

AUTO

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

En sus escritos cite siempre el siguiente número: 2013-801-165

**Partes**

Jhon Fredy Díaz Arbeláez

contra

Álvaro Antonio Noreña Noreña

**Asunto**

Artículo 24 del Código General del Proceso

**Trámite**

Proceso verbal sumario

**Número del proceso**

2013-801-165

**I. ANTECEDENTES**

1. El 16 de diciembre de 2013 Jhon Fredy Díaz presentó una demanda ante este Despacho.
2. En el escrito presentado el demandante solicitó el decreto de una medida cautelar.

**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 procesos 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 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. 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

<sup>1</sup> Las providencias mencionadas en el texto principal pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: <http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles>

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'.<sup>2</sup>

El análisis preliminar a que se ha hecho referencia no conlleva, en forma alguna, un prejuiciamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.<sup>3</sup> 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'.<sup>4</sup>

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

[...]

Lo primero que debe decirse, en este orden de ideas, 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.<sup>5</sup> 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'.<sup>6</sup>

<sup>2</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>3</sup>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.

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

<sup>5</sup> Sentencia No. 801-0059 del 4 de diciembre de 2013.

<sup>6</sup> Id.

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. 801-72 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 conflictos de interés o circunstancias irregulares que pudiesen comprometer el ejercicio objetivo del cargo de administrador por parte de Alexander Ilich León Rodríguez'.

Según puede apreciarse en los antecedentes citados, existen algunas 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. En el presente caso, se ha invocado no sólo la posible celebración de operaciones viciadas por conflictos de interés, sino también la aparente ejecución de actos de fuerza en el contexto de un agudo conflicto intrasocietario. Debe resaltarse que este Despacho se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca de la importancia de algunos de los elementos descritos por el apoderado del demandante.

Por una parte, la existencia de un conflicto intrasocietario suele ser suficiente para que el Despacho examine, con especial atención, las actuaciones de los asociados, particularmente en el seno del máximo órgano social.<sup>7</sup> Según se expresó en la Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013, '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. Ante el deterioro de las relaciones entre los asociados, los

<sup>7</sup> 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. 800-54 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.'

denominados problemas de agencia entre mayoritarios y minoritarios suelen volverse más severos. 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 desaparezcan los reparos personales que podrían haber tenido los mayoritarios para adoptar decisiones con la oprobiosa finalidad mencionada'.<sup>8</sup> Aunque el aparte antes transcrito alude a conflictos entre asociados mayoritarios y minoritarios, las consideraciones formuladas en la Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013 resultan igualmente aplicables en hipótesis de accionistas con participaciones paritarias en el capital de una compañía.

De otra parte, este Despacho ha censurado, en forma enérgica, cualquier intento por solucionar conflictos entre accionistas mediante la ejecución de actos de fuerza. De conformidad con lo expresado en la Sentencia No 801-43 del 23 de julio de 2013 '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'.<sup>9</sup>

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho debe concluir que el demandante ha acreditado que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican el decreto de una medida cautelar. En verdad, las numerosas pruebas disponibles en esta etapa del proceso dan cuenta de un agudo conflicto entre los dos accionistas de Noreña & Díaz S.A.S., en medio del cual se han consumado intentos por asumir el control administrativo de la compañía mediante la celebración de reuniones por derecho propio (vid. Folio 95), al tiempo que se han producido enfrentamientos personales entre los accionistas, como el ocurrido el 16 de julio de 2011 (vid. Folio 117). Además, los documentos disponibles dan cuenta de la posible realización de actividades positivas de gestión por parte de Álvaro Antonio Noreña Noreña, incluida la cancelación de una cuenta bancaria de Noreña & Díaz S.A.S (vid. Folio 87) y la presentación de declaraciones tributarias en nombre de la compañía (vid. Folio 82). También se adjuntaron recibos de caja de menor en los que se da cuenta del reparto de sumas dinerarias por concepto de 'utilidades Egapan', a favor del señor Noreña, sin que en las actas aportadas por el demandante aparezca el decreto efectivo de utilidades por parte del máximo órgano social de Noreña & Díaz S.A.S. (vid. Folios 112 y siguientes). Por último, en el certificado de matrícula mercantil del establecimiento de comercio registrado a nombre de Angela María Rincón Parra aparece un posible indicio acerca de sus vínculos con el señor Álvaro Antonio Noreña Noreña, vale decir, la inscripción de la dirección de correo electrónico [alvaronorena@gmail.com](mailto:alvaronorena@gmail.com).

Debe reiterarse, pues, que el demandante ha acreditado, con méritos, que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican el decreto de una medida cautelar. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Esta sentencia fue dejada sin efectos por virtud de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia.



el presente litigio sólo 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.

## 2. El interés económico del demandante

Tras una revisión del expediente, el Despacho pudo constatar que el demandante cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso.<sup>10</sup> En verdad, Jhon Fredy Díaz Arbeláez no sólo detenta la calidad de accionista de Noreña & Díaz S.A.S, sino que también ha acreditado que se encuentra en conflicto con el señor Alvaro Antonio Noreña Noreña, el otro accionista de la compañía. El interés del demandante también puede apreciarse en función de las operaciones controvertidas, por cuyo efecto, según lo expresado en la demanda, se ha intentado perjudicar a Jhon Fredy Díaz Arbeláez. 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.

## III. 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.

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', lo cual arroja una cifra inicial de \$50.000.000 (vid. Folio 23). Sin embargo, 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'.<sup>11</sup> 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.

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 sólo 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.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Sentencia C-523 de 2009.

Por virtud 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 las medidas cautelares aquí descritas 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, decretar el embargo de las acciones de propiedad de Alvaro Antonio Noreña Noreña en la sociedad Noreña & Díaz S.A.S.

**Tercero.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle al señor Alvaro Antonio Noreña Noreña que le permita al representante legal principal de Noreña & Díaz S.A.S. ejercer sus funciones como administrador de la compañía. En cumplimiento de esta orden, deberá permitírsele al aludido representante legal el ingreso inmediato a los establecimiento de comercio que sean de propiedad de Noreña & Díaz S.A.S.

**Cuarto.** Una vez prestada la caución en forma debida, practicar una inspección judicial en el establecimiento de comercio denominado "Brigada Aérea", el cual funciona en el local No. 39 del Aeropuerto Internacional José María Córdoba.

**Quinto.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle al representante legal de Noreña & Díaz S.A.S. que proceda de conformidad con lo expresado en esta providencia.

**Sexto.** Una vez prestada la caución en forma debida, informarle a la Cámara de Comercio de Medellín, por el medio más expedito, acerca de la medida cautelar ordenada por este Despacho.

**Notifíquese y cúmplase.**

**El Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,**

**José Miguel Mendoza**

Nit: 900.352.762  
Exp: 0  
Rad: 2013-01-533877

Código Dep: 801  
Trámite: 170001  
Cod F: N0222/A6505