



Superintendencia  
de Sociedades

**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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Es así como, para determinar si es

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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

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'.<sup>3</sup>

Este análisis preliminar no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.<sup>4</sup> 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'.<sup>5</sup>

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

---

página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: [www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html](http://www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html)

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

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

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%
<i>Total</i>	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%
<i>Total</i>	24.7%

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).<sup>6</sup> 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 sólo 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—la participación accionaria de Carlos Alberto Sierra le permitiría elegir, a lo menos, a uno de los cinco directores de la compañía.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

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 2º 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

<sup>6</sup> 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 un millón de dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.000.000)' (vid. Folio 61).

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

<sup>8</sup> 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; MW Peng, Outside Directors and Firm Performance During Institutional Transitions (2004) 25 STRAT MAN J 453; ).

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 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, ÓRDENESE 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 2º 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.<sup>9</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

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 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 sólo dan cuenta de la posible cesión del contrato No. CT-011-000103, suscrito entre Axede S.A y Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 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 párrafo 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 E.S.P. 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. ‘sólo podrá ceder los derechos económicos del contrato después de que se haya ejecutado más del cincuenta por ciento (50%) del mismo’ (vid. Folio 161).<sup>10</sup> 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 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 2º 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,

<sup>10</sup> 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 E.S.P. el 24 de marzo de 2011.

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 2º 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 5º 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 5º del artículo 28 y el literal d) del numeral 2º 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 [...]'). Bajo 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 E.S.P. 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 E.S.P. 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.<sup>11</sup> Ciertamente, en la carta del 8 de junio se indica que 'los valores pagados por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. [...] 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 parágrafo 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

<sup>11</sup> 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).

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 2º 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 2º 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 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 2º 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 5º 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.<sup>12</sup> 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).<sup>13</sup>

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 Caycedo 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.

Por 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 Caycedo Tribín y Laura Pinilla de Brigard, para que, dentro del término de 2 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.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

**Notifíquese y Cúmplase,**

**El Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,**

**José Miguel Mendoza**

Nit: 830.077.975

Exp: 40406

C.T: 0.

Rad: 2013-01-076511

Trámite: 170001

Código: 801

M6866