a las partes a una audiencia de conciliación con fundamento en el artículo 43 de la Ley 640 de 2001.
9. El pasado 29 de abril, el apoderado de Dinatel C.I. S.A., presentó un recurso de reposición en contra del Auto No. 801-005938 del 23 de abril de 2013. En la misma fecha, Inhibia Pilar Gallardo Yance, actuando también en nombre de Dinatel C.I. S.A., presentó dos recursos adicionales en contra del mismo auto señalado.
10. Los múltiples recursos mencionados en los numerales anteriores fueron resueltos por virtud de los Autos No. 801-009217, 801-009218, 801-009219 y 801-009220 del 22 de mayo de 2013.
11. El 29 de mayo del presente año, el apoderado de Dinatel C.I. S.A., presentó un recurso de apelación en contra del Auto No. 801-009219 del 22 de mayo, por medio del cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del auto que admitió la demanda. Este recurso fue resuelto mediante Auto No. 801-010007 del 30 de mayo de 2013.
12. Mediante memorial presentado al Despacho el pasado 4 de junio, el abogado de la demandada Dinatel C.I. S.A., presentó una solicitud de nulidad. Esta solicitud de nulidad fue resuelta mediante Auto No. 801, dictado en la audiencia de que trata el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil, celebrada el pasado 19 de junio de 2013.
13. Una vez agotada la práctica de las pruebas decretadas por el Despacho, se citó a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión el 5 de julio a las 2:30 p.m. Los apoderados de cada una de las partes formularon tales alegatos en debida forma.
14. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. Pretensiones

La demanda presentada por Refricenter International Trade Zona Libre S.A. contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

1. ‘Que es nula, de nulidad absoluta, por ausencia de voluntad y en consecuencia de consentimiento, la venta de las acciones que poseía Refricenter International Trade Zona Libre S.A. como única accionista en la sociedad Refricenter Group S.A.S., mediante nota de cesión realizada el 21 de noviembre de 2012, sin poder para hacerlo, por el abogado Jorge Antonio Restrepo de la Cruz, a favor de Dinatel C.I. S.A., adquirente de mala fe, representada legalmente por Carlos Alberto Urquijo Illera, quien para la misma fecha, también era el representante legal de Refricenter Group S.A.S., negocio realizado omitiendo el consentimiento del vendedor, requisito que la ley civil y comercial exige para la existencia y validez del contrato de compraventa, así como, por tener dicho negocio por las razones expuestas, causa y objeto ilícito.
2. Que como consecuencia de lo anterior, vuelvan las cosas al momento en que se encontraban antes de celebrarse el contrato de compraventa impugnado, y en consecuencia, se deje, sin efectos, las anotaciones en el libro de registro de accionistas de Refricenter Group S.A.S., que acreditan a Dinatel C.I. S.A. como accionista de la empresa, se cancelen los títulos accionarios a favor de esta empresa, se restablezcan los registros de Refricenter International Trade Zona Libre S.A. como única accionista de Refricenter Group S.A.S. y se ordene la expedición de los nuevos títulos de acciones a favor de dicha compañía’.
3. En caso de oposición, solicito se condene en costas a la parte demandada’.

III. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante este Despacho está orientada a controvertir el negocio jurídico por cuya virtud Jorge Antonio Restrepo de la Cruz le transfirió a Dinatel C.I. S.A. las acciones que Refricenter International Trade Zona Libre S.A. detentaba en Refricenter Group S.A.S. Según el apoderado de la demandante, el señor Restrepo de la Cruz no contaba con facultades para representar a Refricenter International Trade Zona Libre S.A. en ese negocio jurídico, por múltiples razones, incluida la insuficiencia del poder que se le había otorgado al referido sujeto y la posible revocatoria tácita de ese mandato. Por su parte, el apoderado de Dinatel C.I. S.A. ha formulado su defensa alrededor de la falta de notificación acerca de la aparente revocatoria del poder,¹ así como con base en lo previsto en el Decreto 2080 de 2000².

¹ En palabras del referido apoderado, ‘ellos fallaron porque ellos debieron registrar ese poder que se le dio al doctor Antonio castillo en mayo del año anterior en el registro mercantil porque conforme al artículo 28 del Código de Comercio, esto es un acto sujeto a registro’. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 19 de junio de 2013, folio 178 (30:54).

² Según lo señalado por el apoderado de Dinatel C.I. S.A. ‘el Decreto 2080 de 2000 modificado por el Decreto 4800 de 2010, es precisamente el régimen de inversiones internacionales que [dice que], por mandato de la ley, el inversionista extranjero está obligado a hacerse representar ante la asamblea de accionistas de la sociedad por un apoderado. [...] no es válido el

Antes de emitir un pronunciamiento acerca de las pretensiones formuladas en la demanda, debe hacerse un breve repaso de los antecedentes fácticos probados en el curso del proceso.

Según consta en el expediente, el representante legal de la sociedad demandante le otorgó un poder especial a Jorge Antonio Restrepo de la Cruz, el cual fue protocolizado en la Notaría 3ª del Círculo de Barranquilla el 29 de marzo de 2012, según consta en la escritura pública No. 0677 (vid. Folio 49). En el texto de ese documento se expresó que Jorge Antonio Restrepo de la Cruz contaba con facultades para '[actuar] como representante de la sociedad extranjera Refricenter International Trade Zona Libre S.A. en Colombia, ante la asamblea de accionistas de Refricenter Group, así como frente a autoridades ante las cuales la sociedad deba actuar por razón de la realización de la inversión en Colombia' (vid. Folios 49 y 50). Con posterioridad al otorgamiento del referido poder, se presentaron diferencias entre Refricenter International Trade Zona Libre S.A. y el señor Carlos Alberto Urquijo, accionista controlante de Dinatel C.I. S.A.,³ relacionadas con la manera en que debería distribuirse, entre tales sujetos, la participación en el capital de Refricenter Group SAS.⁴

Durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Refricenter Group SAS celebrada el 15 de noviembre de 2012, el señor Restrepo de la Cruz adoptó diversas decisiones en representación de Refricenter International Trade Zona Libre S.A., entre las cuales se encuentra el nombramiento de Carlos Alberto Urquijo como representante legal de la compañía y la supresión de la junta directiva (vid. Folios 26 a 28). Posteriormente, el 21 de noviembre de 2012, el señor Restrepo de la Cruz celebró un negocio jurídico por cuya virtud le transfirió a Dinatel C.I. S.A. la totalidad de las acciones de propiedad de Refricenter International Trade Zona Libre S.A. en Refricenter Group SAS (vid. Folio 70). Según la información que consta en el expediente, el señor Restrepo de la Cruz invocó el poder contenido en la escritura pública No. 0677 de la Notaría 3ª de Barranquilla para firmar el respectivo documento de cesión (vid. Folio 70).

argumento que dice el apoderado de la demandante que el poder perdió su validez por la primera actuación, eso es falso por los argumentos que le doy'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 19 de junio de 2013, folio 178 (30:54).

³ El señor Carlos Alberto Urquijo se pronunció acerca de los antecedentes del conflicto en los siguientes términos: 'Cuando hablo con Gustavo Trius le digo, "denoto por parte de ustedes una mala fe conmigo. Te estoy pidiendo que vengas de Panamá a Barranquilla; yo te pago el tiquete, me firmas mis acciones y te las vendo a la semana." Pero en ese momento yo no podía vender lo que no era mío, porque me iban a meter el dedo en la boca, iban a hacer conmigo lo que se les diera la gana. Posteriormente, me llaman de Estados Unidos dos personas –me reservo el nombre porque son cercanas al señor Padilla– y me dijeron, "mira Carlos este tipo esta diciendo que te va a destruir, que tu plata no te la va a devolver sino cuando a él se le dé la gana, que tu estás en una posición bastante negativa para ti. Que tienes que hacer lo que a él se le de la gana". En ese momento yo cogí y le dije a los abogados, algo tenemos que hacer, a mi no me pueden reventar de esta forma tan tan...El que trabajó fui yo, el que trajo la compañía fui yo, el que fue a todos los bancos fui yo, el que se maletió el país completo, cliente por cliente, fui yo'. Cfr. interrogatorio de Carlos Alberto Urquijo, grabación de la audiencia celebrada el 19 de junio de 2013, folio 178 (58:26).

⁴ Según el apoderado de la sociedad demandante, 'el señor Urquijo se desesperó, el señor Urquijo, con razón o sin razón creyó que lo iban a escatimar a esquilmar, que lo iban a robar, según dice él. El creyó que le iban a quitar sus acciones, que nunca se las iban a dar y entonces decidió actuar de hecho y apoderarse de las acciones, apoderarse de la empresa (...) de seguro eso es una situación de hecho que la ley no permite' Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 19 de junio de 2013, folio 178 (18:00).

Tras revisar las pruebas que se han aportado al proceso, en particular la escritura pública No. 0677, es claro para el Despacho que el poder invocado por Jorge Antonio Restrepo de la Cruz para celebrar el negocio jurídico controvertido no hacía referencia alguna a la facultad de enajenar las acciones que Refricenter International Trade Zona Libre S.A. detentaba en Refricenter Group SAS. Es decir que el señor Restrepo de la Cruz no contaba con facultades suficientes para llevar a cabo la cesión que le dio lugar al presente proceso. En este sentido, las apreciaciones formuladas por el apoderado de Dinatel C.I. S.A no desvirtúan la conclusión del Despacho, por cuanto las disposiciones contenidas en el Decreto 2080 de 2000 difícilmente pudieron haber ampliado las limitadas facultades del señor Restrepo de la Cruz.

Ahora bien, para efectos de determinar la sanción que le corresponde a la irregularidad antes descrita, es preciso hacer referencia, en primer término, al artículo 833 del Código de Comercio, a cuyo tenor, ‘los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste’. Por su parte, en el artículo 841 se establece que ‘el que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de este, será responsable al tercero de buena fe exento de culpa de la prestación prometida’. En este sentido, Gil Echeverry ha señalado que ‘los artículos 833 y 841 del Código de Comercio paladinamente expresan que el negocio celebrado por el representante, sin facultades de representación o extralimitando las mismas, no produce efectos frente a su representado, pero sí será válido, eficaz y vinculante entre el tercero y dicho representante’.⁵

De igual forma, es relevante poner de presente lo previsto en el artículo 1266 del Estatuto Mercantil, en el cual se señala que ‘el mandatario no podrá exceder los límites de su encargo. Los actos cumplidos más allá de dichos límites solo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique’. Es así como, según lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, ‘los actos de los representantes que desborden los límites antedichos son sancionados por el ordenamiento de una particular forma de ineficacia que se conoce como la inoponibilidad del negocio frente al representado, figura distinta a cualquier otro medio de sanción de los actos irregulares [...]’.⁶

Así las cosas, debe concluirse que el negocio jurídico controvertido en este proceso no adolece de nulidad, como lo propuso el apoderado de la demandante, sino que simplemente le es inoponible a Refricenter International Trade Zona Libre S.A., por expresa disposición legal. Lo anterior quiere decir que no es necesario contar con un pronunciamiento judicial para controvertir la cesión de acciones a favor de Dinatel C.I. S.A., puesto que ese negocio jurídico nunca vinculó a la sociedad demandante. Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que ‘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’.⁷ De ahí que, a pesar de que habrá de negarse la pretensión primera de

⁵ J H Gil Echeverry, Derecho Societario Contemporáneo (2012, 2ª Ed, Bogotá, Editorial Legis) 320- 321.

⁶ Sentencia del 15 de agosto de 2006.

⁷ Sentencia del 18 de febrero de 1994.

la demanda, para este Despacho es evidente que la cesión controvertida no produjo efecto alguno respecto de la demandante. Debe advertirse, en este sentido, que la inoponibilidad de la cesión mencionada fue discutida durante la etapa de fijación del objeto del litigio, por lo que las partes contaron con la oportunidad de presentar sus argumentos sobre el particular.

En desarrollo de lo anterior, el Despacho estima necesario corregir los efectos indebidos que alcanzó a producir el acto inoponible del señor Restrepo de la Cruz, según lo señalado en la pretensión segunda de la demanda. Por este motivo, se le ordenará al representante legal de Refricenter Group SAS que lleve a cabo todas las actuaciones requeridas para darle cumplimiento a lo expresado en esta sentencia. También se le oficiará a la Cámara de Comercio de Barranquilla, a fin de que se inscriba esta sentencia en el registro mercantil que lleva esa entidad. Es claro, por lo demás, que todas las actuaciones realizadas por Dinatel C.I. S.A., en su artificiosa calidad de accionista de Refricenter Group S.A.S., deben considerarse como inexistentes.

Por último, el Despacho considera indispensable censurar la conducta de algunas de las partes en el presente proceso. De un lado, deben calificarse como reprochables las actuaciones de Jorge Antonio Restrepo de la Cruz, antiguo apoderado de la sociedad demandante, quien le transfirió a Dinatel C.I. S.A. el control sobre la totalidad de las acciones de Refricenter Group SAS sin contar con facultades para el efecto. Debe mencionarse, además, que esa cesión espuria se produjo luego del surgimiento de un conflicto entre Refricenter International Trade Zona Libre S.A. y Carlos Alberto Urquijo, accionista controlante de Dinatel C.I. S.A.⁸ En este orden de ideas, las pruebas consultadas por el Despacho permiten establecer que esta última compañía no participó en la cesión controvertida como un simple tercero de buena fe, sino que, por el contrario, adquirió el control de Refricenter Group S.A.S. mediante un acto de fuerza, posiblemente concertado con el señor Restrepo de la Cruz, a manera de represalia por los agravios sufridos en el curso de una disputa societaria.⁹ Según lo expresó el señor Urquijo durante su interrogatorio, ‘yo sí soy apegado a la ley, yo no veo las medidas de hecho cuando no se necesiten, pero te digo algo, cuando mi familia, el sustento de mi familia depende de que tengo que actuar, voy a actuar. Yo me expuse por desconocimiento del personaje y querían dejarme en la calle’.¹⁰ El Despacho no puede aceptar, en ningún caso, que los conflictos entre empresarios se resuelvan mediante vías de hecho como la que le dio origen al presente proceso. Si bien existen múltiples mecanismos legales a los que puede acudir para hacerle frente al incumplimiento de obligaciones en el contexto societario, el despojo forzado e irregular de la titularidad sobre las acciones de una compañía no es uno de ellos.

⁸ Ante la pregunta realizada por el Despacho respecto de la identidad de los accionistas de Dinatel C.I. S.A., el apoderado de la compañía respondió que ‘los accionistas de Dinatel son el señor Carlos Urquijo y su núcleo familiar’ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 19 de junio de 2013, folio 178 (33:28).

⁹ Es necesario destacar, en todo caso, que, según Carlos Alberto Urquijo, ‘Jorge Restrepo me dice a mi que lo llamó Gustavo Trius y que lo autorizó vender las acciones’ Cfr. Interrogatorio de Carlos Alberto Urquijo, grabación de la audiencia celebrada el 19 de junio de 2013, folio 178 (58:30).

¹⁰ Cfr. Interrogatorio de Carlos Alberto Urquijo, grabación de la audiencia celebrada el 19 de junio de 2013, folio 178 (23:00).

IV. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. En igual sentido establece el numeral 9º de la aludida norma, que solo habrá condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. En razón de lo anterior, el Despacho considera que en el presente caso únicamente se causaron costas referentes a las agencias en derecho a favor del litigante vencedor, motivo por el cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de la sociedad demandante y a cargo de los demandados, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Rechazar la pretensión primera de la demanda.

Segundo. Por virtud de la inoponibilidad de la cesión efectuada por parte de Jorge Antonio Restrepo de la Cruz a favor de Dinatel C.I. S.A., ordenarle al representante legal de Refricenter Group SAS que inscriba a Refricenter International Trade Zona Libre S.A. como única accionista de la compañía y que emita los títulos correspondientes.

Tercero. Oficiarle a la Cámara de Comercio de Barranquilla para que inscriba esta sentencia en el registro mercantil a su cargo.

Cuarto. Condenar en costas a Dinatel C.I. S.A. y Jorge Antonio Restrepo de la Cruz en la suma de dos salarios mínimos, por concepto de agencias en derecho, a favor de Refricenter International Trade Zona Libre S.A.

La anterior providencia se profiere a los doce días del mes de julio de dos mil trece y se notifica en estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

No. 801-048 del 22 de agosto de 2013

PARTES

Vergel & Castellanos S.A.
contra
Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.

ASUNTO

Revocación tacita de un mandato conferido para representar a un accionista durante reuniones del máximo órgano social.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Vergel & Castellanos S.A.

contra

Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.

Asunto

Artículo 137 de la Ley 446 de 1998

Trámite

Proceso verbal

I. Antecedentes

El proceso iniciado por Vergel & Castellanos S.A. en contra de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. surtió el curso descrito a continuación.

1. El 14 de abril de 2011, mediante Auto No. 480-005927, este Despacho admitió la demanda presentada por Vergel & Castellanos S.A. en contra de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.
2. El 28 de abril de 2011, se le envió un citatorio de notificación a Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.
3. El 6 de mayo de 2011, mediante Auto No. 480-006968, este Despacho resolvió tener a la demandada notificada por conducta concluyente, teniendo en cuenta el poder para actuar otorgado por el representante legal de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., en favor de Paola Andrea Aldana Mahecha.
4. El 10 de mayo de 2011, la demandada contestó la demanda y formuló excepciones de mérito.
5. El 24 de mayo de 2011, se le corrió traslado a la demandante de las excepciones formuladas por la demandada, término dentro del cual el apoderado manifestó que controvertiría las excepciones formuladas en sus alegatos de conclusión.
6. El 24 de agosto de 2011, luego de que el Despacho fijara una nueva fecha por solicitud de una de las partes, se realizó la audiencia judicial citada mediante Auto

No. 480-010172 del 6 de julio de 2011. Durante esta audiencia, en el trámite de la etapa de conciliación, la parte actora propuso la suspensión del proceso por un término no mayor a 30 días, con el fin de iniciar conversaciones con la demandada, propuesta que fue aceptada por esta última. En consecuencia. Mediante Auto No. 480-002424 de 24 de agosto de 2011, notificado por estrados en la audiencia, el Despacho aceptó suspender el proceso hasta el día 28 de septiembre de 2011, fecha en que se continuaría el proceso en el estado en que se encontraba.

7. El 28 de septiembre de 2011, se reanudó la audiencia suspendida el 24 de agosto de 2011, se decretaron como pruebas los documentos allegados con la demanda y su contestación y se fijó fecha para recibir los testimonios del señor Gilberto Álvarez Mulford, representante legal de la sociedad Promotora Montecarlo Vías S.A., y Mauricio Infante Niño, representante legal de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., para el día 21 de noviembre de 2011 a las 9:00 y 11:00 a.m. respectivamente. En la audiencia programada para las 9:00 a.m. del 21 de noviembre de 2011, el señor Gilberto Álvarez Mulford no compareció a rendir testimonio, y el señor Mauricio Infante Niño compareció a la audiencia programada a las 11:00 a.m. de esa misma fecha, y aportó documentos como pruebas al proceso.
8. El 21 de noviembre de 2011 se reanudó la audiencia de que trata el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, fecha en la que, por solicitud del apoderado de la parte demandada, se ordenó el aplazamiento de la misma para el 21 de diciembre de 2011, a las 9:00 a.m.
9. El 21 de diciembre de 2011, se celebró la audiencia antes mencionada durante esta sesión, se dejó constancia de que el testigo Gilberto Álvarez Mulford solicitó se comisionara a la autoridad respectiva para recepcionar su testimonio, teniendo en cuenta su estado de salud que le hacía imposible asistir a la ciudad de Bogotá para tal efecto. En este sentido, el Despacho ordenó comisionar a la Intendencia Regional de Cartagena para llevar a cabo dicha diligencia.
10. Mediante Despacho comisorio No. 480-000006 de 26 de diciembre de 2011 se comisionó al Intendente Regional de Cartagena para que procediera a efectuar la diligencia de testimonio del señor Gilberto Álvarez Mulford.
11. El 27 de febrero de 2012 se envió citatorio al señor Gilberto Álvarez Mulford para recibir su testimonio el 8 de marzo de 2012 a las 10:30 a.m., en la sede de la Intendencia Regional de la Superintendencia de Sociedades en Cartagena.
12. El 8 de marzo de 2012 se llevó a cabo diligencia de recepción del testimonio, diligencia a la que no asistió el apoderado de la parte actora, quien solicitó la prueba.
13. El 10 de marzo de 2012 se envió citatorio al señor Gilberto Álvarez Mulford, representante legal de la sociedad Promotora Montecarlo Vías S.A., para recibir su

testimonio el 21 de marzo de 2012 a las 10:30 a.m., en la sede de la Intendencia Regional de la Superintendencia de Sociedades en Cartagena.

14. Mediante escrito de 20 de marzo de 2012, la apoderada de la parte demandada solicitó al Despacho que declarara como prueba desistida la solicitada por la parte actora consistente en el testimonio del señor Gilberto Álvarez Mulford, argumentando que el apoderado de la parte que solicitó la prueba no asistió a la diligencia en la que se practicaría el testimonio. La anterior solicitud fue rechazada mediante Auto No. 480-003766 de 24 de abril de 2012, y se convocó a las partes para audiencia el día 31 de mayo de 2012.
15. El día 21 de marzo se recibió el testimonio del señor Gilberto Álvarez Mulford.
16. Mediante escrito radicado el 2 de mayo de 2012, la apoderada de la parte demandada formuló solicitud de nulidad de la prueba testimonial del señor Gilberto Álvarez Mulford, de conformidad con lo establecido en el numeral 9º del artículo 140 del código de procedimiento civil.
17. El apoderado de la parte actora se opuso a la nulidad formulada por la demandada, mediante escrito presentado el 14 de mayo de 2012.
18. El 9 de junio de 2012, mediante Auto No. 802-012644, el Despacho declaró 'la nulidad de lo actuado a partir del oficio 650-000198 del 27 de febrero de 2012' y ordenó librar despacho comisorio a la Intendencia Regional con el fin de recibir el testimonio de Gilberto Álvarez Mulford.
19. El 27 de noviembre de 2012, el apoderado de la parte demandante desistió de la prueba testimonial del señor Gilberto Álvarez Mulford, actuación que fue aceptada por este Despacho mediante Auto No. 801-016781 de 28 de noviembre de 2012.
20. Una vez agotada la práctica de las pruebas decretadas, se citó a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión el día 19 de febrero de 2013. Tras varios intentos de realizar la audiencia de alegatos de conclusión dentro del presente proceso, finalmente el 2 de julio de 2013 se efectuó dicha audiencia.
21. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. Pretensiones

La demanda presentada por Vergel & Castellanos S.A. contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

1. Que se declare que las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas del 2 de diciembre de 2010, que constan en Acta No. 13, son absolutamente nulas.

2. Que en consecuencia se declare que tales decisiones no producen efecto alguno.
3. Que se le advierta al representante legal de la sociedad demandada, tomar todas las medias necesarias para efectos de cumplir la sentencia.
4. Que se condene en costas a la demandada.

III. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare la nulidad absoluta de las decisiones adoptadas por el máximo órgano de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. durante la reunión del 2 de diciembre de 2010, protocolizadas en el Acta No. 13 de la misma fecha. Para el efecto, el apoderado de la demandante precisó que la nulidad de tales decisiones surge de ‘una indebida representación de las acciones [...]’, de la sociedad Vergel & Castellanos en la reunión del máximo órgano social referida, indebida representación sustentada en el desconocimiento del mandato celebrado entre Interbolsa S.A. SAI, y Vergel & Castellanos S.A., para que esta última representara los derechos políticos que dichas acciones otorgaban’. (vid Folio 6).

Antes de analizar los argumentos que han sido formulados por ambas partes, es necesario hacer un breve recuento de los antecedentes fácticos más relevantes para los efectos de este litigio.

1. Hechos

El proceso sometido a consideración de esta entidad surgió a partir de diferentes negocios jurídicos celebrados entre Vergel & Castellanos S.A. e Interbolsa S.A. SAI y, posteriormente, entre esta última compañía y Promotora Montecarlo Vías S.A. En este sentido, el apoderado de la demandante precisó que ‘Vergel & Castellanos suscribió sendos contratos con la sociedad Interbolsa sociedad administradora de inversión’¹. Los negocios jurídicos mencionados incluyeron, en primer término, un contrato de venta de cartera, celebrado el 25 de marzo de 2010 entre Vergel & Castellanos S.A. e Interbolsa S.A. SAI, en su calidad de administradora de la Cartera Colectiva Escalonada Interbolsa Credit (vid. Folios 125 - 136). Por virtud de este contrato, se transfirió a favor de Interbolsa S.A. SAI, el ‘ciento por ciento (100%) de la cartera o ingresos futuros’ generados con ocasión de la ejecución de la oferta mercantil celebrada entre Vergel & Castellanos S.A. y la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.’ (vid. Folio 125). Además, el 28 de abril de 2010, Vergel & Castellanos S.A. e Interbolsa S.A. SAI celebraron un contrato de usufructo y opción para la adquisición de la nuda propiedad sobre la totalidad de la participación accionaria que Vergel & Castellanos S.A. detentaba en el capital de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. (vid. Folios 137-151). Las compañías antes mencionadas celebraron también un contrato de mandato, el 28 de abril de 2010, con el objeto de que Vergel & Castellanos S.A. ‘en nombre y representación del usufructuario, realice todos los actos y ejercite todos los

¹ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 2 de julio de 2013, folio 347 del expediente (01:38)

derechos inherentes a la calidad de accionista' (vid. Folio 33). El poder a que se ha hecho referencia fue debidamente depositado en las oficinas de la administración de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.²

El 8 de octubre de 2010 Interbolsa S.A. SAI, nuevamente actuando como administradora de la Cartera Colectiva Escalonada Interbolsa Credit, celebró un contrato de cesión de posición contractual con Promotora Montecarlo Vías S.A., (vid. Folios 157 y 161). En desarrollo de este negocio jurídico, Promotora Montecarlo Vías S.A. pasó a ocupar la posición de Interbolsa S.A. SAI respecto de los contratos de cesión de cartera y usufructo celebrados con Vergel & Castellanos S.A. Adicionalmente, mediante escrito del 8 de octubre de 2010, Vergel & Castellanos S.A. manifestó su aceptación expresa respecto de 'la cesión del contrato de venta de cartera [...] [y del] contrato de usufructo de fecha 28 de abril de 2010 a favor de la sociedad Promotora Montecarlo Vías S.A.' (vid. Folio 163). El 13 de octubre de 2010, Mauricio Infante Niño, en su calidad de representante legal de Interbolsa S.A. SAI, le informó al representante legal de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. que 'en virtud de la cesión de nuestra calidad de usufructuario carecemos de capacidad jurídica para mantener vigente los poderes otorgados, por lo tanto damos por terminado los poderes otorgados a los señores Alfonso Vergel Hernández y José Javier Castellanos Bautista' (vid. Folio 171).

Ahora bien, el 2 de diciembre de 2010 se celebró una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.³. Promotora Montecarlo Vías S.A. asistió a esta reunión en su calidad de usufructuaria de los derechos políticos inherentes a las acciones de propiedad de Vergel & Castellanos S.A. Sin embargo, el señor Alfonso Vergel, representante legal de esta última compañía, puso de presente que Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. no podía permitir la participación de Promotora Montecarlo Vías S.A., por virtud del mandato a que se hizo referencia anteriormente (vid. Folio 27). Para el efecto, el señor Vergel adujo que el mandato en cuestión revestía el carácter de irrevocable, por cuanto había sido otorgado en beneficio del mandatario, vale decir, de Vergel & Castellanos S.A.

Una vez formuladas las anteriores precisiones, le corresponde ahora al Despacho establecer si en el presente caso se ha configurado alguno de los presupuestos legales que podrían dar lugar a la nulidad de las decisiones adoptadas en la reunión asamblea del 2 de diciembre de 2010.

2. Análisis del caso presentado ante el Despacho

La nulidad invocada por la sociedad demandante encuentra fundamento en la indebida representación de las acciones de propiedad de Vergel & Castellanos S.A. en Concesión

² Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 2 de julio de 2013, folio 237 del expediente (05:19).

³ En la audiencia de 28 de septiembre de 2011, el representante legal de Vergel & Castellanos expresó que esa compañía sí había sido convocada a la reunión del 2 de diciembre de 2010. (Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 28 de septiembre de 2011, folio 237 del expediente (10:42)). Igualmente, el representante legal de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., expresó que la convocatoria se les envió tanto a quienes aparecían en el libro de accionistas como a quienes aparecían en el libro como titulares de derechos reales sobre dichas acciones (Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 28 de septiembre de 2011, folio 237 del expediente (18:40)).

Autopista Bogotá Girardot S.A., durante la reunión extraordinaria antes referida. Según lo expresado en la demanda y en línea con las aludidas afirmaciones del señor Alfonso Vergel, Promotora Montecarlo Vías S.A. no podía ejercer los derechos políticos de las acciones en cuestión, por cuanto Vergel & Castellanos S.A. era beneficiaria de un mandato irrevocable para tales efectos. Por su parte, en la contestación de la demanda se señaló que las ‘decisiones adoptadas en la reunión de asamblea general de accionistas realizada el 2 de diciembre de 2010, no son decisiones susceptibles de ser declaradas nulas como pretende el impugnante’ (vid. Folio 97).

El debate jurídico planteado por las partes en el curso del presente proceso contiene diversos componentes que podrían ser relevantes para sustentar la decisión del Despacho. Por una parte, podría pensarse en analizar los efectos de la cesión de posición contractual celebrada entre Interbolsa S.A. SAI y Promotora Montecarlo Vías S.A., respecto del mandato que le había sido conferido a Vergel & Castellanos S.A. Sería posible también aludir al carácter posiblemente irrevocable del referido mandato, a la luz de lo previsto en el artículo 1279 del Código de Comercio. Con todo, el Despacho considera que puede pronunciarse acerca de las pretensiones formuladas en la demanda sin estudiar los asuntos antes mencionados. Ello se debe a que, sin importar el resultado de tal análisis, Promotora Montecarlo Vías S.A., en su calidad de usufructuaria de las acciones de propiedad de Vergel & Castellanos S.A., asistió a la reunión del 2 de diciembre de 2010. Es de decir que, aunque el mandato a favor de Vergel & Castellanos S.A. se hubiese transferido automáticamente por efecto de la cesión de posición contractual y ostentara, además, el carácter de irrevocable, la participación de Promotora Montecarlo Vías S.A. durante la señalada reunión hace indispensable analizar, únicamente, la posibilidad de revocar un mandato conferido en interés del mandatario.

En este orden de ideas, debe recordarse que el negocio jurídico de mandato es esencialmente revocable. Según el criterio de la Corte Suprema de Justicia, no puede aceptarse ‘que el mandato civil sea alguna vez irrevocable, porque es de la naturaleza de este contrato el que siempre puede revocarse por el mandante, como expresamente lo reconocen los artículos 2189, 2190 y 2191 del Código Civil’.⁴ En materia del mandato civil, también puede consultarse la opinión de Gómez Estrada, para quien, ‘el otorgamiento de un mandato supone plena confianza del mandante en el mandatario, y por lo mismo es necesario dejarle abiertas las puertas al mandante para que, si esa confianza desaparece, pueda ponerle fin a la representación revocando el mandato’.⁵

Por su parte, la regulación comercial sobre el contrato de mandato establece reglas que han sido interpretadas en un sentido similar al expresado en el párrafo anterior. Según lo expresado en el artículo 1279 del Código de Comercio, ‘el mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato, a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Casación, mayo 20 de 1899, XV, 8.

⁵ C Gómez Estrada. De los Principales Contratos Civiles, (2008, Editorial Temis, Bogotá) pág. 450. El tratadista español Martínez Escobar ha dicho que ‘[L]a característica del mandato, lo que constituye una de sus más esenciales condiciones, es su permanente revocabilidad’. M. Martínez Escobar, Mandato y Comisión (1951, Cultural, S.A., La Habana) pág. 40.

que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso solo podrá revocarse por justa causa'. Así mismo, en el artículo 1280 del mismo Código se señala que 'en todos los casos de revocación abusiva del mandato, quedará obligado el mandante a pagar al mandatario su remuneración total y a indemnizar los perjuicios que le cause'. Bonivento Jiménez ha analizado el alcance de las dos disposiciones citadas en los siguientes términos: '¿La existencia del pacto de irrevocabilidad impide definitivamente la posibilidad de revocación por el mandante? La respuesta es lógica: no. [...]. Claro que el mandante puede revocar el mandato, y lo puede hacer bajo una de estas dos hipótesis: por existir justa causa, en cuyo caso la revocación produce todos sus efectos, sin que haya lugar a indemnización de perjuicios alguna. [...] O sin existir justa causa, evento en el cual [...] deberá indemnizar los perjuicios que cause con tal conducta al mandatario. [...] Esa revocación abusiva a que se refiere la norma, es aquella que hace el mandante injustificadamente, mediando pacto de irrevocabilidad o mandato en interés del mandatario o de un tercero'.⁶ Esta opinión es similar a la expresada por Gómez Estrada, a cuyo criterio, 'la revocación del mandato irrevocable, por razón que no corresponda a una justa causa, dará derecho al mandatario a exigir el pago de la remuneración total y a indemnización de perjuicios, conforme a lo dispuesto en el artículo 1280 del Código de Comercio'.⁷

Así las cosas, aunque se aceptara que el mandato aquí discutido estaba vigente el 2 de diciembre de 2010 y era de naturaleza irrevocable, la participación de Promotora Montecarlo Vías S.A. durante la reunión estudiada habría constituido una revocatoria tácita de ese negocio jurídico. Ciertamente, Promotora Montecarlo Vías S.A., en su calidad de usufructuaria de las acciones de propiedad de Vergel & Castellanos S.A., podía ejercer los derechos políticos correspondientes en forma directa, a pesar de la posible existencia de un mandato irrevocable. Esta conclusión se deriva no solo de lo expresado arriba acerca de la posibilidad de revocar mandatos irrevocables, sino también de la opinión manifestada por esta entidad, en sede administrativa, respecto de la revocación tácita de poderes para asistir a las reuniones del máximo órgano social. Según lo señalado en el Oficio 220-022071 del 13 de abril de 2010, esta revocatoria tácita se produce cuando 'el titular del conjunto de derechos derivados de la calidad de accionista [...] sí está presente [y] no requiere de representante, de manera que su aparición o reaparición, y, sin lugar a dudas, un pronunciamiento suyo distinto al del mandatario equivalen a una revocación tácita del mandato que haya podido conferir'.

A la luz de las consideraciones antes formuladas, el Despacho concluye que Promotora Montecarlo Vías S.A., en su calidad de usufructuaria de los derechos políticos y económicos inherentes a las acciones de propiedad de Vergel & Castellanos S.A., se encontraba legitimada para representar las referidas acciones durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Concesión Autopista Bogotá

⁶ J A Bonivento Jiménez, *Contratos Mercantiles de Intermediación*, (1999, Ediciones Librería del Profesional, Santafé de Bogotá) pág. 77.

⁷ C Gómez Estrada (2008) pág. 452.

Girardot S.A. celebrada el 2 de diciembre de 2010. Es por ello por lo que no habrán de prosperar las pretensiones formuladas en la demanda.

IV. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de la sociedad demandada y a cargo de la demandante una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Negar las pretensiones de la demanda.

Segundo. Condenar en costas a la sociedad demandante por una suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

La anterior providencia se profiere a los veintidós días de agosto de dos mil trece y se notifica en estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

No. 801-055 del 16 de octubre de 2013

PARTES

Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro)
contra
Mónica Colombia SAS., Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS

NÚMERO DEL PROCESO

2012-801-070

ASUNTO

Consideraciones acerca del abuso de las personas jurídicas societarias.
Criterios para identificar la interposición indebida de sociedades.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro)
contra

Mónica Colombia SAS., Tilava SAS., Monicol SAS. y Agrocaxias SAS

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2012-801-070

I. Antecedentes

El proceso iniciado por Finagro en contra de Mónica Colombia SAS., Tilava SAS., Monicol SAS. y Agrocaxias SAS. surtió el curso descrito a continuación:

1. El 28 de diciembre de 2012, mediante Auto No. 801-018346, este Despacho admitió la demanda presentada por Finagro S.A., en contra de Mónica Colombia SAS., Tilava SAS., Monicol SAS, y Agrocaxias SAS.
2. El 10 de enero de 2013 se le envió un citatorio de notificación al representante legal de las sociedades demandadas.
3. El 11 de enero del mismo año se notificaron personalmente las sociedades demandadas.
4. El 17 de enero, las compañías demandadas contestaron la demanda y formularon excepciones de mérito.
5. El 21 de enero se fijó el término de 3 días para el traslado de las excepciones de mérito.

6. El 25 de enero, mediante Auto No. 801-000975, el Despacho citó a las partes para el 8 de febrero, a fin de llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil. Durante la audiencia celebrada en esta última fecha se cumplieron las diferentes etapas procesales, hasta el decreto de pruebas.
7. El 18 de febrero, la representante legal de las compañías demandadas le informó al Despacho acerca de la revocatoria del poder que le había sido conferido a su apoderado judicial, razón por la cual solicitó que se suspendiera la práctica de las pruebas decretadas durante la audiencia del 25 de enero.
8. El 13 de marzo, el nuevo apoderado de las sociedades demandadas presentó una solicitud de nulidad. El apoderado de Finagro se pronunció acerca de esta solicitud el 18 de marzo.
9. El 20 de marzo, mediante Auto No. 801-004131, el Despacho desestimó los argumentos presentados para justificar la nulidad del proceso.
10. El 1º de abril, el apoderado de las compañías demandadas presentó un recurso en contra del auto que negó la solicitud de nulidad. El Despacho resolvió este recurso mediante Auto No. 801-009592 del 29 de mayo de 2013.
11. Entre febrero y mayo de 2013, el Despacho practicó la totalidad de las pruebas decretadas, incluidos múltiples testimonios y una inspección judicial con la intervención de un perito contable y un experto agrónomo.
12. Una vez presentados los dictámenes decretados por el Despacho, se formularon sendas solicitudes de aclaración y complementación.
13. El 12 de julio, el apoderado de las demandadas presentó un recurso de reposición en contra del Auto No. 801-012057 del 5 de julio, por medio del cual se resolvieron las solicitudes de aclaración y complementación presentadas respecto de los dictámenes periciales. Este recurso fue resuelto mediante Auto No. 801-013009 del 24 de julio de 2013.
14. El 9 de agosto, mediante Auto No. 801-013731, el Despacho citó a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión el 30 de agosto de 2013.
15. El 26 de agosto, el apoderado de las demandadas presentó una nueva solicitud de nulidad, la cual fue rechazada mediante Auto No. 801-014522 del 27 de agosto de 2013.
16. El 30 de agosto, los apoderados de las partes formularon sus alegatos en debida forma.
17. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, el Despacho se dispone a proferir la sentencia que en derecho corresponde.

La demanda presentada por Finagro S.A. contiene las pretensiones que se transcriben abajo:

1. ‘Que se declare que las sociedades demandadas fueron utilizadas por el Grupo Empresarial denominado “Mónica Colombia”, para hacer fraude a la ley, específicamente, para tener acceso —sin el lleno de los requisitos legales exigidos para el efecto— a los siguientes Incentivos de Capitalización Rural, otorgados por Finagro:
 - a) ‘ICR No. 08-25354 otorgado a favor de la sociedad Mónica Colombia Ltda., aprobado mediante comunicación No. 2009022453 de agosto 11 de 2009, por la suma de \$692,250,000 (seiscientos noventa y dos millones doscientos cincuenta mil pesos).
 - b) ‘ICR No. 08-31400 otorgado a favor de la sociedad Agrocaxias Ltda., aprobado a través de comunicación Nro. 2009023676 de agosto 21 de 2009, por la suma de \$692,500,000 (seiscientos noventa y dos millones doscientos cincuenta mil pesos).
 - c) ‘ICR No. 08-31402 otorgado a favor de la sociedad Monicol Ltda., aprobado mediante la misma comunicación 2009023676 de agosto 21 de 2009, también por la suma de \$692,500,000 (seiscientos noventa y dos millones doscientos cincuenta mil pesos).
 - d) ICR No. 08-31401 otorgado a favor de la sociedad Tilava Ltda, aprobado por comunicación No. 2010014133 de febrero 5 de 2010, por la suma de \$692,250,00 (seiscientos noventa y dos millones doscientos cincuenta mil pesos).
2. ‘Que como consecuencia de la declaración solicitada en la pretensión primera anterior, se declaren absolutamente nulos, por adolecer de objeto ilícito, los actos jurídicos mediante los cuales Finagro otorgó a las sociedades demandadas los Incentivos de Capitalización Rural a los que hace referencia la precitada pretensión.
3. ‘Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos de otorgamiento de los ICR relacionados arriba, se condene a las sociedades demandadas a restituir a Finagro el respectivo valor del ICR recibido, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) ocurrida durante el lapso comprendido entre la fecha de aplicación del ICR y la fecha de ejecutoria de la sentencia.
4. ‘Que se condene en costas a la parte demandada’.

III. Hechos

Antes de analizar los argumentos que han sido formulados por las partes, es necesario hacer un breve recuento de los antecedentes fácticos más relevantes para los efectos

del presente litigio. Con el propósito de organizar la copiosa información disponible en el expediente, el Despacho considera prudente hacer referencia, en primer término, a los antecedentes de las compañías demandadas, desde el momento de su constitución hasta la fecha en que se hizo efectivo cada uno de los incentivos conferidos por Finagro. En segundo lugar, se presentará un resumen de los principales hechos de relevancia en torno a la inscripción de las compañías demandadas como parte de un grupo empresarial, en el curso de una investigación administrativa iniciada por la Superintendencia de Sociedades. Finalmente, será necesario aludir a las actuaciones adelantadas tanto por la Contraloría General de la República como por Finagro, durante los meses anteriores a la presentación de la demanda que le dio lugar a este proceso.

1. La creación de las compañías demandadas y la obtención de los ICR

A. Mónica Colombia SAS. (antes Mónica Colombia Ltda.)

La sociedad Mónica Colombia Ltda., fue constituida mediante escritura pública No. 1255, otorgada el 8 de julio de 2008 en la Notaría No. 10 del Círculo de Bogotá D. C., e inscrita en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de esa misma ciudad el 11 de julio de 2008 (vid. Folio 158). A continuación se presenta un cuadro con información acerca de la distribución inicial del capital y la composición de los órganos de administración de esta compañía, al momento de su constitución:

Tabla 1
Información acerca de Mónica Colombia Ltda.

Composición inicial del capital	
Socio	Porcentaje de participación
Sérgio João Marchett	80%
María Luiza Marchett	5%
Francisco Marchett	5%
Ricardo Antonio Cambuzzi	5%
Rodrigo Cambuzzi	5%
Total	100%
Administradores designados al momento de la constitución	
Nombre	Cargo
Julio César Cambuzzi	Representante legal
Sérgio João Marchett	Primer suplente del representante legal
Francisco Marchett	Segundo suplente del representante legal
Ricardo Antonio Cambuzzi	Tercer suplente del representante legal
Dirección comercial y de notificación judicial	
Calle 98 No. 15 – 17 de la ciudad de Bogotá D. C.	

El 27 de agosto de 2008, la compañía adquirió la propiedad sobre el inmueble rural denominado La Ponderosa, ubicado en la vereda Molinete del municipio de Puerto Gaitán en el Departamento del Meta, según consta en la escritura pública No. 3933, otorgada por la Notaría 3ª de Villavicencio (vid. Folio 644). Algunas semanas después, el 15 de septiembre de 2008, Marco Antonio Salazar, asesor legal de la compañía, le envió a Banco Santander Colombia S.A. una solicitud para acceder a la línea de Crédito Agropecuario y Rural administrada por esa entidad financiera¹. Según la carta que reposa en el expediente, la solicitud de crédito buscaba permitir ‘la recuperación física y química de suelos en el predio “LA PONDEROSA”, con una extensión de 973 hectáreas, ubicado en la Altillanura de la Orinoquía, en el Departamento del Meta’ (vid. Folio 1286). En esa misma comunicación se afirmó que Mónica Colombia Ltda. (hoy Mónica Colombia SAS.) tenía la intención de ‘desarrollar el cultivo de soya, producto que actualmente capta la atención de los propietarios cercanos, así como de los complejos agroindustriales que se están desarrollando en la Jurisdicción del Municipio de Puerto Gaitán’ (id).

En el formulario que se adjuntó como Anexo No. 1 de la carta antes citada, puede encontrarse información más detallada acerca del alcance del proyecto propuesto por Mónica Colombia Ltda. También consta allí la siguiente afirmación acerca del programa de incentivos administrado por Finagro: ‘El interés del gobierno nacional es desarrollar esta zona de la Orinoquía colombiana y para ello presenta líneas de Finagro beneficiadas con el ICR como es el caso de la recuperación física y química de los suelos de la altillanura, por lo cual el productor obtiene un beneficio adicional que permitirá una mayor generación de empleo rural y el desarrollo de la economía legal de los llanos orientales en especial de Puerto Gaitán’ (vid. Folio 1287). Por lo demás, la solicitud de Mónica Colombia Ltda. estuvo acompañada de varios otros documentos relativos al proyecto agroindustrial que se proponía adelantar la compañía. Según la información que reposa en el expediente, Banco Santander Colombia S.A., le otorgó un crédito a Mónica Colombia Ltda., por valor de \$992.679.000 (vid. Folios 590 y 591).

El 14 de octubre de 2008, Claudia Maichel, gerente de una sucursal de Banco Santander Colombia S.A., le envió a Rolando Monroy Ortegón, director de grandes y medianos productores de Finagro, los documentos requeridos para que esta última entidad realizara la ‘calificación previa’ de Mónica Colombia Ltda (vid. Folio 590). El 17 de octubre del

¹ De acuerdo con lo expuesto por el apoderado de las sociedades demandadas, en el presente proceso debió conformarse un litisconsorcio necesario con la entidad financiera que otorgó los créditos posteriormente beneficiados con ICR. En este sentido, el Despacho debe traer a colación lo establecido en artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la figura en cuestión se presenta cuando ‘el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin [su] comparecencia’. La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre esa materia, para indicar que ‘se hace indispensable la integración de parte plural en atención a la índole de la relación sustancial, cuando ella está conformada por un conjunto de sujetos, bien sea en posición activa o pasiva, en modo tal que no sea [...] susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan sino que se presenta como una sola, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos’ (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 20 de junio de 2012). En este orden de ideas, el Despacho considera que es perfectamente factible emitir un pronunciamiento de fondo en el presente proceso, sin contar con la comparecencia de Banco Santander Colombia S.A. (hoy Banco Corpbanca). Ello se debe a que los efectos jurídicos de la presente sentencia no se le extienden a esa entidad financiera, sino, simplemente, a las compañías demandadas.

mismo año, Solange Espinosa Báez, funcionaria de Finagro, completó el formato requerido para la calificación previa mencionada, en la que incluyó la información relevante acerca del proyecto de Mónica Colombia Ltda., consistente en la ‘recuperación de suelos [...] para incorporación a la producción del cultivo de soya [y la] compra de dos distribuidores de abonos y semillas’ (vid. Folio 584). En el formato se señaló, además, que la solicitud cumplía ‘con las circulares reglamentarias VO – 17 de 2006 y P – 07 de 2008/Manual de Servicios’, para luego recomendar ‘la calificación favorable del crédito en las condiciones solicitadas’ (id). Este informe de calificación previa le fue enviado a Banco Santander Colombia S.A., mediante comunicación del 29 de octubre de 2008 (vid. Folio 583).

El 16 de marzo de 2009, Ranulfo Alberto Riascos, jefe del departamento operativo de cartera de Banco Santander Colombia S.A., le envió a Guido Orlando Hung, director de incentivos de Finagro, el Formato Único de Informe de Control de Crédito, requerido para que esta entidad estudiara la admisión de Mónica Colombia Ltda. al programa de ICRs (vid. Folio 97). En la respectiva carta se hizo referencia al trámite de elegibilidad ICR No. 08-25354, la llave de redescuento No. 6102220800274700, correspondiente al crédito de Mónica Colombia Ltda. y a los códigos de las respectivas inversiones, bajo los rubros No. 547020 (adecuación de tierras) y 447200 (implementación y equipos agrícolas) (id).

En el Formato Único de Informe de Control de Crédito, suscrito tanto por el representante legal de Mónica Colombia Ltda., como por la gerente de una sucursal de Banco Santander Colombia S.A., se incluye información acerca del proyecto agroindustrial a cargo de la primera de las compañías mencionadas, el cual se desarrolló en el predio La Ponderosa, ubicado en la vereda Molinete del municipio de Puerto Gaitán en el Departamento del Meta (vid. Folio 435). Además de establecer que el proyecto se había concluido el 4 de febrero de 2009, en el formato se mencionó el costo total de ese proyecto, equivalente a \$2.239.984.000, así como una descripción de las inversiones realizadas, de conformidad con la visita realizada por Banco Santander Colombia S.A. (vid. Folio 435). A continuación se transcriben los apartes más relevantes de los resultados de la visita, según la información del Formato Único de Informe de Control de Crédito: ‘Realizadas las labores de mejoramiento del suelo en las 973 has., estimadas en el proyecto, a través del encalamiento y adición de fósforo, se observa removida la capa orgánica y adecuada la estructura del suelo para las siembras. Se observó la siguiente maquinaria agrícola [...] 1. Una distribuidora de abonos marca Stara, modelo Bruttus 12.000 con sus respectivos accesorios. 2. Dos distribuidoras de abonos marca JAN, modelo Lancer Maximus 12.000 con sus respectivos accesorios. 3. Dos palas frontales o PAD con adaptadores para JD7515 marca Stara’ (vid. Folio 435). Por último, Julio César Cambuzzi, representante legal de Mónica Colombia Ltda., señala en el formulario, de manera explícita, que solicita el otorgamiento del Incentivo a la Capitalización Rural (id).

342 El 27 de julio de 2009, Nelson Percy Martelo, funcionario de Finagro, suscribió el Formato de Evaluación de la Solicitud de Elegibilidad para el ICR No. 08-25354, correspondiente a Mónica Colombia Ltda (vid. Folio 433). En ese documento se incluyó información acerca del trámite adelantado ante Finagro, incluidas las fechas del

proyecto, la descripción de ‘las inversiones objeto de ICR’ y la distribución porcentual del monto del ICR entre los rubros de los códigos No. 547020 (adecuación de tierras) y 447200 (implementación y equipos agrícolas) (id). Al suscribir el formato, el señor Martelo calificó la solicitud como ‘elegible’ y le asignó un valor de \$692.250.000 por concepto de ‘ICR a pagar’ (id).

El 11 de agosto de 2009, el señor Hung le informó a Banco Santander Colombia S.A. que Finagro había aprobado el otorgamiento del ICR No. 08-25354, por valor de \$692.250.000, a favor de Mónica Colombia Ltda. Según lo expresado en la carta del señor Hung, esa suma debía ser ‘abonad[a] al saldo vigente de la cartera sustitutiva registrada en la Dirección de Cartera de Finagro’ (vid. Folio 101).

El 31 de octubre de 2011, durante una reunión extraordinaria de la junta de socios de la compañía, los asociados determinaron adoptar el tipo de la sociedad por acciones simplificada, mediante la figura de la transformación. En el acta No. 21 se señala, en efecto, que ‘[I]uego de discutir sobre el punto objeto de la reunión la junta de socios decidió por unanimidad, es decir por el cien por ciento de los presentes, aprobar la transformación de la sociedad en sociedad por acciones simplificada y en consecuencia modificar la razón social a partir de la transformación, la cual quedará así: Mónica Colombia SAS.’ (vid. Folio 72 del cuaderno de reserva No. 1 rad. 66598). Esta determinación fue inscrita en el registro mercantil el 27 de enero de 2012 (vid folio. 329).

B. Tilava SAS. (antes Tilava Ltda.)

La sociedad Tilava Ltda. fue constituida mediante escritura pública No. 1872, otorgada el 1º de octubre de 2008 en la Notaría No. 10 del Círculo de Bogotá D. C., e inscrita en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de esa misma ciudad el 6 de octubre de 2008 (vid. Folio 461). A continuación se presenta un cuadro con información acerca de la distribución inicial del capital y la composición de los órganos de administración de esta compañía al momento de su constitución:

Tabla 2
Información acerca de Tilava Ltda.

Composición inicial del capital	
Socio	Porcentaje de participación
Mónica Colombia Ltda.	80%
Sérgio João Marchett	10%
Ricardo Antonio Cambuzzi	10%
Total	100%
Administradores designados al momento de la constitución	
Nombre	Cargo
Julio César Cambuzzi	Representante legal
Sérgio João Marchett	Primer suplente del representante legal
Ricardo Antonio Cambuzzi	Segundo suplente del representante legal
Dirección comercial y de notificación judicial	
Calle 98 No. 15-17 de la ciudad de Bogotá, D. C.	

El 18 de octubre de 2008, la compañía adquirió la propiedad sobre el inmueble rural denominado La Esmeralda, ubicado en la vereda Molinete del municipio de Puerto Gaitán en el Departamento del Meta, según consta en la escritura pública No. 3216, otorgada por la Notaría 59 de Bogotá (vid. Folio 641). Algunas semanas después, el 13 de noviembre de 2008, Julio Cesar Cambuzzi, representante legal de la compañía, le envió a Banco Santander Colombia S.A., una solicitud para acceder a la línea de Crédito Agropecuario y Rural administrada por esa entidad. Según esa carta, la solicitud de crédito buscaba permitir ‘la recuperación física y química de suelos de 996 hectáreas del predio “La Esmeralda” ubicado en la Altillanura de la Orinoquia, en el Departamento del Meta; así mismo, se pretende adquirir maquinaria y equipos de uso agrícola’ (vid. Folio 467). En la carta también se señaló que Tilava Ltda. (hoy Tilava SAS.) tenía la intención de ‘desarrollar el cultivo de soya, producto que actualmente capta la atención de los propietarios cercanos, así como de los complejos agroindustriales que se están desarrollando en la Jurisdicción del Municipio de Puerto Gaitán’ (id).

En el formulario que se adjuntó como Anexo No. 1 de la comunicación referida, puede encontrarse información más detallada acerca del alcance del proyecto propuesto por Tilava Ltda. También consta allí la siguiente afirmación acerca del programa de incentivos de capitalización rural administrado por Finagro: ‘El interés del gobierno nacional es desarrollar esta zona de la Orinoquía colombiana y para ello presenta líneas de Finagro beneficiadas con el ICR, como es el caso de la recuperación física y química de los suelos de la altillanura, por lo cual el productor obtiene un beneficio adicional que permitirá una mayor generación de empleo rural y el desarrollo de la economía legal de los llanos orientales en especial de Puerto Gaitán’ (vid. Folio 454). Por lo demás, la solicitud de Tilava Ltda. estuvo acompañada de varios otros documentos relativos al proyecto agroindustrial que se proponía adelantar la compañía. Según la información disponible, Banco Santander Colombia S.A., le otorgó un crédito a Tilava Ltda., por valor de \$1.072.579.000 (vid. Folios 466 y 468).

El 24 de noviembre de 2008, Ranulfo Alberto Riascos, de Banco Santander Colombia S.A., le envió a Rolando Monroy Ortegón los documentos requeridos para que Finagro realizara la ‘calificación previa’ de Tilava Ltda (vid. Folio 466). El 12 de diciembre del mismo año, Nubia de la Parra, funcionaria de Finagro, completó el formato requerido para la calificación previa mencionada, en la que incluyó una anotación relativa al ‘programa AIS-ICR especial’, así como la información relevante acerca del proyecto de Tilava Ltda., consistente en la ‘recuperación física y química de los suelos (encalamiento) [...] para cultivar soya [y] adquisición de dos tractores, uno modelo 7815 de 200 HP, y el otro modelo 9330 de 375 HP’ (vid. Folio 448). En el formato se expresó, además, que ‘el banco aprobó la operación considerándola viable técnica, financiera y ambientalmente’, para luego recomendar ‘calificar positivamente la solicitud de crédito en las condiciones solicitadas’ (id). Este informe de calificación previa le fue enviado a Banco Santander Colombia S.A., mediante comunicación del 17 de diciembre de 2008 (vid. Folio 447).

El 16 de marzo de 2009, Ranulfo Alberto Riasos le envió a Guido Orlando Hung, director de incentivos de Finagro, el Formato Único de Informe de Control de Crédito, requerido para que esta entidad estudiara la admisión de Tilava Ltda. al programa de ICR (vid. Folio 98). En la respectiva carta se hizo referencia al trámite de elegibilidad ICR No. 08-31401 y a los códigos de las respectivas inversiones, bajo los rubros No. 547020 (adecuación de tierras de uso agrícola) y 447200 (tractores) (id).

En el Formato Único de Informe de Control de Crédito, suscrito tanto por el representante legal de Tilava Ltda. como por la gerente de una sucursal de Banco Santander Colombia S.A., se incluye información acerca del proyecto agroindustrial a cargo de la primera de las compañías mencionadas, el cual se desarrolló en el ya mencionado predio La Esmeralda (vid. Folio 426). Además de establecer que el proyecto se había concluido el 5 de junio de 2009, en el formato se mencionó el costo total de ese proyecto, equivalente a \$1.882.325.000, así como una descripción de las inversiones realizadas, de conformidad con la visita realizada por Banco Santander S.A. (vid. Folio 426). A continuación se transcriben los apartes más relevantes de los resultados de la visita, según la información del Formato Único de Informe de Control de Crédito: ‘Realizadas las labores de mejoramiento del suelo en las 996 has. estimadas en el proyecto, a través del encalamiento y adición de fósforo, se observa removida la capa orgánica (gramas nativas) y trabajada la estructura del suelo a través mecanización para las siembras. [Se observó la siguiente] maquinaria agrícola [...] 1. Dos tractores marca Jhon Deere modelo 7815 MFWD motor diesel de 200 HP 16 velocidades adelante y 16 hacia atrás, dirección hidrostática, serie BM7815x080207 - Motor J06068H025681. 2. Un tractor marca John Deere modelo 9330 MFWD con tracción en las cuatro ruedas, cabinado, potencia de 375 HP turbocargado, transmisión power shift de 18 velocidades adelante, 6 reservas, dirección hidráulica - Serie RW9330P003576 - Motor RG6135B0008. Los tres tractores se observaron nuevos, en buen estado y funcionando correctamente. (vid. Folio 426). Por último, Julio César Cambruzzi, representante legal de Tilava Ltda., indica en el formulario que solicita el otorgamiento del Incentivo a la Capitalización Rural (id).

El 31 de julio de 2009, durante una reunión extraordinaria de la junta de socios de la compañía, se decidió aprobar la cesión de una parte de las cuotas de propiedad de Mónica Colombia Ltda., a favor de Sérgio João Marchett y Ricardo Antonio Cambruzzi (vid. Folio 114 del cuaderno de reserva No. 1, rad. 67682). Así, por virtud de la aludida cesión, el capital de la compañía quedó distribuido de la siguiente manera:

Tabla 3
Cesiones de cuotas sociales en Tilava Ltda.

Composición del capital social		
Socio	Participación antes de la cesión %	Participación después de la cesión %
Mónica Colombia Ltda.	80%	40%
Sergio Joao Marchett	10%	30%
Ricardo Antonio Cambruzzi	10%	30%
Total	100%	100%

El 21 de septiembre de 2009, Camilo Estrada Peláez, funcionario de Finagro, suscribió el Formato de Evaluación de la Solicitud de Elegibilidad para el ICR No. 08-31401, correspondiente a Tilava Ltda. (vid. Folio 415). En ese documento se incluyó información acerca del trámite adelantado ante Finagro, incluidas las fechas del proyecto, la descripción de ‘las inversiones objeto de ICR’ y la distribución porcentual del monto del ICR entre los rubros de los códigos No. 547020 (adecuación de tierras) y 447200 (tractores) (id).² Al suscribir el formato, el señor Estrada calificó la solicitud como ‘elegible’ y le asignó un valor de \$692.250.000 por concepto de ‘ICR a pagar’ (id).

El 5 de febrero de 2010, el señor Hung le informó a Banco Santander Colombia S.A. que Finagro había aprobado el otorgamiento del ICR No. 08-31401, por valor de \$692.250.000, a favor de Tilava Ltda. Según lo expresado en la carta del señor Hung, esa suma debía ser ‘abonad[a] al saldo vigente de la cartera sustitutiva registrada en la Dirección de Cartera de Finagro’ (vid. Folio 107).

El 31 de octubre de 2011, durante una reunión extraordinaria de la junta de socios de la compañía, los asociados se acogieron al tipo de la sociedad por acciones simplificada. En el acta No. 17 se menciona que ‘[l]uego de discutir sobre el punto objeto de la reunión la Junta de Socios decidió por unanimidad, es decir por el cien por ciento de los presentes, aprobar la transformación de la sociedad en sociedad por acciones simplificada y en consecuencia modificar la razón social a partir de la transformación, la cual quedará así: Tilava SAS.’ (vid. Folio 119 del cuaderno de reserva No. 1 rad. 67682). Esta determinación fue inscrita en el registro mercantil el 30 de enero de 2012 (vid folio. 26).

C. Monicol SAS. (antes Monicol Ltda.)

La sociedad Monicol Ltda. fue constituida mediante escritura pública No. 1877, otorgada el 1º de octubre de 2008 en la Notaría No. 10 del Círculo de Bogotá D. C., e inscrita en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de esa misma ciudad el 6 de octubre de 2008 (vid. Folio 559). A continuación se presenta un cuadro con información acerca de la distribución inicial del capital y la composición de los órganos de administración de esta compañía al momento de su constitución:

Tabla 4
Información acerca de Monicol Ltda.

Composición inicial del capital	
Socio	Porcentaje de participación
Mónica Colombia Ltda.	80%
Francisco Marchett	10%
Ricardo Antonio Cambuzzi	10%
Total	100%

² A pesar de que en el formato de evaluación de la solicitud de elegibilidad —ICR— se incluyó el rubro No. 447050, es claro que se trata de un error, puesto que, según consta en el folio 98, el rubro correcto es el No. 447200.

Administradores designados al momento de la constitución	
Nombre	Cargo
Julio César Cambruzzi	Representante legal
Sérgio João Marchett	Primer suplente del representante legal
Francisco Marchett	Segundo suplente del representante legal
Dirección comercial y de notificación judicial	
Calle 98 No. 15-17 Oficina 403 de la ciudad de Bogotá, D. C.	

El 25 de septiembre de 2008, el señor Julio César Cambruzzi adquirió, a título personal, la propiedad sobre el inmueble rural denominado Chaparral, ubicado en la vereda Porvenir del municipio de Puerto Gaitán en el Departamento del Meta, según consta en la escritura pública No. 2948, otorgada por la Notaría 59 de Bogotá (vid. Folio 645). Por su parte, el 21 de octubre de 2008, el señor Cambruzzi celebró con Monicol Ltda. un contrato de arrendamiento sobre el aludido inmueble (vid. Folios 1162 a 1164). El 13 de noviembre de 2008, Julio César Cambruzzi, en su calidad de representante legal de la compañía, le envió a Banco Santander Colombia S.A. una solicitud para acceder a la línea de Crédito Agropecuario y Rural administrada por esa entidad financiera. Según la carta que consta en el expediente, la solicitud de crédito estaba relacionada con ‘la recuperación física y química de suelos de 991 hectáreas del predio “Chaparral” ubicado en la Altillanura de la Orinoquia, en el Departamento del Meta; así mismo, se pretende adquirir maquinaria y equipos de uso agrícola’ (vid. Folio 1144). En esa misma comunicación se afirmó que Monicol Ltda. (hoy Monicol SAS.) se proponía ‘desarrollar el cultivo de soya, producto que actualmente capta la atención de los propietarios cercanos, así como de los complejos agroindustriales que se están desarrollando en la Jurisdicción del Municipio de Puerto Gaitán’ (id).

En el formulario que anexó a la carta puede encontrarse información acerca del alcance del proyecto propuesto por Monicol Ltda., así como la siguiente afirmación acerca del programa de Incentivos a la Capitalización Rural: ‘El interés del gobierno nacional es desarrollar esta zona de la Orinoquia colombiana y para ello presenta líneas de Finagro beneficiadas con el ICR como es el caso de la recuperación física y química de los suelos de la altillanura, por lo cual el productor obtiene un beneficio adicional que permitirá una mayor generación de empleo rural y el desarrollo de la economía legal de los llanos orientales en especial de Puerto Gaitán’ (vid. Folio 1145). La solicitud de Monicol Ltda., estuvo acompañada de varios otros documentos relativos al proyecto agroindustrial que se proponía adelantar la compañía. Según la información que reposa en el expediente, Banco Santander Colombia S.A., le otorgó un crédito a Monicol Ltda. por valor de \$1.005.127.000 (vid. Folios 564 y 1145).

El 24 de noviembre de 2008, Ranulfo Alberto Riascos le envió a Rolando Monroy Ortigón los documentos requeridos para que Finagro realizara la ‘calificación previa’ de Monicol Ltda. (vid. Folio 564). El 12 de diciembre del mismo año, Nubia de la Parra, funcionaria de Finagro, completó el formato requerido para la calificación previa mencionada, en la que incluyó una anotación relativa al ‘programa AIS-ICR especial’,

así como información del proyecto de Tilava Ltda., consistente en la ‘recuperación física y química de los suelos (encalamiento) [...] para cultivar soya [y la compra de] implementos y equipos agrícolas [tales como] rastra de 40 discos, dos planadoras y tractores cabinados de 140 HP’ (vid. Folio 546). En el formato se señaló, además, que ‘el banco aprobó la operación considerándola viable técnica, financiera y ambientalmente’, para luego recomendar ‘calificar positivamente la solicitud de crédito en las condiciones solicitadas’ (id). Este informe de calificación previa le fue enviado a Banco Santander Colombia S.A., mediante comunicación del 17 de diciembre de 2008 (vid. Folio 545).

El 15 de abril de 2009, Ranulfo Alberto Riascos le envió a Guido Orlando Hung, Director de Incentivos de Finagro, el Formato Único de Informe de Control de Crédito, requerido para que esta entidad estudiara la admisión de Monicol Ltda., al programa de ICRs (vid. Folio 96). En la respectiva carta se hizo referencia al trámite de elegibilidad ICR No. 08-31402, la llave de redescuento No. 6102220800311400, correspondiente al crédito de Monicol Ltda. y a los códigos de las respectivas inversiones, bajo los rubros No. 547020 (adecuación de tierras de uso agrícola), 447200 (implementación y equipos agrícolas) y 447050 (Tractores) (id).

En el Formato Único de Informe de Control de Crédito, suscrito tanto por el representante legal de Monicol Ltda., como por la gerente de una sucursal de Banco Santander Colombia S.A., se incluye información acerca del proyecto agroindustrial a cargo de la primera de las compañías mencionadas, el cual se desarrolló en el predio Chaparral, ubicado en la vereda Porvenir del municipio de Puerto Gaitán en el Departamento del Meta (vid. Folio 440). Además de señalar que el proyecto se había terminado el 11 de marzo de 2009, en el formato se mencionó su costo total, equivalente a \$2.355.212.000, así como una descripción de las inversiones realizadas, de conformidad con la visita realizada por Banco Santander Colombia S.A., (vid. Folio 440). A continuación se transcriben los apartes más relevantes de los resultados de la visita, según la información del Formato Único de Informe de Control de Crédito: ‘Realizadas las labores de mejoramiento del suelo en las 991 has., estimadas en el proyecto, a través del encalamiento y adición de fósforo, se observa removida la capa orgánica y adecuada la estructura del suelo listo para las siembras.

Se observó la siguiente maquinaria agrícola 1. Dos sembradoras marca Bertini, modelo 32.000 DCF, de 9,60 mts. De ancho de trabajo de 42 líneas, equipo neumático cardanico de 22 líneas, marcadores hidráulicos, levante hidráulico, llantas con cubiertas de alta flotación y monitor de siembra, con sensores de cuenta semillas, serie 2008/108 y 2008/109. 2. Una rastra de 36 discos de 32”, completa con llantas y conjunto hidráulico. 3. Tres tractores agrícolas marca John Deere modelo 7515 MFWD diesel de 140 HP, turbocargado, serie y motor: (serie - BM7515x080401 - motor J06068T468535); (serie BM7515X080392 - motor J06068T468610): (serie BM7515X080394 - motor J06068T468442). Toda la maquinaria es nueva, en perfecto estado y funcionando correctamente’ (vid. Folio 440). Por último, Julio César Cambuzzi, representante legal de Monicol Ltda., expresa en el formulario que solicita el otorgamiento del Incentivo a la Capitalización Rural (id).

El 1º de agosto de 2009, durante una reunión extraordinaria de la junta de socios de la compañía aprobó la cesión de una parte de las cuotas de propiedad de Mónica Colombia Ltda., a favor de Francisco Marchett y Ricardo Antonio Cambruzzi (vid. Folio 53 del cuaderno de reserva No. 1, rad. 67687). Por virtud de la aludida cesión, el capital de la compañía quedó distribuido de la siguiente manera:

Tabla 5
Cesiones de cuotas sociales en Monicol Ltda.

Composición del capital social		
Socio	Participación antes de la cesión %	Participación después de la cesión %
Mónica Colombia Ltda.	80%	40%
Francisco Marchett	10%	30%
Ricardo Antonio Cambruzzi	10%	30%
Total	100%	100%

El 12 de agosto de 2009, Nelson Percy Martelo, funcionario de Finagro, suscribió el Formato de Evaluación de la Solicitud de Elegibilidad para el ICR No. 08-31402, correspondiente a Monicol Ltda. (vid. Folio 438). En ese documento se incluyó información acerca del trámite adelantado ante Finagro, incluidas las fechas del proyecto, la descripción de ‘las inversiones objeto de ICR’ y la distribución porcentual del monto del ICR entre los rubros de los códigos No. 547020 (adecuación de tierras), 447200 (implementación y equipos agrícolas) y 447050 (tractores) (id). Al suscribir el formato, el señor Percy calificó la solicitud como ‘elegible’ y le asignó un valor de \$692.250.000 por concepto de ‘ICR a pagar’ (id).

El 21 de agosto de 2009, el señor Hung le informó a Banco Santander Colombia S.A. que Finagro había aprobado el otorgamiento del ICR No. 08-31402, por valor de \$692.250.000, a favor de Monicol Ltda. Según lo expresado en la carta del señor Hung, esa suma debía ser ‘abonad[a] al saldo vigente de la cartera sustitutiva registrada en la Dirección de Cartera de Finagro’ (vid. Folio 102 y 103).

El 31 de octubre de 2011, durante una reunión extraordinaria de la junta de socios de la compañía, los asociados adoptaron el tipo de la sociedad por acciones simplificada. En el acta No. 18 se señala que ‘[I]uego de discutir sobre el punto objeto de la reunión la junta de socios decidió por unanimidad, es decir por el cien por ciento de los presentes, aprobar la transformación de la sociedad en sociedad por acciones simplificada y en consecuencia modificar la razón social a partir de la transformación, la cual quedará así: Monicol SAS.’ (vid. Folio 102 del cuaderno de reserva No. 1 rad. 67682). Esta determinación fue inscrita en el registro mercantil el 27 de enero de 2012 (vid. Folio 30).

D. Agrocxias SAS. (antes Agrocxias Ltda.)

La sociedad Agrocxias Ltda. fue constituida mediante escritura pública No. 1873, otorgada el 1° de octubre de 2008 en la Notaría No. 10 del Círculo de Bogotá D. C., e inscrita en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de esa misma ciudad el 6 de octubre de 2008 (vid. Folio 496). A continuación se presenta un cuadro con información acerca de la distribución inicial del capital y la composición de los órganos de administración de esta compañía al momento de su constitución:

Tabla 6
Información acerca de Agrocxias Ltda.

Composición inicial del capital	
Socio	Porcentaje de participación
Mónica Colombia Ltda.	80%
María Luiza Marchett	10%
Rodrigo Cambuzzi	10%
Total	100%
Administradores designados al momento de la constitución	
Nombre	Cargo
Julio César Cambuzzi	Representante legal
Sérgio João Marchett	Primer suplente del representante legal
Francisco Marchett	Segundo suplente del representante legal
Dirección comercial y de notificación judicial	
Calle 98 No. 15-17 Oficina 404 de la ciudad de Bogotá D. C.	

El 18 de septiembre de 2008, la compañía adquirió la propiedad sobre el inmueble rural denominado Rosa Blanca ubicado en la vereda Alguarrojo del municipio de Puerto Gaitán en el Departamento del Meta, según consta en la escritura pública No. 3215, otorgada por la Notaría 59 de Bogotá (vid. Folio 642). Por su parte, el señor Sérgio João Marchett adquirió la propiedad sobre el inmueble rural denominado Villa Paola, ubicado en la vereda Molinete del municipio de Puerto Gaitán en el Departamento del Meta, según consta en la escritura pública No. 2949, otorgada por la Notaría 59 de Bogotá (vid. Folio 643). El 12 de noviembre de 2008, el señor Marchett, celebró con Agrocxias Ltda., un contrato de arrendamiento sobre el inmueble denominado Villa Paola (vid. Folios 1264 a 1266).

El 13 de noviembre de 2008, Julio César Cambuzzi, representante legal de la compañía, le envió a Banco Santander Colombia S.A., una solicitud para acceder a la línea de Crédito Agropecuario y Rural administrada por esa entidad. Según la carta que reposa en el expediente, la solicitud de crédito buscaba permitir ‘la recuperación física y química de suelos de 1.280 hectáreas así: 487 has del predio “Rosa Blanca” y 794 has

del predio “Villa Paola” ubicados en la Altillanura de la Orinoquia, en el Departamento del Meta’ (vid. Folio 1249). En esa misma comunicación se afirmó que Agrocxias Ltda. (hoy Agrocxias SAS.) tenía la intención de ‘desarrollar el cultivo de soya, producto que actualmente capta la atención de los propietarios cercanos, así como de los complejos agroindustriales que se están desarrollando en la Jurisdicción del Municipio de Puerto Gaitán’ (id).

En el formulario que se adjuntó como Anexo No. 1 de la carta antes citada hay información más detallada acerca del alcance del proyecto propuesto por Agrocxias Ltda. También se presenta allí la siguiente afirmación acerca del programa de incentivos administrado por Finagro: ‘El interés del gobierno nacional es desarrollar esta zona de la Orinoquia colombiana y para ello presenta líneas de Finagro beneficiadas con el ICR, como es el caso de la recuperación física y química de los suelos de la altillanura, por lo cual el productor obtiene un beneficio adicional que permitirá una mayor generación de empleo rural y el desarrollo de la economía legal de los llanos orientales en especial de Puerto Gaitán’ (vid. Folio 489). Por lo demás, la solicitud de Agrocxias Ltda., estuvo acompañada de otros documentos relativos al proyecto agroindustrial que iba a desarrollar la compañía. Según la información que reposa en el expediente, Banco Santander Colombia S.A., le otorgó un crédito a Agrocxias Ltda., por valor de \$886.929.000 (vid. Folios 509 y 489).

El 24 de noviembre de 2008, Ranulfo Alberto Riascos le envió a Rolando Monroy Ortégón los documentos requeridos para que Finagro realizara la ‘calificación previa’ de Agrocxias Ltda (vid. Folio 509). El 12 de diciembre del mismo año, Nubia de la Parra, funcionaria de Finagro, completó el formato requerido para la calificación previa mencionada, en la que incluyó una anotación relativa al ‘programa AIS-ICR especial’, así como información del proyecto de Agrocxias Ltda., consistente en la ‘recuperación física y química de los suelos (encalamiento), de 1.280 ha, para cultivar soya’ (vid. Folio 485). En el formato se señaló, además, que ‘el banco aprobó la operación considerándola viable técnica, financiera y ambientalmente’, para luego recomendar ‘calificar positivamente la solicitud de crédito en las condiciones solicitadas’ (id). Este informe de calificación previa le fue enviado a Banco Santander Colombia S.A. mediante carta del 17 de diciembre de 2008 (vid. Folio 484).

El 15 de abril de 2009, Ranulfo Alberto Riascos le envió a Guido Orlando Hung el Formato Único de Informe de Control de Crédito, requerido para que Finagro analizara la admisión de Agrocxias Ltda., al programa de ICR (vid. Folio 95). En la respectiva carta se hizo referencia al trámite de elegibilidad ICR No. 08-31400, la llave de redescuento No. 6102220800308900, correspondiente al crédito de Agrocxias Ltda. y al código de la respectiva inversión, bajo el rubro No. 547020 (adecuación de tierras de uso agrícola) (id).

En el Formato Único de Informe de Control de Crédito, suscrito tanto por el representante legal de Agrocxias Ltda. como por una gerente de sucursal de Banco Santander Colombia S.A., se incluye información acerca del proyecto antes mencionado, el cual

se desarrolló en los predios Rosa Blanca y Villa Paola, ubicados en la vereda Molinete del municipio de Puerto Gaitán en el Departamento del Meta (vid. Folio 431). Además de establecer que el proyecto se había concluido el 25 de febrero de 2009, en el formato se mencionó el costo total de ese proyecto, equivalente a \$1.735.984.000, así como una descripción de las inversiones realizadas, de conformidad con la visita realizada por Banco Santander S.A. (vid. Folio 431). A continuación se transcriben los apartes más relevantes de los resultados de la visita, según la información del Formato Único de Informe de Control de Crédito: ‘Realizadas las labores de mejoramiento del suelo en las 1.280 has, estimadas en el proyecto, a través del encalamiento y adición de fósforo, se observa removida la capa orgánica (gramas nativas) y trabajada la estructura del suelo a través de mecanización para las siembras en el mes de marzo con el inicio de las lluvias.

Los predios Rosa Blanca (487 has) y Villa Paola (793 has), son colindantes, de topografía plana, suelos rojos o latosoles propios de la altillanura. (vid. Folio 431). Por último, Julio César Cambuzzi, representante legal de Monicol Ltda., expresa en el formulario que solicita el otorgamiento del Incentivo a la Capitalización Rural (id).

El 31 de julio de 2009, durante una reunión extraordinaria de la junta de socios de la compañía, se aprobó la cesión de una parte de las cuotas de propiedad de Mónica Colombia Ltda., a favor de María Luiza Marchett y Ricardo Antonio Cambuzzi (vid. Folio 83 del cuaderno de reserva No. 1, rad. 67683). Así, por virtud de la aludida cesión, el capital de la compañía quedó distribuido de la siguiente manera:

Tabla 7
Cesiones de cuotas sociales en Agrocxias Ltda.

Composición del capital social		
Socio	Participación antes de la cesión %	Participación después de la cesión %
Mónica Colombia Ltda.	80%	40%
María Luiza Marchett	10%	30%
Ricardo Antonio Cambuzzi	10%	30%
Total	100%	100%

El 6 de agosto de 2009, Camilo Estrada Peláez, funcionario de Finagro, suscribió el Formato de Evaluación de la Solicitud de Elegibilidad para el ICR No. 08-31400, correspondiente a Agrocxias Ltda. (vid. Folio 429). En ese documento se incluyó información acerca del trámite adelantado ante Finagro, incluidas las fechas del proyecto, la descripción de ‘las inversiones objeto de ICR’ y la distribución porcentual del monto del ICR en el rubro del código No. 547020 (adecuación de tierras) (id). Al suscribir el formato, el señor Estrada calificó la solicitud como ‘elegible’ y le asignó un valor de \$692.250.000 por concepto de ‘ICR a pagar’ (id).

El 21 de agosto de 2009, el señor Hung le informó a Banco Santander Colombia S.A., que Finagro había aprobado el otorgamiento del ICR No. 08-31400, por valor de \$692.250.000, a favor de Agrocaxias Ltda. Según lo expresado en la carta del señor Hung, esa suma debía ser ‘abonad[a] al saldo vigente de la cartera sustitutiva registrada en la Dirección de Cartera de Finagro’ (vid. Folio 102 y 103).

El 31 de octubre de 2011, durante una reunión extraordinaria de la junta de socios de la compañía, los asociados adoptaron el tipo de la sociedad por acciones simplificada, mediante una transformación. En el acta No. 15 se señala que ‘[I]uego de discutir sobre el punto objeto de la reunión la junta de socios decidió por unanimidad, es decir por el cien por ciento de los presentes, aprobar la transformación de la sociedad en sociedad por acciones simplificada y en consecuencia modificar la razón social a partir de la transformación, la cual quedará así: Agrocaxias SAS.’ (vid. Folio 99 del cuaderno de reserva No. 1 rad. 67683). Esta determinación fue inscrita en el registro mercantil el 30 de enero de 2012 (vid folio. 34).

2. La inscripción del grupo empresarial bajo la dirección de Mónica Colombia SAS.

Como parte de las pruebas decretadas en el curso del proceso, este Despacho solicitó, mediante auto proferido en la audiencia del 8 de febrero de 2013, los antecedentes relativos a una investigación administrativa iniciada por la Superintendencia de Sociedades respecto de las compañías demandadas (vid. Folio 370). Así, en respuesta al Oficio No. 801-015833 del 13 de febrero de este año (vid. Folio 389), la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia puso a disposición de este Despacho los documentos a que se ha hecho referencia, mediante el pronunciamiento administrativo No. 125-024024 del 6 de marzo de 2013 (vid. Folio 1335). También es relevante mencionar que en el informe secretarial del pasado 8 de marzo, elaborado por la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria, se señaló lo siguiente: ‘el 6 de marzo de 2013, el Despacho recibió seis cuadernos que contienen la información solicitada como prueba de oficio [...]. Dada la extensión documental de esta prueba, los seis cuadernos remitidos en préstamo [...] hacen parte integral del expediente, a pesar de que se conservarán de la manera en que se recibieron’ (vid. Folio 1339).

Una vez revisados los documentos de la investigación administrativa, el Despacho encontró información acerca de una carta que el Representante Wilson Arias Castillo le envió a esta Superintendencia, el 4 de noviembre de 2010, a fin reportar la posible existencia de un grupo empresarial, conformado por Mónica Colombia SAS., Tilava SAS., Monicol SAS, Agrocaxias SAS y otras compañías. En respuesta a esa comunicación, esta Superintendencia requirió a las mencionadas compañías, de manera de obtener información acerca de la posible existencia, entre esas sociedades, de vínculos de subordinación con ‘unidad de propósito y dirección’, en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995 (vid. Folio 1335). Como resultado de lo anterior, las sociedades

aquí demandadas enviaron un voluminoso acervo documental, el cual fue incorporado al expediente del presente proceso.

Entre los diferentes documentos remitidos por las demandadas, debe destacarse el Acta No. 1 de la junta de socios de Mónica Colombia Ltda., en cuyo texto se registraron las deliberaciones correspondientes a la reunión extraordinaria del 9 de septiembre de 2008. En esa sesión del máximo órgano social se debatió la necesidad de conformar un grupo empresarial, bajo el amparo del citado artículo 28 de la Ley 222. Es así como en el punto tercero del orden del día, Julio César Cambuzzi expresó que ‘para ceñirnos a las normas colombianas relacionadas con las Unidades Agrícolas Familiares, que únicamente permiten la adquisición de una unidad agrícola por persona, deberán constituirse seis (6) sociedades de las cuales Mónica Colombia Ltda., actuará como Holding, mediante la integración y colaboración empresarial [...]’ (vid. Folio 50 de la carpeta de reserva No. 1, rad. No. 66598). En el acta No. 1 se consignó, además, la siguiente afirmación del señor Sergio Marchett: ‘[...] en realidad los proyectos para desarrollar en Colombia son de grandes proyecciones justificándose en consecuencia la creación del grupo empresarial’ (id). Una vez formuladas las anteriores consideraciones, los socios aprobaron, por unanimidad, la capitalización de la compañía (id).

En el acta No. 4, atinente a la reunión extraordinaria de la junta de socios de Mónica Colombia Ltda., del 14 de enero de 2009, se alude de nuevo a la conformación del denominado ‘Grupo Empresarial Mónica Colombia’. En esa oportunidad, el señor Marco Antonio Salazar, asesor legal de la compañía, puso de presente que ‘además de Mónica Colombia Ltda., para los efectos del grupo Empresarial de acuerdo a la legislación mercantil colombiana, se han constituido otras seis sociedades [...]’ (vid. Folio 52 de la carpeta de reserva No. 1, rad. No. 66598). El Despacho debe advertir que en la lista de las seis compañías incluidas en el acta No. 4 se encuentran Tilava SAS., Monicol SAS. y Agrocaxias SAS. (vid. Folio 53 de la carpeta de reserva No. 1, rad. No. 66598). Adicionalmente, el señor Salazar les manifestó a los presentes que ‘Mónica Colombia Ltda., que actuará como matriz o controlante, tiene unidad de propósito y dirección con las subordinadas o controladas [...]’ (id).

El acta No. 4 también da cuenta de la siguiente intervención, presentada inmediatamente después de lo expresado por el señor Salazar: ‘Julio César Cambuzzi, representante legal de Mónica Colombia Ltda., así como de las otras seis (6) sociedades subordinadas [...] somete a la consideración de los presentes, la conformación del Grupo Empresarial Mónica Colombia, en donde la sociedad Mónica Colombia Ltda., se constituye como matriz o controladora de las empresas Agrocaxias Ltda., [...] Monicol Ltda. y Tilava Ltda., y estas a su vez, serán subordinadas de la matriz Mónica Colombia Ltda’ (id). Según se registra en el texto del acta estudiada, la propuesta del señor Cambuzzi fue ‘aceptada por unanimidad’ (id).

Algunos meses después de lo acontecido el 14 de enero de 2009, los asociados de Mónica Colombia Ltda., se reunieron nuevamente en sesión extraordinaria de la junta de socios. Durante esta reunión, celebrada el 3 de agosto, se discutió en el cuarto

punto del orden la ‘suspensión de los efectos legales del Grupo Empresarial Mónica Colombia’, en los términos consignados en el acta No. 9 (vid. Folio 57 de la carpeta de reserva No. 1, rad. No. 66598). El señor Marco Antonio Salazar invocó la celebración de cesiones sobre cuotas sociales de propiedad de Mónica Colombia Ltda., para concluir que esta última compañía había perdido ‘su carácter de matriz o controlante, y por ende, [Agrocaxias Ltda., Monicol Ltda. y Tilava Ltda] dejan de ser subordinadas’ (vid. Folio 57 de la carpeta de reserva No. 1, rad. No. 66598). Esta última constancia se incluyó también en actas que reposan en los libros de Agrocaxias Ltda. (acta No. 2 de la reunión extraordinaria del 31 de julio de 2009; vid. Folio 72 de la carpeta de reserva No. 1, rad No. 67683), Monicol Ltda. (acta No. 2 de la reunión extraordinaria del 1º de agosto de 2009; vid. Folio 69 de la carpeta de reserva No. 1, rad No. 67687) y Tilava Ltda (acta No. 2 de la reunión extraordinaria del 31 de julio de 2009; vid. Folio 99 de la carpeta de reserva No. 1, rad No. 67682).

A pesar de lo expresado durante las reuniones discutidas en el párrafo anterior, el 19 de enero de 2012 uno de los representantes legales suplentes de Mónica Colombia SAS. le solicitó a la Cámara de Comercio de Villavicencio que inscribiera la existencia de un grupo empresarial entre aquella compañía y las seis sociedades mencionadas arriba, ‘por cuanto se presentaron modificaciones en las situaciones de control y grupo empresarial [...]’ (vid. Folio 260). En el documento citado se manifestó también que ‘los socios mayoritarios ejercen posición de dominio o control sobre los demás, ya sea directa o indirectamente’ (id). En desarrollo de esa solicitud, la Cámara de Comercio de Villavicencio inscribió la existencia de ‘una situación de grupo empresarial por parte de la sociedad matriz Mónica Colombia SAS., respecto de las siguientes sociedades subordinadas: Agrocaxias SAS, [...] Tilava SAS. [...] Monicol SAS. (vid. Folio 24). Esa misma anotación se efectuó en el registro mercantil de Agrocaxias Ltda. (vid. Folio 29), Monicol Ltda. (vid. Folio 33) y Tilava Ltda (vid. Folio 29).

3. Las presuntas irregularidades detectadas por la Contraloría y Finagro

En el curso de una investigación adelantada por la Contraloría General de la República, respecto de las actividades del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la primera de las entidades citadas reportó un hallazgo relacionado con las compañías demandadas en el presente proceso. Se trata del denominado ‘Hallazgo No. 11 – Concentración de la Propiedad de la Tierra y Subsidios en Empresas Extranjeras’ descrito en el Informe de Auditoría No. CGR-CDSA No. 00537 de febrero de 2012 (vid. Folio 109). En el documento preparado por la Contraloría se anota que ‘el grupo de empresas de la filial brasilera “Mónica Semillas” [...] fueron beneficiados en cuatro (4) de sus siete (7) empresas [...] con \$2.769 millones por concepto de ICR [...]’ (vid. Folio 110). Luego de exponer alguna información acerca de la obtención de los ICR, la Contraloría formuló las siguientes consideraciones: ‘Revisados los informes de interventoría y seguimiento, no se observa ningún pronunciamiento por parte del [Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural] a la situación planteada, la cual ha sido de público conocimiento,

lo que estaría en contra de principios constitucionales y legales relacionados con la tenencia de tierras y el acceso a incentivos del sector agropecuario, por lo que esta situación será puesta en conocimiento de la Superintendencia de Sociedades y de la Fiscalía General de la Nación, con el propósito de que se revisen tales actuaciones y se investiguen las irregularidades [...]’ (vid. Folio 110).

Con posterioridad a la publicación del informe de la Contraloría, el Gerente de Control de Inversión de Finagro decidió iniciar una investigación, encaminada a establecer si se presentaron irregularidades en el trámite de obtención de los incentivos que son objeto del presente proceso judicial. En efecto, mediante escrito No. 2012012307 del 23 de julio de 2012, el aludido funcionario resolvió ‘iniciar el procedimiento investigativo a las operaciones de crédito identificadas con las llaves de redescuento No. 6102220800274700, 6102220800311400, 6102220800311300 y 6102220800308900, en relación con los incentivos de capitalización rural que les fueron otorgados’ (vid. Folio 280). Como fundamento de esta decisión, se adujo la posible violación de las normas que regulan el otorgamiento de ICR, particularmente en lo relacionado con los límites existentes para la obtención de incentivos de esa naturaleza. Así, pues, en el documento citado se manifiesta que ‘entre los requerimientos para acceder al ICR se encuentra que las inversiones no deben contar con otro incentivo o subsidio concedido por el Estado con la misma finalidad [...]’.

Que visto lo anterior, en el caso de las sociedades mencionadas anteriormente, existe la posibilidad de haberse utilizado la creación de personas jurídicas para acceder a los beneficios otorgados por el ICR sin tener en cuenta las restricciones normativas previstas [...]’ (vid. Folio 278). El documento citado también hace referencia a una figura denominada *fraccionamiento de proyectos*, consistente en ‘la presentación para un mismo predio de más de un proyecto en cabeza de diferentes beneficiarios [...] soportados en diferentes maniobras cuyo fin sea superar los montos máximos y topes del ICR’ (id). Para concluir, el Gerente de Control de Inversión de Finagro señala que ‘existe la posibilidad de que mediante la creación de las sociedades señaladas en el numeral tercero se hubiera pretendido defraudar las restricciones impuestas por la ley de un lado a la concentración de la propiedad proveniente de baldíos y de otro, a los topes y restricciones impuestos para el acceso a créditos y al incentivo de capitalización rural administrado por Finagro’ (vid. Folio 278).

En noviembre de 2012, Manuel Alberto Alfonso, funcionario de la Gerencia de Control de Inversión de Finagro, visitó tanto las oficinas de administración de Mónica Colombia SAS., Tilava SAS., Monicol SAS. y Agrocaxias SAS., como los terrenos en los que estas compañías desarrollaron las actividades para las cuales solicitaron los ICR. En el denominado Informe de Control de Inversión, con fecha del 20 de noviembre de 2012, el aludido funcionario incluyó una descripción detallada de la manera en que se habían empleado los recursos atados a las llaves de redescuento No. 6102220800274700, 6102220800311400, 6102220800311300 y 6102220800308900 (vid. Folios 282 a 297). Además de presentar un completo registro fotográfico del estado de los terrenos descritos en el informe como ‘Haciendas Chaparral y Villa Paola’, el señor Alfonso

sostuvo que ‘por todos los resultados expuestos anteriormente se puede llegar a concluir que es un proyecto único’ (vid. Folio 297).

Todo lo anterior le sirvió de base a Finagro para presentar, el 26 de diciembre de 2012, una demanda en contra de Mónica Colombia SAS., Tilava SAS., Monicol SAS. y Agrocaxias SAS. (vid. Folio 1).

IV. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante este Despacho está orientada a establecer si las compañías demandadas, vale decir, Mónica Colombia SAS., Tilava SAS., Monicol SAS. y Agrocaxias SAS., se beneficiaron, en forma indebida, del programa de estímulos económicos de Incentivos a la Capitalización Rural (ICR). Para estos efectos, el apoderado de Finagro señaló, en su demanda, que ‘las sociedades demandadas fueron utilizadas por el Grupo Empresarial denominado “Mónica Colombia”, para hacer fraude a la ley’ (vid. Folio 9). En este mismo sentido, durante la fijación del objeto del litigio, el mencionado apoderado expresó lo siguiente: ‘Existen unos límites o restricciones en lo que tiene que ver con el acceso a los [incentivos] y los beneficiarios y los proyectos que se pueden financiar a través de ellos. Específicamente, en el caso que nos ocupa, esas restricciones legales indicaban que solamente podía otorgarse un incentivo para un proyecto específico y por otra parte, teniendo ese incentivo, una determinada cuantía máxima. [...] [en el presente caso] se valió o se acudió a la figura de la presentación de varias solicitudes, cada una de ellas a nombre de distintas sociedades que tienen en el fondo un mismo beneficiario y pertenecen a un mismo grupo económico, para con ese propósito, tener acceso a unos incentivos, uno por cada solicitud, por cada una de las sociedades demandadas, para financiar lo que en últimas es un proyecto único, con lo cual entonces, considera Finagro se violaron directamente, utilizando la figura de estas personas jurídicas, estas restricciones consagradas en las normas legales’.³

También es relevante traer a colación las siguientes manifestaciones del mismo apoderado, presentadas durante la audiencia de alegatos de conclusión: ‘Siendo limitados forzosamente los recursos que se destinan a los ICR, tiene que haber equidad en su distribución y eso explica la existencia de las restricciones legales a las que paso a referirme a renglón seguido. [...] En primer lugar [...] un determinado proyecto, solo puede recibir un incentivo por proyecto. [...] Por otra parte y en segundo lugar, también dentro de esta filosofía de procurar la equidad en la asignación de estos recursos, la normatividad señala que una determinada persona no puede ser beneficiaria de más de un incentivo dentro de un periodo de 12 meses. [...] Las sociedades beneficiarias de los incentivos [...] son en últimas un mero instrumento o extensión de Mónica Colombia como controladora que es de las mismas. No tienen entidad propia, no tienen vida real, no tienen autonomía, ni desde el punto de vista administrativo, ni financiero, ni desde el punto de vista de las actividades que desarrollan [...]’.⁴

³ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 8 de febrero de 2013, folio 374 del expediente (5:40 - 7:29).

⁴ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 30 de agosto de 2013, folio 1836 del expediente (6:05).

Por su parte, el apoderado de Mónica Colombia SAS., Tilava SAS., Monicol SAS. y Agrocaxias SAS., manifestó, en la contestación de la demanda, que ‘las sociedades demandadas no fueron utilizadas por el Grupo Empresarial Mónica Colombia para hacer fraude a la ley. [...] debo enfatizar que cuando el Grupo Mónica aplicó para acceder a los créditos de Finagro, el Manual de Servicios de esa entidad contenido en la Circular P-49 de 2007, no contemplaba absolutamente ninguna política o parámetro relacionados con el fraccionamiento de tierras. [...] durante la tramitación ante Finagro, no existía esa limitación y además no era un mismo predio el que aplicó, pues en el caso del Grupo Mónica, se trató de nueve (9) predios diferentes; se aplicó la solicitud de crédito para siete (7) de estos y el ICR para cuatro (4) [...].’

La Constitución Política de Colombia permite la libertad de asociación y de la libre empresa, así fue como se crearon varias sociedades que conformaron un grupo empresarial. No constituye ninguna falta, ni es mucho menos una actitud dolosa, la que realizó el Grupo Mónica. No hubo ningún intento ni intención de “*defraudar las restricciones impuestas*” [...]’ (vid. Folios 344 y 345). Ese mismo apoderado le indicó al Despacho, durante la audiencia celebrada el 8 de febrero de 2013, que ‘es muy distinto el grupo empresarial Mónica Colombia SAS. [...] y otra cosa es las sociedades que conforman dicho grupo. Las sociedades son independientes, son personas jurídicas diferentes, el hecho de que estén constituidas en grupo no significa que sea una sola empresa que sea un solo proyecto.’⁵

Finalmente, las compañías demandadas presentaron diversos argumentos de defensa durante la etapa de alegatos de conclusión. Según su apoderado, ‘no nos encontramos frente a sociedades o personas jurídicas, las demandadas, que hayan obrado de mala fe, con el propósito de defraudar la ley o la convicción y ni siquiera el asomo de pensar estar obrando de tal manera, o que hayan faltado a la verdad en la información suministrada u ocultado la misma, quienes actuaron con el asesoramiento y aceptación, entre otros, de la hoy demandante, siendo de ella de quien puede predicarse la culpa y en consecuencia la responsabilidad, de considerarse que en el otorgamiento de los incentivos hubo alguna irregularidad’ (vid. Folio 1826).⁶

En el escrito de alegatos presentado por el apoderado de las demandadas también puede apreciarse lo siguiente: ‘Frente a la constitución de estas sociedades, debe igualmente destacarse que denota la buena fe de las demandadas el que las mismas se hayan constituido bajo el tipo societario de responsabilidad limitada, que corresponde a una sociedad de personas [...] por lo que la hoy demandante conoció, a través de los documentos aportados para la solicitud del crédito y el otorgamiento del incentivo, tales como las escrituras de constitución y los certificados de existencia y representación de cada una de ellas, quiénes eran sus socios, lo que no tuvo reparo por parte del intermediario financiero y de Finagro, pues no lo existía, habida cuenta que las normas

⁵ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 8 de febrero de 2013, folio 374 del expediente (10:09 - 13:49).

⁶ Para el apoderado de las sociedades demandadas, ‘tratándose del otorgamiento de ICR, de conformidad con el parágrafo del artículo 6 de la Resolución No. 22 de 2007, los actos fraudulentos se dan solo mediante la presentación de información o documentación falsa o tendenciosa’ (vid. Folio 1820).

que reglan el otorgamiento de los incentivos no establecen ninguna limitación al respecto, o sea, a las sociedades con comunidad de socios o a los grupos empresariales' (vid. Folio 1825).⁷

Otro de los argumentos del apoderado de las demandadas tiene que ver con las facultades de esta entidad para conocer acerca del presente caso. En su criterio, 'los actos defraudatorios cuya nulidad se pretende deben provenir de la demandada, quien debe tener la calidad de sociedad sujeta a la supervisión de dicha superintendencia. En el presente caso, la demandante pretende se declare la nulidad de sus propios actos, el otorgamiento de los incentivos de capitalización rural a mis mandantes, asunto que no es competencia de esa entidad, por lo que ha de inhibirse de tomar una decisión de fondo, advirtiéndose que por ser una autoridad administrativa la competencia jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades es excepcional, por lo que se limita a los asuntos consagrados de manera expresa y clara en la ley' (vid. Folios 1813 y 1814).

Así las cosas, para poder emitir un pronunciamiento de fondo en el presente proceso, el Despacho debe aludir, en primer término, a los criterios disponibles para detectar el abuso de las personas jurídicas societarias. Una vez concluido ese estudio, será preciso determinar si las compañías demandadas fueron utilizadas para burlar las restricciones previstas en el régimen legal en materia de ICR.

1. La interposición y el abuso de las personas jurídicas societarias

El uso irregular de las formas asociativas ha sido uno de los asuntos más debatidos en el derecho societario.⁸ Ante la multiplicidad de soluciones disponibles para remediar este problema y los incontables criterios existentes para determinar si se han presentado abusos, es indispensable hacer un breve recuento de los principales desarrollos sobre la materia.

Lo primero que debe decirse es que, en anteriores oportunidades, este Despacho ha abordado el estudio de los mecanismos disponibles para hacerle frente al abuso de las personas jurídicas societarias. Así, por ejemplo, en el Auto No. 801-017366 del 10 de diciembre de 2012, el Despacho se pronunció en los siguientes términos acerca del problema indicado: 'El mayor uso de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad trajo consigo un correlativo incremento en el abuso de esta figura.⁹ En lugar de proscribirla, se concluyó que, ante la importancia que revestía la sociedad de capital, era necesario desarrollar mecanismos de protección para hacerle frente a quienes se propusieran usarla de manera ilegítima.¹⁰ Una primera aproximación al problema

⁷ Según el apoderado de Mónica Colombia SAS., Tilava SAS, Monicol SAS. y Agrocaxias SAS, 'no puede creerse que las demandadas fueron utilizadas como cobertura para infringir la disposición legal que limita el número y el monto de los incentivos, ya que en su constitución intervienen cinco personas naturales, quienes hubiesen podido, de manera individual, acceder al otorgamiento de un incentivo a través de la presentación cada una de un proyecto.' (vid. Folio 1821).

⁸ Cfr. A E. Osborne, *The Rise of the Anti-Corporate Movement*, (2007, Westport, Praeger Publishers).

⁹ T. K. Cheng, *The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the US Corporate Veil Doctrines* (2011) 34 BOSTON COLL INT & COMP L REV 2.

¹⁰ Los abusos de la figura societaria 'han forzado a los sistemas jurídicos a reaccionar mediante la creación de expedientes judiciales o legislativos de extensión de responsabilidad y de desconocimiento de la personalidad jurídica'. F. H. Reyes

mencionado consistió en diseñar reglas que redujesen, ex ante, el riesgo de abuso de la figura societaria.¹¹ Con base en esta postura, muchos países establecieron estrictos requisitos para la constitución de compañías de capital, incluidos los de escritura pública y capitalización mínima. Sin embargo, a partir de incontables estudios académicos, ha hecho carrera la tesis de que tales requisitos son insuficientes para evitar el uso irregular de las formas asociativas.¹² El argumento principal esgrimido para el efecto es que la rigidez propia de esta clase de requisitos deja amplio espacio para expedientes fraudulentos, orientados a burlar los mecanismos de protección contenidos en la ley.¹³ Además, las aludidas reglas conllevan, usualmente, un incremento generalizado en el costo de operación para todos los empresarios, incluidos aquellos que no se proponen abusar de la figura societaria’.

En el auto citado se concluyó que ‘una solución más idónea para contrarrestar el abuso [...] consiste en introducir medidas de fiscalización judicial que permitan controvertir *ex post* las actuaciones indebidas de los empresarios’. Esta alternativa tiene la ventaja de imponerles altos costos solamente a los sujetos que, con su conducta, desborden la finalidad para la cual fueron diseñados los tipos societarios.¹⁴ Así, por ejemplo, mediante la denominada desestimación de la personalidad jurídica, las autoridades judiciales pueden hacerle extensiva, a los accionistas de una compañía, la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas, en hipótesis de fraude o abuso.¹⁵ Esta medida judicial ha encontrado su máxima expresión en la jurisprudencia estadounidense, en la que, por vía de un amplio acervo de antecedentes, se han establecido algunos presupuestos para determinar si debe imponerse la aludida sanción.¹⁶

Otra medida judicial de frecuente uso apunta a considerar inoponible la personalidad jurídica independiente de una compañía, cuando este atributo ha sido usado con

Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 2ª Ed (2006, Bogotá, Editorial Temis) 222.

¹¹ R. J. Gilson y A. Schwartz, Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms Versus Ex Post Transaction Review, (2012) Yale Law and Economics Research Paper No. 455.

¹² J. Armour, Legal Capital: An Outdated Concept? (2006) Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 320. Son relevantes las afirmaciones efectuadas por Reyes Villamizar respecto de la supresión del requisito de la escritura pública para la constitución de sociedades por acciones simplificadas. En su criterio, ‘la controversia que se originaba antes por la supresión de este requisito fue superada a partir de la expedición de la Ley 222 de 1995. El régimen de constitución de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada permitió comprobar que era viable prescindir de esa formalidad sin que por ello se produjera inseguridad jurídica o una especial propensión al fraude; quedó demostrado que no se requería una costosa duplicidad de trámites en el proceso constitutivo del sujeto’. FH Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada, 2ª Ed. (2010, Bogotá, Editorial Legis) 94.

¹³ R. J. Gilson y A. Schwartz (2012).

¹⁴ Claro que estas medidas también les imponen a los jueces una exigencia de primer orden, vale decir, la necesidad de llevar a cabo un cuidadoso análisis acerca de la procedencia de la correspondiente sanción. Ello significa que, por obvias razones, la efectividad de las aludidas medidas de fiscalización depende principalmente del adecuado ejercicio de la función judicial. R. J. Gilson y A. Schwartz (2012).

¹⁵ F. H. Reyes Villamizar (2006).

¹⁶ Según Reyes Villamizar, ‘se trata de diversas conductas que entrañan una utilización indebida, fraudulenta o abusiva de la forma societaria o de hechos objetivos, tales como la insuficiencia de capital aportado para la explotación económica propuesta’ Id. 264. El mismo autor menciona algunos de los presupuestos concernientes, entre los que pueden encontrarse operaciones celebradas con el socio controlador o mayoritario, violación de formalidades legales y estatutarias, confusión de patrimonios y negocios, fraude a los socios o acreedores e infracapitalización de la sociedad (id., 264-266).

el fin de violar una restricción legal.¹⁷ Esta medida suele invocarse en hipótesis de interposición societaria, en las que existe ‘la intención de utilizar la sociedad como un intermediario para cumplir actividades que le estarían vedadas a la persona natural [...]’. Tal circunstancia podría darse, por ejemplo, cuando a la sociedad se la utiliza para evadir disposiciones legales relativas a prácticas restrictivas del comercio, competencia desleal, tributación, etc’.¹⁸ En casos de interposición, la personalidad jurídica de una sociedad es el medio empleado por otro sujeto para eximirse del cumplimiento de algún precepto legal. Se trata, al parecer, de la figura invocada por el apoderado de Finagro, para quien ‘las sociedades demandadas fueron utilizadas [...] para hacer fraude a la ley, específicamente para tener acceso —sin el lleno de los requisitos legales exigidos para el efecto— a los [...] Incentivos de Capitalización Rural’ (vid. Folio 9). Por este motivo, es relevante hacer un recuento de los principales desarrollos en torno a la figura de la interposición, así como de las medidas judiciales diseñadas para hacerle frente a este uso abusivo de la forma societaria.

A. La interposición societaria en el derecho comparado

En el Reino Unido, los jueces pueden adoptar cualesquiera medidas que consideren necesarias para remediar el abuso de las formas asociativas. Esta amplia discreción se basa en un importante principio de intervención judicial, según el cual ‘ninguna corte permitirá que un sujeto conserve prerrogativas obtenidas por medios fraudulentos’.¹⁹ Así, pues, cuando los particulares recurren a la interposición societaria para burlar restricciones legales, el enfoque principal de los jueces en el Reino Unido ha sido considerar inoponible la personificación jurídica de las compañías involucradas, a fin de corregir los efectos indebidos de la correspondiente actuación irregular.²⁰

Un importante ejemplo de esta práctica judicial puede encontrarse en el caso denominado *Re FG (Films) Ltd.*, decidido hace más de sesenta años.²¹ Según los hechos del caso, una compañía estadounidense intentó obtener un incentivo económico previsto para largometrajes de origen británico, mediante la constitución de una sociedad, denominada *FG (Films) Ltd.*, en el Reino Unido. Luego de analizar las pruebas disponibles, el Juez Vaisey, miembro de la División de Cancillería de la Alta Corte de Justicia de Inglaterra y Gales, consideró que se había configurado la figura de la interposición, por cuanto *FG (Films) Ltd.* ‘había sido creada con el único propósito de [...] hacer pasar el

¹⁷ ‘Aunque en la mayoría de los casos estadounidenses en materia de desestimación se ha llegado a la extensión de responsabilidad a los accionistas, esta aplicación de la figura rara vez se presenta en el Reino Unido’. TK Cheng (2011) 344. Como se verá más adelante, existen múltiples antecedentes judiciales, emitidos por cortes británicas, en los que se considera inoponible la personificación jurídica independiente de una compañía, en casos de interposición. En ese país, se ha considerado que la sanción en comento tiene una estrecha relación con la desestimación de la personalidad jurídica. Cfr. por ejemplo, los casos de *Prest v Petrodel Resources Ltd & Ors* [2013] UKSC 34 y *Atlas Maritime Co SA v Avalon Maritime Ltd (No 1)* [1991] 4 All ER 769.

¹⁸ F H Reyes Villamizar (2006) 221-222.

¹⁹ Aunque la cita del texto principal proviene de un pronunciamiento de Lord Denning en la sentencia del caso *Lazarus Estates Ltd. Beasley* [1956] 1QB 702, deben consultarse las explicaciones formuladas por Lord Sumption sobre este importante principio en *Prest v Petrodel Resources Ltd & Ors* [2013] UKSC 34.

²⁰ P A Davies, *Principles of Modern Company Law*, 8th ed (2008, Londres, Sweet & Maxwell) 200.

²¹ [1953] 1 All ER 615.

largometraje estadounidense por uno de origen británico'.²² En su sentencia, el Juez Vaisey determinó que, a pesar de haberse constituido en el Reino Unido, FG (Films) Ltd. no podía acceder al incentivo reseñado, por cuanto la sociedad estadounidense era, en realidad, la verdadera productora de la película. En este caso, para evitar el quebrantamiento de las normas cinematográficas del Reino Unido, se desconoció la personificación jurídica independiente de FG (Films) Ltd., a quien no se le permitió acceder al beneficio económico en cuestión.²³

También es relevante consultar el caso de *Gilford Motor Co. Ltd v Horne*, en el que se intentó evadir un compromiso contractual mediante la constitución de una persona jurídica societaria.²⁴ El demandado en este caso, EB Horne, se había comprometido a no competir con su antiguo empleador, Gilford Motor Co. Ltd, durante un período de cinco años.²⁵ Sin embargo, el señor Horne participó, junto con su esposa, en la puesta en marcha de una nueva sociedad, JM Horne & Co Ltd, cuya principal actividad de negocios era idéntica a la de Gilford Motor Co. Ltd. Ante la demanda presentada por esta última compañía, el Juez Hanworth de la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales le dio la razón a la demandante, por considerar que JM Horne & Co. Ltd. había sido constituida en 'un habilidoso intento por ocultar el hecho de que el señor Horne se proponía adelantar las actividades [que eran objeto de la restricción contractual]'.²⁶

Para concluir con este breve análisis de la interposición societaria en el Reino Unido, el Despacho debe referirse a una reciente sentencia de la Corte Suprema británica, en la que se formulan importantes consideraciones acerca de las medidas judiciales disponibles para combatir el uso irregular de las formas asociativas.²⁷ Para decidir el caso de *Prest v Petro del Resources Ltd. & Ors*, la citada Corte resumió los principios en los que se fundamenta la inoponibilidad, a partir de un estudio de los más importantes antecedentes jurisprudenciales disponibles sobre la materia. Según el criterio de la Corte, la sanción estudiada 'solo puede imponerse para evitar el abuso de la personalidad jurídica societaria. Esta situación irregular podría configurarse cuando algún sujeto se vale de la personalidad jurídica independiente de una compañía para burlar una norma o impedir, de alguna otra manera, la correcta aplicación de la ley [...]'.²⁸ Por consiguiente, en aquellos casos en los que una persona eluda una restricción legal, en forma premeditada, mediante la interposición de una compañía bajo su control, 'las cortes podrán invocar esa medida correctiva [la inoponibilidad] con el fin de despojar a la sociedad o a su accionista controlante de la prerrogativa que se pretendía

²² Id., 617.

²³ P A Davies (2008) 200. En otro caso similar, fallado durante la Primera Guerra Mundial, una compañía con accionistas alemanes fue clasificada como 'enemiga' para los efectos de la Ley de Comercio con el Enemigo de 1914, a pesar de haber sido constituida en el Reino Unido (*Daimler Co Ltd. v Continental Tyre and Rubber Co Ltd* [1916] 2 AC 307).

²⁴ [1933] Ch 935.

²⁵ P A Davies (2008) 207.

²⁶ [1933] Ch 935, 956.

²⁷ *Prest v Petrodel Resources Ltd & Ors* [2013] UKSC 34, 29.

²⁸ Id., 34.

obtener mediante la aplicación indebida del beneficio de la personalidad jurídica independiente'.²⁹

Ahora bien, en los Estados Unidos pueden encontrarse múltiples antecedentes judiciales en los que se ha abordado el problema de la interposición societaria.³⁰ Algunos de los casos más relevantes sobre la materia están relacionados con la operación de las grandes compañías ferroviarias estadounidenses durante las primeras décadas del siglo XX. En varias oportunidades, la Corte Suprema de los Estados Unidos encontró que, mediante el uso irregular de personas jurídicas societarias, se habían infringido prohibiciones legales impuestas sobre esa industria, usualmente relacionadas con normas sobre la protección de la competencia.³¹

En el famoso caso de *United States v Reading Co.*, una compañía que operaba ferrocarriles diseñó una compleja estructura societaria con el propósito de eludir restricciones contenidas en la denominada Ley Sherman.³² La limitación burlada consistía en la imposibilidad de que una sociedad ferroviaria transportara, entre los Estados de la Unión americana, los bienes que ella misma producía o los materiales inorgánicos derivados de su actividad de explotación minera.³³ Para evadir esta prohibición, se determinó fraccionar artificiosamente las operaciones de Reading, mediante una operación en la que una sociedad de inversión ('holding'), asumió el control sobre dos compañías; la primera de ellas operaba el negocio ferroviario, al paso que la segunda estaba dedicada a la extracción de carbón.³⁴ Esta estructura permitió que se entendiera, a lo menos en estricto sentido formal, que el negocio de ferrocarriles operado por una de las filiales de Reading era independiente de las actividades mineras realizadas por su otra compañía subordinada. En consecuencia, el carbón extraído por esta última sociedad podía ser transportado, de un estado a otro, por la filial ferroviaria de Reading.

Para resolver este caso, la Corte Suprema puso de presente que la creación de la estructura societaria antes explicada no había obedecido a un propósito legítimo de negocios, sino a la intención de Reading de emplear sus filiales para excusarse de cumplir con la Ley Sherman.³⁵ En casos como el descrito, 'las cortes estudiarán la realidad subyacente de las relaciones entre varias compañías como si fueran una sola persona jurídica, con el

²⁹ Id., 35.

³⁰ En la doctrina estadounidense se ha discutido incluso la posibilidad de considerar inoponible la personalidad jurídica societaria para beneficiar a uno o varios accionistas, bajo la novedosa figura de la desestimación inversa (*reverse veil piercing*). Esta modalidad de desestimación le permite a un juez hacer inoponible la personificación jurídica societaria –es decir, considerar que los asociados y la compañía conforman un solo sujeto– con el fin de permitir que los accionistas le hagan frente a una situación notoriamente injusta o procuren algún otro fin que sea acorde con la ley. MJ Gaertner, *Reverse Piercing the Corporate Veil: Should Corporation Owners Have It Both Ways?* (1989) 30 *William and Mary Law Review* 3; SM Bainbridge, *Using Reverse Veil Piercing to Vindicate the Free Exercise Rights of Incorporated Employers* (2013) UCLA Law and Economics Research Paper No. 6.

³¹ Cfr., por ejemplo, *United States v Lehigh Valley R. Co.*, 220 U.S. 257 (1911) y *Chicago, M. & St.P. Ry Co. v Minneapolis Civic Assn.*, 247 U.S. 490 (1918).

³² 253 U.S. 26 (1920).

³³ C S Krendl y J R Krendl, *Piercing the Corporate Veil: Focusing the Inquiry* (1978) 55 *DENVER LJ* 1, 3.

³⁴ Id.

³⁵ 253 U.S. 26 (1920).

fin de asegurar el cumplimiento debido de las normas legales'.³⁶ En su decisión, la Corte Suprema 'desatendió la estructura formal de la compleja agrupación societaria que se había conformado, para evaluar las actuaciones de las compañías demandadas como si se tratara de un solo sujeto'.³⁷

En *Sundaco Inc v State*, otro caso de relevancia para el presente proceso, la Corte de Apelaciones del Estado de Texas censuró la conducta de una cadena de compañías que recurrió a la figura de la interposición para burlar una restricción legal.³⁸ En agosto de 1967, se incluyó en el Código Penal del Estado de Texas una limitación respecto de la posibilidad de operar locales comerciales durante los fines de semana. Bajo el nuevo artículo 268a del Código, era ilegal poner a disposición del público ciertos bienes –la lista incluía televisores, joyas y vehículos automotores– por conducto de un establecimiento que estuviera abierto tanto los sábados como los domingos.³⁹

Es decir que, al amparo de esa restricción, las compañías que operaban en ese estado solo podían ofrecer en venta sus productos durante uno de los dos días mencionados. El propósito de esta curiosa limitante no era otro que el de 'promover la salud, la recreación y el bienestar de los habitantes [del Estado de Texas]'. En respuesta a esta restricción, la cadena de compañías Clark's, operada por MN Landau Stores Inc. y Cook United Inc., puso en marcha lo que la Corte de Apelaciones describió como una 'argucia para burlar la ley'.⁴⁰ Según la Corte, la nueva norma hacía imposible que la tienda de Clark's en la ciudad de Abilene estuviera abierta al público durante todo el fin de semana. Por este motivo, unos días antes de la entrada en vigencia de la restricción anotada, diversos sujetos vinculados a Clark's constituyeron la sociedad Sundaco Inc. Esta última compañía se comprometió a arrendar el establecimiento de comercio de Clark's en la ciudad de Abilene cada sábado, desde las 11:59 p.m., hasta la misma hora del día siguiente. En la práctica, el negocio jurídico mencionado permitía la operación sin interrupciones de la tienda de Clark's en Abilene, en contra de la limitación del Código Penal del Estado de Texas.

Al momento de emitir su pronunciamiento, el Juez Collins de la Corte de Apelaciones de Texas tuvo en cuenta varios indicios que daban cuenta de actuaciones irregulares, incluidos los siguientes: (i) el corto interregno entre la constitución de Sundaco Inc. y el momento en que entró en vigencia la restricción analizada; (ii) la simetría entre la composición de los órganos de administración de Sundaco Inc. y la de aquellas sociedades que operaban Clark's y (iii) el hecho de que Sundaco Inc. solo administraba la tienda de Abilene los domingos.⁴¹ Finalmente, la Corte resaltó que los demandados no pudieron demostrar que la operación controvertida obedeciera a un propósito legítimo de negocios ('bona fide business purpose'), sino que, por el contrario, la única justificación verosímil para la creación de Sundaco Inc. y la celebración del contrato

³⁶ Id.

³⁷ C. S. Krendl y J. R. Krendl (1978) 3.

³⁸ 463 S.W. 2d 528 (1970).

³⁹ Id.

⁴⁰ Id.

⁴¹ Id.

de arriendo era la de evadir la restricción legal estudiada.⁴² Con fundamento en estos elementos de juicio, el Juez Collins reafirmó la importancia de identificar el trasfondo real de las actividades de una compañía, para que sea posible ‘suspender la ficción de la personalidad jurídica en aquellos casos en los que este atributo sea usado para burlar la ley’.⁴³ De ahí que, a la luz de todo lo anterior, la Corte de Apelaciones le impartiera órdenes a las sociedades demandadas para que se abstuvieran de continuar con las operaciones irregulares antes descritas.⁴⁴

Decisiones como las descritas en los párrafos anteriores han llevado a que, ante una posible interposición, algunas cortes estadounidenses examinen la existencia de un propósito legítimo de negocios como un criterio analítico esencial para establecer si se ha usado en forma indebida la figura societaria.⁴⁵ ‘Es necesario distinguir entre casos en los que una compañía ha sido empleada para violar una restricción normativa y aquellas hipótesis en las que se presenta, simplemente, un aprovechamiento legítimo de la mejor opción entre las diversas alternativas disponibles al amparo de la ley. [...] Para resolver este problema en forma definitiva, es indispensable averiguar si la sociedad se creó por virtud de un propósito legítimo de negocios o si, más bien, su constitución obedeció a la intención específica de eludir una limitación de orden legal. Aunque no es fácil diferenciar entre estas dos situaciones, si la sociedad participa en actividades que le estarían prohibidas a su *alter ego*, existe una clara indicación de que se pretendió infringir la ley’.⁴⁶

Finalmente, es pertinente anotar que en la legislación societaria argentina existen sanciones concebidas para hacerle frente al problema de la interposición. En el artículo 54 de la Ley 19.550 se establece que ‘la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados’. En criterio de Cabanellas de las Cuevas, el citado artículo 54 contempla dos sanciones diferentes para el abuso de la figura societaria. Cuando se configuren los supuestos previstos en la norma, ‘la justicia podrá proceder a imputar la conducta a los socios o controlantes, o a hacerlos responsables por los perjuicios causados. Se trata de distintas alternativas que la norma analizada abre al intérprete y a la justicia’.⁴⁷ Para casos de interposición societaria, la doctrina de ese país contempla la posibilidad de invocar el artículo 54 con el fin de imputarle a un accionista mayoritario las actuaciones realizadas por la compañía controlada. Según el criterio de Caputo, esta medida judicial puede adoptarse cuando ‘una persona interdicta de ejercer cierto ramo del comercio (v. gr., por haber vendido sus acciones en una sociedad y haber pactado contractualmente su abstención de ejercer en ese rubro por cierto lapso) evade su compromiso mediante

⁴² Id.

⁴³ Id.

⁴⁴ Luego de presentar un detallado análisis, la Corte de Apelaciones simplemente confirmó la decisión que había impartido un juez distrital en el proceso iniciado por la Ciudad de Abilene contra Sundaco In y otros. Id.

⁴⁵ Piercing the Corporate Veil: The Alter Ego Doctrine under Federal Common Law (1982) 95 HARVARD L REV 4 (Notes), 868. Id., 868-869.

⁴⁷ G. Cabanellas de las Cuevas Derecho Societario – Parte General: La Personalidad Jurídica Societaria, Tomo III (1994, Buenos Aires, Editorial Heliasta) 98.

la actuación de una sociedad, con la pretensión de que el ejercicio de la actividad sea atribuido a esta'.⁴⁸

B. La interposición societaria en Colombia

Entre nosotros también se ha discutido la posibilidad de que, mediante estrategias de interposición, una sociedad sea puesta al servicio de fines contrarios a la ley.⁴⁹ Para Reyes Villamizar, '[no] debe pasar inadvertido el problema de la utilización de la forma asociativa como instrumento de evasión de disposiciones jurídicas imperativas. A esta práctica la ha identificado la terminología anglosajona mediante un concepto que podría traducirse como interposición (*deputization*) [...]. También en Colombia [...] el Consejo de Estado ha reconocido la posibilidad de desconocer la personificación jurídica societaria cuando a una compañía se la ha utilizado con el propósito evidente de burlar una prohibición legal'.⁵⁰

Tal y como lo menciona el citado autor, el Consejo de Estado se ha pronunciado acerca del problema de la interposición societaria en el contexto del régimen de inhabilidades de congresistas. En uno de los casos más relevantes fallados sobre la materia, esa Corporación decretó la pérdida de la investidura del senador H. Cubides, luego de encontrar una violación de las restricciones mencionadas, perpetrada por conducto de una persona jurídica societaria.⁵¹ Al momento de su posesión como senador, en agosto de 1993, el señor Cubides detentaba el 90% de las cuotas sociales de Coltanques Ltda., mientras que su hermano, G. Cubides, ejercía la representación legal de la compañía. En diciembre de 1993, Coltanques Ltda. celebró el contrato No. 037 con la Fábrica de Licores de Antioquia. Algunos meses después, en junio de 1994, aquella compañía suscribió un contrato con Ecopetrol. En el proceso iniciado para analizar la posible violación del régimen de inhabilidades, el Consejero Betancur se pronunció, en los siguientes términos, acerca de los hechos narrados: 'La negociación por interpuesta persona, ordinariamente cumplida a través de sociedades de personas o de familia, constituye un subterfugio muy socorrido para ocultar la realidad de ciertos negocios o simularlos o para sacar ventajas de orden económico; y, en especial, cuando quien la hace busca por su medio eludir las inhabilidades o incompatibilidades que cobijan o puedan cobijar a sus socios'.

En este mismo sentido, el citado Consejero resaltó que la personificación jurídica independiente de una compañía no puede usarse para evadir el cumplimiento de la ley. En sus palabras, 'la negociación en esa forma efectuada se cumple, como se dijo, a través

⁴⁸ L J Caputo, Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria, (2006, Buenos Aires, Editorial Astrea) 221-222

⁴⁹ Cfr., por ejemplo, a NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2010, Buenos Aires, Abeledo Perrot) 519-520.

⁵⁰ F H Reyes Villamizar (2006) 222. El autor resalta también la importancia de lo previsto en el artículo 16 del Código Civil, por cuya virtud 'les está vedado a los particulares derogar mediante convenios las leyes en cuya observación esté comprometido el orden público o las buenas costumbres'.

⁵¹ Sentencia del 13 de noviembre de 1997, confirmada por la Sala Plena mediante Sentencia del 7 de mayo de 2013. El Consejo de Estado basó su decisión en lo previsto en el artículo 44 de la Ley 190 de 1995, a cuyo tenor, 'las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por esta'.

de sociedades, con la creencia común de que el solo hecho de que la sociedad constituya una persona distinta de sus socios individualmente considerados, será suficiente escudo para burlar la prescripción legal. Y no es suficiente la maniobra para lograr tales fines, porque la identidad de los socios es factor preponderante o primordial en este tipo de sociedades (colectivas o de responsabilidad limitada) [...] y pone al descubierto fácilmente cuál de los socios se escuda en las mismas para obtener ciertas ventajas que de otra manera no podría lograr, por impedírsele el ordenamiento jurídico’.

La decisión adoptada por el Consejo de Estado, en el sentido de decretar la pérdida de la investidura del senador Cubides, se basa, finalmente, en la participación mayoritaria que tal sujeto detentaba en Coltanques Ltda.⁵² Según el texto de la sentencia, ‘si bien es cierto que la mencionada sociedad es una persona jurídica distinta de sus socios individualmente considerados [...], no es menos cierto que el Dr. Cubides Olarte no solo es el dueño del 90% de su capital y, por ende, el mayor beneficiario de las utilidades que podían reportar tales contratos, sino que él solo posee el poder decisorio en la gestión social’.⁵³ Se trata, pues, de un caso similar a los explicados en el acápite anterior, en los que un particular intenta valerse del atributo de la personalidad jurídica independiente de una compañía para eximirse de cumplir con una disposición legal.

Como ya se anotó, este Despacho también se ha pronunciado acerca de la posibilidad de que una compañía pueda ser usada para fines contrarios a la ley. Así, por ejemplo, en el Auto No. 801-017366 del 10 de diciembre de 2012, el Despacho decretó una medida cautelar innominada en un proceso en el que se alegó el posible uso irregular de la figura societaria.⁵⁴ En esa oportunidad, se consideró que ‘existen múltiples indicios que apuntan al posible abuso del tipo de la SAS, perpetrado, según la demanda, mediante la constitución en masa de sociedades unipersonales infracapitalizadas, con el propósito de alterar los resultados de las elecciones a la junta directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla [...] tales circunstancias fácticas parecerían encajar en la modalidad de abuso que la doctrina ha llamado la interposición societaria’.⁵⁵

⁵² En una sentencia del 19 de agosto de 1999, el Consejo de Estado volvió a pronunciarse sobre el uso de compañías para burlar restricciones contenidas en la ley. Según el Consejero Hoyos, ‘pese a que la personalidad es un privilegio que la ley le otorga a la sociedad exclusivamente para el fin concreto y determinado que se propuso al momento de su creación, cuando en su desarrollo práctico propicia abusos y fraudes, se hace necesario prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella. [...] Este abuso tiene lugar cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y en general para defraudar’.

⁵³ Puede verse, en idéntico sentido, lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-865 de 2004. En este pronunciamiento, la Corte consideró que podía considerarse inoponible la personificación jurídica societaria ‘cuando se pretende utilizar la sociedad como medio para adelantar actividades prohibidas a una persona natural’. En particular, la Corte alude a hipótesis en las que ‘se ha usado a las sociedades de personas para desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para las personas naturales en materia de contratación estatal’.

⁵⁴ Cfr. Cámara de Comercio de Barranquilla contra Carcos Mantenimiento y Equipos SAS y otros, Proceso No. 2012-801-059.

⁵⁵ En ese Auto se expresó también que ‘la información disponible en esta etapa del proceso da cuenta de 1.476 SAS unipersonales, controladas en diversas proporciones por cerca de 72 personas naturales (vid. folio 128 del expediente) y constituidas en un corto espacio de tiempo para adelantar las más diversas ocupaciones (v.gr. operación de museos, canteras, consultorios médicos, transportes, acerías y agencias marítimas), con un capital simétrico de \$1.000.000, homogeneidad en los domicilios sociales registrados por un mismo controlante e identidad entre el único accionista y el representante legal’.

No debe perderse de vista, sin embargo, que este mismo Despacho se ha manifestado acerca del carácter extraordinario de cualquier sanción que apunte a desconocer los atributos propios de las personas jurídicas societarias. Por ejemplo, en la Sentencia No. 801-00015 del 15 de marzo de 2013, se afirmó que la extensión de responsabilidad a los accionistas, en hipótesis de desestimación, ‘tan solo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria [...]’. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario’.

Por lo demás, este Despacho también ha considerado la posibilidad de invocar otra clase de sanciones para contrarrestar el uso irregular de personas jurídicas societarias. En el Auto No. 801-017366 del 10 de diciembre de 2012, el Despacho explicó que ‘las medidas de fiscalización [...] pueden hacerse efectivas bajo diferentes modalidades, incluida la aplicación de sanciones generales de derecho civil (p.ej. nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, simulación, etc.) o de mecanismos especialmente diseñados para operar en el contexto del derecho societario (p.ej. la desestimación de la personalidad jurídica). [...] la doctrina ha señalado que estos últimos mecanismos pueden ser más idóneos para hacerle frente al abuso de las formas asociativas que los postulados civilistas a que se ha hecho referencia. Según Cabanellas de las Cuevas, una medida como la desestimación ‘tiene la virtud de que prevé consecuencias de las conductas antijurídicas allí descritas, específicamente ajustadas a las necesidades de la vida societaria, en lugar de otras, como nulidades, disolución societaria o indemnización de daños y perjuicios, que pueden surgir de las normas cuyo ámbito de aplicación es más amplio que la desestimación de la personalidad societaria [...]’.⁵⁶

2. El caso presentado ante el Despacho

Finagro, en su calidad de demandante, le ha expresado al Despacho que las compañías demandadas formaron parte de una estrategia concebida para burlar la ley. La infracción legal en comento está relacionada con el aprovechamiento de beneficios económicos – los Incentivos a la Capitalización Rural– en exceso de lo permitido por la regulación vigente. Debe advertirse, en este sentido, que si el Despacho examina las actuaciones de las sociedades demandadas como si provinieran de un solo sujeto, se habrían rebasado, con amplitud, los límites previstos para la financiación estatal de proyectos agrícolas. Con todo, para poder llegar a esa conclusión, debe existir alguna justificación para tratar a las cuatro compañías demandadas como si fueran una sola, para efectos de su ingreso al programa de incentivos administrado por Finagro. En este orden de ideas, el Despacho deberá examinar si la estructura societaria del Grupo Empresarial Mónica Colombia fue utilizada para eludir el régimen de restricciones previsto para los ICR, según se expone a continuación.

⁵⁶ G. Cabanellas de las Cuevas (1994) 97.

A. Las normas infringidas

Según las explicaciones presentadas en la Sección IV.1 de esta sentencia, uno de los presupuestos de la interposición indebida de sociedades consiste en que, con el concurso de una o varias compañías, se evada el cumplimiento de una disposición legal.⁵⁷ Es por este motivo que el presente análisis debe partir, necesariamente, del estudio de las normas que la demandante reputa violadas.⁵⁸ Para tales efectos, a continuación se presenta una breve síntesis de las restricciones consagradas en el régimen de ICR, para luego explicar la manera en que esas reglas podrían haber sido infringidas por las sociedades demandadas.

El Incentivo a la Capitalización Rural es una prerrogativa de contenido económico que entró en vigencia tras la promulgación de la Ley 101 de 1993. La definición incluida en el artículo 22 de esa norma establece que el incentivo es un ‘título que incorpora un derecho personal [...] cuyo monto será descontado de la cuantía total o de los pagos parciales de la obligación crediticia originada en un proyecto de los que trata el artículo 21’. Por su parte, en esta última disposición se expresa que cualquier persona natural o jurídica que ‘ejecute proyectos de inversión en el sector agropecuario’ podrá acceder al incentivo. Claro que, según lo preceptuado en el mismo artículo 21, tales proyectos deberán guardar correspondencia con ‘los términos y condiciones que determine la Comisión Nacional de Crédito Agropecuario’. En la Ley 101 también se le confieren facultades a la Comisión para fijar los ‘montos, condiciones y modalidades del incentivo’.

En desarrollo de lo anterior, se han fijado diversas restricciones respecto de las condiciones bajo las cuales los particulares pueden acceder al referido programa de incentivos. Una de tales limitantes consiste en que una persona solo puede obtener un incentivo por año. En los términos del artículo 6º del Decreto 626 de 1994, ‘dentro del lapso de un año, una persona natural o jurídica, no podrá ser sujeto elegible para el reconocimiento del Incentivo por más de una vez’. Esta restricción se repite expresamente en el párrafo del artículo 3º de la Resolución 22 de 2007, emitida por la Comisión Nacional de Crédito Agropecuario, según el cual, ‘dentro del lapso de un 1 año, una persona natural o jurídica, no podrá ser elegible para el reconocimiento del incentivo por más de una vez de un proyecto nuevo’. Finalmente, en el Manual de Funciones de Finagro vigente a la fecha en que las compañías demandadas aplicaron al incentivo se señala que ‘los solicitantes del incentivo que han sido beneficiados con el ICR en proyectos anteriores, tendrán acceso a un nuevo incentivo una vez transcurrido un año entre la fecha de otorgamiento del último incentivo y la fecha de presentación de la nueva solicitud de elegibilidad’.⁵⁹

⁵⁷ Es interesante consultar, en este sentido, las consideraciones formuladas en el salvamento de voto presentado por el Consejero Delio Gómez respecto de la sentencia del 13 de noviembre de 1997, emitida por el Consejo de Estado.

⁵⁸ Podría pensarse, ciertamente, en los indicios de interposición descritos más abajo no tendrían mayores consecuencias judiciales a menos que pueda verificarse una infracción legal.

⁵⁹ Cfr. Artículo 4.2.7 del Capítulo IV del Manual de Servicios de Finagro, de conformidad con las modificaciones introducidas por la Circular Reglamentaria P-49 de 2007. Para entender el alcance de esta restricción, puede consultarse el siguiente extracto del testimonio del señor Julio Corzo, Vicepresidente de Operaciones de Finagro: ‘¿Qué busca [la restricción]? Pues que más gente tenga oportunidad, porque, como todos los subsidios, siempre es mayor la demanda que la posibilidad de

Otra de las restricciones legales previstas en el régimen de ICR atañe al monto máximo que puede recibirse. En los términos del párrafo primero del artículo 2º de la Resolución 22 de 2007, ‘el monto máximo del Incentivo que se podrá otorgar a una persona natural o jurídica no podrá exceder de mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.500 smlmv) a la fecha de la presentación de la correspondiente inscripción del proyecto ante Finagro’. Las únicas excepciones contempladas respecto de ese tope se encuentran descritas en el inciso segundo del párrafo primero antes citado.

También se ha previsto que los incentivos solo pueden ser destinados a la financiación de nuevos proyectos productivos. De conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 626 de 1994, el ICR ‘se da a toda persona natural o jurídica que ejecute un nuevo proyecto de inversión [...]’. Así mismo, en el artículo 1º de la Resolución 22 de 2007 de la Comisión Nacional de Crédito Agropecuario, ‘[p]odrán acceder al Incentivo a la Capitalización Rural (ICR) las personas naturales y/o jurídicas que de forma individual o colectiva ejecuten proyectos de inversión nueva, con las finalidades de mejorar la competitividad y sostenibilidad de la producción agropecuaria y de reducir sus riesgos de manera duradera’. Así mismo, en el artículo 4.2.3 del Manual de Servicios de Finagro vigente durante el año 2008 se establecía que ‘las inversiones no deben contar con otro subsidio directo concedido por el Estado [...]’. Todo lo anterior quiere decir que solo es posible obtener un ICR por cada proyecto agrícola que se desarrolle.

Ahora bien, según lo expuesto en la Sección No. III de esta sentencia, las sociedades demandadas accedieron al programa de incentivos administrado por Finagro durante el año 2009, luego de surtirse un trámite que inició en el 2008. Es decir que, si el Despacho hace caso omiso de la personificación jurídica independiente de las demandadas, se habría violentado la restricción que recae sobre el número máximo de ICR que pueden obtenerse por año. Ello se debe a que cada una de las sociedades demandadas fue beneficiaria de un ICR durante el año 2009. Además, esas compañías recibieron conjuntamente la suma de \$2.769.000.000, cuya cuantía claramente excede el tope de \$692.250.000 establecido para el otorgamiento de incentivos, según lo preceptuado en el párrafo primero del artículo 2º de Resolución 22 de 2007.⁶⁰ En otras palabras, si se considera que las demandadas conforman un solo sujeto, el Grupo Empresarial Mónica Colombia habría recibido \$2.076.750.000 en exceso de lo permitido. Por último, se ha alegado que la creación de las compañías demandadas sirvió para encubrir el fraccionamiento de una sola operación agroindustrial en múltiples proyectos productivos. Es por esta razón que se estima infringida la regla según la cual solo puede obtenerse un ICR por cada proyecto nuevo que se ejecute.

atenderla y el Estado piensa: Si ya Julio Corzo fue, pues no tiene sentido que Julio Corzo vaya a los 5 días, o a los 10 días o a los 20, por lo menos un año debe quedar inhabilitado, pero pasado el año, no tiene ninguna inhabilidad’ (Min. 59:38 – 1:04:50 Folio 1424).

⁶⁰ Según el Decreto 4965 del 27 de diciembre de 2007, el salario mínimo vigente a la fecha en que se inició el trámite de elegibilidad para que las demandadas accedieran a los ICR en disputa, ascendía a la suma de \$461.500.

B. Los indicios de interposición

Una vez identificadas las restricciones legales que se reputan violadas, corresponde establecer si existen elementos de juicio que permitan verificar el uso indebido de la figura societaria.

Uno de los principales criterios analíticos para identificar la interposición ilícita de compañías corresponde al estudio de los motivos que condujeron a la creación de una determinada estructura societaria.⁶¹ En vista de los costos inherentes a la constitución y el funcionamiento de una compañía, es apenas lógico que los empresarios que recurren al uso de un tipo societario esperen recibir algún beneficio que justifique incurrir en las mencionadas erogaciones. En la mayoría de los casos, los beneficios perseguidos por los empresarios están amparados por el ordenamiento jurídico vigente. Es perfectamente legítimo, por ejemplo, constituir una compañía con el propósito expreso de acceder al beneficio de limitación de responsabilidad, en forma tal que los asociados no comprometan su patrimonio personal más allá del monto de sus aportes al fondo social. Con todo, puede ocurrir que la creación de una o varias compañías se deba a motivos que desborden, de manera evidente, los fines para los cuales el legislador puso a disposición de los empresarios las diferentes formas asociativas. Para este Despacho es claro, a todas luces, que la creación de sociedades para facilitar transgresiones legales —o para acceder, de alguna otra manera, a una prerrogativa económica injustificada— no corresponde a una finalidad permitida en nuestro ordenamiento jurídico.

No es para nada fácil, por supuesto, identificar las motivaciones espurias detrás de la constitución de una compañía o la conformación de un grupo societario. Sin embargo, el Despacho considera que, cuando no pueda acreditarse una finalidad legítima para poner en funcionamiento una compleja estructura grupal —en la que, por ejemplo, participen numerosas compañías controladas por una misma persona y dedicadas a la misma actividad de explotación económica— podría existir un indicio acerca del posible abuso de la figura societaria.⁶² Ciertamente, por las razones expresadas en el párrafo anterior, no tendría sentido incurrir en los costos requeridos para soportar la operación de un grupo de esa naturaleza, a menos que se espere obtener una ventaja claramente determinada. Este principio de sospecha podría confirmarse si, además de no acreditarse la precitada justificación legítima, se encuentra que la estructura societaria controvertida permitió rebasar claras limitaciones legales.⁶³

⁶¹ Debe aclararse que, por lo general, este Despacho se abstendrá de indagar acerca de los motivos que justificaron una determinada decisión de negocios, a menos que, como en el presente caso, se presenten indicios acerca de la existencia de actuaciones irregulares.

⁶² La acreditación de un propósito legítimo no significa, por supuesto, que se desvirtúe automáticamente el uso indebido de una persona jurídica societaria. Es posible, en este sentido, que una compañía se constituya *ab initio* con un fin legítimo, pero que, más adelante, se le destine, mediante una estrategia de interposición, a la realización de actividades contrarias a la ley. El punto es, simplemente, que si no puede acreditarse una razón legítima para crear complejas y costosas estructuras societarias, es posible que exista una finalidad que se escape del ámbito de la ley.

⁶³ Debe reiterarse lo expresado en la Sección IV.1 de esta sentencia, en el sentido de que, cuando una compañía celebra negocios jurídicos en los que no podría participar su accionista controlante, puede encontrarse en esa circunstancia un fuerte indicio de que, con el concurso de la sociedad, se pretendió infringir la ley.

En el presente caso, se ha intentado justificar la creación del Grupo Empresarial Mónica Colombia en función de las diferentes actividades a cargo de cada una de las compañías demandadas. Según lo afirmado durante el interrogatorio de la representante legal de tales sociedades, '[...] en realidad nosotros creamos empresa para tener un proyecto de alto impacto y para tener unidades de valor. Tenemos empresas que se dedican, en realidad siete de las cuatro que estamos tocando, y cada una tiene un rubro totalmente diferente. Por ejemplo, Mónica es una empresa que se dedica a la producción de granos. Mónica siembra maíz, soya, arroz. Para eso ella necesita tener tierra y también necesita de maquinaria. Entonces ahí entra, por ejemplo, Tilava, que es otra empresa del grupo, que su especialidad es abrir áreas nuevas, encalar, hacer, dejar el terreno listo para sembrar; ahí tenemos a Monicol que tiene la maquinaria aparte, separada, que es para sembrar y también para cosechar y por último tenemos la otra empresa que es Agrocaxias, que se dedica, ella alquila vehículos, entonces ¿por qué nosotros vamos a utilizar otras empresas si dentro de las mismas nuestras podemos tener los beneficios?'.⁶⁴

A pesar de lo expresado, el Despacho no encontró pruebas que permitan corroborar la razón ofrecida para justificar que las actividades agrícolas del grupo se realicen por conducto de varias compañías, en lugar de una sola. Ello se debe a que las sociedades mencionadas operan, en realidad, como si se tratara de un solo sujeto. En sustento de esta afirmación, es pertinente hacer referencia al dictamen del perito agrónomo designado por el Despacho, para quien 'desde el punto de vista agronómico, la operación agroindustrial del Grupo Empresarial Mónica [...] es administrada de manera centralizada. Se administra como una única operación que se desarrolla sobre un globo de terreno dividido en varios lotes de forma aproximadamente cuadrada. No encontré evidencia que indicara que la administración agronómica de la operación se hiciese por predio o por sociedad' (vid. Folio 1482).

Para fundamentar sus conclusiones, el experto nombrado por el Despacho trajo a colación diferentes elementos de juicio que desvirtúan la supuesta especialización de funciones esgrimida por las demandadas. Por una parte, en cuanto a los equipos empleados en el cultivo, el perito manifestó lo siguiente: 'El manejo, mantenimiento y almacenamiento de la maquinaria y de los equipos al servicio de la operación agroindustrial del Grupo Empresarial Mónica se hace de manera centralizada. Para esto se cuenta con un taller, un almacén, un depósito de combustibles y un sitio principal para el estacionamiento de los equipos. Consecuentemente, se manejan registros únicos para el manejo de los inventarios de repuestos y de combustibles. No encontré evidencia que indicara que para efectos de la operación agronómica, el manejo, mantenimiento y almacenamiento de equipos se hiciera por predio o por sociedad' (vid. Folio 1482).

⁶⁴ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 8 de febrero de 2013, folio 374 del expediente (28:09 - 29:47). También puede traerse a colación lo señalado por el señor Sergio Marchett durante la reunión extraordinaria de la junta de socios de Mónica Colombia Ltda. (ahora SAS) celebrada el 9 de septiembre de 2008, 'los proyectos para desarrollar en Colombia son de grandes proyecciones justificándose en consecuencia la creación del grupo empresarial' (vid. Folio 50 de la carpeta de reserva No. 1, rad. No. 66598).

El perito también hizo referencia, en su dictamen, a la distribución de ‘los fertilizantes, semillas, pesticidas, herbicidas y demás agroquímicos [...] utilizados en la operación agroindustrial del Grupo Empresarial Mónica’. El citado experto encontró que los insumos en cuestión ‘se administran de manera centralizada. Existe un almacén y un sistema para el registro de su utilización por lotes. No encontré evidencia que indicara que para efectos de la operación agronómica en el campo los fertilizantes, semillas, pesticidas, herbicidas y demás agroquímicos e insumos se administran por predio o por sociedad’ (vid. Folio 1482). Algo similar ocurre con el proceso de cosecha de los cultivos examinados por el perito. Según consta en el dictamen, ‘se lleva un registro de los volúmenes cosechados en cada lote. En el campo, al momento de la cosecha, no se lleva un registro por predios o por sociedades. Las cosechas de todos los lotes se almacenan en una batería de silos desde donde, luego de un tiempo variable de almacenamiento, salen al mercado en camiones. A la salida de los granos se registra su peso, destino y transportador. Aunque la ficha de salida permitiría registrar el lote de origen de cada envío, la evidencia colectada (una ficha de salida) indica que este dato no siempre se registra. En consecuencia, no resulta posible conocer el lote de origen de cada venta; tampoco el predio de origen. Dado que no encontré evidencia de que se estuviese registrando ni el lote ni el predio de origen de cada cargamento de grano que sale hacia el mercado, todo indicaría que la venta es única y que no se desagrega por lote ni por predio’ (vid. Folios 1482 y 1483).

La conclusión a la que arribó el perito agrónomo designado por el Despacho es similar a la expresada por el señor Manuel Alberto Alfonso Rueda, antiguo funcionario de la Gerencia de Control de Inversión de Finagro, durante su testimonio. El señor Alfonso fue el encargado de preparar el informe de control de inversión mencionado en la Sección III.3 de la presente sentencia, para lo cual visitó tanto las oficinas de administración de las sociedades demandadas, como los terrenos en los que se desarrolla su operación agroindustrial. Durante su intervención oral, el testigo manifestó que ‘cuando se hizo la visita lo que se encontró es que hay un operador de todas las tierras, un operador de toda la maquinaria, un mismo operador de toda la ejecución de los proyectos, de la totalidad de proyectos.⁶⁵ [...] Lo que se encuentra es que funcionan como un solo proyecto productivo y ahí genera la duda, ahí genera la incertidumbre: ¿Por qué se dividieron si el desarrollo, su aplicación, su implementación del proyecto, era solo una, solo un desarrollo? [...] Entonces a lo que se ha debido optar en este caso, el proyecto debió ser presentado como un solo proyecto ¿por qué? Porque solo obedece a una gran extensión física de terreno, enorme, en la cual, las únicas divisiones, son divisiones realizadas, no acorde con la división jurídica, sino acordes con el desarrollo mismo del proyecto. Entonces, en ese sentido, la división en cuadrícula, el que tengan en un solo lugar todos los elementos, son aspectos para evidenciar si, si había varios proyectos o había solo un proyecto’.⁶⁶

⁶⁵ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 11 de marzo de 2013, folio 1342 del expediente (17:21 - 17:43).

⁶⁶ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 11 de marzo de 2013, folio 1342 del expediente (27:04 - 30:10).

Por lo demás, durante el interrogatorio de parte de la representante legal de las sociedades demandadas, se afirmó lo siguiente: ‘Nosotros tenemos es un proyecto agrícola que no podemos, tenemos separado en contabilidad, en todas las cuestiones internas está separado, pero en una finca usted no puede separar, o sea, yo no puedo separarle Monicol, no puedo separarle Agrocxias, no puedo separarle, porque yo uso la misma maquinaria para todo, a la vez cada una hace su servicio que tiene que hacer. En la parte contable es todo separado, pero ya en la parte operativa no lo podemos separar, por cuestiones operativas se tiene todo junto como le digo y le repito, no podemos tener cuatro campamentos separados, no podemos tener espacios para maquinaria separado, porque nos saldría exageradamente caro, entonces por cuestiones operativas, netamente operativas, es que todo se ve como si fuera una sola’.⁶⁷

Por virtud de lo expuesto, debe desestimarse la razón ofrecida para explicar la creación de múltiples sociedades dentro de la estructura del denominado Grupo Empresarial Mónica Colombia. Ciertamente, las pruebas consultadas llevan al Despacho a concluir que no existe una verdadera división de funciones que permita sustentar la especialización invocada para defender la constitución de diversas compañías, en lugar de una sola. Con fundamento en lo anterior, el Despacho considera que no se acreditó una razón que justifique la creación de la pesada estructura societaria que se ha controvertido en este proceso.

Por el contrario, las pruebas consultadas apuntan a que la única justificación verosímil detrás de la citada estructura está relacionada con la elusión de las restricciones establecidas en la legislación agrícola colombiana. En efecto, el Despacho encontró serios indicios de que Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocxias SAS fueron constituidas y utilizadas con el propósito de obtener ICR por encima de los límites previstos en la ley. Así, por ejemplo, los documentos examinados por el Despacho revelan una relación directa entre la creación de estas tres sociedades y la intención de obtener financiación estatal por conducto de los ICR. Puede mencionarse, en este sentido, el corto intervalo entre la constitución de Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocxias SAS y la presentación de los documentos requeridos para acceder a la línea de Crédito Agropecuario y Rural, con expresa mención del programa de incentivos administrado por Finagro.⁶⁸ Debe ponerse de presente que, según la información expresada en la Tabla 8, esas tres compañías no solo fueron creadas el mismo día, sino que todas presentaron sus solicitudes de crédito ante Banco Santander Colombia S.A. apenas 43 días después de su constitución. Estas circunstancias constituyen, sin duda, un indicio más para considerar que Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocxias SAS se usaron con el propósito expreso de acceder al régimen de ICR.

⁶⁷ Id., (31:57 – 33:00 folio 374).

⁶⁸ Cfr. Sección No. III de esta sentencia.

Tabla 8
Intervalo entre la constitución de las sociedades demandadas y la solicitud de los créditos y los incentivos

Sociedad	Constitución	Solicitud de crédito con mención expresa del ICR ⁶⁹	Solicitud formal de ingreso al Programa ICR ⁷⁰
Mónica Colombia SAS	8 de julio de 2008	15 de septiembre de 2008	16 de marzo de 2009
Tilava SAS	1º de octubre de 2008	13 de noviembre de 2008	2 de julio de 2009
Monicol SAS	1º de octubre de 2008	13 de noviembre de 2008	15 de abril de 2009
Agrocaxias SAS	1º de octubre de 2008	13 de noviembre de 2008	15 de abril de 2009

También son particularmente relevantes las deliberaciones que tuvieron lugar en la junta de socios de Mónica Colombia Ltda. (ahora SAS), antes de la constitución de las compañías referidas. En el texto de las actas correspondientes puede apreciarse que los accionistas de Mónica Colombia Ltda. (ahora SAS) tenían pleno conocimiento de las restricciones contempladas en el régimen de ICR, con anterioridad a la creación de Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS. Más aún, en las reuniones mencionadas a continuación se consideró necesario constituir las sociedades que hoy conforman el Grupo Empresarial Mónica Colombia, en un aparente intento por cumplir con las restricciones previstas en las leyes agrícolas colombianas. Con todo, como se verá más adelante, la puesta en marcha de esas compañías lo que permitió, en realidad, fue eludir las restricciones explicadas en el acápite anterior.

De una parte, debe mencionarse el Acta No. 1, correspondiente a la reunión extraordinaria del máximo órgano de Mónica Colombia SAS (Ltda. para la época) celebrada el 9 de septiembre de 2008. En esa sesión del máximo órgano social se debatió la necesidad de conformar un grupo empresarial, bajo el amparo del artículo 28 de la Ley 222 de 1995. Es así como en el punto tercero del orden del día, Julio César Cambruzzi expresó que ‘para ceñirnos a las normas colombianas relacionadas con las Unidades Agrícolas Familiares, que únicamente permiten la adquisición de una unidad agrícola por persona, deberán constituirse seis (6) sociedades de las cuales Mónica Colombia Ltda., actuará como Holding, mediante la integración y colaboración empresarial [...]’ (vid. Folio 50 de la carpeta de reserva No. 1, rad. No. 66598).⁷¹ Una vez formuladas las anteriores consideraciones, los socios aprobaron, por unanimidad, una capitalización de la compañía (id).

De otra parte, en el acta No. 4, atinente a la reunión extraordinaria de la junta de socios de Mónica Colombia SAS (antes Ltda.) del 14 de enero de 2009, se alude de nuevo a la conformación del denominado ‘Grupo Empresarial Mónica Colombia’. En esa oportunidad, el señor Marco Antonio Salazar, asesor legal de la compañía, puso

⁶⁹ Cfr. Anexo No. 1 de la carta enviada por Julio Cesar Cambruzzi, representante legal de la compañía, a Banco Santander Colombia S.A.

⁷⁰ Cfr. Formatos Únicos de Informe Control de Crédito, mencionado en la Sección No. III de esta sentencia.

⁷¹ En vista de que las pretensiones no están orientadas a discutir posibles infracciones de las normas que rigen la adquisición de Unidades Agrícolas Familiares, el Despacho no puede emitir un pronunciamiento sobre este particular.

de presente que **‘teniendo en cuenta las limitaciones que la legislación agraria colombiana, en lo que respecta a la adquisición de tierras determinadas por Unidades Agrícolas Familiares (UAF), así como el acceso al crédito de fomento reglamentado y otorgado por Finagro para proyectos rentables técnica y ecológicamente viables, es necesario acudir a la figura de Grupo Empresarial [...]’. En consecuencia, además de Mónica Colombia Ltda., para los efectos del grupo Empresarial de acuerdo a la legislación mercantil colombiana, se han constituido otras seis sociedades [...]’** (se resalta) (vid. Folio 52 de la carpeta de reserva No. 1, rad. No. 66598). En la lista de las seis compañías incluidas en el acta No. 4 se encuentran Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS (vid. Folio 53 de la carpeta de reserva No. 1, rad. No. 66598). Además, como se mencionó en la Sección III.1 de esta sentencia, el señor Cambruzzi les propuso a los asistentes **‘la conformación del Grupo Empresarial Mónica Colombia, en donde la sociedad Mónica Colombia Ltda. se constituye como matriz o controladora de las empresas Agrocaxias Ltda., [...] Monicol Ltda. y Tilava Ltda., y estas a su vez, serán subordinadas de la matriz Mónica Colombia Ltda’** (id). Esta propuesta fue aprobada por el voto unánime de los presentes (id).

Otro elemento probatorio relevante para el Despacho puede encontrarse en las manifestaciones efectuadas por el señor Julio César Cambruzzi, accionista y antiguo representante legal de las sociedades demandadas. En una carta que el señor Cambruzzi le envió a Luis Fernando Criales, antiguo presidente de Finagro, se expresó lo siguiente: **‘Como consecuencia de la situación ocasionada por las limitaciones que presentan las medidas en Unidades Agrícolas Familiares, para un proyecto agrícola de considerable extensión, no es posible acceder a créditos globales, esto es que cubran todo el proyecto** pues el Incentivo a la Capitalización Rural (ICR), se otorga a una persona natural o jurídica que en forma individual o colectiva ejecute un proyecto de inversión nuevo. **Y como únicamente se puede adquirir la propiedad de una sola Unidad Agrícola Familiar, necesariamente debe presentarse un proyecto por cada persona o empresa, limitado a la extensión de la UAF.** Lo anterior quiere decir, que no es posible presentar ante Finagro un proyecto de gran envergadura sino varios, cuantas personas naturales o jurídicas estén en cabeza de una Unidad Agrícola Familiar. **Es decir, el ICR es del mismo monto para una empresa con 20.000 hectáreas, por ejemplo, que para una persona que solamente puede poseer a título de propiedad o de tenencia, una Unidad Agrícola Familiar’** (se resalta) (vid. Folios 271 y 272).⁷²

Visto lo anterior, el Despacho debe concluir que la estructura societaria estudiada en esta sentencia se escapa del ámbito de lo permisible. En verdad, la creación de un grupo de compañías para sustraerse del cumplimiento de **‘las limitaciones de la legislación agraria colombiana’** no puede ser considerada, en ningún caso, como un propósito consentido por el ordenamiento jurídico colombiano.⁷³ Y es que, en lugar de cumplir

⁷² Estas mismas afirmaciones pueden encontrarse en una entrevista que el señor Cambruzzi le concedió a la revista El Cerealista en el año 2009 (vid. Folios 266 a 269).

⁷³ Si un particular está en desacuerdo con algunas de las disposiciones contenidas el régimen legal vigente, existen mecanismos institucionales para promover su modificación. La infracción de normas imperativas mediante la interposición societaria no es uno de esos mecanismos.

con el régimen legal en materia de incentivos rurales –como se pretendió hacer entender en algunos de los documentos antes citados– la constitución de Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS lo que permitió fue superar las clarísimas prohibiciones previstas en el Decreto 626 de 1994, la Resolución 22 de 2007 y el Manual de Servicios de Finagro. Por ejemplo, de no haberse creado estas compañías, la operación agroindustrial administrada por Mónica Colombia SAS solo habría podido beneficiarse de un incentivo durante el año 2009, en lugar de cuatro ICR, como en efecto ocurrió. La infracción de los límites mencionados es tanto más grave cuanto que, como ya se puso de presente, los accionistas y administradores de Mónica Colombia SAS conocían el alcance de las restricciones previstas en el régimen de ICR. Estas circunstancias, sumadas a que no se acreditó un verdadero propósito para poner en funcionamiento las diversas compañías que conforman el Grupo Empresarial Mónica Colombia, son suficientes para que el Despacho considere que se presentó un uso indebido de la figura societaria.

Existen, en todo caso, otros criterios que deben ser tenidos en cuenta por el Despacho para sustentar su decisión. El primero de ellos consiste en analizar si puede predicarse una verdadera separación entre los diferentes sujetos involucrados en un posible caso de interposición. En el presente proceso, por ejemplo, el Despacho cuenta con múltiples pruebas de que las sociedades demandadas se comportan, en realidad, como una sola compañía, bajo el control de Sérgio João Marchett, accionista mayoritario de Mónica Colombia SAS. A pesar de que se han observado ciertas formalidades —incluidas la celebración de reuniones del máximo órgano social y la preparación de libros contables independientes— hay una coincidencia casi absoluta entre la operación de las demandadas.⁷⁴ Estos elementos probatorios dan a entender que no se ha producido una verdadera separación de patrimonios y negocios entre tales compañías.⁷⁵

Lo primero que debe decirse es que existe una cercana correspondencia entre la composición de capital de las sociedades demandadas. Tal y como puede apreciarse en la Sección III de la presente sentencia, las compañías en cuestión están sujetas al control del señor Sérgio João Marchett —propietario de más del 80% de las acciones de Mónica Colombia SAS— al paso que personas vinculadas a las familias Marchett y Cambruzzi detentan participaciones minoritarias en tales sociedades. Debe decirse, además, que las transferencias de cuotas sociales efectuadas en el año 2009, antes de la transformación de las demandadas en sociedades por acciones simplificadas, no desdibujan el control que el señor Marchett ha ejercido sobre Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS desde el momento de su constitución.⁷⁶ En verdad, el señor Marchett detenta, directa e indirectamente, una mayoría accionaria en el capital de las cuatro sociedades demandadas, según puede apreciarse en la Tabla No. 9.

⁷⁴ En lo relacionado con la información contable de la compañía, es relevante consultar las conclusiones formuladas por el perito contable en su dictamen, disponible en los folios 1497 al 1547 del expediente.

⁷⁵ La 'confusión de patrimonios y negocios' es uno de los presupuestos judiciales identificadas por Reyes Villamizar para justificar la extensión de responsabilidad que se produce en hipótesis de desestimación. FH Reyes Villamizar (2006) 265.

⁷⁶ También es pertinente aludir a lo expresado por la representante legal de las sociedades demandadas durante su interrogatorio de parte. Ante la pregunta del Despacho acerca de la identidad del 'accionista controlante de lo que el demandante llama el Grupo Mónica Colombia', la mencionada funcionaria respondió lo siguiente: 'sería el señor Sérgio Marchett' (Min. 38:18 - 38:22 folio 374).

Tabla 9
Composición de Capital

Mónica Colombia SAS	
Accionista	Porcentaje de participación
Sérgio João Marchett	86.28%
María Luiza Marchett	3.43%
Francisco Marchett	3.43%
Ricardo Antonio Cambuzzi	3.43%
Rodrigo Cambuzzi	3.43%
Tilava SAS.	
Accionista	Porcentaje de participación
Mónica Colombia SAS	40%
María Luiza Marchett	30%
Rodrigo Cambuzzi	30%
Monicol SAS.	
Accionista	Porcentaje de participación
Mónica Colombia SAS	44%
Agrocaxias SAS	16%
Francisco Marchett	12%
Ricardo Antonio Cambuzzi	12%
Tilava SAS	16%
Agrocaxias SAS.	
Accionista	Porcentaje de participación
Mónica Colombia SAS	40%
María Luiza Marchett	30%
Rodrigo Cambuzzi	30%

La composición de capital antes descrita ha permitido que el señor Sérgio João Marchett ejerza un control absoluto sobre la actividad de Mónica Colombia SAS, Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS, al punto que la totalidad de las propuestas discutidas en las reuniones de los máximos órganos sociales de esas compañías se han aprobado siempre por unanimidad. (Cfr. actas 1 - 25 de Mónica Colombia SAS, folios 98 a 137 del cuaderno de reserva No. 1 Rad.66598; actas 1 - 19 de Tilava SAS, folios 113 a 147 del cuaderno de reserva No. 1 Rad. 67682; actas 1 - 20 de Monicol SAS, folios 83 a 132; actas 1 - 17 de Agrocaxias SAS, folios 82 a 113). Existe también una evidente coincidencia entre las personas que han ocupado cargos de administración en Mónica Colombia SAS, Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS, tal y como puede apreciarse

en la Tabla No. 10. Es necesario advertir, adicionalmente, que las modificaciones en los órganos de administración de las demandadas se presentan en forma coordinada, de manera que, por ejemplo, un cambio en la representación legal de Mónica Colombia SAS es emulado inmediatamente en las demás compañías (Tabla No. 10).

Tabla 10
Representación legal

Nombre	Mónica Colombia SAS	Tilava SAS	Agrocaxias SAS
Sergio Joao Marchett	Primer suplente (2008-2009) Representante legal principal (2009-2013)	Primer suplente (2008-2009) Representante legal principal (2009-2013)	Primer suplente (2008-2009) Representante legal principal (2009-2013)
Julio César Cambruzzi	Representante legal principal (2008-2009)	Representante legal principal (2008-2009)	Representante legal principal (2008-2009)
Francisco Marchett	Segundo suplente (2008-2009) Tercer suplente (2009-2013)		
Ricardo Antonio Cambruzzi	Tercer suplente (2008-2009) Cuarto suplente (2009-2013)	Segundo suplente (2008-2009) Tercer suplente (2009-2013)	
Vivian Sevilla Soliz	Primer suplente (2009-2010) (2012-2013)	Primer suplente (2009-2010) (2012-2013)	Primer suplente (2009-2010) (2012-2013)
Ricardo Golin	Segundo suplente (2009-2010) Primer suplente (2010-2011)	Segundo suplente 2009-2010) Primer suplente (2010-2011)	Segundo suplente (2009-2010) Primer suplente (2010-2011)
Miguel Bochnia	Segundo suplente (2010-2011) Primer suplente (2011-2012)	Segundo suplente (2010-2011) Primer suplente (2011-2012)	Segundo suplente (2010-2011) Primer suplente (2011-2012)
Rodrigo Cambruzzi			Segundo suplente (2008-2009)

Adicionalmente, las cuatro sociedades han registrado idénticas direcciones comerciales y de notificación judicial (vid. Tabla No. 11). Durante la inspección judicial practicada en abril de 2013, el Despacho pudo constatar que, en efecto, las compañías demandadas funcionan desde las mismas oficinas de administración, ubicadas actualmente en la

carrera 22 No. 5B-114 (Bodega D-01) de la ciudad de Villavicencio. Por último, es pertinente reiterar las conclusiones del perito agrónomo designado por el Despacho, para quien, por fuera de la esfera formal de lo expresado en los libros de comercio de las demandadas, ‘la operación agroindustrial del Grupo Empresarial Mónica [...] se administra como una única operación [...]’ (vid. Folio 1482).

Tabla 11
Direcciones registradas

Sociedad	Dirección al momento de la constitución	Cambios introducidos en octubre de 2010
Mónica Colombia SAS	Calle 98 No. 15-17 (Oficina 404) Bogotá D. C.	Carrera 22 No. 5B-114 (Bodega D-01) Villavicencio
Agrocaxias SAS	Calle 98 No. 15 – 17 (Oficina 403) Bogotá D. C.	Carrera 22 No. 5B-114 (Bodega D-01) Villavicencio
Monicol SAS	Calle 98 No. 15-17 (Oficina 403) Bogotá D. C.	Carrera 22 No. 5B-114 (Bodega D-01) Villavicencio
Tilava SAS	Calle 98 No. 15-17 (Oficina 403) Bogotá D. C.	Carrera 22 No. 5B-114 (Bodega D-01) Villavicencio

El último de los elementos de juicio que justifican la decisión del Despacho está relacionado con el fraccionamiento del proyecto agroindustrial desarrollado por las compañías demandadas. Durante el curso del presente proceso, quedó suficientemente probado que existe cierta ambigüedad en la legislación agrícola colombiana respecto del significado exacto de la palabra ‘proyecto’, para efectos del otorgamiento de incentivos agrícolas. Este problema fue descrito, con precisión, por el apoderado de las demandadas. En su criterio, ‘ha de precisarse en primer lugar qué se entiende por proyecto para estos efectos, dado que el demandante pretende hacer creer que se trata de un solo proyecto, en cuyo caso se habría infringido el límite máximo de que trata la reglamentación del incentivo. Veamos: El artículo 1º del Decreto 626 de 1994 preceptúa que el incentivo a la capitalización rural es un derecho personal que se da a toda persona natural o jurídica “que ejecute un nuevo proyecto de inversión financiado total o parcialmente, con un crédito redescontado en [...] Finagro [...].” A su vez, el artículo 2º ídem dispone que la CNCA “definirá los proyectos y actividades específicas que serían objeto del incentivo” los cuales deben ser, entre otros elementos “físicamente verificables y orientados”.

A su turno, tanto la Resolución 22 de 2007 como el Manual de Servicios de Finagro disponen que los proyectos de inversión deben contemplar una o algunas de las siguientes inversiones, en cuanto interesa al proceso: (a) Adecuación de tierras y manejo del recurso hídrico; (b) obras de infraestructura para la producción y (c) Maquinaria y equipo para la producción agrícola. De lo anterior se desprende que no existe una definición o descripción legal de lo que ha de entenderse por proyecto de inversión para estos efectos, limitando las reglas expuestas a que éste debe abarcar alguna o algunas de las actividades contempladas en ellas y tener los elementos a que alude el artículo

2 ya mencionado. Así las cosas, son las circunstancias en concreto las que permiten establecer si se está frente a uno o varios proyectos' (vid. Folio 1822).⁷⁷

A pesar de lo expresado, el Despacho debe apartarse de la opinión formulada por el apoderado de las compañías demandadas. Bajo esa postura, un mismo sujeto podría fraccionar una gran operación agroindustrial en innumerables proyectos de menor escala, cada uno nominalmente viable, con el propósito de obtener incentivos agrícolas en una cuantía que supere, de manera exponencial, los límites contemplados en el ordenamiento legal vigente. Para esos efectos, sería suficiente presentar, cada año, una nueva solicitud de ICR correspondiente a cada uno de los proyectos fraccionados. Más aún, podría ocurrir que, como en el presente caso, se constituyan diversas compañías —cada una aparentemente a cargo de un fragmento de la operación— con el fin de presentar la totalidad de las solicitudes en un mismo año.

El Despacho considera que lo anterior es necesariamente incongruente con el régimen de restricciones previsto para el otorgamiento de ICR.⁷⁸ No tendría sentido, en verdad, que se hayan contemplado límites respecto del número de incentivos que pueden obtenerse para financiar un mismo proyecto, para luego permitir que los particulares ignoren esos topes mediante el simple fraccionamiento de una misma operación agrícola. En otras palabras, la posible existencia de un vacío legal no puede servir de excusa para defender la infracción deliberada de las limitaciones previstas bajo el régimen de ICR.

La conclusión antes expresada adquiere aún más fuerza si se acredita que, como ocurre en el presente caso, la única justificación posible para fraccionar un mismo proyecto agroindustrial es superar los límites consagrados en la ley. Como ya se dijo, las conclusiones del perito agrónomo designado por el Despacho apuntan a que la operación agroindustrial del Grupo Empresarial Mónica Colombia comprende un solo proyecto, para cuya administración las sociedades demandadas se comportan como si fueran un mismo sujeto. Por consiguiente, la única justificación que encontró el Despacho para que las demandadas presentaran una misma operación como si se tratara de cuatro proyectos, fue superar los topes previstos en las normas agrícolas antes citadas. Es claro que lo anterior —es decir, crear una situación irreal para evadir restricciones legales— no se ajusta, en lo absoluto, al ordenamiento jurídico vigente en Colombia. En vista de que ese fraccionamiento delusorio fue consumado por conducto de las compañías demandadas, el Despacho puede constatar que se produjo un uso indebido de la figura societaria.⁷⁹

⁷⁷ Sobre el particular puede consultarse también el testimonio de Julio Enrique Corzo, Vicepresidente de Operaciones de Finagro. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 11 de abril de 2013, folio 1424 del expediente (22:20 – 27:06).

⁷⁸ Es relevante señalar que en el artículo 4.1.2.1 del Manual de Servicios de Finagro vigente a la fecha se dispone que 'cuando producto de las verificaciones que se realicen, se constate el fraccionamiento de proyectos, entendido como la presentación para un mismo predio de más de un proyecto en cabeza de diferentes beneficiarios, soportados en tenencias que se acreditan con maniobras engañosas con el propósito de superar los montos máximos y topes del ICR, este hecho será causal de anulación de los Incentivos inscritos o de su devolución si fueron pagados, sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar' (el manual se encuentra disponible en la siguiente dirección: http://www.finagro.com.co/sites/default/files/node/manualservicio/download/sinman001manual_de_servicios_de_finagro_cap_4_2.ver60.pdf).

⁷⁹ En todo caso, aunque el Despacho desestimara el juicioso estudio del perito agrónomo, no podía haberse solicitado más de un ICR por año, al tenor de lo expresado en el parágrafo del artículo 3º de la Resolución 22 de 2007, emitida

C. Conclusión

Para concluir, debe decirse que este Despacho no permitirá, bajo ninguna circunstancia, que los empresarios se refugien detrás de personas jurídicas societarias para eximirse del cumplimiento de aquellas normas que consideren inconvenientes o desatinadas.⁸⁰ En el presente caso, un análisis del trasfondo real de la operación del Grupo Empresarial Mónica Colombia da cuenta de la intención manifiesta de evadir restricciones legales vigentes. En verdad, las pruebas disponibles le permiten al Despacho concluir que la estructura del Grupo Empresarial Mónica Colombia no obedeció a una finalidad legítima de negocios, sino que ese artificioso entramado societario fue, precisamente, el instrumento que permitió burlar las limitaciones contempladas para el otorgamiento de Incentivos a la Capitalización Rural. Es decir que, a pesar de conocer el alcance de las restricciones anotadas, los accionistas de Mónica Colombia SAS recurrieron a la figura de la interposición societaria con la finalidad específica de evadir los topes legales correspondientes. Así las cosas, las pretensiones formuladas en la demanda habrán de prosperar.

Ahora bien, con fundamento en la información que reposa en el expediente, el Despacho pudo establecer que el proyecto administrado por el Grupo Empresarial Mónica Colombia podía acceder, legítimamente, a uno de los cuatro ICR obtenidos en el año 2009. Por este motivo, en aras de devolver las cosas al estado en que se encontrarían de no haberse presentado una interposición indebida, el Despacho ordenará que se restituyan las sumas recibidas en exceso de lo permitido por el régimen de ICR. Para estos efectos, por haberse acreditado que Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS sirvieron de herramienta para consumir una infracción legal, el Despacho le imputará a Mónica Colombia SAS las actuaciones adelantadas por aquellas compañías para acceder al programa de ICR.⁸¹ Bajo este entendido, el Despacho encuentra que se violaron las diversas restricciones imperativas descritas en la Sección IV.2.A de la presente sentencia. En consecuencia, se declarará la nulidad absoluta de los actos que condujeron al otorgamiento de los ICR obtenidos en exceso, es decir, de las solicitudes presentadas por Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS para acceder al programa de incentivos. De ahí que Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS deban reintegrarle a Finagro la suma de \$2.076.750.000, actualizada con base en la variación del Índice de Precios

por la Comisión Nacional de Crédito Agropecuario. En este sentido, el Despacho considera que, aunque se admitiera la interpretación del apoderado de las demandadas, las fracciones resultantes serían claramente proyectos complementarios 'de otro beneficiado con un incentivo o en curso de obtenerlo'.

⁸⁰ Este uso irregular de las formas asociativas va en contravía de nuestro sistema legal y atenta gravemente contra el orden público económico. Según lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia No. C-83 de 1999, 'el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad'.

⁸¹ Se trata de una medida similar a la adoptada por el Consejo de Estado en su sentencia del 13 de noviembre de 1997. En el presente caso, se hará una excepción provisional a lo previsto en los artículos 98 del Código de Comercio y 2º de la Ley 1258 de 2008, a fin de considerar inoponible la personificación jurídica independiente de Tilava SAS., Monicol SAS. y Agrocaxias SAS, en forma tal que las compañías citadas deban ser tratadas como un mismo sujeto, junto con Mónica Colombia SAS., para los efectos de su ingreso al programa de ICR.

al Consumidor, ocurrida entre el lapso comprendido entre la fecha de la aplicación del ICR y la fecha de ejecutoria de la sentencia.⁸²

Por lo demás, con fundamento en los argumentos formulados en los Autos No. 801-004131 del 20 de marzo y 801-009592 del 29 de mayo de 2013, el Despacho debe rechazar, nuevamente, la supuesta falta de competencia invocada por el apoderado de las compañías demandadas.

V. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, además de los gastos correspondientes a los dictámenes periciales y la inspección judicial, se fijará como agencias en derecho a favor de Finagro y a cargo de las demandadas, una suma equivalente a un salario mínimo, es decir, \$589.500.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Declarar que Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS fueron utilizadas para evadir las restricciones contempladas en las normas que rigen el otorgamiento de Incentivos a la Capitalización Rural, particularmente las contenidas en el Decreto 626 de 1994, la Resolución 22 de 2007 y el Manual de Servicios de Finagro.

Segundo. Imputarle a Mónica Colombia SAS las actuaciones adelantadas por Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS para acceder al programa de Incentivos a la Capitalización Rural administrado por Finagro.

Tercero. Declarar la nulidad absoluta de los actos mediante los cuales Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS solicitaron los Incentivos a la Capitalización Rural No. 08-31401, 08-31402 y 08-31400.

Cuarto. Ordenarles a Tilava SAS, Monicol SAS y Agrocaxias SAS que le restituyan a Finagro la suma de \$2.076.750.000, actualizada con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, ocurrida entre el lapso comprendido entre la fecha de la aplicación del ICR y la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Quinto. Condenar en costas a las sociedades demandadas a pagarle a Finagro los gastos correspondientes a los dictámenes periciales y la inspección judicial practicadas en el presente proceso, así como la suma de \$589.500, a título de agencias en derecho.

⁸² Las anteriores decisiones encuentran fundamento en la facultad contemplada en el literal d) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, por cuya virtud esta entidad puede decretar la 'nulidad de los actos defraudatorios [...] cuando se utilice a la sociedad en fraude a la ley'.

La anterior providencia se profiere a los dieciséis días del mes de octubre de dos mil trece y se notifica en estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

No. 800-073 del 19 de diciembre de 2013

PARTES

Serviucis S.A.
contra
Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.

NÚMERO DEL PROCESO

2012-801-052

ASUNTO

Abuso del derecho de voto por parte de un accionista mayoritario.
El ejercicio abusivo del derecho de voto bajo el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

Serviucis S.A.

contra

Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.

Asunto

Artículo 43 de la Ley 1258 de 2008

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2012-801-052

[...]

I. Pretensiones

La demanda presentada por Serviucis S.A. contiene la pretensión que se transcribe a continuación:

‘Que declare la nulidad de las decisiones tomadas en la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de NCSC del 26 de marzo de 2012, en abuso del derecho de mayorías de acuerdo con lo estipulado por el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008’.

II. Hechos

Antes de analizar los argumentos que han sido formulados por las partes, es necesario hacer un breve recuento de los antecedentes fácticos más relevantes para los efectos del presente litigio. Con el propósito de organizar la información disponible en el expediente, el Despacho considera prudente hacer referencia, en primer término, a los hechos relacionados con la constitución de Inversiones Hospitalarias y Clínicas S.A.S. y Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. En segundo lugar, se presentará un resumen de los principales hechos de relevancia en torno al conflicto suscitado entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid. En tercer lugar, se hará un recuento de

los hechos que acontecieron en torno a la remoción de Serviucis S.A. como miembro principal de la junta directiva de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. Finalmente, será necesario aludir a las actuaciones adelantadas respecto de la enajenación de las acciones que Inversiones Hospitalarias y Clínicas S.A.S. detentaba en Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.

1. La constitución de Inversiones Hospitalarias y Clínicas S.A.S. y Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.

Mediante documento privado inscrito en la Cámara de Comercio de Medellín el 13 de enero de 2011, se constituyó la sociedad Inversiones Hospitalarias y Clínicas ('IHC') S.A.S. Según la información que consta en el aludido documento privado, Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid participaron en el acto de constitución de IHC S.A.S, directamente y por conducto de sociedades vinculadas (vid. Folios 29 a 43). A continuación se presenta un cuadro con información acerca de la distribución inicial del capital y la composición de los órganos de administración de esta compañía, al momento de su constitución:

Tabla 1
Información acerca de Inversiones Hospitalarias y Clínicas S.A.S.

Composición inicial del capital	
Accionista	Porcentaje de participación
Serviucis S.A. (sociedad controlada por Edwin Gil)	61%
Mauricio Vélez Cadavid	22%
Medicarte S.A. (sociedad controlada por Mauricio Vélez)	17%
Total	100%
Junta directiva	
Miembros principales	Miembros suplentes
Edwin Gil Tobón	Mauricio Iván Tamayo Palacio
Juan Diego Gómez Puerta	Alejandro Piedrahita Borrero
Juan Hinestrosa Gallego	Mauricio Toro Restrepo
Representante legal	
Principal	Suplente
Mauricio Vélez Cadavid	Francisco Javier Gil Gómez

A pesar de tener un objeto social indeterminado, según la cláusula segunda de los correspondientes estatutos sociales, el Despacho pudo establecer que IHC S.A.S. fue constituida con el propósito de efectuar una inversión en el sector de la prestación de servicios hospitalarios. En verdad, la creación de IHC S.A.S. formó parte de un conjunto de operaciones diseñado para adquirir el control de la Clínica Sagrado Corazón. Según

las pruebas disponibles, los accionistas de Médicos Asociados S.A., antigua propietaria del establecimiento hospitalario mencionado, contactaron a Mauricio Vélez Cadavid, a fin de proponerle que invirtiera recursos de capital en la Clínica Sagrado Corazón.¹ En ese momento, el señor Vélez Cadavid le propuso a Edwin Gil Tobón que participaran conjuntamente en la adquisición de la mencionada clínica.² De ahí que, el 13 de enero de 2011, se haya constituido el vehículo de inversión IHC S.A.S., con la participación de sociedades controladas por Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid.³

Posteriormente, el 19 de enero de 2011, se aprobó la capitalización de IHC S.A.S., a fin de permitir el ingreso de múltiples inversionistas (vid. Folios 697 a 699). A continuación se presenta un cuadro con la composición del capital de IHC S.A.S., una vez concluida la aludida capitalización:

Tabla 2
Composición del capital de IHC S.A.S. luego de su capitalización

Composición del capital	
Accionista	Porcentaje de participación
Serviucis S.A.	30,88%
Mauricio Vélez Cadavid	10,88%
Medicarte S.A.	8,68%
María Isabel Arango Cadavid	11,32%
Mauricio Toro Restrepo	4,41%
Amalia Toro Restrepo	4,41%
Luz Victoria Botero Martínez	2,94%
Alejandro Piedrahita Borrero	1,47%
Jorge Andrés Botero Soto	2,21%
Juan Fernando Botero Soto	2,21%

¹ 'A mí me buscan y me dicen que quieren que yo participe en el proceso [de adquisición de la Clínica Sagrado Corazón] porque sabían que yo venía haciendo emprendimiento en otras empresas. [Esto fue] el doctor Jairo Pérez, médico anestesiólogo, quien más acciones tenía individualmente en la Clínica del Sagrado corazón (o Médicos Asociados)'. Cfr. grabación de la declaración de Mauricio Vélez Cadavid en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (53:27).

² 'Mauricio Vélez propone diferentes esquemas societarios, [dice] "que nos asociemos, yo traigo a Giovanni Mesa [...], te ofrezco incluso para que estés tranquilo si quieres tener la mayoría, no hay ningún problema", [...] entonces nosotros dijimos "si este señor trae el negocio, si puede liderar el negocio [...]" pues sonaba menor riesgo de inversión para Serviucis y adicionalmente sonaba comprometer a Mauricio en frente de una dinámica de gestión si él era un doliente propio de esa actividad, o sea, sonaba como más equilibrado. [...] nosotros no queríamos sobreinvertir en ese momento en ese tema que de hecho tenía un riesgo, y sonaba más equilibrado que Mauricio, que venía con una gran motivación para el proyecto, tuviera una participación [significativa] y como dicen en la tierra nuestra "fuera un doliente propio de esa actividad". Cfr. grabación de la declaración de Edwin Gil Tobón en la audiencia celebrada el 21 de marzo de 2013, folio 443 del expediente (32:25).

³ La información consignada en el expediente es suficiente para que el Despacho concluya que IHC S.A.S. era un simple vehículo de inversión, constituido con el propósito de administrar la participación accionaria que habría de adquirirse en el capital de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. En este sentido, puede verse, por ejemplo la constancia incluida en el acta No. 6, correspondiente a la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S. celebrada el 27 de marzo de 2012, en el sentido de que 'no existe relación laboral alguna ni con Mauricio Vélez, ni con Francisco Javier Gil Gómez, por las características de vehículo de inversión de la Sociedad' (vid. Folio 1104).

Composición del capital	
Natalia Henao Cadavid	1,47%
Gloria Cadavid Montoya	1,47%
Andrés Henao Cadavid	1,47%
Juan Diego Gómez Puerta	6,62%
Felipe Ferrer Zuluaga	2,21%
Sentido Inmobiliario S.A.	4,41%
Juan Hinestrosa Gallego	0,74%
Diana Hinestrosa Gallego	1,03%
Joaquín Sierra Jaramillo	1,18%
Total	100%

En lugar de invertir directamente en Médicos Asociados S.A., antigua propietaria de la Clínica Sagrado Corazón, se determinó que IHC S.A.S. constituiría una nueva compañía que, a su vez, adquiriría el establecimiento médico a que se ha hecho alusión. Esta estructura societaria obedeció a la necesidad de proteger a los nuevos inversionistas de los riesgos derivados de la deficitaria operación de Médicos Asociados S.A. En verdad, según consta en uno de los documentos en los que se registró la transferencia del control sobre la Clínica Sagrado Corazón, los accionistas de IHC S.A.S. concluyeron que no era recomendable ‘invertir en la sociedad Médicos Asociados S.A. por la imposibilidad de determinación de los riesgos que se asumirían ante la situación actual de la sociedad y los problemas de información’ (vid. Folio 654). En ese mismo documento se expresó, además, que la estructura societaria propuesta era la ‘única alternativa posible en la actualidad para darle alguna viabilidad a la actividad económica, dada la insostenible situación financiera de Médicos Asociados S.A.’ (vid. Folio 654).

Es así como, por virtud de lo expresado antes, IHC S.A.S. constituyó la sociedad Nueva Clínica Sagrado Corazón (‘NCSC’) S.A.S. mediante la inscripción de un documento privado en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Medellín, el 19 de enero de 2011. A continuación se presenta un cuadro con información acerca de la distribución inicial del capital y la composición de los órganos de administración de NCSC S.A.S. al momento de su constitución:

Tabla 3
Información acerca de NCSC S.A.S. al momento de su constitución

Composición inicial del capital	
Accionista	Porcentaje de participación
Inversiones Hospitalarias y Clínicas S.A.S.	100%
Total	100%

Junta directiva	
Miembros principales	Miembros suplentes
Mauricio Vélez Cadavid	Fernando León Duque Becerra
Serviucis S.A.	Juan Hinestrosa
Alejandro Piedrahíta Borrero	Jorge Alberto Arango
Luis Fernando Bravo Múnera	Alicia María Lotero Upegui
Álvaro Londoño Restrepo	Jorge Mario Correa Rodas
Representante legal	
Principal	Suplente
Jaime Bahamon Trujillo	Mauricio Vélez Cadavid

El 31 de enero de 2011, IHC S.A.S., NCSC S.A.S. y Médicos Asociados S.A. suscribieron el denominado Acuerdo Privado, con el propósito de completar la transferencia del control sobre la Clínica Sagrado Corazón (vid. Folios 654 a 669). Por virtud de ese convenio, se determinó que IHC S.A.S. contribuiría más de \$4.574.000.000 al capital de NCSC S.A.S., al paso que Médicos Asociados S.A. realizaría un aporte en especie de los activos vinculados a la operación de la Clínica Sagrado Corazón. En el citado documento se establecieron también múltiples otras disposiciones encaminadas a permitir que NCSC S.A.S. pudiera administrar la Clínica Sagrado Corazón, así como a concertar la modificación de las participaciones de capital de IHC S.A.S. y Médicos Asociados S.A. en NCSC S.A.S., de conformidad con los términos económicos descritos en el Acuerdo Privado. A continuación se presenta un cuadro en el que se describe la variación en la composición de capital de NCSC S.A.S., según los convenios suscritos entre sus accionistas:

Tabla 4
Composición de capital de NCSC S.A.S.

Accionista	Composición del capital social		
	31 de enero de 2011 ⁴	1º de marzo de 2011 ⁵	20 de mayo de 2011 ⁶
Inversiones Hospitalarias y Clínicas S.A.S.	41%	60%	70%
Médicos Asociados S.A.	59%	40%	30%
Total	100%	100%	100%

2. Acerca del conflicto suscitado entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid

Las pruebas consultadas por el Despacho apuntan a que los hechos objeto del presente proceso se produjeron en el contexto de un agudo conflicto entre Edwin Gil Tobón y

⁴ Cfr. Folio 1263 del expediente.

⁵ Cfr. Folio 1264 del expediente.

⁶ Cfr. Folio 1268 del expediente.

Mauricio Vélez Cadavid. Según los testimonios decretados por el Despacho, el referido conflicto se suscitó luego del rompimiento de las estrechas relaciones personales que existían entre tales sujetos. En palabras de Mauricio Vélez Cadavid, ‘mi padre fue amigo de Edwin Gil [...], mi papá se murió hace 18 años, yo heredé esa amistad, seguí con la amistad de él, fui amigo de él, muy gran amigo de él y de su familia, pasamos incluso vacaciones juntos’.⁷ La relación personal entre los citados sujetos llevó no sólo a su participación conjunta en la adquisición de la Clínica Sagrado Corazón, sino también a una cercana colaboración en diversos otros emprendimientos. Según Edwin Gil Tobón, ‘le dábamos unos anticipos vía honorarios a Mauricio Vélez por orden de \$20.000.000 mensuales [...] y él empezaba a generar una contraprestación en las empresas donde de una u otra forma yo estoy vinculado [...]. Primero, miembro de la junta directiva de Serviucis, miembro de la junta de Hospitalar Group, hacía parte de la junta de trabajo conjuntamente con Hospitalar Group, [...] socio en Diagnosticarte [...], digamos que en términos generales eso era más o menos lo que él venía haciendo dentro de las diferentes empresas nuestras’.⁸

A finales del año 2010 se empezaron a presentar diferencias entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid.⁹ Según lo expresado por este último sujeto, ‘[la relación] empezó a trastabillarse por allá en agosto o septiembre de 2010, ahí fue cuando empezó ya el punto de quiebre. Yo [...] tenía Medicarte, estaba con Sampedro, y le daba las asesorías [a Edwin Gil]. Entonces empezamos a “que no, que una junta hoy”, “que mañana un viaje”, “que fuera a una parte, que viniera”, “que para Bogotá”, entonces [...] yo empecé a tener un conflicto de tiempo en mi agenda, yo tenía mi emprendimiento, y, básicamente más que ser asesor, Edwin estaba viéndome a mí como un subordinado [...]. Empezamos a tener ciertas tensiones inicialmente por eso, porque yo no podía estar digamos a disposición todo el tiempo de su agenda y de sus empresas sino que yo seguía con las mías’.¹⁰

Con todo, las relaciones entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid aún parecían ser cercanas para la fecha en que se gestó la adquisición de la Clínica Sagrado Corazón por conducto de IHC S.A.S. y NCSC S.A.S. Para Edwin Gil Tobón, ‘cuando me vuelven a llamar en septiembre de 2010 para retomar el negocio de la clínica [...] ya estábamos empezando a tener los roces, pero [...] no sé por qué pensé que iba a ser capaz de

⁷ Cfr. Grabación de la declaración de Mauricio Vélez Cadavid en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (18:26). Sobre el mismo punto Edwin Gil manifestó lo siguiente: ‘Yo diría que Alberto Vélez, padre de Mauricio, fue como un padre para mí [...]. Yo prácticamente vi crecer a Mauricio Vélez [...], me tocó ver cuando Mauricio se graduó de médico, pues yo le quiero decir que el primer equipo médico que recibió Mauricio en el grado de médico se lo otorgué yo en virtud de toda esta relación que le estoy contando. Cfr. Grabación de la declaración de Edwin Gil Tobón en la audiencia celebrada el 21 de marzo de 2013, folio 443 del expediente (2:49).

⁸ Cfr. Grabación de la declaración de Edwin Gil Tobón en la audiencia celebrada el 21 de marzo de 2013, folio 443 del expediente (4:24 y 41:57).

⁹ ‘Las primeras diferencias con Edwin empiezan [en] septiembre, octubre, noviembre de 2010, y guardábamos la esperanza de seguir como en una forma civilizada: de deshacer los negocios bien deshechos, de seguir en [otros] negocios conjuntamente en una relación muy profesional. Pero básicamente en 2011, a mediados de 2011, empezó ya el acabo y es cuando digamos tenemos la ruptura’ Cfr. grabación de la declaración de Mauricio Vélez en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (22:47).

¹⁰ Cfr. Grabación de la declaración de Mauricio Vélez Cadavid en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (21:37).

mantener una persona con quien habíamos tenido tanta amistad, que los negocios no nos iban a dañar eso'.¹¹

A pesar de lo anterior, en marzo de 2011 se produjo el rompimiento total de las relaciones entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid. Según lo expresado por el señor Gil Tobón, 'hago referencia a una llamada telefónica por allá en el mes de marzo [...] de Mauricio Vélez [...], y me dice "[...] Juan Hinestrosa está desarrollando una iniciativa —que hoy se llama Articular Inversiones— que va a tener competencia directa con Hospitalar, y esa es la posición Edwin, y ustedes dos son muy amigos míos, pero entonces Juan me invita, yo no sé qué hacer" [...] y le digo yo "[...] hoy me estás diciendo que Juan Hinestrosa te está invitando a esta iniciativa cuando te quiero recordar que tenés un compromiso de vieja data con nosotros" [...]. Yo tomé una decisión esa noche y al día siguiente quiero terminar cualquier vínculo societario con Mauricio Vélez en todas partes'.¹² Por su parte, Mauricio Vélez Cadavid le manifestó a este Despacho que 'surgieron algunos asuntos de forma y de fondo que me llevaron a decir "yo no soy más socio de Edwin Gil, no quiero ser más socio de Edwin Gil"'.¹³

Ante el quebrantamiento definitivo de sus relaciones personales, Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid iniciaron discusiones para dar por terminada su participación conjunta en diversas compañías. Según consta en los correos electrónicos que reposan en el expediente, los aludidos sujetos acordaron discutir la posible liquidación de Diagnosticarte S.A.S. y, además, convinieron que Mauricio Vélez Cadavid dejaría de participar en las operaciones de Hospitalar Group S.A. y Serviucis S.A. (vid. Folios 4272 y 4273). En cuanto a la inversión conjunta que había permitido la adquisición de la Clínica Sagrado Corazón por conducto de IHC S.A.S. y NCSC S.A.S., se estableció que 'Edwin Gil venderá sus acciones a Mauricio Vélez o a quien éste designe' (vid. Folio 4274).

Una vez acordado que Edwin Gil Tobón enajenaría su inversión de capital en la Clínica Sagrado Corazón —por medio de la venta de su participación accionaria en IHC S.A.S.— se estableció un mecanismo para la determinación del precio y la forma de pago correspondiente. Para tales efectos, el 7 de julio de 2011, un grupo de accionistas de IHC S.A.S. representantes del 69.57% de las acciones emitidas y en circulación de la compañía, acordaron designar a Mauricio Toro y Rodrigo Velásquez, para adelantar todas aquellas gestiones 'que permitan la negociación con la Sociedad Serviucis S.A.S., negociación que se hará con el señor Edwin Gil o con la persona que éste delegue, para lo cual, los señores Toro y Velásquez quedan con las más amplias facultades para el cumplimiento del encargo conferido, pudiendo entre otros aspectos: (i) Establecer el valor de las acciones, y (ii) Acordar la forma de pago y los términos de la negociación' (vid. Folio 4285). Por su parte, Edwin Gil Tobón designó a Mauricio Tamayo y Mauricio

¹¹ Id., (40:28).

¹² Cfr. Grabación de la declaración de Edwin Gil Tobón en la audiencia celebrada el 21 de marzo de 2013, folio 443 del expediente (59:09).

¹³ Cfr. Grabación de la declaración de Mauricio Vélez Cadavid en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (21:37).

Ortega para participar en el proceso de negociación de las condiciones bajo las cuales se liquidaría su inversión en la Clínica Sagrado Corazón.¹⁴

El 31 de julio de 2011, Mauricio Vélez Cadavid le envió una carta a Edwin Gil Tobón, en la que se manifestó lo siguiente: ‘De acuerdo con lo convenido entre nosotros dos, yo le compro la totalidad de sus acciones al valor que usted invirtió ajustado por el costo financiero [...]. Le reitero que mi intención es terminar de la mejor forma posible con usted todas las relaciones comerciales que tenemos’ (vid. Folio 4287). En respuesta a esta comunicación, el señor Gil rechazó, en los siguientes términos, la fórmula de determinación del precio propuesta por Mauricio Vélez Cadavid: ‘Suena particularmente extraño que usted acuda a supuestos acuerdos entre los dos en lo correspondiente a INVERSIONES HOSPITALARIAS Y CLÍNICAS, cuando por otro lado se han desconocido compromisos y acuerdos relacionados con la operación de DIAGNOSTICARTE; y en tal sentido, queda un sinsabor en que usted pretenda desconocer compromisos y pagos pendientes [...] y con esos recursos, sin un mecanismo justo y claro, y buscando un financiamiento que nunca se discutió, comprar al costo nuestra participación en la Clínica’ (vid Folio 4291).

Durante el mes de agosto de 2011, Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid sostuvieron conversaciones encaminadas a finiquitar sus inversiones recíprocas en Diagnosticarte S.A. y en la Clínica Sagrado Corazón. Así, por ejemplo, en una carta del 10 de agosto, Mauricio Vélez Cadavid le manifestó a Edwin Gil que ‘usted plantea que una de las metodologías utilizadas para esta terminación podría ser la denominada *voy o van*, alternativa que por el momento veo difícil de aceptar en la medida que son dos negocios distintos con distintos socios adicionales y con características muy especiales [...]. Le reitero que tengo mi mejor voluntad y un genuino interés de encontrar una salida equitativa, justa y rápida para terminar nuestra relación societaria’ (vid. Folio 4291). Por su parte, Edwin Gil Tobón presentó su respuesta el 17 de agosto, en la que señaló lo que se transcribe a continuación: ‘Para poder sentar las bases sobre la realidad [...] se vuelve de importancia recordar que independientemente de quién hubiera sido el de la idea de Clínica, fui yo el que personalmente lo autoricé a usted, para que a nombre de las empresas que represento liderara el proyecto [...]. Teniendo claro lo anterior, una vez más insisto en la metodología del “Voy o Van” como mecanismo para poder resolver el tema societario en donde ambos promotores tengan las mismas posibilidades de salir o quedarse con las acciones del otro [...]’ (vid. Folio 4293). Por lo demás, el 30 de agosto, Mauricio Vélez Cadavid le expresó lo siguiente a Edwin Gil Tobón, en una carta que fue aportada durante el curso del presente proceso: ‘[...] el motivo de la situación actual de nuestras relaciones obedece a las grandes diferencias filosóficas que tenemos, a la forma diferente de ver los negocios y, entre otras cosas adicionales, a los permanentes cambios en las reglas de juego y los acuerdos que hacíamos los dos [...]. En referencia a Inversiones Hospitalarias y Clínicas, el grupo de accionistas que representa aproximadamente el 70% de las acciones, nombramos a Mauricio Toro

¹⁴ Id.

Bridge y a Rodrigo Velásquez Uribe como nuestros representantes y negociadores ante ti, por lo que será con ellos que se discuta tu propuesta' (vid. Folio 4295).

Un par de meses después, en octubre de 2011, Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid, junto con varias personas vinculadas, celebraron diversos negocios jurídicos, incluido un contrato de transacción, con el propósito de liquidar sus inversiones conjuntas en Diagnosticarte S.A.S. y precaver litigios futuros en lo relacionado con Hospitalar Group S.A. (vid. Folios 4298 a 4326). Además, en un correo electrónico remitido por Rodrigo Velásquez el 4 de octubre, se alude a la aprobación de 'un código de buen gobierno en la clínica' (vid. Folios 1089 y 1090). Esta propuesta fue reiterada durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S celebrada el 21 de diciembre de 2011, tal y como consta en el punto cuarto del acta No. 5 (vid. Folio 707).

Por lo demás, a finales del año 2011, Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid sostuvieron conversaciones telefónicas acerca de la posible adquisición, por parte de este último sujeto, de las acciones que Serviucis S.A. detentaba en IHC S.A.S.¹⁵

3. Remoción de Serviucis S.A. como miembro principal de la junta directiva de NCSC S.A.S.

De conformidad con los estatutos de NCSC S.A.S., la junta directiva de la compañía está conformada por cinco miembros, los cuales 'durarán en el ejercicio de sus funciones por el término de dos (2) años, contados a partir de la fecha en que se hizo la elección' (vid. Folio 52). Según aparece en la Tabla No. 2, Serviucis S.A. fue designada como miembro principal de la junta directiva de NCSC S.A.S al momento de la constitución de esta última compañía, vale decir, el 19 de enero de 2011. A pesar de que el período estatutario de los miembros de la junta directiva expiraba en enero de 2013, Serviucis S.A. fue removida del mencionado órgano social durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de NCSC S.A.S celebrada el 26 de marzo de 2012 (vid. Folio 1179 a 1196). Según consta en el acta No. 8, Jorge Alberto Arango Espinosa fue nombrado en el escaño que ocupaba Serviucis S.A., por el voto unánime de los dos accionistas presentes (vid. Folio 1195). El Despacho también pudo constatar que, durante la mencionada reunión del 26 de marzo, Mauricio Vélez Cadavid ejerció los derechos políticos correspondientes al 70% de las acciones en circulación de NCSC S.A.S., en su calidad de representante legal de IHC S.A.S. (vid. Folio 1179).

Posteriormente, el 27 de marzo de 2012, se celebró la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S. En esa oportunidad, Edwin Gil Tobón, en su calidad de apoderado de Serviucis S.A., les propuso a los accionistas presentes 'nombrar la plancha para Junta de la NUEVA CLÍNICA SAGRADO CORAZÓN S.A.S. y que SERVIUCIS S.A conserve un miembro de Junta en dicha Sociedad' (vid. Folio 1104). Según lo consignado en el acta No. 6 del máximo órgano de IHC S.A.S., Mauricio Vélez Cadavid tomó la palabra para señalar que '[...] este es un tema ajeno a esta Asamblea,

¹⁵ Cfr. grabación de la declaración de Mauricio Vélez en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (1:46:50).

y que en dicha Sociedad se nombró Junta el pasado Lunes Marzo 26. No obstante lo anterior, la proposición de nombrar una nueva plancha para presentar nuevamente ante una asamblea extraordinaria de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. es votada negativamente por todos los asistentes, salvo por Edwin Gil Tobón' (vid. Folio 1104). Una propuesta similar fue presentada durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S. celebrada el 25 de mayo de 2012. En esa oportunidad, ante la insistencia de Edwin Gil Tobón y su apoderado en cuanto a la necesidad de restituir a Serviucis S.A. en la junta directiva de NCSC S.A.S., Mauricio Vélez Cadavid señaló que 'la Junta Directiva fue nombrada en la pasada Asamblea de Accionistas de la Sociedad Nueva Clínica Sagrado Corazón y [...] no existen razones para cambiar la misma, pues no media renuncia de ninguno de sus integrantes, y la junta actual está realizando un buen trabajo en la dirección de la sociedad' (vid. Folio 315). Por consiguiente, la propuesta de Edwin Gil Tobón fue rechazada mediante el voto de accionistas representantes del 69.57% del capital suscrito de IHC S.A.S.

4. Actuaciones posteriores a la remoción de Serviucis S.A.

Con posterioridad a lo explicado en la sección anterior, los accionistas de IHC S.A.S. se reunieron en diversas ocasiones, a fin de discutir asuntos tales como la participación de Serviucis S.A. en la junta directiva de NCSC S.A.S. y la posible enajenación de las acciones de propiedad de IHC S.A.S. en esa compañía. Durante las sesiones asamblearias celebradas con posterioridad al 25 de mayo de 2012, los diferentes apoderados de Serviucis S.A. presentaron constancias en las que manifestaban su desacuerdo con la determinación de excluir a esa compañía de la administración de NCSC S.A.S. (vid. Folios 312 y siguientes). En el curso de las reuniones señaladas también se estableció el procedimiento requerido para enajenar el principal activo de IHC S.A.S., es decir, el 70% de las acciones de NCSC S.A.S. Es así como el 13 de julio de 2012 se aprobó, por el voto unánime de los accionistas de IHC S.A.S, incluido Serviucis S.A., el procedimiento para la enajenación global de activos (vid. Folio 330).

En el curso del proceso de venta a que se ha hecho referencia, los accionistas de IHC S.A.S. decidieron aceptar la propuesta formulada por Inversiones YM S.A. el 23 de noviembre de 2012 (vid. Folio 495). Ciertamente, según consta en el acta No. 10, correspondiente a la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S. celebrada el 4 de diciembre de 2012, la oferta de Inversiones YM S.A. fue aceptada mediante el voto favorable de los representantes del 56.25% del capital suscrito de la compañía, con el voto negativo de Serviucis S.A. (vid. Folio 344). Durante la referida sesión también se aprobó la disolución anticipada de IHC S.A.S. mediante el voto unánime de los accionistas presentes (vid. Folio 345). Finalmente, durante la reunión ordinaria del máximo órgano de IHC S.A.S., celebrada el 7 de marzo de 2013, Mauricio Vélez Cadavid presentó su informe final de liquidación, el cual fue aprobado mediante el voto favorable de los accionistas presentes en la reunión, quienes representaban el 69.57% del capital de la compañía. (vid. Folios 342 al 346).

III. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante este Despacho está orientada a establecer si la decisión de remover a Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. adolece de nulidad absoluta por abuso del derecho de voto, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. Para resolver el caso presentado ante el Despacho, es indispensable formular algunas consideraciones acerca del ejercicio del derecho de voto en las sociedades por acciones simplificadas. Lo primero que debe decirse es que este Despacho no suele interferir con las decisiones adoptadas por accionistas y administradores en la gestión de los asuntos internos de una compañía. Así, por ejemplo, en el caso de Apolinar Martínez contra Ferretería Álvaro Martínez S.A. en liquidación, este Despacho desestimó las pretensiones del demandante, orientadas a controvertir la designación del representante legal como liquidador de la sociedad.¹⁶ El fundamento de las pretensiones del demandante apuntaba a que el aludido funcionario no había presentado suficiente información para que los accionistas aprobaran el informe de gestión requerido bajo el artículo 230 del Código de Comercio. En esa oportunidad, el Despacho señaló que los jueces no deben ‘inmiscuirse en la gestión de los asuntos internos de una compañía, a menos que se acredite la existencia de actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. [...] la acción presentada por Apolinar Martínez Barrantes no busca demostrar que se presentó una actuación de la naturaleza indicada, sino simplemente recurrir al supuesto incumplimiento de una formalidad para alegar la nulidad de una decisión aprobada por accionistas representantes del 92.67% del capital de Ferretería Álvaro Martínez S.A. Debe reiterarse, pues, que a los accionistas de la compañía les pareció que la información suministrada por Álvaro Martínez Gomez fue suficiente para justificar su designación como liquidador y, posteriormente, aprobar su gestión el 18 de abril de 2013’.¹⁷

Así mismo, en el caso de Aldemar Tarazona y otros contra Alexander Ilich León Rodríguez, este Despacho rechazó pretensiones que buscaban controvertir una decisión de negocios adoptada por el demandado en su calidad de representante legal de la sociedad Pharmabroker S.A.S. C.I. En la sentencia No. 801-0072 del 11 de diciembre de 2013, el Despacho concluyó que ‘no le corresponde a esta entidad, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, escudriñar las decisiones de negocios que adopten los empresarios, salvo en aquellos casos en los que se acrediten actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. [...] los demandantes pretenden obtener una indemnización de perjuicios, para lo cual invocan la desacertada política de precios que fijó el señor León Rodríguez para la venta de medicamentos, en su calidad de gerente de Pharmabroker S.A.S. C.I. Sin embargo, el Despacho no encuentra que con la decisión en comento se haya transgredido el régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales en Colombia. Ciertamente, las pruebas disponibles apuntan a que la fijación de los aludidos precios obedeció a una simple decisión de negocios del señor León Rodríguez. En este sentido, los demandantes no demostraron la existencia de

¹⁶ Sentencia No. 801-0059 del 4 de diciembre de 2013.

¹⁷ Id.

conflictos de interés o circunstancias irregulares que pudiesen comprometer el ejercicio objetivo del cargo de administrador por parte de Alexander Ilich León Rodríguez’.

Ahora bien, como ya se dijo, existen circunstancias que podrían llevar al Despacho a examinar las decisiones adoptadas por los accionistas y administradores de una compañía en el curso de la gestión de los negocios sociales. Una de tales situaciones está relacionada con el ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de un accionista mayoritario. La intervención judicial en hipótesis de esta naturaleza encuentra amplia justificación en la doctrina societaria comparada.¹⁸ Para Reyes Villamizar, ‘la figura del abuso del derecho se ha convertido en uno de los expedientes más relevantes de protección de los derechos de los accionistas en los regímenes societarios contemporáneos. Debido a la complejidad de las situaciones que se suscitan en el ámbito de las sociedades, el simple análisis relativo a la observancia de reglas legales o contractuales suele ser insuficiente y, en no pocas ocasiones, puede conducir a la imposibilidad de detectar el verdadero alcance de conductas contrarias a Derecho’.¹⁹

Debe señalarse, en este orden de ideas, que en la Unión Europea existen múltiples precedentes jurisprudenciales en los que se deja claro que ‘los accionistas mayoritarios no pueden ejercer sus derechos de voto para satisfacer sus intereses personales (en lugar del interés social), en detrimento de los demás accionistas’.²⁰ También son relevantes los importantes desarrollos que se han presentado sobre la materia en los países pertenecientes a la tradición jurídica del *common law*. En estos sistemas se han diseñado novedosos mecanismos de protección para que los accionistas minoritarios puedan defenderse en contra de las actuaciones abusivas de los controlantes.²¹ El fundamento de estas protecciones radica en la notoria situación de indefensión en la que suelen encontrarse los accionistas minoritarios de una sociedad cerrada.²² Esta desventajosa posición suele agravarse por la imposibilidad, profusamente descrita en la doctrina especializada, de anticiparse al amplio espectro de diferencias que podrían surgir entre las partes.²³ Más aún, según la opinión de Thompson, ‘[...] los sujetos que conforman una sociedad cerrada suelen tener dificultades a la hora de diseñar reglas para dirimir desavenencias futuras. [...] el simple hecho de proponer soluciones para eventuales conflictos podría erosionar la confianza requerida para que la relación funcione adecuadamente desde sus inicios’.²⁴ Es por ello que en los países de tradición

¹⁸ Para un análisis acerca de los problemas que suelen presentarse entre los accionistas mayoritarios y minoritarios en las sociedades cerradas, cfr. a J Armour, H Hansmann y R Kraakman, ‘Agency Problems and Legal Strategies’ en R Kraakman y otros others (eds), *The Anatomy of Corporate Law* (2009, OUP, Oxford); RJ Gilson, *Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy* (2006) 119 HARV L REV 1641 y a FH Easterbrook y D Fischel, *Close Corporations and Agency Costs* (1986) 38 STAN L REV 271.

¹⁹ FH Reyes Villamizar, *SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada* (2013a, 2ª Ed., Editorial Legis, Bogotá) 136.

²⁰ PH Conac, L Enriques y M Gelter, *Constraining Dominant Shareholders’ Self-dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy* (2007) ECGI Working Paper No. 88, 13.

²¹ FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario en los Estados Unidos y la Unión Europea* (2013b, 4ª Ed, Editorial Legis) 177; PL Davies, *Principles of Modern Company Law* (8ª Ed, Sweet & Maxwell, Londres 2008) 681-708.

²² FH Reyes Villamizar, (2013b) 176.

²³ Cfr. por ejemplo, a RB Thompson, *Allocating the Roles for Contracts and Judges in the Closely Held Firm* (2010) Georgetown Business, Economics and Regulatory Law Research Paper No. 2.

²⁴ Id., 10.

jurídica anglosajona existen numerosos antecedentes en los que se alude a los deberes fiduciarios a cargo de los accionistas mayoritarios, así como a las acciones judiciales de abuso contra los minoritarios (*oppression remedy*) y de discriminación indebida (*unfair prejudice*).²⁵

En Colombia, la figura del abuso del derecho de voto se encuentra prevista en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, a cuyo tenor, ‘se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas’. La figura analizada se presenta en aquellos casos en los que ‘a pesar de observarse las normas sustanciales (sobre convocatoria, quórum, mayorías decisorias, etc.) se busca un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación’.²⁶ Así, pues, tras la consagración legal de este mecanismo de protección, existen entre nosotros criterios claramente definidos para identificar el posible ejercicio abusivo del derecho de voto. De ahí que, para los efectos del presente caso, el Despacho deba establecer si la finalidad con la que se ejercieron los derechos de voto objeto de análisis excedió el ámbito de lo permisible a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.

Debe aclararse, desde ya, que el análisis requerido para establecer si se configuró una actuación abusiva comporta, necesariamente, un estudio del trasfondo real de las relaciones entre los sujetos involucrados en el presente proceso. Por este motivo, el Despacho debe rechazar nuevamente los argumentos de la apoderada de la sociedad demandada en el sentido de que Serviucis S.A., en su calidad de accionista de IHC S.A.S., no puede controvertir las decisiones adoptadas en el máximo órgano social de NCSC S.A.S. Según se expresó en el acápite de Hechos, IHC S.A.S no sólo fue constituida con el propósito exclusivo de efectuar una inversión en NCSC S.A.S., sino que, además, el desarrollo de su objeto social estuvo limitado a la administración de su participación en el capital de NCSC S.A.S. En verdad, según lo expresado por Rodrigo Velásquez durante la reunión asamblearia en la que se aprobó la venta de las acciones de propiedad de IHC S.A.S. en NCSC S.A.S., ‘en virtud de la aprobación de la enajenación del único activo de la Sociedad INVERSIONES HOSPITALARIAS Y CLÍNICAS S.A.S. [sus acciones en NCSC S.A.S.], no existe ánimo societario que justifique la existencia jurídica de la Sociedad, al extinguirse su objeto que no era otro distinto que servir de vehículo de Inversión en Salud’ (vid. Folio 344).

También deben reiterarse los argumentos formulados por este Despacho en el Auto No. 801-016014 del 19 de noviembre de 2012, en el cual se expresó lo siguiente: ‘[...] el demandante, en su calidad de antiguo miembro de la junta directiva de NCSC, con un

²⁵ Cfr. a B Means, A Voice-Based Framework for Evaluating Claims of Minority Shareholder Oppression in the Close Corporation (2009) 97 GEORGETOWN L.J. 1207 (análisis acerca de los deberes fiduciarios que los accionistas mayoritarios les deben a los minoritarios); DK Moll, Shareholder Oppression in Texas Close Corporations: Majority Rule (still) Isn't What It Used To Be (2008) 9 HOUS. BUS. & TAX L.J. 34 (estudio sobre la acción por abuso en contra de los minoritarios o, por su nombre en inglés, *oppression remedy*) PL Davies, Principles of Modern Company Law (2008, 8ª Ed, Sweet & Maxwell, Londres) 681-708 (análisis acerca de la acción de discriminación indebida o *unfair prejudice*).

²⁶ FH Reyes Villamizar (2013a) 135.

interés económico legítimo y vigente en la compañía, presentó una acción de abuso del derecho de voto para controvertir una decisión que, en su criterio, estuvo encaminada a favorecer a un sujeto que detenta la calidad de representante legal y accionista de IHC, la sociedad de inversión que es propietaria del 70% de las acciones ordinarias de NCSC. La conjugación de los anteriores elementos le permite concluir al Despacho que Serviucis S.A. está legitimada para formular la demanda presentada'. Finalmente, como se verá más adelante, el Despacho encontró suficientes pruebas para concluir que Serviucis S.A. no sólo se encontraba en una posición minoritaria en IHC S.A.S., sino que, por virtud de la decisión controvertida en este proceso, fue excluida de cualquier participación directa en la gestión de los negocios sociales de NCSC S.A.S.

Ahora bien, de conformidad con los argumentos formulados por el apoderado de la sociedad demandante, el Despacho deberá analizar, en primer término, si la decisión de remover a Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. tuvo la virtualidad de causar un perjuicio o promover una ventaja injustificada, para luego indagar si el bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid ejerció los derechos de voto correspondientes con la intención manifiesta de generar los efectos antes mencionados.²⁷

A. Los efectos de la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S.

El apoderado de Serviucis S.A. ha manifestado que la decisión controvertida en este proceso le generó graves perjuicios a esa compañía, por cuanto le impidió participar en las reuniones de la junta directiva de NCSC S.A.S.²⁸ Sin embargo, tanto Mauricio Vélez Cadavid como la apoderada de la sociedad demandada consideran que esa determinación se aprobó en ejercicio de los derechos inherentes a la calidad de accionista, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico colombiano.²⁹

Para comenzar con el análisis correspondiente, debe decirse que, bajo la regla del artículo 198 del Código de Comercio, los administradores de las sociedades constituidas en Colombia son libremente removibles. También es claro para el Despacho que deben respetarse los resultados obtenidos al aplicarse los mecanismos de votación previstos en la ley para elegir a tales funcionarios. No obstante, este Despacho también ha puesto de presente que la participación de un accionista minoritario en la junta directiva de

²⁷ Es claro que el simple hecho de que Serviucis S.A. haya sido removida de la junta directiva de NCSC S.A.S., en lugar de la de IHC S.A.S., no desvirtúa la posible existencia de una actuación abusiva. En verdad, los argumentos de la sociedad demandante aluden al ejercicio irregular del derecho de voto, por parte de un bloque de accionistas mayoritarios, con la finalidad de obtener una ventaja injustificada a expensas de Serviucis S.A. Se trata, pues, de la hipótesis regulada en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008.

²⁸ Según se anota en la demanda, 'para el caso que nos ocupa y, con base en lo anteriormente mencionado, la decisión de remover a Serviucis de la junta directiva de NCSC, que posteriormente fue ratificada por la asamblea general de accionistas de IHC, se puede enmarcar, de manera clara, en una situación de abuso del derecho, ya que su única finalidad fue la de privar a Serviucis de tener acceso directo a la información y al desarrollo de los negocios de la que constituye la única inversión de ICH, sociedad en la que además, es el accionista mayoritario' (vid. Folio 10).

²⁹ 'Es claro que la razón de ser del cambio de junta en Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. tenía dos causas lícitas. Primero, recomponer la junta ante la renuncia de uno de sus miembros (Luis Fernando Bravo) y, la otra, integrar una junta que asumiera responsablemente la administración de la clínica' (vid. Folio 4918).

una sociedad puede ser un importante mecanismo para la defensa de sus intereses, ante las posibles actuaciones abusivas del controlante, particularmente en hipótesis de conflictos intrasocietarios. Así, por ejemplo, la designación de directores que sean independientes del mayoritario podría facilitar la detección temprana de conductas anómalas. Sobre el particular, puede consultarse el Auto No. 700-008103 del 10 agosto 2012, emitido en el caso de Vergel & Castellanos S.A. contra Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., en el cual este Despacho expresó lo siguiente: ‘Es frecuente que la posibilidad de que un accionista minoritario designe a uno o varios administradores se convierta, en la práctica, en un mecanismo idóneo para la defensa de sus intereses ante posibles actuaciones opresivas en su contra. No se trata, por supuesto, de administradores nombrados con el único propósito de servir los intereses del accionista minoritario, por cuanto ello iría en contra de lo preceptuado en el artículo 23 de la Ley 222, citada. El punto es simplemente que el nombramiento de administradores que no tengan vínculos con los accionistas controlantes podría, a lo menos, facilitar la detección de conductas irregulares en el curso de la gestión social. Por este motivo, existen conflictos societarios en los que la [destitución de ciertos administradores] haría más vulnerable a un accionista minoritario frente a las [posibles] actuaciones abusivas de los controlantes’.

En este punto debe decirse que la idea expresada en el párrafo anterior no es en absoluto novedosa, sino que, por el contrario, ha sido explorada con amplitud en el ámbito del derecho societario comparado. Para Davies, por ejemplo, ‘un expediente [...] idóneo para proteger a los accionistas minoritarios consiste en asegurar que tales sujetos ocupen un escaño en la junta directiva. Ello les permitiría participar de las decisiones que se adopten en ese órgano social [...] o, a lo menos, informarse acerca de las actividades de la junta’.³⁰ Ciertamente, no es extraño que un accionista minoritario exija una participación en los órganos de administración, ‘con el propósito de fiscalizar en forma directa su inversión de capital, en vista de las dificultades para vender su participación en la compañía si está en desacuerdo con la gestión de los negocios sociales’.³¹

La importancia que puede revestir la participación en la junta directiva de una compañía ha impulsado la introducción, no siempre acertada, de mecanismos de votación que buscan la inclusión forzosa de los accionistas minoritarios en ese órgano social. Bajo la regla prevista en el artículo 197 del Código de Comercio, por ejemplo, ‘siempre que en las sociedades se trate de elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado, se aplicará el sistema del cuociente electoral’.³² En criterio de Pinzón, esta disposición busca ‘no solo [...] la colaboración de varias personas en la administración de la empresa social, sino también la representación en dichas juntas de los diversos grupos o tendencias que puedan formarse en el seno de una asamblea general, para que el voto del socio sea eficaz no solamente para aprobar o improbar las

³⁰ P Davies, *The Board of Directors: Composition, Structure, Duties and Powers* (2000) OECD Working Paper, 12-13.

³¹ DK Moll: *Minority Oppression & The Limited Liability Company: Learning (or Not) from Close Corporation History* (2005) 40 W FOREST L REV 942.

³² Una disposición similar puede encontrarse en el artículo 436 del Código de Comercio.

cuentas o los actos de los administradores, sino también para designar o elegir a esos funcionarios encargados de la gestión de los negocios sociales'.³³

No debe olvidarse, sin embargo, que la imposición forzosa de sistemas de votación tales como el del cuociente electoral ha sido criticada, con bastante razón, en el derecho comparado. Según informa Reyes, 'en otros sistemas jurídicos se ha considerado inconveniente y poco práctica la presencia imperativa de las minorías en la junta directiva, de manera que no se impone la utilización de sistemas [...] diseñados para asegurar que los accionistas minoritarios puedan acceder al órgano de administración'.³⁴ El citado autor agrega, a renglón seguido, que, en las sociedades por acciones simplificadas, la libertad prevista para establecer sistemas de votación diferentes del cuociente electoral facilitará 'las relaciones entre los diferentes bloques de accionistas, mediante reglas de juego menos rígidas y más adecuadas a las estructuras de asociación propias de las sociedades cerradas'.³⁵

Aunque en muchos países se ha suprimido la exigencia normativa de concederle escaños al minoritario en los órganos directivos, las cortes suelen examinar, con atención, aquellos casos en los que se determina expulsar a un accionista que ya ocupaba un cargo en la administración social. En verdad, los nocivos efectos derivados de la remoción malintencionada del minoritario de la junta directiva han llevado a que esta clase de decisiones se debatan, con bastante frecuencia, ante los estrados judiciales.³⁶ En Australia, por ejemplo, la exclusión del minoritario de la administración social es la principal causa para iniciar acciones legales en contra de los accionistas mayoritarios.³⁷ En la jurisprudencia de países como Francia y Canadá también pueden encontrarse antecedentes relevantes respecto de la intervención judicial en casos de remoción de un accionista minoritario de la junta directiva de una compañía.³⁸ En muchos de estos casos, la intervención de las autoridades judiciales se justifica en la medida en que la exclusión del minoritario obedezca, principalmente, a la intención premeditada de perjudicarlo o de favorecer al accionista mayoritario o a un tercero.

Por su parte, en la doctrina estadounidense se ha concluido que la decisión de expulsar a un accionista minoritario de la junta directiva amerita una cercana indagación judicial. Según Means, 'los jueces deben preguntarse si la decisión controvertida tuvo por efecto

³³ G Pinzón, *Sociedades Comerciales* (1982, Tomo I, 4ª Ed., Editorial Temis, Bogotá) 206.

³⁴ FH Reyes Villamizar (2013a) 253.

³⁵ Id. 256.

³⁶ Además de facilitar el acceso a la información sobre la actividad de la compañía, la designación de accionistas en cargos de administración suele ser uno de los principales medios para repartir las utilidades generadas en una sociedad cerrada. Por este motivo, la expulsión de un minoritario de un cargo de esa naturaleza puede privarlo de obtener retornos sobre su inversión en la sociedad. Cfr. a RB Thompson (2010) y a FH Reyes Villamizar (2013b) 176.

³⁷ Según el estudio empírico realizado por Ramsay, el 40.9% de la totalidad de acciones por el abuso de los accionistas mayoritarios (oppression remedies) está relacionado con el asunto analizado en el texto principal Cfr. a IM Ramsay, *An Empirical Study of the Use of the Oppression Remedy* (1999) 27 AUS BUS L REV 23.

³⁸ Para el caso de Francia, puede verse la sentencia del 2 de julio de 2002, emitida por la Sección Tercera de la Corte de Apelaciones de París. En Canadá, debe consultarse la sentencia emitida por la Corte Suprema de Columbia Británica en el proceso iniciado por Carlos Diligenti contra RWMD Operations Kelowna Ltd. y otros (1976, 1 B.C.J. 38, 1 B.C.L.R. 36). Para un análisis de este último caso, cfr. a B Cheffins, *The Oppression Remedy in Corporate Law: The Canadian Experience* (1988) 10 UNIV PENN J INT BUS L 3.

[...] entorpecer el acceso del accionista minoritario a la información de la compañía y su capacidad de tener alguna injerencia en la gestión de los negocios sociales [...]. Por ejemplo, si el minoritario fue removido de la junta directiva, la conducta del accionista mayoritario debería ser objeto de un cuidadoso análisis por parte del juez que reciba una demanda en contra de la mencionada determinación asamblearia'.³⁹ Ello se debe a que la remoción del minoritario de la junta directiva 'reduce notablemente su acceso a la información de lo que acontece en la compañía y, en consecuencia, su posibilidad de defenderse en contra de operaciones abusivas'.⁴⁰

En las cortes estadounidenses también se ha censurado la expulsión de los accionistas minoritarios de la administración social, cuando con tal actuación se busca, primordialmente, perjudicar a tales sujetos, sin que medie un verdadero propósito de negocios. En el frecuentemente citado caso de *Wilkes v Nursing Homes Springside Inc.*, la Corte Suprema del Estado de Massachusetts consideró que los accionistas mayoritarios habían violado sus deberes fiduciarios respecto del señor Stanley J. Wilkes, quien detentaba una participación minoritaria en la compañía demandada.⁴¹ Luego de pertenecer a la junta directiva de *Nursing Homes Springside Inc.* durante varios años, el señor Wilkes fue removido de su cargo tras el surgimiento de un conflicto con los propietarios de un porcentaje mayoritario en el capital de la compañía. Para resolver este caso, la referida corte aludió a los graves perjuicios que podían derivarse de la remoción de un accionista minoritario de su cargo como director, con fines eminentemente lesivos. En sus palabras, 'la expulsión de un minoritario en los términos descritos puede restringir, de manera notable, su participación en la administración de los negocios sociales, en forma tal que quede relegado al simple ejercicio de sus derechos como asociado. Es decir que, al remover al accionista minoritario de la junta directiva [...], el controlante puede hacer desvanecer las expectativas económicas que inicialmente llevaron al minoritario a invertir en la sociedad'.⁴² Sin embargo, la Corte aclaró que la simple remoción del minoritario de la junta directiva no era suficiente para que se configurara una actuación abusiva en su contra. En la sentencia correspondiente se concluye que las actuaciones de los mayoritarios buscaron perjudicar al señor Wilkes en forma deliberada, sin que pudiera acreditarse un propósito legítimo para justificar su remoción de la junta directiva.⁴³

A la luz de lo expresado, debe ahora examinarse el posible impacto negativo que tuvo la remoción de *Serviucis S.A.* de la junta directiva de *NCSC S.A.S.* Tras analizar el voluminoso expediente del proceso, el Despacho encontró diversos elementos probatorios que apuntan a la importancia que revestía para *Serviucis S.A.* participar en el órgano directivo a que se ha hecho referencia. Es claro, por ejemplo, que *Serviucis* ostentaba la calidad de accionista minoritario en *IHC S.A.S.*, el vehículo de inversión constituido con el propósito de administrar su participación en la Clínica Sagrado Corazón. En

³⁹ B Means (2009) 1242.

⁴⁰ DK Moll (2005) 943.

⁴¹ 353 N.E. 2d 657 (Mass. 1976).

⁴² Id., 663.

⁴³ Id., 664.

efecto, el grupo de accionistas liderado por Mauricio Vélez Cadavid—propietarios del 69.57% de las acciones en circulación de IHC S.A.S—ejercía las potestades propias de un accionista mayoritario, al paso que Serviucis S.A. se encontraba, claramente, en la minoría. Ello puede apreciarse tanto en los antecedentes que condujeron a la constitución del mencionado vehículo de inversión, como en los patrones de votación en los órganos sociales de la compañía y el comportamiento de los sujetos titulares del 69.57% de las acciones de IHC S.A.S.

En primer lugar, las pruebas consultadas por el Despacho permiten concluir que todos los inversionistas de IHC S.A.S., diferentes de Serviucis S.A., guardan alguna relación con Mauricio Vélez Cadavid. Debe decirse, en este sentido, que el señor Vélez Cadavid fue el encargado de reunir al grupo de inversionistas que adquirieron acciones en IHC S.A.S. con posterioridad al momento de su constitución.⁴⁴ Según lo expresado por el aludido sujeto durante su testimonio, ‘invité a otras personas, que son, básicamente, todos los socios que hay en Inversiones Hospitalarias y Clínicas, excepto Edwin Gil [...] todos los socios de Inversiones Hospitalarias son socios de [Industrias Médicas Sampetro S.A.S.]’.⁴⁵ En la siguiente Tabla se resume la información recibida durante el testimonio del señor Vélez Cadavid, respecto de sus relaciones con los inversionistas en comento:

Tabla 5
Vínculos entre los inversionistas de IHC S.A.S. y Mauricio Vélez Cadavid

2012-801-052	Porcentaje de participación	Explicación rendida por Mauricio Vélez durante su testimonio ⁴⁶
Medicarte S.A.	8,68%	‘En mayo del 2008 inicio Medicarte S.A., que es una sociedad anónima en la que nos enfocamos, en ese entonces, a hacer gestión holística del riesgo [...] de personas con enfermedades crónicas y tratamientos costosos’. ⁴⁷
María Isabel Arango Cadavid	11,32%	Accionista de Medicarte S.A. (vid. Folio 605)
Mauricio Toro Restrepo	4,41%	‘Es socio mío en Inversiones HyC, [...] es ingeniero mecánico y es empleado de Industrias Médicas San Pedro y él, también tiene una participación en Inversiones oportunas que tiene a Industrias Médicas San Pedro’.

⁴⁴ ‘Efectivamente [Mauricio] presentó un grupo de inversionistas’. Cfr. grabación de la declaración de Edwin Gil Tobón en la audiencia celebrada el 21 de marzo de 2013, folio 443 del expediente (32:25). Frente a este tema, Edwin Gil, en comunicación dirigida a Mauricio Vélez, señaló lo siguiente: ‘Bien es claro que con el espacio generado en frente a la no participación del grupo de la EPS, acordamos en que usted buscaba unos inversionistas para el cupo libre de una tercera parte, los cuales fueron conseguidos por usted y motivados igualmente en diferentes reuniones, con la participación de ambos’ (vid. Folio 4293). Por su parte, Mauricio Vélez manifestó lo siguiente: ‘decidí junta a todos los socios de [IHC S.A.S.]’ Cfr. Grabación de la declaración de Mauricio Vélez Cadavid en la audiencia del 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (53:27)

⁴⁵ Cfr. Grabación de la declaración de Mauricio Vélez Cadavid en la audiencia del 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (13:16). El Despacho pudo establecer que Industrias Médicas Sampetro S.A.S. es una sociedad vinculada a Mauricio Vélez Cadavid (vid. Folio 939 a 940).

⁴⁶ Cfr. Grabación de la declaración de Mauricio Vélez Cadavid en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (3:40:27).

⁴⁷ Id., (7:40:).

2012-801-052	Porcentaje de participación	Explicación rendida por Mauricio Vélez durante su testimonio ⁴⁶
Amalia Toro Restrepo	4,41%	‘Ella es hermana de Mauricio Toro Restrepo [...] es la hija de Mauricio Toro Bridge y la hermana de Mauricio Toro Restrepo. Amalia Toro Trabaja en el Éxito y no tiene nada que ver más con ningún [negocio]. [Mauricio Toro Bridge] fue jefe mío durante 10, 11 o 12 años y tengo un gran sentimiento de aprecio y gratitud con él y una relación de amistad con él’.
Luz Victoria Botero Martínez	2,94%	‘Esa es la esposa de Rodrigo Velásquez. [...] Rodrigo Velásquez [...] es el presidente de Banca de Inversión Bancolombia y es socio ahí y la familia de él también tiene en San Pedro, en Inversiones Oportunas’.
Alejandro Piedrahita Borrero	1,47%	‘Es una persona también amiga mía, la conozco mucho, trabajamos juntos en Susalud hace muchísimos años, luego incluso coincidimos cuando vivimos en Inglaterra, él es vicepresidente de inversiones de Banca de Inversión Bancolombia y él, no sé si él o una cuñada o él y la cuñada, la familia de él, también están en Industrias Médicas San Pedro, a través de Inversiones Oportunas’.
Jorge Andrés Botero Soto	2,21%	‘A ese sí no lo conocía pues de vista, pero básicamente, cuando llega Alejandro, entonces Alejandro nos pide que si puede invitar también a Jorge Botero y se le dice que sí y Jorge Botero es de Inversiones HyC y también tiene en San Pedro. [...] él es, ahh yo me equivoqué ahorita, Aleando [Piedrahita] no es vicepresidente de inversiones, Alejandro es vicepresidente de mercado de capitales en Bancolombia y Jorge, es el vicepresidente de inversiones de banca de Inversión Bancolombia. Alejandro Piedrahita y Jorge Andrés Botero, son subalternos laborales del Dr. Velásquez’.
Juan Fernando Botero Soto	2,21%	‘Es el hermano de Jorge Andrés Botero’.
Natalia Henao Cadavid	1,47%	‘Es la esposa de Jorge Arango. Jorge Arango es vicepresidente comercial en Serfinco y entiendo que tiene una participación, pero que es muy pequeña [...]’.
Gloria Cadavid Montoya	1,47%	‘Es la suegra de Jorge Arango, ósea, la mamá de Natalia’
Andrés Henao Cadavid	1,47%	‘Es el cuñado de Jorge Arango, ósea, el hijo de Gloria y el hermano de Natalia’.
Juan Diego Gómez Puerta	6,62%	‘Es amigo mío de toda la vida, estudiamos juntos en el colegio, él fue empleado hace mucho tiempo de una empresa que se llama factor dinero, él es socio allá y Juan Diego es socio mío en Inversiones HyC obviamente, y en Inversiones Oportunas’.
Felipe Ferrer Zuluaga	2,21%	‘Luis Felipe Ferrer es el socio de Juan Diego en Factor Dinero, entonces cuando llega Juan Diego, a Felipe Ferrer lo conocemos también, pues lo conozco yo bastante, entonces me dice que Felipe Ferrer quiere invertir en San Pedro y lo invitamos y en la clínica también lo invitamos’.
Sentido Inmobiliario S.A.	4,41%	‘Es Fernando Duque, [él] fue hace muchos años ex presidente de Su Inmobiliaria y Fernando, el negocio de él es inmobiliario, él tiene su empresa, se dedica a eso’.
Juan Hinestrosa Gallego	0,74%	‘Es buen amigo mío, estudiamos juntos la maestría en ciencias en Inglaterra. Juan ocupó diferentes posiciones, la última, pues cuando entró acá, él era el vicepresidente inmobiliario del Grupo Éxito [ahora] tiene una empresa propia que se llama Articular. Juan Hinestrosa está ahí y está en Inversiones Oportunas que es San Pedro. [...]’
Diana Hinestrosa Gallego	1,03%	‘Es la hermana de Juan’.
Joaquín Sierra Jaramillo	1,18%	‘Es el suegro de Juan Hinestrosa [...] y vino por Juan’.
Total	58,25%⁶	

Debe recordarse, además, que, según aparece consignado en la Tabla 1 de la sección de Hechos, Serviucis S.A. contaba con una participación inicial de 61% en el capital de IHC S.A.S. Sin embargo, tras el ingreso consensuado de los inversionistas contactados por Mauricio Vélez Cadavid, la participación de Serviucis S.A. se redujo al 30.43% de las acciones en que se encontraba dividido el capital suscrito de IHC S.A.S.

En segundo lugar, el Despacho pudo constatar que los inversionistas propietarios del 69.57% de las acciones de IHC S.A.S. se comportaban como un mismo bloque de votación durante las reuniones del máximo órgano social. Esta actuación concertada se hizo evidente ante el rompimiento total de las relaciones entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid. En verdad, con posterioridad al 26 de marzo de 2012 —la fecha en la que Serviucis S.A. fue removida de la junta directiva de NCSC S.A.S— los accionistas representantes del 69.57% de las acciones de IHC S.A.S. votaron, reiteradamente y en bloque, en un sentido diferente a Serviucis S.A. durante consecutivas reuniones del máximo órgano social. Es así como, durante las sesiones descritas a continuación, la deliberación de diversos asuntos en el seno de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S. produjo como resultado una votación de 69.57% en el sentido expresado por el aludido bloque de inversionistas y de 30.43% según lo manifestado por Serviucis S.A.:

Tabla 6
Patrones de votación en IHC S.A.S.

Fecha de la reunión	Asunto	Voto del bloque mayoritario (69.57%)	Voto de Serviucis (30.43%)
27 de marzo de 2012	Designación de Serviucis S.A. en la junta directiva de NCSC S.A.S.	En contra	A favor
25 de mayo de 2012	Aprobación del Código de Buen Gobierno	En contra	A favor
25 de mayo de 2012	Designación de Serviucis S.A. en la junta directiva de NCSC S.A.S.	En contra	A favor
13 de julio de 2012	Designación de Serviucis S.A. en la junta directiva de NCSC S.A.S.	En contra	A favor
4 de diciembre de 2012	Aprobación de una enajenación global de activos	A favor	En contra

Finalmente, debe aludirse al documento suscrito el 7 de julio de 2011 por el bloque de accionistas de IHC S.A.S. que representaban el 69.57% del capital suscrito de la compañía. En ese escrito se puso de presente la intención de los citados inversionistas de actuar conjuntamente para negociar con Edwin Gil la posible adquisición de la participación de Serviucis S.A. en IHC S.A.S. Para el efecto, según consta en el documento examinado por el Despacho, los accionistas suscriptores designaron a Mauricio Toro y Rodrigo Velásquez, a fin de que estos últimos sujetos entablaran conversaciones con ‘el señor Edwin Gil o con la persona que éste delegue, para lo cual, los señores Toro y Velásquez quedan con las más amplias facultades para el cumplimiento del encargo conferido, pudiendo entre otros aspectos: (i) Establecer el valor de las acciones, y (ii) Acordar la forma de pago y los términos de la negociación’ (vid. Folio 4285).

Ahora bien, otro importante elemento de juicio está relacionado con la estructura societaria diseñada por Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid, antes del rompimiento de sus relaciones personales, para invertir en la Clínica Sagrado Corazón. Según se explicó en la sección de Hechos, los aludidos sujetos decidieron constituir un vehículo de inversión, IHC S.A.S., con el propósito específico de administrar su participación en el capital de NCSC S.A.S., la sociedad encargada de operar la Clínica.⁴⁸ Es decir que, en lugar de que Serviucis S.A. adquiriera directamente acciones en NCSC S.A.S., se optó por interponer a la sociedad IHC S.A.S, la cual compró el 70% de las acciones emitidas por NCSC S.A.S. Esta estructura societaria restringió el alcance de los mecanismos de fiscalización disponibles para que Serviucis S.A. supervisara su inversión en la Clínica Sagrado Corazón. En efecto, en su calidad de accionista minoritario y director de IHC S.A.S., Serviucis S.A. contaba apenas con un acceso indirecto a la información disponible sobre las operaciones de la Clínica, sin que le fuera factible ejercer siquiera un derecho de inspección sobre los libros de comercio de NCSC S.A.S. Las pruebas disponibles apuntan a que esta estructura, potencialmente desventajosa para los intereses de Edwin Gil Tobón, fue producto de la confianza que existía entre tal sujeto y Mauricio Vélez Cadavid antes del surgimiento del conflicto analizado en la presente sentencia. En este orden de ideas, es relevante aludir a lo expresado por Edwin Gil Tobón en una comunicación que le envió a Mauricio Vélez Cadavid el 17 de agosto de 2011, en la que se señaló lo siguiente: ‘[...] vale la pena recordar, respecto de las participaciones, que teniendo yo la posibilidad de tener la mayoría, y por equilibrio con usted, fue propuesta de mi parte que la participación fuera por partes iguales y no en proporción mayoritaria a mi favor, como fue su ofrecimiento en las conversaciones previas y de motivación por parte suya’ (vid. Folio 4293).

Así las cosas, para el Despacho es claro que la designación de Serviucis S.A. en la junta directiva de NCSC S.A.S., desde el momento de su constitución y por un período inicial de dos años, fungía como el principal medio de acceso a la información sobre el funcionamiento interno de la Clínica Sagrado Corazón.⁴⁹ Por este motivo, la controvertida

⁴⁸ A continuación se presenta la descripción que hizo Mauricio Vélez Cadavid acerca de la finalidad de la estructura societaria diseñada para la inversión en la Clínica Sagrado Corazón: ‘Está Médicos Asociados, que es una sociedad de 37 médicos, una S.A., decimos que no nos vamos a meter [directamente en ella] por los riesgos laborales que había ahí. Entonces lo que hacemos es que un grupo de inversionistas nos metemos a Inversiones Hospitalarias y Clínicas que es un vehículo de inversión, es una compañía netamente de patrimonio, no opera. Inversiones Hospitalarias y Clínicas constituye una S.A.S. que se llama Nueva Clínica del Sagrado Corazón. Entonces el acuerdo es [que] nosotros Inversiones Hospitalarias y Clínicas le ponemos \$4.500.000.000 a la Nueva Clínica (cash in todo) y recibimos el 70% de las acciones de la Nueva Clínica. Por su parte Médicos Asociados, como estaban quebrados (ellos qué iban a dar plata para el 30%), entonces se les entregaba el 30% a cambio de un activo intangible que era el good will o la marca, y todos los activos tal cual estaban —que básicamente eran unos derechos fiduciarios en un inmueble y cartera, y \$3.000.000.000 en equipos o algo así— los entregan y esta nueva sociedad que es Nueva Clínica Sagrado Corazón firma un pagaré por hasta \$29.700.000.000 por todos esos activos que recuperó’. Cfr. grabación de la declaración de Mauricio Vélez en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (1:12:24).

⁴⁹ Podría pensarse, incluso, que Serviucis S.A. tenía una expectativa legítima de formar parte de la junta directiva de NCSC S.A.S., a lo menos hasta el año 2013, particularmente en vista de que aquella compañía accedió a ocupar una posición minoritaria en IHC S.A.S. al mismo tiempo que fue designada como directora en NCSC S.A.S. En este orden de ideas, debe ponerse de presente que en la jurisprudencia societaria estadounidense suele invocarse la violación de las expectativas fundadas (reasonable expectations) de un accionista minoritario para decidir que una determinación ostentó el carácter de abusiva. Cfr. a RB Thompson (2010).

exclusión de Serviucis S.A. tuvo por efecto la supresión del único mecanismo con que contaba esa compañía para fiscalizar directamente su inversión en NCSC S.A.S., la sociedad que administraba la Clínica. Más aún, la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva le permitió al bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid controlar el flujo de información disponible acerca del funcionamiento de NCSC S.A.S. Ciertamente, como representante legal de IHC S.A.S., Mauricio Vélez Cadavid era el encargado de ejercer los derechos políticos inherentes al porcentaje mayoritario de acciones que esa compañía detentaba en el capital de NCSC S.A.S. En esa calidad, Mauricio Vélez Cadavid contaba con un control directo sobre la operación hospitalaria de NCSC S.A.S., al paso que Serviucis S.A., luego de su remoción, se vio avocada a consultar, desde una posición minoritaria, la información sobre la Clínica Sagrado Corazón que el bloque mayoritario decidía suministrarle.

Lo anterior fue particularmente perjudicial para Serviucis S.A. debido a que la decisión controvertida en este proceso se produjo en medio de un agudo conflicto entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid. Ciertamente, en el curso de una disputa entre los aludidos sujetos, Edwin Gil Tobón fue despojado de su capacidad para enterarse directamente acerca de las actividades de NCSC S.A.S. y, simultáneamente, el bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid obtuvo absoluta discreción para controlar el acceso a la información acerca de las actividades de la Clínica Sagrado Corazón. Esta última prerrogativa, adquirida a expensas de Serviucis S.A., se hace patente en el siguiente extracto del testimonio rendido por el señor Vélez Cadavid: '[Serviucis S.A.] ha pedido mucha información, información que se le ha dado. La que no se le ha dado [...] se le manda después, o si no se consigue se le dice que no se tiene. Pero si alguien ha conocido información es Serviucis, más que cualquier otro socio'.⁵⁰ Es claro, pues, que la expulsión de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. le permitió al bloque mayoritario ejercer un control directo sobre la información que recibía aquella compañía respecto de la actividad de la Clínica Sagrado Corazón.

La importancia que Serviucis S.A. le atribuía a su participación en la junta directiva de NCSC S.A.S. puede apreciarse, con alguna claridad, en las pruebas que fueron aportadas al presente proceso. Así, pues, en las actas de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S. quedaron registradas las numerosas solicitudes de los apoderados de Serviucis S.A. para que reintegraran a esa compañía a la junta directiva de NCSC S.A.S. En el acta No. 6, correspondiente a la reunión ordinaria celebrada el 27 de marzo de 2012, se expresó, por ejemplo, lo siguiente: 'Se propone por Edwin Gil nombrar la plancha para Junta de la NUEVA CLÍNICA SAGRADO CORAZÓN S.A.S. y que SERVIUCIS S.A. conserve un miembro de Junta en dicha Sociedad' (vid. Folio 310).⁵¹

⁵⁰ Cfr. grabación de la declaración de Mauricio Vélez en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (1:58:56).

⁵¹ En el documento adjunto a un correo electrónico que Edwin Gil le envió a Mauricio Toro Bridge y Rodrigo Velásquez el 27 de marzo de 2012, se propuso que el señor Gil fuera elegido como miembro de la junta directiva de NCSC S.A.S. con fundamento en que 'el principal activo de [IHC S.A.S.] es su participación accionaria en la Nueva Clínica Sagrado Corazón y [...] que es necesario conservar el equilibrio en la representación de los accionistas en el manejo y la dirección de la sociedad [...]' (vid. Folio 1109).

En la siguiente reunión, cuyas deliberaciones fueron registradas en el Acta No. 7 del 25 de mayo de 2012, se debatió la elección de Serviucis S.A. a la junta de NCSC S.A.S. en el punto quinto del orden del día. Ante la negativa de los accionistas representantes del 69.57% de acceder a la propuesta de Serviucis S.A., Edwin Gil Tobón dejó una constancia escrita en los siguientes términos: ‘Los tres primeros renglones de [la junta directiva de NCSC S.A.S.] que corresponden a [IHC S.A.S.] en función de su porcentaje de participación accionaria en [NCSC S.A.S.], habían sido repartidos de manera equitativa entre representantes de los tres grupos de accionistas que componen el capital social de [IHC S.A.S.], otorgándole un renglón principal a un representante de cada uno de ellos. Para ocupar el segundo renglón fue elegido como miembro principal la sociedad Serviucis S.A. que actuaría a través de su representante legal [...] hasta el 18 de enero de 2013. [...] [La remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S.] es a todas luces ilegal y arbitraria y **no tiene motivación distinta que privarnos de tener acceso directo a la información y al desarrollo de los negocios de la que constituye la única inversión de [IHC S.A.S.]**’ (se resalta) (vid. Folios 317 a 318). Durante la continuación de esta última reunión, el 5 de junio de 2012, el apoderado de Serviucis S.A. propuso, nuevamente, que se considerara la designación de la compañía en el órgano directivo de NCSC S.A.S. (vid. Folio 321).⁵²

La remoción de Serviucis S.A. de su posición como director se volvió aún más gravosa para esta compañía luego de iniciado el proceso de negociación que llevó a la transferencia del control sobre NCSC S.A.S. Tal y como consta en el Acta No. 9 de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S., el 13 de julio de 2012 se determinó iniciar gestiones para enajenar las acciones que la compañía detentaba en el capital de NCSC S.A.S., para lo cual habría de seguirse un detallado procedimiento. Durante la referida sesión asamblearia, el apoderado de Serviucis S.A. presentó la propuesta que se transcribe a continuación: ‘[...] así sea por dos o tres meses, aprobar la recomposición de la junta directiva de la Nueva Clínica Sagrado Corazón para reintegrar a SERVIUCIS para construir confianza’ (vid. Folio 334). En respuesta a lo anterior, el señor Juan Hinestrosa expresó que ‘retomando el asunto y reconociendo que el mayor interés que Serviucis invocaba era la falta de información [y] [...] teniendo en cuenta que se diseñó un mecanismo para suministrar la información a Serviucis [consistente en que] previo a la Junta Directiva de [NCSC S.A.S.] se hiciera una reunión de Junta Directiva de [IHC S.A.S.] para compartir información y definir en consenso una línea de acción [...] la posición de los accionistas distintos de Serviucis es [que] no se desenvolverán en este punto, que están en un proceso de salida y que, por lo tanto, entienden que es una decisión ya tomada’ (id.).

⁵² También es importante aludir al testimonio de Edwin Gil Tobón, en el cual se mencionó lo siguiente: ‘[...] se le quitó el derecho natural a Serviucis de defender su propio desarrollo por el cual invirtió en esa sociedad, porque cuando uno participa en una junta directiva no solamente está ocupando una posición sino el derecho propio a dirigir el norte societario’. Cfr. grabación de declaración de Edwin Gil Tobón en la audiencia celebrada el 21 de marzo de 2013, folio 443 del expediente (1:36:34). En este mismo sentido, el apoderado de Serviucis S.A señaló que la compañía ‘no está de acuerdo con esta proposición, pues la proposición no solo corresponde a la necesidad de información de la Nueva Clínica Sagrado Corazón, sino a la participación en la administración como miembro de junta, siendo el mayor accionista individual de Inversiones Hospitalarias y Clínicas [...]’ (vid. Folio 721).

Las enfáticas solicitudes de Serviucis S.A. dan cuenta de la importancia que le asignaba esa compañía a la posibilidad de formar parte de la junta directiva de NCSC S.A.S. durante el proceso de venta a que se ha hecho alusión. En este sentido, la participación de Serviucis S.A. en la referida junta directiva le habría permitido a aquella compañía obtener información detallada acerca de las operaciones de la Clínica Sagrado Corazón, de modo de formar su propio juicio acerca del valor al que se propuso transferir el control sobre NCSC S.A.S. Sin embargo, tras la limitación del acceso de Serviucis S.A. a la operación de la Clínica Sagrado Corazón, la compañía sólo pudo obtener la información que el bloque mayoritario decidía presentar, a su propia discreción. En este orden de ideas, el 25 de julio de 2012, durante la continuación de la reunión mencionada en el párrafo anterior, Luis Fernando Carvajal, apoderado de Serviucis S.A., presentó una constancia escrita en la que controvertía las razones ofrecidas por Mauricio Vélez Cadavid para haber modificado la composición de la junta directiva de NCSC S.A.S. En el texto correspondiente se pone de manifiesto que ‘esa decisión estaba motivada por la animadversión y las diferencias personales que se suscitaron entre [Mauricio Vélez Cadavid] y Edwin Gil accionista y beneficiario real del control de Serviucis S.A. [...] la forma injustificada, arbitraria, inconsulta y caprichosa en que fue tomada esta decisión, únicamente podría tener explicación en el beneficio injusto e inequitativo que se deriva para [Mauricio Vélez Cadavid], pues mediante esa maniobra obtuvo el control efectivo de NCSC S.A.S. para, entre otros, ocultar la información financiera de la NCSC S.A.S. a Serviucis S.A.’ (vid. Folios 336 a 337).

Por lo demás, parece suficientemente claro que las medidas propuestas por el bloque mayoritario para suministrarle información a Serviucis S.A.—por ejemplo, las discusiones propuestas en la junta directiva de IHC S.A.S. y la conformación del comité que estableció reglas para el proceso de venta—no suplieron, en lo absoluto, la potestad que tenía esta compañía de intervenir directamente en la operación de la Clínica Sagrado Corazón desde su posición en la junta directiva de NCSC S.A.S.⁵³

B. El elemento volitivo requerido bajo el artículo 43 de la Ley SAS

Las consideraciones presentadas en el acápite precedente dan cuenta de la desventajosa posición en la que quedó Serviucis S.A. luego de su remoción anticipada como miembro de la junta directiva de NCSC S.A.S. Con todo, esta circunstancia no es suficiente, por sí sola, para que pueda predicarse el ejercicio abusivo del derecho de voto en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. Según ya se dijo, la aplicación de la figura bajo estudio presupone la acreditación de un elemento volitivo, vale decir, la

⁵³ En el expediente constan múltiples elementos probatorios que apuntan a que, después del 26 de marzo de 2012, Serviucis S.A. no contaba con información suficiente acerca de la operación de NCSC S.A.S. Además de las múltiples citas expuestas en el texto principal sobre esta circunstancia, otro ejemplo puede encontrarse en el siguiente extracto de un acta de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S.: ‘Edwin Gil manifiesta su desacuerdo sobre esta proposición del Dr. Velásquez y Diego Muñoz propone que con el fin de aprobar la proposición y acepta posponer el punto seis del orden del día de hoy para tratarlo en la Asamblea del día 10 de julio, que con el fin de facilitar el proceso de decisión sobre la oferta presentada, Serviucis tenga una ventana de acceso a información, por lo menos la semana entrante, previa suscripción del acuerdo de confidencialidad’. (vid. Folio 327).

intención de provocar un daño o de obtener una ventaja injustificada.⁵⁴ Se trata del ejercicio de derechos políticos con ‘un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación’.⁵⁵ En este orden de ideas, debe examinarse ahora si el patrón de conducta debatido en el presente proceso permite inferir la existencia de un ánimo premeditado de perjudicar a Serviucis S.A. o procurar una prerrogativa ilegítima.

(i) La existencia de un conflicto intrasocietario

El punto de partida del presente análisis debe ser, necesariamente, el acentuado enfrentamiento que se presentó entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid. En otras oportunidades, ante la detección de controversias de similar naturaleza, este Despacho ha examinado con especial atención las actuaciones de los asociados, particularmente en el seno del máximo órgano social.⁵⁶ Ello se debe a que la existencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de determinaciones que perjudiquen a un accionista minoritario.⁵⁷ Ante el deterioro de las relaciones entre los asociados, los denominados problemas de agencia entre mayoritarios y minoritarios suelen volverse más severos.⁵⁸ Ciertamente, un distanciamiento de esa naturaleza puede reforzar la contraposición entre los intereses económicos de los accionistas y, además, deteriorar los vínculos recíprocos de confianza que podían haber existido entre el controlante y la minoría. En otras palabras, el surgimiento de una disputa intrasocietaria suele incrementar, de manera considerable, los incentivos que tienen los accionistas mayoritarios para aprobar decisiones que los favorezcan exclusivamente, en detrimento de los minoritarios. Al mismo tiempo, el quebrantamiento de las relaciones entre los asociados hace que

⁵⁴ NH Martínez Neira, *Cátedra de Derecho Contractual Societario* (2010, Bogotá, AbeledoPerrot) 409.

⁵⁵ FH Reyes Villamizar (2013a) 135.

⁵⁶ Por ejemplo, en el Auto No. 801-12735 del 18 de junio de 2013 se señaló que ‘la verificación de un marcado conflicto entre [los asociados] podría usarse como un criterio analítico para estudiar el carácter potencialmente abusivo de las decisiones asamblearias objeto de este proceso’. De otra parte, en la Sentencia No. 800-0054 del 4 de octubre de 2013, este Despacho señaló lo que se transcribe a continuación: ‘las pruebas que obran en el expediente son suficientes para concluir que el señor Restrepo de la Cruz ejerció el poder otorgado por Refricenter International Trade Zona Libre S.A. en manifiesta contraposición con los intereses de esta compañía. Ello se debe a que, en el curso de un agudo conflicto entre su poderdante y Carlos Alberto Urquijo, el señor Restrepo de la Cruz utilizó ese poder para aprobar, por sí solo, diversas determinaciones asamblearias que le permitieron al señor Urquijo ejercer el control absoluto sobre la administración de Refricenter Group S.A.S. Las actuaciones del apoderado de Refricenter International Trade Zona Libre S.A. fueron indispensables para que el señor Urquijo pudiera, posteriormente, transferir activos de propiedad de Refricenter Group S.A.S. a favor de compañías vinculadas, es decir, Dinatel C.I. S.A. y Refrisistemas Corp S.A.S. El señor Restrepo de la Cruz también intentó valerse de ese mismo poder para cederle a Dinatel C.I. S.A. las acciones que Refricenter International Trade Zona Libre S.A. detenta en Refricenter Group S.A.S. Se trata, pues, de múltiples actuaciones irregulares, consumadas en rápida sucesión, con el evidente fin de despojar a Refricenter International Trade Zona Libre S.A. de su participación económica en Refricenter Group S.A.S., en el curso de un conflicto suscitado entre esa compañía panameña y Carlos Alberto Urquijo. De ahí que, en vista de que la intervención del señor Restrepo de la Cruz hizo posible la expropiación de su mandante, el Despacho considere procedente darle aplicación a lo previsto en el artículo 838 del Código de Comercio.’

⁵⁷ El Despacho también se ha valido de la existencia de serias diferencias entre accionistas mayoritarios y minoritarios para justificar el decreto de medidas cautelares. Cfr., por ejemplo, los Autos No. 700-008103 del 10 agosto 2012, 801-012437 del 3 de septiembre de 2012 y 801-013957 del 4 de octubre de 2012.

⁵⁸ Para un análisis de los referidos problemas de agencia en el contexto societario, cfr. a J Armour, H Hansmann y R Kraakman (2009).

desaparezcan los reparos personales que podrían haber tenido los mayoritarios para adoptar decisiones con la oprobiosa finalidad mencionada.

Por las razones expresadas en el párrafo anterior, siempre que se acredite la existencia de un conflicto intrasocietario, este Despacho examinará de cerca las decisiones sociales que perjudiquen abiertamente a la minoría. Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el Auto No. 801-12735 del 18 de junio de 2013, cuya parte pertinente se transcribe a continuación: ‘[El Despacho] ha detectado la existencia de un pronunciado conflicto entre [los asociados mayoritarios y minoritarios]. [...] [Esta circunstancia] podría constituir un indicio de la naturaleza abusiva de decisiones que, de no existir esa disputa, serían perfectamente legítimas. Así, por ejemplo, si no se han presentado desacuerdos de la especie señalada, el simple cambio de la dirección para notificaciones judiciales a un lugar diferente del domicilio social difícilmente podría considerarse como una decisión aprobada “con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener [...] [una] ventaja injustificada”, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258.⁵⁹ Con todo, ante el surgimiento de un conflicto, la decisión del accionista mayoritario de trasladar la referida dirección al lugar en que uno de sus apoderados recibe notificaciones judiciales, podría considerarse como un [indicio preliminar acerca del posible ejercicio] abusivo del derecho de voto’.

Formuladas las anteriores consideraciones, es preciso recordar que, tras sostener una estrecha relación, Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid entraron en conflicto en el año 2011. Según se explicó en la sección de Hechos, los aludidos sujetos decidieron, en marzo de ese año, romper definitivamente sus relaciones societarias. A pesar de que Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid lograron disolver, con éxito, sus vínculos en diversas compañías, a finales del 2011 aún no se había acordado una solución definitiva para el caso de la Clínica Sagrado Corazón. En medio de discusiones acerca de la aprobación de un código de buen gobierno y la posible enajenación de las acciones que Serviucis S.A. tenía en IHC S.A.S., Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid no pudieron llegar a un acuerdo para resolver sus diferencias en lo relacionado con su inversión conjunta en la Clínica. El conflicto entre los sujetos mencionados tomó nuevas fuerzas durante el primer semestre de 2012, luego de que Edwin Gil Tobón asistiera a la junta directiva de NCSC S.A.S. y Serviucis S.A. fuera removido de ese órgano social el 26 de marzo. Con posterioridad a esta última fecha, las partes se enfrentaron en sucesivas reuniones asamblearias de IHC S.A.S, con el apoyo de sus respectivos asesores. Tal y como se explicó antes, durante las reuniones en cuestión, los apoderados de Serviucis S.A. presentaron múltiples constancias en las que se resaltó la inconformidad de esa compañía con las decisiones del bloque mayoritario, particularmente en cuanto a la composición de la junta directiva de NCSC S.A.S. Los mayoritarios, por su parte, descartaron la reiterada propuesta de designar a Serviucis S.A. como director de NCSC S.A.S. y la aprobación del código de buen gobierno, para concentrarse en la enajenación global de activos, según aparece registrado en la Tabla 5.

⁵⁹ La hipótesis descrita en el texto principal parte de la base de que en los estatutos se le ha conferido esta facultad a la asamblea general de accionistas.

Es claro, pues, que el conflicto entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid, suscitado en el año 2011, subsistía aún para la fecha en que se adoptó la decisión controvertida en este proceso y continuó hasta la disolución y liquidación de IHC S.A.S. El Despacho considera que la existencia del citado conflicto es un primer indicio de que el bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid pudo haber buscado perjudicar a Serviucis S.A. y beneficiarse con la decisión de recomponer la junta directiva de NCSC S.A.S. Sin embargo, como ya se dijo, la simple existencia de un conflicto no es suficiente para concluir, sin ambages, que la determinación controvertida reviste la calidad de abusiva. Para ello, es necesario examinar las condiciones bajo las cuales se aprobó la respectiva decisión, a fin de establecer si medió la intención de conseguir los ya citados fines extralegales.

(ii) El patrón de conducta del bloque mayoritario

Para establecer si la remoción de Serviucis S.A. revistió el carácter de abusiva, es necesario aludir a los hechos que acontecieron alrededor de la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de NCSC S.A.S. del 26 de marzo de 2012. A finales del año 2011, luego de varios meses de negociaciones, Edwin Gil Tobón decidió que no enajenaría la participación que detentaba Serviucis S.A. en el capital de IHC S.A.S. De conformidad con lo expresado por el señor Vélez Cadavid, ‘[Edwin Gil Tobón me dijo “la peor inversión que yo he hecho fue la de la Clínica Sagrado Corazón. La hice por usted, porque era amigo mío, usted me metió en ese negocio tan malo, eso no tiene ni pies ni cabeza, usted no hizo sino, mejor dicho, beneficiarse de mis asuntos económicos”, y le dije “Edwin, muy fácil, si usted dice que este negocio fue tan malo, si usted dice que se metió por amistad mía, si quiere véndanos”. Me dijo [Edwin Gil] “ya”, y le dije “bueno, a cuánto nos vende”, [me respondió] “por lo mismo que puse, me devuelve la plata y me voy de acá” [...], eso fue a finales de 2011, estamos hablando noviembre o diciembre de 2011, yo llamo a estos socios y les digo “el problema con Edwin Gil está en estas circunstancias” (problema que inició conmigo pero luego se extendió) [...] y me dijeron “como sea, se le compra, sea que nos endeudemos, pero nosotros necesitamos terminar la relación con él, le compramos”, entonces yo le dije a [Edwin Gil] que me diera un mes [...] y me dijo “perfecto”. Yo salí del país, y [cuando regreso] lo llamo y le digo “Edwin mañana se vencen los 30 días que me diste entonces decime dónde te consigno que vamos a hacer lo que hablamos [...]. Me dijo que cómo se me ocurría, que yo era un ventajoso, que él no me había dicho eso. [...] Me dijo “no, yo ya no, y yo no vendo esa clínica”, entonces primera vez que intentamos de una forma civilizada y no quiso’.⁶⁰

Luego de que fracasaran las tratativas para una posible venta de las acciones de propiedad de Serviucis S.A. en IHC S.A.S., Edwin Gil Tobón asistió como invitado a una reunión de la junta directiva de NCSC S.A.S. celebrada el 9 de marzo de 2012.⁶¹ En el orden del día

⁶⁰ Cfr. grabación de la declaración de Mauricio Vélez en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (1:46:50).

⁶¹ Según el testimonio de Mauricio Vélez Cadavid, ‘yo llamé a Mauricio Tamayo a decirle que fuera y me dijo que no porque él ya estaba en otra clínica. Le dije que por favor le dijera al representante de Serviucis que fuera, me dijo que no que

correspondiente, consignado en el acta No. 12, se fijaron diversos puntos atinentes a los ‘resultados a 31 de diciembre de 2011’, el ‘informe de gestión de 2011’, el ‘presupuesto 2012’ y apuntes acerca del ‘modelo gerencial’ (vid. Folio 1356). Como anexo del acta No. 12 antes mencionada se adjuntó una extensa presentación acerca de los resultados financieros de NCSC S.A.S. para el ejercicio fiscal que terminó el 31 de diciembre de 2011 (vid. Folios 1359 a 1378). Aunque en el acta No. 12 no hay un registro detallado de las deliberaciones sostenidas durante la reunión del 9 de marzo, el señor Gil Tobón describió, en los siguientes términos, lo acontecido durante la referida sesión de la junta directiva de NCSC S.A.S.: ‘Sorprendente de esa primera reunión a la que yo me presento, dos cosas. Primera, que había una comisión de expertos por parte de toda la clínica y contratados [...] que venían haciendo toda la esquematización societaria [y] financiera. Me sorprendí [porque] lo que se estaba mostrando en esa reunión en nada parecía a lo que se venía ofreciendo por parte de Mauricio Vélez a Mauricio Tamayo en relación con la compra [...]. Se empieza a explicar todo el modelo financiero de la clínica [...] y yo me sorprendo porque [...] había una compañía valorizada en un valor sustancialmente distinto por [parte] del equipo de Mauricio Vélez. [La diferencia era aproximadamente] \$10.000.000.000. [Durante la reunión] no prohibieron proyectar la información, pero seguramente lo que se les presentó como sorpresa era hasta dónde iba a llegar la presentación de la información por parte del experto, de tal manera que Mauricio Vélez se sentía inquieto [...]’.⁶²

Con posterioridad a la citada sesión de la junta directiva, se llevó a cabo la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de NCSC S.A.S. el 26 de marzo de 2012. Durante esta última reunión, Mauricio Vélez Cadavid, en su calidad de representante legal de IHC S.A.S., ejerció los derechos políticos correspondientes al 70% de las acciones en circulación de NCSC S.A.S. (vid. Folio 1179). Al llegar al punto del orden del día correspondiente a la elección de los directores, el señor Vélez Cadavid propuso modificar la composición de la junta directiva de NCSC S.A.S., de manera de remover a Serviucis S.A. de ese órgano colegiado. En palabras de Mauricio Vélez Cadavid, ‘yo defino, propongo, que cambiemos a Serviucis y que pongamos a Jorge Arango. [...] Entonces propuse que sacáramos a Serviucis y lo aceptamos unánimemente en la asamblea tanto Médicos Asociados y yo como representante de [IHC S.A.S.]. Yo pregunté y me dijeron “usted tiene las facultades, usted como representante legal puede recomendar un miembro de junta directiva”, y yo fui actuando en nombre de

porque había hablado con Edwin y que él no quería involucrar a Andrés Uribe en esta situación entonces que no había representante de Serviucis para ir. La única alternativa es que invite a Edwin como invitado, no como representante legal porque él no es representante legal, le dije, no tengo ningún problema. Y en la junta de febrero asistió Edwin Gil como invitado’ (Cfr. grabación de la declaración de Mauricio Vélez en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (3:24:52).

⁶² Cfr. grabación de la declaración de Edwin Gil en la audiencia celebrada el 21 de marzo de 2013, folio 443 del expediente (1:23:55 y 1:30:22).

[IHC S.A.S.] y en la asamblea de Nueva Clínica fuimos el 100% de los socios y [...] cambiamos y removimos a Serviucis'.⁶³

En este punto debe resaltarse que, de conformidad con los estatutos de NCSC S.A.S., la junta directiva de la compañía está conformada por cinco miembros, los cuales 'durarán en el ejercicio de sus funciones por el término de dos (2) años, contados a partir de la fecha en que se hizo la elección' (vid. Folio 52). Según ya se mencionó, Serviucis S.A. fue designada como miembro principal de la junta directiva de NCSC S.A.S al momento de la constitución de esta última compañía, vale decir, el 19 de enero de 2011. A pesar de que el período estatutario de los miembros iniciales de la junta directiva de NCSC S.A.S—fijado antes de que se produjera el rompimiento de las relaciones entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid—expiraba en enero de 2013, Serviucis S.A. fue removida del mencionado órgano social en marzo de 2012. Así mismo, las pruebas disponibles apuntan a que la decisión de excluir a Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A. se tomó de manera intempestiva, es decir, sin consultarla previamente con aquella compañía ni con los órganos internos de IHC S.A.S.⁶⁴ De conformidad con el testimonio de Edwin Gil Tobón, 'por sorpresa, me encuentro yo que al día siguiente, en la citación de accionistas de IHC, se entrega el recuento de los hechos pasados en la asamblea del día anterior de la Nueva Clínica Sagrado Corazón: se cambió la estructura de junta y se sacó a Serviucis de la junta, es decir, de ese tema me entero yo en la asamblea del 27 de marzo de 2012. [...] Básicamente se aumentó el conflicto en términos generales'.⁶⁵

Según consta en el acta No. 8, en el escaño que ocupaba Serviucis S.A. fue designado Jorge Alberto Arango, mediante el voto unánime de los dos accionistas presentes, es decir, IHC S.A.S. y Médicos Asociados S.A. (vid. Folio 1287). Durante su testimonio, Mauricio Vélez Cadavid señaló que 'Jorge Arango es el vicepresidente ejecutivo de Serfinco [...] tiene mucha experiencia en el sector financiero y nosotros estábamos necesitando personas con esas cualidades, que supieran de finanzas, para ayudarnos a estructurar a movernos en el mundo, ayudarnos a conseguir la reconversión del pasivo a corto y largo plazo [...].⁶⁶ Además de lo anterior, el Despacho pudo establecer que Jorge Alberto Arango tiene vínculos cercanos con el bloque de accionistas mayoritarios liderado por Mauricio Vélez Cadavid. Según el testimonio del señor Vélez Cadavid, 'Jorge Arango debe tener lo mismo, pues o la familia de él, un 5 o un 6% [del capital de IHC S.A.S.] [...] Natalia Henao Cadavid [accionista de IHC S.A.S.] es la esposa de Jorge Arango [...] Gloria Cadavid Montoya [accionista de IHC S.A.S.] es la suegra de

⁶³ Cfr. grabación de la declaración de Mauricio Vélez en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (1:49:46).

⁶⁴ Según el apoderado de la sociedad demandante, 'el señor Mauricio Vélez Cadavid día 26 de marzo de 2012 [...] se presenta a la asamblea general de accionistas de la sociedad Nueva Clínica Sagrado Corazón, sin ninguna instrucción previa de la cual haya constancia'. Cfr. Grabación de la fijación de los hechos del litigio en la audiencia celebrada el 7 de marzo de 2013, folio 367 del expediente (8:07). Esta afirmación puede corroborarse con lo expresado en las actas de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S.

⁶⁵ Cfr. grabación de la declaración de Edwin Gil en la audiencia celebrada el 21 de marzo de 2013, folio 443 del expediente (1:23:55 y 1:30:22).

⁶⁶ Cfr. grabación de la declaración de Mauricio Vélez en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (1:49:46).

Jorge Arango, o sea, la mamá de Natalia [...] Andrés Henao Cadavid [accionista de IHC S.A.S.] es el cuñado de Jorge Arango, o sea, el hijo de Gloria y el hermano de Natalia'.⁶⁷

En síntesis, la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. se consumó de manera intempestiva y en el curso de un conflicto intrasocietario, poco tiempo después de que Edwin Gil Tobón hiciera efectivo el mecanismo de información descrito en el acápite precedente, con el efecto de que Serviucis S.A. fue reemplazado por un director vinculado al bloque de accionistas mayoritarios liderado por Mauricio Vélez Cadavid. Se trata, a todas luces, de un patrón de conducta que, en criterio del Despacho, denota una intención premeditada de perjudicar a Serviucis S.A. y, correlativamente, procurar que el bloque mayoritario pudiera ejercer un control irrestricto sobre la operación de NCSC S.A.S.⁶⁸ Debe concluirse, pues, que el bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid ejerció el derecho de voto de una manera que desborda el límite de lo permisible bajo el ordenamiento jurídico colombiano.

(iii) La justificación ofrecida para remover a Serviucis S.A.

Aunque lo expresado en la sección anterior sería suficiente para concluir que se configuró un abuso del derecho de voto por mayoría, el Despacho estima necesario aludir a las razones expuestas para justificar la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. De conformidad con lo expresado por Mauricio Vélez Cadavid, 'Serviucis llevaba 7 meses sin asistir, había un problema con ellos, uno los llamaba [y decían que] no iban, y nosotros necesitábamos gente que nos ayudara en la junta, es un problema muy grande [...] Serviucis fue a las primeras tres y después no volvió a las juntas. Y no volvió, y yo hablaba con su representante legal que por qué no iba y me decía que tenía instrucciones de no ir. Entonces Serviucis alega que lo sacamos de la junta y llevaba 7 meses seguidos y 7 citaciones sin ir [...]'.⁶⁹ A pesar de lo anterior, el Despacho encontró una sucesión de correos electrónicos, enviados en mayo de 2011, en los que Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid discuten la participación de Serviucis S.A. en la junta directiva de NCSC S.A.S. en los siguientes términos: 'con base a este acuerdo sobre la reventa de acciones ya pactado entre las partes, Mauricio Tamayo [representante legal de Serviucis S.A.] dejará de asistir a la junta de la nueva clínica a partir de hoy' (vid. Folio 4274). En respuesta a ese mensaje, Mauricio Vélez Cadavid señaló que 'no veo problema en que Mauricio asista a la junta de hoy, máxime que aún la inversión está en cabeza de Serviucis; me parece que es una persona buena y que aporta por lo que está invitado y me parece bueno que asista, pero me acojo a lo que definas' (id.). Finalmente, Edwin Gil Tobón reiteró, como se expresa a continuación, que era innecesaria la asistencia de Mauricio Tamayo a la junta directiva de NCSC

⁶⁷ Id., (3:39:20 a 3:47:15).

⁶⁸ La exclusión de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. pudo haber servido también para ejercer una presión indebida sobre Edwin Gil Tobón, a fin de resolver el aludido conflicto intrasocietario de una manera favorable para los intereses del bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid. Sin embargo, por virtud del límite fijado por el alcance de las pretensiones, el Despacho no cuenta con suficientes elementos de juicio para llegar, inexorablemente, a esa conclusión.

⁶⁹ Cfr. grabación de la declaración de Mauricio Vélez en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (48:53).

S.A.S: ‘No estamos de acuerdo. Para nosotros ya estamos acordados en la reventa la que entendemos de hecho y no tiene sentido que siga participando’ (vid. Folio 4275).

El contenido de los correos citados fue corroborado, de la siguiente manera, durante el testimonio de Edwin Gil Tobón: ‘La razón es que se estaba en un periodo de negociación, Mauricio venía ofreciendo por el tema de la clínica, digamos, tenían una clara intención de compra de esa participación, se estaban haciendo diferentes ofertas y de más. [...] Entendimos que no deberíamos generar una intromisión hasta que ese proceso no se terminara, esa fue la razón. Pero quiero además aclarar que una vez terminó ese proceso, quien se fue a la junta fui yo, es decir, quien asistió a la junta en donde particularmente conocí el informe de la parte financiera fui yo, no mandé un delegado [...]’.⁷⁰

Por lo demás, el señor Vélez Cadavid también justificó su decisión de excluir a Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S con los argumentos transcritos a continuación: ‘La decisión inicial [de remover a Serviucis de la junta directiva] la tomo, primero, porque entiendo que tenía la facultad; segundo, porque ellos llevaban inasistiendo mucho a la junta y no tenía no mostraba ningún interés real de estar en esa junta; tercero, porque necesitábamos un miembro financiero en esa junta; cuarto, porque llamé el día anterior a Mauricio Tamayo y le dije “Mauricio, ¿quién va a quedar yendo a la junta?” y me dijo “no sabemos” el día anterior no, en la junta anterior [...], entonces invitamos a Edwin’.⁷¹

Con todo, ante la pregunta del Despacho acerca de las razones motivaron la expulsión de Serviucis S.A. de la junta de NCSC S.A.S., Mauricio Vélez Cadavid contestó lo siguiente: ‘Dos cosas, la primera, es que dadas las diferencias de fondo que había con el señor Edwin Gil, no se quería por parte de varias personas sentarse en la misma mesa con el señor Edwin Gil. Entonces se le propuso, el Dr. Muñoz estuvo presente ahí en la reunión, que con mucho gusto lo nombrábamos a él en la junta o nombrábamos a otra persona que ellos delegaran en la junta y Edwin Gil dijo que no. Entonces para demostrar que no se estaban sacando de la junta para hacer una maña como lo planteaban, que la clínica seguiría manejándose de acuerdo con lo que se dijera en IHC, se les propuso ese mecanismo, dado que se le dijo a él muy claro, para que vamos a recomponer ya la junta y más si usted dijo que íbamos a enajenar y todos aceptamos’.⁷²

La simple lectura de lo expresado en las páginas precedentes da cuenta de las contradictorias versiones que se han ofrecido acerca de las razones que llevaron a la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. Por una parte, debe recordarse que la inasistencia de aquella compañía a varias reuniones de la junta —una de las principales justificaciones expuestas para adoptar la decisión controvertida— había sido discutida por Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid desde mayo de 2011, en el curso de las negociaciones entre tales sujetos. De otra parte, a pesar del

⁷⁰ Cfr. grabación de declaración de Edwin Gil Tobón en la audiencia celebrada el 21 de marzo de 2013, folio 443 del expediente (1:24:09).

⁷¹ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (1:56:37).

⁷² Cfr. grabación de la declaración de Mauricio Vélez en la audiencia celebrada el 18 de marzo de 2013, folio 418 del expediente (2:46:46).

aparente ofrecimiento para recomponer la junta directiva de NCSC S.A.S., según se describe en el párrafo anterior, lo cierto es que las propuestas de Serviucis S.A. para recuperar su posición como director fueron rechazadas sistemáticamente en la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S. por el bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid. Finalmente, el Despacho encontró que la súbita decisión de excluir a Serviucis S.A. no estuvo precedida siquiera por una discusión acerca de las alternativas disponibles para incluir un experto financiero en la junta directiva de NCSC S.A.S.

Así las cosas, el Despacho considera que el acervo probatorio disponible no le sirve de sustento a las justificaciones ofrecidas para la remoción de Serviucis S.A. Por el contrario, los documentos y testimonios examinados por el Despacho dan cuenta de una patente intención de perjudicar a Serviucis S.A. y procurar una ventaja injustificada para el bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid. De ahí que la pretensión formulada en la demanda habrá de prosperar.⁷³

C. Conclusión

El Despacho cuenta con suficientes elementos de juicio para concluir que la decisión controvertida tuvo como propósito primordial restringir el acceso directo de Serviucis S.A. a la información sobre las operaciones de NCSC S.A.S. La remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. no sólo despojó efectivamente a aquella compañía de una importante prerrogativa, sino que le permitió al bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid controlar el flujo de información acerca de la actividad de la Clínica Sagrado Corazón. Lo anterior es tanto más grave cuanto que ocurrió con ocasión de un pronunciado conflicto intrasocietario y antes de iniciar negociaciones para transferir el control sobre NCSC S.A.S. Es por ello por lo que el Despacho encuentra que, en efecto, se ejerció el derecho de voto en forma abusiva, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. Debe reiterarse, en este sentido, que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista mayoritario se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente aclarar que la presente decisión debe interpretarse en forma restrictiva. Lo expresado en esta sentencia no puede entenderse en el sentido de que los accionistas minoritarios cuentan con un derecho intrínseco a participar en los órganos de administración de una compañía, ni mucho menos que, una vez tales asociados formen parte de la junta directiva, se conviertan en funcionarios inamovibles. Es claro para este Despacho que la elección y remoción de los directores de una compañía les corresponde a los accionistas, reunidos en el seno

⁷³ Como ya se dijo, la decisión controvertida en este proceso sirvió de instrumento para limitar, intencionalmente, el acceso directo que tenía Serviucis S.A. a la información de NCSC S.A.S. y marginar a aquella compañía de la gestión de la Clínica Sagrado Corazón, en el contexto de un grave conflicto intrasocietario. Debe señalarse, en este sentido, que el perjuicio sufrido por Serviucis S.A. le reportó una correlativa ventaja injustificada al bloque de accionistas mayoritarios liderado por Mauricio Vélez Cadavid. La prerrogativa obtenida por los mayoritarios, vale decir, la posibilidad de controlar totalmente la información sobre las actividades de NCSC S.A.S., ostenta la naturaleza de 'injustificada' en la medida en que se obtuvo a expensas de Serviucis S.A.

del máximo órgano social, con sujeción al sistema de votación aplicable tales efectos. En este pronunciamiento simplemente se censura, por abusivo, el voto ejercido con la finalidad, a todas luces ilícita, de ocasionar perjuicios y obtener ventajas indebidas, particularmente en hipótesis de conflicto y en el curso de un proceso de venta sobre el control de una compañía.

Por lo demás, aunque es posible que Serviucis S.A. haya sufrido perjuicios adicionales a los descritos en esta sentencia —particularmente en lo relacionado con la administración de NCSC S.A.S. después del 26 de marzo de 2012 y el precio de venta establecido para la enajenación de las acciones de IHC S.A.S— el alcance de las pretensiones formuladas en la demanda no le permite al Despacho emitir un pronunciamiento sobre esta materia, a la luz de lo previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

IV. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de Serviucis S.A. y a cargo de la sociedad demandada, la máxima suma permitida para procesos de esta naturaleza, es decir, dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar la nulidad absoluta de la decisión de remover a Serviucis S.A. de la junta directiva de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., adoptada durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de esta última compañía celebrada el 26 de marzo de 2012.

Segundo. Condenar en costas a la sociedad demandada en la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere a los diecinueve días del mes de diciembre de dos mil trece y se notifica en estrados.

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

SENTENCIA

No. 801-004 del 15 de enero de 2014

PARTES

María del Pilar Luque de Schaefer
contra
Luque Torres Ltda. en liquidación

NÚMERO DEL PROCESO

2013-801-087

ASUNTO

Criterios para establecer si las actuaciones del liquidador se ajustan a lo previsto en los artículos 222 y 223 del Código de Comercio.

Sentencia

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BOGOTÁ, D. C.

Partes

María del Pilar Luque de Schaefer
contra
Luque Torres Ltda. en liquidación

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal

Número del proceso

2013-801-087

[...]

II. Pretensiones

La demanda presentada por María del Pilar Luque de Schaefer contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

1. Que se declare la nulidad absoluta de la decisión contenida en el punto 7 del desarrollo del orden del día del acta No. 58 del 8 de abril de 2013 de la junta de socios de Luque Torres Limitada en Liquidación, por medio de la cual se ratificaron todas las actuaciones adelantadas por el liquidador que permitieron obtener la Licencia de Construcción No. 12-1-0257 del 7 de junio de 2012 expedida por el curador urbano No. 1 de Bogotá.
2. Que se declare la nulidad absoluta de la solicitud de licencia de construcción presentada por el liquidador de Luque Torres Limitada en liquidación mediante radicación 12-1-0603 del martes 29 de mayo de 2012 ante la curaduría urbana No. 1 de Bogotá.
3. Que se declare la nulidad absoluta de la decisión contenida en el punto 7 del desarrollo del orden del día del acta No. 58 del 8 de abril de 2013 de la junta de socios de Luque Torres Limitada en liquidación, por medio de la cual se

autorizó al liquidador para que adelante todas las actuaciones necesarias que permitan obtener cualquier tipo de nuevas licencias urbanísticas incluida la de usos temporales y/o definitivos sobre el único predio de la sociedad Luque Torres Limitada en liquidación.

III. Hechos

Antes de analizar los argumentos que han sido formulados por las partes, es necesario hacer un breve recuento de los antecedentes fácticos más relevantes para los efectos del presente litigio. Con el propósito de organizar la información disponible en el expediente, el Despacho considera necesario hacer referencia al proceso judicial que dio lugar a la Sentencia No. 801-0004 del 1º de febrero de 2013, para luego aludir a los principales antecedentes fácticos de relevancia para los efectos del presente litigio.

A. La Sentencia No. 801-0004 del 1º de febrero de 2013

El 12 de junio de 2012, María del Pilar Luque de Schaefer presentó ante este Despacho una demanda en contra de Luque Torres Ltda. en liquidación, con el fin de impugnar algunas determinaciones aprobadas por la junta de socios de la compañía. El conflicto entre las partes estuvo relacionado con la decisión de construir una vía en un predio de propiedad de la sociedad, en conjunto con Constructora Urbana San Rafael S.A. (vid. Folio 418). Para la demandante, la operación propuesta se había aprobado en contravención de lo previsto en el artículo 222 del Código de Comercio, por cuanto el proyecto de construir una vía no guardaba relación directa con la liquidación de Luque Torres Ltda. Luego de analizar las pruebas aportadas por las partes, el Despacho accedió a las pretensiones formuladas en la demanda, según consta en la Sentencia No. 801-0004 del 1º de febrero de 2013.

En esa oportunidad, la conclusión del Despacho estuvo basada en dos elementos analíticos, explicados en la sentencia a que se ha hecho alusión. Por una parte, se encontró una aguda disparidad entre la naturaleza de los negocios jurídicos discutidos por el máximo órgano de Luque Torres Ltda. y la necesidad de liquidar el patrimonio de la compañía. Según se expresa en la Sentencia No. 801-0004 ‘el Despacho encuentra que la celebración de contratos para la “explotación conjunta” de un inmueble de propiedad de Luque Torres Ltda. difícilmente encaja dentro de las actividades que la ley les permite realizar a las compañías en estado de liquidación. Por el contrario, se trata de actuaciones inherentes a la actividad mercantil, que no parecen guardar mayor relación con la finalidad de liquidar el patrimonio social de Luque Torres Ltda.’

De otra parte, el Despacho pudo advertir que no existía un verdadero ánimo de concluir con el proceso de liquidación de Luque Torres Ltda. De conformidad con lo expresado en el Auto No. 801-017812 del 18 de diciembre de 2012, ‘la compañía se encuentra en estado de liquidación hace más de 15 años. Esta anómala situación parece desbordar el alcance de las reglas comerciales que rigen los procesos de liquidación privada. [...] de conformidad con las afirmaciones del propio liquidador, los socios no parecen estar

interesados en dar por terminado el proceso de liquidación. De ser ello cierto, debería considerarse la posibilidad de adoptar medidas que permitiesen la continuación del objeto social de Luque Torres Ltda. Lo que no puede aceptarse es que una compañía continúe realizando actividades propias de su objeto social a pesar de encontrarse en estado de liquidación, como parecería ocurrir en el presente caso'. Por lo demás, debe recordarse que, en los términos de la Sentencia No. 801-0004, 'el loable fin de salvaguardar el único activo de la sociedad no puede servir de pretexto para prolongar, en forma indefinida, el proceso de liquidación de Luque Torres Ltda'.

Con base en los argumentos antes expresados, el Despacho declaró la nulidad absoluta de las decisiones controvertidas por María del Pilar Luque de Schaefer.

B. Los antecedentes fácticos del presente conflicto

El 8 de abril de 2013, se celebró una reunión extraordinaria de la junta de socios de Luque Torres Ltda. en liquidación, cuyas decisiones constan en el acta No. 58 (vid. Folios 28 a 31). De conformidad con lo expresado en esa acta, los socios decidieron '[ratificar] todas las actuaciones adelantadas por el liquidador que permitieron obtener la Licencia de Construcción No. 12-1-0257 del 7 de junio de 2012 expedida por el curador urbano No. 1 de Bogotá' (vid. Folio 30). Como justificación de lo anterior, se adujo que la obtención de la licencia era indispensable para dar por terminado el proceso de liquidación de Luque Torres Ltda., por cuanto 'el único bien que tiene esta sociedad es el predio con folio de matrícula inmobiliaria No. 050N-20038146 el cual desde hace más de 20 años se encuentra incluido en la zona de reserva vial para la construcción de la futura vía arteria denominada Avenida Córdoba que no está priorizada por el Distrito Capital para su construcción y por ende no ha sido posible venderlo al IDU' (id.). Por esta misma razón, los socios presentes durante la reunión determinaron autorizar al representante legal de la compañía para que 'renuncie a la citada licencia y/o adelante todas las actuaciones necesarias que permitan obtener cualquier tipo de nuevas licencias urbanísticas incluida la de usos temporales y/o definitivos sobre el predio antes identificado con el fin de poder acelerar la liquidación del activo societario' (vid. Folio 31).

IV. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare la nulidad de las decisiones aprobadas por la junta de socios de Luque Torres Ltda. en liquidación, durante la reunión extraordinaria celebrada el 8 de abril de 2013. Según el apoderado de la demandante, el fundamento de las pretensiones es similar al que fue invocado durante el proceso que dio lugar a la Sentencia No. 801-0004, vale decir, que las decisiones analizadas se aprobaron en contravención de lo previsto en el artículo 222 del Código de Comercio, a cuyo tenor, 'disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de

su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación [...]’ (vid. Folios 6 a 11).

Por su parte, el apoderado de la sociedad demandada señaló que las decisiones controvertidas son congruentes con la disposición imperativa del citado artículo 222 del Código de Comercio. En su criterio, las decisiones controvertidas ‘no tiene[n] una relación esencial con lo que fue la decisión de la Superintendencia que se tomó en el proceso anterior. La sociedad ha tomado nota precisa de lo que la Superintendencia decidió [en la Sentencia No. 801-0004] y ha procedido de conformidad, esto es, exclusivamente, adelantando gestiones de liquidación [...] la sociedad está adelantando gestiones para vender el predio’.¹ En igual sentido, se manifestó el representante legal de la compañía demandada al sostener que ‘[Luque Torres Ltda., en liquidación, no tiene] ninguna intención de hacer cosa distinta de vender el inmueble’.²

Para resolver el caso sometido a consideración del Despacho, es indispensable establecer si existe una relación teleológica entre las decisiones sociales controvertidas y la culminación del proceso liquidatorio de Luque Torres Ltda. Como se explicó en la Sentencia No. 801-0004 el régimen colombiano en materia de liquidación voluntaria contiene importantes restricciones orientadas a permitir el adecuado desarrollo de los procesos de la naturaleza indicada. Una de tales restricciones, contenida en el ya citado artículo 222 del Código de Comercio, tiene por efecto la imposición de límites al objeto social de compañías en trámite de liquidación, en forma tal que las sociedades disueltas ‘conservan su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación’. Además, el artículo 223 del mismo Código dispone que, una vez disuelta la sociedad, ‘las determinaciones de la junta de socios o de la asamblea deberán tener relación directa con la liquidación’. Ambas restricciones están relacionadas con la necesidad de que se cumplan, de la manera más expedita posible, todas aquellas gestiones requeridas para dar por terminado el proceso de liquidación.

Ahora bien, según el texto de la Licencia No. 12-1-0257 del 7 de junio de 2012, la Curaduría Urbana No. 1 de Bogotá autorizó a Luque Torres Ltda., en liquidación, para ‘construir en el área de reserva vial por la avenida córdoba entre calles 134 y 138 de las urbanizaciones “Echeverría” y “San Rafael norte I” una edificación de carácter temporal [...]’ (vid. Folio 22). Lo primero que debe decirse, en este orden de ideas, es que la solicitud de una licencia de construcción para edificaciones temporales podría considerarse, en principio, como una actuación contraria a lo previsto en los artículos 222 y 223 del Código de Comercio. Ciertamente, la finalidad de una licencia de la naturaleza indicada, es decir, ‘construir [...] una edificación de carácter temporal’, parecería ser incongruente con la necesidad de proceder a la ‘inmediata liquidación’ del patrimonio social. No obstante, la sociedad demandada aportó múltiples elementos de juicio que parecerían apuntar a la existencia de una estrecha relación entre la obtención

¹ Cfr. grabación de la fijación del objeto del litigio realizada por el apoderado de la demandada en la audiencia celebrada el 4 de septiembre de 2013, folio 216 del expediente (2:20).

² Cfr. grabación del interrogatorio de parte absuelto por Santiago Luque Torres en la audiencia celebrada el 1 de octubre de 2013, folio 559 del expediente (32:09).

de la aludida licencia y el mandato imperativo de los artículos 222 y 223 del Estatuto Mercantil.

El punto de partida del presente análisis está relacionado con las dificultades existentes para la enajenación del único activo social de Luque Torres Ltda. El principal obstáculo en este sentido está relacionado con una afectación urbanística, por cuya virtud el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 050N-20038146 se encuentra en una zona de reserva vial. Según el estudio preparado por la consultora María Teresa Restrepo de Brigard en mayo de 2013, ‘el inmueble hace parte de la Unidad de Planeamiento Zonal Niza UPZ 24, la cual fue reglamentada mediante el Decreto 175 del 31 de mayo de 2006 [...]. Del estudio de los planos de las urbanizaciones Echeverría y San Rafael I, queda absolutamente claro que el área de terreno no surtió proceso de urbanización ni sobre él se realizaron cesiones obligatorias ni obras de urbanismo por estar determinada como “área de reserva vial” Avenida Córdoba’ (vid. Folios 164 y 165).

También es relevante mencionar la siguiente definición de reserva vial, consignada en el artículo 445 del Decreto 190 de 2004, hoy derogado por el Decreto 364 de 2013: ‘[son aquellas áreas] del territorio Distrital que [...] sean necesarias para la localización y futura construcción de obras del sistema vial principal de la ciudad, de redes matrices de servicios públicos, de equipamientos colectivos de escala urbana y, en general de obras públicas o para la ejecución de programas o proyectos con inversión pública, o para protección ambiental, a fin de que sean tenidas en cuenta para la imposición oportuna de las respectivas afectaciones’. Por su parte, en el artículo 396 del Decreto 364 de 2013 se establece que las zonas de reserva son aquellas ‘franjas de terreno necesarias para la construcción o ampliación de la infraestructura que permite la provisión de los servicios públicos y soportes urbanos de los sistemas generales de la Estructura Funcional y de Servicios, así como los Suelos de la Estructura Ecológica Principal’. En el citado Decreto 364 también se consagra el régimen de limitaciones al que se encuentran sujetos los inmuebles ubicados en zonas de reserva.

Según el liquidador de la sociedad demandada, la restricción que recae sobre los usos que pueden dársele al inmueble de propiedad de Luque Torres Ltda. ha entorpecido su enajenación.³ Por este motivo, en criterio del liquidador, se hace indispensable obtener la licencia de construcción controvertida en este proceso, en tanto en cuanto, ‘los clientes potenciales necesitan una estabilidad, una seguridad jurídica que la da es una licencia; entonces las licencias son lo que permiten dar esa seguridad jurídica que le permite al cliente, a su vez, ofertar por el predio’.⁴ Para el referido liquidador, de no contarse con la licencia correspondiente, la venta del referido inmueble debería hacerse a un valor descontado. En sus palabras, ‘desde luego que puede haber gente que oferte el bien antes de obtener la licencia, pero entonces el demerito del bien va a ser muy fuerte, demerito patrimonial para la sociedad y para los socios, de ahí el interés en obtener las licencias’.⁵

³ Cfr. grabación del interrogatorio de parte absuelto por Santiago Luque Torres en la audiencia celebrada el 1 de octubre de 2013, folio 559 del expediente (13:52).

⁴ Id.

⁵ Id. (30:40).

Con base en las afirmaciones precedentes, podría pensarse que cualquier sujeto con experiencia en el sector de la construcción estaría interesado en adquirir el inmueble sin licencia a un valor descontado, para luego iniciar el respectivo proceso de licenciamiento ante la curaduría urbana correspondiente. Esta hipótesis parte del supuesto según el cual el descuento obtenido por la adquisición del inmueble sin el permiso de construcción es superior al costo total de obtener la licencia. Debe recordarse que en el presente caso no sólo se ha dicho que ‘hay un incremento importantísimo en el valor del bien si se obtiene la licencia’ sino, además, que el trámite de licencia de construcción no representa, por lo general, mayores costos para el propietario de un inmueble.⁶ Todo lo anterior quiere decir que, aunque no se cuente con una licencia de construcción en firme, habría posibles compradores para el inmueble de propiedad de Luque Torres Ltda., en liquidación. Por esta vía, podría llegarse a la conclusión preliminar de que la carencia de una licencia de construcción no es un verdadero obstáculo para la enajenación del inmueble de propiedad de Luque Torres Ltda., en liquidación.

Con todo, una vez examinadas las pruebas disponibles, el Despacho considera que el análisis antes presentado no es necesariamente cierto para el caso del terreno de propiedad de Luque Torres Ltda., en liquidación. En verdad, por encontrarse el inmueble en una zona de reserva, un potencial comprador no podría estimar, con absoluta certeza, la posibilidad de obtener una licencia para construir sobre el inmueble en cuestión.⁷ Esta circunstancia reviste especial importancia debido a la naturaleza de las restricciones urbanísticas a que se ha hecho alusión, cuya continuada vigencia limita los usos económicos que pueden dársele al activo mencionado.

Lo expresado en el párrafo anterior encuentra sustento en las ofertas de venta que ha recibido Luque Torres Ltda. respecto del inmueble en cuestión. Según el liquidador de la compañía, ‘los compradores han condicionado, como se puede ver en las ofertas que constan en el expediente, la adquisición del bien, a los trámites de la obtención de licencias’.⁸ Así, pues, según la propuesta presentada por Uribe Cabrales Ltda. el 11 de junio de 2013, cualquier operación respecto del inmueble de propiedad de Luque Torres Ltda. está sujeta a la ‘definición de la normativa legal aplicable, a fin de determinar el área útil del predio para un proyecto de vivienda [...]’ (vid. Folio 214). También es relevante aludir al testimonio de Humberto Uribe, representante legal de Uribe Cabrales Ltda., para quien ‘es un predio que tiene unas condiciones especiales, que tiene una licencia provisional de uso, luego eso, le da un cierto valor, dependiendo del usufructo que pueda salir del desarrollo de ese proyecto’.⁹

⁶ Id.

⁷ En palabras del apoderado de la demandada, ‘de acuerdo con las normas de licencias, la licencia solo puede ser solicitada por el propietario. Naturalmente el comprador podría tramitarla, pero en ese caso supone, que la tramitaría después de comprar el inmueble y él necesita la seguridad jurídica es en el momento de comprar, de manera que no es un problema de demora en el trámite de la licencia [sino de seguridad jurídica para edificar el bien]’. Cfr. grabación de la fijación del objeto del litigio realizada por el apoderado de la demandada en la audiencia celebrada el 4 de septiembre de 2013, folio 216 del expediente (5:55).

⁸ Cfr. grabación del interrogatorio de parte absuelto por Santiago Luque Torres en la audiencia celebrada el 1 de octubre de 2013, folio 559 del expediente (23:37).

⁹ Cfr. grabación del testimonio rendido por Humberto Uribe en la audiencia celebrada el 9 de diciembre de 2013, folio 578 del expediente (27:35). En sentido análogo se expresó Gustavo Adolfo Vergara, uno de los testigos expertos que declararon

Adicionalmente, según lo expresado en la oferta de Constructora Girón Ltda., '[e]s requisito indispensable para la estructura del negocio, que la vigencia de la Licencia de construcción No. 12-1-0257 del 7 de junio de 2012 expedida por la Curaduría No. 1, se mantenga incólume' (vid. Folio 215). También puede hacerse referencia al testimonio de la representante legal de Constructora Girón Ltda., a cuyo criterio, 'si [el lote] no tiene licencia no nos interesa para nada. A nosotros solo nos interesa si se mantiene la licencia y no se vea afectado por el POT, de resto no'.¹⁰ Así mismo, José María Luque Luque, socio de Constructora Girón Ltda., le manifestó al Despacho que 'hay un interés en [adquirir el lote de propiedad de Luque Torres Ltda.] [...]. El interés existe siempre y cuando en el lote pueda obtenerse una licencia de construcción, si no se puede obtener una licencia, yo creo que Constructora Girona no estaría interesada, o sea, retiraría la oferta, porque, digamos, el lote estaría fuera del mercado comercial'.¹¹ En este punto debe decirse que los vínculos existentes entre los citados testigos y los socios de Luque Torres Ltda., en liquidación, no son suficientes, por sí solos, para que el Despacho desestime lo expresado por tales sujetos durante el curso del presente proceso.¹²

A la luz de las anteriores consideraciones, parece claro que la incertidumbre jurídica acerca de la posibilidad de explotar el inmueble de propiedad de Luque Torres Ltda. es un verdadero obstáculo para su enajenación. Es por ello que la obtención de una licencia de construcción podría, en efecto, facilitar el proceso de venta del activo mencionado. Bajo esta hipótesis, las decisiones aprobadas por la junta de socios de Luque Torres Ltda. en liquidación, durante la reunión extraordinaria celebrada el 8 de abril de 2013, serían congruentes con lo expresado en los artículos 222 y 223 del Código de Comercio.

La conclusión expresada en el párrafo anterior adquiere aún más fuerza si se tiene en cuenta que, tras la expedición del Decreto 364 de 2013, se derogó el Plan de Ordenamiento Territorial consagrado en el Decreto 190 de 2004, en cuyos artículos 178 y 179 se contemplaba la posibilidad de obtener licencias urbanísticas para inmuebles ubicados en una zona de reserva vial.¹³ También es importante mencionar que, bajo la vigencia del Decreto 364 de 2013, no parece factible obtener permisos de construcción respecto

ante el Despacho, a cuyo criterio, 'el lote con licencia tiene mayor valor porque me da la certeza de que yo puedo construir ahí'. Cfr. grabación del testimonio rendido por Gustavo Adolfo Vergara Lozano la audiencia celebrada el 1 de octubre de 2013, folio 559 del expediente (2:13:34).

¹⁰ Cfr. grabación del testimonio rendido por María Constanza Luque Luque la audiencia celebrada el 9 de diciembre de 2013, folio 578 del expediente (35:12).

¹¹ Cfr. grabación del testimonio rendido por José María Luque Luque la audiencia celebrada el 1 de octubre de 2013, folio 559 del expediente (59:46).

¹² Con fundamento en los vínculos mencionados en el texto principal, el apoderado de la demandante tachó de sospechosos a los testigos Gustavo Adolfo Vergara y José María Luque Luque. Sin embargo, tras intervenir activamente en la práctica de los testimonios bajo sospecha, el Despacho considera que los testigos tachados expusieron sus opiniones objetivamente, en consonancia con la experiencia con la que cuentan en el sector de la construcción. De ahí que deba rechazarse la tacha de sospecha formulada por el apoderado de la demandada.

¹³ En los términos del párrafo segundo del artículo 178, 'las zonas de reserva vial no constituyen afectaciones en los términos de los artículos 37 de la Ley 9ª de 1989 y 122 de la Ley 388 de 1997. Por lo tanto, su delimitación no producirá efectos sobre los trámites para la expedición de licencias de urbanismo y construcción en sus diferentes modalidades'. A su vez, en el artículo 179 se establecía lo siguiente: 'Sobre los predios donde se hayan demarcado zonas de reserva, se podrán solicitar licencias de urbanismo y construcción, en sus diferentes modalidades, con base en las normas vigentes. No obstante, será posible acogerse a los usos temporales de comercio y servicios que se puedan desarrollar en estructuras desmontables metálicas, de madera o similares, siempre que se cumplan las normas vigentes de sismorresistencia, espacio

de inmuebles ubicados en zonas de reserva. En efecto, a diferencia de como ocurría bajo el derogado Decreto 190 de 2004, en el Capítulo VIII del Título Segundo del Decreto 364 de 2013 no se contempla la posibilidad de obtener licencias de construcción respecto de inmuebles sujetos a la afectación bajo estudio. Por el contrario, bajo el nuevo régimen territorial, los propietarios de inmuebles ubicados en una zona de reserva sólo podrían recibir una compensación económica atada a los denominados ‘derechos de edificabilidad’, en los términos de los artículos 397 y siguientes del Decreto 364. Sobre este particular pueden consultarse, además, las declaraciones de la Subsecretaria de Planeación Territorial de la Secretaría de Planeación, para quien, bajo el nuevo Plan de Ordenamiento Territorial, no sería posible ‘construir edificios en las áreas que se han reservado para las futuras vías que necesita la ciudad [...]’.¹⁴

Es así como, en caso de cancelarse la Licencia No. 12-1-0257, parecería imposible, tanto para Luque Torres Ltda. como para cualquier tercero, obtener un nuevo permiso de construcción respecto del inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 050N-20038146. Según lo expresado anteriormente, la imposibilidad de solicitar una nueva licencia podría constituir un obstáculo importante para la enajenación del único activo de propiedad de la sociedad demandada.¹⁵ De ahí que la Licencia No. 12-1-0257 revista una indiscutible importancia en el contexto de la liquidación de Luque Torres Ltda.

Finalmente, el Despacho debe advertir que tanto el representante legal de la sociedad demandada, como su apoderado judicial, manifestaron que existe, en la actualidad, un verdadero ánimo por liquidar el patrimonio de Luque Torres Ltda. En primer lugar, ante una pregunta del Despacho, el liquidador de esa compañía manifestó que ‘nosotros no tenemos ninguna intención de hacer cosa distinta de vender el inmueble’.¹⁶ En segundo lugar, el apoderado de Luque Torres Ltda., en liquidación, le manifestó al Despacho, durante la fijación del objeto del litigio, que ‘la sociedad lo que está es adelantando gestiones para vender el predio’.¹⁷ Aunque estas contundentes afirmaciones dan cuenta suficiente de la intención de terminar con el dilatado proceso liquidatorio de Luque Torres Ltda., la sociedad demandada también acreditó que se han desplegado esfuerzos para vender el inmueble a que se ha hecho referencia.¹⁸

público referido a andenes, antejardines y cupos de parqueo. Para el efecto, se deberá obtener la correspondiente licencia ante una curaduría urbana’.

¹⁴ EL NUEVO SIGLO (31 de julio de 2013), disponible en la siguiente dirección: <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/7-2013-no-modificar-el-pot-es-amenaza-reservas.html>

¹⁵ Según el testimonio del señor José María Luque, ‘un lote al que no se le puede sacar licencia o que no tenga licencia por x o y razón, pues es un lote en el cual no hay certeza sobre su verdadero potencial, sobre los verdaderos metros vendibles que puede tener, por lo tanto es un lote que está, por decirlo así, fuera del mercado, no está dentro del ámbito comercial, porque no cumple con la condición de tener un potencial’. Cfr. grabación del testimonio rendido por José María Luque Luque la audiencia celebrada el 1 de octubre de 2013, folio 559 del expediente (50:58).

¹⁶ Cfr. grabación del interrogatorio de parte absuelto por Santiago Luque Torres en la audiencia celebrada el 1 de octubre de 2013, folio 559 del expediente (31:57).

¹⁷ Cfr. grabación de la fijación del objeto del litigio realizada por el apoderado de la demandada en la audiencia celebrada el 4 de septiembre de 2013, folio 216 del expediente (2:52).

¹⁸ Según el liquidador de Luque Torres Ltda., ‘tenemos una valla en el sitio más visible del inmueble sobre la avenida Iberia, no hemos publicado avisos clasificados porque nuestra experiencia en ventas es que las vallas son lo más efectivo. Es una valla amarilla con letras negras. Hemos recibido 7 u 8 llamadas diarias, ha habido muchísimo interés [...] nos hemos reunido con muchos interesados, con juntas directivas, con sus asesores abogados expertos en derecho urbano, con sus asesores

Así las cosas, el Despacho debe concluir que las pretensiones formuladas en la demanda no habrán de prosperar. En verdad, la sociedad demandada logró demostrar que las decisiones sociales controvertidas estuvieron encaminadas a promover la terminación del proceso de liquidación privada de Luque Torres Ltda. Debe advertirse, con todo, que la anterior conclusión encuentra fundamento en la idea—reiterada explícitamente por los representantes de la sociedad demandada—de que la Licencia de Construcción No. 12-1-0257 del 7 de junio de 2012 se solicitó con el propósito exclusivo de facilitar la enajenación del único activo de propiedad de Luque Torres Ltda. y no para permitir que la compañía ejecute, en forma directa o indirecta, nuevos proyectos en ese inmueble. Debe resaltarse, por lo demás, que si resulta imposible enajenar el activo en cuestión dentro de un plazo razonable, el liquidador de Luque Torres Ltda., en cumplimiento de sus deberes legales, se verá obligado a considerar alternativas que permitan dar por terminado el proceso de liquidación.¹⁹

IV. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de la sociedad Luque Torres Ltda. en liquidación y a cargo de la demandante, una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

En mérito de lo expuesto, el superintendente delegado para procedimientos mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Desestimar las pretensiones formuladas en la demanda.

Segundo. Condenar en costas a la demandante por una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

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

El superintendente delegado para procedimientos mercantiles

expertos en derecho, con los arquitectos, con los ingenieros, hemos ido al predio con ellos, hemos mirado'. Cfr. grabación del interrogatorio de parte absuelto por Santiago Luque Torres en la audiencia celebrada el 1 de octubre de 2013, folio 559 del expediente (35:38).

¹⁹ Podría pensarse, por ejemplo, en solicitar la compensación económica derivada de los derechos de edificabilidad consagrados en el Decreto 364 de 2013.

Índice de Jurisprudencia

Jurisprudencia Nacional

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 20 de mayo de 1899: 332

Sentencia del 18 de febrero de 1994: 278, 321

Sentencia del 7 de marzo de 1994: 286

Sentencia del 14 de junio de 1994: 286

Sentencia del 24 de junio de 1997: 285

Sentencia del 2 de agosto de 1999: 253, 285, 286

Sentencia del 14 de febrero de 2000: 285

Sentencia del 14 de junio de 2000: 287

Sentencia del 18 de agosto de 2000: 285, 286

Sentencia del 25 de abril de 2003: 286

Sentencia del 15 de agosto de 2006: 114, 277, 321

Sentencia del 5 de junio de 2007: 247

Sentencia del 20 de junio de 2012: 341

Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 1997: 174

Sentencia C-83 de 1999: 382

Sentencia C-163 de 1999: 174

Sentencia C-193 de 1999: 174

Sentencia C-1140 de 2000: 174

Sentencia C-1038 de 2002: 174

Sentencia C-621 de 2003: 41

Sentencia C-865 de 2004: 225, 226, 367

Sentencia SU-74 de 2007: 247

Sentencia C-523 de 2009: 6, 52, 65, 92, 115, 134

Sentencia C-014 del 20 de enero 2010: 15, 16, 31, 32

Sentencia C-330 de 2012: 174

Consejo de Estado, Sentencia del 13 de noviembre de 1997: 366, 369, 382

Sentencia del 19 de agosto de 1999: 14, 226, 367

Sentencia del 8 de marzo de 2008: 251

Sentencia del 7 de mayo de 2013: 366

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia del 5 de diciembre de 2012: 174

Jurisprudencia Extranjera

United States vs. Lehigh Valley R. Co [1911]: 363

Daimler Co Ltd vs. Continental Tyre and Rubber Co Ltd [1916] 2 AC 307: 362

Chicago, M. & St.P. Ry Co. vs Minneapolis Civic Assn [1918]: 363

Gilford Motor Co. Ltd vs. Horne [1933]: 362

Re FG (Films) Ltd [1953] 1 All ER 615: 361

Lazarus Estates Ltd. Beasley [1956] 1QB 702: 361

Sundaco Inc vs. State [1970]: 364

Wilkes vs. Nursing Homes Springside Inc. [1976]: 403

Atlas Maritime Co SA vs. Avalon Maritime Ltd. [1991]: 361

Sentencia del 13 febrero de 1996, Corte de Apelación Francesa: 248

Sentencia del 21 de enero de 1997, 94-18.883, Cámara Comercial de la Corte de Casación Francesa: 142

Sentencia del 2 de julio de 2002, Corte de Apelaciones de París: 402

Sentencia del 3 de agosto de 2011, Tribunal de Comercio de París: 250

Sentencia No. 11/16066 del 8 de noviembre de 2011, Corte de Apelación de París: 250

Prest vs. Petrodel Resources Ltd & Ors [2013] UKSC 34: 361, 362

Índice de Autores

- Aguiar Pedrosa: 252
Armour: 30, 90, 360, 398, 411
Atanasov: 237
Bagehot: 29
Baglioni: 236, 237
Bainbridge: 363
Banner: 29
Bejarano Guzmán: 14, 15, 28, 48, 58, 71, 106
Black: 237
Bonivento Jiménez: 333
Krendl: 363, 364
Cabanellas de las Cuevas: 31, 365, 368
Caputo: 365, 366
Cheffins: 402
Chemla: 236
Cheng: 29, 359, 361
Ciccotello: 237
Conac: 398
Dobson: 29, 31, 224
Easterbrook: 29, 398
Enriques: 398
Fischel: 39, 398
Fox: 73
Gaertner: 363
Garnica Martín: 14, 28, 43, 48, 53, 58, 65, 70, 98, 106
Gelter: 398
Gil Echeverry: 6, 114, 277, 278, 321
Gilson: 30, 31, 360, 398
Gómez Estrada: 332,339
Habib: 236
Hagan: 224
Hansmann: 227,398, 411
Hinestrosa: 247
J. R. Krendl: 363, 364
Johnson: 237
Kraakman: 398, 411
Lanvers-shah: 250
Ljungqvist: 236
López Blanco: 15, 28, 58, 71
Louit: 250
Madelon: 236
Martínez Escobar: 332

Martínez Neira: 90, 114, 198, 237, 247, 252, 269, 277, 278, 336, 411
Means: 399, 402, 403
Moll: 399, 401, 403
Moreira Rodrigues: 250
Narváez: 196
Neira Archila: 196
O de Précigout: 250
Osborne: 28, 29, 224, 359
Ospina Acosta: 238, 247
Ospina Fernández: 238, 247, 285
Davies (P.L.): 398, 399, 401
P.A. Davies (P.A.): 361, 362
Paz-Ares: 237, 249, 250, 252
Peng: 73
Pinzón: 59, 195, 237, 402
Rajan: 29
Ramírez Gómez: 196
Ramsay: 402
Reyes Villamizar: 16, 17, 30, 32, 33, 123, 124, 183, 215, 216, 224, 225, 237, 238, 239, 241, 248, 312, 360, 361, 366, 377, 398, 399, 402, 411
Rodríguez Espitia: 92
Sáez Lacave: 245, 249
Schwartz: 30, 31, 360
Thompson: 398, 402, 407
Thomsen: 236
Zingales: 29

Índice Analítico de Materias

- Abuso del derecho: 90, 141, 142, 143, 248, 398, 399, 400, 416
 - De mayoría: 91, 142, 385-420
 - De minoría: 245, 248
- Abuso de la personalidad jurídica: 221-227, 255-260, 359-368
- Acciones
 - Adquisición por parte de administradores: 268
 - Enajenación: 47-54
- Accionistas
 - Ausentes: 142
 - Exclusión: 192-199, 283-290
 - Mayoritario: 90, 100, 248, 398, 403, 418
 - Minoritario: 72, 90, 245, 398, 400, 401, 402, 403, 418
- Acuerdos de accionistas: 85-89, 229-254
 - Depósito: 87, 236, 238, 242
 - Ejecución específica: 249-251
 - Oponibilidad: 99, 238-252
- Administradores:
 - Discrecionalidad: 397
- Elección: 86-91
- Prohibiciones: 59, 268
- Arbitrios de indemnización: 192-199
- Asamblea
 - Deliberaciones: 100, 124, 184
 - Funcionamiento: 100, 123
- Bloqueo de los órganos sociales: 182-187
- Buena fe: 225, 286, 321-322, 365
- Capital autorizado: 243, 245
- Capitalización: 240-248
- Cláusula compromisoria: 173-174
- Common Law: 29, 398
- Competencias de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles: 150-156
- Deberes fiduciarios: 33, 399-403
- Derecho:
 - De preferencia: 270
 - De Retiro: 217
 - De veto: 16, 217, 248
 - De voto: 35, 89-90, 141-143, 397, 399, 400, 418

- Desestimación de la personalidad jurídica: 31-33, 129-134, 147-148, 163, 223-228, 257-259, 360,368
- Disolución: 182-184
- Domicilio Social: 91
- Efectos retroactivos de la nulidad (extunc): 283-289
- Escisión: 6-8, 216-218
- Escritura Pública: 30-31, 360
- Estados Financieros: 77
- Estatutos: 15-31
- Exclusión: 192-199, 283-290
- Funciones de las cámaras de comercio: 40
- Fraude: 34, 41, 225-226
- Fusión: 15, 217
- Impugnación de decisiones: 19, 99, 154, 162, 250-252
- Incentivo a la Capitalización Rural: 369-376
- Interés Social: 248
- Inoponibilidad de la personalidad jurídica: 359-368
- Junta de socios: 15, 59, 162, 205, 426
- Junta directiva: 20, 50, 59-64, 86-89, 105-108, 142-143, 241-242, 320-322, 395-410
- Libros de comercio: 196
- Limitación de responsabilidad: 28, 29, 227, 371
- Liquidación: 205, 225, 301, 426
- Mandato: 325-334
- Nulidad absoluta: 269, 278, 321
- Objeto ilícito: 21, 286
- Objeto Social
- Imposibilidad de desarrollarlo: 183
 - Límites: 205-206, 425, 426
- Propósito legítimo de negocios (bona fide business purpose): 363-365
- Protección de accionistas en la SAS: 15-17, 31-32, 215
- Rentas privativas del controlante (private benefits of control): 237
- Restricción en la negociación de acciones: 15, 215, 238
- Reunión de segunda convocatoria y por derecho propio: 123, 124
- Sociedad por acciones simplificada:
- Acuerdos de accionistas: 238, 249-252
 - Adquisición del tipo: 209-220
 - Régimen de protección: 15-17, 31-32, 215
- Valoración de compañías: 303-314
- Vías de hecho: 322

Desde su creación, en julio de 2012, la nueva Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades administra un foro especializado para la resolución de conflictos societarios. Este libro contiene una recopilación cronológica de algunos de los principales pronunciamientos judiciales emitidos por la Delegatura en los últimos dos años.

“El amplio acervo de casos que ha resuelto la nueva corte, sumado a la calidad técnica de sus decisiones y la celeridad con la que se tramitan los procesos a su cargo, da cuenta del éxito que ha tenido este importante foro para la resolución de conflictos empresariales”.

Papeles del Grupo de Trabajo No. 1 (2013)

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

“La Corte Societaria en la Delegatura de Procedimientos Mercantiles es (...) la primera especializada en temas societarios en América Latina y constituye un avance fundamental en la resolución de conflictos societarios [...] la nueva Corte Societaria es un ejemplo de eficiencia para la justicia colombiana”.

Informe Nacional de Competitividad (2013-2014)

Consejo Privado de Competitividad