Jurisprudencia Societaria

2017

3

SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Jurisprudencia Societaria

2017

3

SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Superintendente de Sociedades
Francisco Reyes Villamizar

Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles
Catalina Guío Español

Asistentes de Edición
Jorge Enrique Rodríguez Amado
María Camila Achury Rincón
Silvana Aroca Morón

Diagramación
Funvires

Diciembre de 2017

Prefacio

Una de las grandes ventajas del Derecho Societario colombiano consiste en contar con una jurisdicción especializada para dirimir los conflictos que se suscitan con ocasión del contrato social. El virtuosismo de este sistema se ha reflejado en el desarrollo de una copiosa jurisprudencia en materia de Derecho de Sociedades, cuya notoria ausencia en las últimas décadas había dejado en deplorable indefensión a quienes pretendieran hacer valer sus derechos en las instancias judiciales del Estado.

El crecimiento vertiginoso en el número de casos que se tramitan ante este novedoso sistema de justicia especializada es una muestra elocuente del vacío que existía en esta materia y de la necesidad inminente de dotar a los empresarios colombianos de un régimen de resolución de conflictos moderno y ágil, en el que las reglas sustantivas prevalecieran sobre las múltiples formalidades procesales que han caracterizado al litigio civil en nuestro país. Este aserto es incontrovertible, sobre todo si se observa con detenimiento la evolución que ha tenido durante el último lustro el trabajo desplegado por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades. El incremento exponencial en el número de litigios ventilados ante esa dependencia durante los últimos años, denota a las claras el favoritismo de los inversionistas por este foro especializado. Así, mientras que en el año 2012 se presentaban 12 demandas por mes, a finales de 2017, la cifra era cercana a 40. Al llegar a un número cercano a las 500 demandas en este año, se alcanza un hito en la historia del derecho en Colombia. En efecto, se ha logrado dotar de plena confiabilidad al sistema de litigio societario que se cumple en esta Superintendencia. Ello hace que los ciudadanos acudan confiados a demandar pronta y cumplida justicia, según la máxima conocida. Este tribunal especializado en el régimen de sociedades podría ser modelo para otras jurisdicciones nacionales y, también, convertirse en punto de referencia para otros países de América Latina.

Pero el sendero para conquistar estas metas no ha sido del todo expedito. Para llegar a este punto ha sido necesario recorrer un largo camino de reformas legislativas y constitucionales. Han transcurrido casi cinco décadas desde que la Superintendencia asumió por primera vez el ejercicio de facultades jurisdiccionales. En el Decreto 2264 de 1969 se le confió a esta entidad el trámite, obviamente jurisdiccional, de los procesos de concordato preventivo de la quiebra respecto de ciertas sociedades. En su artículo 17, se estableció que, cualquier sociedad sujeta a la inspección y vigilancia del Estado que tuviera “un pasivo externo superior a la suma de cinco millones de pesos, o más de cien trabajadores permanentes” o que prestara un servicio público, no podía ser declarada en quiebra sin antes haber tramitado un con-

cordato preventivo ante la Superintendencia Bancaria o de Sociedades. Luego de la expedición de esta norma revolucionaria, se ha proferido un número significativo de disposiciones legales y reglamentarias que han permitido crear en esta entidad el más sofisticado centro de resolución de insolvencia en América Latina.

El desarrollo normativo sobre la materia ha tenido como motor principal la actividad de la Superintendencia de Sociedades, cuya labor en la formulación de política legislativa ha permitido que el ejercicio de funciones jurisdiccionales sea objeto de regulación adecuada. Ciertamente, en multiplicidad de decretos y leyes se ha plasmado la *desjudicialización* de procesos relacionados con conflictos empresariales, de manera que su trámite pueda ser más expedito, eficaz y especializado. La culminación de estos esfuerzos se dio en época relativamente reciente con la expedición del Código General del Proceso de 2012 en el que se incluyó, de manera explícita, un acápite relativo a las facultades jurisdiccionales que habían de radicarse en la Superintendencia de Sociedades. En efecto, en el artículo 24 de la ley mediante la cual se adoptó el referido código, quedó claro que la entidad asumiría facultades jurisdiccionales para la resolución de conflictos societarios, incluidas las diferencias que se suscitaran entre los asociados o entre estos y la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social. Así mismo, quedaron bajo el ámbito de competencia de la Superintendencia, las controversias relativas a la impugnación de actos de asambleas y de juntas directivas, así como de cualquier órgano "directivo" de personas sometidas a su supervisión.

Y aunque se han expedido cuando menos diez normas legales y reglamentarias relacionadas con las facultades jurisdiccionales en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, el reconocimiento expreso que de éstas se ha hecho en la codificación procesal constituye un hito en la evolución de este asunto, debido a la tradicional resistencia que este enfoque de resolución de conflictos ha tenido en el ámbito de los abogados procesalistas. Así, la época en que el cumplimiento de verdaderas atribuciones propias de la jurisdicción por parte de entidades de raigambre administrativa era vista con recelo y desconfianza por un segmento influyente de la profesión jurídica, ha quedado en el pasado. A ello ha contribuido también otra actuación adelantada por la Superintendencia -esta vez en el ámbito constitucional-, como fue la inclusión en la Carta Política de un precepto específico que legitima esta clase de facultades. Al señalarse en el artículo 116 de la Constitución que la ley podrá, de manera excepcional, atribuirle funciones jurisdiccionales a determinadas autoridades de la Rama Ejecutiva, se ha logrado disipar cualquier duda acerca de la compatibilidad de esta forma de administrar justicia con la estructura del Estado colombiano.

También es claro que, al margen de la evidente legitimidad constitucional y legisla-

tiva a que se ha aludido, lo que más interesa desde una perspectiva analítica, es la evidente efectividad del sistema que se ha creado, con beneficios tan notorios como mensurables. Al lado de la evolución del Derecho Societario colombiano, cuya calidad y eficiencia han sido reconocidos internacionalmente, se requería también la existencia de un sistema especializado para asegurar la efectividad de las normas sustantivas. Hoy se reconoce que, sin un litigio vigoroso, no puede desarrollarse de forma adecuada un sistema de Derecho de Sociedades que resulte suficientemente proteccionista de todas las partes interesadas. No basta que los asuntos puedan resolverse de manera rápida y eficiente, sino que también es indispensable que las sentencias judiciales sean de buena calidad y que las partes puedan predecir, de modo razonable, cuál habrá de ser el resultado de los litigios. Es por ello por lo que es importante contar con un acervo de precedentes judiciales, cuya divulgación amplia y oportuna pueda servir de base para calcular las posibilidades reales de las demandas y, en no pocos casos, establecer si existen posibilidades de celebrar una transacción para evitar los costos del litigio. Esta última, dicho sea de paso, es menos atractiva como solución a *priori*, cuando existe una jurisdicción como la de la Superintendencia, capaz de ponerse del lado de quien ha actuado conforme a la ley. Así, el abominable cliché según el cual, "más vale un mal arreglo que un buen pleito", pierde buena parte de su perversa validez cuando el juez es confiable y rápido y resulta más útil avanzar en el litigio, sin renunciar a pretensiones justas.

La serie de publicaciones de la Superintendencia de Sociedades a la que pertenece este libro pretende precisamente, contribuir a la creación de un entorno de seguridad jurídica, en donde no sea imposible anticipar las resultas del proceso, a partir de antecedentes judiciales cuidadosamente fallados por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Se trata de suministrarle a la comunidad jurídica una compilación de providencias judiciales falladas por la entidad sobre los más diversos asuntos del Derecho de Sociedades. Por lo demás, estas obras tienen innegable utilidad para todos aquellos que pretendan conocer los desarrollos jurisprudenciales que marcan la evolución de esta rama del derecho colombiano en la época actual.

Este nuevo volumen incorpora providencias judiciales proferidas en los últimos meses, cuya clasificación se planea a partir de criterios definidos que aluden, de manera particular, a la importancia del asunto decidido. Este último se considera tanto desde el punto de vista de la materia sobre la que versa cada providencia, como del que alude a su valor como precedente. Así, pues, se incluyen sentencias relacionadas con el incumplimiento de los convenios que se efectúen para futuras capitalizaciones, la valoración de una compañía bajo diferentes métodos, la exclusión forzosa de accionistas, los conflictos de interés en la apropiación de recursos sociales, la violación de deberes de cuidado y lealtad, la oportunidad para oponerse a propuestas sometidas a consideración de la asamblea, las restricciones al ejercicio

del derecho de inspección, el efecto del usufructo de acciones, el ejercicio legítimo de los derechos del accionista controlante y la ratificación de operaciones viciadas por conflictos de interés, entre otros asuntos.

La presente obra, así como las publicaciones que le han antecedido es, pues, el testimonio admirable de la transformación de una rama del derecho colombiano, que pasó de un largo periodo de inmovilidad judicial hacia una prolija actividad de producción de autos y sentencias. En esta medida constituye, a la vez un reconocimiento a la labor que se cumple en la Superintendencia y una prueba fehaciente de la estructuración de un Derecho Societario colombiano dotado de identidad propia, tanto en el ámbito sustantivo como en el jurisdiccional.

Es de esperar que el contenido de este admirable libro sea útil para todos los que tienen que entenderse con los asuntos relacionados con el Derecho de Sociedades, incluidos los abogados litigantes, miembros de la comunidad académica y empresarios.

Sólo resta agradecerle a los funcionarios de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades por su extraordinaria labor en beneficio de esta rama del derecho.

Francisco Reyes Villamizar
Superintendente de Sociedades

Tabla de contenido

I. SENTENCIAS

01. Sentencia n.° 800-74 del 24 de junio de 2015……..... **15**
Partes: *Trade Luxury Furniture by Italian Style S.R.L. y otros contra Viesse Colombia S.A.S. y Fabio Giovanni Lazzarini.*
Asunto: Incumplimiento de convenio para futuras capitalizaciones.

02. Sentencia n.° 800-86 del 10 de julio de 2015……..... **20**
Partes: *Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez contra KPMG Ltda.*
Asunto: Valoración de una compañía bajo diferentes métodos.

03. Sentencia n.° 800-119 del 18 de septiembre de 2015..……..... **26**
Partes: *Martha Cecilia López contra Comercializadora G.L. S.A.S. y otros*.
Asunto: Exclusión forzosa de accionistas.

04. Sentencia n.° 800-133 del 16 de octubre de 2015……..... **44**
Partes: *María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López contra Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. y otros.*
Asunto: Conflictos de interés en la apropiación de recursos sociales.

05. Sentencia n-.° 134 del 20 de octubre de 2015……..... **61**
Partes: *Gina Maritza Leguizamón Barbosa contra Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. y otros.*
Asunto: Rescisión de operaciones viciadas por conflictos de interés.

06. Sentencia n.° 800-139 del 8 de noviembre de 2015…..…..... **69**
Partes: *Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara.*
Asunto: Violación de deberes de cuidado y lealtad.

07. Sentencia n.° 800-145 del 2 de diciembre de 2015……..... **80**
Partes: *Andrés Felipe Puerta Mejía contra Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. y otros.*
Asunto: Controversias en cuanto a la suscripción de acciones.

08. Sentencia n.° 800-147 del 10 de diciembre de 2015……..... **82**
Partes: *María Victoria Uribe Toro contra Agropecuaria Uribe Toro Hermanos & Cía. S.C.S.*
Asunto: Oportunidades para oponerse a propuestas sometidas a conside-

ración de la asamblea.

09. Sentencia n.° 800-5 del 29 de enero de 2016……..……..... **86**
Partes: *Ignacio Antonio Piñeros Pérez contra Juan Esteban Lorenzo Piñeros Pérez.*
Asunto: Restricciones al ejercicio del derecho de inspección.

10. Sentencia n.° 800-8 del 12 de febrero de 2016……..……..……..... **91**
Partes: *Claudia Constanza Castillo Melo y otros contra Médicos Asociados S.A.*
Asunto: Efectos del usufructo de acciones.

11. Sentencia n.° 800-14 del 22 de febrero de 2016……..……..……..... **93**
Partes: *Martha Omaira Cárdenas Castelblanco contra Omar Dionisio Cárdenas Casteiblanco y otros.*
Asunto: La improcedencia de la acción de abuso del derecho de voto cuando no se ha ejercido el voto.

12. Sentencia n.° 800-25 del 4 de abril de 2016…..……..…….……... **99**
Partes: *Luz Stella Bedoya Henao y Andrea Catalina Sandoval Bedoya contra Luis Humberto Sandoval Rodríguez y Cristal 2010 S.A.S.*
Asunto: Ejercicio legítimo de los derechos del accionista controlante.

13. Sentencia n.° 800-26 del 13 de abril de 2016……..……..... **105**
Partes: *Jorge Eduardo Terreros Wilches contra Rafael Uribe Toro.*
Asunto: Ratificación de operaciones viciadas por conflictos de interés / Problemas de la acción social de responsabilidad.

14. Sentencia n.° 800-32 del 20 de abril de 2016……..……... **123**
Partes: *Ángela Maria Azuero Figueroa y Carmen Lucía Figueroa de Pinzón contra El Puente S.A.*
Asunto: Mayorías calificadas en reuniones de segunda convocatoria.

15. Sentencia n.° 800-33 del 21 de abril de 2016……..……... **126**
Partes: *Orlando Oliveros Rocha contra Minas y Recursos Mineros S.A.S.*
Asunto: Mora en el pago de acciones.

16. Sentencia n.° 800-37 del 28 de abril de 2016……..…….... **128**
Partes: *Cristina Escallón Salazar contra El Zarzal S.A.*

Asunto: Modificaciones al orden del día previsto para una reunión asamblearia / Poderes otorgados en el extranjero.

17. Sentencia n.° 800-38 del 28 de abril de 2016……..…..... **135**
Partes: *Arturo Escallón Lloreda y Andrés Escallón Sal* azar contra El Zarzal S.A.
Asunto: Efectos de la supresión, por mayoría, de cláusulas compromisorias incluidas en los estatutos sociales.

18. Sentencia n.° 800-40 del 29 de abril de 2016……..…..... **140**
Partes: *María del Rosario Cabal Azcárate contra Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S.C.*
Asunto: Alcances del artículo 185 del Código de Comercio.

19. Sentencia n.° 800-46 del 11 de mayo de 2016……..…..... **147**
Partes: *Edgar Orlando Corredor contra Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla.*
Asunto: Abuso de mayoría en la creación de una junta directiva espuria.

20. Sentencia n.° 800-52 del 9 de junio de 2016……..…..... **164**
Partes: *Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros.*
Asunto: Protección de asociados minoritarios ante la expropiación concertada entre el controlante y los administradores / Soluciones a los problemas de la acción social de responsabilidad.

II. MEDIDAS CAUTELARES

01. Auto n.° 800-8157 del 9 de junio de 2015……..…..... **212**
Partes: *María Victoria Solarte Daza contra CSS Constructores S.A. y otros.*
Asunto: Bloqueo abusivo de la acción social de responsabilidad.

02. Auto n.° 800-8892 del 25 de junio de 2015…… **219**
Partes: *Andrés Felipe Puerta Mejía contra Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. y otros.*
Asunto: Discrepancias sobre la suscripción de acciones.

03. Auto n.° 800-9304 del 7 de julio de 2015…… **224**
Partes: *Pacific Process Systems Inc. contra Pacific Petroleum Energy S.A. y Pablo Emilio Pardo Portela.*

Asunto: Reuniones por derecho propio.

04. Auto n.° 800-9360 del 8 de julio de 2015..... **227**
Partes: *Carmen Lucía Figueroa de Pinzón contra Carmenza Clausen de Figueroa e Hijos y Cía S. en C. en liquidación.*
Asunto: Fijación de honorarios del liquidador.

05. Auto n.° 800-10661 del 12 de agosto de 2015..... **230**
Partes: *Grupo Los Álamos S.A.S. contra Jorge Alberto Gallo Flórez.*
Asunto: Violación del deber de lealtad.

06. Auto n.° 800-10819 del 18 de agosto de 2015..... **237**
Partes: *Rodrigo Restrepo Delgado y Daraxa S.A.S. contra Francisco Javier Salcedo.*
Asunto: Responsabilidad de liquidadores.

07. Auto n.° 800-11501 del 31 de agosto de 2015..... **243**
Partes: *El Zarzal S.A. contra Arturo Escallón Lloreda.*
Asunto: Conflictos de interés en la transferencia de activos a patrimonios autónomos.

08. Auto n.° 800-11765 del 7 de septiembre de 2015..... **250**
Partes: *Cristina Escallón Salazar contra El Zarzal S.A.*
Asuntos: Representación de accionistas extranjeros.

09. Auto n.° 800-13914 del 19 de octubre de 2015..... **255**
Partes: *Caracol Televisión S.A. contra Affinity Network S.A.S. en Liquidación.*
Asunto: Medidas cautelares en procesos de desestimación de la personalidad jurídica.

10. Auto n.° 800-14679 del 30 de octubre de 2015..... **258**
Partes: *Ezio Leonardo Limiti Rodríguez contra Factoría Industrial Metalmecánica Limiti & Cía. S.A.S. y otros.*
Asunto: Abuso del derecho en la disolución anticipada de una sociedad.

11. Auto n.° 800-14922 del 6 de noviembre de 2015..... **264**
Partes: *Victoria Eugenia Lacouture Pinedo contra Mía Corporation S.A.S. y otros.*

Asunto: Violación de restricciones a la transferencia de acciones en una S.A.S.

12. Auto n.° 800-996 del 22 de enero de 2016……..…….... **269**
Partes: *Carlos Hakim Daccach contra Hanetec S.A. y otros.*
Asunto: Ineficacia y nulidad de decisiones sociales.

13. Auto n.° 800-2047 del 10 de febrero de 2016…….... **274**
Partes: *Julio Ramón Gálvez Ospina contra Sandra Bibiana Piedrahita Echeverry y Alicia Elena Candamil Peláez.*
Asunto: Conflictos de interés cuando el administrador interesado no participa directamente en la operación.

14. Auto n.° 800-3032 del 24 de febrero de 2016……..…….... **282**
Partes: *Anamaría Carrillo Bermúdez contra Access Tech S.A.S.*
Asunto: Inexistencia e ineficacia de decisiones sociales.

15. Auto n.° 800-5737 del 14 de abril de 2016…….…….... **290**
Partes: *Compañía del Acueducto y Alcantarillado Metropolitano de Santa Marta (Metroagua) S.A. E.S.P. contra Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y Carlos Eduardo Caicedo Omar.*
Asunto: Demandas de un administrador contra la compañía en la que ejerce sus funciones.

16. Auto n.° 800-5747del 14 de abril de 2016…….…….. **296**
Partes: *La Mesa de los Señores SDRL sucursal Colombia contra Eric Rene Lassure, Georges Albendin y Dominique Dorison.*
Asunto: Responsabilidad de los administradores de sucursales de sociedades extranjeras.

17. Auto n.° 800-6026 del 20 de abril de 2016…….…….... **301**
Partes: *Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. contra Exkal Colombia S.A.S.*
Asunto: Interpretación de mecanismos de protección contenidos en acuerdos accionistas.

18. Auto n.° 800-6051 del 20 de abril de 2016…….…….. **306**
Partes: *Crear Calle 81 S.A.S. contra Upper Side S.A.S. y otros.*
Asunto: Abuso de mayoría en la repartición de utilidades con base en es-

tados financieros inexactos.

19. Auto n.° 800-6317 del 25 de abril de 2016..... **312**
Partes: *Luis Helí Tovar & Cía S. en C. contra Embotelladora del Huila S.A.*
Asuntos: Conflictos de interés en la exclusión forzosa de minoritarios / Autorización del numeral 7° impartida por el controlante interesado en la operación / Inversión de la carga de la prueba.

20. Auto n.° 800-7013 del 6 de mayo de 2016..... **330**
Partes: *Senaltur S.A. y Escondor S.A. contra Grupo Empresarial Alianza T. S.A.*
Asunto: Cómputo indebido del cuociente electoral.

21. Auto n.° 800-8378 del 26 de mayo de 2016..... **334**
Partes: *Inversiones de Gases de Colombia (Invercolsa) S.A. contra Gases del Caribe S.A. E.S.P. y otros.*
Asunto: Abuso de mayoría en la inscripción de una sociedad en la Bolsa de Valores de Colombia.

22. Auto n.° 810-14568 del 23 de septiembre de 2016..... **348**
Partes: *Diana Patricia Malca Sasbón y otros contra La Montañita S.A. y David Malca Marroquín.*
Asunto: Efectos de la cláusula compromisoria respecto de usufructuarios de acciones.

23. Auto n.° 820-16509 del 25 de octubre de 2016..... **353**
Partes: *Unikia S.A. y Kia Plaza S.A. contra Metrokia S.A.*
Asunto: Conflictos de interés en decisiones de la junta directiva.

SENTENCIAS

Sentencia n.° 800-74 del 24 de junio de 2015	
Partes	Trade Luxury Forniture by Italian Style (TLF) S.R.L., Giancarlo Andreossi y Nicola Tondini contra Viesse Colombia S.A.S. y Fabio Giovanni Lazzarini
Asunto	Artículo 24 del Código General del Proceso
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-39

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante este Despacho busca que se haga cumplir un convenio para la capitalización de Viesse Colombia S.A.S. Los demandantes alegan que, por virtud del referido acuerdo, le entregaron a la compañía la suma de $713.307.257 a título de anticipos para futuras capitalizaciones.[1] Sin embargo, en la demanda se expresa que el accionista controlante y representante legal de Viesse Colombia S.A.S., es decir, el señor Fabio Giovanni Lazzarini, no ha surtido el trámite requerido para aumentar el capital suscrito de la sociedad, de conformidad con lo pactado bajo el convenio de capitalización a que se ha hecho referencia. En vista de lo anterior, los demandantes pretenden que este Despacho le ordene al señor Lazzarini llevar a cabo todas las actuaciones requeridas para capitalizar las sumas que tales personas le han entregado a Viesse Colombia S.A.S. En la demanda se solicita también una indemnización de perjuicios por una suma cercana a la entregada como anticipos para futuras capitalizaciones.

1. Acerca del convenio para capitalizar a Viesse Colombia S.A.S.

Según lo expresado por el señor Nicola Tondini durante su interrogatorio, en septiembre de 2011 los demandantes celebraron un convenio verbal con el señor Fabio Giovanni Lazzarini, accionista controlante y representante legal de Viesse Colombia S.A.S., a fin de capitalizar a esta última compañía[2]. De conformidad con las afirmaciones del señor Tondini, las sumas entregadas en cumplimiento de ese acuerdo habrían de registrarse en los estados financieros de Viesse Colombia S.A.S. como nuevos aportes al fondo social, en forma tal que se emitieran acciones

---

1 Para tales efectos, los demandantes han afirmado que 'en calidad de Inversionistas Extranjeros y en virtud de la ejecución de un acuerdo, realizaron unos aportes en divisas, para que les emitieran acciones y para vincularse en calidad de accionistas a la sociedad Viesse Colombia S.A.S.' (vid. Folio 2). Sin embargo, en criterio de los demandantes, el representante legal '[…] se ha negado injustificadamente a emitir las acciones correspondientes […]' (id.).

2 Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 2 de junio de 2015, Folio 565 del expediente (11:32).

ordinarias a favor de los demandantes. A pesar de lo anterior, los apoderados del señor Lazzarini han refutado la existencia del precitado convenio para capitalizar a Viesse Colombia S.A.S. En su criterio, los giros de dinero objeto de este proceso obedecieron al cumplimiento de una obligación que los demandantes tenían con el señor Lazzarini[3].

Para resolver la controversia descrita en el párrafo anterior, debe decirse que, durante el curso del presente proceso, se aportaron diferentes elementos probatorios que apuntan a la existencia del convenio de capitalización invocado en la demanda. En primer lugar, las sumas transferidas por los demandantes desde el extranjero fueron registradas como anticipos para futuras capitalizaciones, de acuerdo con lo previsto en el literal c) del numeral 7.2.1.1. del capítulo 7 de la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 del Banco de la República (vid. Folios 20, 22, 29, 31, 33, 35, 37). Si bien esta información estuvo disponible desde la presentación de la demanda, el Despacho pudo constatar, posteriormente, que los mencionados formularios de registro de inversión extranjera fueron firmados tanto por el señor Lazzarini, como por su esposa, Diva Granados Perdomo, quien fungía como su asistente en Viesse Colombia S.A.S. Es decir que el señor Lazzarini y su esposa han reconocido, por escrito, que las sumas giradas por los demandantes no correspondieron al pago de una obligación dineraria, sino, más bien, a la intención de aumentar el capital suscrito de Viesse Colombia S.A.S. Aunque los apoderados de los demandados han manifestado que el registro de las sumas antedichas bajo la categoría de anticipos para futuras capitalizaciones obedeció a una simple confusión, el Despacho no puede aceptar que el señor Lazzarini pretenda desconocer en este proceso los efectos de sus propios actos.[4] Como lo ha manifestado el Consejo de Estado, 'cuando las partes se suscitan confianza con la firma de acuerdos, documentos, actas, deben hacer homenaje a la misma. […] El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla […]'.[5]

En segundo término, la información consignada en los libros de comercio de Viesse Colombia S.A.S. le sirve de sustento a la interpretación de los demandantes, según la cual los dineros en cuestión fueron entregados en cumplimiento de un acuerdo para capitalizar a la compañía. Por ejemplo, los dineros transferidos por los demandantes no fueron consignados en las cuentas bancarias del señor Lazzarini, sino en las de Viesse Colombia S.A.S., tal y como puede apreciarse en los reportes

---

3 Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 22 de mayo de 2015, Folio 565 del expediente (25:30-26:09).

4 Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 22 de mayo de 2015, Folio 565 del expediente (25:30-26:09 y 30:55-31:35).

5 Sentencia del 13 de agosto de 1992 (sección tercera).

financieros expedidos por Banco Davivienda S.A. (vid. Folios 30, 32, 34, 36, 38). Tales sumas se registraron en los estados financieros de la compañía bajo diferentes rubros contables, incluidos los denominados 'deudas con accionistas' y 'deudas con socios' (vid. Folios 348, 399 y 510). Adicionalmente, según consta en un documento intitulado '[a]cta de utilización de recursos', el señor Lazzarini reconoció que las sumas enviadas por uno de los demandantes buscaba 'oficializar el ingreso a la sociedad' (vid. Folio 24).

En tercer lugar, las pretensiones de los demandantes encuentran apoyo en la confesión ficta provocada por la inasistencia del señor Lazzarini al interrogatorio de parte citado para el 22 de mayo de 2015. Según se expresó en el acta correspondiente a esa audiencia '[e]n vista de que Fabio Giovanni Lazzarini no se presentó […], los hechos a que aluden las preguntas 1 a 10 del interrogatorio escrito […] son susceptibles de confesión […]' (vid. Folio 80). De esta manera, por virtud de lo dispuesto en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, debe presumirse que 'existe un acuerdo para que [los demandantes] se vinculen en calidad de accionistas a la sociedad Viesse Colombia S.A.S.', y que éstos '[…] realizaron unos aportes en divisas para que, en virtud del acuerdo existente, les fueran emitidas acciones de la sociedad'[6].

A la luz de las anteriores consideraciones, debe concluirse que las partes en este proceso celebraron un convenio para aumentar el capital suscrito de Viesse Colombia S.A.S. mediante la entrega de aportes dinerarios. Ciertamente, las pruebas consultadas por el Despacho sirven para ratificar las presunciones derivadas de la confesión ficta, en el sentido de que los demandantes celebraron un acuerdo verbal con el señor Fabio Giovanni Lazzarini, accionista controlante y representante legal de Viesse Colombia S.A.S., con el propósito de capitalizar a esta compañía. Así, pues, en vista de que los apoderados del señor Lazzarini han reconocido que nunca se emitieron las acciones correspondientes a favor de los demandantes, el Despacho ordenará que se cumplan los trámites requeridos para capitalizar la suma de $713.307.257, en los términos del artículo 1610 del Código Civil. Además, por virtud de los efectos de la referida confesión ficta, deberán emitirse 713.307 acciones ordinarias de Viesse Colombia S.A.S., por un valor de $1.000 cada una, según la distribución consignada en el siguiente cuadro:

Aportante de capital	Monto de la inversión	n.° de acciones ordinarias
TLF S.R.L	$497.151.505	497.152
Giancarlo Andreossi	$194.043.327	194.043

6 Cfr. Cuestionario aportado en sobre cerrado, preguntas 1 y 2, Folio 61 del expediente.

Nicola Tondini	$22.112.425	22.112
Totales	**$713.307.257**	**713.307**

2. Acerca de los perjuicios solicitados por los demandantes

Los demandantes han solicitado una indemnización de perjuicios equivalente al monto de los recursos que le entregaron a Viesse Colombia S.A.S. a título de anticipos para futuras capitalizaciones (vid. Folios 43 a 44). Según lo expresado en la demanda, la indemnización en comento equivale al 'valor de las divisas aportadas a la sociedad, desde la fecha en que se hicieron las inversiones y efectivamente fueron recibidas por la sociedad' (id.). En consecuencia, a pesar de que el juramento estimatorio no fue objetado por los demandantes, es evidente que no pueden reconocerse los perjuicios solicitados. Ello se debe a que el Despacho ordenará que el señor Lazzarini lleve a cabo la capitalización de las sumas entregadas por los demandantes, en los términos descritos en la sección anterior. Por este motivo, si el Despacho aceptara la indemnización solicitada, los demandantes recibirían tanto las acciones correspondientes a su inversión en Viesse Colombia S.A.S., como una devolución de las sumas capitalizadas en cumplimiento de la orden que se impartirá en esta sentencia. Por este motivo, el Despacho accederá únicamente a las pretensiones formuladas respecto de la capitalización de Viesse Colombia S.A.S., sin decretar la indemnización de perjuicios antes mencionada[7].

[…]

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. Ordenarle a Fabio Giovanni Lazzarini que lleve a cabo los trámites requeridos para capitalizar las sumas entregadas por los demandantes a título de anticipos para futuras capitalizaciones, en cumplimiento del convenio para el aumento del capital suscrito de Viesse Colombia S.A.S.

En cumplimiento de esta orden, el señor Lazzarini, en su calidad de accionista mayoritario y representante legal de Viesse Colombia S.A.S., deberá cumplir con las siguientes actuaciones:

7 Una vez revisados los documentos que constan en el expediente, el Despacho no ha encontrado suficientes elementos de juicio para oficiar a la Fiscalía General de la Nación, como lo han solicitado los demandantes.

1. Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia, el señor Lazzarini deberá convocar a una reunión de la asamblea general de accionistas de Viesse Colombia S.A.S. que habrá de celebrarse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la precitada fecha de ejecutoria.
2. Durante la reunión mencionada en el numeral anterior, el señor Lazzarini deberá aprobar la capitalización de las sumas entregadas por los demandantes a título de anticipos para futuras capitalizaciones, en los términos descritos en el siguiente cuadro:

Aportante de capital	Monto de la capitalización	n.° de acciones emitidas	n.° de acciones ordinarias emitidas
TLF S.R.L	$497.151.505	$1.000	497.152
Giancarlo Andreossi	$194.043.327	$1.000	194.043
Nicola Tondini	$22.112.425	$1.000	22.112

3. Dentro de los dos días hábiles siguientes a la aprobación de la referida capitalización, el señor Lazzarini deberá entregarle a los demandantes los títulos correspondientes a las acciones emitidas y efectuar las inscripciones pertinentes en el libro de registro de accionistas.

Segundo. Condenar en costas a los demandados y fijar como agencias en derecho a favor de los demandantes una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Tercero. Levantar las medidas cautelares decretadas durante la audiencia celebrada el 2 de junio de 2015.

La anterior providencia se profiere a los veinticuatro días del mes de junio de dos mil quince y se notifica en estrados.

Sentencia n.° 800-86 del 10 de julio de 2015	
Partes	Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez contra KPMG Ltda
Asunto	Valoración de una compañía bajo diferentes métodos
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2013-801-158

Consideraciones del Despacho

La demanda sometida a consideración de este Despacho está orientada a que, por conducto de un perito experto, se determine el valor de las cuotas sociales que Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez detenta en KPMG Ltda.

1. Acerca de las objeciones formuladas por el apoderado de KPMG Ltda.

Antes de analizar las conclusiones del perito designado por el Despacho, se hace necesario aludir a las objeciones formuladas por el apoderado de KPMG Ltda. respecto del trámite del presente proceso. Según el criterio de tal apoderado, este Despacho no podía darle curso a la demanda del señor Orjuela, en tanto en cuanto la sociedad demandada no está obligada a readquirir sus cuotas sociales. Como fundamento de lo anterior, el apoderado de KPMG Ltda. puso de presente que el proceso regulado en el artículo 136 de la Ley 446 de 1998 tan sólo puede tramitarse 'con ocasión del reembolso de aportes en los casos previstos en la ley o del ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de acciones'. En este sentido, se ha dicho que la readquisición de cuotas invocada por el señor Orjuela para presentar su demanda nunca fue aceptada por KPMG Ltda., por cuanto 'la junta de socios no ha decidido si hay lugar a la readquisición de las cuotas o la exclusión del socio'. Por su parte, el apoderado del demandante expresó que 'hay una respuesta del doctor Avendaño [representante legal de KPMG Ltda.] concreta y clara en la que se menciona que no hay ningún interés [de los demás socios] y lo que procedería es la readquisición de las cuotas sociales'[1].

Para resolver la controversia antes expuesta, debe reiterarse que en la demanda del señor Orjuela se hizo referencia a una readquisición de cuotas, aprobada por KPMG Ltda., que le serviría de base a las pretensiones sometidas a consideración de este Despacho. Posteriormente, en la contestación de la demanda, el apoderado de KPMG Ltda. manifestó que tal sociedad nunca aceptó la oferta de readquisición de

1 Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 25 de marzo de 2014, folio 231 del expediente (21:00 -22:56).

cuotas presentada por el señor Orjuela. En las excepciones de mérito propuestas en la referida contestación, se dijo, en verdad, que 'no existiendo aprobación expresa de la junta de socios de KPMG Ltda., por cuanto no se ha sometido a consideración de aquella, la sociedad no pudo formular propuesta alguna de compra ni puede proceder a la compra de cuotas algunas, ni mucho menos, reitero, formular oferta de compra' (vid. Folio 133)[2]. Por este motivo, durante la audiencia judicial celebrada el 25 de marzo de 2014, el Despacho abordó la discusión acerca de la existencia de la obligación, en cabeza de KPMG Ltda., de readquirir las cuotas de propiedad del demandante. De conformidad con las discusiones sostenidas en esa audiencia, quedó suficientemente claro que KPMG Ltda. no había aceptado la propuesta del señor Orjuela. Sin embargo, en esa oportunidad también se discutió explícitamente la posibilidad de que los socios de la compañía demandada decidieran excluir al señor Orjuela, al amparo de lo previsto en el artículo 365 del Código de Comercio[3]. En este orden de ideas, algunos días después de celebrada la precitada audiencia, la junta de socios de KPMG Ltda. efectivamente excluyó de la compañía al señor Orjuela, tal y como consta en el Acta No. 344. (vid. Folio 622).

Es evidente, pues, que, para la fecha en que se emite esta sentencia, KMPG Ltda. sí está obligada a reembolsar los aportes efectuados por el señor Orjuela, conforme al trámite de exclusión a que se ha hecho referencia. Esta circunstancia debe ser apreciada por el Despacho, al tenor de lo previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, según el cual 'en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio'. Así las cosas, en vista de que KPMG Ltda. está actualmente obligada a rembolsar los aportes que el señor Orjuela le entregó al fondo social, el Despacho considera improcedente la excepción presentada por el apoderado de la sociedad demandada.

2. Acerca de la valoración de las cuotas sociales del señor Orjuela

Como ya se dijo, el artículo 136 de la Ley 446 de 1998 le ha conferido a esta Superintendencia la potestad de designar peritos con el fin de dirimir controversias

---

2 Además de la exposición presentada en la contestación de la demanda, el apoderado de KPMG Ltda. reiteró en la fijación del objeto del litigio que 'la posición de la compañía es que […] la junta de socios no ha decidido si hay lugar a la readquisición de las cuotas o la exclusión del socio'. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 25 de marzo de 2014 (vid. Folio 231, 21:00-22:56).

3 Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 25 de marzo de 2014, folio 231 del expediente (25:00 -26:10)

respecto del precio que ha de pagarse por las acciones, cuotas o partes de interés de un asociado, con ocasión del ejercicio del derecho de preferencia o del reembolso de aportes en los casos previstos en la ley. En desarrollo de lo anterior, el Despacho le encargó a la sociedad Incorbank S.A. que valorara las cuotas sociales que detenta Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez en KPMG Ltda. Para tal efecto, según las instrucciones del Despacho, el perito llevó a cabo su labor bajo los métodos de valoración conocidos como el de valor intrínseco patrimonial y el de flujo de caja libre descontado. Adicionalmente, el perito tuvo en cuenta la especial estructura de capital de KPMG Ltda., bajo la cual el 99% de las utilidades generadas por la compañía se distribuyen entre los aportantes en industria y el 1% restante se reparte entre los propietarios de cuotas sociales.

En primer lugar, bajo el método de valor intrínseco patrimonial, el perito fijó un valor de $396.800.196 para las cuotas sociales del demandante. Para obtener esta cifra, el perito le restó al valor patrimonial de KPMG Ltda. el 99% de las utilidades generadas después de que el señor Orjuela dejó de hacer aportes en industria, para luego aplicarle al valor resultante el porcentaje de participación del demandante en el capital de la compañía (vid. Folio 38 id.). En la siguiente tabla pueden apreciarse las cifras utilizadas por el perito para calcular el valor de las cuotas sociales del señor Orjuela bajo el método de valor intrínseco patrimonial:

Tabla n.° 1
Valor de las cuotas sociales según el método de valor intrínseco patrimonial
(Septiembre 10 de 2014)

Valor presente de los flujos de dividendos futuros	99% de flujos de dividendos futuros epartibles a socios industriales	1% de flujos de dividendos futuros, repartibles a socios capitalistas	Valor por aporte de capital (8.79%)
$7.772.000.000	$3.280.000.000	$4.492.000.000	$396.800.196

En segundo lugar, al calcular el flujo de dividendos futuros de KPMG Ltda., Incorbank S.A. determinó que el valor de las cuotas sociales que detenta Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez ascendía a $58.080.009 (vid. Folio 40 id.). Esta suma se obtuvo al contrastar la participación del demandante en la compañía con el porcentaje de los dividendos futuros de KPMG Ltda. que les corresponden a los socios capitalistas que no han hecho aportes en industria. En la Tabla No. 2 se presentan las cifras del dictamen en lo relacionado con la estimación de los flujos de dividendos futuros de KPMG Ltda:

Tabla n.° 2
Valor de las cuotas sociales según el flujo de dividendos futuros
(Septiembre 10 de 2014)

Valor presente de los flujos de dividendos futuros	99% de flujos de dividendos futuros, repartibles a socios industriales	1% de flujos de dividendos futuros, repartibles a socios capitalistas	Valor por aporte de capital (8.79%)
$66.196.000.000	$65.534.040.000	$661.960.000	$58.080.009

Para explicar la ostensible diferencia que existe entre ambos resultados, el perito hizo énfasis en que, como ya se dijo, un socio capitalista que no le efectúe aportes en industria a KPMG Ltda. tan sólo tiene derecho a recibir el 1% de las utilidades generadas por la compañía. (vid. Folio 145 id.).

3. Acerca del valor al que deberá hacerse el reembolso de los aportes del señor Orjuela

En varias oportunidades, este Despacho ha considerado que el método más idóneo para valorar a una sociedad en marcha es el que mide la capacidad de la compañía para generar flujos de caja hacia el futuro. Por ejemplo, en la sentencia n.° 801-42 del 19 de julio de 2013, 'se 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. [...] Las instrucciones del Despacho buscaron asegurar que el dictamen del perito se basara en técnicas financieras que permitieran establecer el verdadero valor de la compañía, tales como el método de flujo de caja descontado'.

En el presente caso, sin embargo, el Despacho considera que el reembolso de los aportes de capital del señor Orjuela en KPMG Ltda. debe hacerse a valor intrínseco. Esta conclusión se deriva de la estructura diseñada por los socios de KPMG Ltda. para la repartición de los flujos de efectivo producidos en desarrollo de la actividad social. Tal y como se explicó en la sección anterior, los asociados de KPMG Ltda. revisten la doble calidad de socios capitalistas e industriales. Tales sujetos reciben el 99% de las utilidades repartibles en su calidad de aportantes en industria, al paso que el 1% restante se distribuye por virtud de su afiliación a la compañía como titulares de cuotas sociales. Así, pues, cuando uno de los socios capitalistas de KPMG Ltda. deja de prestarle servicios a la sociedad, como ha ocurrido en el presente caso, pierde inmediatamente el derecho de percibir el 99% de las utilidades disponibles al

final de cada ejercicio. En otras palabras, los titulares de cuotas sociales en KPMG Ltda. que no puedan efectuar aportes en industria recibirán apenas una porción exigua de los flujos de efectivo generados por la sociedad. La anterior circunstancia tiene un impacto significativo sobre cualquier tasación que se haga del valor de las cuotas sociales de aquellos sujetos a los que, como ocurre con el señor Orjuela, se les hubiere vedado la posibilidad de aportar su trabajo para el desarrollo del objeto social de KPMG Ltda[4].

En el presente caso, el método de flujo de caja descontado arroja un valor que no parece acompasarse con la evidente contribución que ha hecho el señor Orjuela al desarrollo de las actividades de la sociedad demandada, según el voluminoso acervo probatorio disponible. Debe entonces reiterarse que, en vista de la particular estructura de capital de KPMG Ltda., el valor intrínseco calculado por el perito refleja, en mejor manera, el precio justo que deberá recibir el señor Orjuela como reembolso de sus aportes en la compañía.

No sobra advertir, por lo demás, que en el acuerdo privado que regula las relaciones entre los socios de KPMG Ltda. se ha previsto el valor intrínseco para la cesión de las cuotas de aquellos asociados que se desvinculen voluntariamente de la compañía bajo el plan de retiro allí regulado (vid. Folio 62). Aunque en este proceso no se debatió si el señor Orjuela tiene derecho a las prestaciones especiales previstas bajo tal acuerdo, el hecho de que se hubiere pactado el valor intrínseco para la adquisición de las cuotas de los sujetos que dejen de efectuar aportes en industria refuerza la conclusión expresada por el Despacho en el párrafo anterior.

[…]

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 el dictamen presentado por el perito, en el sentido de que el valor de las 70.500 cuotas sociales que detenta Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez en KPMG Ltda. asciende a $396.800.196.

---

4 Como puede apreciarse en el dictamen preparado en el curso de este proceso, el valor de las cuotas del señor Orjuela bajo el método de flujo de caja descontado—calculado, como ya se dijo, con base en el 1% de las utilidades futuras estimadas de KPMG Ltda—es sustancialmente inferior al valor intrínseco fijado por el perito.

Segundo. Abstenerse de emitir una condena en costas.

La anterior providencia se profiere a los diez días del mes de julio de dos mil quince y se notifica en estrados.

Sentencia n.° 800-119 del 18 de septiembre de 2015	
Partes	Martha Cecilia López contra Comercializadora G.L. S.A.S. y otros
Asunto	Exclusión forzosa de accionistas
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2014-801-136

Hechos

Antes de analizar los argumentos que han sido formulados por las partes, es necesario hacer un breve recuento de los hechos más relevantes del presente caso.

El 1º de marzo de 2011, Luis Enrique Gil y Martha Cecilia López constituyeron la sociedad Comercializadora GL S.A.S., a fin de poner en marcha una estación de servicio para la venta de combustible. Desde la creación de la compañía y hasta la fecha, el señor Gil ha sido propietario del 60% de las acciones emitidas por Comercializadora GL S.A.S., al paso que la señora López ha detentado el 40% restante. Así mismo, los señores Gil y López han ocupado, respectivamente, los cargos de representante legal principal y suplente de la compañía.

Luego de dos años de operaciones, la situación financiera de Comercializadora GL S.A.S. se encontraba visiblemente deteriorada. A comienzos del 2013, la sociedad registraba pasivos financieros por alrededor de $850.000.000 y otras obligaciones dinerarias con accionistas y proveedores por un valor aproximado de $332.000.000 (vid. Folio 332). Sin embargo, los activos sociales estaban representados principalmente por un inmueble valorado en $700.000.000 y cuentas por cobrar de $580.000.000 (id.). Ante esta situación, los accionistas estudiaron diversas operaciones diseñadas para sanear las finanzas de la sociedad, incluidas la capitalización, fusión o enajenación global de activos. Entre septiembre de 2013 y marzo de 2014, los accionistas de Comercializadora GL S.A.S. se reunieron en diversas oportunidades para discutir la conveniencia de las distintas medidas antes descritas.

Hacia finales de marzo de 2014, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo respecto de las referidas propuestas de saneamiento, los accionistas empezaron a discutir alternativas que permitirían ponerle fin a sus vínculos societarios en Comercializadora GL S.A.S. La primera de las operaciones estudiadas consistió en que uno de los accionistas le transfiriera al otro la totalidad de sus acciones. La señora López estaba dispuesta a venderle su participación del 40% al señor Gil por una suma de $200.000.000. Por su parte, el señor Gil estaba dispuesto a ceder sus

acciones a título gratuito, si la señora López lo reemplazaba como deudor solidario de obligaciones a cargo de Comercializadora GL S.A.S. por una suma aproximada de $1.200.000.000.

Bajo otra de las operaciones estudiadas por los accionistas, Comercializadora GL S.A.S. le cedería la totalidad de sus activos y pasivos a Distribuidora del Kamino S.A.S—una sociedad controlada por el señor Gil—para luego disolverse y liquidarse. Finalmente, se debatió la posibilidad de disolver y liquidar a Comercializadora GL S.A.S.

Luego de prolongadas deliberaciones, se acordó que la señora López adquiriría el 60% de las acciones de propiedad del señor Gil y asumiría la condición de deudora solidaria de las obligaciones dinerarias a cargo de Comercializadora GL S.A.S. Con todo, la señora López condicionó el perfeccionamiento de tales operaciones a que se llevara a cabo una revisión detallada de los estados financieros de la compañía, con miras a establecer la naturaleza y cuantía de los pasivos mencionados.

El 15 de mayo de 2014, durante una nueva reunión de la asamblea general de accionistas de Comercializadora GL S.A.S., la señora López manifestó que había encontrado múltiples irregularidades en la contabilidad de la sociedad. Según lo expresado durante esa reunión, el señor Gil se habría apropiado de una porción significativa de las disponibilidades de caja de Comercializadora GL S.A.S. a título de préstamo. Por esta razón, la señora López manifestó que no estaba dispuesta a adquirir las acciones ofrecidas. Ante los reparos formulados por la accionista minoritaria, el señor Gil decidió que Comercializadora GL S.A.S. le cedería la totalidad de sus activos y pasivos a Distribuidora del Kamino S.A.S., para luego proceder a su liquidación. Aunque la señora López se opuso a esta determinación, los votos del señor Gil fueron suficientes para aprobarla. Posteriormente, en una reunión celebrada el 6 de junio de 2014, la asamblea general de accionistas de Comercializadora GL S.A.S. decidió, nuevamente con los votos del señor Gil, que la enajenación global se haría a título gratuito. Para justificar esta decisión, el señor Gil puso de presente que los pasivos de Comercializadora GL S.A.S. eran superiores a los activos sociales. En ese punto de la reunión la señora López preguntó si podía ejercer su derecho de retiro, ante lo cual el señor Gil manifestó que el ejercicio de esa prerrogativa carecería de sentido, en vista de que la sociedad no contaba con suficientes activos para pagar sus pasivos.

El 16 de julio de 2014, un mes después de aprobada la enajenación global de los activos y pasivos de Comercializadora GL S.A.S., la señora López presentó una demanda ante esta Superintendencia, con fundamento en las normas que regulan el abuso del derecho de voto.

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho busca controvertir, por abusiva, la decisión del accionista mayoritario de Comercializadora GL S.A.S. de enajenarle la totalidad de los activos de la compañía a Distribuidora del Kamino S.A.S. En criterio de la demandante, el señor Gil se valió de su potestad como accionista controlante de Comercializadora GL S.A.S. para apropiarse del establecimiento de comercio que administraba la sociedad. Según el texto de la demanda, la decisión controvertida 'lleva evidentemente un ropaje ilícito, dañino y desviado […]. Existe un interés legítimo de la accionante de proteger su derecho del 40% sobre una sociedad comercial que tiene [activos y utilidades netas]' (vid. Folio 7).

Por su parte, los apoderados de los demandados han esgrimido múltiples argumentos para oponerse a las pretensiones de la señora López. En primer lugar, se ha dicho que la demandante no sufrió perjuicio alguno, en vista de que los pasivos de Comercializadora GL S.A.S. excedían los activos sociales al momento de celebrarse la enajenación global cuestionada. Como sustento de lo anterior, en la contestación de la demanda se puso de presente que el señor Gil había ofrecido cederle sus acciones a la señora López a título gratuito (vid. Folio 174). El segundo de los argumentos de defensa esgrimido por los demandados consistió en controvertir el aporte en industria efectuado por la demandante para adquirir acciones en Comercializadora GL S.A.S. En sus palabras, la demandante 'no aportó recursos [y] su aporte en trabajo lo llevó a cabo de manera ineficiente' (vid. Folio 252). En tercer lugar, los demandados afirmaron que la decisión de aprobar la enajenación global fue un 'recurso in extremis, [al que se llegó] después de haber agotado todas las alternativas' (vid. Folio 253).

Así las cosas, para resolver el caso presentado ante el Despacho, es preciso aludir a los problemas que se presentan en las denominadas exclusiones forzosas de asociados, a fin de estudiar, posteriormente, cómo deben examinarse esa clase de operaciones a la luz de las reglas vigentes en materia de abuso del derecho de voto. Una vez concluido este análisis, el Despacho hará referencia específica a la conducta del accionista controlante de Comercializadora GL S.A.S.

1. Acerca de la exclusión forzosa de asociados

La exclusión forzosa (freeze-out o squeeze-out)[1] busca eliminar la participación que

1 Los términos squeeze-out y freeze-out suelen usarse indistintamente en el contexto de las sociedades cerradas (MA Eisenberg y JD Cox, Corporations and Other Business Associations: Cases and Materials (2011, 10ª ed., Foundation Press, Nueva York) 833).

detenta un asociado minoritario en el capital de una compañía[2]. Esta operación, analizada profusamente en la doctrina societaria comparada, puede cumplirse mediante la celebración de negocios jurídicos de diversa índole[3]. En procesos de fusión, por ejemplo, es posible pactar que los accionistas minoritarios de una sociedad absorbida reciban dinero en efectivo en lugar de acciones en la absorbente[4]. En esta hipótesis, se producirá en la práctica un reembolso obligado de los aportes los minoritarios, al valor establecido en la relación de canje prevista para la fusión[5].

La exclusión forzosa de minoritarios puede producirse también como resultado de una enajenación global de activos[6]. Para tal efecto, el accionista mayoritario puede disponer que la totalidad de los activos sociales le sean enajenados a una compañía en la que tal sujeto sea propietario del 100% de las acciones en circulación[7]. Una vez cumplida esta operación, el minoritario habrá pasado de detentar derechos económicos sobre una unidad productiva, a ser el titular de un porcentaje sobre las sumas dinerarias recibidas por la compañía vendedora. En ese momento podrá ordenarse la disolución de la sociedad enajenante, de modo que los asociados minoritarios reciban su cuota social de liquidación, calculada a partir del precio fijado

---

2 En el tratado preparado por los profesores FH O'Neal y RB Thompson puede encontrarse una de las descripciones más ilustradas acerca de las diferentes modalidades de exclusión forzosa (Oppression of Minority Shareholders and LLC Members (2004, 2ª ed., Thomson West).

3 Para un análisis de la exclusión forzosa en Estados Unidos y la Unión Europea, cfr. a M Ventoruzzo, Freeze-Outs: Transcontinental Analysis and Reform Proposals (2010) 50 VIRGINIA J INT LAW 4. Para el caso colombiano, cfr. a FH Reyes Villamizar, SAS: La sociedad por acciones simplificada (2013, 2ª ed., Editorial Legis, Bogotá).

4 El Estado de Delaware en los Estados Unidos fue una de las primeras jurisdicciones en permitir que la contraprestación en procesos de fusión estuviera compuesta totalmente por dinero en efectivo. Esta innovación dio lugar a extensos debates judiciales, promovidos ante la Corte de Cancillería de ese Estado, respecto de la protección con que debían contar los asociados minoritarios excluidos de una compañía por virtud de un proceso de fusión. Para un recuento histórico de los principales antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, cfr. a JH Choper, JC Coffee y RJ Gilson, Cases and Materials on Corporations (2013, 8ª.ed, Wolters Kluwer, Nueva York) 1068 a 1070.

5 En palabras de Reyes, esta clase de operaciones 'podría eventualmente permitir la liquidación parcial de la sociedad, mediante el reembolso de la participación de alguno o algunos de los accionistas' (FH Reyes Villamizar (2013) 285).

6 Freezing Out Minority Shareholders (1961) 74 HARVARD L REV 8 (notes), 1632.

7 En el caso de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., este Despacho hizo referencia a una modalidad de opresión de minoritarios conocida como la exclusión inducida (cfr. sentencia n.° 800-44 del 18 de julio de 2014). Mientras que con la exclusión inducida los controlantes buscan persuadir al minoritario para que venda sus acciones a un precio irrisorio, en la exclusión forzosa los mayoritarios pueden deshacerse de la minoría mediante una simple decisión unilateral aprobada en la asamblea general de accionistas.

para la cesión global de activos[8].

Aunque la exclusión forzosa de asociados es permitida en la mayoría de sistemas societarios contemporáneos, esta clase de operaciones representa un evidente riesgo para los intereses de los accionistas minoritarios[9]. Como el accionista controlante suele fijar unilateralmente el precio al que habrá de reembolsarse la participación de los asociados excluidos─tanto en procesos de fusión como en enajenaciones globales aprobadas por la asamblea─es posible que los minoritarios reciban un valor irrisorio por sus acciones en la compañía[10]. Por este motivo, el principal mecanismo de protección en hipótesis de exclusión forzosa suele ser la posibilidad de que los minoritarios acudan ante un juez para obtener una valoración de sus participaciones de capital[11]. El respectivo proceso judicial estará orientado por la finalidad de determinar el precio justo que deberá recibir el minoritario excluido forzosamente. Para que las sumas que se le paguen al asociado excluido sean realmente justas, 'el minoritario debe recibir un valor que lo recompense íntegramente por haber perdido su interés económico en una empresa en marcha […]. La imperiosa labor de encontrar el precio justo les impone al juez y a los peritos la necesidad de sopesar una multiplicidad de factores que pueden incidir en la respectiva valoración, tales como el valor de mercado de las acciones, el valor en libros de los activos sociales, el valor de los dividendos y utilidades que podría generar la sociedad hacia el futuro […]'[12].

Otra protección disponible para los asociados minoritarios está dada por la posibilidad

---

8 MA Eisenberg y JD Cox (2010) 833. La exclusión forzosa puede cumplirse también mediante una operación que permita aumentar el valor nominal de las acciones (reverse stock split) (cfr. a M Ventoruzzo (2010) 878).

9 Para una descripción detallada de los perjuicios que podrían derivarse de la exclusión forzosa de minoritarios, cfr. a FH O'Neal y RB Thompson (2004) capítulos 3 a 6.

10 Durante los últimos 40 años, la Corte de Cancillería de Delaware se ha dado a la tarea de diseñar sofisticados criterios analíticos para valorar el impacto de las exclusiones forzosas sobre los accionistas minoritarios de compañías abiertas. Esta labor jurisprudencial ha sido tan influyente que ya existen incluso estudios empíricos que miden los efectos económicos que han tenido los sucesivos cambios de postura de la Corte de Cancillería en materia de exclusiones forzosas. Para un cuidadoso análisis sobre el particular, cfr. a F Restrepo y G Subramanian, The Effect of Delaware Doctrine on Freezeout Structure and Outcomes: Evidence on the Unified Approach (2013) Rock Center for Corporate Governance Working Paper n.° 153.

11 Uno de los principales antecedentes jurisprudenciales sobre fusiones con exclusión de accionistas puede encontrarse en el caso de Weinberger contra UOP 457 A.2d 701 (Del 1983). Para una explicación sobre este caso, cfr. a JH Choper y otros (2013) 1070 a 1081.

12 CR O'Kelley y RB Thompson, Corporations and Other Business Associations: Cases and Materials (2010, 6ª ed., Aspen Publishers, Nueva York) 739.

de solicitar que se anulen las operaciones que dieron lugar a la exclusión forzosa[13]. Esta sanción de nulidad suele hacerse efectiva cuando la operación impugnada tuvo como única finalidad la de expulsar de la compañía a los asociados minoritarios[14]. En algunas jurisdicciones de los Estados Unidos, tales como California y Nueva York, se han anulado enajenaciones globales de activos celebradas para deshacerse de asociados minoritarios que irritaron al controlante con sucesivas solicitudes de información[15]. En las cortes federales estadounidenses también se ha puesto de presente que 'los accionistas mayoritarios no pueden venderse a sí mismos los activos sociales […] para excluir a un grupo de minoritarios'[16]. En Estados como Delaware, sin embargo, es perfectamente factible llevar a cabo una exclusión forzosa con el único propósito de suprimir la participación de los minoritarios. Claro que, en estos casos, los asociados excluidos podrán controvertir ante las instancias judiciales el precio que recibieron, en los términos explicados anteriormente.

En la legislación colombiana se han previsto mecanismos de protección con efectos similares a los descritos en los párrafos precedentes. Para el caso específico de las enajenaciones globales de activos, el artículo 32 de la Ley 1258 de 2008 contempla la posibilidad de que los asociados ausentes o disidentes ejerzan el derecho de retiro regulado en el Capítulo III de la Ley 222 de 1995. Al hacer uso de esta prerrogativa, los asociados minoritarios pueden solicitar un avalúo de sus participaciones de capital con base en el valor de la compañía para la fecha en que se aprobó la correspondiente enajenación global. Así, pues, aunque se fije un precio exiguo para la cesión de los activos sociales, el reembolso de las participaciones de los minoritarios deberá cumplirse al valor que tenía la compañía antes de perfeccionarse esa operación. Adicionalmente, para asegurar que los asociados que ejercieron el derecho de retiro reciban un precio justo por sus acciones, en el artículo 136 de la Ley 446 de 1998 se previó la posibilidad de iniciar un proceso judicial ante estaSuperintendencia, para que, con el concurso de peritos expertos, se determine la suma que habrá de pagárseles a tales personas.

---

13 Cfr. el caso de Theis v. Spokane Falls Gaslight Co., 34 Wash. 23, 74 P. 1004 (1904), citado por MA Eisenberg y JD Cox (2011) 833..

14 Bajo las reglas societarias vigentes en el Estado de Nueva York, por ejemplo, la fusión con exclusión de asociados tan sólo puede adelantarse cuaando se acredite un propósito legítimo de negocios (cfr. a M Ventoruzzo (2010) 859).

15 FH O'Neal y RB Thompson (2004) 5-108..

16 Id. Por lo demás, en la Unión Europea se ha intentado proteger a los asociados minoritarios mediante la restricción de las hipótesis en las que puede producirse una exclusión forzosa. Así, por ejemplo, se ha limitado la posibilidad de que la relación de canje en un proceso de fusión incluya dinero en efectivo en una proporción superior al 10% del valor nominal de las acciones emitidas por la compañía absorbente (cfr. a M Ventoruzzo (2010) 877).

Otro importante medio de protección para hacerle frente a las exclusiones forzosas que busquen perjudicar a los accionistas minoritarios está regulado en el artículo 43 de la citada Ley 1258. Como la enajenación global de activos requiere la anuencia de la asamblea general de accionistas, la decisión correspondiente podrá controvertirse con fundamento en la figura del abuso del derecho de voto. No debe perderse de vista que en la legislación societaria colombiana se han previsto criterios bastante definidos para establecer si un asociado ejerció su derecho de voto en forma censurable. Según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008[17], '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'. En el mismo artículo se aclara, además, que la actuación reprochable de un asociado puede producirse 'tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad'. Formuladas las anteriores precisiones, puede examinarse ahora el caso presentado por la accionista minoritaria Comercializadora GL S.A.S.

2. Análisis de los presupuestos requeridos para que se configure un abuso de mayoría en la exclusión forzosa de asociados

Este Despacho ha empleado la regla del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 para reprender la conducta de asociados mayoritarios en la aprobación de procesos de capitalización[18], la retención de utilidades[19] y la remoción de administradores[20]. En los procesos mencionados, se hizo énfasis en que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista controlante se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados. Al resolver los casos mencionados, el Despacho también aludió a los presupuestos que deben acreditarse para controvertir actuaciones potencialmente abusivas. Un demandante que invoque la utilización irregular del derecho de voto debe probar que el ejercicio de esa prerrogativa le causó perjuicios a la compañía o a alguno de los accionistas o que sirvió para obtener una ventaja injustificada. También es indispensable probar que el derecho de voto fue ejercido con el propósito de generar esos efectos ilegítimos. Con base en los criterios

---

17 Los mecanismos de protección mencionados en el texto principal no son los únicos disponibles para que un minoritario inconforme controvierta una enajenación global de activos. Podría pensarse, por ejemplo, en interponer acciones legales con base en la violación del régimen de conflictos de interés regulado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995..

18 Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A (sentencia n.° 800-20 del 27 de febrero de 2014).

19 Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S. (sentencia n.° 800-44 del 18 de julio de 2014).

20 Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S (sentencia n.° 800-73 del 19 de diciembre de 2013).

analíticos reseñados, el Despacho intentará establecer si el señor Gil actuó en forma abusiva al aprobar la enajenación global de los activos de Comercializadora G.L. S.A.S. a favor de Distribuidora del Kamino S.A.S.

A. Los efectos de las decisiones controvertidas

El primero de los presupuestos que debe acreditar un demandante en procesos de abuso de mayoría es la existencia de un perjuicio o una ventaja injustificada derivados de una decisión social aprobada con los votos de un accionista controlante.

En el presente caso, la señora López considera que la enajenación global de los activos y pasivos de Comercializadora GL S.A.S. le causó un grave perjuicio, debido a que esa operación se cumplió a título gratuito. Según se anota en la demanda, al no haber recibido Comercializadora GL S.A.S. suma alguna por la cesión de la totalidad de su patrimonio, las acciones de la señora López en la compañía perdieron todo su valor. En otras palabras, la demandante considera que la enajenación estudiada sirvió para expropiarla de su participación en el capital de Comercializadora GL S.A.S. Los demandados consideran, sin embargo, que las acciones de la señora López no tenían ningún valor para la época en que se aprobó la operación cuestionada, por cuanto los pasivos de Comercializadora GL S.A.S. eran superiores al activo social. Por este motivo, el señor Gil ha insistido en la idea de que ese negocio jurídico debía cumplirse a título gratuito.

Para establecer si la decisión del señor Gil generó los perjuicios invocados por la señora López, es preciso estudiar la valoración en la que se basó la transferencia de los activos y pasivos de Comercializadora GL S.A.S. En este orden de ideas, puede pensarse que si la compañía recibió un precio justo por la enajenación de su establecimiento de comercio, la señora López no habría sufrido los perjuicios descritos en la demanda. Si, por el contrario, el valor recibido por Comercializadora GL S.A.S. fue inferior al mencionado precio justo, la demandante se habría visto perjudicada por la decisión aprobada por el señor Gil en el seno del máximo órgano social.

Como se explicó en el acápite de hechos, la valoración de la estación de servicio administrada por Comercializadora GL S.A.S. se produjo durante una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada el 6 de junio de 2014. Durante esa sesión asamblearia, el señor Gil decidió que la enajenación global en comento se haría a título gratuito, debido a que, según la información registrada en los libros contables, los pasivos sociales excedían el monto de los activos objeto de la transferencia. Según los estados financieros de propósito especial con corte al 31 de agosto de 2014—preparados para llevar a cabo la enajenación global analizada—la

sociedad contaba con activos por $1.118.627.224, distribuidos principalmente en cuentas por cobrar de $220.306.807 y propiedades, planta y equipo por $821.333.336 (vid. Folio 343). Por su parte, los pasivos sociales estaban representados por deudas financieras de $963.791.584 y obligaciones con proveedores y accionistas por un valor de $554.669.119, para un total de $1.518.460.703 (id.). Es claro entonces que, al no contar la compañía con suficientes activos para pagar el pasivo social, el valor patrimonial en libros de Comercializadora GL S.A.S. era negativo. Por consiguiente, según los cálculos del señor Gil, las acciones de la señora López no tenían valor alguno al momento de aprobarse la cesión de los activos y pasivos de Comercializadora GL S.A.S.

En este punto debe advertirse que el precio fijado por el señor Gil para llevar a cabo la enajenación global cuestionada se obtuvo a partir del valor en libros de Comercializadora GL S.A.S. Para efectuar esa valoración, el referido accionista controlante partió del supuesto hipotético según el cual la sociedad cesaría sus actividades con el fin de vender sus activos en un proceso de liquidación[21]. Es decir que el precio fijado para la enajenación global se determinó a partir del *valor de liquidación* de Comercializadora GL S.A.S. Para tal efecto, el señor Gil realizó una simple operación aritmética consistente en restarle al valor total de los activos la sumatoria de los pasivos sociales.

A pesar de lo anterior, este Despacho ha resaltado la importancia de que la valoración de compañías se cumpla a partir de métodos que midan las expectativas económicas reales derivadas del desarrollo de la actividad social. Para el caso de aquellas sociedades cuyas operaciones tengan vocación de continuidad, el método más adecuado será aquél que permita apreciar los flujos de caja que podrían obtenerse a partir de la administración de los negocios sociales hacia el futuro[22]. Esta valoración de una compañía como *una empresa en marcha* parte del supuesto según el cual los activos sociales continuarán siendo utilizados para el cumplimiento de las actividades a cargo de la sociedad[23]. Y es que, a diferencia del valor en libros, la valoración de flujos futuros de efectivo tiene en cuenta las sinergias generadas por la administración coordinada del conjunto de activos de propiedad de la compañía[24].

---

21 S Bainbridge, Mergers and Acquisitions (2003, Foundation Press, Nueva York) 198..

22 Para una explicación de los denominados métodos dinámicos de valoración, cfr. a FH Reyes Villamizar, Derecho societario, Tomo II (2006, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá) 285..

23 Esta modalidad de valoración busca entonces calcular la plusvalía que pueda generar una compañía al destinar un conjunto de bienes al desarrollo de sus actividades industriales o comerciales (cfr. a S Bainbridge (2003) 198).

24 Id., 198 a 201. Para establecer el valor en marcha de una sociedad, pueden utilizarse diferentes métodos, incluido el del flujo de caja descontado, el cual 'supone traer a valor presente las disponibilidades de efectivo proyectadas por la compañía, para luego aplicarles una tasa de descuento

Debe entonces insistirse en que, por lo general, el método más idóneo para valorar a una sociedad en marcha será aquél que permita medir su capacidad para generar flujos de caja hacia el futuro[25]. En el caso de Farben S.A., por ejemplo, este Despacho rechazó las conclusiones de un perito que había utilizado el método del valor en libros para estimar el precio de las acciones emitidas por una compañía con vocación de continuidad. De ahí que el Despacho le hubiere ordenado al referido 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. [...] Las instrucciones del Despacho buscaron asegurar que el dictamen del perito se basara en técnicas financieras que permitieran calcular el verdadero valor de la compañía [en marcha], tales como el método de flujo de caja descontado'.[26]

En el presente caso, existen al menos dos indicios que apuntan a que Comercializadora GL S.A.S. debió haberse valorado como una empresa en marcha para efectos de la enajenación global controvertida.

En primer lugar, a pesar de las dificultades financieras identificadas por los accionistas, los negocios de la compañía tenían una clara vocación de continuidad. Ello puede apreciarse en el hecho de que Distribuidora del Kamino S.A.S., la sociedad que adquirió la estación de servicio, ha venido administrando ese establecimiento en las mismas condiciones en que lo hacía Comercializadora GL S.A.S. Es decir que, más de un año después de aprobada la transferencia en cuestión, Distribuidora del Kamino S.A.S. cumple sus actividades con los mismos activos y pasivos que recibió de Comercializadora GL S.A.S., sin que hubiere recibido inyecciones de capital o préstamos para solventar su situación financiera. En este mismo orden de ideas, el señor Gil reconoció, durante su interrogatorio de parte, que las actividades a cargo de Comercializadora GL S.A.S. tenían vocación de continuidad. En sus palabras, 'queríamos que la empresa siguiera funcionando porque liquidarla daba al traste hasta con la empresa mía'[27]. De todo lo anterior puede entonces inferirse que Comercializadora GL S.A.S. administraba una empresa en marcha al momento de aprobarse la enajenación global bajo estudio.

En segundo lugar, durante el curso de las negociaciones sostenidas entre el señor Gil y la señora López en el año 2013, ambos asociados se apoyaron en el valor de Comercializadora GL S.A.S. como una empresa en marcha para formular sendas

---

determinada'. FH Reyes (2006) 127.

25 EXCEPCIONES.

26 Sentencia n.° 801-42 del 19 de julio de 2013.

27 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de mayo de 2015, folio 366 del expediente (1:05:02 – 1:08:35).

propuestas de venta de sus acciones. Así, pues, a pesar de que las cifras registradas en los libros contables arrojaban un valor patrimonial negativo, los asociados le asignaron un valor positivo a su participación accionaria en Comercializadora GL S.A.S. Por una parte, la señora López ofreció en venta acciones equivalentes al 40% del capital suscrito por un valor de $200.000.000. Bajo los términos de esta propuesta, Comercializadora GL S.A.S. fue valorada en $500.000.000. De otra parte, aunque el señor Gil ofreció cederle sus acciones a la señora López gratuitamente, la transferencia propuesta estaba sujeta a la condición de que esta última asumiera la calidad de deudora solidaria respecto de obligaciones por alrededor de $1.200.000.000. Es claro entonces que el señor Gil también exigió una contraprestación por la transferencia de sus acciones en Comercializadora GL S.A.S.

Así las cosas, aunque los pasivos de la compañía eran superiores a los activos sociales, las pruebas recaudadas apuntan a que el valor de Comercializadora GL S.A.S., calculado a partir de sus flujos futuros, era positivo[28]. Ciertamente, en vista de que los señores Gil y López sólo estaban dispuestos a ceder su participación accionaria por una contraprestación, parece suficientemente claro que ambos consideraban que las acciones de Comercializadora GL S.A.S. tenían algún valor. En vista de que los pasivos superaban los activos sociales, ese valor sólo pudo haber provenido de la estimación de los flujos de efectivo que produciría Comercializadora GL S.A.S. hacia el futuro.

Con base en las anteriores consideraciones, el Despacho puede concluir que la enajenación global de los activos de Comercializadora GL S.A.S. sí le causó un perjuicio a la demandante. En verdad, a pesar de que las acciones de la señora López tenían algún valor para el momento en que se aprobó la enajenación global, el señor Gil determinó que esa operación debía celebrarse a título gratuito. Como consecuencia de esa determinación, las acciones que la señora López detenta en Comercializadora GL S.A.S. perdieron todo su valor. Debe entonces entenderse acreditado el primero de los presupuestos requeridos para que se configure un abuso del derecho de voto.

B. Los móviles que llevaron a la enajenación global de activos de Comercializadora GL S.A.S.

Como lo ha dicho el Despacho en otras oportunidades, los efectos perjudiciales de una decisión asamblearia no son suficientes, por sí solos, para que pueda

28 Aunque la demandante debió haber solicitado un dictamen pericial para demostrar cuál era el valor presente de los flujos de caja futuros de Comercializadora GL S.A.S., el Despacho encontró suficientes indicios para concluir que el valor de la compañía como empresa en marcha era positivo..

predicarse el abuso de mayoría. Para tal efecto, se debe acreditar que el derecho de voto fue ejercicio con el propósito de provocar un perjuicio o de obtener una ventaja injustificada. De ahí que deba examinarse ahora si el patrón de conducta debatido en el presente proceso permite inferir la existencia de un ánimo premeditado de perjudicar a la demandante o de procurar una prerrogativa ilegítima para el accionista mayoritario de Comercializadora GL S.A.S.

3. La existencia de un conflicto intrasocietario

Uno de los principales elementos de juicio que suele analizar esta Superintendencia en procesos de abuso del derecho de voto está relacionado con la existencia de un conflicto entre los accionistas de la compañía en la que se tomó la decisión controvertida. Como se ha sostenido en repetidas oportunidades, la existencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de determinaciones que perjudicaron a uno o varios asociados[29]. Es por esta razón que, cuando se presenten fuertes controversias entre los asociados, este Despacho examinará, con especial atención, las actuaciones acontecidas en durante las reuniones de la asamblea general. En el presente caso, las pruebas disponibles dan cuenta de un acentuado conflicto entre los accionistas de Comercializadora GL S.A.S., suscitado a partir de diferencias en cuanto a la administración de la compañía y los aportes efectuados por ambos al fondo social.

Para comenzar, el señor Gil ha censurado la gestión cumplida por la señora López entre los años 2011 y 2013, en su calidad de representante legal suplente de Comercializadora GL S.A.S. Según lo afirmado por el señor Gil tanto en la contestación de la demanda como en su interrogatorio, la señora López administró los negocios sociales con tal grado de negligencia que la compañía se encontraba en una frágil situación financiera para comienzos del año 2013. A continuación se presenta un extracto de lo afirmado por el señor Gil durante la audiencia judicial celebrada el 12 de mayo de 2015: 'Ella tenía su negocio aparte que era de ella y a la vez administraba la estación. Entonces a lo último se dedicó fue al negocio de ella y la administración de la estación se la delegó ella misma a una secretaria […]. Y como no tenía mucho que hacer en el negocio entonces se ponía con las amigas a jugar cartas […]'[30]. Adicionalmente, el señor Gil ha puesto de presente que la señora López se apropió de recursos sociales en forma irregular. Con fundamento en las anteriores razones, el señor Gil asumió la administración de los negocios de Comercializadora GL S.A.S. En los términos de la contestación presentada por el apoderado del señor Gil, 'en el año 2013 vio que las cosas no iban por buen camino

29 Cfr. las sentencias 800-73 del 19 de diciembre de 2013 y 800-20 del 27 de febrero de 2014.

30 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de mayo de 2015, folio 366 del expediente (46:46–47:55).

y tuvo que asumir la administración directa de la estación, tendiente a enderezar todas las falencias administrativas de [la señora López]' (vid. Folio 255).

Por su parte, la demandante considera que el señor Gil administró en forma desleal a Comercializadora GL S.A.S. entre los años 2013 y 2014. Las acusaciones de la señora López se encuentran plasmadas en un informe de auditoría presentado ante la asamblea general de accionistas de la compañía en mayo de 2014. Según el texto del mencionado informe, el señor Gil se habría apropiado en forma irregular de alrededor de $900.000.000 de los $1.200.000.000 obtenidos por la sociedad a partir de créditos otorgados por entidades financieras y otros terceros. En sustento de lo anterior, la señora López puso de presente que una buena parte de los recursos líquidos de Comercializadora GL S.A.S. fueron destinados a sufragar gastos que no guardaban relación alguna con la actividad social. También se dijo que otras sumas giradas a favor de Comercializadora GL S.A.S. nunca ingresaron a las cuentas bancarias de la sociedad.

Las desavenencias antes descritas han dado lugar a la iniciación de diversas acciones legales, incluida tanto la que le dio origen al presente proceso como una denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación.

Otra diferencia que nutrió el conflicto suscitado entre los accionistas de Comercializadora GL S.A.S. está relacionada con los aportes efectuados por la señora López al fondo social. Según lo aclaró el señor Gil, la principal contribución de la señora López al desarrollo de la actividad de Comercializadora GL S.A.S. fue su aporte en industria como administradora del establecimiento de comercio de propiedad de la compañía (vid. Folio 248). Como ya quedó dicho, sin embargo, el señor Gil considera que la demandante no cumplió en forma adecuada con el encargo de gestionar los negocios sociales. En criterio del señor Gil, pues, el aporte en trabajo de la señora López carecía por completo de valor. Al mismo tiempo, se ha dicho que los esfuerzos del señor Gil fueron indispensables para poner en funcionamiento la estación de servicio administrada por Comercializadora GL S.A.S. Según lo expresado por los demandados, el señor Gil no sólo fue el único en efectuar un aporte de capital para la constitución de la sociedad, sino que, además, sirvió de garante para que la compañía obtuviera recursos líquidos a partir de créditos otorgados por personas naturales y entidades financieras[31].

---

31 Según el apoderado del señor Gil, 'se constituyó una sociedad con unos aportes, donde realmente el único aportante fue el señor Luis Enrique Gil, fue un capital de tres millones de pesos […]. Ante esa situación el apalancamiento financiero lo tuvo que soportar el señor Luis Enrique Gil con sus propios activos y con sus bienes y con los de su familia. Esta circunstancia conllevó a que la relación se destrozara porque la empresa no estaba dando los recursos suficientes para cubrir el costo financiero […]' (cfr. grabación de la audiencia celebrada el 3 de febrero de 2015, folio 271 del

Debe concluirse, pues, que, para la época en que se aprobó la enajenación global de los activos de Comercializadora GL S.A.S., existían marcadas diferencias entre los accionistas de la compañía. El señor Gil consideraba que sus esfuerzos fueron indispensables para la constitución y puesta en marcha de Comercializadora GL S.A.S. y que la señora López se había beneficiado de los flujos de caja producidos por la compañía sin haber hecho un verdadero aporte al fondo social[32]. La señora López, por su parte, pensaba que su gestión administrativa había sido adecuada y que la única extracción irregular de recursos sociales había sido perpetrada por el señor Gil. Las diferencias reseñadas constituyen un primer indicio de que la enajenación global aprobada por el señor Gil podría haber estado encaminada a expropiar a la señora López de su participación en Comercializadora GL S.A.S.

4. El patrón de conducta del accionista controlante de Comercializadora GL S.A.S.

La simple existencia de un conflicto intrasocietario no es suficiente para concluir, sin más, que las determinaciones controvertidas en un proceso de abuso de mayoría deben ser anuladas. Para que se imponga esta sanción, es necesario que se aporten pruebas adicionales que permitan constatar el ánimo lesivo del accionista mayoritario. En este orden de ideas, el Despacho encontró diversos elementos de juicio que apuntan a que el señor Gil se valió de la enajenación global de activos controvertida para expropiar a la señora López de su participación de capital en Comercializadora GL S.A.S.

Primero, el Despacho no pudo corroborar una de las principales justificaciones ofrecidas por el accionista mayoritario de Comercializadora GL S.A.S. para llevar a cabo la enajenación global impugnada. Según lo expresado por el señor Gil durante su interrogatorio, la operación celebrada con Distribuidora del Kamino S.A.S. buscó facilitar la continuada explotación de la estación de servicio que era de propiedad de Comercializadora GL S.A.S. Sin embargo, Distribuidora del Kamino S.A.S. ha operado ese establecimiento bajo las mismas condiciones en que lo hacía Comercializadora GL S.A.S. Como ya se anotó, el Despacho no encontró pruebas de que los accionistas de Distribuidora del Kamino S.A.S. tuvieran la intención de conseguir nuevos recursos para financiar la operación de la estación de servicio en cuestión. No es claro entonces cómo la enajenación global de activos sirvió para cumplir los propósitos expuestos por el señor Gil.

---

expediente (4:32 – 8:00).

32 En la contestación de la demanda se dijo que 'la única que se estaba beneficiando de la empresa era Martha Cecilia López del Rio; el trabajo de mi poderdante consistía en salir a arbitrar recursos para conseguir combustible, endeudándose cada vez más compartiendo los recursos de su familia' (vid. Folio 172).

Segundo, los activos y pasivos de Comercializadora GL S.A.S. le fueron transferidos a una sociedad controlada por el señor Gil. En efecto, el señor Gil es titular de alrededor del 60% de las acciones en que se divide el capital de Distribuidora del Kamino S.A.S., la referida sociedad adquirente. De conformidad con las pruebas consultadas por el Despacho, el 40% restante es de propiedad de una persona vinculada al aludido demandado[33]. Las anteriores circunstancias le sirven de sustento a la contención de la demandante, en el sentido de que la enajenación global buscó simplemente permitir que el señor Gil continuara explotando la estación de servicio, sin compartir las utilidades concernientes con la señora López.

Tercero, la decisión de enajenar los activos de Comercializadora GL S.A.S. se aprobó en el curso de un proceso de negociación entre los accionistas de la compañía. A mediados del año 2013, los accionistas de Comercializadora GL S.A.S. discutieron alternativas para inyectarle nuevos recursos de capital a la sociedad, tal y como se expresó en la sección de hechos de esta sentencia. En esta primera fase de negociaciones, los asociados no pudieron llegar a un acuerdo respecto de la capitalización de la sociedad. De conformidad con lo expresado por el señor Gil, 'a doña Martha se le preguntó muchas veces si quería capitalizar y siempre se negó a hacerlo. Entonces no había quién capitalizara la empresa ni había quién la comprara con esos pasivos que tenía'[34]. Ante el fracaso de las precitadas negociaciones, los accionistas de Comercializadora GL S.A.S. empezaron a estudiar fórmulas de arreglo para que alguno de ellos se hiciera propietario del 100% de las acciones en circulación de la sociedad. Como resultado de esta nueva etapa de negociación, la señora López aceptó adquirir las acciones de propiedad del señor Gil y reemplazarlo en su calidad de deudor solidario de Comercializadora GL S.A.S. (vis. Folio 309). Como ya se dijo, sin embargo, la operación mencionada no pudo llevarse a cabo por cuanto la señora López encontró diversas irregularidades en los estados financieros de la sociedad. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo con la señora López, el accionista mayoritario de Comercializadora GL S.A.S. decidió transferirle la totalidad de los activos sociales a una sociedad controlada por él mismo.

Ya en otras oportunidades este Despacho ha censurado la conducta de accionistas que se valieron de sus derechos de voto para obtener una ventaja indebida, ante la dificultad de concertar una solución negociada a un conflicto intrasocietario. Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el caso de CAH Colombia S.A., en el cual se sostuvo lo siguiente: 'Quedó suficientemente probado que el señor Pinzón intentó negociar con CAHC, de buena fe, con el ánimo de resolver las diferencias

---

33 Según las pruebas consultadas por el Despacho, el único otro accionista de Distribuidora del Kamino S.A.S., Leonardo Fabio Ruiz del Rio, tiene una relación filial con la difunta esposa del señor Gil..

34 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de mayo de 2015, folio 366 del expediente (1:24:33 – 1:25:15).

descritas anteriormente. Es evidente también la frustración del señor Pinzón ante las delaciones de CAHC y la decisión de esta última compañía de venderle el bloque de control en CAH Colombia S.A. a un tercero […]. [Sin embargo], la imposibilidad de llegar a un acuerdo con CAHC no puede convalidar el despojo forzoso de la mayoría accionaria que esa sociedad detentaba en CAH Colombia S.A. […] como ya lo ha manifestado este Despacho, el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a un grupo de asociados, ni para que uno de ellos se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás'.

Cuarto, como se explicó en la sección anterior, el precio fijado para la enajenación global de activos se obtuvo a partir de un análisis del valor en libros de Comercializadora GL S.A.S. El señor Gil simplemente descartó la posibilidad de fijar ese precio con base en una estimación de los flujos de caja futuros que podría generar la operación de la estación de servicio. Sin embargo, cuando se pretenda llevar a cabo una enajenación global de activos como la analizada en este proceso, los accionistas mayoritarios tienen el deber de asegurar que la cesión se haga por un precio justo y que la compañía reciba una contraprestación adecuada[35]. Esta afirmación encuentra sustento no sólo en la previsión normativa del ya citado artículo 43 de la Ley 1258, sino también en el principio de buena fe que rige la ejecución de contratos en Colombia[36]. A pesar de lo anterior, el accionista mayoritario demandado no parece haber realizado ningún esfuerzo para determinar el precio justo al que debían enajenarse los activos de Comercializadora GL S.A.S. Esta circunstancia constituye otro indicio a favor de la interpretación que ha postulado la demandante en este proceso.

5. Conclusión

Las consideraciones formuladas anteriormente le permiten al Despacho concluir que Luis Enrique Gil, accionista mayoritario de Comercializadora GL S.A.S., actuó en forma abusiva al aprobar la enajenación global de activos sociales, a título gratuito, a favor de Distribuidora del Kamino S.A.S. El señor Gil, movido por sus

---

35 FH O'Neal y RB Thompson (2004) 5-110 y 5-112.

36 La Corte Suprema de Justicia ha explicado que el principio de buena fe a que alude el artículo 1603 del Código Civil lleva implícito el deber de que las partes contratantes se comporten lealmente. Según una sentencia emitida por esa Corporación el 2 de febrero de 2015, 'la palabra «fe», fidelidad, quiere decir que la persona, o la parte, según el contexto, se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en la observancia de sus obligaciones, creyendo que respetará a cabalidad los compromisos asumidos. […] [se trata entonces de] comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad'. Es interesante anotar, en este sentido, que el deber de lealtad descrito por la Corte Suprema de Justicia es similar al que en otros países rige la conducta de los accionistas controlantes en sus relaciones con los minoritarios.

diferencias con Martha Cecilia López, ordenó celebrar esa cesión para apropiarse de la totalidad de los flujos de caja futuros derivados de la administración de la estación de servicio que era de propiedad de Comercializadora GL S.A.S. En otras palabras, la enajenación global le permitió al señor Gil explotar el referido establecimiento de comercio sin compartir las utilidades correspondientes con la señora López, accionista minoritaria de Comercializadora GL S.A.S.

El carácter abusivo de la operación cuestionada se concretó en el hecho de que el accionista mayoritario de Comercializadora GL S.A.S. no fijó un precio justo para la cesión de los bienes sociales[37]. A pesar de que en las negociaciones acaecidas antes de la enajenación ambos asociados le asignaron un valor positivo a sus acciones en la compañía, posteriormente el señor Gil decidió hacer uso del valor en libros de Comercializadora GL S.A.S. para determinar, en forma unilateral, que la cesión de los activos sociales debía cumplirse a título gratuito. De esta manera, mientras que la participación de la señora López en Comercializadora GL S.A.S. perdió todo su valor, el señor Gil conservó sus derechos económicos sobre la estación de servicios enajenada, en su calidad de accionista de Distribuidora del Kamino S.A.S.

Se trató, pues, de una exclusión forzosa de la accionista minoritaria de Comercializadora GL S.A.S., cumplida a partir de una enajenación global de activos celebrada a un precio injusto[38]. Aunque es cierto que los ingentes esfuerzos del señor Gil contribuyeron al funcionamiento de Comercializadora GL S.A.S., no por ello puede justificarse la expropiación de la señora López, titular del 40% de las acciones emitidas por la compañía. En consecuencia, el Despacho habrá de acceder a las pretensiones de la demanda.

[…]

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,

---

37 Es decir que la demandante en este proceso tampoco recibiría un precio justo al momento de pagarse la cuota social de liquidación en Comercializadora GL S.A.S.

38 Es interesante considerar lo qué ocurriría si una exclusión forzada se hiciera a un precio justo para los minoritarios. Bajo esta hipótesis, un asociado que pretendiera controvertir la respectiva operación difícilmente podría probar que sufrió un perjuicio en los términos requeridos por el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 para que pueda invocarse la figura del abuso del derecho de voto. Podría pensarse entonces que un minoritario puesto en estas circunstancias tan sólo podría aducir que el accionista mayoritario obtuvo una ventaja injustificada, para lo cual tendría que satisfacerse una importante carga probatoria. Claro que, como se explicó anteriormente, existen otras acciones legales que podrían intentarse en lugar de la del abuso del derecho de voto.

RESUELVE

Primero. Declarar la nulidad absoluta de la enajenación global de activos aprobada por la asamblea general de accionistas de Comercializadora GL S.A.S. durante las reuniones celebradas el 15 de mayo y 6 de junio de 2014.

Segundo. Oficiarles a los representantes legales de Comercializadora GL S.A.S. y Distribuidora del Kamino S.A.S. para que adopten todas las medidas requeridas para darle cumplimiento a lo dispuesto en esta sentencia.

Tercero. Oficiarle a la Cámara de Comercio de Medellín para que inscriba esta sentencia en el registro mercantil a su cargo.

Cuarto. Condenar en costas a los demandados y fijar, a título de agencias en derecho a favor de la demandante, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere a los dieciocho días del mes de septiembre de dos mil quince y se notifica en estrados.

Sentencia n.° 800-133 del 16 de octubre de 2015	
Partes	María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López contra Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. y otros
Asunto	Conflictos de interés en la apropiación de recursos sociales
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2014-801-55

Hechos

Antes de analizar el caso presentado ante el Despacho, es necesario hacer un breve recuento de los hechos que le dieron lugar al presente proceso. Los demandantes son socios comanditarios de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C., una compañía creada en 1987 para administrar los activos que componen el patrimonio de la familia Cadena López. Al momento de constituirse la sociedad, Amira López de Cadena y Alfredo Cadena Copete ocuparon la posición de gestores, al paso que sus hijos, María Virginia Fernando Alfredo, Clara María, Elizabeth y Miguel Eduardo Cadena López recibieron cuotas sociales en calidad de comanditarios. En la siguiente tabla se presenta la composición del capital de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. para la época en que sucedieron los hechos narrados en la demanda.

Tabla n.° 1
Composición del capital de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C.
(5 de marzo de 2010)

Composición del capital		
Gestores	Amira López de Cadena (principal)	
	Alfredo Cadena Copete (suplente)	
	Socio	**N° de cuotas**
Comanditarios	G.A. Cadena López & Cia. S. en C.	1.000.000
	Clara María Cadena López	1.000.000
	Fernando Alfredo Cadena López	1.000.000
	Elizabeth Cadena López	1.000.000
	Miguel Eduardo Cadena López	1.000.000
	María Virginia Cadena López	1.000.000
Total		**6.000.000**

El 5 marzo de 2010, Amira López de Cadena, representante legal de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C., celebró un contrato de promesa de compraventa con MCH S.A.S. Por virtud de ese negocio jurídico, aquella sociedad prometió venderle a esta última dos inmuebles ubicados en el municipio de Palmira por una suma de $22.570.211.000 (vid. Folios 504 a 510 y 1462). El 4 de mayo de 2010, dos meses después de firmada la promesa, Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. y MCH S.A.S. suscribieron el respectivo contrato de compraventa, según quedó consignado en la escritura pública n.° 1092. A pesar de que el valor fijado en la promesa para la transferencia de los inmuebles fue de $22.570.211.000, el precio registrado en el contrato de compraventa ascendió apenas a $7.890.211.000 (vid. Folio 125). Como se verá más adelante, la diferencia entre ambos valores, es decir, $14.680.000.000, nunca ingresó al patrimonio de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C., sino que fue depositada en las cuentas personales de Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López.

Los demandantes también han puesto de presente que Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López se han adueñado de recursos líquidos de propiedad de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C., mediante la celebración de contratos de mutuo y operaciones de diversa naturaleza.

La apropiación de recursos a que se ha hecho referencia llevó a María Virginia y Fernando Alfredo Cadena a presentar la demanda que le dio origen al presente proceso.

Consideraciones del Despacho

El caso presentado ante el Despacho busca que se remedie la expropiación de los asociados minoritarios de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. Los demandantes, María Virginia y Fernando Alfredo Cadena López, consideran que las personas que controlan a esa compañía se han apropiado en forma irregular de una porción significativa de los activos sociales. En la demanda se ha dicho, ciertamente, que los demandados Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López concertaron la distracción de cuantiosos recursos de la sociedad, mediante operaciones celebradas en un espacio de cinco años.

Para remediar la expropiación antedicha, los demandantes han presentado numerosas pretensiones orientadas a restablecer el patrimonio de la compañía y obtener un resarcimiento de los perjuicios sufridos como consecuencia de las actuaciones de los demandados. Aunque el alcance de las pretensiones formuladas ante el Despacho es bastante amplio, la primera de las solicitudes de los demandantes está relacionada con la aplicación de las reglas que componen

el régimen de conflictos de interés. Por este motivo, a continuación se presenta un breve recuento de la interpretación que ha hecho esta Superintendencia acerca de las normas contenidas sobre la materia tanto en la Ley 222 de 1995 como en el Decreto 1925 de 2009.

1. Acerca del régimen colombiano en materia de conflictos de interés

Según las voces del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores deben 'abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas'. La norma precitada, en la cual se funda el régimen colombiano en materia de conflictos de interés, ha sido empleada en diversas oportunidades por esta Superintendencia para reprender la conducta desleal de administradores sociales. En los pronunciamientos judiciales emitidos para tal efecto, este Despacho ha intentado definir los alcances precisos de la regla a que se ha hecho referencia.

Para comenzar debe decirse que, en el caso de Gyptec S.A., se explicó que la existencia de un conflicto de interés es suficiente para motivar la intervención de los jueces en los asuntos internos de una compañía. En los términos del auto n.° 800-5205 del 9 de abril de 2014, 'existen circunstancias que podrían llevar al Despacho a examinar las decisiones que tomen los administradores en la gestión de los negocios sociales. El mencionado escrutinio judicial sería procedente, por ejemplo, cuando se acrediten circunstancias que comprometan el juicio objetivo de los administradores, como ocurriría en la celebración de negocios jurídicos viciados por un conflicto de interés. La intervención judicial también estaría justificada cuando se compruebe que tales sujetos se han apropiado indebidamente de recursos sociales, mediante operaciones de cualquier naturaleza. En casos como éstos, el Despacho estudiará con detenimiento la conducta de los administradores, con el fin de establecer si se le han provocado perjuicios a la compañía o a sus accionistas'.

En un pronunciamiento posterior, emitido en el caso de Luque Torres Ltda., se estudiaron los supuestos de hecho que podrían dar lugar a la configuración de conflictos de interés. Es así como, en la sentencia n.° 800-52 del 1º de septiembre de 2014 se expresó lo siguiente: 'En Colombia no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario. Mientras subsista este vacío, les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso

de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido. […]'.

Con base en los criterios analíticos sentados en el caso de Luque Torres Ltda., este Despacho ha identificado la existencia de conflictos de interés en diversos contextos.

Por una parte, existen ya varias sentencias en las que se ha detectado un conflicto de la naturaleza indicada cuando el administrador contrata directamente con la sociedad en la que ejerce sus funciones. En el caso de Loyalty Marketing Services S.A.S., por ejemplo, se censuró la conducta de una administradora que había celebrado contratos de mutuo con aquella sociedad. En hipótesis como ésta, 'confluyen en cabeza del administrador dos intereses contrapuestos, vale decir, su interés personal como mutuario y el interés de la compañía, en calidad de mutuante, que ese funcionario debe proteger por expresa disposición del artículo 23 de la Ley 222. Mientras que el interés de la compañía es obtener la máxima tasa permitida y las más sólidas garantías disponibles, el interés personal del administrador que recibe el préstamo apunta en el sentido exactamente contrario. Es claro, pues, que el representante legal no puede satisfacer ambos objetivos al momento de celebrar el correspondiente negocio jurídico. En vista de que esta circunstancia claramente compromete el ejercicio objetivo de las facultades del administrador, la celebración del estudiado contrato de mutuo deberá sujetarse a las reglas contempladas en nuestra legislación en materia de conflictos de interés'[1]. Por tal motivo, el Despacho concluyó que, 'los administradores sociales no pueden celebrar contratos de mutuo con la compañía en la que ejercen sus funciones, a menos que cuenten con una autorización válidamente impartida por el máximo órgano social. En el presente caso, una simple revisión de las actas de la asamblea general de accionistas de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. permite establecer que la [representante legal] no obtuvo la anuencia de los asociados para recibir los préstamos en cuestión. Se trata, pues, de otra evidente infracción a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Ciertamente, a pesar de que la celebración de los negocios jurídicos antes referidos le representaba un conflicto de interés a la [representante legal], no se siguió el procedimiento requerido en la ley para el efecto'[2].

Adicionalmente, el Despacho ha hecho uso de la regla del numeral 7 cuando un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación concerniente. 'Si existe un cercano vínculo de parentesco, como cuando los padres del administrador contratan con la sociedad, habrá fuertes

1 Sentencia n.° 800-52 del 1º de septiembre de 2014.

2 Sentencia n.° 800-29 del 14 de mayo de 2014.

indicios acerca de la presencia de un conflicto. En este caso, el conflicto se concretaría no sólo en los fuertes lazos afectivos que pueden existir entre padres e hijos, sino también en el interés económico derivado de la vocación sucesoral del administrador'[3]. En el mismo proceso de Loyalty Marketing Services S.A.S., se dijo, en este sentido, que 'el señor Fredy Antonio Rodríguez Ardila tiene una estrecha relación con la [representante legal], derivada del vínculo matrimonial que existe entre tales personas. Es decir que, al momento de celebrarse el contrato examinado, la [representante legal] contaba con importantes incentivos para salvaguardar el patrimonio del señor Rodríguez. Es claro que este interés económico subjetivo se contrapone al deber de la [representante legal] de obrar en interés de la sociedad, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. […] el Despacho puede entonces concluir que la demandada participó en la celebración de un negocio jurídico que le representaba un conflicto de interés'[4].

Esta Superintendencia también se ha pronunciado acerca de las consecuencias que acarrea la violación de las reglas vigentes en materia de conflictos de interés. En primer lugar, podrá solicitarse la nulidad absoluta de las operaciones celebradas sin darle cumplimiento a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, tal y como se reconoció expresamente en el Decreto 1925 de 2009. En el artículo 5 de esta última norma se dispone, además, que 'declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada' En segundo lugar, podrá hacerse efectiva la responsabilidad del respectivo administrador, por la violación expresa de los deberes legales a su cargo. En los términos del ya citado artículo 5, 'el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios'.

Formuladas las anteriores precisiones, es posible ahora analizar el caso planteado ante el Despacho por María Virginia y Fernando Alfredo Cadena López.

2. Respecto de la desviación de recursos sociales en Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C.

Como ya se ha puesto de presente, los demandantes pretenden controvertir la desviación de cuantiosos recursos de propiedad de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. hacia las cuentas personales de los asociados que tienen a su cargo la gestión de los negocios de la compañía, es decir, Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López. Según los hechos narrados por los

3 Sentencia n.° 800-52 del 1º de septiembre de 2014.

4 Sentencia n.° 800-29 del 14 de mayo de 2014.

demandantes, los referidos asociados se apropiaron de recursos líquidos por valor de $14.680.000.000, derivados de la venta de un bien social a MCH S.A.S. En la demanda se dijo que Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López distrajeron también cuantiosas sumas mediante préstamos, anticipos y otras operaciones irregulares.

Para resolver el presente caso, debe decirse, desde ya, que el voluminoso acervo probatorio recaudado por el Despacho—obtenido a partir de un dictamen pericial, exhibiciones de documentos y múltiples testimonios e interrogatorios—da plena cuenta de la apropiación de recursos alegada por los demandantes. A continuación se presenta un resumen de las principales operaciones que permitieron la desviación de los recursos de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. a favor de Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López.

A. Acerca de la apropiación de los recursos provenientes de la venta de inmuebles a MCH S.A.S.

Quedó probado que Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. le enajenó dos inmuebles a MCH S.A.S. en el año 2010. De conformidad con el texto del contrato de promesa consultado por el Despacho, el precio pactado para esa operación fue de $22.570.211.000. Según lo expresado por el representante legal de MCH S.A.S., esa fue la suma efectivamente girada por esta compañía para adquirir el derecho de propiedad sobre los inmuebles en cuestión[5]. Sin embargo, los libros contables de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. reflejan apenas el ingreso de $7.890.211.000 a las cuentas de la sociedad (vid. Folio 125)[6].

En vista de la cuantiosa diferencia entre el precio de venta de los inmuebles y la cifra que efectivamente se registró en los balances de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C., el Despacho se dio a la tarea de rastrear el destino de los $14.680.000.000 que debieron haber ingresado al patrimonio de esta sociedad.

---

5 Cfr. grabación de la declaración de Jorge Eduardo Uribe Holguín en la audiencia celebrada el 6 de noviembre de 2014, folio 1759 del expediente min: 03:04:00 y 3:09:00. La anterior afirmación también encuentra soporte en las conclusiones a las que arribó el perito designado en el curso de este proceso (vid. Folio 2329).

6 Según el dictamen pericial preparado en el curso del presente proceso, 'a la sociedad Hacienda los Mangos López & Cia S. en C. ingresaron por la venta del (los) bien(es) inmueble(s) descrito(s) en la Escritura Pública No. 1092 del 4 de mayo de 2010 otorgada en la Notaría 22 de Cali, la suma de siete mil ochocientos noventa millones doscientos once mil pesos ($7.890.211.000)' (vid. Folios 2329, 2344 y 2355). A pesar de que en la escritura pública otorgada para llevar a cabo la compraventa se consignó apenas la suma de $7.890.211.000, las pruebas aportadas dan cuenta de que el valor pagado por los activos de Los Mangos fue de $22.570.211.000.

Con el apoyo de un perito experto y diversas solicitudes enviadas a entidades financieras, el Despacho pudo establecer que los dineros en cuestión fueron a parar a las cuentas personales de Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López.

Por una parte, las pruebas disponibles permiten concluir que la señora Amira López de Cadena se apropió de alrededor de $12.000.000.000, provenientes del pago que hizo MCH S.A.S. por la adquisición de activos de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. Esta desviación irregular de recursos sociales se produjo a partir de instrucciones impartidas por Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López, a partir de las cuales la suma indicada fue transferida, en operaciones sucesivas, a las cuentas de la señora López de Cadena. En la tabla n°. 2 se presenta un resumen de algunos de los giros que permitieron la desviación de recursos a favor de Amira López de Cadena.

Tabla n.° 2

Pagos Amira López de Cadena[7]

Instrucción de pago	Fecha	Valor	Beneficiario	Medio de pago
Amira Cadena y Elizabeth Cadena	15 de junio de 2010	$4.725.279.733	Amira López de Cadena	Cheque 530155
Amira Cadena y Elizabeth Cadena	14 de abril de 2010	$100.000.000	Amira López de Cadena	Cheque 530157
Miguel Eduardo Cadena López	14 de abril de 2010	$30.500.000	Amira López de Cadena	Cheque 530155
Miguel Eduardo Cadena López	12 de marzo de 2010	$189.430.000	Amira López de Cadena	Cheque 530155

7 Los valores incluidos en esta tabla fueron extraídos de la información disponible en el expediente respecto de las operaciones de compraventa celebradas entre Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C., Hacienda La Palma López S. en C. y MCH S.A.S. Aunque el Despacho encontró probada también la apropiación de recursos líquidos de propiedad de la sociedad Hacienda La Palma López S. en C., las pretensiones formuladas en la demanda no se estuvieron dirigidas a remediar la expropiación que pudo haberse producido en esta compañía.

Miguel Eduardo Cadena López	12 de abril de 2010	$5.248.158.150	Amira López de Cadena	Cheque 530155
Miguel Eduardo Cadena López	24 de marzo de 2010	$2.000.000.000	Amira López de Cadena	Cheque 530155

De otra parte, los elementos probatorios disponibles apuntan a que Miguel Eduardo Cadena se hizo a alrededor de $2.600.000.000 de las sumas giradas por MCH

8 Vid. Folio 1464.

9 En la carta de 15 de junio de 2010 enviada por las señoras Amira López y Elizabeth Cadena al señor Jorge Uribe, se solicitó a este último realizar inmediatamente los desembolsos pendientes de conformidad con el contrato de promesa de compraventa del 5 de marzo de 2010. Según esa carta, $4.725.279.733 deberían ser transferidos a Correval S.A. a nombre de Correval ADR Program (vid. Folio 1464). Posteriormente, la señora Amira López, mediante carta del 21 de junio de 2010, solicitó a Correval S.A. 'comprar $3.730.961.520 en ADRs y posteriormente vender su equivalente en acciones Preferencial Bancolombia a través del programa de ADR Program y girar un equivalente de dólares' a una cuenta de la Banca Privada d'Andorra S.A. cuyo beneficiario es la señora Amira López (vid. Folio 2744 y 1796).

10 Id.

11 Vid. Folio 1476.

12 Vid. Folio 1516.

13 Según consta en una carta con fecha del del 12 de marzo de 2010, el señor Jorge Uribe le solicitó a UBS AG transferir US$100.000 a una cuenta de la Banca Privada de Andorra cuya titular es evidentemente la señora Amira López (vid. Folio 1518).

14 Vid. Folio 1518.

15 Cfr. audiencia del 6 de noviembre de 2014 min: 3:28:00 al 3:34:00 (Vid. Folio 1759).

16 De acuerdo con lo señalado por el señor Jorge Uribe durante su interrogatorio de parte, tal persona era titular de una cuenta en el banco UBS AG en Zürich (Cfr. audiencia del 6 de noviembre de 2014 min: 3:30:29 al 3:31:15 y 3:32:00 al 3:34:26 Vid. Folio 1759). Como parte del precio pactado para la compra de los inmuebles, Jorge Uribe le traspasó al señor Miguel Cadena la titularidad sobre la referida cuenta (vid. Folio 1510). Posteriormente (vid. Folio 1506), Miguel Eduardo Cadena le envió una comunicación a UBS AG para que transfiriera todas las posiciones (ver las posiciones en el folio 1520) a la cuenta de Amira López (ALC Corp) (vid. Folio 1532).

17 Cfr. audiencia del 6 de noviembre de 2014 min: 3:28:00 al 3:34:00 (Vid. Folio 1759).

18 Vid. Folios 1484 y 1485.

19 Mediante correo electrónico del 24 de marzo de 2010, Miguel Cadena le pidió a Jorge Uribe que le hiciera este pago a Correval. En respuesta de ello, el señor Uribe le ordenó a Fernando Villegas, funcionario de Correval, que consignara a favor de la aludida entidad financiera $4.000.000.000 para comprar ADRs, a favor de cuentas de Amira López de Cadena (ALC) y Miguel Eduardo Cadena (MEC) en el Principado de Andorra.

S.A.S. en el curso de la compraventa analizada. La mayoría de las instrucciones que permitieron la apropiación de estos recursos fue impartida directamente por el señor Cadena, tal y como puede apreciarse en la tabla n.° 3[20].

Instrucción de pago	Fecha	Valor	Beneficiario	Medio de pago
Amira Cadena y Elizabeth Cadena	15 de junio de 2010	$100.000.000	Miguel Eduardo Cadena López	Cheque 530156
Miguel Eduardo Cadena López	14 de abril de 2010	$30.800.000	Seguridad y gestión Ltda. (sociedad vinculada Miguel Eduardo Cadena López)	Cheque 529982
Miguel Eduardo Cadena López	14 de abril de 2010	$40.702.110	Miguel Eduardo Cadena López	Cheque 529986
Miguel Eduardo Cadena López	15 de marzo de 2010	$21.779.365	Miguel Eduardo Cadena López	Cheque 529883
Miguel Eduardo Cadena López	12 de marzo de 2010	$189.430.000	Miguel Eduardo Cadena López	Orden a UBS AG
Miguel Eduardo Cadena López	12 de marzo de 2010	$94.715.000	Seguridad y Gestión Ltda. en Panamá / Miguel Eduardo Cadena López	Orden a UBS AG
Miguel Eduardo Cadena López	24 de marzo de 2010	$2.000.000.000	Miguel Eduardo Cadena López	Intermedio de Correval

20 Por lo demás, las pruebas consultadas por el Despacho dan cuenta de diversos pagos efectuados a terceros con cargo a la sumas pagadas por MCH S.A.S. en el curso de la compraventa analizada.

B. Acerca de los recursos extraídos por virtud de préstamos y anticipos

El Despacho también pudo establecer que Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López se apropiaron de $2.551.722.796, mediante la celebración de operaciones de diversa índole. Esta afirmación encuentra sustento en la detallada exposición que hizo el perito designado por el Despacho en el curso de este proceso.

Para el caso de Amira López de Cadena, las sumas extraídas irregularmente fueron registradas en la contabilidad de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. como préstamos y anticipos efectuados entre los años 2009 y 2014, según puede apreciarse en la tabla n.° 4

Tabla n.° 4

Sumas entregadas a Amira López de Cadena 2009 a 2014

Préstamos	$1.645.073.118
Anticipos para viáticos	$1.500.000
Energía - Herradura	$246.060

Por su parte, Miguel Eduardo Cadena López recibió $904.903.618 entre los años 2009 y 2014, por concepto de préstamos, bonificaciones y erogaciones de diversa naturaleza, incluido el pago de obligaciones personales y de los gastos derivados de un viaje a Europa. En la tabla n.° 5 se presenta un resumen de las transferencias en cuestión, con exclusión de todos aquellos pagos correspondientes al salario devengado por el señor Cadena López como empleado de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C.

Tabla n.° 5

Sumas entregadas a Miguel Eduardo Cadena López 2009 a 2014

Concepto	Monto de los giros
Préstamos	$331.000.000
Honorarios	$552.747.162
Bonificaciones	$15.716.968
Pago celular	$3.578.146
Pago obligaciones	$1.141.214
Taxis y buses	$77.710
Gastos viaje a Europa	$642.418

C. Acerca de la violación del régimen de conflictos de interés en el presente caso

El amplísimo acervo probatorio recaudado en el curso de este proceso apunta a que Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López se apropiaron, en forma indebida, de recursos líquidos de propiedad de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. por un valor de $17.231.722.796. Para tal efecto, los demandados en cuestión recurrieron a operaciones de diversa índole, desde la celebración de contratos de mutuo con la compañía hasta la simple transferencia de recursos sociales a sus cuentas personales en el extranjero. Por virtud de este profuso catálogo de actuaciones desleales, las personas encargadas de gestionar los negocios de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. consumaron una expropiación sistemática de los asociados minoritarios de la compañía.

En su defensa, los demandados han dicho que los activos que componen el patrimonio de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. le pertenecen, en realidad, a Amira López de Cadena[21]. Sin embargo, el Despacho debe rechazar enérgicamente esta postura. Cuando se aportan activos al fondo social, los aportantes dejan de ser propietarios de tales bienes para convertirse en titulares de derechos económicos sobre la plusvalía generada por la actividad de la sociedad, así como de la respectiva cuota social de liquidación. De suerte que, una vez constituida una compañía, se produce una separación total entre el patrimonio social y el de los asociados individualmente considerados. En la continuada vigencia de este principio de separación patrimonial, conocido en la doctrina especializada como *affirmative asset partitioning*, se funda la existencia de las sociedades de capital con limitación de responsabilidad, así como de los mercados públicos de valores[22]. No puede entonces aceptarse que un asociado controlante intente justificar la grosera expropiación de los minoritarios con el argumento de que los activos aportados al fondo social fueron alguna vez de su propiedad[23].

Ahora bien, las irregularidades descritas en esta sentencia pueden dar lugar a

---

21 Interrogatorio Amira.

22 Por virtud de este importante principio, los acreedores de un accionista insolvente no pueden perseguir los activos de la sociedad, sino apenas su participación en el capital de la compañía. H Hansmann y R Kraakman, The Essential Role of Organizational Law (2000) Harvard Law School Discussion Paper n.° 284.

23 Si se quisiera controvertir la calidad de asociados de los demandantes en Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C., los demandados podrían haber recurrido ante las instancias judiciales. Lo que no puede tolerarse es que Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López simplemente decidieran expropiar a los demandantes con base en la idea de que los activos sociales son de su propiedad.

diversas consecuencias jurídicas. Por este motivo, para resolver el presente caso, el Despacho habrá de atender al orden de las pretensiones formuladas por los demandantes. La primera pretensión principal apunta a que 'se declare la nulidad absoluta de los actos, contratos u operaciones celebrados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral séptimo del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y demás normas pertinentes y, como consecuencia, se restituyan las cosas a su estado anterior, incluyendo, sin limitarse, al reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de las conductas sancionadas'. Adicionalmente, en la octava pretensión de la demanda se solicita 'que se reconozca y declare que los señores Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López […] realizaron actividades que generaban conflicto de interés, favoreciendo el propio en detrimento de la sociedad, sin autorización del máximo órgano social y en flagrante violación de la ley'. Como consecuencia de lo anterior, se ha pedido 'el reintegro de las ganancias obtenidas' por los aludidos demandados.

En este orden de ideas, es evidente que las actuaciones de la señora López infringieron las reglas previstas en nuestro ordenamiento en materia de conflictos de interés. Esta violación legal se concretó principalmente en las instrucciones por cuyo efecto se hizo posible que la referida administradora y su hijo, Miguel Eduardo Cadena López, desviaran $14.680.000.000 hacia sus cuentas personales. Según las explicaciones formuladas en el acápite anterior, la realización de actos y operaciones a favor de los administradores sociales y sus familiares da lugar a un conflicto de interés que hace necesario surtir el procedimiento previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En el presente caso, sin embargo, la representante legal de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. no cumplió con la mencionada obligación legal.

En este punto debe decirse que el Despacho no anulará la transferencia de activos a favor de MCH S.A.S. Ello se debe a que el conflicto de interés censurado en esta sentencia no se presentó al celebrarse el contrato de compraventa entre esa sociedad y Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C., sino, más bien, en las manifestaciones de voluntad a partir de las cuales una buena parte de los recursos provenientes de esa operación fueron a parar a las cuentas de Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López. El Despacho no encontró elementos de juicio para desvirtuar las afirmaciones de MCH S.A.S. en el sentido de que tal compañía simplemente acató las instrucciones impartidas por las personas encargadas de gestionar los negocios de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. Por este motivo, se desestimarán las pretensiones de la demanda que fueron dirigidas contra MCH S.A.S.

Así las cosas, el Despacho decretará la nulidad absoluta de todos los actos por

cuya virtud Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López se apropiaron, de manera concertada, de $14.680.000.000 de los $22.570.211.000 pagados por MCH S.A.S. para adquirir el dominio sobre los inmuebles antes referidos. En consecuencia, Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López quedarán obligados solidariamente a restituirle a Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. la suma de $14.680.000.000, junto con los intereses bancarios corrientes generados desde la fecha en que MCH S.A.S efectuó los giros correspondientes hasta el momento en que ingrese tal suma al patrimonio de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. Con esta orden se busca darle cumplimiento a lo previsto en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 en el sentido de restituir 'las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada'.

De otra parte, el Despacho decretará la nulidad absoluta de todas aquellas operaciones por cuyo efecto Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López extrajeron, también en forma concertada, la suma de $2.551.722.796 del patrimonio de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. Debe insistirse en que la celebración de negocios jurídicos con los administradores y sus parientes da lugar a un conflicto de interés, al amparo de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222. Una vez revisadas las pruebas aportadas por las partes, el Despacho pudo establecer que las operaciones en comento se llevaron a cabo sin contar con la autorización de la junta de socios de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. De ahí que Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López deban restituirle las sumas indicadas a Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C., junto con los respectivos intereses bancarios corrientes.

Por lo demás, debe advertirse que el Despacho no puede acceder a la pretensión consistente en que a los demandantes se les pague el 25% de las sumas recuperadas por la compañía. Aunque las órdenes impartidas en esta sentencia permitirán restablecer el patrimonio de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C., en cumplimiento de lo previsto en el Decreto 1925 de 2009, la distribución entre los asociados de las sumas recuperadas deberá producirse conforme a las reglas vigentes en materia de repartición de utilidades. Para tal efecto, en vista de que la sociedad no le ha dado cumplimiento a las reglas sobre repartición forzosa de utilidades previstas en el artículo 155 del Código de Comercio, el Despacho le ordenará a la representante legal de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. que convoque a una reunión de la junta de socios de la compañía, de manera que pueda cumplirse con lo preceptuado en esa norma.[24]

---

24 A pesar de lo expresado en el texto principal, el Despacho considera innecesario imponer la condena a que alude el artículo 206 del Código General del Proceso, en vista de la diligencia empleada por los demandantes para probar los perjuicios mencionados en la demanda. En este sentido, la

No está de más anotar que, para efectos de calcular la proporción en que habrán de repartirse las utilidades generadas por Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C., no podrá tenerse en cuenta la disposición actualmente consignada en el artículo 14 de los estatutos sociales. En verdad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Comercio, 'las cláusulas del contrato que priven de toda participación a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas'. Por consiguiente, la repartición de utilidades habrá de ajustarse a la regla prevista desde la constitución de la sociedad, en 1987, según la cual 'las utilidades y las pérdidas, si las hubiere, se distribuirán entre los socios en la siguiente forma: I) para remunerar a la gestora Amira López de Cadena el 10%. II) para remunerar a los socios comanditarios el 90%, distribuido a prorrata de sus respectivos aportes de capital'.

3. Acerca de las demás infracciones invocadas en la demanda

Los demandantes han controvertido la celebración de otras operaciones que podrían haber dado lugar a un conflicto de interés, particularmente en lo relacionado con la transferencia de un inmueble ubicado en la ciudad de Cali. Sin embargo, la apoderada de Miguel Eduardo Cadena López manifestó que mediante escritura pública No. 3420 del 10 de diciembre de 2014 se dejaron sin efectos los negocios jurídicos controvertidos. Por este motivo, el Despacho se abstendrá de emitir un pronunciamiento sobre tales asuntos.

Adicionalmente, se ha controvertido la validez de decisiones aprobadas por la junta de socios de Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C., incluida una posible repartición irregular de utilidades y la prórroga del término de duración de la sociedad. Sin embargo, como se anotó durante el curso del presente proceso, se ha cumplido ya el término de caducidad contemplado en el artículo 191 del Código de Comercio para impugnar tales determinaciones. Por este motivo, el Despacho desestimará las pretensiones en cuestión.

También se desestimarán las pretensiones orientadas a que los demandados sean excluidos de Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C., en vista de que no se acreditó el acaecimiento de una causal legal o estatutaria que justifique esa drástica medida.

Ahora bien, el Despacho no encontró méritos para declarar que el señor Miguel

---

Corte Constitucional ha manifestado que '[la] sanción por falta de demostración de los perjuicios no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado' (sentencia n.° C-157 de 2013).

Eduardo Cadena López ostenta la calidad de administrador en Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C. Ello se debe a que en los estatutos de la compañía se ha dispuesto que 'Amira López de Cadena, será el socio gestor y colectivo y como tal se obliga a administrar y representar la sociedad por sí o por medio de su socio gestor suplente, Alfredo Cadena Copete […]. En caso de falta temporal o absoluta de los socios gestores principal y suplente, la administración de la sociedad será ejercida por Miguel Eduardo Cadena como socio gestor principal y Clara María Cadena como socio gestor suplente' (vid. Folio 48). Así, en vista de que no se ha acreditado la falta temporal o absoluta de la gestora principal, no puede concluirse que el señor Cadena López hubiere asumido la calidad de administrador en la compañía. A pesar de lo anterior, las pruebas consultadas por el Despacho apuntan a que el señor Cadena López sí ha ejercido funciones propias de un administrador, como, por ejemplo, la representación de la compañía ante terceros y la impartición de órdenes relacionadas con la disposición de activos sociales[25]. Sin embargo, en vista de que la figura del administrador de hecho tan sólo puede invocarse en las sociedades por acciones simplificadas, la anterior circunstancia no es suficiente para que el Despacho declare que el señor Cadena López detenta la calidad de administrador en Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C.

Por último, el Despacho pudo establecer que la representante legal principal de Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C. no ha rendido cuentas de su gestión ante la junta de socios, en los términos ordenados por el artículo 46 de la Ley 222 de 1995[26]. Por este motivo, se le impartirá la instrucción a la referida administradora para que le de inmediato cumplimiento a la obligación legal en comento. Debe destacarse, finalmente, que lo anterior no contradice las conclusiones a las que llegó el Tribunal Superior del Valle en la sentencia emitida el 23 de mayo de 2014, en tanto en cuanto se impartirán órdenes para rendir cuentas ante la junta de socios, en lugar de hacerse frente a los demandantes[27].

---

25 Según la revisora fiscal de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. 'el señor Miguel Eduardo, dentro del plano de mi trabajo como revisora fiscal, simplemente es como un administrador pero no un representante legal. Nunca recibí ordenes como representante legal sino como administrador de la sociedad'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 11 de marzo de 2015 (7:57 a 8:20).

26 Vale la pena señalar que la señora López de Cadena, en su interrogatorio de parte, indicó que no se acuerda cuándo fue la última vez que presentó un informe de gestión Cfr. Audiencia del 12 de diciembre de 2014 (minuto 35:00 - 36:36).

27 En la sentencia del Tribunal se expresó que 'no existe [legitimación] por pasiva porque […] la actora quiere que dicha administradora se las rinda pero en lo que tiene que ver con sus cuotas sociales y sus utilidades específicas, cuando vuelve a decirse no es función de un administrador en una sociedad darle a cada uno de los socios de manera separada y por sus cuotas sociales particulares y utilidades cuentas de su gestión. […] Y por activa tampoco existe aquí legitimación, porque ese socio frente al administrador de la sociedad, no tiene el derecho de que a él de manera aislada

[…]

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 Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López se apropiaron irregularmente de recursos líquidos de propiedad de Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C. por valor de $17.231.722.796, en contravención de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009.

Segundo. Declarar la nulidad absoluta de todos los actos y contratos por cuya virtud se produjo la distracción de los recursos mencionados en el numeral anterior.

Tercero. Declarar que Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López son solidariamente responsables de restituirle a Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C. las sumas extraídas del patrimonio social en forma irregular.

Cuarto. Ordenarle a Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López que le paguen inmediatamente a Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C. la suma de $17.231.722.796, junto con los intereses bancarios corrientes causados desde el momento en que se extrajeron los respectivos recursos hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo de esta obligación.

Quinto. Ordenarle a la representante legal de Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C. que convoque a la mayor brevedad posible a una reunión de la junta de socios, a fin de que los asociados puedan darle cumplimiento a lo previsto en el artículo 155 del Código de Comercio en materia de repartición forzosa de utilidades. Durante la reunión convocada para tal efecto, la representante legal también deberá rendir ante los asociados las cuentas de su gestión, en los términos ordenados por la ley.

Sexto. Ordenarle a la representante legal de Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C. que tome las demás medidas necesarias para darle cumplimiento a lo ordenado en esta sentencia.

Séptimo. Ordenar la inscripción de esta sentencia en el registro mercantil que lleva

---

y particular se le rinda cuentas'.

la Cámara de Comercio de Cali.

Octavo. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Noveno. Condenar en costas a Amira López de Cadena y Miguel Eduardo Cadena López y fijar como agencias en derecho, a favor de los demandantes, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Adicionalmente, condenar a María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López a pagarle a MCH S.A.S una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a título de agencias en derecho.

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

Sentencia n.° 800-20 del 20 de octubre de 2015	
Partes	Gina Maritza Leguizamón Barbosa contra Luz Amanda Leguizamón Barbosa, Rolando Leguizamón Barbosa e Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C.
Asunto	Rescisión de operaciones viciadas por conflictos de interés
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2014-801-229

Hechos

Antes de analizar los argumentos que han sido formulados por las partes, es necesario hacer un breve recuento de los hechos más relevantes del presente caso.

El 19 de julio de 2005 se constituyó la sociedad Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. Al momento de crearse la sociedad, Ezequiel Leguizamón Ruiz ocupó la posición de gestor, al paso que sus hijos, Ezequiel, Gina Maritza, Luz Amanda y Rolando recibieron cuotas sociales en calidad de comanditarios (vid. Folio 25).

El 29 de abril de 2006, Ezequiel Leguizamón Ruiz le vendió a Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. un inmueble ubicado en la ciudad de Bogotá D.C. por una suma de $79.238.000 (vid. Folios 46 a 56). En el parágrafo de la cláusula tercera del aludido contrato se estableció que el señor Leguizamón Ruiz conservaría el derecho de usufructo sobre el inmueble en cuestión 'por todo el resto de su vida' (vid Folio 48)[1]. El 5 de febrero de 2009, tras la muerte del señor Leguizamón Ruiz, el derecho de usufructo a que se ha hecho referencia quedó radicado en Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. (vid. Folios 130 a 134). Luego del fallecimiento del socio gestor, Luz Amanda y Gina Maritza Leguizamón Barbosa fueron designadas como socias gestoras de Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. S. En la siguiente tabla se presenta la composición del capital de la compañía para marzo de 2013:

1 En los términos del referido parágrafo 'esta venta comprende única y exclusivamente LA NUDA PROPIEDAD, ya que el derecho de USUFRUCTO se lo reserva EL VENDEDOR, por todo el resto de su vida, siendo entendido que a su fallecimiento, se consolidará EL DOMINIO PLENO en cabeza de LA COMPRADORA, conforme a la Ley'

Tabla n.° 1
Composición del capital de Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C.
(2 de marzo de 2013)

Composición del capital		
Gestores	Luz Amanda Leguizamón Barbosa (principal)	
	Gina Maritza Leguizamón Barbosa (suplente)	
	Socio	**N° de cuotas**
Comanditarios	Gina Maritza Leguizamón Barbosa	250.000
	Luz Amanda Leguizamón Barbosa	375.000
	Rolando Leguizamón Barbosa	375.000
Total		**1.000.000**

El 2 de marzo de 2013, Luz Amanda y Rolando Leguizamón Barbosa celebraron un contrato de promesa de compraventa con Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. Por virtud de ese negocio jurídico, esta sociedad prometió venderle a aquellos asociados el inmueble antes referido por una suma de $190.600.000 (vid. Folios 151 a 153). El 11 de marzo 2013, nueve días después de firmada la promesa, Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C., Luz Amanda Leguizamón Barbosa y Rolando Leguizamón Barbosa suscribieron el respectivo contrato de compraventa, según quedó consignado en la escritura pública n.° 579.

La demandante ha puesto de presente que la aludida operación no cumplió con el trámite previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 para los casos de conflicto de interés. De otra parte, la demandante considera que la señora Luz Amanda Leguizamón Barbosa ha incumplido con su obligación de pagarle a Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. las sumas correspondientes a los cánones de arrendamiento causados por el uso de aludido inmueble.

Consideraciones del Despacho

La demandante, Gina Maritza Leguizamón Barbosa, considera que la socia gestora principal de Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C., Luz Amanda Leguizamón Barbosa, infringió el deber de lealtad que le corresponde en su calidad de administradora de la compañía. Como consecuencia de lo anterior, se han presentado numerosas pretensiones orientadas a restablecer el patrimonio de la compañía y obtener un resarcimiento de los perjuicios sufridos como consecuencia de las actuaciones de los demandados. En vista de que las pretensiones de la demanda están relacionadas con la aplicación del régimen de conflictos de interés, a continuación se presenta un breve recuento de la interpretación que ha hecho esta Superintendencia acerca de las normas contenidas sobre la materia tanto en la

Ley 222 de 1995 como en el Decreto 1925 de 2009.

1. Acerca del régimen colombiano en materia de conflictos de interés

Según las voces del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores deben 'abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas'. La norma precitada, en la cual se funda el régimen colombiano en materia de conflictos de interés, ha sido empleada en diversas oportunidades por esta Superintendencia para reprender la conducta desleal de administradores sociales. En los pronunciamientos judiciales emitidos para tal efecto, este Despacho ha intentado definir los alcances precisos de la regla a que se ha hecho referencia.

Para comenzar debe decirse que, en el caso de Gyptec S.A., se explicó que la existencia de un conflicto de interés es suficiente para motivar la intervención de los jueces en los asuntos internos de una compañía. En los términos del auto n.° 800-5205 del 9 de abril de 2014, 'existen circunstancias que podrían llevar al Despacho a examinar las decisiones que tomen los administradores en la gestión de los negocios sociales. El mencionado escrutinio judicial sería procedente, por ejemplo, cuando se acrediten circunstancias que comprometan el juicio objetivo de los administradores, como ocurriría en la celebración de negocios jurídicos viciados por un conflicto de interés. La intervención judicial también estaría justificada cuando se compruebe que tales sujetos se han apropiado indebidamente de recursos sociales, mediante operaciones de cualquier naturaleza. En casos como éstos, el Despacho estudiará con detenimiento la conducta de los administradores, con el fin de establecer si se le han provocado perjuicios a la compañía o a sus accionistas'.

En un pronunciamiento posterior, emitido en el caso de Luque Torres Ltda., se estudiaron los supuestos de hecho que podrían dar lugar a la configuración de conflictos de interés. Es así como, en la sentencia n.° 800-52 del 1º de septiembre de 2014 se expresó lo siguiente: 'En Colombia no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario. Mientras subsista este vacío, les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido. […]'.

Con base en los criterios analíticos sentados en el caso de Luque Torres Ltda., este Despacho ha identificado la existencia de conflictos de interés en diversos contextos.

Por una parte, existen ya varias sentencias en las que se ha detectado un conflicto de la naturaleza indicada cuando el administrador contrata directamente con la sociedad en la que ejerce sus funciones. En el caso de Loyalty Marketing Services S.A.S., por ejemplo, se censuró la conducta de una administradora que había celebrado contratos de mutuo con aquella sociedad. En hipótesis como ésta, 'confluyen en cabeza del administrador dos intereses contrapuestos, vale decir, su interés personal como mutuario y el interés de la compañía, en calidad de mutuante, que ese funcionario debe proteger por expresa disposición del artículo 23 de la Ley 222. Mientras que el interés de la compañía es obtener la máxima tasa permitida y las más sólidas garantías disponibles, el interés personal del administrador que recibe el préstamo apunta en el sentido exactamente contrario. Es claro, pues, que el representante legal no puede satisfacer ambos objetivos al momento de celebrar el correspondiente negocio jurídico. En vista de que esta circunstancia claramente compromete el ejercicio objetivo de las facultades del administrador, la celebración del estudiado contrato de mutuo deberá sujetarse a las reglas contempladas en nuestra legislación en materia de conflictos de interés'[2]. Por tal motivo, el Despacho concluyó que, 'los administradores sociales no pueden celebrar contratos de mutuo con la compañía en la que ejercen sus funciones, a menos que cuenten con una autorización válidamente impartida por el máximo órgano social. En el presente caso, una simple revisión de las actas de la asamblea general de accionistas de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. permite establecer que la [representante legal] no obtuvo la anuencia de los asociados para recibir los préstamos en cuestión. Se trata, pues, de otra evidente infracción a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Ciertamente, a pesar de que la celebración de los negocios jurídicos antes referidos le representaba un conflicto de interés a la [representante legal], no se siguió el procedimiento requerido en la ley para el efecto'[3].

Adicionalmente, el Despacho ha hecho uso de la regla del numeral 7 cuando un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación concerniente. 'Si existe un cercano vínculo de parentesco, como cuando los padres del administrador contratan con la sociedad, habrá fuertes indicios acerca de la presencia de un conflicto. En este caso, el conflicto se concretaría no sólo en los fuertes lazos afectivos que pueden existir entre padres e hijos, sino también en el interés económico derivado de la vocación sucesoral del

2 Sentencia n.° 800-52 del 1º de septiembre de 2014.

3 Sentencia n.° 800-29 del 14 de mayo de 2014.

administrador[4]'. En el mismo proceso de Loyalty Marketing Services S.A.S., se dijo, en este sentido, que 'el señor Fredy Antonio Rodríguez Ardila tiene una estrecha relación con la [representante legal], derivada del vínculo matrimonial que existe entre tales personas. Es decir que, al momento de celebrarse el contrato examinado, la [representante legal] contaba con importantes incentivos para salvaguardar el patrimonio del señor Rodríguez. Es claro que este interés económico subjetivo se contrapone al deber de la [representante legal] de obrar en interés de la sociedad, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. […] el Despacho puede entonces concluir que la demandada participó en la celebración de un negocio jurídico que le representaba un conflicto de interés'[5].

Esta Superintendencia también se ha pronunciado acerca de las consecuencias que acarrea la violación de las reglas vigentes en materia de conflictos de interés. En primer lugar, podrá solicitarse la nulidad absoluta de las operaciones celebradas sin darle cumplimiento a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, tal y como se reconoció expresamente en el Decreto 1925 de 2009. En el artículo 5 de esta última norma se dispone, además, que 'declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada'. En segundo lugar, podrá hacerse efectiva la responsabilidad del respectivo administrador, por la violación expresa de los deberes legales a su cargo. En los términos del ya citado artículo 5, 'el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios'.

Formuladas las anteriores precisiones, es posible ahora analizar el caso planteado ante el Despacho por la demandante.

2. Acerca del contrato de compraventa controvertido en la demanda

Como ya se dijo, la demandante considera que Luz Amanda Leguizamón Barbosa violó el régimen de conflictos de interés al celebrar un contrato para adquirir el derecho de dominio sobre el único inmueble de propiedad de Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C.

En este sentido, parece suficientemente claro que la operación reseñada sí le representó un conflicto de interés a Luz Amanda Leguizamón Barbosa. Ello se debe a que, para el momento en que se suscribió el respectivo contrato de compraventa, la aludida demandada revestía el cargo de representante legal principal de la compañía. En este sentido, según lo expresado por este Despacho en las sentencias

4 Sentencia n.° 800-52 del 1º de septiembre de 2014.

5 Sentencia n.° 800-29 del 14 de mayo de 2014.

citadas en el acápite anterior, la celebración de operaciones entre un administrador y la sociedad en la que ejerce sus funciones hace necesario surtir el trámite previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En el presente caso, sin embargo, el Despacho encontró que la junta de socios de Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. no impartió explícitamente la autorización requerida para que Luz Amanda Leguizamón Barbosa pudiera adquirir el inmueble en cuestión. Puede entonces concluirse que la referida demandada incumplió el régimen de conflictos de interés previsto en la Ley 222 de 1995.

A la luz de las anteriores consideraciones, sería procedente declarar la nulidad absoluta solicitada por la demandante. Con todo, durante el curso del presente proceso, la apoderada de los demandados le informó al Despacho que se habían cumplido los actos necesarios para dejar sin efectos el contrato de compraventa mencionado en el párrafo anterior. En verdad, según consta en el certificado de libertad y tradición aportado por los demandados, el inmueble en cuestión fue registrado nuevamente a nombre de Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. el 10 de abril de 2015 (vid. Folios 896 a 898). Así las cosas, en vista de que los demandados adoptaron voluntariamente las medidas para permitir que el inmueble objeto de la compraventa regresara al patrimonio de Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C., el Despacho se abstendrá de declarar la nulidad del contrato antes referido. Sin embargo, se les ordenará a Luz Amanda y Rolando Leguizamón Barbosa que le restituyan a la sociedad las ganancias obtenidas a partir del perfeccionamiento de la compraventa en comento, es decir, el 18 de marzo de 2013. Con esta orden se busca darle cumplimiento a lo previsto en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 en el sentido de que las medidas adoptadas por los jueces ante la violación del régimen de conflictos de interés buscan '[restituir] las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada'.

En este punto debe decirse que el Despacho no puede acceder a la pretensión consistente en que a la demandante se le pague el 25% de las sumas recuperadas por la compañía. Aunque las órdenes impartidas en esta sentencia permitirán restablecer el patrimonio de Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C., en cumplimiento de lo previsto en el Decreto 1925 de 2009, la distribución entre los asociados de las sumas recuperadas deberá producirse conforme a las reglas vigentes en materia de repartición de utilidades. Para tal efecto, en vista de que la sociedad no le ha dado cumplimiento a las reglas sobre repartición forzosa de utilidades previstas en el artículo 155 del Código de Comercio, el Despacho le ordenará a la representante legal de Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. que convoque a una reunión de la junta de socios de la compañía, de manera

que pueda cumplirse con lo preceptuado en esa norma[6].

3. Acerca de las demás pretensiones formuladas en la demanda

El Despacho también encuentra que los negocios jurídicos por cuya virtud Luz Amanda Leguizamón Barbosa actualmente habita en el inmueble de propiedad de Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. se celebraron por fuera del término de cinco años a que alude el artículo 235 de la Ley 222 de 1995. En consecuencia, el Despacho se abstendrá de pronunciarse sobre tales asuntos.

Por lo demás, debe resaltarse que el cobro de los cánones de arrendamiento adeudados a Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C., por el uso del inmueble antes de la celebración de la compraventa referida, le corresponderá directamente a la sociedad, mediante la iniciación de los procesos judiciales pertinentes. En este orden de ideas, es claro que Luz Amanda Leguizamón Barbosa no podrá participar en tales gestiones judiciales, a menos que hubiere surtido el trámite previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

RESUELVE

Primero. Declarar que Luz Amanda Leguizamón Barbosa violó el régimen de conflictos de interés consagrado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Segundo. Ordenarle a Luz Amanda y Rolando Leguizamón Barbosa que le paguen inmediatamente a Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. la suma de $16.275.723 junto con los intereses bancarios corrientes causados desde el 18 de marzo de 2013 hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo de esta obligación.

Tercero. Ordenarle a la representante legal de Inversiones Leguizamón Barbosa & Cía. S. en C. que convoque a una reunión de la junta de socios de la compañía, a fin de que los asociados puedan cumplir con la disposición imperativa del artículo 155 del Código de Comercio.

Cuarto. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

---

6 A pesar de lo expresado en el texto principal, el Despacho considera innecesario imponer la condena a que alude el artículo 206 del Código General del Proceso, en vista de la diligencia empleada por la demandante para probar los perjuicios mencionados en la demanda. En este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que '[la] sanción por falta de demostración de los perjuicios no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado' (sentencia n.° C-157 de 2013).

Quinto. Condenar en costas a Luz Amanda Leguizamón Barbosa y fijar como agencias en derecho, a favor de la demandante, una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

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

Sentencia n.° 800-139 del 8 de noviembre de 2015	
Partes	Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara
Asunto	Violación de deberes de cuidado y lealtad
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2014-801-084

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que Wbeimar Alejandro Rincón y Luz Mery Martínez le resarzan a Morocota Gold S.A.S. los perjuicios derivados del incumplimiento de sus deberes como administradores sociales. Como fundamento de lo anterior, la sociedad demandante ha hecho referencia a múltiples circunstancias que podrían haber configurado una infracción de las reglas contenidas en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. A continuación se presenta un análisis de cada uno de los cargos formulados por Morocota Gold S.A.S. en contra de los demandados.

1. Extralimitación de las funciones de Wbeimar Alejandro Rincón en su calidad de representante legal de Morocota Gold S.A.S.

Una vez revisadas las pruebas disponibles en el expediente, el Despacho pudo constatar que, durante la época en que el señor Rincón fungió como representante legal de Morocota Gold S.A.S., estuvo vigente una limitación estatutaria respecto de sus facultades. Bajo esta restricción, la celebración de negocios jurídicos por un valor superior a 200 salarios mínimos requería la autorización de la asamblea general de accionistas (vid. Folio 39 y 43). A pesar de lo anterior, el señor Rincón celebró varios contratos en exceso de la suma antes mencionada, sin obtener la anuencia del máximo órgano social[1]. En la siguiente tabla se presenta una relación de los contratos celebrados en violación de la restricción estatutaria bajo estudio:

1 Cfr. los informes preparados por el perito designado por el Despacho (vid. Folios 1061 a 1065) y la firma de auditoría Baker Tilly (vid. Folio 283).

Tabla n.° 1
Contratos celebrados en extralimitación de funciones

Contratista	Valor del contrato	Límite estatutario de contratación	Monto por el cual se excedieron las atribuciones del señor Rincón
TDI Equipo Minero S.A.S.	$680.000.000	$113.340.000 (2012)	Miguel Eduardo Cadena López
Electromontajes Galvis S.A.S. (Contrato de suministro e instalaciones de redes eléctricas)	$255.734.832	$113.340.000 (2012)	Seguridad y gestión Ltda. (sociedad vinculada Miguel Eduardo Cadena López)
Electromontajes Galvis S.A.S. (Contrato de suministro de transporte de instalaciones de cometidas secundarias, gabinetes y consolas)	$153.088.411	$113.340.000 (2012)	Miguel Eduardo Cadena López
Comercializadora UNIPRON S.A.S.	$387.342.000	$113.340.000 (2012)	Miguel Eduardo Cadena López
Latin Oil and Mineral Explorations S.A.S.	$143.763.000	$113.340.000 (2012)	Miguel Eduardo Cadena López

Es claro, pues, que la celebración de los aludidos contratos por parte del señor Rincón constituyó una flagrante violación de los deberes que le correspondían a tal sujeto en su calidad de representante legal de Morocota Gold S.A.S. al amparo de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

2. Apropiación indebida de recursos

El Despacho también pudo establecer que el señor Rincón utilizó los cupos de crédito de Morocota Gold S.A.S. para beneficio personal. En el siguiente cuadro se

identifican algunas de las operaciones celebradas por el referido demandado, en diciembre de 2012, con cargo a las tarjetas de crédito expedidas por Bancolombia S.A. a favor de Morocota Gold S.A.S (vid. Folio 340):

Tabla n.° 2

Tarjeta de crédito n.° 377845750531140

Establecimiento de comercio	Valor de la operación
Avance ATM Bancolombia	$3.650.000
Inversiones Mexicanas	$107.730
EDS El Tesoro	$97.018
Tienda Punto Gef Zona 2 Sur	$119.500
Mac Center Colombia	$75.000
Tienda Everfit El Tesoro	$900.000
Perez Montoya	$129.802
Total	**$5.079.050**

Tabla n.° 3

Tarjeta de Crédito n.° 377845862243667

Establecimiento de comercio	Valor de la operación
Avance ATM Bancolombia	$4.120.000
Mario Hernández	$649.900
Mac Center Colombia	$1.299.000
Tecnicarnes las Vegas	$67.215
Total	**$6.136.115**

Adicionalmente, las pruebas disponibles apuntan a que el señor Rincón extrajo indebidamente recursos sociales por una suma aproximada de $230.000.000, tal y como puede apreciarse en la siguiente tabla:

Tabla n.° 4

Recursos extraídos en forma irregular

Establecimiento de comercio	Valor extraído
Anticipos para compras no registradas	$105.635.000
Giros al señor Rincón que no encuentran justificación en la contabilidad	$126.638.000
Total	**$6.136.115**

Como ya se dijo, luego de revisar las pruebas aportadas por las partes, el Despacho encontró que los gastos antes descritos no guardan relación alguna con la gestión de los negocios de Morocota Gold S.A.S.[2] En otras palabras, las operaciones antes identificadas constituyeron una apropiación indebida de los recursos de la compañía, por parte de uno de sus administradores sociales. El Despacho considera que esta conducta constituye una violación del deber general de lealtad a cargo del señor Rincón, antiguo representante legal de la sociedad demandante. En efecto, mal podría obrar con lealtad quien distrae, para beneficio propio, recursos que le han sido confiados para adelantar la gestión de los negocios de una compañía.

3. Operaciones viciadas por conflictos de interés

La sociedad demandante acreditó también que el señor Rincón celebró diversas operaciones viciadas por un conflicto de interés, sin surtir el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En particular, el señor Rincón suscribió diversos contratos con la sociedad INCITI S.A.S., en la cual funge como representante legal su cónyuge, la señora Luz Mery Martínez. En este punto es preciso aludir brevemente a los pronunciamientos emitidos por este Despacho sobre las reglas colombianas en materia de conflictos de interés. En el caso de Luque Torres Ltda. en liquidación, por ejemplo, el Despacho precisó que 'en Colombia no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario. Mientras subsista este vacío, les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido. […] podría existir un conflicto de interés si un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la respectiva operación. Si existe un cercano vínculo de parentesco, como cuando los padres del administrador contratan con la sociedad, habrá fuertes indicios acerca de la presencia de un conflicto. En este caso, el conflicto se concretaría no sólo en los fuertes lazos afectivos que pueden existir entre padres e hijos, sino también en el interés económico derivado de la vocación sucesoral del administrador'[3].

---

2 Cfr. los informes preparados por la firma de auditoría Baker Tilly (vid. Folios 339 y 340) y el revisor fiscal de Morocota Gold S.A.S. (vid. Folio 1007). También es relevante consultar las afirmaciones efectuadas por el revisor fiscal de la sociedad demandante, durante el testimonio practicado por el Despacho (cfr. grabación de la audiencia celebrada el 14 de noviembre de 2014, folio 991 del expediente, (31:02-32:24).

3 Cfr. sentencia n.° 800-052 del 1 de septiembre de 2014.

Además, en el caso de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., el Despacho condenó a la representante legal de una compañía por haber celebrado un contrato de prestación de servicios con su esposo, sin contar con la autorización previa de la asamblea general de accionistas. En esa ocasión, se consideró que 'el señor Fredy Antonio Rodríguez Ardila tiene una estrecha relación con la señora Ávila Barrios, derivada del vínculo matrimonial que existe entre tales sujetos. Es decir que, al momento de celebrarse el contrato examinado, la señora Ávila Barrios contaba con importantes incentivos para salvaguardar el patrimonio del señor Rodríguez. Es claro que este interés económico subjetivo se contrapone al deber de la señora Ávila Barrios de obrar "en interés de la sociedad", en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. […] Por consiguiente, la señora Ávila Barrios, en su calidad de administradora de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., debió haber solicitado la autorización a que se alude en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222. Sin embargo, según las actas consultadas por este Despacho, el máximo órgano social de la compañía demandante nunca impartió la aprobación requerida para el efecto'.

En el presente caso, es suficientemente claro que el señor Rincón se encontraba incurso en un conflicto de interés al celebrar contratos con INCITI S.A.S. Ello se debe a que, como ya se explicó, la esposa del señor Rincón fungía como representante legal principal de esa compañía para el momento en que se celebraron los contratos en cuestión[4]. Por consiguiente, el señor Rincón, en su calidad de administrador de Morocota Gold S.A.S., no podía celebrar operaciones con INCITI S.A.S. sin obtener la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222. Sin embargo, según los documentos consultados por este Despacho, el máximo órgano social de la compañía demandante nunca impartió la aprobación requerida para el efecto. De ahí que deba concluirse que el señor Rincón incurrió en una violación patente del deber general de 'obrar […] con lealtad' y del deber específico de 'abstenerse de participar […] en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses'.

4. Pagos injustificados a terceros

Entre las pruebas aportadas por la sociedad demandante aparecen también pagos efectuados a favor de terceros, sin que Morocota Gold S.A.S. hubiera recibido contraprestación alguna. En este sentido, el Despacho pudo constatar que el señor Rincón giró recursos sociales para la adquisición de una licencia de software que nunca le fue entregada Morocota Gold S.A.S. En efecto, según lo expresado por el revisor fiscal de la sociedad demandante, 'a la sociedad se allegó una factura por la compra de un sistema a la sociedad Fixer. Esta sociedad, según la factura, es de Bogotá. A ellos se les hicieron una serie de anticipos e incluso hoy se les adeuda

4 Vid. Folios 369, 386, 372, 391, 393, 1002 y 1054.

un dinero. A la fecha no han entregado ningún tipo de licencia de este programa. En repetidas ocasiones se les llamó para solicitarles este licenciamiento, nunca dieron respuesta'.

Adicionalmente, se encontraron diversos pagos efectuados por el señor Rincón a favor de terceras personas, sin soporte alguno en los libros de comercio de Morocota Gold S.A.S. Según aparece en el dictamen preparado por la experta designada por el Despacho, las sumas giradas a favor de terceros sin una aparente contraprestación ascienden aproximadamente a $1.800.000.000. (vid. Folio 280 a 281)[5]. En la siguiente tabla se presenta una relación de los pagos a que se ha hecho referencia, de conformidad con las conclusiones presentadas en el dictamen pericial preparado en el curso del presente proceso.

Tabla n.° 5

Pagos injustificados a terceros

Beneficiario del pago	Suma pagada	Concepto
Jose Acosta	$7.500.000	Compra de maquinaria que no fue entregada
Guillermo Montoya	$69.850.000	Compra de maquinaria que no fue entregada
Francisco Javier Montoya	$50.000.000	
Arquímedes Antonio Atehortua	$58.000.000	
Clara Luz Ontoya	$33.000.000	

5 Sobre este particular, en el informe del revisor fiscal se estableció que 'para diciembre del 2012 'se evidencia la existencia de anticipos y avances que ascienden a $1.871.322.000, equivalentes al 37.09% del valor del activo total de la sociedad, anticipos entregados a proveedores, empleados, entre otros, desde hace más de 6 meses y de los cuales a la fecha no existe claridad de la transacción económica realizada en gran parte de ellos. Esta situación puede alterar sustancialmente los resultados de los estados financieros, así como la posición patrimonial de la sociedad, pues se comprenderá, la información contable se ve afectada en cuanto a su revelación y confiabilidad' (vid. Folios 811 a 812). De igual forma, según informe del revisor fiscal de 21 de mayo de 2012 'se sigue evidenciando una gran cantidad de anticipos durante el mes de abril de 2012 […] de los cuales a la fecha no se tiene claridad en los pagos realizados y de que los beneficiarios hayan recibido los dineros, toda vez que se siguen girando los cheques a nombre del mensajero de la empresa, Sr. Alexander Arboleda Montoya, y son cambiados por efectivo; situación que genera incertidumbre en la contabilidad y en los estados financieros de la compañía, pues no se puede reconocer el gasto o la inversión realizada' (vid. Folios 997 a 1001).

Soluciones Geomineras S.A.S.	$93.237.000	Estudio de geofísica sin factura ni prueba de la prestación del servicio (vid. Folios 333 a 336)
José Ernesto Cárdenas	$146.480.000	Anticipos para la adquisición de licencias mineras no entregadas
INCITI S.A.S.	$16.153.000	Anticipos que no fueron registrados debidamente en la contabilidad
Luis Moisés Méndez	$24.000.000	Compra de explosivos
José Ernesto Cárdenas	$298.295.000	Trabajos de exploración

5. Violación del deber de diligencia

La sociedad demandante ha solicitado una indemnización de los perjuicios derivados de la violación del deber de diligencia por parte del señor Rincón. En particular, el apoderado de Morocota Gold S.A.S. considera que el aludido demandado debe responder por las multas que la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia le impuso a la compañía por la violación de normas ambientales. Según se anota en la demanda, 'en mayo de 2012, fecha en que los demandados eran administradores, se dio inicio a la construcción por parte de Morocota Gold S.A.S. de una carretera que da acceso a su planta. La construcción de esa carretera se adelantó sin contar con las licencias ambientales necesarias […]'. (vid. Folio 8).

Para establecer si se ha presentado una violación del deber de diligencia que comprometa la responsabilidad del señor Rincón, es preciso formular algunas consideraciones acerca de los pronunciamientos emitidos por esta Superintendencia sobre la materia. Tal y como lo expresó este Despacho en la sentencia n.° 800-52 del 1º de septiembre de 2014, 'las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión. Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad ('business judgment rule'), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su

6 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 14 de noviembre de 2014, folio 991 del expediente minuto 44:46-45:49).

gestión administrativa sea juzgada, *a posteriori,* por los resultados negativos de sus decisiones. […] En síntesis, pues, los administradores no podrían actuar como un "buen hombre de negocios" si las cortes deciden escudriñar todas las decisiones que estos sujetos adopten en desarrollo de la empresa social'.

Lo expresado en el párrafo anterior no significa, por supuesto, que las actuaciones de los administradores estén exentas de controles legales[7]. En verdad, aunque la deferencia de los jueces cobija las decisiones adoptadas por los administradores en desarrollo de la actividad social, tal protección no puede extenderse a las omisiones negligentes en que incurran tales funcionarios. En el presente caso, la sociedad demandante logró demostrar que el señor Rincón llevó a cabo la construcción de una vía de acceso a las instalaciones de la compañía sin contar con las licencias ambientales requeridas para el efecto. La precitada violación de las normas ambientales colombianas, derivada en forma directa del descuido injustificado del señor Rincón, dio lugar a que la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia le impusiera diversas sanciones a Morocota Gold S.A.S.[8] Por consiguiente, es claro que la omisión negligente en el cumplimiento de las funciones de representación legal compromete la responsabilidad del señor Rincón, a la luz de lo previsto en los artículos 200 del Código de Comercio y 23 de la Ley 222 de 1995.

6. Incumplimiento de la obligación de llevar en debida forma los libros de comercio

En la demanda también se afirma que el señor Rincón infringió los deberes inherentes a su cargo, al no preparar en debida forma los libros de comercio de Morocota Gold S.A.S. En este sentido, existen diferentes elementos probatorios que le sirven de sustento a lo expresado por la sociedad demandante. Según consta en el acta n.° 22, correspondiente a la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Morocota Gold S.A.S. celebrada el 28 de diciembre de 2013, la representante legal que reemplazó al señor Rincón puso de manifiesto que 'al recibir su cargo, no fue posible contar con los libros sociales, debidamente diligenciados e impresos y que por esa razón no ha sido posible proceder con el registro de los libros sociales, faltando el acta 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 17' (vid. Folio 183). Adicionalmente, en el informe preparado por la firma de auditoría Baker Tilly se expresa que 'no se está llevando en forma correcta el libro de accionistas, toda vez que éste a pesar de

---

7 Como lo ha expresado este Despacho en varias oportunidades, la regla de la discrecionalidad tampoco puede extenderse, bajo ninguna circunstancia, a violaciones del deber de lealtad. Cfr., por ejemplo, la sentencia n.° 801-072 del 11 de diciembre de 2013.

8 Cfr. Resolución 130TH 12069166 del 21 de junio de 2012, Acto administrativo 130TH 12069496 del 21 de julio de 2012, Informe técnico 180TH 121216492 del 11 de diciembre de 2012 y Acto Administrativo 130TH 131210865 del 5 de diciembre de 2013(vid. Folio 814).

que se encuentra registrado en la respectiva Cámara de Comercio, no contiene la información que según la ley mercantil debe consignarse en ellos […]' (vid. Folio 286). Así mismo, es relevante señalar que las demás pruebas disponibles en el expediente, particularmente el testimonio rendido por el revisor fiscal de la sociedad demandante, permiten corroborar las anteriores afirmaciones[9]. Debe entonces concluirse que se ha acreditado otra violación de los deberes legales a cargo del señor Rincón.

7. Infracciones que no fueron probadas

A pesar de que en la demanda se hace referencia a múltiples otras irregularidades, el Despacho no encontró sustento probatorio para verificar la existencia de infracciones adicionales por parte de los demandados.

En primer lugar, el Despacho no encontró suficientes pruebas para decretar una indemnización de perjuicios por la adquisición de vehículos cuestionada en la demanda. Ello se debe a que no fueron aportados los documentos requeridos para constatar que los pagos en exceso aparentemente efectuados por el señor Rincón constituyeron una violación de sus deberes como administrador. En efecto, el Despacho no tuvo acceso a la valoración de los vehículos citada en la demanda, ni a los contratos suscritos para la celebración de ese negocio. La demandante tampoco le solicitó al perito designado por el Despacho que se pronunciara acerca de estos hechos. En segundo lugar, no se aportaron suficientes pruebas para constatar la existencia de incumplimientos de obligaciones a cargo de Morocota Gold S.A.S., ni de pagos de sobrecostos diferentes de los mencionados en las secciones anteriores. En tercer lugar, el Despacho no cuenta con suficientes pruebas para decretar una condena en contra de la señora Luz Mery Martínez. Aunque en la demanda se afirma que la señora Martínez obró con negligencia en su labor de procurar títulos y licencias mineras para Morocota Gold S.A.S., las únicas pruebas disponibles sobre el particular son las afirmaciones de la sociedad demandante, el contrato de trabajo suscrito por la señora Martínez y la mención de los títulos rechazados efectuada por Baker Tilly en su informe. Tampoco se probó la existencia de perjuicios derivados de las supuestas actuaciones negligentes de la señora Martínez. Debe insistirse, pues, en que no se aportaron suficientes pruebas para concluir que la señora Martínez deba responder ante Morocota Gold S.A.S. por los perjuicios indicados en la demanda.

---

9 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 14 de noviembre de 2014, folio 991 del expedinte minuto 20:57-22:00.

8. Indemnización de perjuicios

Al momento de radicar su demanda ante esta entidad, Morocota Gold S.A.S. presentó un juramento estimatorio en el que se describieron, en detalle, los perjuicios sufridos por la compañía por virtud de las actuaciones del señor Rincón. En vista de que esa tasación de perjuicios no fue controvertida por los demandados, el Despacho considera necesario darle pleno efecto a lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso, por cuya virtud 'dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo'. También debe decirse que los perjuicios descritos por Morocota Gold S.A.S. en el juramento estimatorio se ajustan a los cálculos efectuados tanto por el perito designado por el Despacho como por la firma Baker Tilly en el informe de auditoría aportado con la demanda. En consecuencia, el Despacho condenará al señor Rincón a resarcirle a Morocota Gold S.A.S. los perjuicios derivados de las infracciones descritas en esta sentencia, de conformidad con la tasación realizada en la demanda. Para tal efecto, el Despacho le ordenará al perito designado en el curso de este proceso que calcule el monto exacto de las sumas que deberá pagarle el señor Rincón a Morocota Gold S.A.S., para lo cual deberán descontarse los montos correspondientes a las infracciones que no fueron probadas por la sociedad 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 que Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo incumplió los deberes que le correspondían en su calidad de representante legal de Morocota Gold S.A.S.

Segundo. Condenar a Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo a resarcirle a Morocota Gold S.A.S. los perjuicios derivados de la infracción de sus deberes como administrador de la compañía, según la tasación que será efectuada por el perito designado para efectos del presente proceso.

Tercero. Ordenarle al perito designado en el curso del presente proceso que calcule el monto exacto de las sumas que deberá pagarle Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo a Morocota Gold S.A.S., para lo cual deberán descontarse las sumas correspondientes a las infracciones que no fueron probadas por la sociedad

demandante.

Cuarto. Desestimar las pretensiones formuladas en contra de Luz Mery Martínez Vergara.

Quinto. Condenar en costas a Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y fijar, a título de agencias en derecho a favor de Morocota Gold S.A.S. y a cargo del señor Rincón, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere a los ocho días del mes de julio de dos mil quince y se notifica en estrados.

Sentencia n.° 800-145 del 2 de diciembre de 2015	
Partes	Andrés Felipe Puerta Mejía contra Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. y otros
Asunto	Controversias en cuanto a la suscripción de acciones
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-134

Consideraciones del Despacho

El presente proceso surgió a partir de un conflicto entre el señor Andrés Felipe Puerta Mejía y Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. El señor Puerta Mejía ha señalado que, por virtud de la relación laboral que sostuvo con la sociedad demandada desde el 16 de junio de 2011, 'recibió la invitación [informal] por parte de la [accionista y representante legal suplente de la sociedad] Sandra Milena Arenas para hacer parte de la compañía en calidad de socio […] pactando que el aporte en dinero se iba a deducir del salario devengado' (vid. Folio 3). A pesar de que las sumas en cuestión fueron efectivamente descontadas del salario del señor Puerta, Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. nunca le reconoció la calidad de accionista. Así, para la fecha en que el señor Puerta dio por terminada su relación laboral con la compañía, en junio de 2014, la representante legal de Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. simplemente le devolvió las sumas en cuestión. En consecuencia, el señor Andrés Felipe Puerta Mejía ha acudido ante este Despacho para que se le reconozca la calidad de accionista en la sociedad demandada.

Para resolver el caso presentado por el señor Puerta, el Despacho revisó con detenimiento las diferentes pruebas aportadas por las partes, incluido especialmente el libro de actas de la asamblea general de accionistas de Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. A partir de este estudio pudo establecerse que el máximo órgano social nunca aprobó una capitalización que le permitiera al señor Puerta suscribir acciones de la compañía (vid. Folios 17 a 30, 45 a 47, 157 a 159, 262 a 288 y 297 a 309).[1] De suerte que, al no haberse acreditado la aprobación de un proceso de capitalización, el Despacho debe desestimar la pretensión principal de la demanda. Ello se debe a que no se cumplió con el trámite legal requerido

1 De conformidad con el artículo 10 de los estatutos de Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S., 'el capital suscrito podrá ser aumentado sucesivamente por todos los medios y en las condiciones previstas en los estatutos y en la ley. Las acciones ordinarias no suscritas en el acto de constitución podrán ser emitidas mediante decisión de la Asamblea General de Accionistas, quien aprobará el reglamento respectivo y formulará la oferta en los términos que se prevea en el reglamento' (vid. Folio 20).

para que el señor Puerta pudiera adquirir la calidad de accionista en Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S.

Ahora bien, este Despacho no puede ordenarles a los accionistas de la sociedad demandada que lleven a cabo las gestiones necesarias para que el señor Puerta pueda suscribir acciones en Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. Aunque tal instrucción sería procedente en el contexto del incumplimiento de un acuerdo de accionistas, a la luz del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, en el presente caso no se ha acreditado la existencia de un convenio de esa naturaleza, ni se han solicitado las declaraciones requeridas para la ejecución específica de obligaciones contenidas en acuerdos parasociales[2]. Por lo demás, si el señor Puerta considera que los demandados incumplieron algún convenio para la capitalización de Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S., deberá iniciar las acciones judiciales correspondientes.

[…]

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 de la demanda.

Segundo. Condenar en costas al demandante y como agencias en derecho a favor de los demandados una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

La anterior providencia se profiere el primer día del mes de diciembre de dos mil quince y se notifica en estrados.

---

2 Según lo expresado por este Despacho en la sentencia n.° 801-46 del 24 de julio de 2014, 'para ejecutar las obligaciones contenidas en un acuerdo de accionistas debe haberse reconocido judicialmente el incumplimiento del respectivo convenio parasocial'.

Sentencia n.° 800-147 del 10 de diciembre de 2015	
Partes	María Victoria Uribe Toro contra Agropecuaria Uribe Toro Hermanos & Cía. S.C.S.
Asunto	Oportunidades para oponerse a propuestas sometidas a consideración de la asamblea
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-98

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada por María Victoria Uribe Toro está orientada a que se declare la nulidad de algunas decisiones adoptadas durante la reunión ordinaria de la junta de socios de Agropecuaria Uribe Toro Hermanos & Cía. S.C.S. celebrada el 25 de marzo de 2015. Entre los asuntos controvertidos se encuentran el informe de gestión preparado por la socia gestora, Beatriz Uribe de Prado, la aprobación de los estados financieros a 31 de diciembre de 2014 y la determinación de no distribuir utilidades (vid. Folios 52 a 53, 402 a 403, 407 a 408).

1. Respecto del informe de gestión presentado por la representante legal de Agropecuaria Uribe Toro Hermanos & Cía. S.C.S.

En la reunión objeto del presente proceso, Beatriz Uribe de Prado, representante legal de Agropecuaria Uribe Toro Hermanos & Cía. S.C.S., presentó ante los asociados el informe de gestión correspondiente al año 2014. La apoderada de la demandante considera que no se le dio cumplimiento a lo previsto en la ley respecto de la aprobación del informe en cuestión.

Sin embargo, una vez revisada el acta correspondiente a la reunión del 25 de marzo de 2015, el Despacho pudo establecer que la junta de socios de Agropecuaria Uribe Toro Hermanos & Cía. S.C.S. no adoptó una decisión respecto del informe presentado por la representante legal de la compañía (vid. Folios 52 a 53, 402 a 403, 407 a 408). En este sentido, debe recordarse que, de conformidad con lo previsto en el artículo 191 del Código de Comercio, tan sólo pueden impugnarse ‘las decisiones aprobadas por la asamblea o la junta de socios’. Es decir que, al no existir una decisión social que pueda ser objeto de impugnación, el Despacho deberá desestimar las pretensiones relacionadas con el informe de gestión a que se ha hecho referencia.

2. Respecto de la aprobación de los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2014

La demandante ha impugnado también la decisión de aprobar los estados financieros de Agropecuaria Uribe Toro Hermanos & Cía. S.C.S., por cuanto el socio gestor, Rafael Uribe Toro, se abstuvo de votar tal determinación, 'a pesar de que no fue él quien firmó los estados financieros que se le presentaron a la junta de socios' (vid. Folio 324). Con base en lo anterior, la demandante considera que se descompletó la mayoría requerida para aprobar la decisión estudiada.

Para resolver la controversia antes explicada, es necesario establecer si el señor Rafael Uribe Toro se encontraba sujeto a la prohibición del artículo 185 del Código de Comercio para el momento en que se aprobaron los estados financieros analizados. Según la información disponible, Rafael Uribe Toro fue designado como representante legal suplente de Agropecuaria Uribe Toro Hermanos & Cía. S.C.S. durante una reunión de la junta de socios de la compañía celebrada el 13 de enero de 2012 (vid. Folios 181 a 184, 447 a 450). El Despacho también pudo establecer que el señor Uribe Toro ha ejercido, en repetidas oportunidades, el cargo de representante legal de Agropecuaria Uribe Toro Hermanos & Cía. S.C.S. Por ejemplo, con la demanda se aportó un acuerdo suscrito entre el señor Uribe Toro, en calidad de representante legal suplente de la sociedad demandada, y Ricardo Franco Arango, gerente de Campo Mayagüez S.A., por cuya virtud se prorrogó un contrato de compraventa de caña (vid. Folios 63 a 64).[1]

Es entonces suficientemente claro que el señor Rafael Uribe Toro sí se encontraba sujeto a la prohibición consagrada en el artículo 185 del Estatuto Mercantil, a cuyo tenor, 'los administradores […] no podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio'. En este orden de ideas, la doctrina ha señalado que la prohibición prevista en el mencionado artículo 185, 'implica una recomposición del quórum para efectos de calcular la mayoría decisoria aplicable a la aprobación de cuentas y balances. Así, será necesario sustraer del número de participaciones de capital representadas, aquellas que correspondan a los administradores sociales'[2].

---

1 El apoderado de la demandada también afirmó que el señor Uribe Toro desde hace muchos años ejerce facultades de representación Cfr. grabación de la audiencia del 8 de octubre de 2015 (vid. Folio 386) 11:38 a 12:26.

2 FH Reyes Villamizar, Derecho Societario (2014, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis) Pág. 586. En el mismo sentido, esta Superintendencia mediante oficio n.° 220-30552 del 3 de mayo de 2000 dispuso que 'la mayoría decisoria para efectos de la aprobación de este punto del orden del día, se integrará con las cuotas o acciones de quienes tengan la aptitud para votar, esto es descontando previamente aquellas de que sean titulares las personas que están inhabilitadas para ese fin'.

Así las cosas, al recomponerse el quórum para descontar la participación del señor Uribe Toro, debe concluirse que la aprobación de los estados financieros de Agropecuaria Uribe Toro Hermanos & Cía. S.C.S. se efectuó con sujeción a las normas que regulan la adopción de determinaciones sociales. En consecuencia, el Despacho también desestimará las pretensiones formuladas en contra de la decisión a que se ha hecho referencia.

3. Respecto de la decisión de no repartir utilidades

Según lo consignado en el acta aportada con la demanda, los socios de Agropecuaria Uribe Toro Hermanos & Cía. S.C.S. aprobaron la decisión de no repartir las utilidades generadas por la compañía. Sin embargo, la apoderada de la demandante ha manifestado que, como la señora María Victoria Uribe Toro se opuso a la determinación de retener las utilidades de la compañía, la decisión en comento violó la regla del artículo 155 del Código de Comercio.

A pesar de lo anterior, las pruebas recaudadas durante el curso del proceso apuntan a que el voto negativo de la demandante fue emitido luego de haberse agotado el punto quinto del orden del día, relativo a la repartición de utilidades. En verdad, aunque la señora Uribe Toro sí presentó una constancia en la que se objetaba la decisión referida, tal documento fue puesto a consideración de los asociados durante las deliberaciones correspondientes al punto séptimo del orden del día, atinentes a la preparación del acta de la reunión (vid. Folios 55 a 56). Es decir que, al momento de debatirse la repartición de utilidades, ninguno de los asociados presentes votó en contra de la decisión impugnada. Más aún, la persona designada para actuar como secretario de la reunión, Luis Fernando Borda Caicedo, afirmó que, al momento de adoptarse la aludida decisión, la señora Uribe Toro estuvo de acuerdo en no repartir utilidades[3].
A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho desestimará las pretensiones formuladas en contra de la decisión de no repartir las utilidades generadas por Agropecuaria Uribe Toro Hermanos & Cía. S.C.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,

---

3 Cfr. grabación de la audiencia del 19 de noviembre de 2015 (vid. Folio 474) 3:46 a 3:59. En todo caso, aunque se descontaran los votos de la señora María Victoria Uribe Toro, no se descompletaría la mayoría del 78% de las cuotas presentes a que alude el artículo 155 del Código de Comercio

RESUELVE

Primero. Desestimar las pretensiones de la demandada.

Segundo. Condenar en costas a la demandante y fijar como agencias en derecho a favor de la sociedad demandada una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

La anterior providencia se profiere a los diez días del mes de diciembre de dos mil quince y se notifica en estrados.

Sentencia n.° 800-5 del 29 de enero de 2016	
Partes	Ignacio Antonio Piñeros Pérez contra Juan Esteban Lorenzo Piñeros Pérez
Asunto	Restricciones al ejercicio del derecho de inspección
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-27

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare que Juan Esteban Piñeros incumplió sus deberes como representante legal de Mitauro Ltda. Según se expresa en la demanda, el aludido administrador no ha cumplido con lo establecido por esta Superintendencia en la sentencia n.° 801-39 del 26 de junio de 2014. Además, se alega que el demandado ha obstruido el ejercicio del derecho de inspección (vid. Folio 3).

1. Acerca del incumplimiento de las órdenes impartidas por esta Superintendencia

Mediante la sentencia n.° 801-39 del 26 de junio de 2014, este Despacho le ordenó al representante legal de Mitauro Ltda. cumplir con la obligación legal prevista en el artículo 46 de la Ley 222 de 1995. Para tal efecto, en la sentencia mencionada se impartieron las siguientes órdenes: 'Dentro del término de 30 días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, deberá preparar los libros de comercio de Mitauro Ltda. incluidos, particularmente, los estados financieros de fin de ejercicio desde la constitución de la referida sociedad hasta la fecha […] Una vez confeccionados los referidos libros de comercio, el demandado deberá convocar una reunión de la junta de socios de Mitauro Ltda., en la cual deberá presentarle a ese órgano social los documentos mencionados en el artículo 46 de la Ley 222 de 1995. Esta reunión deberá ser convocada para celebrarse dentro de los 20 días hábiles siguientes al vencimiento del término de 30 días mencionado en el numeral anterior'.

Según las pruebas que obran en el expediente, el representante legal preparó los estados financieros de Mitauro Ltda., junto con los correspondientes informes de gestión, para los propósitos enunciados en la sentencia n.° 801-39 del 26 de junio de 2014 (vid. Folios 229 al 348). Adicionalmente, el señor Piñeros convocó a dos reuniones extraordinarias de la junta de socios de Mitauro Ltda. para cumplir con lo ordenado por este Despacho. La primera de tales reuniones, celebrada el 9 de septiembre de 2014, fue convocada para la 'rendición de cuentas y cumplimiento

de lo ordenado por la Superintendencia de Sociedades' (vid. Folio 59). La segunda reunión fue convocada para el 6 de noviembre del mismo año. A pesar de lo anterior, el Despacho pudo constatar que el representante legal de Mitauro Ltda. no rindió las cuentas de su gestión durante las dos reuniones antes mencionadas. Se hace entonces necesario establecer si tal circunstancia constituyó un incumplimiento de las órdenes impartidas por esta Delegatura.

Por una parte, la sesión de la junta de socios celebrada el 9 de septiembre de 2014 se llevó a término sin agotar el punto del orden del día previsto para la rendición de cuentas. Las pruebas practicadas por el Despacho apuntan que el fracaso de tal reunión se debió a fuertes desavenencias entre los socios de Mitauro Ltda., quienes no pudieron ponerse de acuerdo sobre la designación de las personas que habrían de ocupar los cargos de presidente y secretario. De conformidad con lo expresado por el demandado, 'no se logró llegar a un acuerdo en cuanto a quiénes serían los respectivos presidentes y secretarios de la reunión […] como consecuencia de lo anterior, al no presentarse quórum para tomar esta decisión, dicha reunión no pudo llevarse a cabo' (vid. Folios 77 y 203). En este mismo sentido, el testigo José Alejandro Cárdenas señaló que 'Juan Esteban […] se abstenía de votar cualquier propuesta bien fuera en su condición de socio a título personal o como socio gestor y por tanto representante legal del socio Piama para evitar cualquier tipo de malinterpretación o conflicto de interés […] y aclaró que no iba a ejercer el cargo de presidente ni de secretario de la reunión. A renglón seguido venía […] la elección de presente y secretario […] yo propuse […] que fuera designado como presidente Andrés Guillén y como secretaria Claudia Piñeros. Ella dijo que no aceptaría el cargo de secretaria [se propuso lo contrario, que la señora Piñeros fungiera como presidente, lo cual tampoco aceptó]. En ese momento la única opción que existía era que el doctor Guillén y yo fuéramos o lo uno o lo otro, se propuso así […] la señora Claudia Piñeros votó negativamente a las dos propuestas, el señor Juan Esteban Piñeros […] se abstuvo de votar, el doctor Guillén y yo aprobamos la primera, con lo cual tenía un voto favorable del 40% de las cuotas, pero el mismo Juan Esteban Piñeros nos indicó […] que cualquier decisión de la compañía tenía que ser tomada por mayoría simple del capital de la sociedad […], con lo cual fue imposible tan siquiera designar un presidente y un secretario […] y no se pudo celebrar la reunión. […]'[1].

De otra parte, tampoco fue posible llevar a cabo la ya mencionada rendición de cuentas durante la reunión celebrada el 6 de noviembre de 2014. En esa oportunidad, las deliberaciones fueron suspendidas debido a una discrepancia sobre los alcances del poder invocado para representar al señor Ignacio Antonio Piñeros Pérez. Según consta en el acta correspondiente, '[…] el señor Alejandro Cárdenas propone que ante el hecho evidente que el señor Guillén no se va a retirar, se dé por terminada

1 Cfr. Audiencia del 8 de noviembre de 2015. (1:21:30-1:23:50)

la reunión, lo cual fue aprobado por unanimidad de los asistentes' (vid. Folio 202).

Parece entonces suficientemente claro que el representante legal de Mitauro Ltda. se allanó a cumplir con las órdenes impartidas por esta Superintendencia en la sentencia n.° 801-39 del 26 de junio de 2014. Ciertamente, el demandado no sólo preparó y puso a disposición de los asociados los estados financieros de Mitauro Ltda. junto con los correspondientes informes de gestión, sino que, además, convocó a dos reuniones de la junta de socios de la compañía con el propósito de presentar su rendición de cuentas. Con todo, las evidentes diferencias que existen entre los socios de Mitauro Ltda. hicieron imposible que se discutieran los documentos en cuestión durante las reuniones convocadas para el 9 de septiembre y 6 de noviembre de 2014. En este orden de ideas, debe recordarse que las órdenes impartidas en la sentencia n.° 801-39 estuvieron orientadas a que el representante legal de Mitauro Ltda. preparara los libros de comercio de la compañía, para luego convocar a una reunión de la junta de socios a fin de presentar los documentos mencionados en el artículo 46 de la Ley 222 de 1995. Por lo demás, el Despacho no encontró indicios de que el demandado hubiera llevado a cabo actuaciones malintencionadas con el propósito de eximirse del cumplimiento de las órdenes impartidas por esta Superintendencia.

Es por las razones precedentes que, a la luz de las pruebas disponibles, no es posible concluir que el señor Juan Esteban Piñeros hubiera incumplido deliberadamente con las órdenes emitidas por este Despacho en la sentencia n.° 801-39 del 26 de junio de 2014. Así las cosas, se desestimarán las pretensiones de la demanda relacionadas con el incumplimiento de la sentencia a que se ha hecho alusión.

Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho pudo establecer que el demandado no volvió a convocar a la junta de socios de Mitauro Ltda. con posterioridad al fracaso de las reuniones del 9 de septiembre y 6 de noviembre de 2014. En este sentido, es claro que la imposibilidad de celebrar tales reuniones no eximió al representante legal de la compañía de cumplir con las obligaciones descritas en los artículos 46 y 47 la Ley 222 de 1995, en cuanto a los documentos que deben presentarse ante los asociados al final de cada ejercicio contable. Esta afirmación abarca no sólo los ejercicios mencionados en la sentencia n.° 801-39 del 26 de junio de 2014, sino también el periodo contable que terminó el 31 de diciembre de 2014. Debe entonces concluirse que, al no haber convocado ni siquiera a una reunión de la junta de socios de Mitauro Ltda. durante el año 2015, el señor Juan Esteban Piñeros incumplió los deberes que le correspondían en su calidad de representante legal de la compañía. Por este motivo, el Despacho aceptará las pretensiones primera y cuarta de la demanda.

2. Violación del derecho de inspección

En la demanda también se puso de presente que el señor Juan Esteban Piñeros ha obstruido el ejercicio del derecho de inspección contemplado en el artículo 369 del Código de Comercio. En sustento de lo anterior, el demandante aportó una comunicación del 6 de octubre de 2014 (vid. Folio 78), en la que el representante legal de Mitauro Ltda. fijó horarios para el ejercicio de la prerrogativa en cuestión.

Lo primero que debe decirse es que esta Superintendencia se ha pronunciado, por vía administrativa, sobre la imposibilidad de restringir el ejercicio del derecho de inspección en las sociedades de responsabilidad limitada. Según lo expresado en el Oficio 220-21510 de 2001, 'bajo ninguna circunstancia el derecho de inspección de que gozan los asociados en las sociedades de responsabilidad limitada puede ser objeto de limitaciones distintas a las que impone la misma ley, ni mucho menos desconocido o vulnerado, ni siquiera mediante estipulaciones estatutarias.' Sin embargo, esta misma entidad ha precisado que 'lo anterior no obsta para que los asociados deban someterse a las pautas que en este tipo de sociedades se fijen en orden a permitir el derecho de inspección, pues, como es sabido, éste no puede convertirse en un hecho perturbador del funcionamiento de la compañía, ni mucho menos en un obstáculo que dificulte el ejercicio de este derecho a los demás asociados'[2].

Así las cosas, debe decirse que las pruebas disponibles apuntan a que las reglas fijadas por el demandado para el derecho de inspección no parecen haber restringido el ejercicio de esa prerrogativa por parte del demandante. En efecto, el Despacho pudo establecer que el señor Ignacio Antonio Piñeros hizo amplísimo uso del derecho de inspección, particularmente en los días anteriores a las reuniones de la junta de socios celebradas durante el año 2014. En un informe aportado como prueba al presente proceso, se dice, por ejemplo, que el demandante ejerció su derecho de inspección los días 16, 20, 27 y 30 de octubre de 2014 (vid. Folios 81 al 84). En vista de lo anterior, el Despacho no cuenta con suficientes elementos de juicio para concluir que se ha vulnerado el derecho de inspección de que es titular el señor Ignacio Antonio Piñeros.

[…]

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,

---

2 Cfr. Oficio n.° 220-44409 del 27 de febrero de 2009.

RESUELVE

Primero. Declarar que Juan Esteban Piñeros incumplió sus deberes como administrador de Mitauro Ltda., al no haber convocado a la junta de socios de la compañía durante el año 2015 para presentar los informes y documentos mencionados en los artículos 46 y 47 de la Ley 222 de 1995.

Segundo. Condenar al señor Juan Esteban Piñeros a pagarle a Ignacio Antonio Piñeros los perjuicios que se hubieren causado con la violación mencionada en el numeral anterior.

Tercero. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Cuarto. Condenar en costas al demandado y fijar, a favor del demandante, una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

La anterior providencia se profiere a los veintiún días del mes de enero de dos mil dieciséis y se notifica en estrados.

Sentencia n.° 800-8 del 12 de febrero de 2016	
Partes	Claudia Constanza Castillo Melo, Mayid Alfonso Castillo Melo y Viviana Eleonora Castillo Melo contra Médicos Asociados S.A.
Asunto	Efectos del usufructo de acciones
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-93

Consideraciones del Despacho

La demanda sometida a consideración del Despacho está orientada a controvertir la validez de las determinaciones adoptadas durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Médicos Asociados S.A. celebrada el 9 de enero de 2015. De acuerdo con la información registrada en el acta n.° 135, la mencionada reunión se desarrolló con la participación del señor Mayid Alfonso Castillo Arias, quien actuó en su calidad de usufructuario de la totalidad de las acciones en que se divide el capital suscrito de Médicos Asociados S.A. (vid. Folios 23 a 24, 694 a 695). Sin embargo, los demandantes consideran que el señor Castillo no podía ejercer los derechos políticos inherentes a la totalidad de las acciones en circulación de Médicos Asociados S.A., en razón a que el usufructo de acciones en cuestión no le era oponible a la compañía.

A pesar de lo anterior, las pruebas recaudadas durante el curso del proceso apuntan a que el usufructo de acciones a favor de Mayid Alfonso Castillo Arias sí fue inscrito en el libro de registro de accionistas de Médicos Asociados S.A. (vid. Folios 524 a 546). Ciertamente, el 28 de noviembre de 2014, vale decir, con anterioridad a la reunión bajo estudio, se registró en el libro que reposa en las oficinas de administración de la compañía el usufructo invocado por el señor Castillo (vid. Folios 85 a 86 del cuaderno de medidas cautelares). Así, pues, el Despacho debe concluir que el usufructo sobre las acciones de Médicos Asociados S.A. se perfeccionó el 28 de noviembre de 2014, en los términos del artículo 410 del Código de Comercio. En criterio de Martínez Neira, ello significa 'que el usufructo, en tanto derecho real, con los atributos que él comporta y su carácter erga omnes, solamente se consolida a partir de la inscripción en el libro de registro de accionistas'.

En este punto debe advertirse que los demandantes también controvirtieron la existencia del usufructo en comento. En palabras de su apoderada, 'no fue constituido usufructo de acciones en la sociedad Médicos Asociados S.A., no ha existido durante todos estos años, ni existió para la fecha de la asamblea del 9 de enero de 2015 ni existe en la actualidad el citado usufructo, de manera que no puede ser utilizado,

como nunca se había argumentado, hasta ahora fraudulentamente por el presidente Mayid Alfonso Castillo Arias' (vid. Folio 202). Sin embargo, este Despacho carece de competencia para pronunciarse sobre la existencia del usufructo en cuestión, toda vez que esa controversia excede el ámbito de las facultades jurisdiccionales que la ley le ha otorgado a esta Superintendencia. Es entonces suficientemente claro que, al haberse inscrito el ya mencionado usufructo en los términos que dispone el Estatuto Mercantil, el señor Castillo Arias podía 'ejercer y hacer exigible frente a la sociedad y frente a terceros las prerrogativas a él concebidas [a través del] usufructo'. Lo anterior significa que Mayid Alfonso Castillo Arias se encontraba legitimado para representar la totalidad de las acciones ordinarias emitidas por Médicos Asociados S.A., durante la sesión asamblearia del 9 de enero de 2015.

Por lo demás, vale la pena decir que los demandantes no desvirtuaron la veracidad de la información consignada en el libro de registro de accionistas a que se hizo referencia en los párrafos anteriores. En verdad, durante el curso del proceso, no se aportaron pruebas que le permitieran a este Despacho restarle valor a los documentos aportados por la persona que ocupa el cargo de representante legal de Médicos Asociados S.A.

En virtud de las consideraciones antes expresadas, las pretensiones formuladas en la demanda habrán de desestimarse.

[…]

RESUELVE

Primero. Desestimar las pretensiones de la demanda.

Segundo. Condenar en costas a los demandantes y fijar como agencias en derecho a favor de la sociedad demandada una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

La anterior providencia se profiere a los veinticinco días del mes de enero de dos mil dieciséis y se notifica en estrados.

Sentencia n.° 800-14 del 22 de febrero de 2016	
Partes	Martha Omaira Cárdenas Castelblanco contra Omar Dionisio Cárdenas Casteiblanco y otros
Asunto	La acción de abuso del derecho de voto es improcedente cuando no se ha ejercido el voto
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-59

Consideraciones del Despacho

El proceso iniciado ante este Despacho busca controvertir la conducta de Omar Dionisio Cárdenas Castelblanco, en su condición de accionista titular del 50% del capital suscrito en Pradera Group S.A.S. Para tal efecto, la demandante sostiene que el demandado en mención ha ejercido abusivamente su derecho de voto durante las reuniones asamblearias de 2014 y 2015, con lo cual ha hecho imposible que se apruebe la remoción del actual representante legal, Luis Bernardo Cárdenas Castelblanco, así como la disolución de la compañía. Adicionalmente, en la demanda se controvierten las actuaciones supuestamente abusivas del mencionado representante legal, quien, a juicio de la demandante, ha 'celebrado actos de disposición de bienes sociales y constitución de obligaciones a cargo de la [sociedad] y en favor del [accionista] demandado' (vid. Folio 5).

Por su parte, los apoderados de los demandados han puesto de presente que Omar Dionisio Cárdenas dejó de ser accionista en Pradera Group S.A.S. desde el 18 de noviembre de 2011, fecha en que le vendió sus acciones a Martha Omaira Castelblanco de Cárdenas (vid. Folios 97 y 165). Por esta razón, afirman que el aludido demandado no pudo haber abusado de un derecho del que no es titular. En todo caso, los demandados sostienen que la remoción del representante legal y la disolución de la compañía nunca fueron asuntos propuestos o votados en las reuniones señaladas (vid. Folios 97, 166 y 185). Por último, los apoderados aludidos han resaltado que la vía para controvertir las actuaciones del representante legal no es la acción judicial por abuso del derecho de voto, sino la acción orientada a que se examine su responsabilidad (vid. Folio 169).

1. Acerca del ejercicio abusivo del voto por parte de Omar Dionisio Cárdenas

Este Despacho se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para controvertir actuaciones potencialmente

abusivas[1]. Un demandante que invoque la utilización irregular del derecho de voto debe probar que el ejercicio de esa prerrogativa le causó perjuicios a la compañía o alguno de los asociados o que sirvió para obtener una ventaja injustificada. También es indispensable que el derecho de voto haya sido ejercido con el propósito de generar esos efectos ilegítimos. De esta forma, quien inicia una acción judicial por abuso del derecho de voto debe satisfacer una altísima carga probatoria.

En un pronunciamiento reciente emitido en el caso de Jovalco S.A.S. contra Construcciones Orbi S.A., el Despacho analizó la figura del abuso de paridad en el contexto del ejercicio del derecho de veto. Según se expresó en la sentencia n.º 800-54 del 14 de mayo de 2015, '[l]a tercera modalidad de abuso del derecho de voto contemplada en el artículo 43 de la Ley 1258 se presenta en sociedades en las que el capital está distribuido simétricamente entre dos bloques accionarios. En estas hipótesis, ninguno de los grupos contará con suficientes votos para configurar una mayoría decisoria en el máximo órgano social. Ello quiere decir que cada bloque tendrá un derecho de veto respecto de todas las propuestas sometidas a consideración de la asamblea o junta de socios. La actuación abusiva se produce cuando un asociado se vale de la posibilidad de obstruir la toma de decisiones, con el propósito de causar un daño u obtener una ventaja injustificada. El abuso de paridad se asemeja entonces al abuso de minoría, en la medida en que, en ambas hipótesis, un asociado emplea en forma malintencionada su derecho de veto'.

Formuladas las anteriores precisiones, es posible ahora examinar la controversia suscitada entre las partes. Como ya se dijo, la demandante considera que Omar Dionisio Cárdenas ha vetado la posibilidad de que se remueva al representante legal y que se disuelva la compañía, con el propósito de encubrir y prolongar diversas actuaciones censurables desplegadas en su beneficio por parte del administrador.

En este sentido, lo primero que debe decirse es que la demandante ha acreditado la celebración de diversas operaciones que podrían comprometer la responsabilidad del señor Cárdenas. En el expediente reposa, por ejemplo, la escritura pública n.º 2387 del 5 de diciembre de 2014, de acuerdo con la cual Pradera Group S.A.S., por conducto de su representante legal, le transfirió a Inversiones Cari S.A.S., representada por Omar Dionisio Cárdenas, un porcentaje del derecho de propiedad sobre un inmueble denominado La Elvecia n.º 2 (vid. Folios 43-45)[2]. Además, este

---

1 Cfr., por ejemplo, las sentencias n.° 800-73 del 19 de diciembre de 2013, 800-20 del 27 de febrero de 2014, 801-81 del 20 de noviembre de 2015, 800-78 del 14 de noviembre de 2014, así como los autos n.° 801-12137 del 26 de agosto de 2014 y 801-653 del 17 de enero de 2014.

2 Cfr. Grabación de la audiencia del 4 de noviembre de 2015 (27:15-29:05). Durante su interrogatorio de parte, el representante legal de la compañía manifestó que, en efecto, este contrato fue celebrado con Inversiones Cari S.A.S. a fin de 'prevenir un embargo'.

Despacho pudo constatar la celebración de un acuerdo de transacción, por virtud del cual Pradera Group S.A.S. se comprometió a pagarle a Omar Dionisio Cárdenas la suma de $60.000.000 por concepto de la liquidación de un contrato laboral (vid. Folios 48-49)[3]. También se estableció que Luis Bernardo Cárdenas le cedió a Omar Dionisio Cárdenas sus derechos como arrendatario del establecimiento de comercio Hotel Ganadero de propiedad de la sociedad, con lo cual este último figura actualmente como único arrendatario (vid. Folios 37-38, 39-40)[4]. De igual forma, en el expediente obra un contrato de prestación de servicios jurídicos por cuya virtud la compañía contrató a un abogado por la suma de $60.000.000, con el propósito de tramitar diversos procesos judiciales en varios de los cuales Omar Dionisio Cárdenas figura como parte (vid. Folios 46-47)[5].

Las anteriores actuaciones ameritan que se examine la manera en que Omar Dionisio Cárdenas ejerció su derecho de voto durante las reuniones asamblearias celebradas en 2014 y 2015. Una vez revisadas las actas que obran en el expediente, el Despacho no encontró que la propuesta de remover al representante legal de la compañía haya sido siquiera debatida en las reuniones de la asamblea general de accionistas señaladas en la demanda (vid. Folios 2147-2195)[6]. Lo propio ocurre respecto de la disolución de la compañía, asunto que si bien fue propuesto por la demandante durante la reunión celebrada el 3 de abril de 2014, no fue finalmente sometido a votación debido a discrepancias existentes al interior de la sociedad (vid.

---

3 Id. (57:40). El contrato laboral habría sido celebrado a través del anterior representante legal para que Omar Dionisio Cárdenas se desempeñara 'gerente operativo y/o administrador general de las actividades sociales de la empresa' (vid. Folio 95).

4 Id. (50:36-50:46). Durante su interrogatorio de parte, Luis Bernardo Cárdenas manifestó que cuando fue nombrado como representante legal de la compañía, el 20 de septiembre de 2013, procedió a renunciar a su posición contractual como coarrendatario del Hotel Ganadero, calidad que habría obtenido por virtud del contrato de arrendamiento celebrado por conducto del anterior representante legal. Ello explica la suscripción del otro sí en mención, mediante el cual cedió sus derechos a su hermano, Omar Dionisio Cárdenas.

5 En la contestación de la demanda presentada por el apoderado de Omar Dionisio Cárdenas se indica que la totalidad esos procesos judiciales recaían sobre predios de propiedad de la compañía, y que la actuación de Omar Dionisio Cárdenas obedeció a su calidad de mandatario de Pradera Group S.A.S. para todo lo relacionado con tales predios, según el encargo conferido por el anterior representante legal (vid. Folio 105).

6 Luis Bernardo Cárdenas aseguró que solo hasta la reunión convocada para el 5 de junio de 2015, esto es, de forma posterior a la presentación de la demanda, la demandante solicitó incluir este asunto en el orden del día.Cfr. Grabación de la audiencia del 4 de noviembre de 2015 (13:31:46-1:32:26). Esto fue también confirmado por Omar Dionisio Cárdenas durante su interrogatorio de parte, así como por Nidia Marlen Cárdenas durante su testimonio (2:18:50 y 3:08:48-3:11:33).

Folio 230).[7]

A partir de lo anterior, este Despacho debe concluir que el señor Omar Dionisio Cárdenas no ejerció su derecho de voto durante las reuniones descritas en la demanda presentada por Martha Omaira Cárdenas Castelblanco. En esa medida, debe advertirse que, para que se configure una actuación abusiva al amparo de lo previsto en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, es necesario acreditar que el asociado se valió de su derecho de voto para causar un daño u obtener una ventaja injustificada. Así, pues, al no haberse acreditado el ejercicio de esa prerrogativa por parte del señor Cárdenas, el Despacho desestimará las pretensiones relacionadas con el abuso del derecho de voto.

2. Acerca de las actuaciones desplegadas por Luis Bernardo Cárdenas en su condición de representante legal

Ahora bien, es indispensable poner de presente que algunas de las actuaciones descritas en la demanda podrían haber configurado una infracción de los deberes a cargo del señor Luis Bernardo Cárdenas, en su calidad de administrador de Pradera Group S.A.S. Ciertamente, el señor Cárdenas parecería haber infringido las reglas legales contenidas en el numeral 7 artículo 23 de la Ley 222 de 1995, al celebrar contratos que podrían haberle representado un conflicto de interés sin contar con la autorización del máximo órgano social.[8]

A pesar de lo anterior, el apoderado de la demandante ha manifestado enfáticamente que el objeto del presente proceso no es hacer efectivas las reglas que rigen la conducta de los administradores sociales. Según lo expresó en el recurso de

---

7 Id. (1:32:38-1:33-46). El representante legal de la compañía manifestó durante su interrogatorio de parte que la demandante únicamente propuso la disolución de la compañía durante una audiencia de conciliación a la que asistieron los dos en el año 2014. Por su parte, Omar Dionisio Cárdenas manifestó durante su interrogatorio de parte que en las oportunidades en que participó de las reuniones de la compañía como mandatario de Martha Omaira Castelblanco, nunca se votó esta propuesta (2:18:50). En igual sentido se manifestó el contador Jorge Vásquez durante su testimonio. Cfr. Grabación de la audiencia del 5 de noviembre de 2015 (47:10).

8 En el caso de Luque Torres Ltda. en liquidación, este Despacho se refirió a las circunstancias que permiten identificar la configuración de conflictos de interés. Según se expresó en la sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014, '[e]l análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. [...] podría existir un conflicto de interés si un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la respectiva operación. Si existe un cercano vínculo de parentesco, como cuando los padres del administrador contratan con la sociedad, habrá fuertes indicios acerca de la presencia de un conflicto'.

reposición presentado el 27 de abril de 2015, por ejemplo, '[…] no se entiende la expresión de la Superintendencia en el sentido de que "si lo que se pretende es que este Despacho examine las conductas descritas… y que decida la responsabilidad de los demandados por el presunto incumplimiento de los deberes de los administrado[res], así habrá de solicitarse". Y no se entiende porque expresamente se pide la declaratoria de existencia de la fuente de responsabilidad que es el abuso del derecho y la consecuencia jurídica que es la condena a la invalidación de los actos y la condena al pago de perjuicios, lo cual se halla clara y precisamente determinado en la demanda' (vid. Folio 70). En atención a la precitada aclaración, mediante auto n.º 800-8745 del 23 de junio de 2015 este Despacho resolvió finalmente admitir la demanda y sostuvo lo siguiente: '[…] es ahora claro que los hechos y las pretensiones de la demanda están orientados a que se examinen las conductas aparentemente abusivas de los demandados y, particularmente, el ejercicio del veto por parte de Omar Dionisio Cárdenas Castelblanco' (vid. Folio 84).

En este punto debe decirse que en el ordenamiento societario colombiano se han previsto reglas bastante definidas en cuanto a la celebración de operaciones viciadas por conflictos de interés. Tales normas, consagradas tanto en la Ley 222 de 1995 como en el Decreto 1925 de 2009, establecen diversas consecuencias jurídicas para la violación del deber de lealtad que se produce cuando un administrador participa en actos o contratos en los que media un conflicto de la naturaleza indicada. A pesar de lo anterior, como ya se dijo, el apoderado de la demandante ha insistido en que se examine la conducta del administrador demandado con base en la figura del abuso del derecho. Sin embargo, los elementos de juicio disponibles no dan cuenta de una actuación abusiva, sino, más bien, de la posible violación de las normas que regulan los conflictos de interés. Así las cosas, en vista de que la conducta del demandado parecería encajar dentro de la infracción de los deberes de los administradores, este Despacho no encontró probado el supuesto abuso del derecho invocado por la demandante[9]. A la luz de lo anterior, este Despacho desestimará también las pretensiones encaminadas a controvertir las actuaciones supuestamente abusivas de Luis Bernardo Cárdenas, en su condición de representante legal de Pradera Group S.A.S[10].

---

9 Como bien se expresó en la contestación de la demanda presentada por la apoderada de Luis Bernardo Cárdenas, las pretensiones respectivas 'corresponde[n] a un proceso ordinario de responsabilidad del gerente que por los perjuicios a título de dolo o culpa haya ocasionado a la sociedad, a los socios o a un tercero, y no como en forma impropia lo intenta la demandante a través de una acción autónoma denominada abuso de paridad del derecho de voto del socio accionista […]' (vid. Folio 169).

10 A pesar de la solicitud formulada por los apoderados de los demandados durante los alegatos de conclusión, el Despacho considera innecesario imponer la sanción a que alude el artículo 206 del Código General del Proceso. Ello se debe a que, si bien las pretensiones serán negadas, esto no

Por lo demás, será desestimada la pretensión subsidiaria orientada a que se ordene la remoción del mencionado representante legal y, como consecuencia, se le ordene rendir cuentas de su gestión. Ello se debe a que, de un lado, le corresponde al máximo órgano social la designación y remoción de estos funcionarios[11] y, de otro, la facultad de remover administradores no es de competencia de esta Superintendencia por vía jurisdiccional[12]. Finalmente, el Despacho pudo constatar que durante la reunión celebrada el 3 de abril de 2014, el representante legal presentó su 'informe de gerencia' a partir de la poca información obtenida luego de la pérdida de los libros de la compañía (vid. Folios 231-232)[13].

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles (e), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Desestimar las pretensiones de la demanda.

Segundo. Condenar en costas a la demandante y fijar como agencias en derecho a favor de los demandados la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere a los veintidós días del mes de febrero de dos mil dieciséis y se notifica en estrados.

---

obedece al actuar negligente del apoderado de la demandante en la demostración de los perjuicios invocados sino, más bien, a que la acción judicial iniciada para lograr tal reconocimiento no fue la adecuada.

11 Según las voces del numeral 4° del artículo 420 del Código de Comercio, '[l]a asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes: Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda'.

12 Mediante auto n.º 800-5874 del 20 de abril de 2015, este Despacho inadmitió la demanda y advirtió su falta de competencia para ordenar la remoción de los administradores de una compañía.

13 En la contestación de la demanda presentada por la apoderada de Luis Bernardo Cárdenas se afirma que este último no se ha negado a rendir cuentas ante la asamblea general de accionistas y que, en todo caso, 'por obstrucción de la socia hoy demandante [éstas] no se han podido precisar, cuantificar ni aprobar, bajo el pretexto de que la otra socia no está legalmente acreditada como tal' (vid. Folio 171). Además, durante la reunión celebrada el 1° de octubre de 2015, esto es, de forma posterior a la presentación de la demanda, Luis Bernardo Cárdenas finalmente rindió cuentas de su gestión (vid. Folios 2134-2136)

Sentencia n.° 800-25 del 4 de abril de 2016	
Partes	Luz Stella Bedoya Henao y Andrea Catalina Sandoval Bedoya contra Luis Humberto Sandoval Rodríguez y Cristal 2010 S.A.S.
Asunto	Ejercicio legítimo de los derechos del accionista controlante
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-255

Consideraciones del Despacho

El proceso iniciado ante este Despacho busca controvertir la conducta de Luis Humberto Sandoval Rodríguez, en su condición de accionista mayoritario de Cristal 2010 S.A.S. Para tal efecto, las demandantes afirman que el demandado ejerció abusivamente su derecho de voto durante las reuniones asamblearias celebradas el 25 de febrero de 2013 y el 15 de mayo de 2015, al designarse como representante legal y aprobar los estados financieros de la compañía. En criterio de las demandantes, las referidas decisiones le permitieron al señor Sandoval asumir el control pleno de la sociedad[1]. Adicionalmente, se ha dicho que el demandado se negó a aplazar las reuniones a pesar de sus reiteradas solicitudes, con lo cual logró aprobar, sin su participación, decisiones 'autoritarias y dictatoriales' (vid. Folios 134 y 139).

Por su parte, el demandado ha sostenido que las decisiones controvertidas no generaron los perjuicios invocados en la demanda y que su designación como representante legal obedeció a las necesidades de la compañía, cuya administración había sido abandonada por Luz Stella Bedoya Henao (vid. Folios 183 y 191). El señor Sandoval también ha afirmado, en su defensa, que no accedió a las distintas solicitudes de aplazamiento presentadas por las demandantes en razón al carácter apremiante de las decisiones que habrían de discutirse (vid. Folio 184).

Para resolver el presente caso, es preciso recordar que, tal y como lo ha sostenido esta Superintendencia, a los demandantes en un proceso de abuso de mayoría les corresponde una elevada carga probatoria[2]. Ciertamente, quienes pretendan salir

1 Cfr. Grabación de la audiencia del 19 de febrero de 2016 (1:09:51 y 1:14:14-1:14:48).

2 Cfr., por ejemplo, las sentencias n.° 800-73 del 19 de diciembre de 2013, 800-20 del 27 de febrero de 2014, 801-81 del 20 de noviembre de 2015, 800-78 del 14 de noviembre de 2014, así como los autos n.° 801-12137 del 26 de agosto de 2014 y 801-653 del 17 de enero de 2014.

victoriosos en un proceso de esta naturaleza deben demostrar que el accionista mayoritario se valió de su derecho de voto para obtener una ventaja injustificada o para causarle un perjuicio a los asociados minoritarios o a la compañía. Para tal efecto, no será suficiente alegar que las decisiones aprobadas en una reunión asamblearia fueron contrarias a los intereses subjetivos de un accionista minoritario, sino que, más bien, deberá probarse que las actuaciones del controlante estuvieron motivadas por una finalidad ilegítima. De no satisfacerse esta carga probatoria, las pretensiones del minoritario inconforme serían inexorablemente desestimadas[3].

Dicho lo anterior, es posible ahora estudiar las pretensiones de las demandantes en este proceso.

1. Acerca de la designación del demandado como representante legal de Cristal 2010 S.A.S.

Como ya se dijo, las demandantes han controvertido la decisión aprobada durante la reunión celebrada el 25 de febrero de 2013, mediante la cual se aprobó, con el voto del accionista demandado, la designación de este último como representante legal de la compañía (vid. Folio 118-119).

En este punto debe advertirse que el Despacho ya se ha pronunciado acerca del abuso de mayoría que puede producirse en la designación o remoción malintencionada de administradores sociales. Es así como, en el caso de Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., se censuró la conducta de un accionista controlante que removió a un minoritario de la junta directiva de la sociedad demandada. Según el texto de la sentencia n.º 800-73 del 19 de diciembre de 2013, '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 [Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.]. La remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de [Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.] no sólo despojó efectivamente a aquella compañía de una importante prerrogativa, sino que le permitió al bloque mayoritario […] controlar el flujo de información acerca de las actividades 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 [Nueva Clínica Sagrado Corazón 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

3 Cfr. sentencias n.° 800-41 del 21 de abril de 2015 y 801-81 del 20 de noviembre de 2014.

adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados'.

Aunque en el caso de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. se anuló, por abusiva, la remoción de un administrador, es indispensable anotar que este Despacho también formuló las siguientes salvedades acerca de los alcances de la decisión citada: '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 de 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 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'. Es claro, pues, que la intervención judicial de esta Superintendencia en la designación y remoción de administradores tan sólo podrá producirse de manera excepcional, cuando se acrediten debidamente los presupuestos del abuso del derecho de voto o se verifique alguna otra violación del ordenamiento societario colombiano que pueda justificar una actuación de esa naturaleza[4].

A la luz de las anteriores consideraciones, debe ahora decirse que las pretensiones de las demandantes no están llamadas a prosperar. Ello se debe a que las pruebas recaudadas resultan insuficientes para que este Despacho concluya que el demandado ejerció en forma abusiva su derecho de voto al aprobar su designación como representante legal de la compañía. No es claro, por una parte, cuál fue el perjuicio sufrido por las accionistas minoritarias como consecuencia de la decisión en comento. En este sentido, las demandantes no explicaron cómo la simple designación del demandado como representante legal de Cristal 2010 S.A.S. tuvo la virtualidad de perjudicarlas. Adicionalmente, el Despacho no encontró pruebas que apunten a que el demandado se valió de su cargo de representante legal para distraer recursos sociales en beneficio propio. De otra parte, las demandantes no demostraron cuál fue la ventaja injustificada que pudo obtenerse a partir de la decisión controvertida. Aunque el apoderado de las demandantes considera que el señor Sandoval accedió al cargo de representante legal para 'tener control absolutamente de todo[5]', el Despacho no encuentra en esa circunstancia motivo

4 En el caso de Oben Muebles S.A., por ejemplo, este Despacho consideró la posibilidad de suspender la designación de una representante legal, a partir del aparente incumplimiento de las obligaciones contenidas en un protocolo de familia (cfr. auto n.º 801-11759 del 20 de agosto de 2014).
5 Cfr. Grabación de la audiencia del 19 de febrero de 2016 (1:09:51 y 1:14:14-1:14:48).

alguno de censura. En verdad, la decisión del señor Sandoval obedeció apenas al ejercicio legítimo de sus derechos como titular de la mayoría de las acciones en que se divide el capital de Cristal 2010 S.A.S. Al no haberse demostrado el abuso del derecho invocado en la demanda, mal haría este Despacho en limitar la potestad del controlante de asumir personalmente la representación legal de esa compañía.

Así las cosas, se desestimarán las pretensiones relacionadas con lo acontecido durante la reunión del 25 de febrero de 2013[6].

2. Acerca de la reunión celebrada el 15 de mayo de 2015

En la demanda también se controvirtió la decisión de aprobar los estados financieros de la compañía, adoptada durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Cristal 2010 S.A.S. celebrada el 15 de mayo de 2015 (vid. Folio 243). Los reparos de las demandantes están basados en su inconformidad respecto de las políticas de repartición de utilidades trazadas por el señor Sandoval. Es por esta razón que, en criterio de las señoras Bedoya y Sandoval, debe decretarse la nulidad de la determinación en comento (vid. Folio 9).

Una vez revisadas las pruebas disponibles, el Despacho no encontró méritos

---

6 En atención a ciertas manifestaciones adicionales a que alude la demanda, el Despacho estima necesario formular algunas aclaraciones. En primer lugar, debe recordarse que, conforme lo establece el artículo 22 de la Ley 1258 de 2008, en las sociedades por acciones simplificadas es perfectamente factible que las decisiones se adopten con el 'voto favorable de un número singular o plural de accionistas que represente cuando menos la mitad más una de las acciones presentes'. Ello coincide, a su vez, con lo dispuesto en el artículo décimo séptimo de los estatutos (vid. Folio 55). En esa medida, el Despacho no encuentra irregularidad alguna en que la determinación bajo estudio haya sido adoptada con el voto de uno solo de los accionistas de la compañía, como lo ha señalado el apoderado de la demandante. Por otra parte, en relación con las supuestas irregularidades en la convocatoria a esta reunión, debe indicarse que, de lo expresado por el apoderado de las demandantes durante la fijación del litigio y alegatos de conclusión, se percibe cierta confusión. En su opinión, esta convocatoria debía efectuarse con no menos de 10 ni más de 30 días, conforme lo establece el artículo 429 del Código de Comercio para las reuniones de segunda convocatoria. Pese a lo anterior, es preciso señalar que la reunión bajo estudio no fue de segunda convocatoria, comoquiera que éstas únicamente tienen lugar cuando la reunión inicialmente convocada no se puede celebrar por falta de quórum. Si bien la reunión del 25 de febrero de 2013 estuvo precedida por una reunión convocada para el 12 de febrero del mismo año, esta última no fue finalmente celebrada en atención a una solicitud de aplazamiento presentada por las demandantes, más no por falta de quórum. En esa medida, debe decirse que la convocatoria aludida fue efectuada en la forma prevista en los estatutos de la compañía, pues cumplió con la antelación de cinco días a que hace referencia el mencionado artículo décimo séptimo de los estatutos.

suficientes para concluir que el señor Sandoval actuó en forma abusiva durante la reunión del 15 de mayo de 2015. Por una parte, las demandantes no acreditaron los presupuestos requeridos bajo el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 para que se configure el abuso de mayoría[7]. De otra parte, aunque los argumentos de las demandantes estuvieron orientados a controvertir la reinversión de las utilidades de Cristal 2010 S.A.S., el Despacho no encontró que durante la reunión del 15 de mayo de 2015 se hubiera tomado decisión alguna sobre este particular[8]. En consecuencia, se desestimarán las pretensiones de nulidad formuladas contra las decisiones aprobadas en la reunión antedicha.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expresado el párrafo anterior, el Despacho pudo constatar que la convocatoria efectuada a la reunión del 15 de mayo de 2015 no se ajustó lo establecido en la ley. Ello se debe a que las accionistas demandantes fueron convocadas con menos de los cinco días de antelación a que alude el artículo 20 de la Ley 1258 de 2008 (vid. Folio 55). En efecto, la reunión fue celebrada el 15 de mayo de 2015, al paso que la convocatoria tiene fecha del 11 de mayo del mismo año (vid. Folio 126). En vista de lo anterior y por virtud de lo dispuesto en los artículos 190 y 186 del Código de Comercio, las decisiones adoptadas durante la reunión bajo estudio son ineficaces de pleno derecho y así será advertido, de conformidad con las facultades oficiosas atribuidas a este Despacho por el artículo 133 de la Ley 446 de 1998.

3. Acerca de las demás pretensiones y solicitudes de las demandantes

En forma subsidiaria, las demandantes han solicitado que se ordene el pago de las utilidades generadas por la compañía con ocasión de la venta de ciertos inmuebles sociales. Lo anterior, '[e]n el entendido que la decisión de repartición de utilidades debe ser una decisión de consenso de los socios y que de la venta de varios de los apartamentos se pueden cuantificar utilidades, además sobre los cánones de arrendamiento de los apartamentos que se encuentran alquilados se percibe de igual manera un ingreso; es justo la repartición de utilidades entre los socios en proporción a los derechos que a cada uno corresponden' (vid. Folio 140). A pesar de lo anterior, no se proferirá ningún pronunciamiento sobre el particular, pues, conforme se advirtió mediante auto n.º 800-15532 del 19 de noviembre de 2015, la decisión de repartir utilidades le corresponde a la asamblea general de accionistas.

Finalmente, el Despacho se abstendrá de compulsar copias del expediente de este

---

7 Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 10 de marzo de 2016 (36:16).

8 Es relevante anotar que este Despacho se ha pronunciado ya acerca del abuso de mayoría que se produce en hipótesis de retención injustificada de utilidades (Cfr. sentencia n.º 800-44 del 18 de julio de 2014).

proceso a la Fiscalía General de la Nación, en vista de que no se han aportado pruebas que justifiquen llevar a cabo una actuación de esa naturaleza.

[…]

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 de la demanda.

Segundo. Advertir la ineficacia de la decisión adoptada por la asamblea general de accionistas de Cristal 2010 S.A.S. durante la reunión celebrada el 15 de mayo de 2015, según consta en acta n.º 5.

Tercero. Condenar en costas a las demandantes y fijar como agencias en derecho a favor de los demandados una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

La anterior providencia se profiere a los cuatro días del mes de abril de dos mil dieciséis y se notifica en estrados.

Sentencia n.° 800-26 del 13 de abril de 2016	
Partes	Jorge Eduardo Terreros Wilche contra Rafael Uribe Toro
Asunto	Ratificación de operaciones viciadas por conflictos de interés / problemas de la acción social de responsabilidad
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2014-801-164

Consideraciones del Despacho

El caso presentado ante el Despacho busca controvertir la responsabilidad de Rafael Uribe Toro por el incumplimiento de los deberes que le corresponden como administrador de Servisurco S.A[1]. El demandante, titular de una participación minoritaria en el capital de esa compañía, ha puesto de presente que el demandado se valió de registros contables artificiosos para abstenerse de pagarle los dividendos decretados por la asamblea general de accionistas. El demandante también considera que el señor Uribe Toro se apropió de recursos sociales mediante la realización de diversas operaciones viciadas por conflictos de interés. El apoderado del señor Terreros ha afirmado, en este sentido, que el demandado y compañías a él vinculadas celebraron con Servisurco S.A. numerosos contratos en condiciones desfavorables para esta última sociedad. (vid. Folios 1345 a 1348, 1351 a 1353). Es por este motivo que el demandante considera que el demandado violó las pautas de conducta consagradas en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

A continuación se presenta un análisis de cada uno de los cargos formulados por Jorge Eduardo Terreros Wilches en contra de Rafael Uribe Toro.

1. Respecto de las irregularidades en el pago de los dividendos decretados por Servisurco S.A.

En la demanda se afirma que el señor Uribe Toro infringió los deberes inherentes a su cargo, al no pagarle a Jorge Eduardo Terreros Wilches los dividendos decretados

1 Por virtud de lo manifestado en el auto n.º 801-17612 del 1º de diciembre de 2014, no le corresponde a este Despacho pronunciarse sobre las pretensiones primera y segunda de la demanda. Ello se debe a que tales pretensiones, al derivarse de una posible diferencia entre el accionista demandante y la compañía, son competencia exclusiva de un tribunal de arbitramento, en razón a la cláusula compromisoria prevista en el artículo 41 de los estatutos sociales de Servisurco S.A. (vid. Folios 42 a 43)

por la asamblea general de accionistas[2]. En este sentido, el Despacho ha encontrado diversos elementos probatorios que le sirven de sustento a lo expresado por el demandante. Lo primero que debe decirse es que algunas de las actas de las reuniones asamblearias de Servisurco S.A. dan cuenta de que el máximo órgano social aprobó el reparto de las utilidades generadas durante los ejercicios 2009 a 2012[3]. A pesar de ello, las pruebas disponibles apuntan a que una buena parte de los dividendos en cuestión no le fueron pagados al accionista demandante.

En primer lugar, según la nota interna n.° 7712 del 30 de abril de 2010, la suma de $42.659.913, correspondiente a una parte de los dividendos decretados a favor de Jorge Eduardo Terreros Wilches, le fue imputada al pago de una cuenta por cobrar a cargo de un tercero (vid. Folio 1191)[4]. En segundo lugar, los dividendos generados durante el año 2010 se habrían pagado en efectivo a cada accionista, de conformidad con las notas internas n.° 9319 del 31 de agosto de 2011 y 9462 del 31 de octubre de ese mismo año (vid. Folios 1164 a 1165). De la misma manera se pagaron, supuestamente, los dividendos correspondientes al año 2011, según se establece en las notas internas n.° 9998 del 30 de abril de 2012 y 10837 del 29 de noviembre de 2012 (id). Sin embargo, las pruebas disponibles resultan insuficientes para constatar que Servisurco S.A. efectivamente le pagó al señor Terreros las sumas a que se ha hecho referencia. Por una parte, el demandante ha afirmado, bajo la gravedad de juramento, que nunca recibió los dineros en cuestión. Además, los soportes contables invocados por el demandado resultan a todas luces insuficientes para constatar el pago efectivo de las sumas a que se ha hecho referencia. En este orden de ideas, según lo expresado por el perito designado por el Despacho, 'si bien existen soportes los mismos no son los adecuados para representar salidas de dinero por los emolumentos mencionados en varios casos de miles de millones de pesos, **por cuanto nunca o no existen o no fueron aportados los documentos que soportasen que los accionistas en efecto hayan recibido los dineros que allí se mencionan haber recibido** […]' (se resalta)[5].

---

2 Sobre este particular, en el texto de la demanda se señala lo siguiente: 'La distribución ficticia de utilidades, que nunca fueron entregadas al señor Jorge Eduardo Terreros Wilches y que no se encuentran debidamente soportadas por balances reales y fidedignos, son responsabilidad directa del señor Rafael Uribe Toro y como administrador debe responder por las sumas dejadas de repartir, o repartidas en exceso y por los perjuicios e intereses a los que haya lugar' (vid. Folios 10 a 11).

3 Para tal efecto, se pueden revisar las actas n.° 5, 7, 8, 9, 10 y 14 (vid. Folios 780 a 781, 784 a 788, 793). Además, las actas consultadas por el Despacho dan cuenta de que los accionistas decidieron no repartir las utilidades generadas durante los ejercicios 2008 y 2013. (vid. Folios 774 a 775, 795 a 798).

4 De acuerdo con la nota interna n.° 7582 del 31 de marzo de 2010, el total de las referidas utilidades a favor del demandante correspondía a la suma de $45.000.000 (vid. Folio 1189).

5 Cfr. Grabación de la audiencia del 23 de abril de 2015 (vid. Folio 1281).

En tercer lugar, en el dictamen mencionado se establece que al señor Jorge Eduardo Terreros Wilches le habría correspondido la suma de $334.252.736 por concepto de las utilidades generadas durante el año 2012, tal y como se observa en la nota interna n.° 12469 (vid. Folios 1155 a 1156, 1187). Por virtud de lo dispuesto en la contabilidad de la compañía, el aludido monto se habría pagado en la forma que se señala a continuación: 'Con documentos CP-6869 ($260.000.000) y CP-6915 ($25.466.287) se registraron pagos a favor del accionista en efectivo (CAJA) por los valores mencionados. Con documentos contable NI-10958 ($40.464.903) y NI-12655 se cruzaron los saldos a favor del accionista por concepto de "Reclasificación de Cuentas" y "Cruce con saldo a favor DIAN" respectivamente' (vid. Folio 1157, 1316 a 1317). A pesar de lo anterior, debe insistirse en que el supuesto pago de dividendos a favor del señor Terreros está apoyado apenas en anotaciones contables que no permiten constatar si las sumas en disputa fueron efectivamente giradas. Ciertamente, ninguna de las pruebas aportadas por el demandado da cuenta de que el señor Terreros hubiera recibido los dineros antes mencionados (vid. Folios 1355 a 1365). En otras palabras, el demandado no pudo acreditar que sí se pagaron los dividendos objeto de esta controversia. Por lo demás, debe resaltarse que una parte de las sumas que le correspondían al demandante fueron utilizadas para cancelar el registro contable de una cuenta por cobrar a la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (vid. Folio 1365).

A la luz de las consideraciones antes expuestas, el Despacho debe concluir que Jorge Eduardo Terreros Wilches nunca recibió los dividendos decretados por Servisurco S.A. con base en las utilidades generadas entre los años 2009 y 2012. Sin embargo, el señor Uribe Toro registró en la contabilidad de la compañía que tales sumas fueron pagadas. Esta circunstancia compromete la responsabilidad individual del administrador frente al señor Terreros Wilches, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En consecuencia, este Despacho le ordenará al demandado que le pague al demandante la totalidad de las sumas dejadas de percibir por concepto de los dividendos decretados por la asamblea pero no pagados por el representante legal de Servisurco S.A.

2. Respecto de la celebración de operaciones viciadas por un conflicto de interés

Como ya se dijo, el demandante ha afirmado que Rafael Uribe Toro celebró diversas operaciones viciadas por un conflicto de interés, sin surtir el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Tales conductas van desde la celebración de contratos de mutuo con la sociedad hasta la suscripción de numerosos negocios jurídicos con compañías en las que el señor Uribe Toro detenta la calidad de asociado.

En este punto es preciso aludir a los pronunciamientos emitidos por este Despacho sobre las reglas colombianas en materia de conflictos de interés. Según las voces del numeral 7 del citado artículo 23, los administradores deben 'abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas'. La norma precitada, en la cual se funda el régimen colombiano en materia de conflictos de interés, ha sido empleada en diversas oportunidades por esta Superintendencia para reprender la conducta desleal de administradores sociales. En los pronunciamientos judiciales emitidos para tal efecto, este Despacho ha intentado definir los alcances precisos de la regla a que se ha hecho referencia.

Para comenzar debe decirse que, en el caso de Gyptec S.A., se explicó que la existencia de un conflicto de interés es suficiente para motivar la intervención de los jueces en los asuntos internos de una compañía. En los términos del auto n.° 800-5205 del 9 de abril de 2014, 'existen circunstancias que podrían llevar al Despacho a examinar las decisiones que tomen los administradores en la gestión de los negocios sociales. El mencionado escrutinio judicial sería procedente, por ejemplo, cuando se acrediten circunstancias que comprometan el juicio objetivo de los administradores, como ocurriría en la celebración de negocios jurídicos viciados por un conflicto de interés. La intervención judicial también estaría justificada cuando se compruebe que tales sujetos se han apropiado indebidamente de recursos sociales, mediante operaciones de cualquier naturaleza. En casos como éstos, el Despacho estudiará con detenimiento la conducta de los administradores, con el fin de establecer si se le han provocado perjuicios a la compañía o a sus accionistas'.

En un pronunciamiento posterior, emitido en el caso de Luque Torres Ltda., se estudiaron los supuestos de hecho que podrían dar lugar a la configuración de conflictos de interés. Es así como, en la sentencia n.° 800-52 del 1º de septiembre de 2014 se expresó lo siguiente: 'En Colombia no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario. Mientras subsista este vacío, les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido […]'.

A partir de los criterios analíticos sentados en el caso de Luque Torres Ltda.,

este Despacho ha identificado la existencia de conflictos de interés en diversos contextos. Por una parte, existen ya varias sentencias en las que se ha detectado un conflicto de la naturaleza indicada cuando el administrador contrata directamente con la sociedad en la que ejerce sus funciones. En el caso de Loyalty Marketing Services S.A.S., por ejemplo, se censuró la conducta de una administradora que había celebrado contratos de mutuo con aquella sociedad. En hipótesis como ésta, 'confluyen en cabeza del administrador dos intereses contrapuestos, vale decir, su interés personal como mutuario y el interés de la compañía, en calidad de mutuante, que ese funcionario debe proteger por expresa disposición del artículo 23 de la Ley 222. Mientras que el interés de la compañía es obtener la máxima tasa permitida y las más sólidas garantías disponibles, el interés personal del administrador que recibe el préstamo apunta en el sentido exactamente contrario. Es claro, pues, que el representante legal no puede satisfacer ambos objetivos al momento de celebrar el correspondiente negocio jurídico. En vista de que esta circunstancia claramente compromete el ejercicio objetivo de las facultades del administrador, la celebración del estudiado contrato de mutuo deberá sujetarse a las reglas contempladas en nuestra legislación en materia de conflictos de interés'[6]. Por tal motivo, el Despacho concluyó que, 'los administradores sociales no pueden celebrar contratos de mutuo con la compañía en la que ejercen sus funciones, a menos que cuenten con una autorización válidamente impartida por el máximo órgano social'.[7]

Esta entidad también se ha pronunciado acerca del conflicto de interés que puede surgir cuando un mismo sujeto es administrador de dos compañías que contratan entre sí. En el caso de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., se decretó una medida cautelar con fundamento en la participación entrelazada de un sujeto en las juntas directivas de compañías con vínculos contractuales. Tal y como se explica en el auto n.° 801-7259 del 19 de mayo de 2014, el Despacho encontró 'indicios acerca de la posible existencia del conflicto de interés mencionado en la demanda […]. En efecto, en su calidad de director de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., cualquier actuación del señor Roa Barragán respecto del referido contrato de asistencia técnica debe cumplirse "en interés de la sociedad", según lo dispone el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Con todo, al ocupar un puesto en la junta directiva de Codensa S.A. E.S.P., el señor Roa Barragán debe actuar también en interés de esta última compañía. Al confluir en cabeza del señor Roa Barragán los intereses contrapuestos a que se ha hecho referencia, parece haberse configurado la hipótesis fáctica del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. De ser ello cierto, el señor Roa Barragán deberá obtener la anuencia de la asamblea general de accionistas de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P. para poder participar en cualquier gestión relacionada con la terminación del contrato de

6 Sentencia n.° 800-52 del 1º de septiembre de 2014

7 Sentencia n.° 800-29 del 14 de mayo de 2014.

asesoría técnica suscrito entre aquella compañía y Codensa S.A. E.S.P'.

Adicionalmente, este Despacho ha hecho uso de la regla del numeral 7 cuando el administrador de una compañía reviste también la calidad de accionista en una persona jurídica que contrata con aquella sociedad. Por ejemplo, en el caso de Almacenes Yep S.A contra la Sociedad Promotora de Construcciones inmobiliarias (Proinmob) S.A.S. y Juan Carlos Lopera Yepes, se decretaron medidas cautelares con base en las siguientes consideraciones: 'El señor Juan Carlos Lopera Yepes, como representante legal de Almacenes Yep S.A., suscribió un contrato de promesa de compraventa con Proinmob S.A.S., por virtud del cual esta última compañía se obligaba a transferirle [un inmueble] a la demandante […]. La información disponible también da cuenta de que, [para la fecha en que se celebró esa operación] el señor Lopera Yepes era titular de la totalidad de las acciones en circulación de Proinmob S.A.S. De ser ello cierto, al momento de celebrar el contrato de promesa de compraventa a que se ha hecho referencia, el señor Lopera Yepes habría estado en posición de velar no sólo por los intereses de Almacenes Yep S.A., en los términos exigidos por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, sino también por el interés económico que le corresponde como accionista controlante de Proinmob S.A.S. Esta circunstancia haría indispensable cumplir con el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995'.[8]
Por lo demás, esta Superintendencia ha estudiado en detalle el conflicto de interés que se presenta en las denominadas operaciones entre partes vinculadas. Según se explicó en la sentencia n.° 800-142 del 10 de noviembre de 2015, 'siempre que una compañía pretenda celebrar operaciones con su accionista controlante o con sociedades controladas por ese mismo sujeto, deberá surtirse el trámite previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995'.

Con base en las precisiones antes expuestas, es posible ahora analizar las conductas censuradas por el demandante.

A. Acerca de las operaciones celebradas entre Servisurco S.A. y Rafael Uribe Toro

El Despacho pudo establecer que, tal y como se afirmó en la demanda, Rafael Uribe Toro obtuvo cuantiosos recursos con cargo al patrimonio de Servisurco S.A. En efecto, el señor Uribe Toro recibió $2.268.668.340 entre los años 2009 y 2014, por concepto de préstamos, operaciones de venta y pago de honorarios. Esta afirmación encuentra sustento en la detallada exposición que hizo el perito designado por el Despacho en el curso de este proceso. En la tabla n.° 1 se presenta un resumen de las aludidas transferencias dinerarias, con exclusión de todos aquellos pagos

8 Auto n.° 800-15368 del 17 de noviembre de 2015.

derivados del contrato laboral existente entre el señor Uribe Toro y Servisurco S.A.

Tabla n.° 1
Sumas entregadas a Rafael Uribe Toro 2009 a 2014

Concepto	Monto de los giros
Préstamos	$2.231.647.607
Operaciones de venta	$1.020.733
Honorarios	$36.000.000
Total	**$2.268.668.340**

Debe ahora decirse que la celebración de las operaciones de mutuo descritas en la tabla n.° 1 le representó un conflicto de interés al señor Rafael Uribe Toro. Para el momento en que se perfeccionaron las operaciones en comento, el aludido demandado revestía el cargo de representante legal principal de la compañía. Es decir que, cuando se celebraron los contratos de mutuo analizados, confluían en cabeza del demandado dos intereses contrapuestos, vale decir, su interés personal como mutuario y el interés de la compañía, en calidad de mutuante, que el señor Uribe Toro debía proteger por expresa disposición del artículo 23 de la Ley 222. Así, pues, según lo expresado por este Despacho en las sentencias citadas en el acápite anterior, para poder celebrar los negocios jurídicos reseñados, el demandado debió haber obtenido la autorización a que alude el numeral 7 del citado artículo 23. En el presente caso, sin embargo, el propio demandado reconoció no haber obtenido la autorización de la asamblea general de accionistas de Servisurco S.A. para celebrar los mencionados contratos de mutuo (vid. Folio 1143).[9]

La participación del señor Uribe Toro en las operaciones de venta y el pago de los honorarios descritos en la tabla n.° 1 también dio lugar a la configuración de un conflicto de interés[10]. Ciertamente, en vista de que al momento de llevarse a cabo tales actuaciones el señor Uribe Toro revestía la calidad de administrador de Servisurco S.A., era necesario surtir el trámite previsto en la Ley 222 para los conflictos de interés. Sin embargo, una simple revisión de las actas del máximo órgano social es suficiente para establecer que el señor Uribe Toro no obtuvo la

9 Según lo expresado por el demandado, 'los anticipos no solamente los autorizo, son de libre conocimiento y han sido de libre conocimiento de todas las personas que estamos dentro de Servisurco. No le puedo pedir autorización a nadie más porque lastimosamente esto es una sociedad familiar […]'. Cfr. grabación de la audiencia del 27 de febrero de 2015 (vid. Folio 1143) 19:05-19:25.

10 Conviene poner de presente que la fijación y el pago de los honorarios a Rafael Uribe Toro también se hizo en contravención del artículo 20 de los estatutos sociales, según el cual 'los miembros de junta directiva que reciban periódicamente una remuneración como empleados o funcionarios de la sociedad no devengarán honorarios por su asistencia a las sesiones' (vid. Folios 39, 154).

anuencia de los asociados antes de haber participado en tales operaciones.

B. Acerca de las operaciones celebradas entre Servisurco S.A. y Agropecuaria Uribe Toro Hermanos y Cía. S.C.S., Insuagro de Occidente S.A.S. e Inversiones Rio Nima S.A.

El demandante probó que el señor Uribe Toro, actuando en calidad de representante legal de Servisurco S.A., celebró negocios jurídicos de diversa índole con compañías en las que detenta la calidad de asociado. En primer lugar, el Despacho encontró que el señor Uribe Toro contrató con la sociedad Agropecuaria Uribe Toro Hermanos y Cía. S.C.S., tal y como se observa en la tabla n.° 2.

Tabla n.° 2
Operaciones celebradas entre Servisurco S.A. y Agropecuaria Uribe Toro Hermanos y Cía. S.C.S 2009 a 2014

Concepto	Monto de los giros
Préstamos	$489.868.104
Operaciones de venta	$1.216.119.384
Operaciones de compra	$2.727.478
Arrendamientos	$124.464.835
Total	**$1.833.179.801**

Así mismo, las pruebas recaudadas dan cuenta de la celebración de diversas operaciones entre Servisurco S.A. e Insuagro de Occidente S.A.S. durante los años 2009 y 2014, según puede apreciarse en la tabla n.° 3.

Tabla n.° 3
Operaciones celebradas entre Servisurco S.A. e Insuagro de Occidente S.A.S. 2009 a 2014

Concepto	Monto de los giros
Préstamos	$626.520.181
Anticipos	$662.818.048
Operaciones de venta	$127.457.705
Operaciones de compra	$1.405.671.449
Total	**$2.822.467.383**

Finalmente, este Despacho pudo constatar que Servisurco S.A. suscribió diversos contratos con Inversiones Rio Nima S.A. En la tabla n.° 4 se presenta un resumen de tales operaciones.

Tabla n.° 4

Operaciones celebradas entre Servisurco S.A. e Inversiones Rio Nima S.A. 2009 a 2014

Concepto	Monto de los giros
Préstamos	$2.773.273
Operaciones de venta	$23.960.400
Total	**$26.733.673**

Finalmente, este Despacho pudo constatar que Servisurco S.A. suscribió diversos contratos con Inversiones Rio Nima S.A. En la tabla n.° 4 se presenta un resumen de tales operaciones.

Así las cosas, es evidente que Rafael Uribe Toro se encontraba incurso en un conflicto de interés al celebrar los referidos contratos con las sociedades Agropecuaria Uribe Toro Hermanos y Cía. S.C.S., Insuagro de Occidente S.A.S. e Inversiones Rio Nima S.A. Para los años en que se celebraron los negocios en cuestión, el señor Uribe Toro detentaba una participación en el capital de las citadas compañías[11]. Es decir que, al momento de celebrarse las operaciones en comento, el señor Uribe Toro estuvo en posición de velar no sólo por los intereses de Servisurco S.A., en los términos exigidos por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, sino también por el interés económico que le corresponde como asociado de Agropecuaria Uribe Toro Hermanos y Cía. S.C.S., Insuagro de Occidente S.A.S. e Inversiones Rio Nima S.A.

11 En primer lugar, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente, Rafael Uribe Toro es titular del 12.5% de las cuotas en que se encuentra dividido el capital de Agropecuaria Uribe Toro Hermanos y Cía. S.C.S. (vid. Folios 111 a 114). En segundo lugar, de acuerdo con la escritura pública de constitución de la sociedad Insuagro de Occidente S.A.S., el demandado detenta una participación equivalente al 28.33% de las acciones en circulación de esta sociedad (vid. Folio 1134 a 1141). En este punto, conviene poner de presente que el señor Uribe Toro reconoció, durante el interrogatorio de parte, que la participación de los accionistas en el capital de Insuagro de Occidente S.A.S. se mantuvo incólume durante el tiempo que dicha sociedad permaneció activa. Cfr. grabación de la audiencia del 27 de febrero de 2015 (vid. Folio 1143) 24:20-24:37. En tercer lugar, debe decirse que las pruebas disponibles no permiten establecer con certeza el número de acciones que posee el señor Uribe Toro en el capital suscrito de Inversiones Rio Nima S.A. Sin embargo, esto resulta irrelevante para los fines del proceso por cuanto el demandado reconoció expresamente ser accionista de la compañía en comento. Ciertamente, durante la práctica del interrogatorio de parte, el Despacho le preguntó al señor Uribe Toro lo siguiente: '[Inversiones Rio Nima S.A.] también es una compañía en la que ustedes son accionistas y que también ha celebrado operaciones con Servisurco, [contestó]. Correcto señor Juez […]. Inversiones Rio Nima es otra sociedad y esperó poder seguir creando empresas en Colombia y generando empleo. Si puedo tener más, tendré más. Inversiones Rio Nima es otra empresa a la cual también Servisurco le vende insumos y servicios agrícolas […]'. Id. 29:15-29:49.

Esta circunstancia hacía necesario que el señor Uribe Toro obtuviera la autorización de la asamblea general de accionistas de Servisurco S.A. para poder representar a la compañía en la celebración de las operaciones descritas. Sin embargo, las actas consultadas por el Despacho dan cuenta de que el máximo órgano de Servisurco S.A. nunca impartió la autorización a que se ha hecho referencia. En consecuencia, debe concluirse que el señor Uribe Toro incurrió en una violación patente del deber general de 'obrar […] con lealtad y del deber específico de 'abstenerse de participar […] en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses'.

No está de más poner de presente que el Despacho encontró, en los contratos suscritos entre Servisurco S.A. e Insuagro de Occidente S.A.S, una circunstancia adicional que tuvo la virtualidad de generarle un conflicto de interés al señor Uribe Toro. Durante el curso del proceso quedó probado que, para la época en que se celebraron tales operaciones, Rafael Uribe Toro revestía la calidad de representante legal tanto en Servisurco S.A. como en Insuagro de Occidente S.A.S. (vid. Folios 106 a 110, 1143). Es por ello que, al momento de celebrar los referidos contratos, confluían en cabeza de Rafael Uribe Toro dos intereses contrapuestos. Por una parte, estaba obligado a velar por los mejores intereses de Servisurco S.A., según lo exige el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

De otra parte, al ocupar el puesto de representante legal de Insuagro de Occidente S.A.S., el señor Uribe Toro debía actuar también en interés de esta última compañía. De ahí que el demandado se encontrara incurso en un conflicto de interés al participar en las operaciones a que se ha hecho referencia.

C. Acerca de los argumentos presentados para desvirtuar la existencia de un conflicto de interés

Uno de los principales argumentos esgrimidos por el demandado para controvertir la existencia de conflictos de interés en el presente caso consistió en que las operaciones estudiadas en los acápites anteriores se celebraron en una sociedad de familia. Sin embargo, la justificación ofrecida por el demandado resulta insuficiente para desvirtuar las violaciones del deber de lealtad antes mencionadas. Según lo explicó este Despacho en el caso de Ángela María Azuero Figueroa y María Teresa Figueroa Clausen contra el Puente S.A., 'el conflicto de interés analizado en esta sentencia tampoco desaparece por el hecho de que las acciones en que se divide el capital suscrito de El Puente S.A. se encuentren en manos de personas ligadas por vínculos de parentesco. Ciertamente, el régimen societario colombiano no contiene excepciones relativas a la celebración de operaciones viciadas por conflictos de interés en sociedades cerradas o de familia'.[12] Podría pensarse que

12 Sentencia n.° 800-102 del 4 de agosto de 2015.

las características propias de una sociedad de familia justificarían admitir alguna excepción al régimen general de conflictos de interés. Tal excepción estaría fundada en la idea de que, en esta clase de compañías, es usual que los accionistas y administradores contraten frecuentemente con la sociedad. Sin embargo, no debe perderse de vista la posibilidad de que con una excepción de la naturaleza indicada se pueda perjudicar a los asociados que no formen parte del núcleo familiar o estén excluidos de la administración de los negocios sociales. Por este motivo, siempre que se presente un conflicto de interés para los administradores de sociedades como Servisurco S.A., será necesario acudir ante el máximo órgano a fin de solicitar la autorización a que se refiere el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

De otra parte, los conflictos de interés estudiados en esta sentencia tampoco pueden desvirtuarse por la posibilidad de que las operaciones analizadas hubieren sido beneficiosas para Servisurco S.A. En verdad, los resultados económicos de los contratos analizados no hacen desaparecer los intereses contrapuestos que contaminaron el juicio del administrador al momento de celebrarse tales negocios. Es por ello que la simple configuración de un conflicto de interés hace necesario surtir el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, antes de que el administrador pueda participar en la celebración del acto o contrato concerniente. Es claro, sin embargo, que los resultados económicos de las operaciones viciadas por un conflicto serán de inocultable relevancia al momento de establecer si tales negocios lesionaron el patrimonio social.

D. Acerca de la ratificación de las operaciones viciadas por un conflicto de interés

El apoderado del señor Uribe Toro ha puesto de presente que la asamblea general de accionistas de Servisurco S.A. convalidó una buena parte de las operaciones controvertidas en este proceso, con posterioridad a la fecha en que ellas fueron celebradas. Según consta en el acta n.° 17, correspondiente a la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Servisurco S.A. celebrada el 26 de marzo de 2015, 'se somete a consideración si la asamblea de accionistas de Servisurco S.A. convalida estas operaciones a favor de los citados accionistas Rafael Uribe Toro […], precisando que se trata de operaciones habituales en la compañía que no afectan su normal desarrollo y no generan conflictos de intereses. No se trata de préstamos efectuados a los accionistas ni de contratos de mutuo, ni generan conflictos de interés' (vid. Folio 1235). Con base en lo anterior, se ha solicitado que este Despacho desestime las pretensiones encaminadas a comprometer la responsabilidad del señor Uribe Toro.

Para responder a los argumentos del demandado, debe recordarse que la violación

del régimen legal vigente en materia de conflictos de interés acarrea la nulidad absoluta de los negocios correspondientes. Así fue reconocido explícitamente en el Decreto 1925 de 2009, por cuya virtud se reglamentó el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Al tenor del artículo 5 del citado Decreto, 'el proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 de la Ley 222 de 1995 […]. Salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe, declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada […]'. De suerte que, cuando los administradores participan en operaciones que les representan un conflicto de interés, sin contar con la referida autorización asamblearia, los actos y contratos concernientes adolecerán de nulidad absoluta.[13]

Dicho lo anterior, debe advertirse ahora que este Despacho no encuentra objeción alguna para que la autorización exigida por el numeral 7 se imparta con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato viciado por un conflicto de interés. Aunque esta hipótesis no ha sido consagrada expresamente en la ley, la posibilidad de emitir autorizaciones ex post es coherente con las reglas previstas en nuestro ordenamiento en materia de saneamiento de la nulidad absoluta por ratificación[14]. Más importante aún, no tendría sentido prohibirles a los accionistas—los principales interesados en salvaguardar el patrimonio social—convalidar operaciones que, en

---

13 Para Gil Echeverry, por ejemplo, 'los actos celebrados en conflictos de intereses resultan absolutamente nulos'. JH Gil Echeverry, Derecho Societario Contemporáneo: Estudios de Derecho Comparado, (2012, 2ª ed, Editorial Legis, Bogotá) 284. También en sede administrativa esta Superintendencia ha considerado que 'mediante el proceso verbal sumario, podrá solicitarse la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en violación al numeral 7º, artículo 23'. Oficio 220-140389 del 27 de noviembre de 2012.

14 Podría pensarse que la nulidad absoluta analizada en el texto principal proviene de la causal consagrada en el numeral 1 del artículo 899 del Código de Comercio, vale decir, la violación de normas imperativas. Así, pues, al no tratarse de una nulidad atada a la ilicitud del objeto o de la causa, podría invocarse el saneamiento por ratificación a que aluden los artículos 1742 y 1752 del Código Civil. Claro que esta interpretación parte de la idea de que, bajo el régimen del Código de Comercio, la violación de normas imperativas no es equiparable a la ilicitud del objeto, como sí ocurre en el Código Civil. Tal postura encuentra fundamento en el texto del artículo 899, en el cual se distingue entre la nulidad absoluta derivada de la infracción de normas imperativas (num. 1) y aquella atada al objeto ilícito (num. 2). No sobra advertir que esta diferenciación ha sido ampliamente criticada en la doctrina local. Para Ospina Fernández, el citado artículo 899 distingue 'entre el quebranto de la ley imperativa y el objeto ilícito. Esta diferenciación, traída del Código italiano (art. 1418), implica un desconocimiento de lo que siempre se ha entendido por objeto ilícito […]' (G Ospina Fernández y E Ospina Acosta,

su criterio, resulten beneficiosas para la sociedad[15]. Claro que, para que pueda sanearse la nulidad absoluta derivada de la violación del régimen de conflictos de interés, la ratificación que se haga deberá ir acompañada de la autorización de la asamblea general de accionistas, impartida en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222[16].

En el presente caso, sin embargo, los accionistas de Servisurco S.A. dejaron constancia expresa, durante la reunión del 26 de marzo de 2015, de que no estaban debatiendo la posibilidad de emitir la autorización exigida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Según quedó consignado en el acta n.° 17, ya citada, la mayoría de accionistas presentes consideró que las operaciones cuestionadas 'no generan conflictos de intereses' (vid. Folio 1235). A la luz de esta afirmación, debe entonces concluirse que la asamblea general de accionistas de Servisurco S.A. no impartió la autorización exigida en la ley. Por este motivo, es evidente que no se cumplieron los requisitos para el saneamiento por ratificación de la nulidad absoluta en cuestión.

Ahora bien, aunque el Despacho aceptara que los accionistas mayoritarios de Servisurco S.A. impartieron la autorización del numeral 7, tampoco podría admitirse el saneamiento de la nulidad bajo estudio. En efecto, la autorización del numeral 7 resulta improcedente cuando la operación presentada ante la asamblea 'perjudique los intereses de la sociedad'. En esta regla puede encontrarse uno de los principales mecanismos para la protección de los accionistas minoritarios de sociedades colombianas. Ello se debe a que el sistema de autorización previsto en el numeral 7 del artículo 23 no permite descontar los votos de los asociados que cuentan con un interés en el negocio sometido a consideración de la asamblea. Es posible entonces que, mediante la simple aplicación de la ley de las mayorías, el

---

Teoría general del contrato y del negocio jurídico (2000, 6ª ed, Editorial Temis, Bogotá) 495.

15 Esta posibilidad adquiere particular relevancia en el contexto de los grupos empresariales, debido a que en Colombia no parece haberse previsto un régimen especial para operaciones entre sociedades controladas por una misma matriz.

16 Se trata, en verdad, de un saneamiento por ratificación similar al que podría ocurrir en el contexto de las violaciones del artículo 404 del Código de Comercio. Esta convalidación de un negocio jurídico viciado de nulidad absoluta ha sido explicada por Martínez Neira en los siguientes términos: 'Desde el punto de vista de la validez del negocio jurídico, [la infracción del artículo 404] puede dar lugar a su declaratoria de nulidad […]. Debe tenerse presente, sin embargo, que esta nulidad es saneable. Para el efecto es posible ratificar el negocio jurídico por las mismas partes intervinientes, lo que implica la convalidación de los efectos del contrato que ha nacido viciado. La ratificación […] implica necesariamente que los involucrados obtengan previamente las autorizaciones de la junta directiva o de la asamblea […]'. NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2ª ed, 2014, Abeledo Perrot, Buenos Aires) 640.

mismo accionista controlante que se propone contratar con la sociedad imparta la aprobación exigida en el numeral 7. Como ya lo ha explicado el Despacho en otras oportunidades, esta potestad del controlante podría utilizarse para convalidar la celebración de operaciones encaminadas a expropiar a los asociados minoritarios. Y es por esta razón que cobra relevancia la regla del numeral 7, en el sentido de prohibir la autorización de operaciones que perjudiquen los intereses de la sociedad. Ciertamente, aunque la asamblea apruebe la suscripción de un contrato con los votos del controlante interesado, los minoritarios contarán con la posibilidad de alegar que la operación fue nociva para la compañía. De constatarse tal circunstancia ante las instancias judiciales, podría declararse la nulidad absoluta de las operaciones concernientes.

Así las cosas, parece suficientemente claro que una buena parte de las operaciones cuestionadas en este proceso no son susceptibles de ser convalidadas ex post por los accionistas mayoritarios de Servisurco S.A. En verdad, las pruebas disponibles apuntan a que tales negocios lesionaron los intereses de la sociedad. Por ejemplo, es claro que el patrimonio de Servisurco S.A. sufrió demérito al disponerse de recursos sociales para efectuar préstamos sin intereses a favor del señor Uribe Toro, Agropecuaria Uribe Toro Hermanos y Cía. S.C.S., Insuagro de Occidente S.A.S. e Inversiones Rio Nima S.A. En consecuencia, cualquier autorización ex post emitida por la asamblea general de accionistas de Servisurco S.A. no podría ajustarse a los requisitos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222.

E. Acerca de las consecuencias derivadas de las infracciones del deber de lealtad a cargo del demandado

Las pruebas recaudadas durante el curso del presente proceso dan cuenta de la expropiación de Jorge Eduardo Terreros, accionista minoritario de Servisurco S.A. El demandado, en su calidad de representante legal y miembro del bloque de accionistas mayoritarios, se apropió de cuantiosos recursos sociales mediante la transferencia, a su patrimonio personal, de dineros de propiedad de Servisurco S.A. Para tal efecto, el señor Uribe Toro recurrió a operaciones de diversa índole, incluidos préstamos, anticipos y pagos de honorarios. El demandado también participó en la celebración de numerosos contratos con sociedades vinculadas, entre las que pueden contarse Agropecuaria Uribe Toro Hermanos y Cía. S.C.S., Insuagro de Occidente S.A.S. e Inversiones Rio Nima S.A. Aunque esta clase de operaciones podrían ser indispensables para el adecuado funcionamiento de Servisurco S.A., es inaceptable que mediante tales negocios se frustren los derechos económicos que el señor Terreros Wilches, accionista minoritario, detenta en la sociedad.

A pesar de lo anterior, las reglas vigentes en materia de responsabilidad de

administradores no le permiten a este Despacho decretar la indemnización de perjuicios reclamada por el demandante[17]. Ello se debe a que las actuaciones controvertidas en este proceso lesionaron en forma directa el patrimonio de Servisurco S.A. y solo indirectamente al demandante. En otras palabras, el señor Terreros no puede solicitar una indemnización a título personal con base en el daño irrogado al patrimonio social, puesto que se trataría de perjuicios indirectos, cuya reclamación es inviable en nuestro sistema. En criterio de Suescún Melo, 'si se produjo un daño a la sociedad afectando directamente su patrimonio y esta afectación golpeó consecuencialmente al accionista, sólo habrá una acción social y no podrá ejercerse ninguna acción individual por parte de los accionistas, pues la acción sólo corresponde a la persona jurídica que es la que ha sufrido el perjuicio, debiendo ejercer esa acción a través de sus representantes. En efecto el accionista, por el solo hecho de serlo, no tiene facultad de representar a la sociedad y las acciones sociales han de ser ejercidas por los mandatarios de la persona jurídica. Y tampoco puede el accionista actuar en su propio nombre, pues se trataría del ejercicio de una acción individual que sólo se le otorga cuando el perjuicio que ha experimentado es personal, particular y no social'[18].

Al estar prohibida la indemnización de perjuicios indirectos, un accionista minoritario tendría que recurrir a la acción social consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 para hacer efectiva la responsabilidad de administradores que, como en el caso del señor Uribe Toro, han infringido sus deberes. Para este Despacho es claro, sin embargo, que la acción social de responsabilidad es de escasa utilidad en hipótesis de expropiación de minoritarios. Cuando el controlante ha distraído bienes de la compañía en su calidad de administrador o con el concurso de los administradores, será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad en la asamblea general de accionistas. En verdad, conforme a la ley de las mayorías, la decisión de presentar la acción social dependerá del voto del mismo controlante que se lucró por virtud de la expropiación de la minoría. Parece entonces poco probable que el controlante decida tramitar un proceso judicial en contra de sí mismo o de las personas que le permitieron apropiarse de recursos sociales en forma irregular.

Al ser inviable iniciar acciones sociales de responsabilidad sin la anuencia del controlante, los administradores que hicieron posible la expropiación de los

---

17 El Despacho considera improcedente aplicar las sanciones mencionadas en el artículo 206 del Código General del Proceso, en vista de que la mayoría de los perjuicios invocados en el juramento estimatorio sí fueron probados, pero no pueden ser reclamados por el demandante, por las razones explicadas en el texto principal.

18 J Suescún Melo, Derecho privado: Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo (1996, Tomo II, Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, Bogotá) 320.

minoritarios podrían quedar exentos de toda responsabilidad. No obstante, este Despacho ha puesto de presente que, a pesar de los problemas de la acción social, los accionistas minoritarios expropiados cuentan con diferentes vías judiciales para defender sus intereses. Y es que no tendría mayor sentido que los administradores pudieran infringir libremente sus deberes legales sólo porque el controlante se rehusó a aprobar la acción social y los minoritarios no están legitimados para demandar individualmente. Para remediar esta injusta situación, un minoritario expropiado por controlantes y administradores puede recurrir, por lo menos, a las acciones judiciales descritas a continuación.

1. Acción de abuso del derecho de voto

Unas de las principales medidas judiciales que puede intentarse para remediar expropiaciones como la descrita consiste en controvertir la conducta del mayoritario que bloqueó, en el máximo órgano social, la posibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad. Según lo expresado por este Despacho en el ya citado caso de Sares Ltda., podrá configurarse un abuso del derecho de voto 'cuando se hubiere negado la posibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad para encubrir las actuaciones irregulares de un administrador o proteger la desviación de recursos sociales a favor del accionista mayoritario. En estos casos, la decisión de rechazar la acción social correspondería a una finalidad que no es tolerada por el ordenamiento colombiano. Debe reiterarse, en este sentido, que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para provocar daños, ni para que un accionista se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados'. En el caso estudiado, este Despacho concluyó que efectivamente se había producido una actuación abusiva, tal y como puede apreciarse en el siguiente extracto de la sentencia n.° 800-54 del 15 de mayo de 2015: 'El Despacho no encontró una justificación legítima para que Construcciones Orbi S.A. hubiera rechazado la acción social propuesta por Jovalco S.A.S. en abril de 2013. Por el contrario, los elementos de juicio disponibles apuntan a que Construcciones Orbi S.A. se valió de su derecho de voto para encubrir la distracción de activos de Sares Ltda., a favor de personas vinculadas a aquella compañía, mediante actuaciones que infringieron el régimen colombiano en materia de conflictos de interés. Así, al hacer imposible la aprobación de la acción social propuesta por Jovalco S.A.S., Construcciones Orbi S.A. obstruyó, para beneficio de sus propios accionistas y administradores, la única vía judicial disponible en nuestro ordenamiento para reclamar los perjuicios posiblemente sufridos por Sares Ltda. Esta actuación, a todas luces censurable, encaja dentro de los presupuestos contemplados en la Ley 1258 de 2008 para la configuración del abuso del derecho de voto […]'. De probarse el ejercicio abusivo del derecho de voto, un accionista minoritario podría exigirle a los mayoritarios la indemnización de los perjuicios derivados de la imposibilidad de iniciar una acción

social de responsabilidad.

2. Acción de nulidad absoluta por violación del régimen de conflictos de interés

Para remediar la expropiación de accionistas minoritarios, esta Superintendencia ha hecho frecuente uso de las reglas previstas en nuestro ordenamiento en materia de conflictos de interés. Con base en tales reglas, particularmente en lo previsto en el Decreto 1925 de 2009, puede declararse la nulidad absoluta de todas aquellas operaciones celebradas en violación de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, junto con 'el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada'. Así, pues, al solicitar la declaración judicial de la nulidad en cuestión, un accionista minoritario podría lograr resarcir los perjuicios sufridos por la compañía y, consecuentemente, restablecer su propio patrimonio.

En el presente caso, sin embargo, el Despacho no puede decretar en forma oficiosa la nulidad absoluta de las operaciones celebradas por el señor Uribe Toro. La razón estriba en que ninguna de las sociedades que participaron en los negocios controvertidos—Servisurco S.A., Agropecuaria Uribe Toro Hermanos y Cía. S.C.S., Insuagro de Occidente S.A.S. e Inversiones Rio Nima S.A—estuvo vinculada al presente proceso. En este sentido, según lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria oficiosa de la nulidad absoluta presupone que 'al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración [del contrato] o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron[19]'. Nada obsta, sin embargo, para que el señor Terreros se valga de las pruebas que constan en el expediente para controvertir, en un nuevo proceso judicial, la validez de las operaciones cuestionadas.

Finalmente, en vista de que se han comprobado graves infracciones a los deberes legales a cargo del demandado, el Despacho oficiará a la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia, a fin de que se tomen las medidas que correspondan.

[…]

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,

---

19 Cfr. Sentencia del 11 de marzo de 2004, Sala de Casación Civil, expediente n.° 7582.

RESUELVE

Primero. Declarar que Rafael Uribe Toro incumplió los deberes legales que le corresponden en su calidad de representante legal de Servisurco S.A., al sustraerse del pago de los dividendos decretados a favor de Jorge Eduardo Terreros Wilches y al participar en numerosas operaciones viciadas por conflictos de interés sin contar con la autorización exigida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995

Segundo. Condenar a Rafael Uribe Toro a pagarle a Jorge Eduardo Terreros Wilches la suma de $609.752.736, junto con los intereses que correspondan, a título de indemnización de perjuicios por los dividendos que no le fueron pagados al señor Terreros.

Tercero. Informarle a la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia acerca de las infracciones legales descritas en esta sentencia, a fin de que se tomen las medidas que correspondan.

Cuarto. Condenar en costas al demandado y fijar como agencias en derecho a favor del demandante, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Quinto. Ordenar el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en el curso del presente proceso.

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

Sentencia n.° 800-32 del 20 de abril de 2016	
Partes	Ángela Maria Azuero Figueroa y Carmen Lucía Figueroa de Pinzón contra El Puente S.A
Asunto	Mayorías calificadas en reuniones de segunda convocatoria
Trámite	Proceso verbal sumario

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a controvertir la validez de la decisión adoptada durante la reunión de segunda convocatoria de la asamblea general de accionistas de El Puente S.A. celebrada el 3 de diciembre de 2015. Para fundamentar su pretensión de nulidad, las demandantes sostienen que la determinación controvertida se adoptó sin las mayorías especiales establecidas en el parágrafo 1º del artículo 32 de los estatutos sociales de la compañía. Por su parte, la apoderada de El Puente S.A. puso de presente que durante la reunión bajo estudio no se adoptó ninguna decisión respecto de la autorización impartida por la junta directiva de la compañía para enajenar dos activos sociales. Ello se debe a que la asamblea general de accionistas no es el órgano competente para aprobar la decisión a que se ha hecho referencia (vid. Folios 26, 28). Adicionalmente, la apoderada de la demandada considera que de haberse adoptado la determinación en comento, se habría contado con la mayoría prevista en el artículo 41 de los estatutos sociales para las reuniones de segunda convocatoria (vid. Folio 62).

Para resolver la controversia antes descrita, debe decirse que las pruebas recaudadas durante el curso del proceso apuntan a que la asamblea general de accionistas de El Puente S.A. sí adoptó una determinación sobre la autorización referida en el párrafo anterior. Ciertamente, según la información que obra en el acta n.° 45, este Despacho pudo establecer que Beatriz Helena Figueroa de Verswyvel y Sebastián y Juan Camilo Verswyvel Figueroa, titulares del 80% de las acciones presentes en la reunión, votaron favorablemente la propuesta sometida a consideración del máximo órgano social (vid. Folios 34, 35). En igual sentido, durante la audiencia de fijación del objeto del litigio, la apoderada de la demandada reconoció que los referidos accionistas aprobaron la autorización emitida por el órgano directivo de El Puente S.A. En palabras de la apoderada de la demandada, ‘en ese punto, señor superintendente, favorablemente acogieron la decisión la señora Beatriz Helena y el abogado de los […] otros accionistas, Sebastián Verswyvel y

Juan Camilo Verswyvel tomada por la junta. Tres personas acogieron la decisión[1]'. Es entonces suficientemente claro que la asamblea general de accionistas de El Puente S.A. refrendó la autorización impartida por los directores de la sociedad para que la representante legal de la compañía demandada celebrara un contrato de compraventa.

Dicho lo anterior, le corresponde a este Despacho determinar si la decisión controvertida se adoptó conforme a las mayorías requeridas para el efecto. Para ello es pertinente formular algunas consideraciones acerca de la adopción de decisiones sociales en reuniones de segunda convocatoria. Al tenor del artículo 429 del Código de Comercio, en las reuniones de la naturaleza indicada se 'sesionará y decidirá válidamente con un número plural de socios, cualquiera que sea la cantidad de acciones que esté representada[2]'. Por virtud de esta disposición, el quórum para deliberar en una de tales reuniones puede configurarse con cualquier número de asociados, sin importar el porcentaje de participación presente en la sesión correspondiente. Sin embargo, como lo ha aclarado Reyes Villamizar, '[t]al previsión no significa, como es natural, que la votación pueda hacerse por cabezas a menos que se trata de sociedades por partes de interés. La mayoría decisoria deberá establecerse con fundamento en el porcentaje de capital representado'[3].

También resulta relevante poner de presente que, en el curso de una reunión de segunda convocatoria, deberán respetarse las mayorías calificadas previstas tanto en la ley como en los estatutos sociales. Así lo dispone el artículo 186 del Código de Comercio, a cuyo tenor las reuniones del máximo órgano social se celebrarán conforme al artículo 429 del Estatuto Mercantil, '**con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial**' (negrilla fuera de texto). Para Martinez Neira, ello quiere decir que 'los socios presentes pueden decidir sobre todos los temas para los cuales la ley o los estatutos no contemplen una mayoría distinta a la común u ordinaria […], a menos que la mayoría especial se cumpla[4]'. Así mismo, en criterio del Tribunal Superior de Bogotá, 'en las reuniones de segunda convocatoria la asamblea […] puede deliberar y decidir con un número plural de asociados […] siempre y cuando estatutaria o legalmente no se exijan mayorías especiales'[5].

---

1 Cfr. grabación de la audiencia del 3 de marzo de 2016 (vid. Folio 86) 46:06-46:58.

2 Esta disposición legal se ha reproducido textualmente en el artículo 41 de los estatutos sociales de El Puente S.A.

3 F Reyes Villamizar, Derecho Societario Tomo I (2014, Bogotá, Editorial Temis S.A.) 507-508.

4 NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2014, Bogotá, Legis Editores S.A.) 302.

5 Sentencia del 23 de mayo de 2008.

Así las cosas, en vista de que los estatutos de El Puente S.A. establecen que las decisiones sociales requerirán del voto favorable del 85% de las acciones presentes en la respectiva sesión asamblearia, es claro que en las reuniones de segunda convocatoria que se celebren en la compañía deberá respetarse siempre esa mayoría calificada. Sin embargo, la información disponible da cuenta de que la determinación controvertida en este proceso se adoptó con el voto favorable de apenas el 80% de las acciones representadas en la reunión del 3 de diciembre de 2015. Por virtud de las consideraciones antes expresadas, la pretensión formulada en la demanda habrá de prosperar.

[…]

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 que consta en el punto tres del acta n.° 45, adoptada durante la reunión de la asamblea general de accionistas de El Puente S.A. celebrada el 3 de diciembre de 2015.

Segundo. Ordenarle a la representante legal de El Puente S.A. que adopte las medidas necesarias para darle cumplimiento a lo resuelto en esta sentencia.

Tercero. Condenar en costas a la sociedad demandada y fijar como agencias en derecho a favor de las demandantes, una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

La anterior providencia se profiere a los veinte días del mes de abril de dos mil dieciséis y se notifica en estrados.

Sentencia n.° 800-33 del 21 de abril de 2016	
Partes	Orlando Oliveros Rocha contra Minas y Recursos Mineros S.A.S.
Asunto	Mora en el pago de acciones
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-253

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se advierta la ineficacia de las decisiones adoptadas durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Minas y Recursos Mineros S.A.S. celebrada el 29 de abril de 2015. Para el efecto, el demandante alega que no fue convocado a la referida reunión.

Una vez consultadas las pruebas disponibles en el expediente, el Despacho pudo constatar que, efectivamente, el demandante no fue convocado a la reunión del 29 de abril de 2015. En verdad, tal y como se desprende de la comunicación aportada al proceso por parte de la sociedad demandada, 'la reunión fue convocada [a] los socios activos, los socios morosos como el sr Oliveros fueron obviados' (vid Folio 210). Sin embargo, durante el presente proceso también se acreditó que el señor Orlando Oliveros está en mora de pagar sus aportes (vid. Folio 197)[1]. En este sentido, según lo previsto en el artículo 397 del Código de Comercio 'cuando un accionista esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito, no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas'. Es claro, pues, que, para la fecha de la reunión antes referida, se encontraban en suspenso los derechos políticos inherentes a las acciones suscritas por el demandante en el capital de Minas y Recursos Mineros S.A.S. Por este motivo, el Despacho deberá desestimar las pretensiones de la demanda.

Por lo demás, es relevante advertir que, durante una reunión asamblearia celebrada el 10 de diciembre de 2015, los accionistas de la sociedad demandada decidieron dejar sin efectos las determinaciones controvertidas en este proceso (vid. Folio 216 reverso).

[…]

1 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 6 de enero de 2016, folio 190 del expediente (5:53 a 7:08).

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 de la demanda.

Segundo. Abstenerse de proferir una condena en costas.

La anterior providencia se profiere a los veintiún días del mes de abril de dos mil dieciséis y se notifica en estrados.

Sentencia n.° 800-37 del 28 de abril de 2016	
Partes	Cristina Escallón Salazar contra El Zarzal S.A.
Asunto	Modificaciones al orden del día previsto para una reunión asamblearia / Poderes otorgados en el extranjero
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-197

Consideraciones del Despacho

El proceso iniciado por Cristina Escallón Salazar está orientado a que se advierta la ineficacia de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de El Zarzal S.A. durante la reunión celebrada el 5 de junio de 2015. Para tales efectos, la demandante ha afirmado que la sociedad panameña Clear Pond Investment Corporation, titular del 94.86% de las acciones en que se encuentra dividido el capital de El Zarzal S.A., estuvo indebidamente representada durante esa reunión. La demandante también considera que, en el curso de la referida reunión asamblearia, el accionista controlante de El Zarzal S.A. modificó, en forma irregular, los puntos del orden del día contemplados en la nota de convocatoria. Para responder a lo expresado por la demandante, el apoderado de El Zarzal S.A. ha manifestado que la reunión a que se ha hecho referencia fue celebrada en cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias atinentes al funcionamiento del máximo órgano social.

A continuación se presenta un estudio de cada una de las razones por las cuales la demandante considera que las decisiones objeto del presente proceso son ineficaces.

1. Acerca de la falta de quórum invocada por la demandante

Como ya se mencionó, el primero de los argumentos presentados por la demandante consiste en que '[C]lear Pond Investment Corp., no fue representada en la reunión extraordinaria de accionistas de El Zarzal S.A., y por ende no existió quórum para deliberar y decidir en dicha asamblea […], desembocando en clara ineficacia de las decisiones adoptadas en la misma, registradas ante la Cámara de Comercio el día 1 de julio de 2015' (vid. Folio 8). En particular, la demandante ha sostenido que María Ángela Raich Ortega, quien representó a la referida sociedad panameña durante la reunión del 5 de junio, no contaba con las facultades requeridas para el efecto. De acuerdo con la información disponible en el expediente, la señora Raich presentó dos poderes especiales para acreditar su calidad de apoderada de Clear

Pond Investment Corporation en la citada reunión. El primero de ellos fue un poder especial otorgado el 4 de junio de 2015 por José Antonio Lloreda Londoño, con base en un poder general que Joel Rolando Medina—socio de la firma panameña Icaza, González-Ruiz & Alemán—le había conferido al señor Lloreda Londoño el 6 de octubre de 2014 (vid. Folios 85 a 89). El segundo poder especial presentado por la señora Raich fue otorgado el 4 de junio de 2015 por Itzamara Madrid, directora y secretaria de Clear Pond Investment Corporation (vid. Folio 88). Para controvertir la validez de tales documentos, se ha dicho que no existe certeza en cuanto a si las personas que otorgaron los poderes mencionados contaban con facultades para ello[1]. Según lo expresado por el apoderado de la demandante, ello obedece a que en el certificado de persona jurídica de Clear Pond Investment Corporation, expedido por el Registro Público de Panamá el 27 de abril de 2015, no aparece inscrito un representante legal (vid. Folio 90). Por su parte, el apoderado de El Zarzal S.A. considera que los argumentos de la demandante encuentran asidero en normas foráneas cuya interpretación no le corresponde a esta Superintendencia[2].

En este punto es preciso reiterar que, de acuerdo con las consideraciones expuestas en el auto n.° 800-11765 del 7 de septiembre de 2015, 'el primero de los poderes especiales presentados por la señora Raich fue conferido con base en documentos emitidos por una autoridad pública panameña. En efecto, el poder general suscrito por Joel Rolando Medina está contenido en la escritura pública n.° 14.289, otorgada el 6 de octubre de 2014 ante el Notario Público Primero del Circuito de Panamá (vid. Folio 84). En ese documento se expresó, en forma explícita, que el señor Medina contaba con suficientes facultades para representar a Clear Pond Investment Corporation. Ciertamente, según el contenido de la citada escritura, el señor Medina no sólo fue reconocido como representante del agente registrado de Clear Pond Investment Corporation, sino también como titular de "capacidad y facultades para otorgar poder en nombre y representación [de la compañía]" (vid. Folio 85). Así mismo, en el certificado emitido por el Registro Público de Panamá parece constar que Icaza, González-Ruiz & Alemán es el agente residente de Clear Pond Investment Corporation' (vid. Folio 90)[3]. Con base en las anteriores precisiones, en el auto citado

---

1 Id., (3:52-4:00).

2 Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 16 de febrero de 2016, folio 572 del expediente (5:07-6:23).

3 Mediante la escritura pública n.° 8347 del 2 de septiembre de 1992, otorgada en la Notaría Décima del Circuito de Panamá, Clear Pond Investment Corporation les confirió poderes a los abogados Alfonso José Camacho, José Antonio Lloreda Londoño y Gustavo Tamayo con el fin de que ejercieran la representación legal y asumieran la gestión administrativa de la compañía. Para tal efecto, se acudió a los servicios profesionales de la firma Icaza, González-Ruiz & Alemán, la cual fue inscrita ante el Registro Público de Panamá como agente residente de Clear Pond Investment Corporation. Los poderes otorgados a los señores Alfonso José Camacho, José Antonio Lloreda Londoño y Gus-

se señaló que este Despacho no podía simplemente 'desconocer la vigencia de las afirmaciones formuladas en la escritura pública n.° 14.289 de la Notaría Primera del Circuito de Panamá, en la que se da fe pública de que el señor Medina puede actuar como apoderado general de Clear Pond Investment Corporation (vid. Folio 84 a 87).

La conclusión preliminar antes transcrita fue debatida por el apoderado de la demandante, con fundamento en que los documentos controvertidos deben ser examinados a la luz de la legislación societaria vigente en Colombia[4]. Sin embargo, debe insistirse en la idea de que esta Superintendencia no puede pronunciarse acerca de la validez de las inscripciones registrales efectuadas en la República de Panamá. Así lo ha sostenido este Despacho, de manera reiterada, a lo largo de diferentes pronunciamientos. En el caso de Gyptec S.A., por ejemplo, el Despacho se abstuvo de analizar 'la eficacia jurídica de determinaciones asamblearias adoptadas de conformidad con la legislación societaria vigente en la República de Panamá. Así, pues, si uno de los principales fundamentos de las pretensiones de la demanda es la ineficacia o nulidad de la designación de Jorge Hakim Tawil como representante legal de las sociedades panameñas antes referidas, deben aportarse pruebas idóneas que le permitan al Despacho constatar la configuración de alguno de tales vicios (p.ej. pronunciamientos de una autoridad panameña sobre el particular)'. Además, en el caso de Beymas Productos de España S.A.S., esta entidad explicó que no podía 'pronunciarse acerca de la eficacia jurídica de determinaciones asamblearias aprobadas de conformidad con la legislación societaria vigente en España. Por este motivo, el Despacho no puede restarle vigencia a la certificación emitida por el Registrador Mercantil de Barcelona, en la que aparece inscrito el señor José Manuel Marques Costan como representante legal de Beymas Productos de España S.L.'[5]. Así las cosas, es claro que la demandante no aportó nuevos elementos de juicio que permitieran desvirtuar la conclusión preliminar a la que arribó este Despacho en el auto n.° 800-11765 del 7 de septiembre de 2015[6].

2. Acerca de las modificaciones del orden del día

La demandante ha afirmado que, en el curso de la reunión del 5 de junio de 2015

---

tavo Tamayo fueron revocados mediante escritura pública n.° 15720 del 31 de octubre de 2014 (vid. Folio 248).

4 Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 16 de febrero de 2016, folio 572 (3:15-3:28).

5 Cfr. sentencia n.° 800-9 del 16 de febrero de 2015.

6 Según el texto del auto citado en el texto principal, 'para demostrar las supuestas falencias en la representación de Clear Pond Investment Corporation, la demandante debe aportar documentos idóneos que le permitan al Despacho constatar la veracidad de lo afirmado en la demanda'. A pesar de lo anterior, como ya se anotó, la demandante no aportó las pruebas concernientes.

se modificó en forma irregular el orden del día[7]. Por este motivo, la demandante considera que las decisiones adoptadas durante dicha reunión fueron ineficaces. Para controvertir estas afirmaciones, el apoderado de la sociedad demandada ha manifestado que las falencias a que se ha hecho referencia no tienen la virtualidad de afectar la eficacia de aquellas decisiones[8].

En este punto debe decirse que la reunión del 5 de junio de 2015 revistió el carácter de extraordinaria. Ello se debe a que las reuniones que se celebren por fuera de los tiempos establecidos en el artículo 422 del Código de Comercio no pueden ser calificadas como ordinarias. Tal y como se ha explicado en la doctrina, 'es la simbiosis entre la época de la asamblea y el temario de la reunión lo que ha de determinar si una sesión del máximo órgano de una sociedad se tipifica o no como una asamblea ordinaria. Por ejemplo, si la sesión se efectúa en el mes de mayo, con el fin de adoptar determinada decisión de contenido económico y para aprobar el balance, la junta de socios será extraordinaria; a pesar de que, según la ley, su temario es propio de las ordinarias, por el factor tiempo la sesión tendrá la naturaleza de extraordinaria y, como tal, deberá desarrollarse con sujeción a los requisitos propios de esta clase de reuniones'[9]. En este mismo sentido, 'nada obsta para que algunos puntos que tradicionalmente se tratan en sesiones ordinarias, puedan considerarse en reuniones de junta o asamblea de carácter extraordinario[10]'

Ahora bien, para resolver la presente controversia, debe decirse que en el Código de Comercio se consagraron reglas bastante precisas respecto de la posibilidad de ampliar el temario incluido en la convocatoria a reuniones extraordinarias de la asamblea general de accionistas. En efecto, según las voces del artículo 425 del Código de Comercio, '[l]a asamblea extraordinaria no podrá tomar decisiones sobre temas no incluidos en el orden del día publicado, [pero] podrá ocuparse de otros temas, una vez agotado el orden del día […]'.

En criterio de algunos autores, el incumplimiento de las reglas antes transcritas da lugar a la ineficacia de las decisiones asamblearias correspondientes, por virtud de lo establecido en el artículo 433 del Estatuto Mercantil. Para Martínez Neira, por ejemplo, 'la ineficacia estipulada en el artículo 433 procede […] [c]uando la determinación se haya logrado con omisión de las exigencias del artículo 425 del

---

7 Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 16 de febrero de 2016, folio 572 del expediente (9:00-10:00).

8 Id. (11:15-11:28).

9 NH Martínez Neira, Cátedra de derecho contractual societario: Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios (2ª ed., 2014, Bogotá, Legis) 293.

10 F Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 2a Edición (2013, Bogotá, Editorial Temis) 504.

Código de Comercio, tratándose de sociedades anónimas que no cotizan en bolsa[11]'. Aunque la sanción estudiada puede parecer drástica y excesivamente formalista, la ineficacia se justifica en estos casos por la necesidad de que se cumplan, en forma estricta, los protocolos previstos para la celebración de reuniones de la asamblea general de accionistas. De aceptarse una interpretación diferente a la expuesta, podría entorpecerse, innecesariamente, el funcionamiento del máximo órgano social.

En síntesis, pues, es perfectamente factible que la asamblea estudie puntos no previstos inicialmente en el orden del día, siempre que ello se haga una vez agotado el temario incluido en la respectiva nota de convocatoria. El incumplimiento de esta regla de procedimiento acarrea la ineficacia de las decisiones adoptadas irregularmente, en los términos del artículo 433 del Código de Comercio.

Efectuadas las anteriores precisiones, es posible ahora analizar las falencias invocadas por la demandante, a fin de establecer si las decisiones controvertidas fueron ineficaces. Según consta en el acta n.° 26, la asamblea general de accionistas de El Zarzal S.A. aprobó, en dos oportunidades, que se modificara el orden del día incluido en la nota de convocatoria remitida el 14 de mayo de 2015. En las tablas expuestas a continuación se pueden apreciar las aludidas modificaciones:

Tabla n.° 1

Orden del día incluido en la nota de convocatoria para la reunión del 5 de junio de 2015

Puntos del orden del día	Asunto
1	Lectura orden del día
2	Verificación del quórum
3	Elección del presidente y del secretario de la asamblea
4	Elección comisión para aprobación del acta
5	Consideración y aprobación de los informes de gestión de los administradores
6	Lectura del dictamen del revisor fiscal
7	Consideración y aprobación de los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2014

11 NH Martínez Neira, Cátedra de derecho contractual societario: Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios (2ª ed., 2014, Bogotá, Legis) 360.

Tabla n.° 2

Orden del día con las modificaciones aprobadas por la asamblea general de accionistas de El Zarzal S.A., durante la reunión del 5 de junio de 2015*

Puntos del orden del día	Asunto
1	Verificación del quórum
2	Elección del presidente
3	Reforma estatutaria eliminación del artículo 34 de los estatutos de la sociedad y elección de secretario de la asamblea
4	Elección comisión para aprobación del acta
5	Consideración y aprobación de los informes de gestión de los administradores
6	Lectura del dictamen del revisor fiscal
7	Consideración y aprobación de los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2014
8	Elección del revisor fiscal y suplente
9	Reforma de estatutos
10	Consideraciones relativas al contrato de fiducia contenido en la escritura pública 1542 del 18 de marzo de 2015 otorgada en la Notaría 24 del Círculo de Bogotá
11	Propuesta de acción social de responsabilidad contra el gerente Arturo Escallón Lloreda
12	Elección del representante legal principal y suplente
13	Elección de junta directiva

Tras una simple revisión de las tablas anteriores, es evidente que la asamblea analizó los puntos 8 a 13 del orden del día una vez agotado en su totalidad el temario inicial, tal y como lo exige el artículo 425 del Código de Comercio. Sin embargo, el punto 3 se debatió antes de haberse concluido los puntos originalmente previstos en la convocatoria, en contravención a lo establecido en el citado artículo 425 (vid. Folios 56 a 62). Debe entonces advertirse que es ineficaz la decisión de aprobar una reforma estatutaria para suprimir el artículo 34 de los estatutos de El Zarzal S.A., correspondiente al punto 3 antes mencionado.

[…]

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. Advertir la ineficacia de la decisión descrita en el punto 3 del orden del día contenido en el acta n.° 26 de la asamblea general de accionistas de El Zarzal S.A., denominado 'reforma estatutaria eliminación del artículo 34 de los estatutos sociales y elección de secretario'.

Segundo. Ordenar la inscripción de esta providencia en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá.

Tercero. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Cuarto. Ordenarle al representante legal de la sociedad demandada que adopte las medidas necesarias para cumplir con lo resuelto en esta sentencia.

Quinto. Condenar en costas a la demandada y fijar como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

La anterior providencia se profiere a los veintiocho días del mes de abril de dos mil dieciséis y se notifica en estrados.

Sentencia n.° 800-38 del 28 de abril de 2016	
Partes	Arturo Escallón Lloreda y Andrés Escallón Salazar contra El Zarzal S.A.
Asunto	Efectos de la supresión, por mayoría, de cláusulas compromisorias incluidas en los estatutos sociales
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-165

Consideraciones del Despacho

El proceso iniciado por Arturo Escallón Lloreda y Andrés Escallón Salazar busca que se declare la nulidad de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de El Zarzal S.A., en la reunión celebrada el 5 de junio de 2015. En sustento de sus pretensiones, los demandantes han afirmado que la sociedad panameña Clear Pond Investment Corporation, accionista mayoritaria de El Zarzal S.A., estuvo indebidamente representada durante dicha reunión. Los demandantes también han manifestado que, en el curso de la referida sesión asamblearia, el bloque controlante de El Zarzal S.A. modificó, en forma irregular, los puntos del orden del día. A continuación se presenta un análisis acerca de los argumentos formulados por Arturo y Andrés Escallón.

1. Acerca de la falta de quórum invocada por los demandantes

Por un lado, los demandantes consideran que no se configuró el quórum requerido para que el máximo órgano social de El Zarzal S.A. pudiera deliberar y decidir válidamente en la reunión del 5 de junio de 2015. Como justificación de lo anterior, tales personas han sostenido que María Ángela Raich Ortega, quien representó a Clear Pond Investment Corporation durante esa reunión, no contaba con facultades para ello. Para responder a lo expresado por los demandantes, el apoderado de El Zarzal S.A. ha manifestado que la acción de impugnación de decisiones sociales a que alude el artículo 191 del Código de Comercio no es el mecanismo adecuado para controvertir el incumplimiento de las reglas atinentes al quórum. Según lo expresado por el referido apoderado, 'no es procedente, jurídicamente, debatir en este proceso de impugnación que se basa en la supuesta nulidad de las decisiones, cuestiones de eficacia como la referente al quórum de la reunión […]' (vid. Folio 525).

En este punto debe advertirse que, en efecto, la falta de quórum alegada no conlleva a la nulidad de las decisiones a que hace referencia el acta n.° 26 del 5 de junio de 2015. En realidad, dicha falencia tan sólo podría tener la virtualidad de afectar la

eficacia de las decisiones en comento. Ello obedece a que, a la luz de lo establecido en el artículo 190 del Código de Comercio, 'las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces'. Por su parte, el artículo 186 del Estatuto Mercantil dispone 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 convocación y quórum'. De ahí que no puedan aceptarse los argumentos esgrimidos por la apoderada de los demandantes, en el sentido de que la consecuencia jurídica aplicable a las decisiones adoptadas sin el quórum requerido para deliberar sea la nulidad absoluta.

2. Acerca de las modificaciones del orden del día

De otro lado, los demandantes han censurado el hecho de que, durante la reunión del 5 de junio de 2015, el accionista controlante de El Zarzal S.A. aprobó diferentes modificaciones del orden del día establecido en la convocatoria. En particular, la apoderada de los demandantes ha dicho que, en vista de que la mencionada reunión era de carácter extraordinario, cualquier modificación del orden del día tenía que efectuarse en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 425 del Código de Comercio.

Por su parte, el apoderado de la sociedad demandada ha puntualizado que 'no es procedente jurídicamente, como lo pretende la parte demandante, tratar de ajustar la reunión de la Asamblea General de Accionistas llevada a cabo el 05 de 2015, a las reglas que aplican a las reuniones extraordinarias […]' (vid. Folio 515). Es relevante anotar que, en el curso del presente proceso, el referido apoderado ha insistido en que la reunión del 5 de junio 'es una reunión de carácter ordinario por el temario[1]'. Así, pues, en vista de que en el artículo 182 del Código de Comercio se establece que '[e] n las reuniones ordinarias la asamblea podrá ocuparse de temas no indicados en la convocatoria, a propuesta de los directores o de cualquier asociado', el apoderado de El Zarzal S.A. considera que las modificaciones controvertidas por los demandantes no tienen la virtualidad de comprometer la validez de las determinaciones sociales a que se ha hecho referencia. Por lo demás, el apoderado de la demandada ha dicho que, en todo caso, las sanciones derivadas del incumplimiento de lo establecido en el artículo 425, citado, sólo proceden si se acredita una violación de los derechos políticos de los accionistas minoritarios[2].

En este punto debe decirse que la reunión del 5 de junio de 2015 fue, en efecto, de carácter extraordinario. Ello se debe a que las reuniones que se celebren por fuera

1 Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 16 de febrero de 2016, folio 702 del expediente (16:48-16:58).

2 Id. (16:59-17:39).

de los tiempos establecidos en el artículo 422 del Código de Comercio no pueden ser calificadas como ordinarias. Es claro, entonces, que para poder adicionar el orden del día previsto para la reunión del 5 de junio de 2015, era necesario cumplir con las exigencias del artículo 425 del Código de Comercio. Sin embargo, debe advertirse que la violación de lo previsto en ese artículo no acarrea la nulidad de las respectivas decisiones sociales, sino su ineficacia, de conformidad con el artículo 433 del Código de Comercio. Por consiguiente, no pueden aceptarse los argumentos de los demandantes.

3. Acerca de la reforma al artículo 32 de los estatutos de El Zarzal S.A.

Por lo demás, en el curso del presente proceso, los demandantes han insistido en que la decisión de suprimir la cláusula compromisoria prevista en el artículo 32 de los estatutos de El Zarzal S.A. fue adoptada 'excediendo los límites del contrato social', en los términos del artículo 190 del Código de Comercio.

Para responder a las afirmaciones de los demandantes, debe señalarse que, como lo ha sostenido este Despacho en reiteradas oportunidades, la cláusula compromisoria no está sujeta a las normas que regulan la constitución y el funcionamiento de personas jurídicas societarias[3]. Ello se debe a que, como lo ha explicado la doctrina más autorizada, el pacto arbitral no constituye un elemento accesorio del contrato de sociedad, sino, más bien, un negocio jurídico autónomo. En criterio de Martínez Neira, 'si bien la cláusula compromisoria se incluye normalmente dentro de la misma escritura pública de constitución de sociedad, por autorizarlo así el artículo 110 del Código de Comercio, no quiere decir que ella sea una cláusula accesoria del contrato de sociedad […] El pacto arbitral en una sociedad es en sí mismo considerado un contrato independiente y diferenciable del contrato de sociedad. Como consecuencia de su autonomía, **el pacto arbitral no se rige por las leyes del contrato de sociedad**. Por ello, constituye un yerro mayúsculo considerar que al formar la cláusula compromisoria parte de la misma escritura pública societaria donde se encuentran regulados los estatutos sociales, se trate del mismo negocio jurídico o de una cláusula accidental del contrato social' (se resalta)[4]. Así las cosas, si el pacto arbitral no constituye un elemento accesorio del contrato de sociedad, sería

---

3 Como lo ha reconocido la Corte Constitucional, el caso de la sociedad por acciones simplificada es diferente al de los tipos regulados en el Código de Comercio. Ello se debe a que, en la regulación de aquel tipo societario, la cláusula compromisoria sí recibe el tratamiento específico de una cláusula estatutaria, al tenor del artículo 41 de la Ley 1258 de 2008. De ahí que la Corte Constitucional hubiera considerado que, en las sociedades por acciones simplificadas, los efectos de la cláusula compromisoria deben extendérseles automáticamente a las personas que compren acciones de una compañía (cfr. sentencia n.° C-14 de 2010).

4 NH Martínez Neira, Cátedra de derecho contractual societario: Regulación comercial y bursátil de

equivocado concluir que la cláusula compromisoria debe regirse por las normas que regulan el funcionamiento de personas jurídicas de naturaleza societaria.

La anterior aclaración apunta a una diferencia esencial entre el régimen legal vigente para la aprobación de reformas estatutarias y aquél que regula la inclusión, modificación o supresión de cláusulas compromisorias en los estatutos sociales. Mientras que la reforma de los estatutos de una compañía está sujeta a las normas sobre la aprobación de determinaciones en el máximo órgano social, las decisiones atinentes al pacto arbitral deben ceñirse a los principios del arbitramento. Para el caso de las reformas estatutarias, todos los asociados—incluidos los que no asistan a la respectiva reunión o voten en contra de la decisión concerniente—quedan vinculados por las modificaciones introducidas en los estatutos sociales.[5] Por el contrario, la inclusión, modificación o supresión de una cláusula compromisoria requiere, en todos los casos, el consentimiento unánime de los sujetos interesados en acudir a la justicia arbitral. De no aceptarse la anterior interpretación, se presentaría una contradicción insalvable entre la ley de las mayorías que rige el funcionamiento del máximo órgano social y los principios en que se funda la justicia arbitral[6].

Es por ello por lo que, en criterio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, '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 surtirse 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**' (negrillas fuera de texto)[7].

En este orden de ideas, el Despacho debe rechazar los argumentos formulados por los demandantes. Ello se debe a que, en vista de que la cláusula compromisoria incluida en el artículo 32 no es un elemento accidental de los estatutos de El Zarzal S.A., la supresión de dicha cláusula no pudo haber excedido los límites del contrato social.

4. Conclusiones

---

los actos y contratos societarios (2010, Bogotá, AbeledoPerrot) 770.

5 Según el artículo 188 del Código de Comercio, 'las decisiones que se adopten con el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes obligarán a todos los socios, aun a los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y que se ajusten a las leyes y a los estatutos'.

6 'A la cláusula compromisoria no le son aplicables los medios de reforma y extinción del contrato social, toda vez que, al ser un negocio jurídico autónomo y privado, no puede modificado ni extinguido por la voluntad de una mayoría social, sino por la unanimidad de las partes que lo han celebrado o adherido' (NH Martínez Neira (2010) 771).

7 Sentencia del 5 de diciembre de 2012.

A la luz de las anteriores precisiones, debe concluirse que los vicios invocados por los demandantes no tienen la virtualidad de afectar la validez de las decisiones descritas en el acta n.° 26 del 5 de junio de 2015. Por consiguiente, se desestimarán las pretensiones de la demanda.

[…]

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 de la demanda.

Segundo. Declarar que prosperan las excepciones de mérito formuladas por la sociedad demandada.

Tercero. Condenar en costas a los demandantes y fijar, a título de agencias en derecho, una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

La anterior providencia se profiere a los veintiocho días del mes de abril de dos mil dieciséis y se notifica en estrados.

Sentencia n.° 800-40 del 29 de abril de 2016	
Partes	María del Rosario Cabal Azcárate contra Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S. en C.
Asunto	Alcances del artículo 185 del Código de Comercio
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-108

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está encaminada a que se declare la nulidad de diversas decisiones aprobadas durante una reunión de la junta de socios de Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S. en C. celebrada el 31 de marzo de 2015. Según consta en el acta No. 54, las determinaciones controvertidas consistieron en la aprobación de los estados financieros, el informe del socio gestor y el proyecto de distribución de utilidades.

Como fundamento de las pretensiones formuladas en la demanda, se ha dicho, en primer lugar, que el informe de gestión y los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2014 fueron aprobados 'por uno de los socios gestores, el señor Modesto Ignacio Cabal Azcárate, [y fueron aprobados] únicamente con los votos de los dos socios gestores, esto es, Maria Catalina Cabal Azcárate quien manifestó su voto como socia comanditaria y Modesto Ignacio Cabal Azcárate, este último valiéndose de interpuesta persona, esto es, de la sociedad Inversiones Modesto Cabal y Cía. S. en C.' (vid. Folios 3 y 4). A partir de esta última afirmación, la demandante considera que las decisiones impugnadas no se aprobaron con las mayorías requeridas en la ley e infringieron, además, lo establecido en el artículo 185 del Código de Comercio. En segundo lugar, la demandante aduce que la decisión de aprobar el proyecto de distribución de utilidades adolece de nulidad absoluta, debido a que se adoptó sin las mayorías requeridas en la ley y en los estatutos, toda vez que 'la socia gestora Maria Catalina Cabal Azcárate, no votó en condición de socia gestora' (vid. Folio 4).

Para resolver el presente caso, a continuación se hace referencia a los diferentes argumentos presentados por la demandante para sustentar sus pretensiones.

1. Acerca de la violación del artículo 185 por parte de Modesto Cabal

La apoderada de la demandante considera que tanto el informe de gestión como los estados financieros fueron aprobados con el voto del representante legal principal de la compañía, Modesto Cabal, en violación del artículo 185 del Código de Comercio.

Sin embargo, debe precisarse que el señor Modesto Cabal no actuó en la reunión del 31 de marzo de 2015 a título personal, sino en su condición de representante legal de Inversiones Modesto Cabal y Cía. S. en C. En esa medida, es necesario poner de presente que la prohibición del artículo 185 del Código de Comercio no puede extendérseles a los administradores que acudan a una reunión del máximo órgano social en su calidad de representantes legales de personas jurídicas que revistan la calidad de asociadas. La anterior afirmación, cuyo fundamento puede encontrarse en el propio texto del artículo 185, ha sido refrendada por esta Superintendencia, por vía administrativa.

Así, por ejemplo, según el Oficio n.° 220-98745, 'los administradores de una compañía están impedidos para aprobar los balances y cuentas de fin de ejercicio así como los de liquidación. Indudablemente es una norma de carácter imperativo que se funda única y exclusivamente en cuestiones de índole ética, y que su desconocimiento acarrea una ilegalidad. Pero la citada norma trae aparejada una excepción, cual es que las personas sobre las cuales recae la prohibición, es decir los administradores, entendiendo por estos los que se encuentran contemplados en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 y los empleados de la compañía, están exentas de ella en el evento en que ostenten la calidad de representante legal de la persona en cuyo nombre actúan'.

Así las cosas, es claro que el señor Modesto Cabal sí podía representar a Inversiones Modesto Cabal y Cía. S. en C. durante la reunión de la junta de socios de Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S. en C. celebrada el 31 de marzo de 2015. También es forzoso concluir que el señor Cabal podía votar los balances de fin de ejercicio de Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S. en C., en ejercicio de su calidad de representante legal de Inversiones Modesto Cabal y Cía. S. en C.

Ahora bien, la demandante ha resaltado la anómala situación que puede producirse si este Despacho permite que el señor Modesto Cabal se valga de su calidad de representante legal de Inversiones Modesto Cabal y Cía. S. en C. para aprobar los estados financieros que él mismo preparó. Este problema, estudiado desde hace muchos años en el derecho comparado, ya ha sido analizado profusamente en el contexto societario colombiano. Según el criterio de Reyes Villamizar, 'tampoco 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 […]. Esta palabra denota la intención de utilizar la sociedad como un intermediario para cumplir actividades que le estarían vedadas a la persona natural. Así, el esquema societario puede terminar convertido en un

expediente idóneo para perpetrar alguna modalidad de fraude a la ley'[1].

Para hacerle frente al problema de la interposición societaria, es posible solicitar, ante las instancias judiciales, que se declare inoponible la personificación jurídica independiente de la sociedad indebidamente utilizada. Las pretensiones en un proceso de esa naturaleza deberán estar encaminadas a desestimar la personalidad de una compañía para imputarles a sus asociados, a título personal, los actos llevados a cabo por la sociedad. Según lo expresó esta Superintendencia en la sentencia n.° 800-55 del 16 de octubre de 2013, 'el 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. 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 S.A.S. recurrieron a la figura de la interposición societaria con la finalidad específica de evadir los topes legales correspondientes. […] por haberse acreditado que [las sociedades interpuestas] sirvieron de herramienta para consumar una infracción legal, el Despacho le imputará a Mónica Colombia S.A.S. las actuaciones adelantadas por aquellas compañías para acceder al programa de ICRs'.

A la luz de lo anterior, en el caso específico analizado en esta sentencia, la demandante podría solicitar que se le imputaran al señor Modesto Cabal los votos emitidos por Inversiones Modesto Cabal y Cía. S. en C. en la reunión de la junta de socios de Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S. en C. celebrada el 31 de marzo de 2015. De prosperar una pretensión como la indicada, se configuraría una violación flagrante del artículo 185 del Código de Comercio.

Sin embargo, el Despacho no puede desconocer, en este proceso, la personificación jurídica independiente de Inversiones Modesto Cabal y Cía. S. en C. Ello se debe a que no se han formulado pretensiones en el sentido mencionado, sino apenas solicitudes de nulidad de decisiones sociales aprobadas por Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S. en C. Por este motivo, el Despacho no puede invocar la sanción de desestimación de la personalidad jurídica sin romper el principio de congruencia entre las pretensiones y la sentencia. También es preciso recordar que la demanda

1 FH Reyes Villamizar, Derecho societario (3ª ed., 2016, Bogotá, Editorial Temis) 262.

se dirigió apenas en contra de Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S. en C. y no incluyó como demandada a Inversiones Modesto Cabal y Cía. S. en C. ni al señor Modesto Cabal. En consecuencia, si este Despacho desestimara oficiosamente la personalidad jurídica de una sociedad que no formó parte de este proceso, se configurarían agudas violaciones de prerrogativas tan importantes como los derechos a la defensa y al debido proceso.

En síntesis, pues, este Despacho debe concluir que el señor Modesto Cabal sí podía representar a Inversiones Modesto Cabal y Cía. S. en C. a durante la reunión del 31 de marzo de 2015 y votar los estados financieros de Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S. en C. presentados durante esa sesión del máximo órgano. Esta conclusión encuentra sustento no sólo en la excepción expresa contenida en el artículo 185 del Código de Comercio, sino también en el hecho de que el Despacho no puede desconocer, en este proceso, la personificación jurídica independiente de Inversiones Modesto Cabal y Cía. S. en C.

2. Acerca de la violación del artículo 185 por parte de María Catalina Cabal

La apoderada de la demandante también considera que la gestora suplente de Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S en C. participó, indebidamente, en las votaciones acontecidas durante la reunión del 31 de marzo. Según la demandante, 'teniendo en cuenta la declaración ficta, quedó plenamente probado que la señora Maria Catalina Cabal Azcarate ejerció como socia gestora y administradora […] durante el ejercicio del 2014 y la votación emitida en la junta de socios aquí controvertida, la aprobación de estados financieros, distribución de utilidades en su calidad de socia gestora, en ese sentido se controvierte la disposición del artículo 185 toda vez que la normativa nacional ha establecido una doble prohibición. En primer lugar, la limitación de la participación de los administradores y la prohibición del derecho político al voto cuando en estas decisiones se aprueban los estados financieros y las cuentas de fin de ejercicio'[2].

En este punto debe decirse que la prohibición del artículo 185 del Código de Comercio recae, exclusivamente, sobre los administradores que estén en ejercicio de sus cargos. Es decir que la aludida prohibición tan sólo podrá hacerse efectiva respecto de aquellos funcionarios suplentes que, dentro del período para el cual fueron designados, hubieren ejercido labores de administración en reemplazo de las personas que ocupan los cargos principales[3].
En vista de lo anterior, será preciso establecer si la señora María Catalina Cabal

---

2 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 11 de febrero de 2016, folio 215 del expediente (1:50–8:25).

3 Lo expresado en el texto principal encuentra sustento en múltiples pronunciamientos emitidos

ejerció el cargo de administradora en Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S. en C. con anterioridad a la reunión del 31 de marzo de 2015. Para el efecto, es claro que la señora Cabal sólo podría actuar ante la 'ausencia del titular [puesto que] la capacidad para contratar a nombre de la compañía sólo nace para [el suplente] en el momento en que el titular no puede ejercer el cargo y por consiguiente, si no se ha dado dicho presupuesto, el suplente actuaría sin poder para ello[4]'.

Lo primero que debe decirse, en este sentido, es que el representante legal principal de la compañía parece haber desempeñado algunas de sus funciones desde una ciudad diferente a la del domicilio social[5]. Sin embargo, esta circunstancia no significa que la señora Cabal hubiera quedado habilitada, en forma automática, para actuar como representante legal de la compañía. En verdad, según lo ha expresado esta Superintendencia, en el ordenamiento societario colombiano no existen restricciones para que los administradores cumplan con sus funciones a distancia[6]. Es decir que el ejercicio de la representación legal desde un lugar diferente al del domicilio social no constituye, necesariamente, una falta absoluta o temporal del administrador principal que haga necesaria la actuación de los suplentes. Por consiguiente, el Despacho no encontró que se hubiere presentado una falta temporal o absoluta del representante legal principal de Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S. en C. que habilitara a María Catalina Cabal para ejercer funciones de administración[7].

Por lo demás, a pesar de la confesión ficta, la demandante no demostró que la señora Cabal hubiera representado a la compañía en sus relaciones con terceros

---

por esta entidad. En el Oficio 220-27206 del 7 de junio de 2001 se expresó, por ejemplo, que 'si el respectivo suplente no ejerció en ninguna oportunidad funciones como representante legal en forma temporal o definitiva, es decir, si no tuvo injerencia alguna en la administración de la sociedad, sencillamente no se encontraría incurso en la prohibición de que trata el artículo en comento y por tanto podría votar la aprobación de los respectivos balances'. Adicionalmente, en criterio de Reyes Villamizar, 'la demostración de que un suplente no ha actuado […] lo pone a salvo de ciertas prohibiciones que les impone a los administradores sociales, como sería la contenida en el artículo 185 del Código de Comercio (FH Reyes Villamizar, Derecho Societario (Tomo I, 2ª Ed, Editorial Temis, 2006) 582).

4 Oficio No. 220-45508 del 22 de julio de 1998.

5 Maria Catalina Cabal al rendir su testimonio manifestó que 'el Señor Modesto Cabal reside en Panamá. […] él llega a Cali cuando es necesario'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 18 de agosto de 2015, folio 107 del expediente (17:42 – 19:06).

6 Oficio No. 220-53018 del 27 de mayo de 1999.

7 Maria Catalina Cabal al rendir su testimonio manifestó que 'nunca he actuado en nada como socia gestora'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 18 de agosto de 2015, folio 107 del expediente (39:46- 40:02). De igual forma en el acta n.° 54 del 31 de marzo de 2015, se estableció que la Socia Maria Catalina Cabal no ha realizado ninguna gestión como socia gestora ni como administradora (vid. Folio 52)

o ejercido, de alguna otra manera, el cargo de representante legal de Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S. en C. Por virtud de las anteriores consideraciones, el Despacho debe concluir que la señora María Catalina Cabal no estaba sujeta a la prohibición del artículo 185 del Código de Comercio al momento de participar en la reunión de la junta de socios de Inversiones Cabal Azcárate y Cía. S. en C. celebrada el 31 de marzo de 2015.

3. Acerca de la violación del artículo 336 del Código de Comercio

Finalmente, la apoderada de la demandante controvirtó la validez de las decisiones bajo estudio con fundamento en la presunta violación de lo previsto en el artículo 336 del Código de Comercio. En su criterio, la señora Maria Catalina Cabal ejerció su derecho de voto como socia comanditaria, mas no como gestora de Inversiones Cabal Azcárate S. en C. (vid. Folios 2 a 4). Por este motivo, no se habrían cumplido los requisitos exigidos para adoptar decisiones sociales en compañías del tipo comanditario[8].

Una vez revisada el acta n.° 54, el Despacho encontró que Maria Catalina Cabal no manifestó explícitamente en qué calidad votó durante la reunión del 31 de marzo de 2015. Sin embargo, la señora Cabal aclaró, durante la práctica de su testimonio, que había votado en ambas calidades[9]. Así las cosas, el Despacho encuentra que al haberse aprobado el informe de gestión y los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2014 con el voto favorable de Maria Catalina Cabal y de Inversiones Modesto Cabal y Cía. S. en C. se cumplieron las mayorías exigidas en la ley para la adopción de decisiones sociales (vid. Folios 52 a 54). En lo referente a la aprobación del proyecto de distribución de utilidades, el Despacho encuentra que la decisión se adoptó con el voto favorable de Maria Catalina Cabal, Inversiones Modesto Cabal y Cía. S. en C. y Modesto Ignacio Cabal, por lo cual esta decisión también se adoptó con las mayorías exigidas en la ley (vid. Folio 54). En consecuencia, se desestimarán las pretensiones formuladas en la demanda.

[…]

---

8 De acuerdo con las normas que regulan el funcionamiento de las reuniones del máximo órgano de una sociedad en comandita, 'para la validez de las decisiones se impone no solo la presencia de las dos categorías de socios sino el voto afirmativo de cada uno de ellos, con las mayorías previstas para cada asunto, además del cumplimiento de lo prescrito en los estatutos o en la ley, en cuanto a convocatoria y quórum se refiere'. Cfr. Oficio 220-43150 del 18 de octubre de 2001. Sobre este particular, puede consultarse también el oficio n.° 220-081830 del 9 de junio de 2009.

9 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 18 de agosto de 2015, folio 107 del expediente (40:39 41:53).

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 de la demanda.

Segundo. Condenar en costas a la demandante y fijar a título de agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

La anterior providencia se profiere a los veintinueve días del mes de abril de dos mil dieciséis y se notifica en estrados.

Sentencia n.° 800-46 del 11 de mayo de 2016	
Partes	Edgar Orlando Corredor contra Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla
Asunto	Abuso de mayoría en la creación de una junta directiva espuria
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-128

Consideraciones del Despacho

Edgar Orlando Corredor, accionista minoritario de Centro de Diagnóstico Automotriz (CDA) El Arauco S.A.S., inició este proceso para controvertir, por abusiva, la conducta de los accionistas controlantes de la compañía. Según lo expresado en la demanda, Juan Manuel Pinilla se valió de su mayoría accionaria en CDA El Arauco S.A.S. para designar a sus familiares en cargos de administración generosamente remunerados, con el propósito de expropiar al señor Corredor. Por este motivo, las pretensiones del demandante están encaminadas a que este Despacho declare que los demandados ejercieron en forma abusiva su derecho de voto al poner en marcha una junta directiva para CDA El Arauco S.A.S., elegir a los familiares del señor Pinilla como directores y fijarles honorarios exorbitantes. Así, pues, en vista de que la demanda busca cuestionar la configuración interna de esa compañía, el Despacho considera necesario aludir a las circunstancias fácticas que podrían justificar la intervención de los jueces en esa clase de asuntos.

1. Acerca de la intervención judicial en la organización interna de una compañía

Uno de los principios de derecho societario más respetados por la jurisprudencia comparada consiste en que, como regla general, los jueces no deben entrometerse en la configuración de los órganos internos de una sociedad. Por virtud de esta deferencia judicial, las decisiones que tomen los accionistas en cuanto a la identidad y la remuneración de los administradores sociales suelen estar a salvo de cualquier escrutinio. No tendría mayor sentido, en verdad, que los jueces decidieran asumir la potestad de inmiscuirse, a tal grado, en la gestión de los asuntos internos de una compañía[1]. Por tal razón, este Despacho se ha mostrado particularmente renuente a poner en tela de juicio las decisiones de los empresarios acerca de la

1 Por ejemplo, en el contexto específico del abuso del derecho de voto, la Corte de Casación francesa ha manifestado que los jueces no pueden inmiscuirse en la esfera interna de las compañías hasta tal punto que 'impongan una decisión que sólo puede ser tomada por los órganos sociales' (cfr. sentencia del 31 de marzo de 2009).

composición de los órganos de administración de una compañía. En el caso de Cristal 2010 S.A.S., por ejemplo, el Despacho desestimó pretensiones orientadas a controvertir la designación del accionista controlante de esa compañía como representante legal principal. En la sentencia n.° 800-25 del 4 de abril de 2016 se dijo, en este sentido, que 'aunque el apoderado de las demandantes considera que el [accionista mayoritario] accedió al cargo de representante legal para "tener control absolutamente de todo", el Despacho no encuentra en esa circunstancia motivo alguno de censura. […] La decisión del [demandado] obedeció apenas al ejercicio legítimo de sus derechos como titular de la mayoría de las acciones en que se divide el capital de Cristal 2010 S.A.S. Al no haberse demostrado el abuso del derecho invocado en la demanda, mal haría este Despacho en limitar la potestad del controlante de asumir personalmente la representación legal de esa compañía'.

Claro que, como también se ha reconocido en el derecho comparado, existen circunstancias excepcionales que harían necesaria la intromisión judicial en la órbita interna de una compañía, incluso respecto de decisiones tan importantes como la composición de los órganos de administración y la remuneración de sus miembros[2]. Ello sería procedente cuando la actuación cuestionada en juicio hubiera desbordado los límites de lo permisible bajo el ordenamiento societario colombiano, como ocurriría, por ejemplo con la violación del régimen de conflictos de interés[3] o la suplantación irregular de directores y representantes legales[4]. La intervención de los jueces en la organización interna de una sociedad también sería procedente cuando un accionista hubiera ejercido su derecho de voto en forma abusiva, como quedó sentado en el proceso de Serviucis S.A contra Nueva Clínica Sagrado Corazón (NCSC) S.A.S.

En el caso citado, este Despacho censuró la conducta de un accionista controlante que removió a un accionista minoritario, Serviucis S.A., de la junta directiva de la sociedad demandada. Según se explica en la sentencia n.° 800-73 del 19 de diciembre de 2013, la particular estructura societaria diseñada para inyectarle capital a NCSC S.A.S. había dado lugar a que Serviucis S.A. tan sólo pudiera informarse acerca de la actividad social mediante su participación en la junta directiva de aquella compañía. Ante el surgimiento de un agudo conflicto intrasocietario y en ciernes de la venta del bloque mayoritario de acciones de NCSC S.A.S., el accionista controlante decidió expulsar a Serviucis S.A. de la junta. En la sentencia aludida, este Despacho explicó que 'la decisión controvertida tuvo como propósito primordial restringir el

2 FH O'Neal y RB Thompson, Oppression of Minority Shareholders and LLC Members (2004, 2ª ed., Thomson West) 3-55.

3 Ángela Azuero contra El Puente S.A. (sentencia n.° 800-116 del 3 de septiembre de 2015).

4 Inversiones Cajiao Canfield S.A.S. contra Ricardo Hormaza Meza y otros (sentencia n.° 800-13 del 28 de enero de 2014).

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 […] controlar el flujo de información acerca de las actividades 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 se ejerció el derecho de voto en forma abusiva, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008'.

Aunque en el caso de NCSC S.A.S. se anuló la remoción malintencionada de un administrador, este Despacho también resaltó que la intervención judicial en la composición de los órganos sociales debe revestir un carácter absolutamente excepcional. Así, pues, '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 de 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 del máximo órgano social […]. 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'.

En síntesis, pues, la intervención judicial de esta Superintendencia en la designación y remoción de administradores tan sólo podrá producirse de manera excepcional, cuando se acredite la opresión de accionistas minoritarios mediante decisiones sociales abusivas o alguna otra violación del ordenamiento societario colombiano que haga necesaria una actuación de esa naturaleza[5].

2. Acerca de la expropiación de minoritarios mediante la asignación inequitativa de cargos en la sociedad

En compañías cerradas, es bastante usual que los asociados ocupen cargos remunerados en la administración social. Estas estrechas relaciones entre una sociedad y sus accionistas suelen ser indispensables para el adecuado cumplimiento de la actividad de la compañía. Pero la remuneración derivada de estos vínculos

5 En el caso de Oben Muebles S.A., por ejemplo, este Despacho consideró la posibilidad de suspender la designación de una representante legal, a partir del aparente incumplimiento de las obligaciones contenidas en un protocolo de familia (cfr. auto n.º 801-11759 del 20 de agosto de 2014).

también les permite a los accionistas recibir anticipadamente una porción de los flujos de efectivo generados por la sociedad, sin que sea necesario esperar al pago de dividendos. Es incluso habitual que las utilidades de un ejercicio se distribuyan íntegramente por vía de salarios y honorarios, una práctica tan difundida entre los empresarios que en la doctrina especializada se le conoce como el pago de 'dividendos de facto[6]'.

Cabe entonces preguntarse qué ocurre en estas hipótesis con los accionistas que han sido marginados de la administración. Si la totalidad de las utilidades sociales se reparte por vía de salarios y honorarios, no quedarán recursos para el pago de dividendos al final del ejercicio. Es posible, pues, que los asociados excluidos de la administración se vean privados, en forma permanente, de un retorno sobre la inversión que efectuaron en el fondo social[7]. Y un asociado puesto en tales circunstancias difícilmente podrá exigir, ante las instancias judiciales, que se le conceda un cargo remunerado en la administración[8]. Tampoco será fácil alegar que son exorbitantes los salarios que perciben los demás accionistas, en vista de las inmensas complejidades probatorias de calcular el valor justo que deben recibir los administradores de una sociedad cerrada[9].

Precisamente por la dificultad de cuestionar esta clase de decisiones, la asignación inequitativa de cargos remunerados es una de las modalidades más efectivas de expropiación de accionistas minoritarios[10]. Bajo esta ingeniosa estrategia de opresión, los ánimos lesivos del controlante se camuflan tras decisiones que pertenecen a la esfera más íntima de la compañía, vale decir, la elección de las personas que habrán de gestionar los negocios sociales y la fijación de sus salarios. Ante el surgimiento de un conflicto intrasocietario, no es entonces extraño que un accionista controlante decida monopolizar las plazas disponibles en la administración social o, incluso, crear nuevos órganos de gestión[11]. Estos cargos serán ocupados exclusivamente por el controlante y sus allegados, quienes recibirán una remuneración munificente

---

6 DK Moll, Shareholder Oppression & Dividend Policy in the Close Corporation (2003) 60 WASH & LEE L REV 3, 877-880.

7 FH O'Neal, Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights (1987) 35 CLEV ST L REV 12 125 y HG Manne, Our Two Corporation Systems: Law and Economics (1967) 53 VIRG L REV 2, 281.

8 Esta misma Superintendencia ha expresado, por vía administrativa, que a los accionistas de una compañía de capital no les asiste el derecho de administrar los negocios sociales (Oficio 220-230962 del 22 de diciembre de 2014).

9 FH O'Neal y RB Thompson (2004) 3-70 y 3-71.

10 Id., 3-55.

11 FH Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada (3ª Ed, Editorial Legis, 2013a) 143.

de parte de la compañía. Al final del ejercicio, merced al incremento de los gastos operativos, el controlante habrá consumido una porción leonina de los excedentes de caja generados por la sociedad, de suerte que, al momento de determinar las utilidades repartibles, al minoritario le corresponderá un dividendo exiguo. El minoritario se verá entonces forzado a ver 'cómo el controlante y sus familiares viven a sus anchas, a expensas del patrimonio social […], mientras que a él se le priva de un verdadero retorno por su inversión en la compañía[12]'.

Un minoritario que pretenda defenderse de esta clase de estrategias opresivas deberá lograr que un juez se entrometa en la órbita interna de la sociedad. Para persuadir al juez de que ello es necesario, será preciso demostrar que el controlante ha configurado los órganos de administración con ánimos expropiatorios. Esta altísima carga probatoria podría empezar a satisfacerse si el minoritario logra acreditar, por ejemplo, que el controlante y sus allegados reciben cuantiosos salarios, mientras que se marchitan las utilidades disponibles para repartir entre los accionistas. Los esfuerzos probatorios del minoritario podrían afianzarse si se demuestra que el mayoritario dispuso la creación de tales cargos, de manera intempestiva e injustificada, en el curso de un agudo conflicto intrasocietario. Finalmente, un demandante que pretenda salir victorioso podría intentar probar que los administradores designados por el controlante no cumplen en realidad una función que justifique la existencia de sus cargos. De satisfacerse esta pesada carga probatoria, el juez deberá hacer a un lado su deferencia ante la organización interna de la sociedad, a fin de remediar la expropiación del minoritario.

3. Acerca de las decisiones cuestionadas en este proceso

Edgar Orlando Corredor, accionista minoritario de CDA El Arauco S.A.S., considera que los demandados han configurado los órganos internos de la compañía para apropiarse del superávit generado a partir del cumplimiento de la actividad social. En particular, se ha dicho que Juan Manuel Pinilla dispuso la creación de una junta directiva conformada exclusivamente por sus familiares, para cuyo funcionamiento se han destinado una buena parte de las utilidades de CDA El Arauco S.A.S.[13] Para controvertir tales decisiones, el demandante ha invocado la protección del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 en materia de abuso del derecho de voto por mayoría. Los demandados han manifestado, en su defensa, que la creación de la mencionada

---

12 FH O'Neal y RB Thompson (2004) 3-57.

13 De conformidad con lo expresado por el demandante durante la reunión asamblearia en la que se tomaron las decisiones aquí cuestionadas, 'nunca se ha necesitado [una junta directiva] y [su creación] está en perjuicio de los intereses de la compañía y en perjuicio mío como accionista, […] no son necesarios además de ser oneroso y no ejercerán un beneficio apreciable para la empresa.' (vid. Folio 73).

junta directiva obedeció a la finalidad legítima de defender los intereses de CDA El Arauco S.A.S. En sustento de esta afirmación, los demandados intentaron demostrar que la creación del órgano directivo cuestionado formó parte de una estrategia de negocios para mejorar la gestión administrativa de la compañía.

Para resolver el conflicto suscitado entre las partes, el Despacho hará uso de los criterios analíticos sentados en la jurisprudencia de esta entidad acerca de la figura del abuso del derecho de voto por mayoría[14]. En este orden de ideas, debe recordarse que a los demandantes que hagan uso de esa figura les corresponde probar que el accionista mayoritario ejerció su derecho de voto con el propósito de causar un daño o procurar una ventaja injustificada.

A. Los efectos de las decisiones controvertidas

El primero de los presupuestos que debe acreditar un demandante en procesos de abuso de mayoría es la existencia de un perjuicio o una ventaja injustificada derivados de una decisión social aprobada con los votos del accionista controlante.

El señor Edgar Orlando Corredor ha demostrado que las decisiones controvertidas tienen la virtualidad de afectar negativamente los flujos futuros de dividendos generados por CDA El Arauco S.A.S. Aunque para tal efecto no se solicitó una prueba pericial, el apoderado del demandante llamó la atención sobre la notoria desproporción entre los honorarios de la junta directiva y las utilidades repartibles producidas por la sociedad. Mientras que la remuneración fijada para los directores asciende a $120.000.000 anuales, la sociedad generó utilidades por apenas $30.629.648 durante los ejercicios 2013 y 2014 (vid. Folios 70, 73 y 319). Una buena porción de los flujos de caja de CDA El Arauco S.A.S. se ha destinado entonces a sufragar los gastos de funcionamiento de la nueva junta directiva creada por el señor Juan Manuel Pinilla.

---

14 Según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, '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'. Este Despacho ha empleado la regla del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 para reprender la conducta de asociados mayoritarios en cuestiones hipótesis tan diversas como capitalizaciones de créditos (auto n.° autos n.° 800-2730 del 17 de febrero de 2015) enajenaciones globales de activos (cfr. sentencia n.° 800-119 del 17 de septiembre de 2015), distribuciones de utilidades (cfr. sentencia n.° 800-44 del 18 de julio de 2014), emisiones primarias (cfr. sentencia n.° 800-20 del 27 de febrero de 2014) y elecciones de directores (cfr. sentencia n.° 800-73 del 19 de diciembre de 2013). En los procesos mencionados, se hizo énfasis en que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista controlante se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados.

Es decir que, por virtud de las actuaciones cuestionadas en este proceso, el señor Pinilla y sus familiares podrán recibir casi la totalidad de la plusvalía generada por CDA El Arauco S.A.S., mientras que al señor Corredor le corresponderá un dividendo minúsculo[15]. Por esta misma razón, si se calculara el valor de CDA El Arauco S.A.S. a partir de la tasación de sus dividendos futuros, las decisiones cuestionadas también podrían reducir el valor de las acciones que el señor Corredor detenta en la compañía[16]. Por lo demás, como se verá más adelante, los demandados no demostraron que la puesta en marcha de la junta en cuestión hubiera aumentado, en forma alguna, la generación de utilidades repartibles en CDA El Arauco S.A.S.

Las anteriores circunstancias son suficientes para que se considere acreditado el primero de los elementos contemplados en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 para que pueda predicarse el abuso del derecho de voto. En verdad, las pruebas consultadas por el Despacho apuntan a que las decisiones controvertidas en este proceso han tenido un impacto negativo sobre la inversión efectuada por el señor Corredor en CDA El Arauco S.A.S[17].

A pesar de lo anterior, debe advertirse que los efectos perjudiciales de una decisión asamblearia no son suficientes, por sí solos, para que pueda predicarse un abuso de mayoría. Tal y como lo explicó este Despacho en la sentencia n.° 801-81 del 20 de noviembre de 2014, para que prosperen las pretensiones del demandante en un proceso de esta naturaleza, 'no es suficiente alegar que las decisiones aprobadas en una reunión asamblearia fueron contrarias a los intereses subjetivos de un accionista minoritario. Para acreditar que se produjo un abuso, debe demostrarse que […] el derecho de voto fue ejercido con la intención deliberada de causarle un perjuicio al minoritario'.

En el presente caso, es posible que la decisión de crear la nueva junta directiva de CDA El Arauco S.A.S. hubiera obedecido a la intención legítima de promover el interés social. Así lo han afirmado los demandados, a cuyo criterio, tal determinación

---

15 Podría entenderse también que las decisiones controvertidas le han reportado una importante ventaja al señor Pinilla, quien tiene a su disposición una altísima porción de los flujos de caja generados por CDA El Arauco S.A.S.

16 FH O'Neal y RB Thompson (2004) 3-58. Esta pérdida de valor no afectaría necesariamente a los demandados, en vista de que la prima de control atada a su bloque accionario incluiría ya las sumas recaudadas a título de honorarios.

17 Aunque los demandados han alegado, en su defensa, que las utilidades de la compañía aumentaron entre los años 2013 y 2014, no se acreditó una relación entre esta circunstancia y la creación de la junta directiva de CDA El Arauco S.A.S., particularmente en vista de que los ingresos operaciones de la compañía se redujeron en ese mismo período. Tampoco debe perderse de vista que, como se explica más adelante, la junta de CDA El Arauco S.A.S. no cumple ninguna función discernible.

'obedeció a la necesidad de fortalecer la estrategia de administración de la empresa en diferentes campos como el técnico, el comercial y el de estrategia de mercado. […]' (vid. Folio 380). De constatarse que los demandados obraron con rectitud de ánimo, el Despacho no podría acceder a las pretensiones formuladas en la demanda sin entrometerse, en forma indebida, en los asuntos internos de CDA El Arauco S.A.S. Además, la nueva estructura administrativa podría incluso favorecer los intereses del demandante, si por la labor del referido órgano directivo se incrementaran los flujos de caja futuros producidos por la compañía. Por los anteriores motivos, se hace necesario examinar el patrón de conducta del accionista controlante de CDA El Arauco S.A.S., con el fin de establecer si sus actuaciones buscaron promover el bienestar de la compañía o, más bien, perjudicar al demandante.

B. El patrón de conducta de los demandados

Para analizar si se ha producido una actuación abusiva, el Despacho hará referencia al conflicto existente entre Edgar Orlando Corredor y Juan Manuel Pinilla, para luego estudiar las circunstancias fácticas que rodearon la creación y el funcionamiento de la nueva junta directiva de CDA El Arauco S.A.S.

(I) Acerca del conflicto entre los accionistas de CDA El Arauco S.A.S.

Uno de los elementos de juicio más relevantes en procesos de abuso del derecho de voto está relacionado con la existencia de un conflicto entre los accionistas de la compañía en la que se tomó la decisión controvertida. Como lo ha explicado este Despacho en repetidas oportunidades, la presencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de determinaciones que perjudicaron a uno o varios asociados[18]. Es por esta razón que, cuando se presenten fuertes controversias entre los accionistas de una compañía, este Despacho examinará, con especial atención, las actuaciones de los asociados en el seno del máximo órgano social.

En el presente caso, las pruebas disponibles dan cuenta de un acentuado conflicto entre Edgar Orlando Corredor y Juan Manuel Pinilla, suscitado a partir de su participación conjunta en varias compañías. Los señores Corredor y Pinilla, además de tener cercanos vínculos filiales, son accionistas y administradores de varias sociedades que cumplen sus actividades en el sector de la prestación de servicios automotrices, incluidas no sólo CDA El Arauco S.A.S., sino también Industria y Tecnología de Equipos para Servicio Automotriz (Indutesa) S.A.S. y CDA Villa del Rosario S.A.S. Durante varios años, el señor Corredor tuvo a su cargo la gestión tecnológica de estas compañías, en su calidad de jefe de ingeniería, mientras que

18 Cfr. las sentencias 800-73 del 19 de diciembre de 2013 y 800-20 del 27 de febrero de 2014.

el señor Pinilla fungió como gerente de algunas de ellas.

Entre 2012 y 2013, empezaron a surgir desavenencias relacionadas con los negocios de las sociedades en cuestión, principalmente en lo relativo a Indutesa S.A.S. Según el relato que hizo el demandante, 'empecé a estar en desacuerdo con las políticas que tenía el señor Juan Manuel Pinilla Corredor [...] básicamente no había unas políticas buenas en la empresa, había un despilfarro de dinero bastante grande […]. Después de eso empezaron los desacuerdos, en el 2010, 2011 y 2012. Yo ya estaba cansado, yo ya realmente no quería trabajar con la compañía, la forma como se dirigía era terrible […][19]'. A partir de tales diferencias, en mayo de 2013 el señor Corredor decidió renunciar a su cargo como jefe de ingeniería en Indutesa S.A.S. En sus palabras, 'llevaba desde septiembre del 2012 sin recibir sueldo. […] El señor Pinilla [quería] imponer las cosas a rajatabla […] y fuera de eso con una administración que no está generando sino pérdidas y perdidas en una compañía endeudándose por doquier. Entonces finalmente dije "no más y me voy de la empresa" […]'[20]. La renuncia del señor Corredor le causó evidente desazón a Juan Manuel Pinilla, particularmente en vista de que ella se produjo en el curso de un proceso de recomposición administrativa de Indutesa S.A.S. Según lo expresado por el referido demandado, 'Indutesa estaba en una situación financiera caótica […] teníamos que hacer una reingeniería en la parte administrativa y también en la parte financiera y contable […]. Desde el principio Edgar Orlando Corredor, jefe de ingeniería, [y el ingeniero Mongua] debían encargarse de la nueva reingeniería en software y hardware […]. Estuvimos dos años esperando que sacaran el nuevo software y el nuevo hardware. Pues en mayo, cuando estábamos viendo la luz al final del túnel, entonces el ingeniero Mongua primero renuncia de la empresa y [Edgar Orlando Corredor] en mayo […]. [Edgar] nos abandonó y dejó todas sus responsabilidades […]'[21].

Las diferencias entre los señores Corredor y Pinilla se agudizaron notablemente hacia el segundo semestre de 2013, cuando ocurrieron dos hechos en forma casi coetánea.

En primer lugar, los señores Corredor y Mongua constituyeron la sociedad Tecnimaq Soluciones de Ingeniería S.A.S. para prestar servicios bastante similares a los que comprendían el objeto social de Indutesa S.A.S[22]. De conformidad con

---

19 Cfr grabación de la audiencia celebrada el 30 de septiembre de 2015, folio 488 del expediente, 4:20:27 - 4:28:49.

20 Id., 4:20:27 - 4:28:49.

21 Id., 51:30 - 1:03:37.

22 Según la información que reposa en el registro mercantil, Tecnimaq Soluciones de Ingeniería S.A:S. fue constituida el 22 de noviembre de 2013.

las afirmaciones del demandante, 'en este momento Tecnimaq le presta servicio a 11 clientes que en algún momento tuvieron relación con Indutesa […]. Los socios [de Tecnimaq] somos 4 ingenieros electrónicos muy capaces y desarrollamos nuestro nuevo software y nuestra nueva electrónica. Vuelvo y le reitero, no había nada que me impidiera a mí desarrollar una actividad económica'[23]. La entrada en funcionamiento de Tecnimaq Soluciones de Ingeniería S.A.S. tan cerca de la fecha en que el señor Corredor renunció a su cargo en Indutesa S.A.S. parece haber despertado algunas sospechas en el señor Pinilla. Ciertamente, durante el interrogatorio practicado por este Despacho, el señor Pinilla conjeturó, a lo menos en forma implícita, que el demandante pudo haberse valido de su cargo como jefe de ingenieros de Indutesa S.A.S. para apropiarse de secretos industriales o información de reserva. En palabras del señor Pinilla, 'tenemos la prueba de que ya había montado una página web de una empresa Tecnimaq y en un mes sale ya ofreciendo un software y un hardware para centros de diagnóstico Automotor ¡En un mes! Un trabajo que necesita dos años juiciosos 5, 6, 7 u 8 ingenieros, como nos tocó ahora hacerlo en el año 2014 y 2015 […]'[24].

En segundo lugar, el señor Pinilla parece haber transferido la actividad que cumplía Indutesa S.A.S. hacia Induesa Pinilla y Pinillas S. en C., una compañía en la que el señor Corredor no contaba con una participación de capital. Así lo afirmó el apoderado del demandante, para quien 'el señor Juan Manuel Pinilla, de un momento a otro […] decidió que por la existencia de unas obligaciones vencidas, entonces [Indutesa S.A.S.] ya no podía continuar desarrollando su objeto social, y lo que hizo fue simplemente pasarle todos sus activos a una sociedad familiar en la cual él es el gestor y representante legal, argumentando que esa era la única forma para seguir atendiendo los compromisos que Indutesa tenía'[25]. Por su parte, el demandado formuló las siguientes explicaciones: 'Al estar totalmente inoperante Indutesa y abandonada por su director técnico [Edgar Orlando Corredor] desde el mes de mayo de 2013, dejándonos la empresa en un caos total, nos tocó en octubre del año 2013, con recursos propios, salir a afrontar y a responderle a cerca de 100 CDAs en el país entre ellos El Arauco […]. Lo único que hice fue salir a atender una responsabilidad que era lógicamente de unos socios, principalmente del gerente técnico [Edgar Orlando Corredor] de esta empresa [Indutesa], que salió, se botó del

---

23 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 30 de septiembre de 2015, folio 488 del expediente, 4:38:05 - 4:48:56.

24 Id., 51:30 - 1:03:37.

25 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 26 de agosto de 2015, folio 405 del expediente, 7:36 - 13.22. Según la testigo Yajaira Marín Ríos, en el mes de octubre de 2013 Juan Manuel Pinilla le informó que Induesa Pinilla y Pinillas S. en C. asumiría las actividades que venía cumpliendo Indutesa S.A.S. (cfr. grabación de la audiencia celebrada el 30 de septiembre de 2015, folio 488 del expediente, 6:39:20 - 6:40.50).

barco, como cuando los barcos naufragan'.

Los hechos antes narrados dan cuenta de un agudo conflicto entre Edgar Orlando Corredor y Juan Manuel Pinilla, quienes pasaron en un corto lapso de ser inversionistas conjuntos en diversas compañías a competir en el mercado de la prestación de servicios automotrices. Ante la vertiginosa disolución de sus vínculos societarios, entre acusaciones recíprocas de conductas indebidas y procesos judiciales de diversa índole, se produjo también un quebrantamiento definitivo de las relaciones personales de los señores Corredor y Pinilla[26].

En el curso del conflicto descrito en los párrafos anteriores, el señor Pinilla tomó las decisiones controvertidas por el demandante en este proceso. En abril de 2014, poco tiempo después de la constitución de Tecnimaq Soluciones de Ingeniería S.A.S., el señor Pinilla dispuso la creación de una junta directiva para CDA El Arauco S.A.S., compuesta exclusivamente por sus familiares, para cuyo funcionamiento se ha destinado una importante porción de los flujos de caja derivados del desarrollo de la actividad social. La cercanía de estas decisiones con el surgimiento del conflicto anotado arroja un manto de duda sobre los motivos que llevaron al señor Pinilla a modificar la estructura administrativa de CDA El Arauco S.A.S. Por tratarse de hechos tan próximos entre sí, podría pensarse que, mediante la creación de la junta directiva en cuestión, se fraguó una represalia en contra del señor Corredor, a fin de privarlo de las utilidades generadas por CDA El Arauco S.A.S.

Por supuesto que, a pesar de las desavenencias reseñadas, las decisiones del señor Pinilla también pudieron haber obedecido a un propósito legítimo. En efecto, la existencia de un conflicto societario no es suficiente para concluir, sin más, que un accionista ejerció en forma abusiva su derecho de voto. Podría pensarse, por ejemplo, que la cercanía entre los hechos antes narrados es una simple coincidencia y que la creación de la junta buscó, en realidad, auspiciar el crecimiento de CDA El Arauco S.A.S. Por este motivo, se hace necesario ahora estudiar las circunstancias que rodearon la creación y el funcionamiento de la nueva junta directiva de la compañía.

---

26 Para el señor Pinilla, 'esos son los conflictos que vienen de atrás con mi primo y de ahí para atrás yo puedo seguirles contando muchas cosas pero esa es la verdadera historia. […] primero hubo esos 2 años previos de la reingeniería de la empresa. Nos costó millones esa reingeniería de la empresa […] Y luego de que se va, lo llamo y ahí es cuando le digo "mire, negociemos, hagamos alguna cosa, hagamos algo" […] y luego en octubre me sale con demandas penales y quejas' (cfr. grabación de la audiencia celebrada el 30 de septiembre de 2015, folio 488 del expediente, 51:30 - 1:03:37).

(II) Acerca de la junta directiva de CDA El Arauco S.A.S.

Una vez revisadas las pruebas disponibles, el Despacho encontró diversos indicios en el sentido de que las decisiones asamblearias aprobadas el 24 de abril de 2014 buscaron despojar al señor Corredor de una porción de las utilidades generadas por CDA El Arauco S.A.S., tal y como se ha afirmado en la demanda.

En primer lugar, la modificación de la estructura administrativa de CDA El Arauco S.A.S. se produjo de manera intempestiva y sin mayores justificaciones. Según quedó consignado en el acta n.° 4, la nota de convocatoria para la reunión extraordinaria en la que se tomaron las decisiones bajo estudio no contiene referencia alguna a la creación de una nueva junta directiva. Al agotarse los temas previstos para esa sesión asamblearia, el bloque de accionistas liderado por señor Pinilla decidió agregarle al orden del día un punto relativo a la reforma de diversos artículos de los estatutos sociales. Entre las distintas modificaciones aprobadas, los demandados decidieron crear una junta directiva, cuya elección se haría 'por mayoría simple de los votos emitidos', conformada a partir de una única plancha presentada en esa reunión por el señor Pinilla (vid. Folio 73)[27].

El accionista controlante de CDA El Arauco S.A.S. no ofreció mayores explicaciones al momento de proponer la creación de la junta directiva bajo estudio. Durante la reunión del 24 de abril se enunciaron, casi que a manera de ilustración, todas las actividades que podría cumplir la nueva junta directiva de la compañía, sin aclarar las razones específicas que justificarían la creación de un órgano de esa naturaleza en CDA El Arauco S.A.S. Según el texto del acta n.° 4, el señor Pinilla propuso 'crear una junta directiva cuya función principal es velar por el buen funcionamiento administrativo, técnico, financiero, contable, legal y comercial; adoptando todas las medidas que sean pertinentes para cumplir cabalmente sus funciones ajustándose en todo caso a las leyes que rigen a la S.A.S. y a los estatutos de la sociedad' (vid. Folio 73). En segundo lugar, la junta directiva de CDA El Arauco S.A.S. quedó conformada, exclusivamente, por el señor Juan Manuel Pinilla y sus familiares. A continuación se presenta la composición de la junta directiva elegida durante la reunión del 28 de abril de 2014, según la información aportada por el demandante:

---

27 Es relevante señalar que este Despacho ha considerado que la aprobación intempestiva o sigilosa de decisiones sociales puede ser vista como un indicio de una actuación abusiva. Cfr., por ejemplo, el auto n.° 800-14679 del 30 de octubre de 2015 y la sentencia n.° 800-20 del 27 de febrero de 2014.

Tabla n.° 1
Composición de la junta directiva de CDA El Arauco S.A.S.

Director	Vínculo con los demandados
Juan Manuel Pinilla Corredor	Socio gestor de Induesa Pinilla & Pinillas S. en C.
Juan Manuel Pinilla Pedraza	Socio comanditario de Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. Hijo de Juan Manuel Pinilla Corredor
Daniela Pinilla Pedraza	Socia comanditaria de Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. Hija de Juan Manuel Pinilla Corredor
Indira Galindez Narváez	Empleada de Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. Esposa de Juan Manuel Pinilla Pedraza

En este punto debe advertirse que no es para nada extraño que la junta directiva de una sociedad cerrada esté conformada por el accionista controlante y sus parientes cercanos. Es más, no tendría mayor sentido exigirle a una compañía de pequeñas o medianas dimensiones que procurara directores independientes, ajenos al núcleo familiar del accionista mayoritario. Sin embargo, la composición de la junta directiva de CDA El Arauco S.A.S es relevante en el presente caso precisamente porque el señor Corredor considera que los demandados se han valido de ese órgano para apropiarse de las utilidades repartibles de la compañía. En este contexto, el hecho de que el señor Pinilla tenga estrechos vínculos filiales con la totalidad de los nuevos directores de CDA El Arauco S.A. es un indicio más de que podría haberse ejercido el derecho de voto en forma abusiva. Ello se debe a que los honorarios atados al funcionamiento de la junta son percibidos, en su totalidad, por el señor Pinilla y sus familiares. Así, pues, al estar el señor Corredor marginado de ese órgano directivo, su único retorno por detentar la calidad de accionista en CDA El Arauco S.A.S. estará circunscrito a las utilidades disponibles luego de pagar los honorarios de los directores en cuestión.

En tercer lugar, la remuneración fijada para los nuevos directores de CDA El Arauco S.A.S. excede, de manera exorbitante, el monto de las utilidades generadas por la compañía. En efecto, la sumatoria de estos honorarios para un solo ejercicio equivale aproximadamente al doble de la totalidad de las utilidades que produjo CDA El Arauco S.A.S. entre los años 2010 y 2014. Así, mientras la creación de la junta representa un incremento anual de $120.000.000 en los gastos de funcionamiento de CDA El Arauco S.A.S., la compañía generó utilidades repartibles por apenas $66.344.708 en el lustro antes indicado[28]. Aunque a este Despacho no le corresponde

28 Según consta en la ya citada acta n.° 4, el señor Pinilla determinó fijar honorarios mensuales de

tasar la remuneración que deberían recibir los directores de CDA El Arauco S.A.S., la excesiva desproporción entre tales sumas y las utilidades producidas por esa sociedad puede considerarse como otro indicio a favor del demandante[29]. Ciertamente, si el propósito del señor Pinilla fuera apropiarse de los flujos de caja generados por CDA El Arauco S.A.S, ello podría lograrse fácilmente mediante la fijación de salarios que superaran las utilidades sociales en una proporción como la indicada.

Los elementos de juicio enumerados hasta este punto parecerían dar cuenta de una actuación abusiva perpetrada por los demandados. En verdad, durante el curso de un pronunciado conflicto entre los accionistas de CDA El Arauco S.A.S., el señor Pinilla decidió crear una junta directiva, en forma intempestiva y sin ofrecer mayores justificaciones, para que tanto él como sus familiares recibieran, por vía de honorarios, una remuneración que supera en forma desmesurada las utilidades generadas desde que entró en funcionamiento la compañía.

A pesar de todo lo anterior, la existencia de una junta directiva con las características anotadas podría defenderse si ese órgano tuviera a su cargo alguna labor de trascendencia para el desarrollo del objeto social. Por este motivo, el Despacho estudió con especial atención la actividad cumplida por la junta directiva de CDA El Arauco S.A.S. desde el momento de su creación, en abril de 2014, a partir de las actas que reposan en las oficinas de la sociedad y los testimonios de los directores designados por el señor Pinilla. El resultado de este análisis apunta a que el órgano mencionado no cumple, en realidad, ninguna función legítima que justifique su existencia. Por ejemplo, durante las 14 sesiones de ese órgano celebradas entre junio de 2014 y julio de 2015, la junta se ocupó principalmente en aprobar el informe de gestión de la representante legal de la compañía, sin formular comentario alguno, y acoger en forma reiterada la propuesta del señor Pinilla en el sentido de que la junta debía reunirse una vez al mes. En la tabla n.° 2 se describen los asuntos sobre los cuales deliberó la junta directiva de CDA El Arauco S.A.S. durante el período antes referido.

$2.500.000 para cada uno de los miembros de la junta directiva de la compañía (vid. Folio 73)

29 FH O'Neal y RB Thompson (2004) 3-70 et seq.

Tabla n.° 2

Deliberaciones de la junta directiva de CDA El Arauco S.A.S. 2014 a 2015

Año	Mes	Lectura del informe administrativo	Propuesta de reunirse mensualmente	Lectura de proyección de tarifas	Campaña de marketing
2014	Junio	X	X		
	Julio	X			
	Agosto	X			
	Septiembre	X			
	Octubre	X			
	Diciembre	X			
2015	Enero	X			
	Febrero	X	X	X	
	Marzo	X	X		X
	Abril	X	X		
	Mayo	X	X		
	Junio	X	X		
	Julio	X	X		
Frecuencia		**14**	**7**	**1**	**1**

Es decir que, durante un período de más de un año, las labores de la junta directiva de CDA El Arauco S.A.S. consistieron en oír pasivamente la lectura del informe de gestión preparado por la representante legal. Ante esta circunstancia, no es claro cómo puede justificarse, con razones legítimas de negocios, la creación de un costoso órgano directivo que, en la práctica, no cumple una función discernible.

La rectitud de ánimo de los demandados queda aún más entredicho si se tiene en cuenta que varios directores de CDA El Arauco S.A.S. reconocieron, en el curso de este proceso, que la junta no tiene potestad decisoria alguna sobre la gestión de la compañía. Así, por ejemplo, para la directora Indira Galindez, 'nuestra labor en la junta directiva no es tomar decisiones, nuestra labor es de apoyar en lo que más podamos, pero no tenemos autoridad para tomar decisiones en esa empresa'[30]. Por su parte, según lo manifestado por la directora Daniela Pinilla, 'las decisiones se tomaban en otro espacio, que era el de mi padre actuando con sus socios[31]'.

30 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 7 de septiembre de 2015, folio 443 del expediente, 2:07:00.

31 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 30 de septiembre de 2015, folio 488 del expediente, 3:09:05 - 3:11:45.

Las anteriores afirmaciones coinciden, además, con la función que el propio señor Pinilla concibió para la junta directiva de CDA El Arauco S.A.S. En sus palabras, 'esta junta no era una junta para tomar decisiones, esta junta y como se dijo desde su creación era para dar un apoyo […]. Esta junta no tomaba decisiones, esta junta lo que hacía era trabajar como una hormiguita y apoyar a la administradora y al representante legal gerente'.

Finalmente, el Despacho no encontró indicios de que la junta directiva de CDA El Arauco S.A.S. hubiera cumplido siquiera con las funciones consultivas descritas por el señor Pinilla. Durante los testimonios rendidos por los directores, quedó claro que tales labores no fueron desempeñadas por la junta como órgano colegiado, sino, más bien, por cada uno de sus miembros en forma individual. Sin embargo, los demandados no aportaron pruebas que le permitieran al Despacho constatar si los directores en cuestión prestaron individualmente los servicios consultivos mencionados. En el caso de la directora Daniela Pinilla, por ejemplo, la asesoría prestada parece haber consistido en recomendaciones verbales sobre la situación de seguridad en el Departamento de Arauca, sin que quedaran evidencias escritas de tales gestiones. Por su parte, el director Juan Manuel Pinilla Pedraza aparentemente cumplía una multiplicidad de funciones administrativas y de trámite, de cuya verdadera realización no hay más pruebas que los testimonios de sus familiares. Por lo demás, aunque la directora Indira Galindez sí parecía cumplir algunas funciones técnicas, las pruebas disponibles sugieren que ella recibía un salario, de parte de Induesa Pinilla y Pinillas S. en C., por prestar la mayoría de tales servicios en CDA El Arauco S.A.S.[3233]

C. Conclusiones

Este Despacho ha defendido con empeño la idea de que los empresarios deben contar con la más amplia discreción para diseñar la estructura interna de una sociedad, sin temer la intromisión indebida de los jueces. Pero cuando esta libertad de configuración sea utilizada para expropiar a un accionista, como ha ocurrido en el presente caso, se justificará una decidida intervención judicial, hasta en las esferas más íntimas de la compañía, para remediar esa situación injusta. Las pruebas recaudadas en este proceso apuntan a que, en el curso de un agudo conflicto entre los accionistas de CDA El Arauco S.A.S., Juan Manuel Pinilla se valió de su potestad mayoritaria para privar a Edgar Orlando Corredor de un retorno sobre su inversión en la compañía. Esta expropiación del accionista minoritario de CDA El Arauco S.A.S. se consumó mediante la creación de una junta directiva sin funciones

32 Id., 1:18:36 – 1:22:56.

33 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 7 de septiembre de 2015, folio 443 del expediente, 1:33:00 - 1:35:00.

discernibles, conformada exclusivamente por el señor Pinilla y sus familiares, para cuyo simulado funcionamiento se han destinado sumas que exceden en forma apreciable el monto total de las utilidades generadas por la compañía desde el momento de su constitución. Al disponer de los flujos de caja de la sociedad para costear el funcionamiento de un órgano inoperante, el señor Pinilla buscó frustrar las expectativas económicas del señor Corredor en CDA El Arauco S.A.S., a manera de represalia por las fuertes desavenencias que existen entre ambos sujetos. Tan efectiva fue esta estrategia de opresión que el señor Corredor no tuvo opción diferente que la de ofrecer en venta la totalidad de su participación en la sociedad.[34]

Aunque el señor Pinilla parece tener motivos legítimos para cuestionar la conducta del señor Corredor, no por ello puede tolerarse que la estructura administrativa de una sociedad se utilice como un instrumento de opresión de accionistas. No debe perderse de vista que en el correcto uso de las formas asociativas reposan los cimientos del orden público económico, cuya estabilidad podría verse perturbada si se permitiera la rampante expropiación de accionistas. Por este motivo, las pretensiones formuladas en la demanda están llamadas a prosperar. En consecuencia, el Despacho condenará a los demandados a pagarle al demandante las sumas consignadas en el juramento estimatorio, junto con los perjuicios causados con posterioridad a la presentación de la demanda.

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 Induesa Pinilla & Pinillas S. en C y Juan Manuel Pinilla Corredor ejercieron su derecho de voto en forma abusiva durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de CDA El Arauco S.A.S. celebrada el 24 de abril de 2014.

Segundo. Condenar a Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla Corredor a pagarle a Edgar Orlando Corredor la suma de $69.450.680, a título de perjuicios por el ejercicio abusivo del derecho de voto.

Tercero. Condenar en costas a los demandados y fijar, a título de agencias en derecho a favor del demandante, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

---

34 Así quedó consignado en el acta n.° 8 de la asamblea general de accionistas de CDA El Arauco S.A.S.

Sentencia n.° 800-52 del 8 de junio de 2016	
Partes	Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros
Asunto	Protección de asociados minoritarios ante la expropiación concertada entre el controlante y los administradores / Soluciones a los problemas de la acción social de responsabilidad
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2014-801-50

Hechos

El demandante, Carlos Hakim Daccach, inició este proceso judicial para controvertir la expropiación de sus intereses como accionista minoritario de Gyptec S.A. En este capítulo se narran los principales antecedentes del conflicto que llevó a la presentación de la demanda del señor Hakim Daccach y se presenta una síntesis de las pruebas recaudadas en el curso del presente proceso.

1. Acerca del conflicto entre Carlos Hakim Daccach y Jorge Hakim Tawil

Gyptec S.A. fue creada en julio de 2004, a instancias de Jorge Hakim Tawil y algunos miembros de su familia, para la producción industrial de placas de yeso y otros materiales de construcción. Poco tiempo después de la constitución de Gyptec S.A., Carlos Hakim Daccach decidió efectuar una inversión en la compañía. Para ese fin, el demandante en este proceso sostiene haberle entregado a Jorge Hakim Tawil y a personas a él vinculadas la suma de US$970.000, mediante operaciones de diversa naturaleza.[1] Como contraprestación por haber transferido los dineros indicados, el señor Hakim Daccach alega haber recibido 10 acciones ordinarias de Gyptec S.A., equivalentes al 0.001883% del capital suscrito de la compañía, así como un porcentaje de participación en las sociedades panameñas Arkata Investments Inc. y Ukiah International Corp., propietarias del 99% de las acciones en circulación de Gyptec S.A.[2] La titularidad sobre tales acciones le ha servido de base al señor

---

1 En el interrogatorio de parte, el demandante explicó que 'primero, aporté US$350.000 de uno de los préstamos de Alex y Jorge conmigo, […] es decir, esa deuda la tenían Jorge y Alex conmigo y Alex me dijo que él puso ese dinero como aporte de capital mío; […] segundo, aporté US$400.000 que se enviaron a la cuenta de Skyline en la que Alex Hakim manejaba los dineros de la compañía; [… y] tercero, aporté US$220.000 que se enviaron directamente a la cuenta de Gyptec'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 9 de diciembre de 2014 (33:55 a 34:57) (vid. Folio 5015).

2 Los apoderados de las partes han planteado una controversia en cuanto a la participación del

Hakim Daccach para afirmar su interés sobre un porcentaje apreciable de los flujos de caja producidos por el cumplimiento de las actividades de esta última sociedad.

A pesar de lo anterior, Jorge Hakim Tawil ha rechazado en forma vehemente la idea de que Carlos Hakim Daccach tenga un verdadero interés en los negocios de Gyptec S.A. Para tal efecto se ha dicho, por ejemplo, que el señor Hakim Daccach nunca efectuó aportes de capital para contribuir al funcionamiento de Gyptec S.A., Arkata Investments Inc. o Ukiah International Corp[3]. En criterio de los demandados, el señor Hakim Daccach simplemente entregó unas sumas a título de mutuo, sin que por ello pueda entenderse que al referido demandante le correspondan los derechos que reclama en Gyptec S.A.[4] El señor Hakim Tawil también ha dejado claro que, en su criterio, el señor Hakim Daccach ha diseñado una compleja estrategia legal para lucrarse indebidamente de 'la valorización de [inmuebles de propiedad de Gyptec S.A.] y de la capitalización de dineros de terceros realizados a través de las Sociedades Panameñas' (vid. Folio 7262).

Es importante advertir que las diferencias entre Carlos Hakim Daccach y Jorge Hakim Tawil guardan estrecha relación con la compra, por parte de Gyptec S.A., de dos inmuebles ubicados en Cartagena. Para el demandante, tales activos fueron adquiridos con dineros girados en el extranjero por su padre, Salomón Hakim Dow. En esa circunstancia se apoya una buena parte de los derechos económicos que Carlos Hakim Daccach considera que le corresponden en Gyptec S.A. Jorge Hakim Tawil ha sido enfático en sostener, sin embargo, que la adquisición de esos lotes sólo fue posible por las aportaciones efectuadas por su padre, Alejandro Hakim Dow.

Las circunstancias narradas en los párrafos precedentes han nutrido un prolongado conflicto entre los señores Hakim Daccach y Hakim Tawil, en el que el primero reclama insistentemente un retorno por su inversión de capital en Gyptec S.A., al paso que el segundo niega que se hubiera hecho inversión alguna. Tales diferencias han dado lugar a numerosos procesos judiciales, tramitados ante instancias nacionales

---

señor Hakim Daccach en las compañías extranjeras mencionadas en el texto principal. Mientras que el demandante considera que es propietario del 33% de las acciones de tales compañías, los apoderados de los demandados han manifestado que tal porcentaje es del 0.3333%. Es claro que al Despacho no le corresponde pronunciarse acerca de las diferencias suscitadas en torno a la participación del señor Hakim Daccach en Arkata Investments Inc. y Ukiah International Corp.

3 Para el apoderado de Jorge Hakim Tawil, 'Carlos Hakim no ha aportado un solo centavo a las sociedades familiares' (vid. Folios 7160 y 7161).

4 'Ninguno de estos pagos que se afirman por el propio Carlos Hakim Daccach como aportes a Arkata y Ukiah o Gyptec lo son, pues él mismo los presenta como préstamos y él mismo los presenta como provenientes no de Carlos Hakim Daccach sino de Salomón Hakim' (vid. Folio 7643)

y extranjeras desde hace ya casi una década, en los que se han debatido asuntos tales como la titularidad de las acciones al portador emitidas por Arkata Investments Inc. y Ukiah International Corp. y la escisión parcial de Gyptec S.A. para transferirle los inmuebles indicados a una sociedad por acciones simplificada.

En el curso del conflicto antes descrito, el señor Hakim Daccach presentó la demanda que le dio origen a este proceso. Con ella, el demandante intenta demostrar que los demandados no han administrado a Gyptec S.A. con prodigalidad y que los flujos de caja de la compañía han sido destinados a sufragar los gastos personales de Jorge Hakim Tawil y sus familiares.[5] Carlos Hakim Daccach considera que la conducta de los demandados es contraria al régimen de responsabilidades de los administradores sociales, en tanto en cuanto representa graves violaciones de los deberes contemplados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Adicionalmente, según se anota en la demanda, las actuaciones cuestionadas en este proceso han permitido la expropiación total de los derechos económicos que le corresponden al señor Hakim Daccach en Gyptec S.A.

En su defensa, los demandados han planteado diversos argumentos procesales en los que se cuestiona desde la legitimación del demandante para reclamar perjuicios sufridos por Gyptec S.A. hasta la competencia de esta Superintendencia para dirimir controversias de la naturaleza planteada por el señor Hakim Daccach. Los demandados también han hecho especial énfasis en que las operaciones controvertidas en este proceso no son para nada reprochables, por cuanto se registraron oportunamente en la contabilidad de Gyptec S.A., no le representaron un conflicto de interés a los demandados y guardaron congruencia con los deberes de los administradores en una sociedad de familia (vid. Folios 2481 a 2587).

2. Acerca de las pruebas recaudadas en el presente proceso

Durante el curso de este proceso, uno de los más largos que se ha surtido ante esta Delegatura, se recaudaron numerosos elementos de prueba, incluidos 250 tomos de información sobre las actividades de Gyptec S.A; dictámenes periciales sobre el estado de sus sistemas informáticos, la manera en que se lleva la contabilidad de la compañía y el registro de miles de operaciones en sus estados financieros; 21 testimonios e interrogatorios y, finalmente, más de 3.500 páginas de argumentos legales formulados en los diferentes documentos presentados por las partes.

Luego de estudiar ese voluminoso acervo probatorio, lo primero que debe decirse

---

5 Para el apoderado del demandante, 'Gyptec viene siendo administrada por personas que, de forma ilegal, abusiva y en abierto incumplimiento de sus deberes, desvían los recursos de la sociedad a sus patrimonios y a los de sus familiares' (vid. Folio 4).

es que la conducta de los demandados no coincide exactamente con el patrón de conducta descrito en la demanda. A pesar de que el señor Hakim Daccach considera que los demandados han administrado los negocios de Gyptec S.A. en forma oprobiosa, la información disponible apunta a que, por el contrario, los esfuerzos profesionales de los demandados, en particular del señor Hakim Tawil, han hecho de Gyptec S.A. una compañía bastante próspera. El Despacho tampoco encontró una expropiación de la magnitud alegada por el demandante en este proceso. Aunque es cierto que los demandados recibieron giros de la naturaleza descrita en la demanda, tal y como se explica más adelante, una buena parte de tales sumas le han sido debidamente reintegradas al patrimonio de Gyptec S.A. No se trata, pues, de una expropiación absoluta de los intereses del minoritario demandante, como ha ocurrido en otros casos analizados por este Despacho[6].

Dicho lo anterior, es preciso anotar que los demandados sí dispusieron de recursos sociales en beneficio propio, en contravención de los principios de conducta que rigen la actividad de los administradores de sociedades colombianas. Como consta en el amplísimo expediente consultado por el Despacho, los demandados recibieron cuantiosas sumas de parte de Gyptec S.A., a título de préstamos, anticipos y honorarios, así como erogaciones de variada naturaleza. Aunque el señor Hakim Daccach considera reprochable que se hubieran usado recursos sociales para los fines antes descritos, uno de los principales argumentos de defensa de los demandados consiste en que tales actividades resultan apenas habituales en una sociedad de las características de Gyptec S.A.[7]

Puede entonces advertirse que el debate entablado en este proceso está relacionado con uno de los asuntos centrales del derecho societario, vale decir, la protección de accionistas minoritarios como un límite a la discreción de los empresarios para conducir los negocios de una compañía. En el siguiente capítulo se aborda el estudio de esta materia.

I. Acerca de la protección de accionistas minoritarios

Esta Delegatura ha defendido, con empeño, la idea de que los empresarios deben contar con la más amplia discreción para gestionar los negocios de una compañía, sin temer la intromisión indebida de los jueces. En la idea referida se apoya el

---

6 Cfr., en este sentido, la sentencia n.° 800-133 del 15 de octubre de 2015.

7 Por ejemplo, el apoderado Jorge Hakim Tawil adujo que ‘por ser Gyptec una sociedad de familia, los préstamos a los socios, incluidos los préstamos al demandante, han sido siempre una práctica usual’ (vid. Folio 115). También se ha dicho que ‘los préstamos a los [accionistas] no se encuentran prohibidos por los estatutos de Gyptec’, y que ‘el total de los préstamos a los socios […] corresponden al 1,9 % de los activos de Gyptec’ (vid. Folios 2512 a 2514, 2547, 2558).

rigor con que este Despacho ha refrendado, en múltiples autos y sentencias, el beneficio de limitación de responsabilidad que les corresponde a los accionistas de una sociedad de capital[8]. A partir de ese postulado también se han desestimado numerosas pretensiones judiciales formuladas en contra del ejercicio legítimo de los derechos de un accionista controlante. En las respectivas sentencias quedó claro que esta Superintendencia no interferirá con la potestad decisoria de un asociado mayoritario por el simple hecho de que las decisiones aprobadas en una reunión asamblearia fueron contrarias a los intereses subjetivos de uno o varios accionistas de la minoría[9]. Tampoco puede dejarse de lado el categórico reconocimiento que esta Superintendencia ha hecho de la posibilidad de regular cualquier aspecto de la gestión de una compañía mediante la suscripción de acuerdos de accionistas[10]. Por lo demás, es preciso mencionar la amplísima deferencia que ha mostrado este Despacho ante la gestión de los administradores sociales, cuyas decisiones objetivas de negocios suelen estar a salvo de escrutinio judicial por parte de esta entidad.

Así como esta Superintendencia ha defendido la precitada autonomía empresarial, también se ha dicho que esa libertad de configuración tiene límites bastante precisos. Por ejemplo, los empresarios no pueden valerse de la creación de sociedades para burlar restricciones legales que consideren inconvenientes o desatinadas. De ahí que, en una sentencia emitida hace ya varios años, este Despacho censurara la interposición de compañías para evadir limitaciones contempladas en el régimen agrícola colombiano. En otro pronunciamiento, emitido en el año 2012, esta Superintendencia encontró 'múltiples indicios que apuntan al posible abuso del tipo de la SAS—perpetrado […] mediante la constitución en masa de sociedades unipersonales infracapitalizadas—con el propósito de alterar los resultados de las elecciones a la junta directiva de [una Cámara de Comercio]'. En los pronunciamientos antes citados se estudió la posibilidad de que detrás de actuaciones tan habituales como la constitución de compañías pudiera esconderse el ánimo reprochable de violar la ley.

---

8 Desde la entrada en funcionamiento de esta Delegatura, en julio de 2012, no ha prosperado una sola acción de desestimación de la personalidad jurídica bajo la modalidad de extensión de responsabilidad. Para un explicación sobre el carácter excepcional de esta medida, cfr. la sentencia n.° 801-15 del 15 de marzo de 2013.

9 Cfr., por ejemplo, las sentencias n.os 800-78 del 14 de noviembre de 2014, 801-81 del 20 de noviembre de 2014, 800-50 del 8 de mayo de 2015, 800-54 del 15 de mayo de 2015 y 800-25 del 4 de abril de 2016.

10 Podría incluso aceptarse la asignación ex ante de rentas privativas (private benefits of control) pactada entre el controlante y los minoritarios, en los términos descritos por R Gilson y A Schwartz, Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms Versus Ex Post Transaction Review (2012) Yale Law & Economics Research Paper n.° 455.

La discreción de los empresarios para gestionar sus negocios encuentra otro importante límite en la denominada expropiación de accionistas minoritarios. Esta conducta consiste simplemente en la usurpación, por parte de un accionista controlante, de beneficios económicos que deberían corresponderle a la minoría. Puede pensarse en una compañía que dispone de excedentes de liquidez por $1.000.000.000. Un accionista controlante titular, por ejemplo, del 51% de las acciones, podría aceptar que se repartieran tales sumas a título de dividendos, en cuyo caso le corresponderían $510.000.000. Sin embargo, esa persona podría ejercer su potestad mayoritaria en la compañía para apropiarse de la totalidad de esos excedentes, sin distribuir monto alguno entre los minoritarios. Para ello, bastaría con que el controlante dispusiera que le giraran a sus cuentas personales la suma de $1.000.000.000, a título de préstamo o anticipo. Aunque esta práctica de distribuir utilidades por vía de préstamos[11] y anticipos[12] es bastante rutinaria en el ámbito societario—al punto que en la doctrina especializada se le conoce como el pago de dividendos de facto—cuando estas distribuciones se hacen exclusivamente a favor del controlante y sus allegados, los minoritarios pueden verse despojados de un retorno sobre su inversión en la compañía[13].

También es frecuente que la expropiación de minoritarios se concrete en el ejercicio de los derechos políticos atados a las acciones de los controlantes. Un ejemplo de esta conducta puede encontrarse en el caso de un mayoritario que se vale de sus derechos de voto para privar de dividendos a la minoría. Al controlante que se proponga cumplir ese objetivo le bastará con votar en contra de la repartición de utilidades o, si está obligado a respetar la regla del artículo 155 del Código de Comercio, aprobar, en forma reiterada e injustificada, la capitalización de dividendos. Aunque la retención de utilidades suele obedecer a propósitos tan loables como el

---

11 Para Sanín Bernal, 'los préstamos subsidiados otorgados por la sociedad a favor de sus socios o accionistas […] comportan una especie de dividendo disfrazado equivalente a la diferencia entre los bajos (o los ningunos) intereses que la sociedad cobra a sus asociados, y las tasas comerciales de colocación de los fondos […]. No cabe duda de que las consecuencias patrimoniales son idénticas si el préstamo es en dinero o en otros bienes. De todas maneras se produce un beneficio en quien los recibe, a costa de quien los entrega' (I Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario: El propuesto desde el estatuto tributario (1999, Biblioteca Jurídica Diké) 179 a 181).

12 Es relevante consultar la opinión de Sanín Bernal sobre la práctica de girarle anticipos a los asociados. En su criterio, 'si bien [el anticipo que la sociedad hace a su asociado a cuenta de dividendos o participaciones futuras] se contabiliza como una cuenta por cobrar al socio o accionista en acatamiento a lo ordenado por los decretos 2649 y 2650 de 1993, su origen no está en un contrato de mutuo del cual jurídica y técnicamente se originan los préstamos; y tan no lo está que su cancelación se produce contra el posterior decreto del dividendo, y no mediante el reembolso de sumas de dinero que a título de solución de la obligación realice el deudor' (I Sanín Bernal (1999) 183).

13 Sentencia n.° 800-46 del 11 de mayo de 2016.

fortalecimiento del patrimonio social o la expansión de la capacidad industrial de una compañía, también es perfectamente factible que esa decisión busque perjudicar en forma deliberada a un grupo de asociados.

Cabe entonces preguntarse si las circunstancias explicadas en los párrafos anteriores ameritan una intervención del Estado para que los accionistas minoritarios cuenten con mecanismos que les permitan proteger sus intereses. Para responder a ese interrogante, es preciso advertir que, de no existir medios efectivos de protección, las personas que pretendieran adquirir participaciones minoritarias en el capital de una compañía simplemente se abstendrían de hacerlo o intentarían descontar del precio de compra las pérdidas futuras derivadas de la apropiación de recursos sociales por parte del mayoritario[14]. Esta circunstancia tendría graves repercusiones financieras, en la medida en que la renuencia a asumir posiciones minoritarias incrementaría de manera uniforme el costo de capital de sociedades abiertas y cerradas y, además, haría inviable el funcionamiento de un mercado público de valores verdaderamente robusto[15]. La desprotección de minoritarios también podría deprimir los índices de crecimiento económico de un país en la medida en que las asociaciones mercantiles se producirían principalmente entre personas ligadas por vínculos de parentesco, con la esperanza—con frecuencia vana—de que esas relaciones filiales se convirtieran en un obstáculo moral para evitar la expropiación[16]. Parece entonces suficientemente claro que los minoritarios deben disponer de medios suficientes para evitar que un controlante los oprima con impunidad. En el cumplimiento de este objetivo va envuelta la preservación del orden público económico, cuya estabilidad peligraría si se permitiera la expropiación rampante de la minoría.

Por supuesto que estas explicaciones no son para nada novedosas. La necesidad de salvaguardar los derechos de asociados minoritarios se basa en consideraciones

---

14 Es factible, por supuesto, que los asociados pacten mecanismos contractuales de protección de minoritarios, tales como acuerdos de voto en convenios parasociales o mayorías calificadas en los estatutos. No obstante, además de los altos costos que representa para los empresarios diseñar estos mecanismos, los asociados difícilmente podrán anticiparse a todas las desavenencias futuras que puedan surgir en el curso de sus relaciones intrasocietarias. En otras palabras, estos mecanismos contractuales de protección suelen ser insuficientes para contrarrestar la expropiación de asociados minoritarios. Esta circunstancia es particularmente problemática para los asociados minoritarios de compañías cerradas, quienes no tendrán la opción de vender sus participaciones de capital en mercados de valores ante la expropiación concertada entre el mayoritario y los administradores (sentencia n.° 800-44 del 18 de julio de 2014).

15 FH O'Neal y RB Thompson, Oppression of Minority Shareholders and LLC Members (2004, 2ª ed., Thomson West) 1-7 a 1-8.

16 RD Cooter y HB Schäfer, Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations (2013, Princeton University Press).

económicas que han sido objeto de contundentes verificaciones empíricas[17]. Puede incluso afirmarse que en ese objetivo yace uno de los postulados centrales del derecho societario contemporáneo[18]. Ello puede apreciarse en la Unión Europea, en cuyos países miembros se han introducido reglas bastante severas para hacerle frente a la expropiación de minorías, desde la acción por el uso indebido de activos sociales vigente en Francia hasta la prohibición alemana de efectuar distribuciones encubiertas a favor de los mayoritarios[19]. También en los Estados Unidos se ha defendido, desde hace varias décadas, el principio según el cual el accionista controlante no puede valerse de sus tratos con la sociedad para lucrarse a título personal, en detrimento de los intereses de los minoritarios[20]. No puede dejar de mencionarse, por lo demás, que organizaciones supranacionales tales como la OCDE y el Banco Mundial suelen medir el grado de desarrollo de las instituciones de un país a partir de su capacidad para precaver o remediar la expropiación de minorías[21].

En línea con lo anterior, esta Superintendencia ha intervenido decididamente, hasta en las esferas más íntimas de una compañía, para proteger los derechos de minoritarios oprimidos. En el contexto del abuso del derecho de voto, por ejemplo, este Despacho ha reprendido la conducta indebida de accionistas en la remoción de administradores[22], la emisión primaria de acciones[23], la retención de utilidades[24], la capitalización de dividendos[25], la enajenación global de activos[26] y la creación de

---

17 R Gilson y A Schwartz (2012); B Black, The legal and institutional preconditions for strong securities markets (2001) 48 UCLA L Rev 781, 832.

18 L Enriques y otros, The Basic Governance Structure Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies en R Kraakman y otros (eds), The Anatomy of Corporate Law (2009, OUP, Oxford) 89 a 113.

19 PH Conac y otros, Constraining Dominant Shareholders' Self-dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy (2007) ECGI Working Paper n.° 88. Para el caso del Reino Unido, cfr. A P Davies, Principles of Modern Company Law (2008, 8ª Ed, Sweet & Maxwell, Londres).

20 Harbor Finance Partners v. Sugarman, 1997 WL 162175 (Del. Ch. Apr. 3, 1997).

21 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Related party transactions and minority shareholder rights (2012).

22 Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. (sentencia n.° 800-73 del 19 de diciembre de 2013).

23 Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A. (sentencia n.° 800-20 del 27 de febrero de 2014).

24 Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S. (sentencia n.° 800-44 del 18 de julio de 2014).

25 María Victoria Solarte contra CSS Constructores S.A. (auto n.° 800-2730 del 17 de febrero de 2015).

26 Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S. (sentencia n.° 800-119 del 17 de sep-

juntas directivas[27]. En todos estos casos, a partir de vigorosos debates probatorios, pudo desentrañarse la intención lesiva detrás de determinaciones sociales en apariencia legítimas.

Esta entidad también ha censurado la expropiación de minoritarios que se cumple a partir del ejercicio de las funciones de los administradores sociales[28]. En varios casos tramitados ante esta Superintendencia se detectó la desviación irregular de recursos sociales mediante la celebración de negocios pertenecientes a la órbita del representante legal, tales como giros dinerarios injustificados a favor del mayoritario y sus allegados[29] y la venta de bienes sociales subvalorados a favor de compañías vinculadas al controlante.[30] Aunque esta clase de operaciones suele pertenecer al giro ordinario de los negocios de una compañía, en las sentencias correspondientes se dejó sentado que tales negocios jurídicos no pueden usarse para frustrar los derechos económicos de los asociados minoritarios.

En síntesis, pues, la discreción de los empresarios para gestionar los negocios de una compañía encuentra un límite certero en la necesidad de salvaguardar los derechos de las minorías. Ello no quiere decir, por supuesto, que los intereses de tales asociados prevalezcan sobre el interés social o sobre los derechos del controlante. Por el contrario, este Despacho ha sido enfático no sólo en defender la potestad del accionista controlante para ejercer en forma legítima sus mayorías accionarias, sino también en censurar el ejercicio abusivo de los derechos de los minoritarios.[31] Pero cuando el controlante se valga de su ascendencia sobre la sociedad para expropiar a los demás asociados, esta Superintendencia intervendrá enérgicamente para remediar esa situación injusta.

---

tiembre de 2015).

27 Edgar Orlando Corredor contra Induesa Pinilla & Pinilla S. en C. (sentencia n.° 800-46 del 11 de mayo de 2016).

28 Para una explicación sobre las diferentes modalidades de expropiación de asociados minoritarios en el contexto de sociedades cerradas, cfr. a FH O'Neal y RB Thompson (2004). Para el caso de la sociedades abiertas, cfr. a VA Atanasov y otros, Unbundling and Measuring Tunneling (2014) UNIV ILL L REV 1697.

29 María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López contra Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. y otros (sentencia n.° 800-133 del 15 de octubre de 2015).

30 Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa contra Handler S.A.S. y otros (sentencia n.° 800-142 del 9 de noviembre de 2015).

31 Alienergy S.A. contra Álvaro Márquez y Gestión Orgánica GEO S.A.S. (sentencia n.° 800-50 del 7 de mayo de 2015).

II. Acerca de la expropiación concertada entre el accionista controlante y los administradores

Las anteriores explicaciones adquieren particular relevancia en el presente caso por virtud de la modalidad de expropiación descrita en la demanda de Carlos Hakim Daccach. Según el demandante, sus intereses económicos en Gyptec S.A. se han visto menoscabados por la desviación irregular de recursos perpetrada por los administradores de la compañía, a instancias de su accionista controlante. Es decir que, como todas las operaciones cuestionadas en este proceso fueron celebradas por los administradores de Gyptec S.A., las pretensiones del señor Hakim Daccach tuvieron que inscribirse en el posible incumplimiento del régimen de deberes y responsabilidades de tales funcionarios. Y allí puede encontrarse uno de los principales vacíos del régimen societario colombiano.

Como bien lo anotaron los apoderados de los demandados, las conductas cuestionadas en este proceso tendrían la virtualidad de lesionar en forma directa el patrimonio de Gyptec S.A. y apenas indirectamente al señor Hakim Daccach. En esa medida, se ha insistido en que el demandante no puede reclamar, para sí, los perjuicios que le fueron irrogados a Gyptec S.A. Bajo las reglas vigentes en Colombia, tal asociado tampoco parece estar legitimado para representar a Gyptec S.A. en procesos judiciales que busquen resarcir el patrimonio social, a menos que cuente con la aprobación de la asamblea, impartida con los votos del propio controlante que, según se alega en la demanda, promovió las conductas cuestionadas[32]. En consecuencia, bajo la interpretación planteada por los apoderados de los demandados, un accionista minoritario no parecería tener mayores posibilidades de contrarrestar la expropiación concertada entre los administradores y el accionista controlante de una compañía. Las alarmantes implicaciones de esta postura hacen necesario adentrarse en el estudio de los medios de defensa disponibles para controvertir la opresión de minoritarios que se cumple desde la órbita de competencia de los administradores sociales.

3. Los problemas de la acción social de responsabilidad

El principal mecanismo previsto en nuestro ordenamiento para hacer efectiva la responsabilidad de los administradores es la denominada acción social consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. Al invocar esta vía judicial, una compañía

---

32 Para el apoderado de Jorge Hakim Tawil, 'lo que está promoviendo es la llamada por la doctrina "acción derivada" que permite al socio solicitar a los administradores indemnizar los perjuicios que le causen a la sociedad y resulta que esta acción no se encuentra contemplada, hoy por hoy, en el ordenamiento comercial vigente, que solo la permite a la sociedad misma a través de la denominada acción social, reglamentada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995' (vid. Folio 7116).

puede reclamarles a sus administradores los perjuicios derivados de la violación de los deberes legales a cargo de estos funcionarios. Para tales efectos, bajo la regla prevista en el citado artículo 25, la decisión de iniciar una acción social de responsabilidad debe ser aprobada con el voto positivo de la mayoría de las acciones o cuotas sociales representadas en la respectiva reunión. Este sistema de autorización previa permite que los asociados puedan deliberar acerca de la conveniencia de controvertir la responsabilidad de los administradores, de modo que la demanda correspondiente se interponga tan sólo cuando obedezca a los mejores intereses de la sociedad.

No obstante, la regla del artículo 25 ha hecho inviable, en la práctica, el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad en hipótesis de expropiación de minoritarios. Ello obedece a que, cuando el controlante se ha apropiado de recursos de la compañía en su calidad de administrador o con el concurso de los administradores, será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad en la asamblea general o junta de socios[33]. En verdad, conforme a la ley de las mayorías, la decisión de presentar la acción social dependerá del voto del mismo controlante que se lucró por la actuación desleal reprochada. Parece entonces poco probable que el controlante decida tramitar un proceso judicial en contra de sí mismo o de las personas que le permitieron apropiarse de recursos sociales en forma irregular.

Al ser imposible iniciar acciones sociales sin la anuencia del máximo órgano, la expropiación de los minoritarios podría quedar en la impunidad. Ciertamente, como la desviación de recursos sociales sólo lesiona en forma directa a la compañía,

---

33 Claro que la celebración de esta clase de negocios expropiatorios supone la anuencia de las personas encargadas de gestionar los negocios sociales. Podría entonces pensarse que los administradores no estarían dispuestos a participar en operaciones que atentan gravemente contra los deberes legales que rigen su conducta. Sin embargo, como se ha reconocido en la jurisprudencia societaria comparada, los administradores tienen una relación de dependencia con las personas que pueden removerlos en cualquier momento, vale decir, los accionistas mayoritarios (Cfr. la sentencia emitida por la Corte de Cancillería de Delaware en el caso de In Re. EZCORP INC. Consulting Agreement Derivative Litigation, C.A. No. 9962-VCL). Es decir que los administradores que se rehúsen a cumplir las instrucciones de un controlante serán rápidamente reemplazados por otros funcionarios más deferentes ante los intereses del mayoritario (cfr. a FH O'Neal y RB Thompson (2004) 3-5 a 3-8). No resulta para nada extraño, pues, que la expropiación de minoritarios pueda producirse a partir de la distracción de recursos sociales concertada entre el controlante y los administradores (M Zhang y otros Controlling Shareholder Manager Collusion and Tunneling: Evidence from China (2014) 22 CORPORATE GOVERNACE 6, 440 a 459; 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).

se ha dicho que la acción social de responsabilidad es la única vía disponible en Colombia para reclamar los perjuicios derivados de esa conducta.[34] En este sentido, los asociados oprimidos no podrían solicitar una indemnización a título personal con base en el daño irrogado al patrimonio social, puesto que se trataría de perjuicios indirectos, cuya reclamación es inviable en nuestro sistema. Es así como, 'si se produjo un daño a la sociedad afectando directamente su patrimonio y esta afectación golpeó consecuencialmente al accionista, sólo habrá una acción social y no podrá ejercerse ninguna acción individual por parte de los accionistas, pues la acción sólo corresponde a la persona jurídica que es la que ha sufrido el perjuicio, debiendo ejercer esa acción a través de sus representantes. En efecto, el accionista, por el solo hecho de serlo, no tiene facultad de representar a la sociedad y las acciones sociales han de ser ejercidas por los mandatarios de la persona jurídica. Y tampoco puede el accionista actuar en su propio nombre, pues se trataría del ejercicio de una acción individual que sólo se le otorga cuando el perjuicio que ha experimentado es personal, particular y no social[35]'.

Aunque la anterior posición es correcta desde una perspectiva formal, por esa línea de interpretación podría llegarse a una situación verdaderamente injusta. Puede pensarse en lo que ocurriría si, como lo alega el señor Hakim Daccach en su demanda, los administradores de una compañía decidieran destinar cuantiosos recursos sociales a sufragar los gastos personales del accionista controlante. El asociado que acuda a la asamblea para proponer que se tramite una acción social de responsabilidad contra tales administradores se enfrentará al obstáculo infranqueable del voto negativo emitido por el mayoritario. Según lo expresado en el párrafo anterior, tal minoritario tampoco podría reclamar una indemnización de los daños sufridos a título personal, puesto que tales perjuicios se derivarían de la lesión al patrimonio social. Al no poderse iniciar acciones sociales ni individuales, los asociados minoritarios carecerían de medios legales para hacerle frente a la expropiación de sus intereses económicos en la sociedad.

2. La legitimación extraordinaria para presentar acciones sociales

La solución más efectiva al problema descrito en los párrafos anteriores consiste

---

34 Para Pinzón, por ejemplo, 'cualquier perjuicio común a todos los socios, en calidad de tales, es decir, en relación con la existencia y funcionamiento de la sociedad, es un perjuicio ocasionado a esta misma, que, como tal, solo puede ser reclamado en nombre o en interés de la sociedad' G Pinzón, Sociedades Comerciales (1982, 4ª ed., vol. 1, Bogotá, Editorial Temis) 223. Podría pensarse, sin embargo, que el perjuicio derivado de la expropiación no es común a todos los socios, en la medida en que el controlante obtiene un beneficio neto por virtud de las operaciones cuestionadas.

35 J Suescún Melo, Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo (1996, Tomo II, Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, Bogotá) 320.

en conferirles a los asociados minoritarios la legitimación para presentar acciones sociales en nombre y por cuenta de la compañía, sin necesidad de obtener previamente la aprobación de la asamblea general de accionistas o junta de socios. Esta legitimación extraordinaria les permitiría a los minoritarios formular pretensiones indemnizatorias, orientadas a reparar los perjuicios sufridos por la sociedad. De salir victoriosos en juicio, la reintegración del patrimonio social bastaría para resarcir el daño sufrido por los minoritarios como consecuencia de la expropiación promovida por el controlante.

Esta idea de que los minoritarios deben contar con la legitimación extraordinaria para presentar libremente acciones sociales ha sido acogida en la mayoría de sistemas legales modernos. En Francia, por ejemplo, la denominada *action sociale ut singuli* habilita a cualquier asociado para demandar a los administradores, en nombre e interés de la compañía, con el fin de restablecer el patrimonio social[36]. Algo similar ocurre en Estados Unidos y el Reino Unido, en los que, desde hace más de un siglo, la denominada acción derivada (derivative suit) cumple un propósito idéntico al de la reseñada acción francesa. En varios países latinoamericanos—incluidos Chile[37], México[38], Perú[39], República Dominicana[40] y Uruguay[41] —se ha contemplado también, aunque con diferentes contornos, la habilitación para que los minoritarios

---

36 La denominada action sociale ut singuli está consagrada en el artículo L. 225-252 del Código de Comercio francés Para una explicación sobre esta vía de acción judicial, cfr. a P Merle, Droit des sociétés, 493-494; Germain et Perin, SAS, 369; Le Cannu et Dondero, Droit des sociétés, 305.

37 En Chile, el artículo 133 bis de la Ley 18.064 sobre sociedades anónimas establece que 'toda pérdida irrogada al patrimonio de la sociedad como consecuencia de una infracción a esta ley, su reglamento, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia, dará derecho a un accionista o grupo de accionistas que representen, a lo menos, un 5% de las acciones emitidas por la sociedad o a cualquiera de los directores de la sociedad, a demandar la indemnización de perjuicios a quien correspondiere, en nombre y beneficio de la sociedad'. Para una explicación sobre el ejercicio de estas acciones en Chile, cfr. a AL Puelma, Conflicto de intereses en la sociedades, (2002) 29 REV DER CHILENO 1, 47 a 93.

38 Según el artículo 76 de la Ley General de Sociedades Mercantiles mejicana, 'la acción de responsabilidad en interés de la sociedad contra los gerentes, para el reintegro del patrimonio social, pertenece a la asamblea y a los socios individualmente considerados […]'.

39 En Perú, el artículo 181 de la Ley General de Sociedades dispone que 'los accionistas que representan por lo menos un tercio del capital social pueden ejercer directamente la pretensión social de responsabilidad contra los directores'.

40 Según el artículo 236 de la Ley 479 de 2008, 'además de la acción en reparación del perjuicio sufrido personalmente, los accionistas podrán individualmente o en grupo, según las condiciones fijadas a continuación, intentar la acción social de responsabilidad contra los administradores'.

41 'La acción social de responsabilidad podrá ser ejercida por los accionistas que se hayan opuesto a la extinción de la responsabilidad' (artículo 294 de la Ley 16.060 de 1989).

puedan hacer uso libre de la acción social.

En Colombia, sin embargo, no se ha previsto expresamente la legitimación extraordinaria que les permitiría a los minoritarios iniciar acciones sociales sin contar con la anuencia del máximo órgano. Aunque en el artículo 151 del proyecto de ley n.° 119 de 1993 se había previsto que 'la acción social podrá ser ejercida por cualquier administrador, por el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad, sin que medie decisión de la asamblea', en el texto final de la Ley 222 de 1995 se suprimió esta posibilidad. En verdad, al tenor del artículo 25 de la Ley 222, la legitimación extraordinaria de los minoritarios para presentar acciones sociales de responsabilidad quedó sujeta a la aprobación del máximo órgano social, tal y como puede apreciarse en el siguiente aparte de esa norma: 'Cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad'. De haberse mantenido la redacción inicial del proyecto de ley n.° 119 de 1993, sería posible que los minoritarios presentaran demandas en interés de la compañía sin requerir la aprobación del mayoritario, tal y como se permite en otras latitudes. No obstante, las modificaciones introducidas durante el trámite legislativo del proyecto n.° 119 hicieron imposible, en la práctica, que los minoritarios se valieran de la acción social para hacerle frente a la apropiación de recursos concertada entre los administradores y el mayoritario.

Cabe ahora preguntarse si, a pesar de no existir una norma legal que lo permita expresamente, los asociados minoritarios cuentan con la legitimación extraordinaria para presentar acciones sociales sin la anuencia del máximo órgano. Esta posibilidad ya había sido estudiada en la doctrina local mucho antes de la promulgación de la Ley 222 de 1995. Bajo la vigencia de la derogada Ley 58 de 1931, por ejemplo, Rivas formuló las siguientes apreciaciones: 'Se discute si los accionistas aisladamente pueden promover la acción social. […] [Una corriente doctrinaria] propugna por la admisibilidad de la acción social ejercida "ut singuli" por los accionistas, inspirándose en el laudable afán de hacer más efectiva la responsabilidad de los administradores […] No puede negarse que la admisión de la acción social "ut singuli" […] presenta la ventaja de ser un medio muy eficaz para mantener a raya a los administradores, y que hoy existe una clara tendencia a no restringir excesivamente el ejercicio individual de la acción. […]'.[42]

A pesar de lo anterior, este Despacho no puede admitir que cualquier asociado presente acciones sociales en nombre y por cuenta de la compañía, en violación

42 JM Rivas, Responsabilidades de los administradores de sociedades anónimas (1942, Editorial Minerva, Bogotá) 63 a 66.

de los presupuestos exigidos en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995[43]. Aunque el derecho societario ha sido terreno fértil para la legitimación extraordinaria de asociados, esta prerrogativa tan sólo puede ser conferida por ley, al tratarse de una regla procesal que no admite interpretaciones extensivas. Más importante aún, la habilitación para que los minoritarios tramiten acciones sociales debe ir acompañada de mecanismos que reduzcan el riesgo de que se presenten demandas temerarias o abusivas en contra de los administradores. El diseño de estos mecanismos presupone una cuidadosa intervención legislativa, cuyo alcance y precisión difícilmente podría lograrse mediante la creación jurisprudencial de una legitimación extraordinaria en cabeza de todos los asociados. En consecuencia, para que los minoritarios puedan intentar una acción social sin la autorización de la asamblea o junta de socios, deberá contemplarse expresamente esa posibilidad en el ordenamiento societario colombiano. Mientras ello no ocurra, la legitimación para presentar acciones sociales estará sujeta a las reglas específicas contempladas en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

4. La protección de los minoritarios expropiados

Los defectos legales antes explicados podrían tener consecuencias bastante adversas para las probabilidades de éxito de demandas como la presentada por Carlos Hakim Daccach. Aunque se probara la expropiación descrita por el señor Hakim Daccach, las reglas vigentes en materia de responsabilidad de administradores no le permitirían a este Despacho decretar la indemnización de perjuicios reclamada en este proceso. Ello se debe a que las actuaciones de los demandados habrían lesionado en forma directa el patrimonio de Gyptec S.A. y solo indirectamente al señor Hakim Daccach. En esa medida, como el demandante no podría formular pretensiones en nombre de Gyptec S.A., ni solicitar una indemnización a título personal con base en el daño irrogado al patrimonio de la sociedad, sus pretensiones serían inexorablemente desestimadas. A esta circunstancia habría que sumarle el hecho de que en la legislación societaria colombiana no se han consagrado explícitamente acciones legales para demandar a un mayoritario que se hubiera beneficiado de actos de la naturaleza antes descrita.

---

43 En este sentido, Suescún Melo ha anotado lo siguiente: 'debe admitirse que existen ciertos casos puntuales de acción oblicua en nuestro derecho—como la facultad que les reconoce ahora la Ley 222 de 1995 a los asociados y a los terceros—para entablar la acción social contra los administradores que le causen demérito económico a la sociedad. Pero, tratándose de una institución extraña y aún exótica, debe concluirse, en sana lógica, que la acción oblicua sólo cabe en los casos en que el legislador la consagre específicamente, sin que pueda ejercerse, mediante interpretación analógica o extensiva, en otros eventos no contemplados expresamente por las normas'. J Suescún Melo (1996) 335.

Podría entonces pensarse que un minoritario puesto en las circunstancias descritas por el señor Hakim Daccach carece por completo de acciones legales para cuestionar al controlante que promovió la expropiación o a los administradores sociales que la consumaron. Debe decirse, sin embargo, que esta conclusión es del todo inaceptable. Es evidente que las reglas que componen el ordenamiento colombiano no pueden interpretarse en el sentido de condonar la apropiación flagrante de activos sociales por parte de los accionistas mayoritarios, en detrimento del patrimonio social y los demás asociados. De mantenerse impune una actuación de esa naturaleza, no sólo se atentaría contra el orden público económico, por las razones explicadas en la sección anterior, sino que, además, se frustraría tanto el derecho de los minoritarios a la tutela judicial efectiva como el ánimo de lucro subjetivo que los llevó a adquirir una participación en el fondo social.

Así las cosas, se hace necesario estudiar algunos de los principales medios de defensa disponibles actualmente para que, a pesar de los vacíos legales reseñados, un minoritario pueda hacerle frente a la expropiación concertada entre un accionista controlante y los administradores sociales.

A. Abuso del derecho de voto por el bloqueo de la acción social de responsabilidad

Una primera vía de acción para el minoritario oprimido puede encontrarse en aquellos casos en los que el controlante hubiera bloqueado la aprobación de una acción social de responsabilidad, con el propósito de encubrir la desviación irregular de recursos de la compañía. Cuando ello ocurra, el minoritario podrá invocar la protección de la figura del abuso del derecho de voto para obtener una indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta reprochable del controlante. Según lo explicó esta Superintendencia en el caso de Sares Ltda., 'cuando se hubiere negado la posibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad para encubrir las actuaciones irregulares de un administrador o proteger la desviación de recursos sociales a favor del accionista mayoritario […] la decisión de rechazar la acción social correspondería a una finalidad que no es tolerada por el ordenamiento colombiano. Debe reiterarse, en este sentido, que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para provocar daños, ni para que un accionista se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados'[44].

---

44 En el caso mencionado, este Despacho encontró que, al hacer imposible la aprobación de la acción social, el controlante obstruyó, en beneficio propio, la única vía judicial disponible en nuestro ordenamiento para reclamar los perjuicios posiblemente sufridos por la compañía. Según se expresó en la sentencia n.° 800-54 del 15 de mayo de 2015, 'esta actuación, a todas luces censurable, encaja dentro de los presupuestos contemplados en la Ley 1258 de 2008 para la configuración del abuso del derecho de voto […]'.

B. Violación del deber de lealtad en cabeza del controlante

En otros países, uno de los principales medios de defensa de los intereses de las minorías suele encontrarse en la consagración, por vía legal o jurisprudencial, de un deber de lealtad a cargo de los accionistas mayoritarios[45]. Bajo este principio de conducta, la apropiación irregular de activos sociales puede ser juzgada como un acto desleal frente a los demás asociados, en forma tal que un controlante vencido en juicio estará obligado a indemnizar los perjuicios derivados de la expropiación.

En Colombia es posible encontrar un deber de similar entidad en el postulado de la buena fe a que aluden los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio[46]. Este principio ha sido interpretado en el sentido de imponerles a las partes de un contrato el deber de comportarse lealmente en el transcurso de la ejecución de ese negocio. Para la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, el artículo 1603 en cuestión lleva implícito un deber de lealtad a cargo de los contratantes. Según esa Corporación, 'la palabra «fe», fidelidad, quiere decir que la persona, o la parte, según el contexto, se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en la observancia de sus obligaciones […] [se trata entonces de] comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico, con rectitud, corrección y lealtad'[47]. En sentido análogo se ha pronunciado la Corte Constitucional, tal y como puede apreciarse en el siguiente aparte de la sentencia n.° T-537 de 2009: 'El principio de buena fe [...] debe ser una guía en la lectura, interpretación y aplicación del [contrato], puesto que los deberes de lealtad, claridad, equilibrio, solidaridad y colaboración, entre otros, están implícitos en cualquier relación contractual […]'. Finalmente, en criterio de Ospina Fernández, 'los actos jurídicos deben ser cumplidos de buena fe, vale decir, con entera lealtad, con intención recta y positiva […]. El postulado de la buena fe en la ejecución de los actos jurídicos […] exige que las prestaciones impuestas por tales actos deban ser ejecutadas lealmente, es decir, poniendo cada parte la buena voluntad necesaria para que se realice la finalidad perseguida mediante la celebración de aquellos'[48].

Parece claro, pues, que el postulado de la buena fe consagrado en los artículos

---

45 Así se ha consagrado en Alemania, a partir de la sentencia emitida en el denominado caso Linotype de 1988 (cfr. a PH Conac y otros (2007) 501.

46 Esta relación entre la buena fe y el deber de lealtad ha sido estudiada también por el magistrado LE Strine, de la Corte Suprema de Delaware, en un artículo denominado Loyalty's core demand: the defining role of good faith in corporation law (2009) John M. Olin Center for Law, Economic and Business Discussion Paper n.° 630.

47 Sentencia emitida por la Sala Civil el 2 de febrero de 2015.

48 G Ospina Fernández y E Ospina Acosta, Teoría general del contrato y del negocio jurídico (2005, 7ª ed., Bogotá, Editorial Temis) 327 a 329.

1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio lleva implícito un deber de lealtad de obligatoria observancia para las partes en un contrato[49]. Es indudable, además, que el referido postulado de la buena fe tiene plena vigencia en el curso de las relaciones derivadas del contrato de sociedad. Para Martínez Neira, por ejemplo, 'de particular importancia es este principio, en efecto tratándose de un contrato de colaboración como el de la sociedad, en el que los derechos individuales de los socios no pueden ejercerse simplemente bajo el prisma de derechos subjetivos, a partir de cuyo ejercicio se puede arrasar con los derechos de los demás'[50].

De lo anterior puede entonces colegirse que, por virtud del postulado de la buena fe, los asociados tienen el deber de comportarse con lealtad frente a las personas que detentan esa misma calidad en una compañía. Parece entonces indiscutible que el mayoritario que se apropia irregularmente de recursos sociales actúa en forma desleal frente a los demás asociados[51]. En estos casos, la conducta del controlante atenta contra el ánimo de lucro subjetivo que llevó a los minoritarios a efectuar una inversión en la sociedad, al tenor de lo previsto en el artículo 98 del Código de Comercio[52]. Al extraer bienes del patrimonio social, el controlante puede frustrar las expectativas económicas de los minoritarios, quienes verán menguado—o, incluso, suprimido—el retorno esperado por su inversión en la compañía. Es decir que la apropiación de activos sociales perjudica en tal forma a los asociados minoritarios que la conducta del controlante no puede sino calificarse como desleal. De manera que, al constituir la expropiación de minoritarios una violación del deber de lealtad a cargo del controlante, este último podrá ser obligado a resarcir los perjuicios que se deriven de sus actuaciones irregulares[53].

---

49 Es por esta razón que las personas que se comporten de manera desleal en el curso de una relación contractual estarán obligadas a indemnizar los perjuicios derivados de su conducta (A Solarte Rodríguez, La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta (2004) 108 UNIVERSITAS 311 a 312).

50 NH Martínez Neira (2014) 85 a 86.

51 Una infracción de similar naturaleza cometerá el asociado minoritario que, con el fin de lucrarse a título personal, demore la celebración de una operación necesaria para el adecuado desarrollo del objeto social.

52 Para un análisis del postulado de la buena fe en el contexto societario, cfr. a N Polanía Tello, Responsabilidad por violación de la buena fe en la sociedad por acciones simplificada (2012) 23 Revista de Derecho Privado 279.

53 No está de más anotar que en Chile también se ha considerado la posibilidad de proteger a los asociados minoritarios con base en el postulado de la buena fe consignado en el artículo 1546 del Código Civil chileno, cuyo texto es idéntico al del ya citado artículo 1603. Con fundamento en esa disposición se ha dicho, pues, que 'la obligación primordial de los socios es cumplir el contrato social de buena fe, respetando los derechos de sus socios o accionistas. Es obvio entonces que […] no

C. Violación del régimen de conflictos de interés

Una tercera vía de defensa para los minoritarios consiste en presentar acciones de nulidad con base en el régimen de conflictos de interés previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley de 1995 y el Decreto 1925 de 2009. Como la apropiación de recursos sociales suele suponer la celebración de negocios jurídicos entre la sociedad, el controlante, los administradores y personas vinculadas a éstos, podría invocarse el régimen en cuestión para controvertir la validez de tales operaciones[54]. Para tal efecto, serían útiles los antecedentes sentados por esta Superintendencia acerca de las hipótesis que pueden dar lugar a un conflicto de interés.

Existen ya varias sentencias en las que se ha detectado un conflicto de la naturaleza indicada cuando el administrador contrata directamente con la sociedad en la que ocupa ese cargo[55]. Este Despacho también ha aclarado que existe un conflicto de interés cuando el administrador esté obligado a velar por los intereses de dos compañías que contratan entre sí[56]. Algo similar ocurrirá cuando el administrador cuente con un interés económico en operaciones celebradas por la compañía en la que ejerce sus funciones[57]. Por lo demás, en varios pronunciamientos se ha dicho que la celebración de contratos con los accionistas mayoritarios le representa un manifiesto conflicto de interés a los administradores que participaron en el respectivo negocio[58].

---

procede bajo respecto alguno que, valiéndose del poder para administrar la sociedad, uno de los socios o accionistas, directa o indirectamente, obtenga para sí o para terceros relacionados con él, una utilidad por la vía de subir o bajar artificialmente el precio de una transacción'. A Lyon Puelma, Conflicto de intereses en las sociedades (2002) 29 REVISTA CHILENA DE DERECHO 57.

54 'Es bastante usual que los controlantes contraten con la compañía en la que detentan una participación mayoritaria de capital. Aunque tales operaciones pueden ser indispensables para asegurar la adecuada gestión de los negocios sociales, también es posible que los mayoritarios se valgan de sus tratos con la sociedad para recibir anticipadamente una porción de la plusvalía generada por el cumplimiento de la actividad social o, incluso, para apropiarse en forma irregular de activos de propiedad de la compañía' (cfr. auto n.° 800-6317 del 25 de abril de 2016).

55 Sentencia n.° 800-52 del 1º de septiembre de 2014.

56 Auto n.° 801-7259 del 19 de mayo de 2014.

57 Auto n.° 800-15368 del 17 de noviembre de 2015.

58 Sentencia n.° 800-142 del 9 de noviembre de 2015. Este Despacho se ha pronunciado ya acerca de la necesidad de fiscalizar rigurosamente las operaciones celebradas entre una compañía y aquellas personas que, como en el caso de los accionistas controlantes, puedan tener alguna influencia sobre la gestión de los negocios sociales (related party transactions). Este especial escrutinio se justifica por la posibilidad de que tales personas, conocidas en la doctrina comparada como 'partes vinculadas', se valgan de su ascendencia sobre la sociedad para extraer prerrogativas económicas

Ahora bien, cuando no se cumpla adecuadamente el trámite previsto en la Ley 222 para los casos de conflicto de interés, podrá solicitarse la nulidad absoluta de los negocios correspondientes. Aunque los apoderados de los demandados consideran que tal violación debería dar lugar a consecuencias diferentes de la nulidad reseñada, lo cierto es que existen suficientes argumentos para sostener que esta última es la sanción que procede bajo el ordenamiento colombiano. Así fue reconocido explícitamente en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009, a cuyo tenor 'el proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 de la Ley 222 de 1995 […]'. En sentido análogo se ha pronunciado tanto la doctrina local como esta Superintendencia por vía administrativa[59]. No sobra advertir, finalmente, que en Francia, Italia y Alemania se ha previsto una sanción de similar entidad para las operaciones viciadas por conflictos de interés en el contexto societario[60].

5. Acerca de las conductas cuestionadas por el demandante

Con base en las anteriores consideraciones pueden ahora examinarse las conductas controvertidas en la demanda de Carlos Hakim Daccach. Como los argumentos de las partes son profusos y las pruebas aportadas voluminosas, es necesario hacer un breve recuento del análisis que emprendió este Despacho para resolver el conflicto debatido en este proceso.

---

inmerecidas en el curso de una relación contractual (L Enriques, Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal) (2015) 16 EUR BUSS ORG L REV 1). En la venta de activos sociales a un accionista controlante, por ejemplo, los administradores podrían verse alentados a fijar un precio irrisorio, aunque con ello se perjudique el patrimonio de la sociedad. Como ya se explicó, la potestad que suele tener el controlante de remover a los administradores en cualquier momento hace que tales funcionarios se muestren dispuestos a acatar las órdenes del asociado mayoritario (FH O'Neal y RB Thompson (2004) 3-5 a 3-8). Por los anteriores motivos, tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea se ha procurado que los jueces puedan escudriñar cuidadosamente los contratos suscritos entre una compañía y su accionista controlante, así como todas aquellas operaciones celebradas entre dos sociedades sujetas al control de una misma persona (cfr., por ejemplo, el Capitulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (Model Business Corporation Act) estadounidense).

59 Para Gil Echeverry, por ejemplo, 'los actos celebrados en conflictos de intereses resultan absolutamente nulos'. JH Gil Echeverry, Derecho Societario Contemporáneo: Estudios de Derecho Comparado, (2012, 2ª ed, Editorial Legis, Bogotá) 284. Cfr. también el oficio n.° 220-140389, emitido por esta Superintendencia el 27 de noviembre de 2012.

60 PH Conac y otros (2007) 516.

El punto de partida de tal estudio fue una recopilación de los registros de la totalidad de las operaciones celebradas entre Gyptec S.A., los demandados y 55 personas vinculadas a estos últimos, entre el 31 de marzo de 2009 y el 19 de marzo de 2015. Esa información fue extraída directamente de los sistemas informáticos y contables de Gyptec S.A., con el apoyo de peritos expertos en computación y finanzas.

Las labores del perito informático abarcaron inicialmente la recopilación de decenas de miles de correos electrónicos enviados y recibidos desde los computadores de los demandados. Esta información fue depurada con base en las instrucciones impartidas por este Despacho, por cuya virtud se siguió el siguiente procedimiento: (I) bajo la supervisión de esta entidad, se abrieron los sobres cerrados que contenían los discos compactos en los que el perito había consignado los referidos correos electrónicos; (II) el perito determinó que el contenido de los discos compactos no había sido alterado ni modificado en forma alguna; (III) el perito realizó una primera depuración de los correos recaudados a fin de eliminar información repetida; (IV) se resaltaron los correos en los que aparecían las palabras identificadas por las partes como relevantes; (V) el Despacho revisó los correos resaltados, con el propósito de eliminar los mensajes que no fueran relevantes para el presente proceso; (VI) una vez conformada la lista depurada de correos, los apoderados de Gyptec S.A. se pronunciaron acerca de los mensajes que podían contener información reservada; (VII) el Despacho revisó la lista de correos identificados por los apoderados de Gyptec S.A., para efectos de conformar la lista de mensajes que sería aportada al expediente; (VII) con base en lo anterior, el Despacho determinó incluir 7.494 correos electrónicos en el expediente del presente proceso.

El perito financiero, por su parte, llevó a cabo el procedimiento que se transcribe a continuación: '(I) verificación de existencia de terceros en el sistema contable Novaplus; (II) consolidación de los registros contables relacionados con cada uno de los sujetos a revisión por el periodo indicado anteriormente; (III) verificación de saldos sobre auxiliares por terceros proporcionados por Gyptec; (IV) identificar los registros contables realizados por Gyptec para cada uno de los sujetos a revisión (V) revisión de la documentación aportada en archivos pdf y documentación física proporcionada por Gyptec para los sujetos a revisión; (VI) cruce de información contable con documentación de soporte[61]'.

Como resultado de las anteriores labores, se obtuvo una base de datos con 7.494 corres electrónicos y 24.503 registros contables cuestionados, acompañada de dos extensos dictámenes periciales. Ahora bien, para juzgar la conducta de los demandados, deberán tenerse en cuenta no sólo las conclusiones a las que arribaron los referidos peritos y los demás insumos mencionados, sino también

61 Cfr. la página 11 el informe del perito contable y financiero.

los argumentos jurídicos presentados por las partes. Por ejemplo, será necesario depurar el registro de las operaciones objeto de revisión a partir de las alegaciones de Carlos Hakim Dacacch y las múltiples excepciones de los demandados, con el fin de delimitar el alcance de la decisión que habrá de tomar el Despacho. También será preciso estudiar las numerosas pretensiones de la demanda a la luz de los argumentos procesales esgrimidos por los demandados. En las siguientes secciones se presenta un estudio pormenorizado de tales asuntos.

6. Acerca de los argumentos y excepciones de los demandados que serán acogidos por el Despacho

La defensa de los demandados está basada en una multiplicidad de argumentos, resumidos en 41 excepciones. En esta sección se estudian algunas de las excepciones que habrán de prosperar, a fin de delimitar el alcance de las operaciones que pueden ser analizadas en este proceso.

A. El demandante no puede reclamar los perjuicios sufridos por Gyptec S.A. por violaciones del deber de cuidado

Las explicaciones hechas en el capítulo anterior son suficientes para concluir que Carlos Hakim Daccach no puede reclamar, para sí ni para Gyptec S.A., los perjuicios derivados de eventuales violaciones del deber de cuidado a cargo de los demandados. Ciertamente, si con tales infracciones se le causó algún demérito al patrimonio social, le corresponderá a Gyptec S.A. presentar las demandas que correspondan. Además, como ya se indicó, el señor Hakim Daccach no puede solicitar una indemnización individual de perjuicios derivados de los que sufrió la compañía.

En todo caso, una vez revisadas las conductas cuestionadas, el Despacho no encontró indicios de la mayoría de las violaciones del deber de cuidado descritas en la demanda. Por ejemplo, el señor Hakim Daccach considera que los demandados actuaron en contravía de esa pauta de conducta al venderle a terceros los inmuebles denominados R-141 y R-142. Para tal efecto, se ha cuestionado tanto la motivación que llevó a que se celebrara esa operación como el precio fijado para la venta. Sin embargo, las pruebas disponibles apuntan a que los contratos cuestionados obedecieron a una informada decisión de negocios de los administradores de Gyptec S.A., para cuya adopción se contó con avalúos técnicos elaborados por Ahumada Ingenieros y Asociados Ltda. y Carlos Vélez Paz & Cía Ltda[62]. En este orden de ideas, debe recordarse que 'no le corresponde a esta entidad, en ejercicio

62 Vid. Folios 3245, 3287 del expediente y los anexos A5-VII del informe de aclaración del perito financiero. Así mismo, para tomar la decisión de venta de los inmuebles, Daniel Materón Osorio seña-

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.[63]' Las normas que rigen las actuaciones de los administradores 'buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión. Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad (*business judgment rule*), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, a posteriori, por los resultados negativos de sus decisiones[64]'.

B. El demandante no puede reclamar los perjuicios sufridos por Gyptec S.A. por violaciones del deber de conducta consagrado en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995

En los numerales 1.8.2 y 1.8.3 de las pretensiones de la demanda se alega que los demandados infringieron el deber específico de conducta consagrado en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, bajo el cual los administradores deben 'velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias'. En criterio del señor Hakim Daccach, tales violaciones se concretaron en la extralimitación de las funciones a cargo de los demandados y la celebración de operaciones ultra vires, vale decir, por fuera del ámbito del objeto social principal de Gyptec S.A. En este punto debe reiterarse que, como las conductas antes mencionadas tan sólo tendrían la virtualidad de lesionar directamente el patrimonio de Gyptec S.A., la acción social de responsabilidad sería la única vía disponible para reclamar los perjuicios correspondientes. Según se explicó antes, el demandante en este proceso no cuenta con la legitimación extraordinaria para presentar acciones sociales en nombre y por cuenta de Gyptec S.A.

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco es del todo claro que hubieran acaecido las violaciones en cuestión. El apoderado de Carlos Hakim Daccach considera, en este sentido, que 'el objeto social de Gyptec no permite a los administradores el pago

ló que 'se presentaron [a la junta directiva] avalúos del lote […] se expresó la necesidad de venderlo, se explicó para qué eran los recursos, parte de ellos era para mejoras de tecnología, desarrollo de nuevos productos, habían llegado placas más livianas a Colombia'. Cfr. audiencia del 9 de diciembre de 2014 (4:41:47 a 4:45:47) (Vid. Folio 5015).

63 Sentencia n.° 801-72 del 11 de diciembre de 2013.

64 Sentencia n.° 800-52 del 1º de septiembre de 2014.

de gastos personales […], ni la utilización de sus recursos humanos para asuntos personales de los mismos […] debido a la determinación y especialidad requerida por la ley en cuanto al objeto jurídico, Gyptec carece de capacidad para ejecutar todos los actos que estén por fuera del mismo (doctrina ultra vires) […] contrario al objeto social -principal y secundario, directo e indirecto- de Gyptec, tal y como se probó a través del Dictamen de PWC y Deloitte, una parte importante de su patrimonio se ha […] utilizado para operaciones no relacionadas con su objeto social, ni para el giro ordinario de sus negocios' (vid. Folio 6870). No obstante lo anterior, el apoderado de Gyptec S.A. ha resaltado que 'las [operaciones cuestionadas] se encuentran enmarcadas dentro del objeto social de la compañía, no generaron perjuicio alguno, y, por el contrario, […] permitieron a Gyptec, sociedad ubicada en zona franca, desarrollar en forma adecuada su objeto social. Por lo tanto, no hubo desviación de recursos por la supuesta realización de actos por fuera del objeto social' (vid. Folio 7408).

Las alegaciones citadas dan cuenta de las dificultades conceptuales de establecer si un determinado acto se enmarcó en el ámbito específico de las actividades contempladas en el objeto social de una compañía. Esa labor se torna aún más compleja en sociedades cerradas y de familia, en las que las relaciones entre la compañía y sus administradores o accionistas siempre guardarán alguna relación con el cumplimiento de la actividad social. Ni hablar de la altísima carga probatoria que habría de satisfacerse para controvertir, bajo la teoría de los actos ultra vires, una multiplicidad de operaciones celebradas en un espacio superior a un lustro, como lo ha intentado hacer el señor Hakim Daccach[65]. Las anteriores dificultades han llevado a que, en otros países, se desestime por completo la utilidad de la teoría del ultra vires como un mecanismo de protección de asociados minoritarios[66]. En el presente caso, el Despacho no cuenta con suficientes elementos de juicio para esclarecer cuáles de las decenas de miles de actuaciones controvertidas pudieron haber sido incompatibles con el objeto social de Gyptec S.A. Por este motivo, debe insistirse en que las pretensiones consignadas en los numerales 1.8.2 y 1.8.3 no tienen vocación de prosperar.

C. En este proceso no pueden controvertirse operaciones celebradas entre

---

65 Tampoco debe perderse de vista que, bajo la interpretación postulada por Martínez Neira, la extralimitación del objeto social da lugar a la inoponibilidad de los actos y contratos celebrados por los administradores, al amparo del artículo 833 del Código de Comercio (NH Martínez Neira (2014) 200). A la luz de esa teoría, este Despacho no podría pronunciarse acerca de la inoponibilidad referida, a partir de lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de agosto de 2014.

66 H Hansmann y M Pargendler, The Evolution of Shareholder Voting Rights: Separation of Ownership and Consumption (2013) John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Research Paper n.° 466.

Gyptec S.A. y terceros diferentes de los demandados

Como habrán de desestimarse las pretensiones atadas a la violación de los deberes descritos en los literales anteriores, el análisis de las conductas controvertidas estará restringido a las violaciones del régimen de conflictos de interés contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009. En este sentido, debe precisarse que, de los 24.503 registros contables consultados por el Despacho, 17.613 corresponden a operaciones celebradas entre Gyptec S.A. y personas que, aunque tienen vínculos de alguna naturaleza con los demandados, no formaron parte del presente proceso. En la siguiente tabla se resumen algunos de los principales registros contables anotados, con indicación de la parte vinculada, la naturaleza del vínculo y el monto total de las operaciones celebradas con Gyptec S.A.

Tabla n.° 1
Operaciones con personas vinculadas a los demandados

Jorge Hakim Tawil			
Persona vinculada	**Naturaleza del vínculo**	**Sumas giradas por Gyptec S.A.**	**Concepto**
Aleha S.A.S.	Su hermano, Alejandro Hakim Tawil, era representante legal principal y accionista único	$296.842.791	Préstamo
Gyptec Comercializadora (Constru-Depot S.A.S.)	Representante legal	$351.899.852	Préstamo
Equipment Zona Franca	Representante legal	$34.997.098	Préstamo
Hanetec S.A.	Representante legal	$3.813.764.636	Préstamo
Hakim Tawil S. en C.	Sociedad controlada por sus familiares	$80.549.298	Préstamo
Feel Logistics S.A.S	Representante legal	$34.997.098	Préstamo

Logistic and Technical S.A.S.	Representante legal	$133.416.649	Préstamo
Nohora Hakim Tawil	Hermana	$107.293.588	Préstamo, comisiones y bonificaciones
Leticia Gnecco	Cuñada	$549.941.672	Préstamo

Jaime Cano Fernández			
Persona vinculada	**Naturaleza del vínculo**	**Monto de la operación**	**Concepto**
Aleha S.A.S.	Su hermano, Alejandro Hakim Tawil, era representante legal principal y accionista único	$296.842.791	Préstamo
Negozia S.A.S.	Accionista mayoritario y miembro principal de la junta directiva	$76.439.127	Honorarios y asesoría financiera

José Mauricio Rodríguez Morales			
Persona vinculada	**Naturaleza del vínculo**	**Monto de la operación**	**Concepto**
Cosenit S.A.	Miembro principal de la junta directiva y representante legal	$223.995.600	Honorarios y asesoría técnica

Aunque la celebración de las anteriores operaciones le representó un claro conflicto de interés a algunos de los demandados, a la luz de los ya citados pronunciamientos emitidos por esta Superintendencia, debe insistirse en que los terceros enumerados en la tabla n.° 1 no formaron parte del presente proceso. Por ese motivo, el Despacho no puede declarar la nulidad absoluta de las operaciones reseñadas, ni impartirle órdenes a los terceros antes mencionados. En esa medida, tras suprimir los registros correspondientes a esos negocios jurídicos, se obtiene un total de 6.890 operaciones celebradas entre Gyptec S.A. y los doce demandados en este proceso.

D. Las conclusiones del perito financiero deben corregirse para remediar las imprecisiones identificadas por el apoderado de Gyptec S.A.

Otro importante elemento de juicio puede encontrarse en el interrogatorio del apoderado de Gyptec S.A. al perito financiero designado por el Despacho, efectuado al amparo de los artículos 52 y 432 del Código de Procedimiento Civil. En el curso de esa incisiva intervención, el apoderado de Gyptec S.A. identificó múltiples imprecisiones en el estudio elaborado por el perito, incluidos rubros duplicados injustificadamente y reclasificaciones contables cuyo origen no pudo establecerse con precisión (vid. Folios 7421 y siguientes). Para corregir las falencias anotadas, el Despacho suprimió, de la lista de 6.890 operaciones controvertidas, aquellos registros contables duplicados equivocadamente en el informe del perito. Para estos efectos, se eliminaron los registros erróneos que fueron resaltados por los apoderados de los demandados, junto con las duplicaciones adicionales identificadas por el Despacho. Posteriormente, se eliminaron los registros contables correspondientes a todas aquellas operaciones celebradas por fuera del período de revisión fijado por el Despacho, el cual va del 31 de marzo de 2009 al 19 de marzo de 2015[67]. Por esta misma vía se suprimieron las reclasificaciones contables de giros cuyo origen no pudo establecerse, con absoluta certeza, dentro del aludido período de revisión[68]. Por lo demás, se excluyeron todas aquellas erogaciones que, conforme a las pruebas disponibles, revistieran naturaleza laboral[69].

E. El demandante no puede reclamar perjuicios a nombre propio

Tal y como se explicó en el capítulo anterior, el Despacho no puede reconocer las indemnizaciones a favor del demandante que parecen reclamarse en la pretensión 1.10, consistente en que 'se hagan extensivos los efectos de todas las pretensiones en lo que la Superintendencia de Sociedades considere pertinente frente a Carlos Hakim Daccach como accionista de Gyptec S.A' (vid. Folio 86). Aunque las órdenes

---

67 Tal es el caso, por ejemplo, de una reclasificación contable de cuentas por cobrar a Jorge Hakim Tawil por concepto de impuestos de vehículos. Si bien la reclasificación se registró el 9 de julio de 2010, el detalle del movimiento permite ver que algunas de las cuentas reclasificadas son anteriores a marzo del 2009 (Cfr. Anexo C.12-4 del dictamen rendido por Price Waterhouse Coopers, registro AJ4 n.º 1007002).

68 En el caso de Jorge Hakim Tawil, por ejemplo, se suprimieron reclasificaciones en el año 2012 que únicamente llevaban el detalle de 'reclasificó cuenta', sin indicar el concepto de la reclasificación y mucho menos el registro original reclasificado.

69 Así, por ejemplo, los registros de cuentas por cobrar a Jorge Hakim Tawil por concepto de facturas de servicio de telefonía móvil, que en suma ascendían a $27.839.183, no se tuvieron en cuenta porque reflejan, en lugar de operaciones anulables, gastos relacionados con su trabajo como representante legal de la compañía.

impartidas en esta sentencia permitirán restablecer parcialmente el patrimonio de Gyptec S.A., en cumplimiento de lo previsto en el Decreto 1925 de 2009, la distribución entre los asociados de las sumas recuperadas deberá producirse conforme a las reglas vigentes en materia de repartición de utilidades. Una vez ello ocurra—o se pague la correspondiente cuota social de liquidación—el señor Hakim Daccach deberá defender sus intereses en el foro que se escogió para la constitución de Arkata Investments Inc. y Ukiah International Corp., vale decir, la República de Panamá.

F. Las sumas que Jorge Hakim Tawil deberá restituirle a Gyptec S.A. habrán de compensarse con las que la compañía le adeude

El apoderado del señor Hakim Tawil ha manifestado que, en caso de que el referido demandado deba reembolsarle a Gyptec S.A. alguna suma, tales valores deberán ser compensados con '[...] las comisiones que le fueron aprobadas a Jorge Hakim Tawil por la Junta Directiva de Gyptec y que aún no han sido pagadas' (vid. Folios 141 y 142). Aunque es cierto que deberá operar la compensación descrita por el apoderado del señor Hakim Tawil, el Despacho no cuenta con suficientes elementos probatorios para establecer el monto exacto de las sumas que Gyptec S.A. le adeuda al demandado en cuestión.[70] Por tal motivo, no se emitirá un pronunciamiento sobre ese particular.

7. Acerca de los argumentos y excepciones de los demandados que no se aceptan

Formuladas las anteriores explicaciones, es pertinente hacer referencia a las alegaciones de los demandados que, por las razones explicadas más adelante, no pueden ser acogidas por el Despacho.

A. La conducta de los demandados no se justifica por el hecho de que Gyptec S.A. sea una sociedad de familia

Los demandados consideran que, en una sociedad de familia, es factible que los administradores dispongan libremente del patrimonio social en beneficio de los accionistas y sus familiares. Así, pues, 'siendo el bienestar de la familia el fin supremo de estas sociedades, aquél puede alcanzarse no solo a través de la repartición de dividendos sino también por medio de operaciones que le reporten beneficio

70 Una vez revisado el expediente, este Despacho únicamente pudo constatar que en las actas de junta directiva n°. 1 (vid. Folio 3210) y n°. 2 (vid. Folio 3212) de Gyptec, se hace mención a comisiones posiblemente debidas a Jorge Hakim, sin mencionar si estas efectivamente fueron aprobadas, o el valor concreto de dichas comisiones.

personal a los socios, aun a costa de que, individualmente consideradas, ellas no resulten las que un buen hombre de negocios hubiera realizado en una sociedad común y corriente […] ¿Acaso el más escrupuloso y agudo comerciante del planeta le negaría no digamos una donación sino un anticipo o aun un mutuo a su padre?' (vid. Folio 7218).

Podría pensarse que las características propias de una sociedad de familia justificarían admitir alguna excepción al régimen general de conflictos de interés. Tal excepción estaría fundada en la idea de que, en esta clase de compañías, es usual que los accionistas y administradores contraten frecuentemente con la sociedad. También podría alegarse, como lo han hecho los demandados, que la naturaleza de esa sociedad como un simple repositorio del patrimonio familiar le confiere algún grado de legalidad a operaciones como las cuestionadas en este proceso.

Aunque tales argumentos parecen perfectamente sensatos, no debe perderse de vista que, con una excepción de la naturaleza indicada, podrían hacerse nugatorios los derechos de aquellos asociados que no formen parte del núcleo familiar o que, a pesar de revestir esa calidad, estén excluidos de la administración de los negocios sociales. Por ejemplo, si la totalidad de las utilidades se reparte por vía de honorarios y anticipos entre apenas algunos miembros de la familia, no quedarán recursos para el pago de dividendos al final del ejercicio. Es posible, pues, que los asociados que no participen de esas reparticiones se vean privados, en forma permanente, de un retorno sobre la inversión que efectuaron en la sociedad. Por razones que ya fueron suficientemente explicadas en el Capítulo IV, esta injusta circunstancia no puede ser tolerada por el ordenamiento societario.

En conclusión, es claro que el carácter familiar de una sociedad no puede invocarse para despojar a un asociado minoritario de sus derechos económicos en la compañía. Como lo explicó esta Superintendencia en el caso de El Puente S.A., 'el conflicto de interés analizado en esta sentencia tampoco desaparece por el hecho de que las acciones en que se divide el capital suscrito de [la sociedad] se encuentren en manos de personas ligadas por vínculos de parentesco. Ciertamente, el régimen societario colombiano no contiene excepciones relativas a la celebración de operaciones viciadas por conflictos de interés en sociedades cerradas o de familia[71]'. Por este motivo, siempre que se presente un conflicto de interés para los administradores de sociedades como Gyptec S.A., será necesario acudir ante el máximo órgano a fin de solicitar la autorización a que se refiere el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

71 Sentencia n.° 800-102 del 4 de agosto de 2015.

B. Los conflictos de interés no desaparecen si las operaciones cuestionadas fueron beneficiosas para Gyptec S.A.

En la defensa de los demandados se ha incluido también el argumento de que las conductas analizadas fueron beneficiosas para Gyptec S.A.[72]

Es bastante usual, por supuesto, que una sociedad derive cuantiosos beneficios de la celebración de negocios con sus accionistas controlantes o administradores, particularmente cuando se trata de compañías cerradas y de familia[73]. Es bien sabido que, por virtud de tales vínculos, la sociedad podría obtener recursos para remediar problemas temporales de liquidez o, incluso, activos de indispensable importancia para la gestión de la empresa social. Es incluso frecuente que tales dineros se presten en condiciones más favorables que las que podría obtener la compañía en el sistema financiero o que los bienes se adquieran por debajo de precios de mercado. Una prohibición absoluta de operaciones conflictivas podría ir entonces en contra de los mejores intereses económicos de la compañía[74].

Sin embargo, ya se ha explicado cómo esa clase de operaciones podría servir también para despojar a los asociados minoritarios de un retorno sobre su inversión en la sociedad. Por este motivo, las reglas sobre conflictos de interés buscan permitir la celebración de operaciones que le representen un beneficio a la compañía y, simultáneamente, impedir aquellas motivadas por fines expropiatorios[75]. El sistema previsto para tales efectos en Colombia parte de la necesidad de obtener una autorización impartida por la asamblea general de accionistas o la junta de socios. Si no se cumple con este requisito, la consecuencia será la nulidad de los respectivos actos o contratos, sin importar si ellos pudieron haber sido beneficiosos o perjudiciales para el interés social.

Aunque esta posición parezca excesivamente formalista, no debe olvidarse que en el adecuado cumplimiento del anotado régimen de conflictos de interés reposa, en buena parte, la protección de asociados minoritarios en Colombia. Mal haría

---

72 Así, por ejemplo, se ha manifestado que 'a Jorge Hakim no se le hace pago diferente al de su salario, el cual no se le ha subido desde el año 2009, ni siquiera para mantener el poder adquisitivo del dinero' (54 y 81). Por su parte, el apoderado de Gyptec S.A. indicó que 'esos préstamos -como parte de su paquete de compensación laboral-se hicieron en razón a que no se aumentó el salario a Jorge Hakim Tawil desde 2009 inclusive'.

73 A Pacces, Control matters: law and economics of private benefits of control (2011) ECGI Working Paper n.° 131/2009 (2011).

74 Z Goshen, The efficiency of controlling corporate self-dealing: theory meets reality (2003) 91 Cal. L. Rev. 400.

75 L Enriques (2015).

entonces este Despacho en desarticular uno de los pocos mecanismos de defensa con los que cuentan los asociados de la minoría. Por tal razón se ha sostenido que 'los conflictos de interés […] tampoco pueden desvirtuarse por la posibilidad de que las operaciones analizadas hubieren sido beneficiosas para [la compañía]. En verdad, los resultados económicos de los contratos analizados no hacen desaparecer los intereses contrapuestos que contaminaron el juicio del administrador al momento de celebrarse tales negocios. Es por ello que la simple configuración de un conflicto de interés hace necesario surtir el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, antes de que el administrador pueda participar en la celebración del acto o contrato concerniente'[76].

Es claro, en todo caso, que los resultados económicos de las operaciones viciadas por un conflicto de interés serán de inocultable relevancia al momento de establecer si tales negocios lesionaron el patrimonio social. De haberse procurado un beneficio para la compañía, la declaratoria de nulidad no iría acompañada de una condena pecuniaria en contra de los respectivos administradores, tal y como lo reconoció esta Superintendencia en el caso de SAC Estructuras Metálicas S.A.[77]

C. La autorización del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 no puede inferirse a partir de otras decisiones sociales

Los apoderados de los demandados han puesto de presente que las conductas analizadas en este proceso fueron debatidas tanto en la junta directiva como en la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A. Así, por ejemplo, durante una reunión asamblearia celebrada el 1º de abril de 2014, el representante legal mencionó, en su informe de gestión, que había recibido anticipos de parte de la compañía en beneficio propio y de Alejandro Hakim Dow (vid. Folio 46 de la carpeta de reserva documental n.°1). Tales giros se reflejaron también en los estados financieros puestos a disposición de los accionistas de Gyptec S.A. Los demandados consideran que la aprobación del informe de gestión y los estados financieros concernientes fue suficiente para convalidar los giros a que se ha hecho referencia.

---

76 Cfr. Ángela María Azuero Figueroa y María Teresa Figueroa Clausen contra El Puente S.A. (sentencia n.° 800-102 del 4 de agosto de 2015)

77 'A pesar de las infracciones legales descritas en los párrafos anteriores, el Despacho considera que los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A. Como ya se dijo, es factible que las operaciones viciadas por un conflicto de interés le reporten importantes beneficios a una sociedad, como en efecto parece haber ocurrido en el presente caso' (Cfr. SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Praxedis José Daniel Correa Senior y otros. Sentencia n.° 801-35 del 9 de julio de 2013).

Sin embargo, las pruebas disponibles no permiten concluir que, para celebrar las operaciones controvertidas, se hubiera impartido la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Debe recordarse que el trámite consagrado en esa norma supone una manifestación expresa por parte del máximo órgano, la cual difícilmente podrá suplirse con inferencias o interpretaciones extensivas de otras decisiones sociales[78]. En este sentido, las actas consultadas por el Despacho no dan cuenta de autorizaciones explícitas que puedan dar a entender que se cumplió el trámite del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reglamentado en el Decreto 1925 de 2009. Por este motivo, el Despacho no puede aceptar los argumentos de los demandados en cuanto a la existencia de la autorización en comento.

D. Carlos Hakim Daccach no carece de legitimación para solicitar la nulidad mencionada en la demanda

De conformidad con lo previsto en el artículo 1742 del Código Civil, la nulidad absoluta puede ser reclamada en juicio 'por todo el que tenga interés en ello'. Esta disposición ha sido interpretada por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que los terceros que acrediten un interés específico en los actos cuestionados contarán con la legitimación para proponer su nulidad.[79] Para la Corte, ese interés 'debe ser serio, concreto, actual y ostentar una determinada relación sustancial de la que aquél haga parte, e igualmente que en tal nexo tenga incidencia tanto el contrato cuestionado como la sentencia que deba emitirse en el juicio de invalidez'[80]. Parece entonces indiscutible que el señor Hakim Daccach cuenta con un interés legítimo para proponer la nulidad absoluta alegada en la demanda, a la luz de su calidad de accionista de Gyptec S.A.

E. La participación de Gyptec S.A. en este proceso es suficiente para que puedan decretarse las nulidades solicitadas por el demandante

Gyptec S.A. se vinculó a este proceso como coadyuvante de los demandados. Estos últimos consideran, sin embargo, que Gyptec S.A. debió haber revestido la calidad de litisconsorte, en vista de que el señor Hakim Daccach formuló pretensiones encaminadas a controvertir la existencia, validez y oponibilidad de operaciones celebradas por la compañía[81]. Por su parte, el demandante se opuso a que la

---

78 Según el texto de la norma citada, se requiere la 'autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas'.

79 Sentencia del 2 de agosto de 1999.

80 Sentencia del 31 de agosto de 2012.

81 Dentro de las excepciones propuestas por los demandados se encuentra la denominada 'inexistencia del presupuesto procesal material: litisconsorcio necesario' (vid. Folio 2606).

sociedad fuera vinculada como litisconsorte, por cuanto, en su criterio, 'los llamados a responder como consecuencia de la prosperidad de la acción son los demandados y no Gyptec' (vid. Folio 1527). Con todo, el apoderado del señor Hakim Daccach señaló, en sus alegatos de conclusión, que 'Gyptec se hizo parte en el proceso y participó en la práctica de pruebas. Por lo tanto, […] le son extensibles todos los efectos de las pretensiones' (vid. Folio 618 alegatos). Debe entonces estudiarse si la participación de Gyptec S.A. en este proceso, en calidad de coadyuvante, es suficiente para que el Despacho decrete las nulidades solicitadas con la demanda.

Desde un punto de vista estrictamente procesal, pueden traerse a colación las opiniones de Parra Quijano y Devis Echandía, bajo cuyo criterio el coadyuvante puede actuar como parte dentro del proceso y queda vinculado por la sentencia que emita el juez[82]. Más aún, debe advertirse que Gyptec S.A. participó activamente en las diferentes etapas del presente proceso. Así, pues, Gyptec S.A solicitó reiteradamente el levantamiento o la sustitución de las medidas cautelares decretadas por el Despacho (vid. Folios 268 a 281, 532 a 543 y 809 a 810 del cuaderno de medidas cautelares), presentó numerosos recursos de reposición en contra de diferentes autos emitidos por el Despacho (vid., por ejemplo, los folios 334 a 340 del cuaderno de medidas cautelares), descorrió traslados (vid. Folios 499-502, 575-582 del cuaderno de medidas cautelares) y alegó de conclusión. Además, las contundentes intervenciones del apoderado de Gyptec S.A. fueron indispensables para que este Despacho pudiera valorar, en forma adecuada, las numerosas pruebas disponibles en el expediente, particularmente en lo relacionado con las conclusiones consignadas en los dictámenes periciales. Así las cosas, el Despacho considera que las anteriores circunstancias son suficientes para que puedan estudiarse, en este proceso, las nulidades solicitadas en la demanda del señor Hakim Daccach.

F. Esta Superintendencia es competente para examinar la conducta de los demandados a la luz de las reglas sobre conflictos de interés

En dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia, emitidas el 16 de octubre de 2013 y el 28 de agosto de 2014, esa Corporación restringió el ámbito de las competencias jurisdiccionales de esta Superintendencia, al amparo del literal b del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso. Para tal efecto, se dijo que esta Delegatura no puede invocar normas ajenas al régimen societario colombiano para restarle efectos a negocios jurídicos celebrados entre una compañía y terceros diferentes de sus accionistas y administradores. No obstante, a diferencia de los casos antes explicados, en esta sentencia se invocan reglas

82 J Parra Quijano, Derecho Procesal Civil (1992, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá) 198; HF Devis Echandía, Teoria General del Proceso (2015, Editorial Temis S.A., Bogotá) 317 a 318.

contenidas en el ordenamiento societario colombiano—la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009—para examinar operaciones celebradas entre una compañía y sus administradores. Es decir que las cuestiones analizadas en esta sentencia no encajan dentro de los límites fijados por la Corte Suprema de Justicia respecto de las competencias jurisdiccionales de esta Superintendencia. Por este motivo, debe concluirse que el Despacho sí es competente para examinar la conducta de los demandados a la luz de las precitadas reglas sobre conflictos de interés.

G. La conducta de los demandados no puede excusarse con el argumento de que Carlos Hakim Daccach nunca efectuó aportes al fondo social de Gyptec S.A.

Otro de los argumentos de defensa de los demandados consistió en que el señor Hakim Daccach nunca efectuó aportes para la conformación del fondo social de Gyptec S.A. Según el criterio del apoderado del señor Hakim Tawil, 'Carlos Hakim quiere apropiarse sin derecho de la valorización de [un inmueble de propiedad de Gyptec S.A.] y de la capitalización de dineros de terceros realizados a través de las Sociedades Panameñas'. (vid. Folio 7262). Por su parte, el apoderado de Gyptec S.A. ha manifestado que 'dentro del proceso se encuentran múltiples pruebas que demuestran que el demandante no efectuó aporte de capital alguno a Gyptec o a Arkata y Ukiah' (vid. Folio 6629).
Aunque el señor Hakim Tawil parece contar con una reclamación legítima en contra del señor Hakim Daccach, no por ello puede condonarse la apropiación de recursos sociales de Gyptec S.A. mediante la celebración de negocios viciados por conflictos de interés. Es claro que las controversias en cuanto a si Carlos Hakim Daccach o Salomón Hakim Dow efectuaron préstamos o aportes para el funcionamiento de Gyptec S.A. deben surtirse ante las autoridades correspondientes. Mientras el señor Hakim Daccach revista la condición de accionista de Gyptec S.A., contará con los derechos inherentes a esa calidad, incluida la posibilidad de votar en las reuniones de la asamblea y percibir las sumas que correspondan a título de dividendos o cuota social de liquidación.

Debe advertirse que esta Superintendencia ha manifestado, en reiteradas oportunidades, que los conflictos entre empresarios no pueden resolverse mediante actuaciones que desborden el límite de lo permisible bajo el régimen societario colombiano. Por ejemplo, según lo expresado en la sentencia n.° 801-43 del 23 de julio de 2013, 'el [demandado] manifestó que cuenta con una reclamación legítima en contra del [demandante], a quien considera un simple 'socio facilitador' que, en realidad, no efectuó aportes para la constitución de [la compañía]. Sin embargo, en lugar de presentar esa situación ante las autoridades judiciales, el [demandado] recurrió a actuaciones irregulares para resolver su conflicto con el [demandante]

[…] este 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 acudirse 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'.

En una sentencia más reciente se anotó, en sentido análogo, que 'la conducta de los mayoritarios ha estado orientada por la finalidad de privar a [la demandante] de las utilidades generadas por [la compañía], en represalia por la posible violación de un pacto de exclusividad […]. Aunque el Despacho no puede convalidar las transgresiones de la [demandante], los demandados cuentan con múltiples mecanismos legales para hacer efectivos sus derechos contractuales. […] Lo que no puede permitirse es que, en respuesta a una diferencia entre los asociados […], los accionistas mayoritarios invoquen ilusorios proyectos de expansión para despojar a la [demandante] de sus derechos económicos en la compañía'[83].

H. Los activos de Gyptec S.A. no son de propiedad de Jorge y Alejandro Hakim

Tal y como se explicó en el Capítulo III de esta sentencia, los demandados han cuestionado los derechos que le corresponden al señor Hakim Daccach en Gyptec S.A., con base en la idea de que el patrimonio de la compañía se conformó, exclusivamente, a partir de los aportes de Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Dow[84].

Aunque aquí también parecería existir una reclamación legítima en contra del demandante, el Despacho no puede aceptar las justificaciones antes mencionadas. Cuando se aportan activos al fondo social, los aportantes dejan de ser propietarios de tales bienes para convertirse en titulares de derechos políticos, incluidos los de voto e inspección, así como de derechos económicos sobre la plusvalía generada por la actividad de la sociedad. De suerte que, una vez constituida una compañía, se produce una separación total entre el patrimonio social y el de los asociados individualmente considerados. En la continuada vigencia de este principio de separación patrimonial, conocido en la doctrina especializada como *affirmative asset partitioning*, se funda la existencia de las sociedades de capital con limitación de

83 Sentencia n.° 800-44 del 18 de julio de 2014.

84 El señor Hakim Tawil ha expresado que su padre, Alejandro Hakim Dow, 'invirtió todo su capital en Gyptec a través de la compra del Lote de la Zona Franca, y la compra del Lote de Conastil con la capitalización a través de Arkata, [pero] no ha recibido ni el Lote de la Zona Franca, ni su valor, como tampoco el Lote de Conastil o su valor' (vid. Folio 2582).

responsabilidad[85]. No puede entonces aceptarse que un accionista intente justificar la apropiación de recursos sociales con el argumento de que los activos aportados al fondo social fueron alguna vez de su propiedad[86].

8. Conclusiones

Con base en el análisis descrito en los capítulos anteriores, puede ahora concluirse que algunos de los demandados en este proceso incumplieron las reglas vigentes en materia de conflictos de interés, consagradas en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009. Ello se debe a que tales demandados participaron en actos y contratos que les representaron un conflicto de la naturaleza indicada, sin contar con la autorización expresa de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A. En las siguientes secciones se hace referencia expresa a los incumplimientos reseñados, así como a las sumas que deberán restituírsele al patrimonio de Gyptec S.A.

9. Acerca de las violaciones de los deberes a cargo de los demandados

I. Jorge Hakim Tawil

Según la información que reposa en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, el señor Hakim Tawil ha sido representante legal principal de Gyptec S.A. desde el 9 de julio de 2004 hasta la fecha (vid. Folio 110). En esa medida, el referido demandado estuvo obligado a ceñirse a las reglas de conflictos de interés durante el período examinado en el curso de este proceso. Sin embargo, el señor Hakim Tawil celebró operaciones con sociedades a él vinculadas y recibió cuantiosas sumas de parte de Gyptec S.A., a título de préstamos y anticipos, sin contar con la autorización de la asamblea general de accionistas. Por consiguiente, debe concluirse que el señor Hakim Tawil violó el deber contemplado en el numeral

---

85 Por virtud de este importante principio, los acreedores de un accionista insolvente no pueden perseguir los activos de la sociedad, sino apenas su participación en el capital de la compañía. H Hansmann y R Kraakman, The Essential Role of Organizational Law (2000) Harvard Law School Discussion Paper n.° 284.

86 Los apoderados de los demandados han puesto de presente que el señor Hakim Daccach se benefició de las conductas que ahora reprocha, a lo menos hasta que entró en conflicto con el señor Hakim Tawil. Aunque ello podría servir para que se presentaran demandas en contra del señor Hakim Daccach, las circunstancias anotadas no pueden entenderse en el sentido de que los demandados han quedado exonerados de cumplir con el régimen colombiano en materia de conflictos de interés. Más aún, debe tenerse en cuenta que el señor Hakim Daccach presentó esta demanda precisamente porque, a partir del conflicto reseñado, ya no puede beneficiarse de las sumas repartidas a título de préstamos y anticipos.

7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

II. Alejandro Hakim Dow

El señor Hakim Dow ha ocupado diversos cargos en la administración de Gyptec S.A., desde representante legal suplente hasta miembro principal de la junta directiva. Durante la época en que ejerció funciones como administrador de la compañía, el señor Hakim Dow también recibió giros dinerarios por concepto de préstamos y anticipos sin obtener la autorización correspondiente[87]. Por tal motivo puede concluirse que el demandado en cuestión infringió el deber a que hace referencia el ya citado numeral 7.

III. Angélica de la Torre

La señora de la Torre ha sido elegida como miembro suplente de la junta directiva de Gyptec S.A. en diversas ocasiones desde la constitución de la compañía (vid. Folio 277 de la carpeta de reserva n.° 1 y 110 del cuaderno principal). Sin embargo, la demandada en comento tan sólo ejerció funciones de administración durante el período de designación comprendido entre el 5 de abril de 2010 y el 2 de abril de 2012[88]. Según la información consultada por el Despacho, durante ese interregno no se efectuaron giros cuestionables a favor de la señora de la Torre. Así, pues, el Despacho la exonerará de todas las pretensiones formuladas en su contra.

IV. José Alejandro Samper Carreño

El señor Samper Carreño fungió como representante legal suplente de Gyptec S.A. entre el 9 de julio de 2004 y el 24 de marzo de 2011 (vid. Folio 150 y 184) y miembro suplente de la junta directiva entre el 12 de junio de 2009 y el 1º de abril de 2011. También debe decirse que, según las pruebas que obran en el expediente, el señor Samper Carreño ejerció funciones de administración en Gyptec S.A. entre los años

---

87 En un correo electrónico dirigido a Ana Karina Galindo el 19 de julio de 2010, la señora Raquel Castillo manifestó que 'siempre vamos a estar girando valores a cargo de [Alejandro Hakim Dow] y debemos tener clara la forma como se van a legalizar' (vid. Folio 1123 de la carpeta de reserva documental n.° 5).

88 En la información inscrita ante el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá se dice que la señora de la Torre fue elegida como suplente, para un nuevo período, a partir del 2 de abril de 2012. En este sentido, según se explicó en el auto n.° 801-3311 del 8 de marzo de 2013, el régimen de administradores tan sólo podrá hacerse efectivo 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.

2008 y 2010[89]. Durante esa época, el demandado en cuestión recibió $40.899.522, a título de préstamos y anticipos, sin contar con la autorización de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A. Tal circunstancia es suficiente para que el Despacho concluya que el señor Samper Carreño violó el deber que le correspondía bajo el tantas veces citado numeral 7. Con todo, en vista de que el señor Samper Carreño le restituyó a Gyptec S.A.[90] la totalidad de las sumas mencionadas, el Despacho se abstendrá de emitir una condena pecuniaria en contra del aludido demandado.

V. Daniel Alfredo Materón

Aunque el señor Materón ocupó el cargo de representante legal suplente de Gyptec S.A. entre el 23 de octubre de 2012 y el 20 de diciembre de 2013 (vid. Folio 111), el Despacho no encontró pruebas de que hubiera ejercido las funciones propias de ese cargo, en reemplazo del representante legal principal. Así, al no haber estado sujeto al régimen de deberes y responsabilidades de los administradores, el Despacho desestimará las pretensiones formuladas en contra del señor Materón.[91]

VI. Jaime Cano Fernández

El señor Cano Fernández ha sido miembro principal de la junta directiva de Gyptec S.A. desde el 12 de junio de 2009 (vid. Folios 110, 195, 198, 208). Aunque en la contabilidad de Gyptec S.A. no aparecen giros cuestionables a favor del señor Cano Fernández, aquella compañía sí celebró negocios jurídicos con sociedades vinculadas al referido demandado, vale decir, Negozia S.A.S[92]. e Higuerasa Latam S.A.S.[93] El Despacho pudo establecer que el señor Cano Fernández es accionista, miembro de la junta directiva y representante legal de Negozia S.A.S. (vid. Folio

---

89 El señor Samper Carreño actuó en su calidad de segundo suplente del representante legal en un acto celebrado en junio de 2008, por cuya virtud elevó a escritura pública una reforma estatutaria consistente en la modificación al objeto social de Gyptec S.A. (vid. Folios 147-153). Así mismo, el señor Samper Carreño actuó en su calidad de miembro suplente de la junta directiva en una reunión celebrada el 16 de julio de 2010.

90 Vale aclarar que esta suma difiere del valor establecido para préstamos y anticipos en el dictamen pericial, pues contiene descuentos efectuados directamente por el Despacho tales como duplicidades, registros anteriores a marzo de 2009 y operaciones que no comportan conflicto de interés.

91 Aunque el señor Materón recibió algunas sumas a título de préstamos y anticipos, tales sumas le fueron devueltas en su integridad a Gyptec (Cfr. anexos A1, C12-5 y C12-1.1 del dictamen pericial de Price Waterhouse Coopers. Anexo L84 de las aclaraciones al dictamen).

92 Según el dictamen del perito financiero, Negozia S.A.S. prestó servicios de asesoría financiera a Gyptec S.A., por cuya virtud recibió el pago de honorarios por $76.439.127.

93 Según el dictamen del perito financiero, Higuerasa Latam S.A.S. recibió pagos por concepto de préstamos por valor de $204.547.315.

5346) y representante legal principal de Higuerasa Latam S.A.S. (vid. Folio 1163).

Así las cosas, a la luz de las explicaciones presentadas en el capítulo V de esta sentencia, las operaciones celebradas entre Gyptec S.A. y las compañías vinculadas al señor Cano Fernández le representaron a este último un conflicto de interés. Por consiguiente, como no se encontraron registros de la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, debe concluirse que el señor Cano Fernández incumplió con el deber previsto en esa norma. Sin embargo, en vista de que Negozia S.A.S. e Higuerasa Latam S.A.S. no formaron parte de este proceso, el Despacho se abstendrá de emitir una condena dineraria por tales operaciones.

VII. Luis Miguel García Peláez

El señor García Peláez es miembro principal de la junta directiva de Gyptec S.A. desde el 2 de abril de 2012 (vid. Folio 110). Como en el curso del proceso no se acreditó que el referido demandado hubiera participado en operaciones viciadas por conflicto de interés, el Despacho desestimará todas las pretensiones formuladas en su contra.

VIII. José Mauricio Rodríguez Morales

El señor Rodríguez Morales ha sido miembro principal de la junta directiva de Gyptec S.A. desde el 12 de junio de 2009 (vid. Folios 110, 195, 198, 208). Aunque en la contabilidad de Gyptec S.A. no aparecen giros cuestionables a favor del señor Rodríguez Morales, la compañía sí celebró negocios jurídicos con Cosenit S.A., una sociedad en la que el referido demandado ostenta la calidad de miembro de la junta directiva y representante legal principal (vid. Folio 5344). En consecuencia, a la luz de las explicaciones presentadas en el capítulo V de esta sentencia, las operaciones celebradas entre Gyptec S.A. y Cosenit S.A. le representaron al señor Rodríguez Morales un conflicto de interés. Por consiguiente, como no se encontraron registros de la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, debe concluirse que el señor Rodríguez Morales incumplió con el deber previsto en esa norma. Sin embargo, en vista de que Cosenit S.A. no formó parte de este proceso, el Despacho se abstendrá de emitir una condena dineraria por tales operaciones.

IX. Carlos Alberto Campos Murcia, Edduar Leonardo Flórez Bohórquez, Luis Fernando Amaya Mateus y Raquel Castillo

El Despacho desestimará todas las pretensiones formuladas en contra de los contadores y revisores fiscales de Gyptec S.A. Ello se debe, en primer lugar, a que no se probó que tales sujetos hubieran participado, en calidad de terceros, en

las operaciones viciadas por conflicto de interés a que se ha hecho referencia. En segundo lugar, las pruebas disponibles no dan cuenta de violaciones que pudieran llevar al Despacho a censurar la conducta de tales demandados, a la luz de las facultades jurisdiccionales de esta Superintendencia delimitadas en el Código General del Proceso y las Leyes 446 de 1998, 1116 de 2006, 1258 de 2008, 1429 de 2010 y 1450 de 2011. En tercer lugar, por razones que ya fueron expuestas, el señor Hakim Daccach no estaría legitimado para representar a Gyptec S.A. en procesos judiciales iniciados en contra de Carlos Alberto Campos Murcia, Edduar Leonardo Flórez Bohórquez, Luis Fernando Amaya Mateus y Raquel Castillo.

10. Acerca de las sumas que Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Dow deberán restituirle a Gyptec S.A.

A. Jorge Hakim Tawil

Una vez consultado el registro depurado de operaciones descrito en el Capítulo VI de esta sentencia, el Despacho pudo establecer que el señor Hakim Tawil recibió préstamos y anticipos por un valor de $2.679.718.314 entre los años 2009 y 2014. En la tabla n.° 2 se presenta un resumen de las aludidas transferencias dinerarias.

Tabla n.° 2
Resumen de las transferencias dinerarias

Préstamos y anticipos a favor de Jorge Hakim Tawil		
Año	**Concepto**	**Monto**
2009	Otros préstamos	$376.100
	Pago de cánones de arrendamiento y de servicios públicos	$2.967.010
	Pago de impuesto de vehículos	$15.466.000
	Reclasificaciones y ajustes de cuenta	$39.711.860
2010	Anticipo giro Manuel Alberto Morales Támara	$40.000.000
	Compra computador Sony, Jorge Hakim Tawil	$6.311.996
	Consumos Club El Nogal	$2.777.050
	Otros préstamos	$9.293.571
	Pago a firma de abogados Quijano & Ennis P.C.	$233.241.521
	Pago de cánones de arrendamiento y de servicios públicos	$1.863.370
	Pago de impuestos y revisiones técnico-mecánicas	$6.718.000
	Pintura de velero	$2.280.000

	Reclasificaciones y ajustes de cuenta	$26.984.451
	Tarjetas de Crédito	$9.896.257
	Compra SOAT	$293.600
	CANC TC 4764	$267.741
	Anticipo pago impuestos vehículos	$2.582.000
	Anticipo pago Bancolombia	$1.895.405
	Anticipo FTI Consulting Colombia S.A.S.	$3.890.200
	Anticipo arriendo julio-agosto Nohora Hakim	$3.000.000
2011	Anticipo Manuel Alberto Morales Támara	$20.000.000
	Compra de vidrios para lancha	$837.100
	Consumos Club El Nogal	$10.835.032
	Descuento de nómina, meses enero a mayo	$6.000.000
	Gastos asociados a tribunales de arbitramento	$61.092.707
	Otros préstamos	$11.163.300
	Pago de cánones de arrendamiento y de servicios públicos	$12.409.944

2011	Pago de impuestos	$1.051.000
	Préstamos autorizados por Jorge Hakim Tawil	$395.981.104
	Reembolso de gastos asociados a tribunales de arbitramento	$53.263.516
	Reversiones, reclasificaciones y cruces de cuentas	$33.335.800
	Tarjetas de crédito	$28.918.041
	Anticipos autorizados	$500.000
	Anticipo pago tarjeta de crédito Colpatria	$8.890.000
2012	Anticipos y préstamos autorizados por Jorge Hakim Tawil	$187.424.547
	Causación de intereses	$67.374.257
	Otros préstamos	7.587.156
	Consumos Club El Nogal	$4.899.419
	Costas proceso Tribunal Superior	$3.333.333
	Pago de cánones de arrendamiento y de servicios públicos	$12.000.000
	Reclasificaciones	$9.727.457
	Tarjetas de Crédito	$18.438.294
	Anticipos autorizados	$186.411.507
	Préstamos autorizados	$206.955.704

2013	Consumos generales Club El Nogal	$4.518.455
	Préstamos autorizados JHT	$304.325.155
	Reclasificaciones	$16.604.547
	Tarjetas de crédito	$24.020.540
	Anticipos	$3.858.232
	Impuestos y gastos vehículos	$1.009.000
	Pago servicios de terceros	$1.323.346
	Comparendos	$294.800
	Gastos proyecto Alex Hakim	$220.000
	Provisión de intereses presuntos 7,07%	$167.652.431
	Otros	$6.363.344
2014	Consumos generales Club El Nogal	$4.793.508
	Préstamos autorizados JHT	$52.593.243
	Reclasificaciones	$6.870.886
	Tarjetas de crédito	$37.953.987
	Anticipos	$76.553.092
	Pago servicios de familiares o terceros	$817.777
	Pago servicios públicos Jorge Hakim	$126.396
	Provisión de intereses presuntos 7,07%	$208.317.680
	Masajes Club El Nogal	$94.000
	Otros	$136.919
2015	Préstamos autorizados JHT	$1.542.225
	Reclasificaciones	$1.263.991
2015	Tarjetas de crédito	$219.411
	Total	**$2.679.718.314**

Ahora bien, para calcular las sumas que el señor Hakim Tawil deberá restituirle a Gyptec S.A., es preciso tomar en consideración las reducciones en las cuentas de préstamos y anticipos detectadas por el perito financiero designado por el Despacho, según la siguiente tabla.

Tabla n.° 3
Disminución de las cuentas de préstamos y anticipos

Disminución de las cuentas de préstamos y anticipos	
Concepto	**Valor**
Anulaciones	$208.056.942
Cruces	$136.360.632
Gastos	$52.038.382
Ingresos en bancos	$822.156.322
Reclasificaciones	$480.140.383
Total	**$1.698.752.661**

Así las cosas, por virtud de la decisión que habrá de proferir el Despacho, el señor Hakim Tawil deberá restituirle a Gyptec S.A. la suma de $980.965.653. Con esta orden se le dará cumplimiento a lo previsto en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 en el sentido de restituir 'las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada'.

B. Alejandro Hakim Dow

De las pruebas consultadas por el Despacho, resumidas en la tabla n.° 4, se puede evidenciar que el señor Hakim Dow obtuvo, entre 2009 y 2014, anticipos y préstamos de Gyptec S.A. por valor de $2.627.790.782[94].

Tabla n.° 4
Resumen de las transferencias dinerarias

Préstamos y anticipos a favor de Alejandro Hakim Dow		
Año	**Concepto**	**Monto**
2009	Anticipos otorgados por instrucción de Jorge Hakim	$6.169.008
	Anticipos sobre facturas	$144.990.032
	Anticipos - reclasificaciones	$15.000.000

94 Este valor no incluye una reclasificación efectuada el 23 de agosto de 2013 mediante la cual la suma de $1.438.232.850 pasó de la cuenta de anticipos a la de préstamos otorgados al señor Hakim Dow. Sin embargo, la reclasificación no modificó el monto recibido por el demandado. De esta situación dio cuenta Raquel Castillo en su testimonio al explicar que 'el asesor de ese momento en NIIF, dijo que [Alejandro Hakim Dow] no era proveedor y que debíamos reclasificarlo a la cuenta de otras cuentas por cobrar' (Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 2 de diciembre de 2015, minuto 33:34 a 36:14, vid. Folio 5901).

2010	Pago de servicios públicos, registrados como anticipos	$35.961.675
2010	Otros anticipos	$176.842.281
	Giro de cheques, registrados como anticipos	$120.000.000
	Pago de impuestos y revisiones registrado como anticipo	$23.710.180
2011	Anticipos otorgados por instrucción de Jorge Hakim	$226.728.717
	Pago de servicios públicos, registrados como anticipos	$9.270.125
	Giro de cheques, registrados como anticipos	$69.360.000
	Otros anticipos	$45.300.000
	Pago de impuestos y revisiones registrado como anticipo	$1.342.000
2012	Anticipos otorgados por instrucción de Jorge Hakim	$519.634.554
	Pago de servicios públicos, registrados como anticipos	$1.414.820
	Pago de impuestos y revisiones registrado como anticipo	$7.613.000
	Otros anticipos	$360.000
	Intereses sobre anticipos	$68.722.612
	Anticipos - reclasificaciones	$126.440.079
	Pago de servicios públicos registrado como préstamo	$666.207
	Préstamos - reclasificaciones	$125.893.000
2013	Anticipos - Reclasificaciones	$201.438.131
	Anticipos otorgados por instrucción de Jorge Hakim	$139.088.946
	Intereses sobre préstamos	$120.797.200
	Pago de impuestos y revisiones registrado como anticipo	$1.258.000
	Préstamos otorgados por instrucción de Jorge Hakim	$217.269.650
2014	Intereses sobre préstamos	$151.540.921
	Préstamos otorgados por instrucción de Jorge Hakim	$66.783.370
	Préstamos - reclasificaciones	$237.035
	Pago de servicios públicos registrado como préstamo	$3.959.239
	Total	**$2.627.790.782**

Sin embargo, para calcular las sumas que el señor Hakim Dow deberá restituirle a Gyptec S.A., es tener en cuenta las reducciones en las cuentas de préstamos y anticipos detectadas por el perito financiero designado por el Despacho, según la

tabla que se presenta a continuación:

Tabla n.° 5
Disminución de las cuentas de préstamos y anticipos

Disminución de las cuentas de préstamos y anticipos	
Concepto	**Valor**
Anulaciones	$46.498.339
Cruces	$432.876.403
Ingresos en bancos	$8.040
Reclasificaciones	$446.727.492
Total	**$926.110.174**

Así las cosas, por virtud de la decisión que habrá de proferir el Despacho, el señor Hakim Dow deberá restituirle a Gyptec S.A. la suma de $1.701.680.608. Con esta orden se le dará cumplimiento a lo previsto en el citado artículo 5 del Decreto 1925 de 2009.

11. Acerca de las demás excepciones propuestas por los demandados

Se acogerán las excepciones identificadas con los títulos 'no haber realizado las conductas a las que se refieren los hechos de la demanda', 'no haber recibido a cargo del patrimonio de Gyptec S.A. las sumas de dinero a las que se refiere la demanda', 'inexistencia de presupuestos que ameriten la remoción del demandado y su inhabilidad', 'no haber actuado como administrador', 'no haber realizado las conductas a las que se refieren los hechos de la demanda', 'haber cumplido con sus deberes y responsabilidades como revisor fiscal y no haber desviado recursos', 'ni permitido su desviación', así como las estudiadas en el capítulo anterior y todas las formuladas por Raquel Castillo.

Por lo demás, el Despacho considera necesario efectuar algunas precisiones sobre la inhabilidad para ejercer el comercio solicitada por Carlos Hakim Daccach. Aunque el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 faculta al juez para inhabilitar a los administradores que hubieren violado el régimen de conflictos de interés, esta sanción no procede en forma automática. En verdad, el juez deberá estudiar cada caso en particular a fin de establecer si se justifica imponer la inhabilidad a que se ha hecho referencia. Para tal efecto, se ha dicho que esta sanción es procedente para la 'guarda de ciertos intereses generales, como la seguridad de los terceros'. [95]En este orden de ideas, aunque algunos de los demandados infringieron la regla

95 Comisión Revisora del Código de Comercio, Exposición de Motivos del Libro Primero (1958, Bo-

del numeral 7 del artículo 23 en sus tratos con Gyptec S.A., el Despacho no ha encontrado motivo alguno para concluir que las conductas examinadas en este proceso ameriten imponer la drástica sanción estudiada.

[…]

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 Jorge Hakim Tawil, Alejandro Hakim Dow, José Alejandro Samper Carreño, Jaime Cano Fernández y José Mauricio Rodríguez Morales incumplieron los deberes a su cargo como administradores de Gyptec S.A., al participar en operaciones viciadas por conflictos de interés sin contar con la autorización exigida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Segundo. Declarar la nulidad absoluta de todos los actos y contratos por cuya virtud Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Dow recibieron, de parte de Gyptec S.A., cuantiosas sumas a título de préstamos y anticipos, según el contenido de las tablas presentadas en el capítulo VII de esta sentencia.

Tercero. Por virtud de lo anterior, ordenarles a Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Dow que le paguen a Gyptec S.A. las sumas de $980.965.653 y $1.701.680.608, respectivamente, junto con los intereses que correspondan hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo de estas obligaciones.

Cuarto. Desestimar las demás pretensiones formuladas contra Jorge Hakim Tawil, Alejandro Hakim Dow, José Alejandro Samper Carreño, Jaime Cano Fernández y José Mauricio Rodríguez Morales.

Quinto. Desestimar todas las pretensiones formuladas contra Angélica Patricia de la Torre Gómez, Luis Miguel García Peláez, Daniel Alfredo Materón Osorio, Carlos Alberto Campos Murcia, Edduar Leonardo Flórez Bohórquez, Luis Fernando Amaya Mateus y Raquel Castillo González.

Sexto. Declarar que prosperan las excepciones descritas en los Capítulos VI y VII de esta sentencia.

Séptimo. Efectuar las condenas en costas y agencias en derecho descritas las

---

gotá, s.e.) 23 a 24.

tablas presentadas en el Capítulo VII de esta sentencia.

La anterior providencia se profiere a los ocho días del mes de junio de dos mil dieciséis y se notifica en estrados.

MEDIDAS CAUTELARES

Auto n.° 800-8157 del 9 de junio de 2015	
Partes	María Victoria Solarte Daza contra CSS Constructores S.A. y otros
Asunto	Bloqueo abusivo de la acción social de responsabilidad
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-104

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[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 de la 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 la 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

---

1 Cfr. Autos No. 801-2289 del 20 febrero 2013 y No. 800-16014 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx.

2 Cfr. 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.

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 formulada en la demanda, con el fin de estimar si la demandante ha demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar.

La demanda presentada por María Victoria Solarte Daza busca controvertir el ejercicio del derecho de voto por parte de un bloque de accionistas de CSS Constructores S.A. Para el efecto, se ha puesto de presente que, en el curso de una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada el 23 abril de 2015, la demandante propuso iniciar una acción social de responsabilidad en contra del señor Carlos Alberto Solarte Solarte, representante legal de la compañía entre los años 2012 y 2014 (vid. Folio 18). Esta propuesta encontró sustento en la posible violación de las normas que componen el régimen legal en materia de administradores, particularmente en cuanto a la celebración de actos de competencia y la usurpación de oportunidades de negocio (vid. Folios 28-33)[5]. Sin embargo, la

---

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

5 Adicionalmente, entre 2012 y 2013 CSS Constructores S.A. habría adquirido acciones en de Ecopetrol S.A. por la suma de $129.952.564.000, lo que equivaldría 'al 11.70% del activo total de CSS y al 17.74% del patrimonio total de CSS', sin que se hubiese adoptado las medidas necesarias para mitigar riesgos futuros por la fluctuación del valor en el mercado bursátil (vid. Folios 33-35). El 28 de diciembre de 2012, el señor Solarte Solarte habría adquirido para CSS Constructores S.A. una póliza de seguro colectivo de pensiones de jubilación con Skandia Seguros de Vida S.A., lo cual, a juicio de la demandante, erosionó el indicador EBITDA en $85.065.996.000 entre 2012 y 2014 (vid. Folio 36). El trato contable que se le habría dado a esta póliza podría implicar la imposición de alguna sanción por parte de la DIAN (vid. Folio 37). Por último, se menciona que Carlos Alberto Solarte Solarte no

propuesta de iniciar una acción social fue rechazada por los accionistas demandados, quienes conjuntamente detentan el 54.9% de las acciones en circulación de CSS Constructores S.A. (vid. Folio 27). En criterio de la demandante, los accionistas demandados ejercieron su derecho al voto de forma abusiva 'evitando que [CSS Constructores S.A.] recupere perjuicios que [Carlos Alberto Solarte Solarte] le ha causado, lo que supone la obtención de una ventaja injustificada para el accionista-administrador' (id.).

Para resolver la solicitud de medidas cautelares estudiada, es necesario advertir que este Despacho ya ha analizado el ejercicio abusivo del derecho de voto que puede presentarse cuando se rechaza, en el máximo órgano social, la propuesta de iniciar una acción social de responsabilidad. Según lo expresado en el caso de Jovalco S.A.S contra Construcciones Orbi S.A., podrá configurarse un abuso del derecho de voto 'cuando se hubiere negado la posibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad para encubrir las actuaciones irregulares de un administrador o proteger la desviación de recursos sociales a favor del accionista mayoritario. En estos casos, la decisión de rechazar la acción social correspondería a una finalidad que no es tolerada por el ordenamiento colombiano. Debe reiterarse, en este sentido, que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para provocar daños, ni para que un accionista se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados'. En el caso estudiado, este Despacho concluyó que efectivamente se había producido una actuación abusiva, tal y como puede apreciarse en el siguiente extracto de la Sentencia No. 800-54 del 15 de mayo de 2015: 'El Despacho no encontró una justificación legítima para que Construcciones Orbi S.A. hubiera rechazado la acción social propuesta por Jovalco S.A.S. en abril de 2013. Por el contrario, los elementos de juicio disponibles apuntan a que Construcciones Orbi S.A. se valió de su derecho de voto para encubrir la distracción de activos de Sares Ltda., a favor de personas vinculadas a aquella compañía, mediante actuaciones que infringieron el régimen colombiano en materia de conflictos de interés. Así, al hacer imposible la aprobación de la acción social propuesta por Jovalco S.A.S., Construcciones Orbi S.A. obstruyó, para beneficio de sus propios accionistas y administradores, la única vía judicial disponible en nuestro ordenamiento para reclamar los perjuicios posiblemente sufridos por Sares Ltda. Esta actuación, a todas luces censurable, encaja dentro de los presupuestos contemplados en la Ley 1258 de 2008 para la configuración del abuso del derecho de voto […]'.

Dicho lo anterior, es preciso ahora establecer si en el presente caso existen indicios que apunten al ejercicio abusivo del derecho de voto. En particular, el Despacho

---

habría adoptado las medidas pertinentes para evitar una distorsión contable entre los inventarios reales y los inventarios contables de la compañía, que asciende a $52.805.031.798 (vid. Folio 39).

se ocupará en determinar si, a la luz de las pruebas disponibles en esta etapa del proceso, la conducta del Carlos Alberto Solarte Solarte habría justificado la aprobación de una acción social de responsabilidad en su contra. En este sentido, las pretensiones de la demanda encuentran fundamento en la idea de que el señor Solarte Solarte violó sus deberes como administrador de CSS Constructores S.A. por virtud de las actuaciones que llevó a cabo como representante legal de CASS Constructores & Cía. S.C.A. De conformidad con la información aportada por la demandante, parece claro que el señor Solarte Solarte no solo fungió como representante legal de CSS Constructores S.A. desde el 18 de febrero de 2002 hasta el 9 de junio de 2014, sino que también ha revestido la calidad de socio gestor principal de CASS Constructores & Cía. S.C.A. desde el 13 de abril de 2005 (vid. Folios 422, 453). Además, según los certificados de existencia y representación legal aportados con la demanda, parece existir cierta simetría entre la actividad de explotación económica desarrollada por ambas compañías (vid. Folios 68-69, 452-453).

La demandante también ha puesto de presente que, durante el tiempo en que el señor Solarte Solarte ocupó el cargo de representante legal de CSS Constructores S.A., representó a CASS Constructores & Cía. S.C.A. en la etapa preliminar de diversas licitaciones públicas (vid. Folios 604-717). En sustento de lo anterior se aportaron diversos documentos, incluida el acta correspondiente a la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de CSS Constructores S.A. celebrada el 27 de marzo de 2014. Durante esta sesión asamblearia, el señor Solarte le solicitó a los accionistas de la compañía que lo autorizaran para participar en licitaciones públicas en las que CSS Constructores S.A. no tuviera interés o no resultara precalificada (vid. Folios 511-514). En la misma acta a que se ha hecho referencia quedó registrado que los accionistas no impartieron la aprobación solicitada.

Los hechos antes descritos son suficientes para concluir, en forma preliminar, que podría haberse presentado una violación de los deberes a cargo de Carlos Alberto Solarte Solarte, particularmente en lo relacionado con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. De ser ello cierto, se habría justificado que los accionistas de CSS Constructores S.A. iniciaran una acción social de responsabilidad en contra del señor Solarte Solarte. Esta circunstancia podría constituir un importante indicio de que el rechazo de la acción social por parte de los demandados constituyó una actuación abusiva.

A pesar de lo anterior, el Despacho no cuenta aún con suficiente información para decretar la medida cautelar descrita en la sección No. 4.2.1 de la demanda. Por ejemplo, en vista de que no se ha aportado el acta correspondiente a la reunión del 23 de abril de 2015, el Despacho no puede examinar las razones que llevaron

a que se votara negativamente la propuesta formulada por la demandante. En este orden de ideas, es factible que una compañía tenga razones legítimas para abstenerse de demandar a un administrador, a pesar de haberse verificado una violación de los deberes a cargo de tal funcionario[6]. Adicionalmente, no es claro cuál ha sido el alcance de la participación que ha tenido CASS Constructores & Cía. S.C.A. en procesos licitatorios en los que también podría haberse postulado CSS Constructores S.A. Los documentos aportados por la demandante apuntan apenas a la participación de aquella compañía en la etapa de precalificación de diversas licitaciones de las que no formó parte CSS Constructores S.A. De ahí que el Despacho no pueda establecer aún si la postulación de CASS Constructores & Cía. S.C.A. en tales procesos licitatorios obedeció a una desviación irregular de oportunidades de negocio en cabeza de CSS Constructores S.A. o, más bien, a que la actividad de esta última sociedad era incompatible con los pliegos correspondientes.

Así las cosas, el Despacho decretará únicamente las medidas cautelares descritas en los numerales 4.2.2 y 4.2.3 de la demanda. La primera de las medidas en cuestión—solicitar registros audiovisuales de las deliberaciones acontecidas durante la reunión del 23 de abril de 2015—será indispensable para que el Despacho establezca cuáles fueron las razones que llevaron a negar la acción social propuesta por la demandante.[7] Adicionalmente, la medida consignada en el numeral 4.2.3 permitirá determinar si CSS Constructores S.A. podía haber formado parte de aquellos procesos licitatorios en los que participó el señor Solarte Solarte en nombre propio o en representación de CASS Constructores & Cía. S.C.A.[8]

Finalmente, el Despacho considera improcedentes las medidas solicitadas en los numerales 42.4, 4.2.5 y 4.2.6. Por una parte, no parece razonable ordenar la remoción de los representantes legales actuales de CSS Constructores S.A. por las irregularidades descritas en torno a la presidencia de las reuniones del máximo órgano social. De otra parte, no se han encontrado suficientes elementos de juicio para impartir la orden de que se otorgue la garantía a que se alude en el numeral 4.2.6. Por lo demás, no se puede acceder a la solicitud formulada en el numeral 4.2.5

---

6 Cfr. P Davies, Principles of Modern Company Law (2008, 8ª Ed, Sweet & Maxwell, Londres) 605-606.

7 En vista de la naturaleza de las pretensiones, así como de la información disponible en esta etapa del proceso, el Despacho considera innecesario solicitar la grabación correspondiente a la reunión del 30 de marzo de 2015.

8 El Despacho modificará parcialmente la medida descrita en el texto principal, en el sentido de solicitar un informe acerca de todos los procesos licitatorios relevantes, sin exigirle al señor Solarte Solarte que identifique aquellos que hubieren correspondido a actividades incluidas en el objeto social de CSS Constructores S.A. Adicionalmente, la solicitud incluida en el segundo párrafo del numeral 4.2.3.1 será considerada por el Despacho una vez se reciba el informe a que se ha hecho referencia.

de la demanda, debido a que el señor Carlos Alberto Solarte Solarte ya no ocupa un cargo en la administración de CSS Constructores S.A. Con todo, el Despacho se ocupará en estudiar con detenimiento el denominado 'contrato de prestación de servicios de asesoría permanente', a fin de establecer si con ese negocio jurídico se ha pretendido eludir las prohibiciones consagradas en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

2. El interés económico de la demandante

Tras una revisión del expediente, el Despacho pudo constatar que la demandante cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso en su calidad de accionista en CSS Constructores S.A.[9]

3. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en la legislación procesal colombiana. Para tal efecto, es suficiente señalar que las medidas que serán decretadas por el Despacho no parecen tener la virtualidad de generarle mayores perjuicios a los demandados. Ciertamente, el Despacho se limitará a solicitar la información mencionada por la demandante en los numerales 4.2.2 y 4.2.3 de la demanda. En consecuencia, el Despacho estima que una caución de $1.000.000 sería suficiente para atender a los objetivos consagrados en el 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 $1.000.000, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los cinco 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, solicitarle a los demandados que, en el término de dos días hábiles, le envíen al Despacho una copia de todos los registros audiovisuales en su poder, correspondientes a la reunión de la reunión

9 Según lo expresado en el Auto No. 800-4336 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.

extraordinaria de la asamblea general de accionistas de CSS Constructores S.A. celebrada el 23 de abril de 2015.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle al señor Carlos Alberto Solarte Solarte que presente un informe en el que se describan la totalidad de las licitaciones, concursos, manifestaciones de interés o preselección de contratistas, organizados por entidades públicas o privadas entre los años 2012 y 2014, en los que tal sujeto hubiere participado en nombre propio o en representación de CASS Constructores & Cía. S.C.A.

El señor Solarte Solarte contará con un término de diez días hábiles para presentar el informe antes mencionado.

Auto n.° 800-8892 del 25 de junio de 2015	
Partes	Andrés Felipe Puerta Mejía contra Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. y otros
Asunto	Discrepancias sobre la suscripción de acciones
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-134

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[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. 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 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

---

1 Cfr. Autos n.os 801-2289 del 20 febrero 2013 y 800-16014 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

2 Cfr. 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.

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 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.

La demanda sometida a consideración del Despacho busca, principalmente, que se le reconozca al demandante Andrés Felipe Puerta Mejía la condición de accionista de Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. desde el 20 de octubre de 2011. Para tales efectos, el señor Puerta Mejía sostiene que, por virtud de la relación laboral que tenía con la sociedad demandada desde el 16 de junio de 2011, 'recibió la invitación por parte de la [accionista y representante legal suplente de la sociedad] Sandra Milena Arenas para hacer parte de la compañía en calidad de socio […] pactando que el aporte en dinero se iba a deducir del salario devengado' (vid. Folio 3). Según se expresa en la demanda, 'la participación que iba a tener el señor Andrés Felipe Puerta Mejía en la compañía era del […] 10% de las acciones, con un valor nominal de […] $500.000 cada una, para un total de […] $5.000.000 y 10 acciones' (id.). Para el demandante, las circunstancias descritas, sumadas al hecho de que el precio de los aportes le fue efectivamente descontado de su salario, le confieren la calidad de accionista de Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. (vid. Folio 4).

Una vez revisado el material probatorio disponible en esta temprana etapa del proceso, el Despacho pudo establecer, de forma preliminar, que Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. parece haberle dado a Andrés Felipe Puerta Mejía

---

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

el tratamiento de accionista, por lo menos hasta que se produjo su despido como empleado de la compañía. Para comenzar, la sociedad demandada emitió el título accionario No. 6, documento que se encuentra suscrito por el represente legal de y el secretario (vid. Folio 32). Según se consignó en este documento, el señor Andrés Felipe Puerta Mejía sería titular de 10 acciones ordinarias, cuyo valor, además, habría sido íntegramente pagado. Junto con la demanda también se aportó un correo electrónico enviado por la representante legal suplente al demandante, mediante el cual se le habría convocado a la sesión asamblearia que habría de celebrarse el 30 de abril 2012 (vid. Folio 54- 55). En otro correo electrónico enviado el 3 de mayo de 2012, se les informó a los accionistas la forma en que estaba distribuido el capital suscrito de la sociedad. Allí aparece Andrés Felipe Puerta Mejía como titular de 10 acciones ordinarias y se especificó que su participación equivalía al 10% del capital suscrito (vid. Folio 57). Adicionalmente, el Despacho encontró el acta No. 4 correspondiente a la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S., celebrada el 21 de febrero de 2014 (vid. Folios 157-159). Cuando se verificó la asistencia para efectos de computar el quórum, Andrés Felipe Puerta Mejía fue acreditado como accionista presente. Por último, en el expediente también reposa el balance general con corte al 31 de diciembre de 2014, aprobado por unanimidad de las acciones suscritas durante la mencionada reunión del 21 de febrero de 2014 (vid. Folio 159). De acuerdo con lo consignado en dicho balance, todos los aportes habrían sido efectivamente pagados, pues tanto el capital suscrito como el pagado son de $50.000.000 (vid. Folio 40). Esta cifra, a su vez, coincide con el quórum calculado para la reunión del 21 de febrero de 2014 lo que apunta a que la información contenida en el balance incluye al demandante en la cuenta de capital suscrito y pagado. Por lo demás, el Despacho no encontró prueba alguna que permita verificar que el máximo órgano social haya aprobado la exclusión del demandante.

A la luz de las anteriores precisiones, el Despacho debe concluir que, en esta etapa del proceso, el demandante ha acreditado que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican la práctica de una medida cautelar. Sin embargo, el Despacho estima pertinente decretar una medida cautelar diferente de la solicitada, al amparo de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso[5]. Así, se le ordenará a Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. que, dentro del término de dos días hábiles, aporte una copia del libro de actas de la asamblea general de accionistas, el libro de registro de accionistas y los estados financieros desde su constitución.

---

5 Por virtud del artículo 590 del Código General del Proceso, el juez 'podrá decretar cualquier 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 […]. Así mismo, el juez […] si lo estimare procedente, podrá decretar una [medida cautelar] menos gravosa o diferente de la solicitada'.

Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en 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, este Despacho pudo constatar que Andrés Felipe Puerta Mejía cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso[6].

3. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en la legislación procesal colombiana. Para tal efecto, es suficiente señalar que las medidas que serán decretadas por el Despacho no parecen tener la virtualidad de generarles mayores perjuicios a los demandados. Ciertamente, el Despacho se limitará a solicitar la información mencionada. En consecuencia, el Despacho estima que una caución de $500.000 sería suficiente para atender a los objetivos consagrados en el 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 $500.000, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los cinco 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, ordenarle a Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S. que, dentro del término de dos días hábiles, aporte una copia del libro de actas de la asamblea general de accionistas, el libro de registro de accionistas y los estados financieros desde su constitución.

---

6 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.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, oficiarle a Grupo Solum Soluciones Geotécnicas S.A.S., por el medio más expedito, para que proceda de conformidad con lo ordenado por este Despacho.

Auto n.° 800-9304 del 7 de julio de 2015	
Partes	Pacific Process Systems Inc. contra Pacific Petroleum Energy S.A. y Pablo Emilio Pardo Portela
Asunto	Reuniones por derecho propio
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-129

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[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 de la 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, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por la 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

1 Las providencias emitidas sobre la materia 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/normatividad/Paginas/default.aspx

2 Cfr. 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.

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 formulada en la demanda, con el fin de estimar si la demandante ha demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar.

La demanda sometida a consideración del Despacho busca que se advierta la ineficacia de todas las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de Pacific Petroleum Energy S.A. entre los años 2010 y 2015. En sustento de lo anterior, se ha puesto de presente que Pacific Process Systems Inc. no fue convocada a las reuniones en las que se adoptaron las decisiones controvertidas en este proceso. Adicionalmente, en la demanda se afirma que el máximo órgano social no podría deliberar sin la presencia de Pacific Process Systems Inc., en vista de que tal compañía detenta el 70% de las acciones en circulación de Pacific Petroleum Energy S.A. Por lo demás, la sociedad demandante ha manifestado, bajo la gravedad de juramento, que aún es propietaria del 70% de las acciones en que se divide el capital suscrito de Pacific Petroleum Energy S.A.

A pesar de las contundentes afirmaciones formuladas por Pacific Process Systems Inc., el Despacho no encontró en el expediente suficientes elementos de juicio para decretar una medida cautelar. Ello se debe a que, según consta en las actas aportadas con la demanda, las sesiones asamblearias celebradas entre los años 2010 y 2015 correspondieron a la modalidad de reuniones por derecho propio. Es decir que, al amparo de lo previsto en el artículo 422 del Código de Comercio, la asamblea general de accionistas de Pacific Petroleum Energy S.A. pudo haber

---

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

sesionado sin necesidad de que se le enviara una nota de convocatoria a Pacific Process Systems Inc. Además, por virtud de las reglas especiales contenidas en el artículo 429 del mismo Código, 'cuando la asamblea se reúna por derecho propio […] también podrá deliberar y decidir válidamente [con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada]'. Así las cosas, en vista de que las decisiones controvertidas parecen haber sido aprobadas en reuniones por derecho propio, el Despacho debe concluir que las pretensiones formuladas en la demanda no justifican el decreto de medidas cautelares.

Por lo demás, no debe perderse de vista que este Despacho ha censurado, de modo enfático, el uso indebido de las reglas especiales previstas para la celebración de reuniones por derecho propio. En la sentencia n.° 800-20 del 27 de febrero de 2014, por ejemplo, se dijo que tales reglas 'no pueden usarse para modificar las circunstancias de asociación en una compañía, con el propósito deliberado de perjudicar a un grupo de accionistas. Este ejercicio censurable del mecanismo contemplado en el artículo 429 del Código de Comercio excede, a todas luces, la intención del legislador mercantil al introducir en nuestro ordenamiento la figura de la reunión por derecho propio'. Sin embargo, en vista de que la demanda no está orientada a que se estudie el posible ejercicio abusivo del derecho de voto, el Despacho se abstendrá de analizar si tal actuación irregular pudo haberse presentado en el presente caso.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Negar la solicitud de medidas cautelares presentada por Pacific Process Systems Inc.

Auto n.° 800-9360 del 8 de julio de 2015	
Partes	Carmen Lucía Figueroa de Pinzón contra Carmenza Clausen de Figueroa e Hijos y Cía S. en C. en liquidación
Asunto	Fijación de honorarios del liquidador
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-115

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[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 de la 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, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por la 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,

---

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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

2 Cfr. 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.

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 formulada en la demanda, con el fin de estimar si la demandante ha demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar. El proceso sometido a consideración del Despacho busca que se declare la nulidad de la decisión contenida en el punto 6 del acta 37, adoptada durante la reunión ordinaria de la junta de socios de Carmenza Clausen de Figueroa e Hijos & Cía. S. en C. del 31 de marzo de 2015. Para la demandante, la determinación controvertida, consistente en la fijación de honorarios al liquidador, se adoptó sin la mayoría establecida en el artículo 248 del Código de Comercio.

Para resolver la solicitud de medidas cautelares presentada, debe indicarse que el artículo 248 del Código de Comercio prevé una mayoría especial para la adopción de algunas decisiones relacionadas con las gestiones finales de los liquidadores, a saber, la aprobación de la cuenta final de liquidación y del acta correspondiente. Según las voces del mencionado artículo '[e]stas decisiones podrán adoptarse con el voto favorable de la mayoría de los asociados que concurran, cualquiera que sea el valor de las partes de interés, cuotas o acciones que representen en la sociedad'. Con todo, según parece desprenderse del acta 37, el contenido de la decisión controvertida no se ajustaría a ninguna de las hipótesis que establece el artículo 248, pues no parece tratarse de la aprobación de la cuenta final o el acta de liquidación sino de la fijación de los honorarios del liquidador (vid. Folios 14-18)[5].

---

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

5 Debe decirse que en el punto 6 del orden del día se indicó: 'Se considera aprobada la propuesta

De ser ello cierto, la aprobación de esta decisión estaría supeditada a la mayoría establecida en el artículo 223 del Código de Comercio, esto es 'mayoría absoluta de votos presentes, salvo que en los estatutos o en la ley se disponga expresamente otra cosa'.

Así, una vez analizados los documentos disponibles en esta temprana etapa del proceso, el Despacho encuentra que no existen suficientes elementos de juicio para establecer si la decisión en comento se tomó sin la mayoría requerida. En verdad, de acuerdo con lo consignado en el acta 37, los honorarios del liquidador parece haber sido aprobados por dos socios comanditarios titulares del 60% de las cuotas presentes en la respectiva reunión (vid. Folios 14, 17). Por lo demás, el Despacho se encargará en todo caso de analizar los efectos que el proceso sucesoral de la socia gestora Carmenza Clausen de Figueroa pueda tener sobre la validez de la decisión controvertida.

Así las cosas, debe concluirse que, en esta temprana etapa del proceso, la 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, una vez se aporten elementos de juicio adicionales en sustento de las pretensiones formuladas en la demanda[6].

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Rechazar la solicitud de medidas cautelares presentada.

---

presentada con la observación de que se debe refrendar antes de presentar la cuenta final de liquidación en una reunión extraordinaria programada con anterioridad a la reunión en la cual se presente la cuenta final de la liquidación final de la sociedad' (vid. Folio 17). En ese orden de ideas, es claro para el Despacho que la decisión controvertida no corresponde a aquellas a que hace referencia el artículo 248 del Código de Comercio.

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.

Auto n.° 800-10661 del 12 de agosto de 2015	
Partes	Grupo Los Álamos S.A.S. contra Jorge Alberto Gallo Flórez
Asunto	Violación del deber de lealtad
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-168

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[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. 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 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

---

1 Cfr. Autos No. 801-2289 del 20 febrero 2013 y No. 800-16014 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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 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.

La demanda presentada ante este Despacho está orientada a controvertir la responsabilidad de Jorge Alberto Gallo Flórez, antiguo representante legal de Grupo Los Álamos S.A.S., por el incumplimiento de los deberes legales que le correspondían como administrador de la compañía[5]. En particular, el apoderado de la demandante considera que el señor Gallo '[…] incurrió en una serie de conductas violatorias a los deberes propios de los administradores de sociedades, tales como el de i) lealtad, ii) buena fe, iii) diligencia y cuidado, que implicaron una clara disminución patrimonial de la sociedad que represento, y puso en riesgo la viabilidad económica y técnica de la sociedad, daño originado directa y exclusivamente en las actuaciones ilegales, dolosas y dañosas adelantadas por el demandado' (vid. Folio 4). Con fundamento en lo anterior, la demandante estima necesaria la práctica de una medida cautelar, consistente en 'el embargo de las acciones, dividendos, utilidades, intereses y demás beneficios a que tiene derecho el señor Jorge Alberto Gallo Flórez […]' en las sociedades Unión Galber S.A.S. y Grupo Los Álamos S.A.S (vid. Folio 50). En la demanda también se solicita el reconocimiento de perjuicios

---

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.

5 Debe advertirse, desde ya, que la sociedad demandante no ha remitido aún las pruebas anunciadas en el escrito de demanda. Sin embargo, en vista de que las afirmaciones contenidas en ese documento se entienden formuladas bajo la gravedad de juramento, el Despacho analizará los hechos allí narrados para efectos de establecer si deben decretarse medidas cautelares.

por un valor de $700.000.000 (vid. Folio 25).

Para establecer si ha de decretarse una medida cautelar, es necesario hacer un breve recuento de los hechos que le sirven de fundamento a la demanda presentada por Grupo Los Álamos S.A.S. Según lo expresado por el apoderado de la demandante, en marzo de 2012 el señor Gallo obtuvo de ExxonMobil de Colombia S.A. los derechos para operar el establecimiento de comercio denominado Estación de Servicio Los Álamos en la ciudad de Medellín. Para tal efecto, el señor Gallo celebró un contrato de compraventa con ExxonMobil de Colombia S.A., por cuya virtud adquirió la propiedad sobre el inmueble en el que está ubicada la aludida estación. La demandante ha expresado que ese contrato, contenido en la escritura pública n.° 506 del 15 de marzo de 2012, abarcó la totalidad del terreno en que funciona la Estación de Servicio Los Álamos.

A mediados de 2012, el señor Gallo decidió cederle sus derechos sobre la Estación de Servicio Los Álamos a Grupo Los Álamos S.A.S., una sociedad constituida con el propósito de administrar el referido establecimiento de comercio. En desarrollo de lo anterior, el señor Gallo le transfirió a Grupo Los Álamos S.A.S. el inmueble que le había comprado a ExxonMobil de Colombia S.A., así como los demás derechos requeridos para operar la Estación de Servicio Los Álamos.[6] No sobra advertir que, según se anota en la demanda, los contratos celebrados entre el señor Gallo y Grupo Los Álamos S.A.S—incluido, particularmente, el de compraventa sobre el inmueble en el que está ubicada la estación de servicio— fueron idénticos a los que el demandado suscribió previamente con ExxonMobil de Colombia S.A.

A finales de 2013, ExxonMobil de Colombia S.A. detectó una anomalía en la escritura pública n.° 506 del 15 de marzo de 2012. En verdad, aquella compañía se percató de que en la referida escritura de compraventa se había omitido incluir la extensión total del inmueble transferido a favor del señor Gallo. El error consistió, específicamente, en que en la escritura pública n.° 506 tan sólo se hizo referencia a un lote identificado con la matrícula inmobiliaria n.° 01N-252856, sin mencionar otro registrado bajo el n.° 01N-252790. Como resultado de lo anterior, el señor Gallo se hizo propietario de una extensión de terreno de 1.151m2, a pesar de que con la escritura pública n.° 506 ExxonMobil de Colombia S.A. pretendía enajenarle un inmueble de 1.762 m2. Esta circunstancia es particularmente relevante en vista de que la Estación de Servicio Los Álamos abarca la totalidad de los 1.762 m2 objeto del negocio entre el señor Gallo y ExxonMobil de Colombia S.A. Por este motivo, para remediar la falencia antes descrita, ExxonMobil de Colombia S.A. y el señor Gallo suscribieron la escritura pública n.° 2437 del 23 de diciembre de 2013, por

6 El señor Gallo y Grupo Los Álamos S.A.S. también celebraron otros contratos para asegurar que esta última sociedad pudiera administrar la estación de servicio en cuestión.

medio de la cual 'el predio identificado con matrícula inmobiliaria n.° 01N-252790 es transferido [al señor Gallo] como parte del negocio original celebrado [entre ExxonMobil de Colombia S.A. y el señor Gallo]' (vid. Folio 13). También es relevante anotar que, según consta en la escritura pública n.° 2437 de 2013, el señor Gallo no tuvo que pagarle sumas adicionales a ExxonMobil de Colombia S.A., por cuanto '[el precio] ya está contemplado en la escritura pública de venta número 506 del 15 de marzo de 2012' (vid. Folio 13). En síntesis, pues, el saneamiento propuesto por ExxonMobil de Colombia S.A. le permitió al señor Gallo registrar su derecho de dominio sobre la franja de terreno que había quedado excluida de la escritura pública n.° 506 del 15 de marzo de 2012.

Una vez cumplidos los trámites de saneamiento, el señor Gallo les informó a los accionistas de Grupo Los Álamos S.A.S. que le había comprado a ExxonMobil de Colombia S.A. un lote de terreno contiguo a aquél en el que funcionaba la Estación de Servicio Los Álamos. En los términos descritos en la demanda, el señor Gallo 'afirmó haber pagado una suma superior a los $300.000.000 por el inmueble y que [el inmueble] podía ser adquirido por [Grupo Los Álamos S.A.S.] en un valor equivalente al 75% del comercial, el cual consideró estaba cerca de los $600.000.000' (vid. Folio 16). Luego de que los accionistas de Grupo Los Álamos S.A.S. rechazaran la oferta del señor Gallo, este último le transfirió el inmueble registrado bajo el n.° 01N-252790—es decir, el lote de terreno objeto del saneamiento propuesto por ExxonMobil de Colombia S.A—a Unión Galber S.A.S., cuyos únicos accionistas son la esposa e hijos del demandado. Adicionalmente, el señor Gallo inició 'un proceso reivindicatorio en contra de [Grupo Los Álamos S.A.S.] para que le restituya la posesión de la franja de terreno [correspondiente a la matrícula n.° 01N-252790]' (vid. Folio 16).

A partir de los hechos narrados en los párrafos anteriores, la compañía demandante considera que el señor Gallo violó sus deberes como administrador social. Según el apoderado de la demandante, 'la sociedad Grupo Los Álamos S.A.S. fue administrada por una persona que desconoció de forma fehaciente y dolosa todas las reglas negociales y de administración y cuyo incumplimiento tiene que acarrear, de acuerdo con las normas que rigen la materia, sanciones de tipo económico y jurídico' (vid. Folio 17).

En este punto debe decirse que los hechos narrados en la demanda justifican el decreto de una medida cautelar. En efecto, de verificarse la veracidad de lo expresado por Grupo Los Álamos S.A.S., podría haberse presentado una violación del deber de lealtad que le correspondía al señor Gallo en su calidad de representante legal de la compañía. Debe recordarse, en este sentido, que los hechos descritos en los párrafos precedentes acontecieron durante el tiempo en que el señor Gallo ostentó

la calidad de administrador de Grupo Los Álamos S.A.S. Es decir que, para la época en que el señor Gallo aceptó el saneamiento propuesto por ExxonMobil de Colombia S.A., sus actuaciones debían estar orientadas hacia la protección de los intereses de Grupo Los Álamos S.A.S., en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Sin embargo, en la demanda se ha afirmado, bajo la gravedad de juramento, que el señor Gallo no sólo se abstuvo de tramitar el saneamiento correspondiente a favor de Grupo Los Álamos S.A.S., sino que, además, les presentó a los accionistas de la compañía información inexacta con el propósito de lucrarse personalmente. Con tales actuaciones, el señor Gallo parecería haber hecho prevalecer sus intereses sobre los de Grupo Los Álamos S.A.S., lo que podría constituir una violación del deber de lealtad. A la luz de las anteriores precisiones, el Despacho debe concluir que, en esta etapa del proceso, la demandante ha acreditado 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 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 corroborar que Grupo Los Álamos S.A.S. cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso[7].

3. Acerca de la medida cautelar que será decretada

A pesar de que se han encontrado suficientes elementos de juicio para acceder a la solicitud de la Grupo Los Álamos S.A.S., el Despacho estima necesario decretar una medida cautelar diferente de la descrita en la demanda. Así, mientras que la sociedad demandante considera necesario que se embarguen las acciones de propiedad del señor Gallo en Grupo Los Álamos S.A.S. y Unión Galber S.A.S., el Despacho tan sólo ordenará la inscripción de la demanda en el libro de registro de accionistas de ambas sociedades. En criterio del Despacho, esta nueva medida se ajusta, en mejor manera, a los objetivos descritos en el artículo 590 del Código General del Proceso para el decreto de medidas cautelares.

4. La caución

---

7 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.

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'. De ahí que, en el presente caso, el monto inicial previsto para la caución ascienda a la suma $140.000.000. No obstante, el citado 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, pues, este Despacho cuenta 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'[8].

En el presente caso, el Despacho considera necesario reducir el monto de la caución descrito en el párrafo anterior. Por una parte, en vista de que se ordenará la inscripción de la demanda en los libros de registro de acciones de Grupo Los Álamos S.A.S. y Unión Galber S.A.S., el Despacho considera que la medida cautelar no tiene la virtualidad de generarle mayores perjuicios al demandado. Ello se debe a que las oportunidades de venta de las acciones del señor Gallo están restringidas por el hecho de que se trata de sociedades cerradas, vale decir, de compañías que no han inscrito sus títulos en el Registro Nacional de Valore y Emisores. De otra parte, 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.

A la luz de lo expresado en el párrafo anterior, el Despacho considera 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

8 Sentencia C-523 de 2009.

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, ordenar la inscripción de la presente demanda en los libros de registro de acciones de Grupo Los Álamos S.A.S. y Unión Galber S.A.S.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, oficiar a los representantes legales de Grupo Los Álamos S.A.S. y Unión Galber S.A.S., por el medio más expedito, para que procedan de conformidad con lo ordenado por este Despacho.

Auto n.° 800-10819 del 18 de agosto de 2015	
Partes	Rodrigo Restrepo Delgado y Daraxa S.A.S. Contra Francisco Javier Salcedo
Asunto	Responsabilidad de liquidadores
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-161

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[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. 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 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

---

1 Cfr. Autos No. 801-2289 del 20 febrero 2013 y No. 800-16014 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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 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.

La demanda presentada ante este Despacho está orientada a controvertir la responsabilidad de Francisco Javier Salcedo Cruz, antiguo liquidador de Central Tumaco S.A. en liquidación, por el incumplimiento de los deberes legales que le correspondían como administrador de la compañía. En particular, los demandantes consideran que '[el] comportamiento del liquidador Francisco Javier Salcedo Cruz ha causado y sigue causando un serio daño económico a los accionistas de Central Tumaco, dado que de manera deliberada dilató varias decisiones que eran de su competencia, y además omitió tomar y ejecutar decisiones para proteger los intereses de la sociedad, privilegiando los intereses del anterior liquidador y gerente de la sociedad y de su señora esposa' (vid. Folio 13). Además, en el escrito de subsanación presentado por el apoderado de los demandantes, se solicita el reconocimiento de perjuicios por un valor de $825.319.500 (vid. Folio 128). Por consiguiente, los demandantes estiman necesaria la práctica de una medida cautelar, consistente en la inscripción de la demanda sobre ciertos bienes de propiedad del demandado (vid. Folios 19 y 20).

Para establecer si ha de decretarse una medida cautelar, es necesario hacer un breve recuento de los hechos que le sirven de fundamento a la demanda presentada por Rodrigo Restrepo Delgado y Daraxa S.A.S.

---

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.

Central Tumaco S.A. fue disuelta el 16 de abril de 2014, el señor Salcedo Borrero haya podido mantener de manera injustificada su relación laboral con la sociedad, por cuyo efecto continuó devengando ingresos hasta marzo de 2015 (vid. Folio 5).

En este punto debe señalarse que los hechos narrados en los párrafos anteriores le sirvieron de fundamento a Intendencia Regional de Cali de la Superintendencia de Sociedades para formular cargos en contra del señor Salcedo Cruz, por la posible violación de sus deberes como liquidador de Central Tumaco S.A. En verdad, según consta en la Resolución nº 620-866 del 22 de diciembre de 2014, '[para la Intendencia Regional de Cali] es claro, sin mayor discusión que los hechos denunciados por Rodrigo Restrepo Delgado, accionista de la sociedad Central Tumaco S.A. en liquidación, evidenciados en la toma de información [practicada por la Intendencia Regional de Cali de la Superintendencia de Sociedades entre el 22 y el 24 de septiembre de 2014], son contrarios a la Ley y a los estatutos' (vid. Folios 50 y 51).

Ahora bien, los demandantes han censurado el hecho de que el señor Salcedo Cruz se negó a declarar la terminación unilateral de los contratos de proveeduría suscritos por la compañía, en el año 2009, con las sociedades Inversiones Equipos y Servicios S.A., Inversiones Venecia S.A., Agroguachal S.A., Compañía Agrícola San Felipe S.A. y Quantum S.A.S. (vid. Folios 63-67)[5]. En este orden de ideas, la información aportada por los demandantes apunta a que el señor Salcedo Cruz podría haber violado las normas colombianas en materia de conflictos de interés. Ello se debe a que, según los demandantes, el señor Salcedo Cruz es accionista y administrador de las sociedades que celebraron los referidos contratos con Central Tumaco S.A., es decir, Inversiones Equipos y Servicios S.A., Inversiones Venecia S.A., Agroguachal S.A. y Compañía Agrícola San Felipe S.A. (vid. Folio 65). De ser ello cierto, el señor Salcedo Cruz podría haber estado incurso en un conflicto de interés cuando tomó la decisión de no dar por terminados los referidos contratos. En verdad, el señor Salcedo Cruz, en su calidad de liquidador de Central Tumaco S.A., estaba obligado a velar por los mejores intereses de la compañía al momento de estudiar si debían terminarse los contratos en comento. Al mismo tiempo, sin embargo, el señor Salcedo Cruz podría haber tenido un interés económico personal en esa decisión, en su calidad de accionista de las compañías que contrataron con Central Tumaco S.A. Así mismo, la calidad de administrador que el señor Salcedo Cruz parece ostentar en Inversiones Equipos y Servicios S.A., Inversiones Venecia S.A., Agroguachal S.A. y Compañía Agrícola San Felipe S.A. lo habría obligado a

5 El demandante puso de presente que, en vista de que Central Tumaco S.A. en liquidación no había cesado la ejecución del objeto social, la Intendencia Regional de Cali de la Superintendencia de Sociedades habría ordenado el cierre de la fábrica de producción de azúcar operado por aquella compañía (vid. Folio 13).

proteger también los intereses de tales compañías (vid. Folio 65). En consecuencia, antes de tomar la decisión controvertida por los demandantes, podría haber sido necesario que el señor Salcedo Cruz obtuviera la anuencia de la asamblea general de accionistas de Central Tumaco S.A., a la luz de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Con todo, las pruebas disponibles no dan cuenta de que se hubiera obtenido la señalada autorización.

En vista de todo lo expuesto, el Despacho debe concluir que, en esta etapa del proceso, los demandantes han acreditado 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 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

En criterio de este Despacho, el hecho de que los demandantes sean accionistas de Central Tumaco S.A. en liquidación (vid. Folios 33 a 38) es suficiente para concluir que cuentan con un interés económico legitimo en el presente proceso[6].

3. 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'. De ahí que, en el presente caso, el monto inicial previsto para la caución ascienda a la suma $165.000.000. No obstante, el citado 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, pues, este Despacho cuenta 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

6 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.

proporcionalidad y razonabilidad'[7]. Ello quiere decir que la suma que se fije para el efecto deberá, en todos los casos, obtenerse como resultado de un cuidadoso análisis.

En el presente caso, el Despacho estima necesario reducir el monto de la caución descrito en el párrafo anterior. Por una parte, en vista de que se ordenará la inscripción de la demanda en los libros de registro de acciones de Central Tumaco S.A. en liquidación, Inversiones Venecia S.A., Inversiones Equipos y Servicios S.A., Agroguachal S.A., y Compañía Agrícola San Felipe S.A., el Despacho considera que la medida cautelar no tiene la virtualidad de generarle mayores perjuicios al demandado. Ello se debe a que las oportunidades de venta de las acciones del señor Salcedo Cruz se encuentran restringidas por el hecho de que se trata de sociedades cerradas, vale decir, de compañías cuyos títulos no son negociados en el mercado público de valores[8]. De otra parte, este Despacho ha recurrido al expediente de usar las probabilidades de éxito de la demanda como un factor para graduar la caución. Se trata de una simple relación inversamente proporcional, por cuyo efecto, entre mayores sean las probabilidades 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.

A la luz de lo expresado en el párrafo anterior, el Despacho considera que una caución de $20.000.000 sería suficiente para cumplir con la exigencia a que hace referencia el 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 $ 20.000.000, 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 de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que el demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

---

7 Sentencia C-523 de 2009.

8 El Despacho tampoco encontró elementos de juicio para concluir que la inscripción de la demanda respecto de los derechos fiduciarios del señor Salcedo Cruz podría generarle mayores perjuicios al demandado.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la inscripción de la presente demanda en los libros de registro de acciones de Central Tumaco S.A. en liquidación, Inversiones Venecia S.A., Inversiones Equipos y Servicios S.A., Agroguachal S.A., y Compañía Agrícola San Felipe S.A., así como la inscripción de la demanda sobre los derechos fiduciarios de propiedad del demandado en el fideicomiso P.A. Salcedo Rivera, administrado por Fiduciaria Corficolombiana S.A.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, oficiar a los representantes legales de Central Tumaco S.A. en liquidación, Inversiones Venecia S.A., Inversiones Equipos y Servicios S.A., Agroguachal S.A., Compañía Agrícola San Felipe S.A. y Fiduciaria Corficolombiana S.A., por el medio más expedito, para que procedan de conformidad con lo ordenado por este Despacho.

Auto n.° 800-11501 del 31 de agosto de 2015	
Partes	El Zarzal S.A. contra Arturo Escallón Lloreda
Asunto	Conflictos de interés en la transferencia de activos sociales a patrimonios autónomos
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-181

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[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. 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 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

---

1 Cfr. Autos No. 801-2289 del 20 febrero 2013 y No. 800-16014 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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]. 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 medidas cautelares.

El Zarzal S.A. ha presentado una demanda para controvertir las actuaciones de su antiguo representante legal, Arturo Escallón Lloreda. Según la sociedad demandante, el señor Escallón Lloreda violó, en diferentes oportunidades, las reglas de la Ley 222 de 1995 en materia de administradores sociales. En particular, se ha dicho que el demandado participó en operaciones viciadas por conflictos de interés (vid. Folio 26), compitió con El Zarzal S.A. (vid. Folios 26 y 27), se apropió indebidamente de recursos sociales (vid. Folio 27) e intentó hacerse al control de la sociedad, en forma irregular, mediante la constitución de un patrimonio autónomo (vid Folios 29 y 30)[5]. Con base en lo anterior, se ha solicitado tanto la nulidad absoluta de ciertas operaciones, como una indemnización de perjuicios.

Aunque en este punto podrían estudiarse todos los cargos formulados por la sociedad demandante en contra del señor Escallón Lloreda, el Despacho considera que el análisis sobre la posible existencia de un conflicto de interés es suficiente para establecer si ha de decretarse una medida cautelar. Según se expresa en la demanda, el señor Escallón Lloreda suscribió un contrato de fiducia irrevocable

---

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.

5 En la demanda se mencionan otras posibles infracciones, relacionadas con el derecho de inspección y el contenido de los libros de actas de El Zarzal S.A.

de administración y pagos con Alianza Fiduciaria S.A, por cuya virtud el referido administrador le transfirió una parte sustancial de los activos de El Zarzal S.A. a un patrimonio autónomo denominado 'Fideicomiso El Zarzal' (vid. Folios 123 a 134). La información disponible también apunta a que el señor Escallón Lloreda es titular de alrededor del 19.5% de los derechos fiduciarios emanados de ese patrimonio autónomo (vid. Folio 19). Tampoco puede perderse de vista que los demás beneficiarios del Fideicomiso El Zarzal están ligados al señor Lloreda Escallón por cercanos vínculos de parentesco. En síntesis, pues, el señor Escallón Lloreda representó a El Zarzal S.A. en la celebración de un negocio jurídico en el que tanto él como sus familiares contaban con un interés económico aparentemente significativo[6].

La conducta descrita en el párrafo anterior podría haber constituido una violación de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, particularmente a la luz de los antecedentes jurisprudenciales emitidos por esta Superintendencia sobre el particular. Por una parte, tal y como se explicó en el caso de Gyptec S.A., 'existen circunstancias que podrían llevar al Despacho a examinar las decisiones que tomen los administradores en la gestión de los negocios sociales. El mencionado escrutinio judicial sería procedente, por ejemplo, cuando se acrediten circunstancias que comprometan el juicio objetivo de los administradores, como ocurriría en la celebración de negocios jurídicos viciados por un conflicto de interés. La intervención judicial también estaría justificada cuando se compruebe que tales sujetos se han apropiado indebidamente de recursos sociales, mediante operaciones de cualquier naturaleza. En casos como éstos, el Despacho estudiará con detenimiento la conducta de los administradores, con el fin de establecer si se le han provocado perjuicios a la compañía o a sus accionistas'.

De otra parte, en el caso de Luque Torres Ltda., este Despacho se pronunció en los siguientes términos acerca los supuestos de hecho que dan lugar a un conflicto de la naturaleza indicada: 'En Colombia no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario. Mientras subsista este vacío, les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso

6 En palabras de la demandante, el '[p]orcentaje [que ostentan el señor Escallón Lloreda y sus hijos sobre los derechos fiduciarios del Fideicomiso El Zarzal] les otorga [a estas personas] unos derechos y unos beneficios sobre los bienes sociales de El Zarzal S.A., a través del contrato de fiducia, que no tenían cuando los bienes eran de la sociedad. Nótese, además, que el representante legal celebró un acto consigo mismo, que lo benefició, sin autorización de la Asamblea de Accionistas' (vid. Folio 25).

de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido. […]'.[7] Otro antecedente relevante puede encontrarse en el caso de El Puente S.A., en el cual se aclaró que 'el conflicto de interés analizado en esta sentencia tampoco desaparece por el hecho de que las acciones en que se divide el capital suscrito de El Puente S.A. se encuentren en manos de personas ligadas por vínculos de parentesco. Ciertamente, el régimen societario colombiano no contiene excepciones relativas a la celebración de operaciones viciadas por conflictos de interés en sociedades cerradas o de familia[8]'.

Así las cosas, el Despacho puede concluir, sin necesidad de formular consideraciones adicionales, que las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda justifican el decreto de las medidas cautelares solicitadas. En verdad, al momento de celebrar el contrato de fiducia a que se ha hecho referencia, el señor Escallón Lloreda estaba obligado a velar por los mejores intereses de El Zarzal S.A., en los términos exigidos por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Al mismo tiempo, sin embargo, tanto el señor Escallón Lloreda como sus familiares cercanos contaban con un interés económico en la celebración de ese negocio jurídico, en su calidad de futuros beneficiarios del patrimonio autónomo que habría de constituirse con una buena parte de los activos de El Zarzal S.A. Es decir que, cuando el señor Escallón Lloreda actuó en nombre de El Zarzal S.A. para celebrar el referido contrato de fiducia, su juicio objetivo podría haber estado comprometido por su calidad de beneficiario en el Fideicomiso El Zarzal. De ahí que pudiera haber sido necesario obtener la anuencia de la asamblea general de accionistas, según lo exige el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En consecuencia, debido a que la sociedad demandante ha afirmado que nunca se impartió tal autorización, el Despacho decretará las medidas 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, 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 corroborar que El Zarzal S.A. cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso, en los términos

7 Sentencia n.° 800-52 del 1º de septiembre de 2014.

8 Sentencia n.° 800-32 del 20 de abril de 2016

de los artículos 23 y 25 de la Ley 222 de 1995.

3. Acerca de las medidas cautelares que serán decretadas

El Zarzal S.A. ha solicitado que se suspendan los efectos del contrato de fiducia celebrado entre esa sociedad y Alianza Fiduciaria S.A. En vista de que tal medida es congruente con las pretensiones de nulidad absoluta formuladas en la demanda, el Despacho accederá a la suspensión en comento.

Adicionalmente, para precaver posibles perjuicios, la demandante considera necesario ordenarle al señor Escallón Lloreda que se abstenga de actuar como representante legal de la compañía. Como sustento de lo anterior, se ha dicho que, durante una reunión asamblearia celebrada el 5 de junio de 2015, los accionistas de El Zarzal S.A. aprobaron iniciar una acción social de responsabilidad en contra del señor Escallón Lloreda (vid. Folios 114-116). En este orden de ideas, según la regla del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, la aprobación de una acción social de responsabilidad 'implicará la remoción del administrador'. Es decir que la decisión de la asamblea general de accionistas de El Zarzal S.A. tuvo como consecuencia automática la remoción del señor Escallón Lloreda de su cargo como representante legal de la compañía.

Aunque el señor Escallón Lloreda ha controvertido tanto la validez de la decisión antes mencionada, como la vigencia de su registro ante la Cámara de Comercio de Bogotá, lo cierto es que la decisión de la asamblea general de accionistas de El Zarzal S.A. se encuentra actualmente en firme. En esa medida, es evidente que cualquier actuación del señor Escallón Lloreda en representación de El Zarzal S.A. atentaría en contra de lo decidido por el máximo órgano de esta sociedad[9]. Por este motivo, en vista de que el señor Escallón Lloreda ya conoce la decisión de aprobar una acción social en su contra, este Despacho accederá a la solicitud de medidas cautelares de la demandante. Con ello se busca atender a las finalidades contempladas en el artículo 590 del Código General del Proceso, en el sentido de que las medidas cautelares pueden decretarse con el fin de 'prevenir daños'. Debe advertirse, por lo demás, que el Despacho simplemente le ordenará al señor Escallón Lloreda que se abstenga de actuar como representante legal de El Zarzal S.A. En otras palabras, la medida decretada por el Despacho no surtirá efecto alguno sobre las inscripciones efectuadas ante el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá.

---

9 Aunque en el Código de Comercio se han previsto reglas especiales sobre la necesidad de dotar de publicidad mercantil a las decisiones sobre la representación legal de una compañía (v.gr., artículos 196 y 442), no parece razonable admitir que un administrador invoque tales normas para desconocer las decisiones emanadas del máximo órgano social.

4. 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'. En el presente caso, la demandante no les ha asignado un valor económico a sus pretensiones. Así, pues, para tasar los perjuicios sufridos por El Zarzal S.A. y sus accionistas, la demandante ha solicitado la elaboración de un dictamen pericial (vid. Folio 35). No obstante, el citado 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, pues, este Despacho cuenta con alguna discreción para fijar de la cuantía correspondiente a la caución[10].

En primer lugar, es preciso aludir a los perjuicios que podría sufrir el demandado por la suspensión de los efectos del contrato de fiducia mercantil. Para tal efecto, podría pensarse en calcular tales perjuicios a partir de la diferencia entre los derechos económicos que detenta el señor Escallón Lloreda tanto en el Fideicomiso El Zarzal S.A., como en la sociedad demandante. Sin embargo, según lo previsto en el contrato de fiducia aportado con la demanda, el señor Escallón Lloreda no ostenta la calidad de 'beneficiario de pago' en el mencionado patrimonio autónomo (vid. Folio 121). Por consiguiente, tal sujeto no parece tener derecho a recibir los flujos de efectivo derivados de la operación del fideicomiso en comento, sino tan sólo una porción de los derechos sobre los activos fideicomitidos al momento de liquidarse el correspondiente patrimonio autónomo. Si a esta circunstancia se le suma el hecho de que El Zarzal S.A. ha demostrado, con méritos, que las pretensiones de su demanda justifican el decreto de una medida, puede concluirse que la suspensión que será decretada no tiene la virtualidad de causarle mayores perjuicios al demandado[11].

En segundo lugar, debe estudiarse la medida consistente en que el señor Escallón Lloreda se abstenga de actuar como representante legal de El Zarzal S.A. Así, en

---

10 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'. Cfr. sentencia C-523 de 2009.

11 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.

vista de que se encuentra en firme la decisión de la asamblea general de accionistas de El Zarzal S.A. de aprobar la acción social de responsabilidad en contra del señor Escallón Lloreda, el Despacho considera que la precitada medida tampoco tiene la virtualidad de generarle mayores perjuicios al demandado.

A la luz de lo expresado en el párrafo anterior, el Despacho considera 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 la 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, ordenar la suspensión de la ejecución y los efectos del contrato de fiducia irrevocable de administración y pagos contenido en la Escritura Pública n.° 1542 del 18 de marzo de 2015.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle al señor Arturo Escallón Lloreda que se abstenga de continuar ejecutando actos como representante legal de El Zarzal S.A.

Auto n.° 800-11765 del 7 de septiembre de 2015	
Partes	Cristina Escallón Salazar contra El Zarzal S.A.
Asunto	Representación de accionistas extranjeros
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-197

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[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.

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 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

---

1 Cfr. auto n.° 801-2289 del 20 febrero 2013. Las providencias mencionadas 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/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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 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.

La demanda presentada ante este Despacho está orientada a que se declaren configurados los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia, respecto de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de El Zarzal S.A. en la reunión extraordinaria celebrada el 5 de junio de 2015[5]. Según lo expresado en la demanda, ello se debe a que '[tales decisiones] se adoptaron en contravención de las disposiciones estatutarias respecto del quórum necesario para deliberar y decidir válidamente' (vid. Folio 22). En razón de lo anterior, la demandante ha solicitado el decreto de una medida cautelar, consistente en 'la suspensión de todas las decisiones que aparecen contenidas en el Acta número 26 de la reunión extraordinaria de la Asamblea de Accionistas de El Zarzal S.A. (vid. Folio 22).'

Para establecer si ha de decretarse una medida cautelar, es necesario hacer referencia a los argumentos presentados por la demandante para justificar la

---

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.

5 De acuerdo con la información disponible en el expediente, El Zarzal S.A. fue constituida en 1973 por Gustavo Escallón Cayzedo. El 94.86% de las acciones de El Zarzal S.A. le pertenece a la sociedad panameña Clear Pond Investment Corporation, constituida de conformidad con las instrucciones del señor Escallón Cayzedo en 1992. Las pruebas aportadas con la demanda apuntan a que los únicos accionistas de Clear Pond Investment Corporation son Arturo Escallón Lloreda, Alejandro Escallón Lloreda y Patricia Escallón de Ardila, hijos del señor Escallón Cayzedo (vid. Folios 3 y 4).

mencionada solicitud. Así, pues, la demandante ha afirmado que la sociedad panameña Clear Pond Investment Corporation, accionista controlante de El Zarzal S.A., estuvo indebidamente representada durante la reunión celebrada el 5 de junio 2015. En sustento de lo anterior, la apoderada de la demandante ha puesto de presente que la persona que representó a la referida sociedad panameña, vale decir, María Ángela Raich Ortega, no contaba con facultades para ello. En criterio de la demandante, esta circunstancia podría configurar uno de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia, en los términos de los artículos 186 y 190 del Código de Comercio. En efecto, en la demanda se ha dicho que '[C]lear Pond Investment Corp., no fue representada en la reunión extraordinaria de accionistas de El Zarzal S.A., y por ende no existió quórum para deliberar y decidir en dicha asamblea […], desembocando en clara ineficacia de las decisiones adoptadas en la misma, registradas ante la Cámara de Comercio el día 1 de julio de 2015' (vid. Folio 8).

De acuerdo con la información disponible en el expediente, la señora Raich presentó dos poderes especiales para acreditar su calidad de apoderada de Clear Pond Investment Corporation. El primero de ellos fue un poder especial otorgado el 4 de junio de 2015 por José Antonio Lloreda Londoño, con base en un poder general que Joel Rolando Medina—socio de la firma Icaza, González-Ruiz & Alemán—le había conferido al señor Lloreda Londoño el 6 de octubre de 2014 (vid. Folios 85 a 89). El segundo poder especial invocado por la señora Raich fue otorgado el 4 de junio de 2015 por Itzamara Madrid, directora y secretaria de Clear Pond Investment Corporation (vid. Folio 88). Para controvertir la validez de los poderes referidos, la demandante ha expresado que '[n]inguno de los anteriores poderes puede considerarse válido, pues ni Joel Rolando Medina, ni Itzamara Madrid, ni ninguno de los funcionarios de Icaza, González-Ruiz & Alemán sean socios o asociados, tienen las facultades de representación legal de Clear Pond Investment Corp.' (vid. Folio 7). Según la demandante, ello obedece a que el certificado de persona jurídica de Clear Pond Investment Corporation, expedido por el Registro Público de Panamá el 27 de abril de 2015, no identifica a las personas facultadas para representar legalmente a la referida sociedad panameña (vid. Folio 90).

En este punto debe decirse que el primero de los poderes especiales presentados por la señora Raich fue conferido con base en documentos emitidos por una autoridad pública panameña. En efecto, el poder general suscrito por Joel Rolando Medina está contenido en la escritura pública n.° 14.289, otorgada el 6 de octubre de 2014 ante el Notario Público Primero del Circuito de Panamá (vid. Folio 84). En ese documento se expresó, en forma explícita, que el señor Medina contaba con suficientes facultades para representar a Clear Pond Investment Corporation. Ciertamente, según el contenido de la citada escritura, el señor Medina no sólo fue

reconocido como representante del agente registrado de Clear Pond Investment Corporation, sino también como titular de 'capacidad y facultades para otorgar poder en nombre y representación [de la compañía]' (vid. Folio 85)[6]. Así mismo, en el certificado emitido por el Registro Público de Panamá parece constar que Icaza, González-Ruiz & Alemán es el agente residente de Clear Pond Investment Corporation (vid. Folio 90).

Dicho lo anterior, es preciso anotar que este Despacho no puede desconocer la vigencia de las afirmaciones formuladas en la escritura pública n.° 14.289 de la Notaría Primera del Circuito de Panamá, en la que se da fe pública de que el señor Medina puede actuar como apoderado general de Clear Pond Investment Corporation (vid. Folio 84 a 87). Es relevante anotar que este Despacho ha sostenido, en diversas oportunidades, que no le corresponde pronunciarse acerca de los efectos de actuaciones reguladas por los ordenamientos legales de otros países. En el caso de Gyptec S.A., por ejemplo, el Despacho se abstuvo de analizar 'la eficacia jurídica de determinaciones asamblearias adoptadas de conformidad con la legislación societaria vigente en la República de Panamá. Así, pues, si uno de los principales fundamentos de las pretensiones de la demanda es la ineficacia o nulidad de la designación de Jorge Hakim Tawil como representante legal de las sociedades panameñas antes referidas, deben aportarse pruebas idóneas que le permitan al Despacho constatar la configuración de alguno de tales vicios (p.ej. pronunciamientos de una autoridad panameña sobre el particular)'.[7] Además, en el caso de Beymas Productos de España S.A.S., el Despacho explicó que no podía 'pronunciarse acerca de la eficacia jurídica de determinaciones asamblearias aprobadas de conformidad con la legislación societaria vigente en España. Por este motivo, el Despacho no puede restarle vigencia a la certificación emitida por el Registrador Mercantil de Barcelona, en la que aparece inscrito el señor José Manuel Marques Costan como representante legal de Beymas Productos de España S.L.'[8].

Así las cosas, las pruebas disponibles en esta temprana etapa del proceso no

---

6 Mediante la escritura pública n.° 8347 del 2 de septiembre de 1992, otorgada en la Notaría Décima del Circuito de Panamá, Clear Pond Investment Corporation les confirió poderes a los abogados Alfonso José Camacho, José Antonio Lloreda Londoño y Gustavo Tamayo con el fin de que ejercieran la representación legal y asumieran la gestión administrativa de la compañía. Para tal efecto, se acudió a los servicios profesionales de la firma Icaza, González-Ruiz & Alemán, la cual fue inscrita ante el Registro Público de Panamá como agente residente de Clear Pond Investment Corporation. Los poderes otorgados a los señores Alfonso José Camacho, José Antonio Lloreda Londoño y Gustavo Tamayo fueron revocados mediante escritura pública n.° 15720 del 31 de octubre de 2014 (vid. Folio 248).

7 Cfr. auto n.° 801-13814 del 13 de agosto de 2013.

8 Cfr. sentencia n.° 800-9 del 16 de febrero de 2015.

le permiten al Despacho concluir que Clear Pond Investment Corporation estuvo indebidamente representada durante la reunión del 5 de junio de 2015. En caso de que la demandante pretenda demostrar las precitadas falencias en la representación de esa compañía panameña, deberán aportar documentos idóneos que le permitan al Despacho constatar la veracidad de lo afirmado en la demanda.

A la luz de lo anterior, debe concluirse que la demandante no ha acreditado que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifiquen la práctica de la medida cautelar solicitada. En consecuencia, deberá rechazarse la solicitud presentada por la apoderada de la demandante. Lo anterior no obsta para que el Despacho pueda considerar nuevamente la procedencia de medidas cautelares, una vez se hubieren aportado nuevos elementos de prueba[9].

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Rechazar la solicitud de medidas cautelares formulada por la demandante.

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.

Auto n.° 800-13914 del 19 de octubre de 2015	
Partes	Caracol Televisión S.A. contra Affinity Network S.A.S. en Liquidación
Asunto	Medidas cautelares en procesos de desestimación de la personalidad jurídica
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-222

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[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.

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 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

1 Cfr. autos n.° 801-2289 del 20 febrero 2013 y 800-16014 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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 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. El caso presentado ante el Despacho está orientado a establecer si se ha perpetrado una actuación fraudulenta que justifique la desestimación de la personalidad jurídica. La demandante, Caracol Televisión S.A., considera que Affinity Network S.A.S. celebró diversos actos encaminados a evadir el pago de sus obligaciones sociales (vid. Folio 4). Para resolver la solicitud formulada por la apoderada de la demandante, debe ponerse de presente que este Despacho ya ha censurado el uso de personas jurídicas societarias para defraudar los intereses de los acreedores de una compañía. En el caso de RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group S.A.S., por ejemplo, se suspendió una transferencia de activos aparentemente encaminada a hacer imposible el cobro de unas sumas de dinero a cargo de la sociedad demandada. Según lo expuesto en el auto n.° 801-16441 del 3 de octubre de 2013, '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. […] 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 S.A.S.' Dicho lo anterior, es preciso poner de presente que, según las pruebas disponibles,

---

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.

Affinity Network S.A.S. le adeuda a Caracol Televisión S.A. la suma de $290.018.242 por concepto de créditos otorgados para la emisión de pautas publicitarias. Además, como ya se dijo, la demandante considera que Affinity Network S.A.S. llevó a cabo diversas operaciones diseñadas para evadir el pago de la obligación dineraria a que se ha hecho referencia. Según se anota en la demanda, la compañía demandada le transfirió cuantiosos activos a una fiducia civil, a fin de enajenárselos a terceras personas por valores aparentemente irrisorios. También se puso de presente que, poco tiempo antes de la disolución de Affinity Network S.A.S., la sociedad le pagó a su accionista controlante una deuda derivada de dividendos decretados en marzo de 2014 (vid. Folios 110 y 111). A juicio de la demandante, las operaciones antes mencionados buscaron '[mermar] en forma considerable la prenda general del acreedor' (vid. Folio 3).

A pesar de que las operaciones en cuestión podrían haber estado encaminadas a extraer activos de Affinity Network S.A.S., no es claro para el Despacho si los negocios jurídicos controvertidos hicieron imposible el pago de las obligaciones a cargo de la sociedad demandada. Ello se debe a que en la demanda se afirma apenas que los embargos solicitados por Caracol Televisión S.A. en un proceso ejecutivo podrían llegar a ser insuficientes para que se pague la deuda de $290.018.242 a que se ha hecho referencia. En palabras de la apoderada de la demandante, 'no se tiene la más mínima certeza de que con el producto de lo embargado pueda recuperarse por lo menos parte de los dineros que adeuda la demanda a Caracol Televisión S.A.'. Es decir que, a lo menos en teoría, las medidas cautelares decretadas en el aludido proceso ejecutivo podrían ser suficientes para que se produzca el pago de las sumas en comento. Así las cosas, en vista de que no se tiene certeza acerca de si los activos de Affinity Network S.A.S. serán suficientes para pagar la obligación a favor de Caracol Televisión S.A., el Despacho no puede decretar las medidas cautelares solicitadas. En verdad, la sanción de desestimación invocada en la demanda no sería procedente si la obligación de Affinity Network S.A.S. puede pagarse efectivamente con cargo a los activos que actualmente forman parte de su patrimonio. Por este motivo, se negará la solicitud de medidas cautelares analizada en este auto, sin perjuicio de que, una vez se recauden nuevos elementos probatorios, pueda solicitarse de nuevo la cautela a que se ha hecho alusión.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Negar la solicitud presentada por Caracol Televisión S.A.

Auto n.° 800-14679 del 30 de octubre de 2015	
Partes	Ezio Leonardo Limiti Rodríguez contra Factoría Industrial Metalmecánica Limiti & Cía. S.A.S. y otros
Asunto	Abuso del derecho en la disolución anticipada de una sociedad
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-237

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[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.

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 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].

---

1 Cfr. autos n.° 801-2289 del 20 febrero 2013 y 800-16014 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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 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. El proceso iniciado ante este Despacho tiene como propósito que se declare la nulidad de las decisiones adoptadas durante la reunión de la asamblea general de accionistas de Factoría Industrial Metalmecánica Limiti & Cía. S.A.S. celebrada el 5 de junio de 2015. Según se afirma en la demanda, los accionistas demandados se valieron de la regla especial del artículo 429 del Código de Comercio para disolver a la referida sociedad durante el curso de una reunión de segunda convocatoria. El apoderado del demandante ha puesto de presente que lo anterior constituyó un 'claro abuso del derecho de mayorías en perjuicio del interés social y de los accionistas ausentes [en] dicha reunión' (vid. Folio 2).

Para resolver la presente solicitud de medidas cautelares, debe decirse que este Despacho se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del abuso del derecho de voto. Ciertamente, esta entidad ha empleado la figura en cuestión para reprender la conducta de accionistas en la aprobación de procesos de capitalización[5],

---

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.

5 Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A (sentencia n.° 800-20 del 27 de febrero de 2014).

la retención de utilidades[6], la remoción de administradores[7] y la enajenación global de activos[8]. En los procesos mencionados, se hizo énfasis en que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a los asociados, ni para que un accionista se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás.

El Despacho también ha hecho referencia a la elevada carga probatoria que deben satisfacer quienes propongan una acción judicial por abuso del derecho de voto. En estas hipótesis, no es suficiente alegar que las decisiones aprobadas en una reunión asamblearia fueron contrarias a los intereses subjetivos de uno o varios accionistas. Para acreditar que se produjo un abuso, debe demostrarse que las actuaciones de los asociados demandados estuvieron orientadas por una finalidad ilegítima. De no cumplirse con esta importante carga probatoria, las pretensiones judiciales del asociado demandante serían inexorablemente desestimadas[9].

Dicho lo anterior, es preciso ahora analizar los elementos probatorios disponibles, a fin de establecer si se han presentado indicios que apunten al ejercicio abusivo del derecho de voto.

En primer lugar, las pruebas aportadas dan cuenta de la existencia de un agudo conflicto entre los accionistas de Factoría Industrial Metalmecánica Limiti & Cía. S.A.S. En este sentido, debe mencionarse que los demandantes removieron a la señora Astrid Esmeralda Limiti Forero del cargo de representante legal de la compañía durante una reunión por derecho propio celebrada el 1º de abril de 2015. En aparente desacuerdo con esta decisión, la señora Limiti Forero decidió hacer uso de sus facultades como administradora para convocar a una reunión de la asamblea general de accionistas de Factoría Industrial Metalmecánica Limiti & Cía. S.A.S. para el 16 de mayo de 2015 (vid. Folio 106). En vista de que tal reunión no pudo celebrarse por falta de quórum, la señora Limiti Forero y su hermano, Ezio Alejandro, concurrieron a una reunión de segunda convocatoria celebrada el 5 de junio del mismo año. En el curso de esta sesión se aprobó la disolución de la sociedad, sin la presencia de los demandantes en este proceso (vid. Folio 98). Una de las justificaciones esgrimidas para disolver a Factoría Industrial Metalmecánica

---

6 Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S. (sentencia n.° 800-44 del 18 de julio de 2014).

7 Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S (sentencia n.° 800-73 del 19 de diciembre de 2013).

8 Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S. (sentencia n.° 800-119 del 17 de septiembre de 2015).

9 Cfr. sentencia n.° 801-81 del 20 de noviembre de 2014. Cfr. también las sentencias n.° 800-78 del 14 de noviembre de 2014, 800-50 del 8 de mayo de 2015, 800-54 del 15 de mayo de 2015.

Limiti & Cía. S.A.S. consistió en que los accionistas de la compañía no querían continuar asociados. (vid. Folio 98). Las anteriores circunstancias dan cuenta de la posible existencia de un pronunciado conflicto entre los accionistas Factoría Industrial Metalmecánica Limiti & Cía. S.A.S. De constatarse tales desavenencias, podría haber un indicio acerca de la intención lesiva detrás de la aprobación de las determinaciones controvertidas en este proceso[10].

En segundo lugar, según quedó consignado en el acta n.° 39, la decisión de disolver a Factoría Industrial Metalmecánica Limiti & Cía. S.A.S. se adoptó durante una reunión de segunda convocatoria a la que sólo asistieron los demandados, titulares del 40% del capital suscrito de la compañía (vid. Folio 83). Es decir que los accionistas demandados se valieron de la regla del artículo 429 del Código de Comercio para aprobar la disolución de la sociedad. En este orden de ideas, el Despacho ha advertido que las reglas especiales previstas para las reuniones de segunda convocatoria y por derecho propio 'no pueden usarse para modificar las circunstancias de asociación en una compañía, con el propósito deliberado de perjudicar a un grupo de accionistas. Este ejercicio censurable del mecanismo contemplado en el artículo 429 del Código de Comercio excede, a todas luces, la intención del legislador mercantil al introducir en nuestro ordenamiento [las reuniones especiales en cuestión]'[11].

En tercer lugar, se ha dicho que los accionistas Limiti Forero aprobaron la disolución de la sociedad de manera subrepticia (vid. Folio 25). Ello se debe a que la convocatoria a la reunión se realizó mediante la publicación de un aviso en el diario La República, a pesar de que, según la demandante, 'siempre se le convocó de manera habitual a través de medios escritos, enviados personalmente, por correo certificado, por correo electrónico incluso a través de llamada telefónica, ratificando la invitación a la celebración de la reunión […]' (vid. Folio 6). Lo anterior podría ser relevante para el presente proceso, en tanto en cuanto el uso de maniobras sigilosas ha sido considerado como un indicio acerca del posible carácter abusivo de decisiones sociales. Así, por ejemplo, en un laudo arbitral emitido el 17 de marzo de 2004 se formularon las siguientes consideraciones: '[c]uando los socios mayoritarios, de manera consciente y deliberada, deciden decretar una capitalización que se plantea de manera repentina y que se promueve sigilosamente, aprovechándose de una intempestiva modificación de la forma como se venían haciendo las convocatorias a las reuniones de la junta de socios y privando a sus consocios, de facto, de la posibilidad de participar en dicha capitalización, incurren en abuso del derecho,

---

10 Para una explicación de la relevancia que reviste la existencia de un conflicto intrasocietario en el contexto del abuso del derecho de voto, cfr. los autos n.º 820-11992 del 10 de septiembre de 2015 y 801-12735 del 18 de julio de 2013.

11 Cfr. sentencia n.° 800-20 del 27 de febrero de 2014.

a pesar de que formalmente hayan cumplido con los pasos para concretar una capitalización en la que, teóricamente, los demás consocios también pueden participar[12]'.

En cuarto lugar, el Despacho no encontró, entre las pruebas disponibles, una justificación suficientemente meritoria para justificar la disolución de Factoría Industrial Metalmecánica Limiti & Cía. S.A.S. En el acta n.° 39 dase se dice que tal decisión obedeció principalmente a la imposibilidad de desarrollar el objeto social, por las deterioradas finanzas de la compañía y la carencia de animus societatis (vid. Folio 98). Debe decirse, sin embargo, que el Despacho no encontró indicios de que Factoría Industrial Metalmecánica Limiti & Cía. S.A.S. se encontrara en una situación financiera tan precaria como para justificar su disolución. Tampoco parece aceptable que, con apoyo en las diferencias que parecen existir entre los accionistas de la compañía, los demandados decidieran disolver a la sociedad en forma unilateral.

Los elementos de juicio presentados en los párrafos anteriores son suficientes para concluir, a lo menos en forma preliminar, que los demandados podrían haber abusado de su derecho de voto. En efecto, la disolución de Factoría Industrial Metalmecánica Limiti & Cía. S.A.S. parece haberse producido de manera intempestiva, en el curso de un agudo conflicto intrasocietario, a partir de una estrategia aparentemente diseñada para hacer uso del mecanismo especial de votación previsto en la ley para las reuniones de segunda convocatoria. A pesar de la conclusión preliminar expuesta en el párrafo anterior, el Despacho se abstendrá de decretar las medidas cautelares solicitadas. Tal y como se expresó en el auto n.° 810-11590 del 2 de septiembre de 2015, la persona que convocó a las reuniones asamblearias del 16 de mayo y 5 de junio de 2015 podría haber carecido de facultades para tal efecto. De comprobarse esta circunstancia, las decisiones cuestionadas en este proceso habrían sido ineficaces. Sin embargo, los accionistas demandados han decidido hacer efectiva la cláusula compromisoria contenida en los estatutos de Factoría Industrial Metalmecánica Limiti & Cía. S.A.S. a fin de debatir la referida ineficacia ante un tribunal arbitral. Así las cosas, el Despacho no puede decretar una medida cautelar con base en el posible carácter abusivo de las decisiones controvertidas, sin antes establecer si se ha conformado el panel arbitral que habrá de estudiar la posible ineficacia de tales decisiones.

Por este motivo, el Despacho requerirá a los demandantes para que informen el estado en que se encuentra el proceso arbitral a que se ha hecho referencia.

---

12 Guillermo Mejía Rengifo contra Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. Y otros, Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Requerir a los demandantes para que le informen al Despacho en qué etapa se encuentra el proceso arbitral convocado para debatir la ineficacia de las decisiones sociales controvertidas.

Auto n.° 800-14922 del 6 de noviembre de 2015	
Partes	Victoria Eugenia Lacouture Pinedo contra Mía Corporation S.A.S. y otros
Asunto	Violación de restricciones a la transferencia de acciones en una S.A.S.
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-244

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[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 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 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,

---

1 Cfr. autos n.° 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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 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.

El caso presentado ante el Despacho está orientado a que se advierta la ineficacia de una transferencia de acciones efectuada por el señor Juan Carlos Dávila Abondano. De conformidad con lo expresado en la demanda, el señor Dávila Abondano transfirió, a título de fiducia civil, 50 acciones Clase A de su propiedad, emitidas por la sociedad Mía Corporation S.A.S., a Alberto Francisco Dávila Díaz Granados, como propietario fiduciario, y a AFD Corporation & Cía. S.C.A., como sustituto del propietario fiduciario (vid. Folios 42 al 60).

Afirma la demandante que dicha transferencia violó lo establecido en el artículo 6 de los estatutos sociales de Mía Corporation S.A.S. conforme al cual 'la única persona que ostenta y/o puede llegar a ostentar la calidad de titular de Acciones Clase A es Juan Carlos Dávila Abondano'. Adicionalmente, la demandante considera que la transferencia antes descrita se llevó a cabo sin surtir el procedimiento previsto en el artículo 13 de los estatutos sociales para el derecho de preferencia en la negociación de acciones (vid. Folios 4).

En consecuencia, la demandante solicita que se suspenda no sólo la transferencia de las acciones a favor de Alberto Francisco Dávila Díaz Granados, sino también el

---

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.

acto de constitución de la fiducia civil a que se ha hecho referencia.

Para resolver la solicitud formulada por la demandante debe decirse, en primer lugar, que la entrega de un bien a título de fiducia civil conlleva la transferencia del dominio[5]. En segundo lugar, la evidencia aportada demuestra que los estatutos sociales de Mía Corporation S.A.S. efectivamente prevén que Juan Carlos Dávila Abondano es la única persona con capacidad para ser titular de las Acciones Clase A (vid. Folio 66) y que existe un derecho de preferencia en la negociación de las acciones a favor de la sociedad y sus accionistas (vid. Folio 67).

Así las cosas, las pruebas disponibles parecerían indicar que se produjo una transferencia de Acciones Clase A de Mía Corporation S.A.S., en aparente incumplimiento de lo previsto en los artículos 6 y 13 de los estatutos sociales. En este sentido, es importante mencionar que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 15 de la Ley 1258 de 2008 toda transferencia de acciones que se lleve a cabo en una sociedad por acciones simplificada, en violación de sus disposiciones estatutarias, será ineficaz de pleno derecho.

A la luz de las anteriores precisiones, el Despacho debe concluir que, en esta etapa del proceso, el demandante ha acreditado 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 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.

Ahora bien, el Despacho considera que la suspensión de los efectos de la transferencia de acciones controvertida es suficiente para cumplir con los objetivos previstos en el citado artículo 590. Por esta razón, el Despacho tan sólo decretará esa medida cautelar.

2. El interés económico del demandante

Tras una revisión del expediente, este Despacho pudo constatar que Victoria Eugenia Lacouture Pinedo es parte dentro del proceso de liquidación de la sociedad conyugal que existía entre ella y Juan Carlos Dávila Abondano. En esa medida, es claro que la demandante cuenta con un interés económico legítimo en el presente

5 Sobre este particular, puede consultarse el oficio n.° 220-140063 del 11 de octubre de 2013, emitido por esta Superintendencia en ejercicio de facultades administrativas.

proceso[6].

3. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en 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 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'[7]. Ello quiere decir que la suma que se fije para el efecto deberá, en todos los casos, obtenerse como resultado de un cuidadoso análisis.

Para calcular la caución, el Despacho tendrá en cuenta el valor que el señor Dávila Abondano le asignó al fideicomiso civil por virtud del cual se transfirieron las acciones objeto de este proceso. Así, pues, el valor de la caución se calculará a partir de la suma de $50.000 (vid. Folio 44). 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 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 sería suficiente para cumplir con la exigencia del artículo 590 del Código General del Proceso.

---

6 Según lo expresado en el auto n.° 800-4336 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.
7 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-523 de 2009.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Primero. Fijar una caución por la suma de $10.000, la cual deberá ser prestada por la demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 5 días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que la demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la suspensión provisional de los efectos de la transferencia de las Acciones Clase A, emitidas por Mía Corporation S.A.S., efectuada por Juan Carlos Dávila Abondano a favor de Alberto Francisco Dávila Díaz Granados con ocasión de la constitución de una fiducia civil.

Auto n.° 800-996 del 22 de enero de 2016	
Partes	Carlos Hakim Daccach contra Hanetec S.A. y otros
Asunto	Ineficacia y nulidad de decisiones sociales
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2016-800-10

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[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. 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 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

---

1 Cfr. autos n.° 801-2289 del 20 febrero 2013 y 800-16014 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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 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.

En el presente proceso, el demandante pretende la nulidad de las decisiones adoptadas en la reunión por derecho propio de la asamblea general de accionistas de Hanetec S.A. celebrada el 1º de abril de 2015. Entre las decisiones controvertidas se encuentran la aprobación de los estados financieros e informes de gestión, así como la elección de la junta directiva y el revisor fiscal (vid. Folios 73 y 86). El demandante ha solicitado la suspensión de las aludidas determinaciones, con base en diversas violaciones de las normas societarias que regulan el funcionamiento del máximo órgano social. A continuación se presenta un breve análisis de cada uno de los argumentos formulados en la demanda.

A. Aprobación del informe del gerente y de los estados financieros

En la demanda se alega que los accionistas Jorge Hakim Tawil y Angélica Patricia de la Torre votaron a favor de la aprobación de los estados financieros y del informe del gerente, a pesar de revestir ambos la calidad de administradores. Según el demandante, los votos de los citados accionistas no podían ser tenidos en cuenta en el escrutinio, por virtud de lo dispuesto en el artículo 185 del Código de Comercio (vid. Folio 7). Una vez consultado el certificado de existencia y representación legal aportado con la demanda, el Despacho pudo establecer que Jorge Hakim Tawil es

---

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.

representante legal y miembro principal de la junta directiva de Hanetec S.A. (vid. Folios 29 al 31). En este orden de ideas, el señor Hakim Tawil podría haber estado sometido a la prohibición consagrada en el artículo 185 del Estatuto Mercantil, a cuyo tenor, 'los administradores […] no podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio'.

Así las cosas, si se descontaran los votos emitidos por Jorge Hakim Tawil, podría descompletarse la mayoría requerida para la aprobación de los estados financieros y del informe de gestión examinados durante la reunión del 1º de abril de 2015. De constatarse la veracidad de los hechos invocados por el demandante, podría configurarse una de las causales de nulidad absoluta de decisiones sociales previstas en el artículo 190 del Código de Comercio. Por este motivo, el Despacho suspenderá las decisiones en comento.

B. Acerca de las demás decisiones que habrán de suspenderse

De acuerdo con el demandante, la decisión de elegir al revisor fiscal no fue aprobada con la mayoría requerida en la ley para el efecto. Según se anota en la demanda, 'las [referidas] decisiones fueron aprobadas con la supuesta mayoría de 33.33009%' al paso que la mayoría requerida era del 33,99% (vid. Folio 5). Luego de revisar el acta aportada con la demanda, el Despacho pudo advertir que la decisión examinada obtuvo el voto favorable de accionistas representantes de apenas 38.334 acciones, es decir, un porcentaje inferior a la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión. Podría entonces haberse configurado una de las causales de nulidad consagradas en el mencionado artículo 190 del Código de Comercio. Es por tal razón que el Despacho accederá a la solicitud de la apoderada de la demandante.

Ahora bien, con fundamento en argumentos similares a los presentados en el párrafo anterior, el demandante ha cuestionado varias otras decisiones aprobadas durante la reunión del 1º de abril de 2015. Por este motivo, el Despacho también suspenderá tales decisiones. Sin embargo, por las razones expuestas a continuación, la medida cautelar que será decretada no abarcará el nombramiento de los miembros de la junta asesora del liquidador.

C. Acerca de la designación de la junta asesora del liquidador

La apoderada del demandante ha solicitado que se suspenda la designación de los miembros de la junta asesora del liquidador de Hanetec S.A., con base en argumentos similares a los expuestos para controvertir la elección del revisor fiscal. Sin embargo, el Despacho no suspenderá la determinación cuestionada. Ello se debe a que, en los términos del artículo 197 del Código de Comercio, la designación

de los miembros de cuerpos colegiados tales como la junta asesora del liquidador debe hacerse por el método del cuociente electoral. En esa medida, el Despacho no ha encontrado aún irregularidades que justifiquen la suspensión de la decisión estudiada.

D. Conclusión preliminar

A la luz de las anteriores precisiones, el Despacho debe concluir que, en esta etapa del proceso, el demandante ha acreditado 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 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, en su calidad de accionista de Hanetec S.A., cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso.[5]

3. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución en los términos previstos en 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 la cuantía correspondiente a la caución. Por este motivo, a la luz de las probabilidades de éxito de la demanda y en vista de que la medida cautelar solicitada no tiene la virtualidad de generarle mayores perjuicios a los demandados, el Despacho estima apropiado fijar una caución por valor de $1.000.000.

---

5 Según lo expresado en el auto n.° 800–4336 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.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Primero. Fijar una caución por la suma de $1.000.000, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 5 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 las decisiones adoptadas en la reunión por derecho propio de la asamblea general de accionistas de Hanetec S.A. celebrada el 1 de abril de 2015 que constan en los puntos1, 2, 3, 5 y 6 del acta n.° 34.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle al representante legal de Hanetec S.A., por el medio más expedito, que lleve a cabo todas las gestiones necesarias para darle cumplimiento a la medida cautelar descrita en este auto.

Auto n.° 800-2047 del 10 de febrero de 2016	
Partes	Julio Ramón Gálvez Ospina contra Sandra Bibiana Piedrahita Echeverry y Alicia Elena Candamil Peláez
Asunto	Conflictos de interés cuando el administrador interesado no participa directamente en la operación
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-301

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[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. 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 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].

---

1 Cfr. Autos No. 801-2289 del 20 febrero 2013 y No. 800-16014 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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 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.

La demanda presentada por Julio Ramón Gálvez está encaminada a controvertir la responsabilidad de las señoras Alicia Elena Candamil—representante legal suplente y accionista de Saint Andrew's S.A.—y Sandra Bibiana Piedrahita—liquidadora principal y accionista de dicha sociedad—, por el incumplimiento de los deberes que les corresponden como administradoras de la compañía, a la luz de lo previsto por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En particular, el apoderado del demandante considera que la señora Candamil pudo haber violado el régimen colombiano en materia de conflictos de interés. En la demanda también se ha dicho que la señora Piedrahita habría incumplido las normas aplicables al proceso de liquidación de Saint Andrew's S.A. Como consecuencia de todo lo anterior, el referido apoderado le ha solicitado a este Despacho que ordene la inscripción de la demanda 'sobre bienes sujetos a registro de las demandadas' y la remoción provisional de la señora Piedrahita como liquidadora de Saint Andrew's S.A. (vid. Folio 31).

Para establecer si ha de decretarse una medida cautelar, es necesario hacer un breve recuento de los hechos que le sirven de fundamento a la demanda presentada por el señor Gálvez.

---

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.

Según lo expresado por el apoderado del demandante, en el 2013, Saint Andrew's S.A. atravesaba una difícil situación de liquidez. En efecto, las pérdidas registradas en los estados financieros dieron lugar a que algunos accionistas manifestaran su interés en enajenar sus participaciones de capital en la sociedad. A pesar de lo anterior, la señora Candamil puso de presente su intención de continuar ejerciendo actividades de explotación económica a través del establecimiento de comercio Colegio Saint Andrew's, el cual había sido operado por la referida compañía desde su creación. Para tales efectos, en el curso de la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Saint Andrew's S.A., celebrada el 5 de diciembre de 2013, se sometió a consideración de los asociados la posibilidad de enajenar el establecimiento de comercio en comento (vid. Folio 163).

En desarrollo de la citada reunión extraordinaria, tanto el demandante—en representación de Inversiones Piccolini Ltda.—como la señora Candamil—en representación de Velásquez Candamil S.A.S.—presentaron diversas propuestas económicas para adquirir el establecimiento de comercio Colegio Saint Andrew's. Una vez culminado el proceso de votación, se aceptó la oferta de compra presentada por Velásquez Candamil S.A.S. por un valor de $434.480.348, con el voto favorable del 75% de las acciones representadas en dicha reunión (vid. Folios 5 a 8; 101 a 106). En este punto es preciso poner de presente que la información disponible en el expediente apunta a que la señora Candamil y su cónyuge parecen ser los únicos accionistas de Velásquez Candamil S.A.S. (vid. Folio 19). Además, tras una revisión del certificado existencia y representación legal de Velásquez Candamil S.A.S., el Despacho pudo corroborar que la señora Candamil también funge como representante legal suplente de dicha compañía. Por lo demás, es relevante anotar que durante la reunión del 5 de diciembre de 2013 se dispuso decretar la disolución de Saint Andrew's S.A. y designar como liquidadora a la señora Piedrahita (vid. Folio 106).

En cumplimiento de los compromisos antes enunciados, el 6 de diciembre de 2013, la señora Piedrahita, en su calidad de liquidadora de Saint Andrew's S.A., suscribió un contrato con la señora Candamil, en nombre y representación de Velásquez Candamil S.A.S., para transferirle a esta última la propiedad del establecimiento de comercio Colegio Saint Andrew's. Ahora bien, pese a que la suma aceptada por el máximo órgano social de Saint Andrew's S.A. para llevar a cabo la venta de dicho establecimiento de comercio era de $434.480.348, los documentos aportados por el apoderado del señor Gálvez apuntan a que el precio pagado por Velásquez Candamil S.A.S. fue, en realidad, de $40.000.000 (vid. Folio 113). El demandante ha censurado el hecho de que el valor finalmente asignado al establecimiento de comercio tuvo origen en un informe emitido por el revisor fiscal de Saint Andrew's S.A., con base en los estados financieros con corte a 31 de octubre de 2013, que

habrían sido preparados por la señora Candamil (vid. Folios 20; 93 a 97). También es indispensable poner de presente que, tal y como consta en el certificado de matrícula emitido por la Cámara de Comercio de Pereira el 10 de septiembre de 2015, el valor de los activos vinculados al referido establecimiento de comercio es de $505.206.974 (vid. Folio 114). Ello quiere decir, en criterio del apoderado del demandante, que la señora Candamil—de consuno con la señora Piedrahita y el revisor fiscal de Saint Andrew's S.A.—podría haber alterado en forma premeditada el valor del establecimiento de comercio Colegio Saint Andrew's para que Velásquez Candamil S.A.S. pudiera adquirir, a menor precio, los activos de propiedad de Saint Andrew's S.A. (vid. Folios 18 a 20).

A partir de los hechos descritos en los párrafos anteriores, el señor Gálvez considera que la señora Candamil infringió sus deberes como administradora de Saint Andrew's S.A. Según el apoderado del demandante, 'existía un claro conflicto de interés por parte de Alicia Elena Candamil ya que era representante legal y accionista de dos sociedades diferentes que pretendían negociar entre sí la compra del establecimiento de comercio Colegio Saint Andrew's' (vid. Folio 17).

En este punto debe decirse que los hechos narrados en la demanda justifican el decreto de una medida cautelar. En efecto, de verificarse la veracidad de lo expresado por el señor Gálvez, podría haberse presentado una violación del deber de lealtad que le correspondía a la señora Candamil como administradora de Saint Andrew's S.A. Debe recordarse, en este sentido, que para la época en que se celebró el negocio jurídico de compraventa de establecimiento de comercio entre Saint Andrew's S.A. y Velásquez Candamil S.A.S., la señora Candamil, en su calidad de representante legal suplente de la sociedad vendedora, estaba sujeta al régimen de deberes y responsabilidades establecido en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En verdad, tal y como lo explica Reyes Villamizar, '[u]na vez que los suplentes actúan, quedan sometidos al régimen jurídico aplicable a los administradores sociales […]'[5]. En este caso, los documentos aportados con la demanda permiten constatar que la señora Candamil actuó, en diferentes oportunidades, en ejercicio de sus facultades como representante legal suplente de Saint Andrew's S.A.[6]

Es decir que, al proponerse celebrar un negocio para adquirir el establecimiento de comercio Colegio Saint Andrew's, la señora Candamil debió orientar sus actuaciones hacia la protección de los intereses de Saint Andrew's S.A. Al mismo tiempo, sin embargo, tanto la señora Candamil como su cónyuge contaban con un interés económico en la celebración de dicho negocio jurídico, en su calidad de accionistas

---

5 F Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 2a Edición (2013, Bogotá, Editorial Temis) 582.

6 Así, por ejemplo, la señora Candamil suscribió, en calidad de representante legal suplente de Saint Andrew's S.A., los estados financieros de con corte a 31 de diciembre de 2013 (vid. Folios 93 a 96).

de Velásquez Candamil S.A.S. De ahí que pudiera haber sido necesario obtener la anuencia de la asamblea general de accionistas de Saint Andrew's S.A., según lo exige el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. A pesar de lo anterior, en la demanda se ha afirmado que la señora Candamil no sólo se abstuvo de informar a los demás accionistas acerca de la existencia de un conflicto de interés, sino que además, pudo haber incidido en la fijación de los términos contractuales de la compraventa con el propósito de adquirir, a descuento, la propiedad sobre los activos vinculados al establecimiento de comercio Colegio Saint Andrew's (vid. Folio 20). Con tales actuaciones, la señora Candamil parecería haber hecho prevalecer sus intereses sobre los de Saint Andrew's S.A., lo que podría constituir una violación del deber de lealtad.

Debe advertirse, por lo demás, que el hecho de no haber participado directamente—en calidad de administradora de Saint Andrew's S.A.—en la celebración del negocio jurídico bajo análisis, no eximía a la señora Candamil de su deber de cumplir con la exigencia establecida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Ciertamente, tal y como lo explicó este Despacho en el caso de Luque Torres Ltda., 'hay casos en los que el administrador incurso en un conflicto [de interés] no participa, en ninguna calidad, en la celebración del respectivo negocio jurídico. Retomando el ejemplo del contrato de mutuo, es posible que un miembro principal de la junta directiva de la compañía mutuante también detente el 100% de las acciones de la sociedad que recibe el dinero. Si el correspondiente contrato no debe ser examinado por la junta directiva de la compañía que hace el préstamo, el director en cuestión no tendría la oportunidad de participar en la celebración de ese negocio jurídico. Es decir que el administrador mencionado no podría determinar las condiciones bajo las cuales se celebraría la respectiva operación. Sin embargo, los intereses en conflicto subsisten aunque el director no participe en la celebración de este contrato de mutuo. En efecto, el aludido miembro de la junta directiva está obligado legalmente a velar por los intereses de la sociedad mutuante. Al mismo tiempo, como accionista de la sociedad mutuaria, el director en comento tiene un interés económico significativo en procurar que los términos del contrato de mutuo favorezcan a esta última compañía. La concurrencia de estos intereses contrapuestos suele ser suficiente para que se predique un conflicto de interés, siempre que el director conozca de la existencia del respectivo negocio jurídico'[7]. En algunos sistemas, los directores que se encuentren en la hipótesis fáctica antes descrita están obligados a revelar la presencia de un conflicto aunque no participen

7 Bajo las reglas del Capitulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital ('Model Business Corporation Act' o MBCA) estadounidense, el director descrito en el ejemplo del texto principal estaría incurso en un conflicto de interés si tuvo conocimiento del préstamo, aunque no participe en las negociaciones para fijar los correspondientes términos contractuales (Cfr. el artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital y el numeral 3 del correspondiente comentario oficial).

en la decisión concerniente[8]. Lo anterior podría justificarse por la posibilidad de que el director incida informalmente en la negociación de los términos contractuales del préstamo, lo cual podría ocurrir, por ejemplo, por virtud de su injerencia sobre la actividad del representante legal de la compañía mutuante'.

A la luz de las anteriores precisiones, el Despacho puede concluir, sin necesidad de formular consideraciones adicionales, que las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda justifican el decreto de una medida cautelar. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en 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 corroborar que Julio Ramón Gálvez cuenta con interés económico legítimo en el presente proceso, en calidad de accionista de Saint Andrew's S.A[9]

3. Acerca de la medida cautelar que será decretada

A pesar de que se han encontrado suficientes elementos de juicio para acceder a la solicitud formulada por el señor Gálvez, el Despacho estima necesario decretar una medida cautelar diferente de las descritas en la demanda. Así, pues, mientras que el demandante ha solicitado que se inscriba la presente demanda sobre diversos bienes sujetos a registro de propiedad de las demandadas, el Despacho tan sólo ordenará la inscripción de la demanda en los libros de registro de accionistas de Saint Andrew's S.A. y—para el caso de la señora Candamil—Velásquez Candamil S.A.S., en las hojas correspondientes a tales personas. En criterio del Despacho, esta nueva medida se ajusta, en mejor manera, a los objetivos descritos en el artículo 590 del Código General del Proceso para el decreto de medidas cautelares. Por lo demás, el Despacho no accederá a la remoción de la liquidadora de Saint Andrew's S.A. Ello se debe a que las pruebas disponibles en esta etapa del proceso

---

8 Cfr. el artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital. Para el caso del Reino Unido, puede verse a PL Davies (2008) 529-538 y a D Kershaw, Company Law in Context (2ª Ed., 2012, Oxford University Press) 476-513.

9 Según lo expresado en el Auto n.° 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.

no justifican la adopción de aquella drástica medida.

4. 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'. De ahí que, en el presente caso, el monto inicial previsto para la caución ascienda a una suma aproximada de $89.000.000. No obstante, el citado 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, pues, este Despacho cuenta 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].

En el presente caso, el Despacho considera necesario reducir el monto de la caución descrito en el párrafo anterior. Por una parte, en vista de que se ordenará la inscripción de la demanda en los libros de registro de acciones de Saint Andrew's S.A. y Velásquez Candamil S.A.S., el Despacho considera que la medida cautelar en comento no tiene la virtualidad de generarles mayores perjuicios a las demandadas. De otra parte, 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.

A la luz de lo expresado en el párrafo anterior, el Despacho considera 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 (e),

---

10 Sentencia C-523 de 2009.

RESUELVE

Primero. Fijar una caución por la suma de $10.000.000, la cual deberá ser prestada por la 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 la demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la inscripción de la presente demanda en la hoja correspondiente a Sandra Bibiana Piedrahita Echeverry en el libro de registro de accionistas de Saint Andrew's S.A.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la inscripción de la presente demanda en la hoja correspondiente a Alicia Elena Candamil Peláez en el libro de registro de accionistas de Saint Andrew's S.A.

Cuarto. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la inscripción de la presente demanda en la hoja correspondiente a Alicia Elena Candamil Peláez en el libro de registro de accionistas de Velásquez Candamil S.A.S.

Auto n.° 800-3032 del 24 de febrero de 2016	
Partes	Anamaría Carrillo Bermúdez contra Access Tech S.A.S.
Asunto	Inexistencia e ineficacia de decisiones sociales
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2016-800-029

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. 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 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 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[1]'.

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[2]. Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles

1 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.

2 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

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'[3].

Con fundamento en las anteriores precisiones, se analizará la solicitud formulada en la demanda, a fin de estimar 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 orientada a que se advierta la inexistencia, la ineficacia o la nulidad de las determinaciones adoptadas por la asamblea general de accionistas de Access Tech S.A.S., en las reuniones celebradas los días 6 de febrero, 12 de marzo y 28 de noviembre de 2015 (vid. Folio 40). Según lo expresado en la demanda, se han presentado numerosas 'anomalías y vicios' que podrían comprometer la existencia, eficacia o validez de tales decisiones (vid. Folio 32). Como consecuencia de lo anterior, se ha solicitado que este Despacho ordene la práctica de diversas medidas cautelares. Para establecer si han de decretarse las medidas solicitadas, es preciso hacer un recuento de los argumentos que le sirven de fundamento a las pretensiones formuladas por la señora Carrillo.

A. Acerca de la reunión del 6 de febrero de 2015

En primer lugar, la demandante ha controvertido las decisiones adoptadas en el curso de la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Access Tech S.A.S. celebrada el 6 de febrero de 2015. En criterio del apoderado de la demandante, 'el no haberse elaborado un acta de la reunión ordinaria, […] no haber dado cumplimiento a los requisitos mínimos de formación y validez del acta, al no haberse designado secretario, y no contar de manera lógica con su firma por sustracción, el acta n.° 10 confeccionada por los señores Omar Carrillo y Martha Lucy Arango es inexistente' (vid. Folio 17).

---

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.

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

Tras una revisión del acta n.° 10 del 6 de febrero de 2015, el Despacho pudo corroborar que, en efecto, el documento estudiado no cuenta con la firma del secretario de la reunión o la del revisor fiscal de Access Tech S.A.S., sino con las del presidente de la reunión y la antigua representante legal de la compañía (vid. Folio 81). Así mismo, es relevante anotar que las pruebas consultadas por el Despacho permiten constatar que en la referida reunión ordinaria no se designó un secretario. La demandante también ha expresado que el acta correspondiente a la reunión en cuestión fue preparada de manera subrepticia.

A pesar de lo anterior, el Despacho considera que las irregularidades antes descritas no parecerían tener la virtualidad de afectar la existencia de las determinaciones adoptadas en el seno de la reunión del 6 de febrero de 2015. En este sentido, según lo ha explicado Martínez Neira, '[l]a más común de las decisiones asamblearias inexistentes es aquella que se registra como tal, pero que no corresponde a una reunión formal de socios, como que estos jamás han deliberado ni decidido sobre algo en particular, no obstante lo cual documentan el acto falaz en un acta espuria que, como tal, da cuenta y razón de decisiones que no han sido adoptadas. […] Se trata, en consecuencia, de decisiones inexistentes, para cuya prueba hay que acreditar la falsedad del documento que las contiene, de suerte que se establezca la ausencia de la voluntad social'[4]. De manera que, para que se reconozca la inexistencia de una decisión asamblearia, podría ser necesario acreditar que la correspondiente reunión del máximo órgano social nunca tuvo lugar. En este caso, no obstante, las pruebas consultadas por el Despacho apuntan a que la reunión ordinaria del 6 de febrero de 2015 de la asamblea general de accionistas de Access Tech S.A.S. sí se realizó.[5]

Por lo demás, el apoderado de la demandante no ha explicado cómo los vicios a que se ha hecho referencia podrían dar lugar a las sanciones descritas en las pretensiones subsidiarias de la demanda. En consecuencia, el Despacho no ha encontrado méritos para acceder a la suspensión de las decisiones contenidas en el acta n.° 10 del 6 de febrero de 2015.

B. Acerca de la reunión del 12 de marzo de 2015

La demandante ha controvertido la existencia de las determinaciones adoptadas por el máximo órgano social de Access Tech S.A.S., en desarrollo de la reunión celebrada el 12 de marzo de 2015. En efecto, las afirmaciones formuladas por el

---

4 NH Martínez Neira, Cátedra de derecho contractual societario: regulación comercial y bursátil de los contratos societarios, 2a Edición (2014, Bogotá, Legis) 347.

5 Así, por ejemplo, en el acervo probatorio aportado con la demanda se incluyó una grabación de audio y video de la reunión a que se ha hecho referencia.

apoderado de la demandante parecen apuntar a que la citada reunión nunca tuvo lugar (vid. Folios 23 a 25). Así mismo, en la demanda se ha dicho que la señora Carrillo no fue convocada a la mencionada reunión asamblearia, lo cual podría suponer la configuración de uno de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia (vid. Folios 25 a 27).

Ahora bien, según el texto del acta n.° 11, el 3 de marzo de 2015 la señora Martha Lucy Arango les envió a los accionistas de Access Tech S.A.S. el aviso de convocatoria para la reunión extraordinaria del 12 de marzo de 2015. En este sentido, es preciso poner de presente que en la copia del acta en comento se ha indicado que el documento original cuenta con las firmas del presidente y el secretario de dicha reunión, en los términos de los artículos 189 del Código de Comercio y 21 de los estatutos sociales de Access Tech S.A.S. (vid. Folio 83). Es decir que el Despacho no puede restarle valor probatorio al acta bajo análisis, salvo que cuente con suficientes elementos de juicio para constatar que lo expresado en tal documento no se ajusta a la realidad. En síntesis, pues, en esta temprana etapa del proceso deben tenerse por ciertas las afirmaciones formuladas en el acta n.° 11, en el sentido de que la reunión sí se celebró y que los accionistas de Access Tech S.A.S. fueron convocados a dicha reunión. Por consiguiente, el Despacho no accederá a la suspensión de las decisiones que constan en el acta n.° 11 del 12 de marzo de 2015. En todo caso, ante las diferencias que existen entre lo expresado por la demandante y el contenido del acta, el Despacho se ocupará en esclarecer esta contradictoria situación, a fin de determinar si se perpetró una actuación fraudulenta.

C. Acerca de la reunión del 28 de noviembre de 2015

Por último, la demandante considera que las decisiones a que hace referencia el acta n.° 12 son ineficaces. Ello obedece a que la señora Carrillo podría haber sido indebidamente convocada a la reunión extraordinaria del 28 de noviembre de 2015. Según lo expresado por el apoderado de la demandante, el aviso de convocatoria correspondiente no fue remitido a la dirección indicada por la señora Carrillo a Access Tech S.A.S. para tales efectos, sino que se envió 'deliberadamente' a una dirección equivocada (vid. Folio 30).

Una vez examinado el material probatorio disponible en el expediente, el Despacho pudo advertir que en el artículo 15 de los estatutos sociales de Access Tech S.A.S. se introdujeron algunos requisitos atinentes a la convocatoria para las reuniones de la asamblea general de accionistas. En la referida disposición estatutaria se establece que '[l]a asamblea general de accionistas podrá ser convocada […] mediante comunicación escrita dirigida a los accionistas con una antelación mínima de cinco (5) días hábiles' (vid. Folio 52).

Adicionalmente, es relevante anotar que el 28 de mayo de 2015 la señora Carrillo informó a los administradores de Access Tech S.A.S. acerca del cambio de su dirección personal (vid. Folios 122 y 123). Es decir que a partir de la fecha de dicha comunicación, tales personas contaban con suficiente información para cumplir los propósitos señalados en el artículo 15 de los estatutos sociales de Access Tech S.A.S. A pesar de lo anterior, el antiguo representante legal de la sociedad parecería haber hecho caso omiso de la información suministrada por la señora Carrillo. Precisamente, en la demanda se ha manifestado que el aviso de convocatoria para la reunión del 28 de noviembre de 2015 fue remitido a una dirección diferente a la indicada por la demandante. Por virtud de tales actuaciones, podría haberse configurado uno de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia, vale decir, las falencias en la convocatoria a las reuniones del máximo órgano social. Así las cosas, el Despacho accederá al decreto de la medida cautelar consistente en la suspensión del acta n.° 12 del 28 de noviembre de 2015.

D. Conclusiones

A la luz de las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores, el Despacho puede concluir que las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda justifican el decreto de una medida cautelar. 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, 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 corroborar que Anamaría Carrillo Bermúdez cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso, en su calidad de accionista de Access Tech S.A.S.[6]

3. Acerca de la medida cautelar que será decretada

Según se explicó ya, el Despacho ordenará la suspensión de las decisiones que constan en el acta n.° 12 de la asamblea general de accionistas de Access Tech S.A.S. Sin embargo, el Despacho se abstendrá de decretar algunas de las medidas

6 Según lo expresado en el auto n.° 800-4336 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.

solicitadas. Por una parte, no parece razonable suspender las decisiones contenidas en las actas n.os 10 y 11, debido a que no se han aportado mayores pruebas para justificar las pretensiones en contra de tales decisiones. De otra parte, aunque existen indicios de que los administradores de Access Tech S.A.S. podrían haber obstruido el ejercicio del derecho de inspección por parte de la señora Carrillo, el Despacho no cuenta aún con suficientes elementos de juicio para emitir un pronunciamiento de fondo sobre el particular.

Por lo demás, el Despacho accederá a la inscripción de la presente demanda en el registro mercantil de Access Tech S.A.S. que lleva la Cámara de Comercio de Cali. Así mismo, en vista de que podrían haberse presentado falencias en la convocatoria para las reuniones de la asamblea general de accionistas de Access Tech S.A.S., el Despacho accederá a ordenarle al representante legal de la compañía que cualquier aviso de convocatoria para dichas reuniones se remita a la dirección de correo electrónico aportada por la demandante, en los términos del artículo 15 de los estatutos sociales de Access Tech S.A.S.

4. 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'. En el presente caso, la demandante no les ha asignado un valor económico a sus pretensiones. No obstante, el citado 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, pues, este Despacho cuenta con alguna discreción para fijar de la cuantía correspondiente a la caución.[7]

En el presente caso, el Despacho estima necesario aludir, en primer término, a los perjuicios que podría sufrir Access Tech S.A.S. por virtud de las medidas cautelares decretadas. Por una parte, el Despacho considera que la simple inscripción de la demanda en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Cali no le generará mayores perjuicios a la sociedad demandada. De otra parte, sin embargo, la suspensión de las decisiones aprobadas durante la reunión del 28 de noviembre de 2015 podría llegar a entorpecer la administración de la sociedad. En verdad, una

7 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'. Cfr. sentencia C-523 de 2009.

vez examinado el contenido del acta n.° 12 de la asamblea general de accionistas de Access Tech S.A.S., el Despacho pudo establecer que durante tal reunión se designó a un representante legal principal y se eligió el reemplazo de un miembro de la junta directiva. Sin embargo, el Despacho considera que la suspensión de tales determinaciones tampoco tiene la virtualidad de causarle mayor demérito al patrimonio de Access Tech S.A.S. Ciertamente, en caso de que se haga efectiva la medida en cuestión, la gestión administrativa de la sociedad quedaría a cargo del representante legal suplente. Además, en los términos del artículo 28 de los estatutos sociales, la junta directiva de la sociedad podría deliberar sin la presencia de Carlos José Bermúdez.

En segundo lugar, este Despacho ha recurrido al expediente de utilizar 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.
A la luz de lo expresado en el párrafo anterior, el Despacho considera que una caución de $5.000.000 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 $5.000.000, la cual deberá ser prestada por la 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 la demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle a la Cámara de Comercio de Cali que inscriba la demanda de la referencia en el registro mercantil de Access Tech S.A.S.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la suspensión de las decisiones adoptadas durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Access Tech S.A.S. celebrada el 28 de noviembre de 2015.

Cuarto. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle al representante legal de Access Tech S.A.S. que los avisos de convocatoria a reuniones asamblearias que deban serle enviados a la demandante sean remitidos a la dirección de correo electrónico anamariacarrillobermudez@gmail.com.

Auto n.° 800-5737 del 14 de abril de 2016	
Partes	Compañía del Acueducto y Alcantarillado Metropolitano de Santa Marta (Metroagua) S.A. E.S.P. contra Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y Carlos Eduardo Caicedo Omar
Asunto	Demandas de un administrador contra la compañía en la que ejerce sus funciones
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2016-800-66

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[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 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 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].

---

1 Cfr. autos n.° 801-2289 del 20 febrero 2013 y 800-16014 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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 formulada en la demanda, con el fin de estimar si la sociedad demandante ha demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar.

La demanda sometida a consideración de este Despacho tiene como propósito que se declare responsable al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta por el incumplimiento de los deberes que le correspondían en su antigua condición de miembro principal de la junta directiva de Compañía del Acueducto y Alcantarillado Metropolitano de Santa Marta (Metroagua) S.A. E.S.P. Para tal efecto, en la demanda se afirma que, mientras ejercía el cargo de director, el Distrito presentó una acción popular en contra de Metroagua S.A. E.S.P., con el propósito de dar por terminado un contrato de arrendamiento respecto de los activos que componen el sistema de acueducto y alcantarillado de Santa Marta. En criterio de Metroagua S.A. E.S.P., tal actuación constituye una violación de los deberes que le correspondían al Distrito de Santa Marta bajo la Ley 222 de 1995. Según el texto de la demanda presentada ante esta Superintendencia, el contrato de arrendamiento en cuestión 'representa el activo productivo más importante para Metroagua, como quiera que por su conducto se permite la utilización de la red de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Santa Marta, y sin el cual Metroagua no podría explotar su objeto social' (vid. Folio 6).

---

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.

Para resolver la solicitud de medidas cautelares antedicha, es preciso analizar la interesante hipótesis planteada por Metroagua S.A. E.S.P., bajo la cual un administrador ha demandado a la compañía en la que ejerce sus funciones. A primera vista, podría pensarse que en estos casos se presenta siempre una gravísima violación del deber de lealtad que la Ley 222 de 1995 les impone a los administradores sociales. No es claro, en verdad, cómo puede velar por los mejores intereses de la compañía quien la somete a un proceso judicial con pretensiones declarativas y de condena. Sin embargo, un análisis más minucioso del problema en cuestión apunta a que no siempre que un administrador demanda a la sociedad se producirá, automáticamente, una actuación desleal.

Puede pensarse, por ejemplo, en un administrador que decida impugnar una determinación del máximo órgano social, al amparo de la legitimación que le confiere el artículo 191 del Código de Comercio. Aunque la demanda que presente el administrador deberá estar dirigida en contra de la sociedad, tal y como lo dispone el artículo 382 del Código General del Proceso, difícilmente podría concluirse que ello conlleva una violación del deber de lealtad. En verdad, si la propia ley faculta a los administradores para controvertir decisiones sociales 'cuando no se ajusten a la prescripciones legales o a los estatutos', sería desacertado pensar que la impugnación de decisiones acarrea siempre una conducta desleal. Podría incluso pensarse que los administradores están obligados a cuestionar la validez de decisiones sociales ilegales, en cumplimiento de su deber de 'velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias'.

Otra hipótesis relevante puede encontrarse en el caso de un administrador que también reviste la calidad de accionista. No es difícil encontrar ejemplos en los que esta persona se vería obligada a demandar a la compañía para defender los derechos que le corresponden en su calidad de asociado. Podría ocurrir que este sujeto decidiera controvertir judicialmente la validez de un contrato que fue lesivo para el patrimonio social, celebrado entre la compañía y su accionista controlante[5]. Así mismo, podría demandarse a la sociedad para obtener la nulidad absoluta de determinaciones adoptadas en abuso del derecho de voto, como lo han hecho numerosos accionistas, ante esta Superintendencia, para hacerle frente a la celebración de negocios expropiatorios[6]. El asociado en cuestión también podría llamar a juicio a la sociedad para procurar la ejecución específica de un acuerdo

5 Esta demanda encontraría fundamento en las normas que regulan los conflictos de interés en Colombia. No sobra advertir que, en el caso de Handler S.A.S., este Despacho analizó el especialísimo conflicto de interés que se presenta en las denominadas operaciones con partes vinculadas (cfr. sentencia n.° 800-142 del 9 de noviembre de 2015).

6 Cfr., por ejemplo, el caso de Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S. (sentencia n.° 800-119 del 17 de septiembre de 2015).

de accionistas, en los términos permitidos por el parágrafo segundo del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008. En los anteriores ejemplos, el administrador se ve compelido a demandar a la sociedad en la que ejerce sus funciones, como una medida indispensable para proteger los derechos políticos y económicos que le corresponden en su calidad de accionista. Parecería entonces incorrecto concluir que tal asociado no puede acudir ante la justicia para defender sus intereses, sin incumplir necesariamente los deberes que le corresponden como administrador.

Es factible incluso que un administrador demande a la compañía para salvaguardar el patrimonio social. Por ejemplo, un miembro de junta directiva podría intentar controvertir la compra de activos sociales, por parte del representante legal, a un valor lesivo para la compañía[7]. Para tal efecto, podrían invocarse las reglas vigentes en materia de conflictos de interés a fin de solicitar la nulidad absoluta de los contratos que dieron lugar a la apropiación irregular de activos sociales. Sería entonces necesario, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, que el director demandara a las partes contratantes, vale decir, la compañía y su representante legal[8]. De suerte que, aunque el director se vería forzado a demandar a la sociedad, su conducta estaría perfectamente acorde con los deberes legales consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, el caso presentado por Metroagua S.A. E.S.P. atañe a un administrador que busca proteger sus propios intereses económicos como arrendador de los activos empleados por aquella sociedad para el cumplimiento de su objeto social[9]. Según los documentos aportados con la demanda, la acción popular del Distrito de Santa Marta pretende que 'se ordene la terminación judicial anticipada del contrato de arriendo' y 'se ordene a Metroagua S.A. E.S.P. el reconocimiento y pago a favor del Distrito de Santa Marta, de las regalías o frutos civiles a los que tiene derecho por ser el propietario de toda la infraestructura necesaria para que Metroagua S.A. E.S.P. prestara el servicio de acueducto y alcantarillado […] desde 1998 hasta la fecha […]' (vid Folio 35).

A diferencia de los ejemplos mencionados en los párrafos anteriores, el proceso judicial iniciado por el Distrito de Santa Marta parece atender a intereses económicos directamente contrapuestos a los de Metroagua S.A. E.S.P. Más importante aún,

---

7 Este ejemplo parte del supuesto de que no se ha aprobado una acción social de responsabilidad en la asamblea general de accionistas.

8 Para la Corte Suprema, 'la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron' (cfr. Sentencia del 11 de marzo de 2004, Sala de Casación Civil, expediente n. 7582).

9 Debe anotarse que el Distrito de Santa Marta también ha manifestado que su conducta busca salvaguardar el patrimonio público y la moralidad administrativa (vid. Folios 41 a 42).

el apoderado de Metroagua S.A. E.S.P. ha puesto de presente que la acción popular en cuestión pone en riesgo la continuada existencia de Metroagua S.A. E.S.P. Tan es así que, de prosperar las pretensiones del Distrito, Metroagua S.A. E.S.P. difícilmente podría continuar prestando los servicios que forman parte de su objeto social principal. Tales circunstancias hacen difícil entender cómo un sujeto podría participar como demandante en un proceso judicial de la naturaleza indicada mientras ocupa un cargo en la junta directiva de la sociedad demandada.

Por los anteriores motivos, el Despacho considera que las probabilidades de éxito de la demanda justifican el decreto de una medida cautelar. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos de juicio relevantes. En efecto, es perfectamente factible que el Distrito de Santa Marta demuestre, en el curso del presente proceso, que la presentación de la demanda referida no es incompatible con los deberes que rigen la conducta de los miembros de la junta directiva de Metroagua S.A. E.S.P. 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 de la demandante

Tras una revisión del expediente, el Despacho pudo constatar que la demandante cuenta interés económico en el presente proceso, por tratarse de la principal legitimada para intentar restablecer su patrimonio mediante la presentación de acciones sociales de responsabilidad[10].

3. Acerca de la medida cautelar que será decretada

La sociedad demandante ha solicitado numerosas medidas cautelares innominadas, orientadas a evitar que el Distrito de Santa Marta obtenga información confidencial acerca de la defensa planteada por Metroagua S.A. E.S.P. ante el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta. Aunque es claro que el Distrito de Santa Marta no puede valerse de su calidad de accionista en Metroagua S.A. E.S.P. para acceder a tal información, no por ello puede este Despacho cercenar la totalidad de los derechos políticos que le asisten al Distrito en la sociedad demandante. En consecuencia, la medida cautelar decretada por el Despacho consistirá en ordenarle

10 Según lo expresado en el auto n.° 800-4336 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.

a los demandados que se abstengan, directamente o por interpuesta persona, de solicitar o consultar la información que reposa en las oficinas de Metroagua S.A. E.S.P. acerca del proceso adelantado por el Distrito de Santa Marta contra la compañía ante el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta. Las órdenes que impartirá el Despacho abarcarán no sólo las actuaciones desplegadas por el Distrito de Santa Marta en ejercicio de su derecho de inspección, sino también la conducta de los administradores de Metroagua S.A. E.S.P. designados a partir de los votos del Distrito.

4. Acerca de 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'. De ahí que, en el presente caso, la caución ascienda a la suma de $93.000.000.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Primero. Fijar una caución por la suma de $93.000.000, 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 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, ordenarles a los demandados que se abstengan, directamente o por interpuesta persona, de solicitar o consultar la información que reposa en las oficinas de Metroagua S.A. E.S.P. acerca del proceso adelantado por el Distrito de Santa Marta contra la compañía ante el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta.

Auto n.° 800-5747 del 14 de abril de 2016	
Partes	La Mesa de los Señores SDRL sucursal Colombia contra Eric Rene Lassure y otros
Asunto	Responsabilidad de los administradores de sucursales de sociedades extranjeras
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2016-800-067

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. 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 la 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 como '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

1 Cfr., por ejemplo, el auto n.° 800-16014 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

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.

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 formulada en la demanda, con el fin de estimar si la demandante ha demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar.

La demanda presentada ante este Despacho está orientada a controvertir la responsabilidad de Eric Rene Lassure, Georges Albendin y Dominique Dorison por la violación de los deberes que les correspondían en su calidad de antiguos administradores de La Mesa de los Señores SDRL sucursal Colombia. Para tal efecto, se ha dicho que los demandados no sólo se apropiaron en forma irregular de cuantiosos recursos de la demandante, sino que, además, incurrieron en actos de competencia, en violación directa de la prohibición contemplada en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222.

Una vez revisada la información aportada por la demandante, el Despacho pudo establecer que las pruebas disponibles le sirven de soporte a las pretensiones. En primer lugar, se han aportado documentos que parecerían dar cuenta de que el señor Lassure dispuso irregularmente de dineros de la demandante. Así, por ejemplo, en el informe de auditoría preparado por Ernst & Young y presentado con la demanda se afirma que el señor Lassure se apropió de alrededor de $75.000.000 para sufragar gastos personales, incluidas la matrícula del colegio de su hijo, seguros de vida y cánones de arrendamiento (vid. Folios 24, 33, 238 a 243 y 275 a 285). Los documentos aportados por la demandante también apuntan a que el mismo señor Lassure recibió pagos de $264.622.066, derivados de 'honorarios, rodamientos,

---

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.

asesoría en venta sin aval de la casa matriz' (vid. Folios 10 y 11).

En segundo lugar, el Despacho encontró algunos indicios de que los señores Lassure y Dorison podrían haber violado la disposición contenida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Por una parte, las pruebas disponibles apuntan a que los referidos demandados aparentemente incurrieron en actos de competencia con la demandante, al poner en marcha a la sociedad La Parte de los Ángeles S.A.S. (vid. Folio 245). En este orden de ideas, el Despacho pudo advertir cierta simetría entre la actividad económica desplegada por la demandante y aquella consagrada en el objeto social de La Parte de los Ángeles S.A.S. En verdad, ambas sociedades tienen por objeto 'la venta al detal de toda clase de vinos, champagne y licores importados y/o nacionales […]' (vid. Folios 130 y 244). Los documentos consultados por el Despacho también permitieron constatar que tanto la demandante como La Parte de los Ángeles S.A.S. parecerían cumplir con tales actividades en la calle 95 n.° 11ª-38 de la ciudad de Bogotá (id.). De otra parte, la información disponible apunta a que los demandados participaron en actos viciados por conflictos de interés, particularmente al representar a la demandante en operaciones con La Parte de los Ángeles S.A.S. Para constatar tales infracciones, la demandante aportó información, extraída de su contabilidad, en la que se da cuenta de 18 transacciones operaciones por valor de $209.152.062 (vid. Folios 15 y 16).[5]

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho debe concluir que, a lo menos en esta temprana etapa del proceso, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por la demandante justifican el decreto de una medida cautelar. En verdad, las pruebas aportadas con la demanda dan cuenta de lo que parecerían ser reiterados incumplimientos del régimen de deberes contemplado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en 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 la demandante cuenta interés económico en el presente proceso, por tratarse de la principal legitimada para intentar restablecer su patrimonio mediante la iniciación de procesos

5 Este hecho se puede corroborar con lo establecido en el informe de hallazgos elaborado por Ernst & Young (vid. Folios 289 a 291)

judiciales para controvertir la responsabilidad de los demandados[6].

3. La medida cautelar solicitada

A pesar de que la demandante ha solicitado diversas medidas cautelares, el Despacho tan sólo decretará el embargo de los dineros que se encuentren depositados en las cuentas bancarias colombianas de Eric Rene Lassure y Dominique Dorison hasta por la suma de $3.149.026.720. El Despacho considera que con medida se atiende, en forma adecuada, a los objetivos contemplados en el artículo 590 del Código General del Proceso en materia de medidas cautelares. Por lo demás, el Despacho se abstendrá de decretar medidas cautelares en contra del señor Georges Albendin, en vista de que no se ha acreditado aún que tal sujeto hubiera revestido la calidad de administrador en la demandante.

4. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en la legislación procesal colombiana. Para fijar el valor de la caución mencionada, habrá de atenderse a lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, a cuyo tenor, 'el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica'. Por este motivo, el Despacho le aplicará el porcentaje del 20% al monto de la estimación de los perjuicios reclamados por el demandante, vale decir, $3.149.026.720, lo cual arroja un valor de $629.805.344.

También debe advertirse que, según el artículo citado, 'el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable'[7]. 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

---

6 Según lo expresado en el auto n.° 800-4336 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.

7 Este Despacho cuenta entonces con alguna discreción para modificar la cuantía correspondiente a la caución. No quiere ello decir, por supuesto, que pueda establecerse esa 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'. Cfr. Sentencia C-523 de 2009.

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 la demandante ha hecho suficientes méritos para justificar el decreto de una medida cautelar, por lo que este Despacho estima necesario reducir el valor ya estimado, a la suma de $62.980.534
En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Primero. Fijar una caución por la suma de $62.980.534, 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, ordenar el embargo de los dineros que se encuentren depositados en las cuentas bancarias colombianas de Eric Rene Lassure y Dominique Dorison hasta por la suma de $3.149.026.720.

Auto n.° 800-6026 del 20 de abril de 2016	
Partes	Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. contra Exkal Colombia S.A.S.
Asunto	Interpretación de mecanismos de protección contenidos en acuerdos de accionistas
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2016-800-86

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[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, 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.

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 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

---

1 Cfr., por ejemplo, el auto n.° No. 801-2289 del 20 febrero 2013. Esta providencia puede 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/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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 formulada en la demanda, con el fin de estimar si la 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 busca que se declare la nulidad de las decisiones adoptadas por la junta directiva de Exkal Colombia S.A.S. el 17 de julio de 2015. En particular, el apoderado de la sociedad demandante considera que con tales decisiones se produjo una violación de las disposiciones contenidas en un acuerdo celebrado entre los accionistas de Exkal Colombia S.A.S. En consecuencia, la demandante ha solicitado la suspensión de las decisiones descritas en el acta n.° 6 del 17 de julio de 2015. A continuación se presenta un breve recuento de los hechos expuestos por el apoderado de Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S., a fin de establecer si las probabilidades de éxito de las pretensiones justifican la práctica de una medida cautelar.

De acuerdo con la información disponible en el expediente, Exkal Colombia S.A.S. fue constituida en enero del 2014 y su capital se encuentra distribuido de la siguiente manera (vid. Folios 26 y 50):

---

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.

Tabla n.° 1
Composición de capital de Exkal Colombia S.A.S.

Accionista	n.° de acciones	Porcentaje
Exposición y Conservación de Alimentos S.A.	48.000	60 %
Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S.	32.000	40 %
Total		**100 %**

El 16 de diciembre de 2013, los señores Alfonso Antoñanzas—en representación de Exposición y Conservación de Alimentos S.A.—y Lawrence Loewy—en representación de Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S.—suscribieron un acuerdo de accionistas.

Por virtud del aludido convenio parasocial, Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. contó con la oportunidad de diseñar múltiples mecanismos de protección para salvaguardar sus intereses como futuro accionista minoritario de Exkal Colombia S.A.S. En efecto, según lo expresado por el apoderado de la demandante, 'el Acuerdo de Accionistas plasma diferentes mecanismos de pesos y contrapesos que buscan regular la relación entre un accionista del 60% y un minoritario del 40%, de forma balanceada y garantizando al accionista minoritario cierto poder de control que evite abusos de parte del accionista controlante' (vid. Folio 4).

El demandante considera que uno de estos mecanismos de protección consistió en atribuirle al accionista minoritario la potestad de administrar a Exkal Colombia S.A.S. Así, pues, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del convenio parasocial en comento, a Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. le corresponde velar por 'el desarrollo de Exkal Colombia S.A.S.' (vid. Folio 43). El apoderado de la demandante ha interpretado esa disposición en los siguientes términos: 'En esa medida, es perfectamente válido concluir que el Acuerdo de Accionistas, al asignar a Hiver la función de desarrollar la sociedad Exkal Colombia, […] le encargó la representación legal' (vid. Folio 10). Según esta interpretación, pues, el acuerdo de accionistas estudiado hacía obligatorio que Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. o Lawrence Loewy ocuparan el cargo de representante legal de Exkal Colombia S.A.S, como en efecto ocurrió desde la constitución de esta última compañía.

A pesar de lo anterior, en el curso de la reunión de la junta directiva de Exkal Colombia S.A.S. celebrada el 17 de febrero de 2015, los directores designados por Exposición y Conservación de Alimentos S.A. removieron al señor Loewy de su cargo como representante legal. Para el apoderado de Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S., con las anteriores decisiones se impidió que la demandante continuara

con el 'desarrollo' de Exkal Colombia S.A.S., en los términos del artículo 6 del convenio parasocial analizado. En palabras del referido apoderado, 'con la pérdida de la representación legal Hiver queda irremediablemente sometido a las decisiones administrativas de [Exposición y Conservación de Alimentos S.A.] y pierde cualquier libertad o facultad en el desarrollo de Exkal Colombia, a pesar de que ese era el rol que se le había asignado' (vid. Folio 12).

Ahora bien, para establecer si se ha producido un incumplimiento del acuerdo de accionistas celebrado entre Exposición y Conservación de Alimentos S.A. e Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S., será preciso desentrañar el significado del artículo 6 del acuerdo de accionistas, en el cual se encuentra la ya referida expresión atinente al 'desarrollo de Exkal Colombia S.A.S.' Para tal efecto, este Despacho podrá valerse de diversos criterios de interpretación, según los argumentos que planteen las partes en el curso del presente proceso.[5]

Sin embargo, en esta temprana etapa del proceso, el Despacho no ha encontrado suficientes elementos de juicio para decretar una medida cautelar. En este sentido, es preciso advertir que el señor Loewy contó con la posibilidad de concertar el diseño de los mecanismos que habrían de proteger a Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S., en su condición de accionista minoritario de Exkal Colombia S.A.S. Debe recordarse, además, que el señor Loewy 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 y un procedimiento para resolver situaciones de bloqueo en los diferentes órganos sociales (vid. Folios 35 a 46). En consecuencia, este Despacho no puede simplemente aceptar la interpretación del artículo 6 que ha ofrecido el apoderado de la demandante para justificar la solicitud de medidas cautelares. Ello se debe a que la redacción de ese artículo no es lo suficientemente clara como para concluir, sin mayores esfuerzos de interpretación, que la sociedad demandante cuenta con la potestad de nombrar, en forma unilateral, al representante legal de Exkal Colombia S.A.S. De haberse querido introducir una prerrogativa de esa naturaleza, el señor Loewy 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 permitir que Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. eligiera al funcionario en comento, se dejó espacio para interpretaciones ambivalentes de lo expresado en el artículo 6 estudiado. Debe entonces insistirse que el Despacho no puede decretar una medida cautelar con base en la interpretación que se ha hecho del acuerdo de accionistas en cuestión.

Por lo demás, el apoderado de la demandante considera que se presentaron

5 Cfr., por ejemplo, la sentencia n.° 801-35 del 13 de junio de 2014.

numerosas falencias en la convocatoria a la reunión de la junta directiva de Exkal Colombia S.A.S. celebrada el 17 de febrero de 2015. A pesar de lo anterior, las irregularidades en comento parecerían haber obedecido a actuaciones del propio señor Loewy, quien para la época era el encargado de enviar las citaciones correspondientes (vid. Folio 69). No parece entonces aceptable decretar una medida cautelar con base en defectos formales que podrían endilgársele a la misma persona que ahora solicita la protección ofrecida por el artículo 590 del Código General del Proceso. En síntesis, pues, la demandante no ha acreditado aún que sus pretensiones tengan méritos suficientes para acceder a la medida cautelar solicitada. En consecuencia, se rechazará la solicitud presentada por el apoderado de la demandante. Por supuesto que ello no obsta para que el Despacho pueda considerar nuevamente la procedencia de medidas cautelares, una vez se aporten elementos de juicio adicionales que permitan constatar la veracidad de lo expresado en la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Rechazar la solicitud de medidas cautelares presentada por la demandante.

Auto n.° 800-6051 del 20 de abril de 2016	
Partes	Crear Calle 81 S.A.S. contra Upper Side S.A.S. y otros
Asunto	Abuso de mayoría en la repartición de utilidades con base en estados financieros inexactos
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2016-800-95

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[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 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 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,

---

1 Cfr. autos n.° 801-2289 del 20 febrero 2013 y 800-16014 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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 formulada en la demanda, con el fin de estimar si la sociedad demandante ha demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar.

La demanda presentada ante esta Superintendencia busca controvertir, por abusivas, las decisiones aprobadas por los accionistas demandados durante una reunión asamblearia de Upper Side S.A.S. celebrada el 17 de febrero de 2016. Según el texto de la demanda, las decisiones controvertidas consistieron en la aprobación de los estados financieros de la compañía correspondientes al año 2015, así como del proyecto de distribución de las utilidades generadas durante ese ejercicio. De acuerdo con lo expresado por Crear Calle 81 S.A.S., los demandados, quienes conforman el bloque de accionistas mayoritarios de Upper Side S.A.S., 'abusaron de su derecho al voto pues votaron con la intención de desconocer los pasivos ciertos, expresos y exigibles a favor de mi mandante que debieron quedar registrados en el pasivo de Upper Side S.A.S. en un valor de $593.484.966 por concepto de cánones de arrendamiento' (vid. Folio 7)[5].

Para resolver la presente solicitud de medidas cautelares, debe recordarse que en la legislación societaria colombiana se han previsto criterios bastante definidos para

---

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.

5 Según el texto de la demanda, tales cánones adeudados corresponden a los meses de 'octubre (parcialmente), noviembre y diciembre de 2014; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2014 y enero de 2016 […]' (vid. Folio 4).

establecer si un asociado ha ejercido su derecho de voto en forma censurable[6]. Según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, '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'. En este sentido, el Despacho ha empleado la regla del artículo 43 para reprender la conducta de asociados mayoritarios en hipótesis de diversa índole, incluidos procesos de capitalización[7], retención de utilidades[8], remoción de administradores[9] y enajenación global de activos[10]. En tales procesos, se hizo énfasis en que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista controlante se adjudique prerrogativas económicas en forma arbitraria.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho deberá analizar las decisiones controvertidas en la demanda, con el fin de establecer, de manera preliminar, si los demandados podrían haber actuado en forma censurable. Lo primero que debe decirse, en este sentido, es que se ha detectado la existencia de un agudo conflicto entre Crear Calle 81 S.A.S. y Upper Side S.A.S., relacionado con el presunto incumplimiento de un contrato de arrendamiento celebrado entre ambas sociedades. De acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, Upper Side S.A.S. inició un proceso arbitral en contra de Crear Calle 81 S.A.S., con base en el cumplimiento inadecuado de las obligaciones contenidas en el contrato a que se ha hecho referencia (vid. Folios 15-33).

Por su parte, Crear Calle 81 S.A.S. presentó una demanda de reconvención en contra de Upper Side S.A.S., orientada a obtener la restitución del inmueble arrendado, por incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento durante algunos meses del año 2014 y 2015 (vid. Folios 34-56). Adicionalmente, el 18 de enero de 2016 Crear Calle 81 S.A.S. inició un proceso ejecutivo en contra de Upper Side S.A.S., con el fin de lograr el pago de los cánones de arrendamiento adeudados. En el curso de ese proceso ejecutivo, el juez competente decidió librar mandamiento

---

6 Cfr., por ejemplo, las sentencias 800-73 del 19 de diciembre de 2013, 800-20 del 27 de febrero de 2014, 800-44 del 18 de julio de 2014, 801-81 del 20 de noviembre de 2014 y 800-50 del 8 de mayo de 2015.

7 Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A (sentencia n.° 800-20 del 27 de febrero de 2014).

8 Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S. (sentencia n.° 800-44 del 18 de julio de 2014).

9 Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S (sentencia n.° 800-73 del 19 de diciembre de 2013).

10 Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S. (sentencia n.° 800-119 del 17 de septiembre de 2015).

de pago y decretar medidas cautelares (vid. Folios 57 y 58). En segundo lugar, los accionistas mayoritarios de Upper Side S.A.S. aprobaron determinaciones que, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, podrían llegar a representarles la obtención de una ventaja injustificada. Según la información disponible, los estados financieros de Upper Side S.A.S. con corte a 31 de diciembre de 2015—en los cuales se basaron los accionistas para repartir utilidades—no reflejan la totalidad de las obligaciones reclamadas por Crear Calle 81 S.A.S. en el proceso ejecutivo a que se ha hecho referencia. Así, pues, mientras que en los estados financieros de Upper Side S.A.S. aparece una cuenta por pagar a favor de Crear Calle 81 S.A.S. por apenas $121.865.200, las sumas objeto de aquel proceso judicial ascienden a $593.484.966 (vid. Folio 5). Es decir que las utilidades repartidas por los accionistas demandados podrían haber estado basadas en estados financieros que no reflejan la realidad económica de Upper Side S.A.S. Más importante aún, de haberse registrado la totalidad de las sumas que aparentemente se le adeudan a Crear Calle 81 S.A.S., es posible que no hubiera utilidades disponibles para repartir entre los accionistas de Upper Side S.A.S. Aunque la apoderada de la sociedad demandante puso de presente las anteriores circunstancias durante la reunión asamblearia del 17 de febrero de 2016, los accionistas demandados aprobaron, en todo caso, la repartición de utilidades controvertida en este proceso.

Así las cosas, el Despacho considera que existen suficientes elementos de juicio para decretar una medida cautelar. En verdad, los hechos narrados en los párrafos anteriores parecerían dar cuenta de una posible ventaja injustificada, obtenida por los accionistas demandados a partir del ejercicio de su derecho de voto. Tal ventaja podría haber consistido, como ya se explicó, en la posibilidad de recibir dividendos, a pesar de que Upper Side S.A.S. no contabilizó un pasivo, a favor de la demandante, cuyo registro habría hecho imposible la repartición de utilidades. Por este motivo, el Despacho considera que las probabilidades de éxito de la demanda justifican la suspensión de las decisiones controvertidas. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos de juicio relevantes[11].

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.

---

11 Por ejemplo, los demandados podrían intentar demostrar que Upper Side S.A.S no estaba obligada a registrar en sus estados financieros las sumas reclamadas por Crear Calle 81 S.A.S. o, incluso, que tal registro no habría afectado el monto de las utilidades repartibles.

2. El interés económico de la sociedad demandante

Tras una revisión del expediente, el Despacho pudo constatar que Crear Calle 81 S.A.S. cuenta con un interés económico en el presente proceso, puesto que, además de revestir la condición de accionista minoritaria disidente respecto de la decisión controvertida, ha afirmado tener la calidad de acreedora de Upper Side S.A.S.

3. Acerca de la caución

Antes de que se decrete la medida cautelar mencionada, deberá prestarse una caución, en los términos del artículo 590 del Código General del Proceso. Según lo previsto en esta disposición, '[…] el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica'. Sin embargo, como en la demanda no se formularon pretensiones de contenido económico, el Despacho calculará la caución a partir de los perjuicios que podrían sufrir los demandados en caso de que no prosperen las pretensiones de la demanda. La caución equivaldrá entonces a los intereses que podrían generar, durante el curso del presente proceso, los dineros repartidos entre los demandados a título de utilidades.[12] Así, pues, al aplicarle a tales sumas la tasa del interés bancario corriente vigente al 20 de abril de 2016, por un período de cuatro meses, equivalente a la duración promedio de los procesos judiciales adelantados ante esta Superintendencia, se obtiene un valor de $915.819[13].

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Primero. Fijar una caución por la suma de $915.819, la cual deberá ser prestada por la sociedad demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que la demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

---

12 Según la demanda, las utilidades repartidas ascendieron a $14.968.349 (vid. Folio 6). Para efectos de calcular la caución, a esta suma deben restársele las utilidades que le corresponderían a la demandante por su participación del 4.77% en el capital de Upper Side S.A.S. Es así como la caución se fijará con base en la suma de $14.254.359.

13 Esta suma se obtiene a partir de la Resolución 334 de 2016, emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, en la cual se certifica en un 20.54% efectivo anual el interés bancario corriente para la modalidad de crédito de consumo y ordinario.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, dejar en suspenso las determinaciones adoptadas por la asamblea general de accionistas de Upper Side S.A.S. durante la reunión ordinaria celebrada el 17 de febrero de 2016, consistentes en aprobar tanto los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2015 como el proyecto de distribución de utilidades presentado ante los asociados.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, oficiarle al representante legal de Upper Side S.A.S., por el medio más expedito, para que cumpla con lo ordenado por este Despacho.

Auto n.° 800-6317 del 25 de abril de 2016	
Partes	Luis Helí Tovar & Cía S. en C. contra Embotelladora del Huila S.A.
Asunto	Conflictos de interés en la exclusión forzosa de minoritarios / Autorización del numeral 7 impartida por el controlante interesado en la operación / Inversión de la carga de la prueba
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2016-800-98

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[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. 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 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]'.

---

1 Cfr. los autos 801-2289 del 20 febrero 2013 y 800-16014 del 19 noviembre 2012. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades.

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.

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 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.

Luis Helí Tovar & Cía S. en C., accionista minoritario de Embotelladora del Huila (Embohuila) S.A., pretende impugnar una decisión adoptada por la asamblea general de accionistas de la compañía durante una reunión celebrada el 31 de marzo de 2016. En el curso de esa sesión asamblearia, el representante legal de Embohuila S.A. solicitó la autorización de los asociados presentes para enajenarle cuantiosos activos sociales al accionista mayoritario de la sociedad, Industria Nacional de Gaseosas (Indega) S.A. Según aparece consignado en el acta n.° 49, la solicitud en cuestión obedeció a la necesidad de 'salvaguardar los intereses de la sociedad' y 'evitar cualquier conflicto de interés por parte de los administradores' (vid. Folios 60 y 61). En el acta citada también se dice que la autorización solicitada fue impartida con los votos positivos de Indega S.A. y a pesar de las objeciones formuladas por Luis Helí Tovar & Cía S. en C.

Para controvertir la decisión antes mencionada, la demandante ha puesto de presente que ella no se ajustó a las reglas colombianas en materia de conflictos

---

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.

de interés, ni a las que regulan las competencias de los órganos sociales. En la demanda se aclara también que la autorización impugnada 'comporta la liquidación, de hecho, de Embohuila S.A. habiéndose por mi mandante negado la propuesta de disolver y liquidar la compañía' (vid. Folio 8). Por tales motivos, las pretensiones de Luis Helí Tovar & Cía S. en C. apuntan a que este Despacho declare la nulidad absoluta de la decisión de 'autorizar al representante legal de Embohuila S.A. a enajenar a Indega los activos y contratos vigentes de Embohuila S.A.' (vid. Folio 6).

La controversia planteada abarca entonces dos de los asuntos de mayor relevancia en el derecho societario contemporáneo, vale decir, la exclusión forzosa de accionistas minoritarios y la celebración de operaciones entre una compañía y su controlante. A continuación se presenta una breve síntesis de la posición de este Despacho respecto de tales asuntos, para luego analizar, a partir de tales consideraciones, el caso presentado por Luis Helí Tovar & Cía S. en C.

A. Acerca de la exclusión forzosa de asociados

En el caso de Comercializadora GL S.A.S., esta Superintendencia estudió la operación conocida en la doctrina comparada como la exclusión forzosa (*freeze-out o squeeze-out*), mediante la cual se busca eliminar la participación que detentan los asociados minoritarios en el capital de una compañía[5]. Según el texto de la sentencia n.° 800-119 del 17 de septiembre de 2015, la exclusión forzosa 'puede cumplirse mediante la celebración de negocios jurídicos de diversa índole. En procesos de fusión, por ejemplo, es posible pactar que los accionistas minoritarios de la sociedad absorbida reciban dinero en efectivo en lugar de acciones en la absorbente. En esta hipótesis se producirá en la práctica un reembolso obligado de los aportes los minoritarios, al valor establecido en la relación de canje prevista para la fusión'.

En el mismo caso citado, este Despacho explicó que la exclusión forzosa de minoritarios puede producirse también como resultado de una enajenación global de activos. Por ejemplo, si el accionista mayoritario adquiere la totalidad de los activos fijos de la sociedad, 'el minoritario habrá pasado de detentar derechos económicos sobre una unidad productiva, a ser el titular de un porcentaje de las sumas dinerarias recibidas por la compañía vendedora. En ese momento podrá ordenarse la disolución de la sociedad enajenante, de modo que los asociados minoritarios reciban su cuota social de liquidación, calculada a partir del precio fijado para la cesión global de activos'.

---

5 Los términos squeeze-out y freeze-out suelen usarse indistintamente en el contexto de las sociedades cerradas (MA Eisenberg y JD Cox, Corporations and Other Business Associations: Cases and Materials (2011, 10ª ed., Foundation Press, Nueva York) 833).

En la sentencia n.° 800-119 se explicó, así mismo, que la posibilidad de llevar a cabo exclusiones forzosas representa un alto riesgo para los intereses de los accionistas minoritarios. En efecto, 'como el accionista controlante puede fijar unilateralmente el precio al que habrá de reembolsarse la participación de los asociados excluidos […] es posible que los minoritarios reciban un valor irrisorio por sus acciones en la compañía'. La exclusión podría entonces dar lugar a una fulminante expropiación de los accionistas minoritarios, quienes se verían forzados a renunciar a su participación en la compañía a cambio de una contraprestación exigua. Ante esta evidente situación de desprotección, los jueces se han dado a la tarea de examinar, con especial cuidado, las condiciones económicas pactadas para la exclusión forzosa de minoritarios. Y en ningún lugar se ha emprendido esta labor con mayor empeño que en el Estado de Delaware en los Estados Unidos.

En una línea jurisprudencial sentada a lo largo de varios años, las cortes de ese Estado estudiaron si era posible aprobar una fusión o enajenación de activos con la finalidad exclusiva de expulsar de la compañía a los asociados minoritarios. Por un tiempo, los jueces se mostraron renuentes a permitir que se celebraran operaciones con ese único fin, por cuanto ello podía conducir a flagrantes violaciones de los deberes de los controlantes y administradores frente a los minoritarios.[6] La desconfianza judicial ante la exclusión forzosa era de tal grado que, en el caso de Tanzer v. International General Industries, Inc., la Corte Suprema de Delaware exhortó a todos los jueces de primera instancia del Estado para que se esforzaran en detectar intentos de los controlantes por invocar justificaciones falaces para encubrir la remoción de minoritarios[7].

Posteriormente, sin embargo, en el célebre caso de Weinberger v. UOP, Inc., la

---

6 Esta es la posición aún vigente por fuera del Estado de Delaware. Bajo las reglas societarias del Estado de Nueva York, por ejemplo, la fusión con exclusión de asociados tan sólo puede adelantarse cuando se acredite un propósito legítimo de negocios (cfr. a M Ventoruzzo, Freeze-Outs: Transcontinental Analysis and Reform Proposals (2010) 50 VIRGINIA J INT LAW 4, 859). En otros Estados suelen anularse las enajenaciones globales de activos celebradas para deshacerse de asociados minoritarios que irritaron al controlante con sucesivas solicitudes de información (FH O'Neal y RB Thompson Oppression of Minority Shareholders and LLC Members (2004, 2ª ed., Thomson West) 5-108). En las cortes federales estadounidenses también se ha puesto de presente que 'los accionistas mayoritarios no pueden venderse a sí mismos los activos sociales […] para excluir a un grupo de minoritarios' (id.). Por lo demás, en la Unión Europea se ha intentado proteger a los asociados minoritarios mediante la restricción de las hipótesis en las que puede producirse una exclusión forzosa. Así, por ejemplo, se ha limitado la posibilidad de que la relación de canje en un proceso de fusión incluya dinero en efectivo en una proporción superior al 10% del valor nominal de las acciones emitidas por la compañía absorbente (cfr. a M Ventoruzzo (2010) 877).

7 379 A.2d 1124 (Del. Supr., 1977).

Corte Suprema modificó su posición, para concluir que es perfectamente factible celebrar negocios jurídicos con el único propósito de excluir a los minoritarios de la compañía.[8] La razón estriba en que los accionistas minoritarios de una sociedad constituida en Delaware cuentan con suficientes mecanismos legales para proteger sus intereses ante una operación de la naturaleza indicada. Según el criterio de la Corte, además del ejercicio del derecho de retiro, un minoritario inconforme puede solicitar una indemnización de perjuicios con base en el incumplimiento de los deberes fiduciarios a cargo de las personas que consumaron la exclusión[9]. No puede perderse de vista, en este sentido, que los jueces del Estado de Delaware han esbozado criterios bastante definidos para juzgar la responsabilidad de accionistas controlantes y administradores sociales, particularmente en hipótesis de exclusión de minoritarios. Es más, en esta materia pueden encontrarse algunas de las sentencias de mayor riqueza analítica entre toda la producción jurisprudencial de las cortes de Delaware[10]. Y es de especial interés para los efectos de este auto estudiar las reglas procesales concebidas por los jueces de ese Estado para debatir, ante las instancias judiciales, la responsabilidad de los controlantes y administradores que llevaron a cabo la exclusión.

La regla general en esta clase de procesos consiste en que al accionista controlante que fijó los términos de la operación—directamente o mediante su influencia sobre los administradores sociales—le corresponde la carga de probar que la exclusión se celebró en condiciones justas para los minoritarios. Ello no quiere decir, por supuesto, que un accionista demandante pueda simplemente formular acusaciones genéricas, sin soporte probatorio alguno, para luego esperar que el controlante demandado salga en defensa de la operación. Como lo aclaró la Corte de Cancillería en el ya mencionado caso de Weinberger v. UOP, Inc., por tratarse de un proceso contencioso, le corresponde al demandante aducir las razones específicas que justifican su inconformidad y aportar al menos algunos indicios que soporten sus pretensiones.[11]

Ahora bien, para salir victorioso en un proceso judicial de la naturaleza indicada,

---

8 457 A.2d 701 (Del. Supr., 1983).

9 JH Choper, JC Coffee y RJ Gilson, Cases and Materials on Corporations (2013, 8ª.ed, Wolters Kluwer, Nueva York) 1070 a 1081.

10 Esta labor jurisprudencial ha sido tan influyente que ya existen incluso estudios empíricos que miden los efectos económicos que han tenido los sucesivos cambios de postura de la Corte de Cancillería en materia de exclusiones forzosas. Para un cuidadoso análisis sobre el particular, cfr. a F Restrepo y G Subramanian, The Effect of Delaware Doctrine on Freezeout Structure and Outcomes: Evidence on the Unified Approach (2013) Rock Center for Corporate Governance Working Paper n.° 153.

11 426 A.2d 1345 (Del. Ch. 1981).

el controlante debe demostrar, categóricamente, que la operación se llevó cabo con sujeción a la más estricta ecuanimidad (entire fairness). La carga probatoria del demandado comienza por acreditar que el minoritario recibió un precio justo, vale decir, 'un valor que lo recompense íntegramente por haber perdido su interés económico en una empresa en marcha […]'.[12] El referido principio de ecuanimidad debe poder predicarse también del procedimiento seguido en los diferentes órganos sociales para aprobar las operaciones que dieron lugar a la exclusión. Para corroborar esta circunstancia, el mayoritario podrá intentar probar, por ejemplo, que las condiciones económicas fijadas para la operación se calcularon a partir de deliberaciones concienzudas de los órganos de administración y con base en valoraciones efectuadas por expertos independientes.

Parece entonces suficientemente claro que un controlante llamado a juicio en un caso de exclusión debe satisfacer una altísima carga probatoria. Esta labor es tan dispendiosa que pocos demandados logran acreditar que la exclusión se ajustó a las severas pautas de conducta antes reseñadas. Por esta razón, la defensa de los accionistas mayoritarios suele estar encaminada a que el juez le asigne la carga de la prueba al minoritario demandante o, incluso, que no se valore la exclusión bajo el ya mencionado principio de ecuanimidad (*entire fairness*), sino conforme a la mucho más laxa regla de la discrecionalidad *(business judgment rule)*.

Claro que, para lograr alguno de estos propósitos, los demandados deben convencer al juez de que los términos de la operación no fueron fijados unilateralmente por el controlante, sino que se obtuvieron a partir de una negociación cumplida en condiciones de mercado (*arm's length*[13]). Es decir que los beneficios procesales antedichos (v.gr., invertir la carga de la prueba o modificar los criterios judiciales de revisión) tan sólo pueden solicitarse si, para llevar a cabo la exclusión, se morigeró la influencia del controlante sobre los órganos sociales encargados de aprobarla. Por ejemplo, podría pensarse en asignarle el estudio de la exclusión a un comité independiente de la junta directiva, con el fin de proteger la imparcialidad de juicio de tales administradores. Si con ello se asegurara que los directores pudieran tomar una decisión objetiva acerca de los términos económicos de la exclusión, independientemente de los deseos del controlante, las probabilidades de éxito de

---

12 CR O'Kelley y RB Thompson, Corporations and Other Business Associations: Cases and Materials (2010, 6ª ed., Aspen Publishers, Nueva York) 739. 'La imperiosa labor de encontrar el precio justo les impone al juez y a los peritos la necesidad de sopesar una multiplicidad de factores que pueden incidir en la respectiva valoración, tales como el valor de mercado de las acciones, el valor en libros de los activos sociales, el valor de los dividendos y utilidades que podría generar la sociedad hacia el futuro […]' (id.).

13 Esta posibilidad surgió a partir de una consideración formulada por la Corte Suprema de Delaware, obiter dictum, en la nota al pie n.° 7 de la sentencia emitida en el caso de Weinberger v. UOP, Inc.

un minoritario demandante se verían drásticamente reducidas[14]. Algo similar podría ocurrir si los minoritarios contaron con la posibilidad de refrendar la exclusión, mediante el voto positivo de la mayoría de los accionistas diferentes del controlante.[15]

La relevancia de las anteriores explicaciones radica en que las probabilidades de éxito en un litigio en Delaware dependerán, en una buena medida, de la determinación que haga el juez sobre a quién le corresponde la carga de la prueba y qué criterios de valoración habrán de utilizarse. Un controlante demandado que logre invertir la carga de la prueba o invocar la regla de la discrecionalidad tendrá mejores oportunidades de salir victorioso que otro al que le corresponda probar que su conducta fue categóricamente ecuánime. Por este motivo, una porción significativa de la práctica actual de fusiones y adquisiciones en Delaware está concentrada en diseñar protocolos de conducta que le aseguren a controlantes y administradores una posición ventajosa en futuros litigios[16].

Dicho lo anterior, puede ahora analizarse la exclusión forzosa de accionistas minoritarios bajo el ordenamiento societario colombiano.

B. La exclusión forzosa en Colombia

Al igual a como ocurre en otros países, en Colombia existen diversas figuras legales que permitirían excluir forzosamente a los accionistas minoritarios de una sociedad. Bajo el régimen de las sociedades por acciones simplificadas, ello podría lograrse mediante un proceso de fusión en el que los accionistas minoritarios de la absorbida no se adscribieran en la absorbente, al amparo del parágrafo del artículo 30 de la Ley 1258 de 2008, a cuyo tenor, 'los accionistas de las sociedades absorbidas o escindidas podrán recibir dinero en efectivo, acciones, cuotas sociales o títulos de participación en cualquier sociedad o cualquier otro activo, como única contraprestación en los procesos de fusión o escisión que adelanten las sociedades por acciones simplificadas[17]'. Otra posibilidad consistiría en celebrar una enajenación global de activos a favor del accionista controlante, al amparo del artículo 32 de la Ley SAS, para luego liquidar la compañía, como ocurrió en el caso

14 Como es obvio, la Corte de Cancillería ha concebido incontables criterios para juzgar si un comité de esta naturaleza es realmente independiente del controlante

15 En varias sentencias de la Corte de Cancillería se ha dicho que esta clase de mecanismos permiten resguardar debidamente los intereses de los minoritarios. Cfr., por ejemplo, la sentencia emitida en el caso de In re MFW Shareholders Litigation, 67 A.3d 496 (Del. Ch. 2013).

16 Gibson Dunn, Determining the likely standard of review applicable to board decisions in Delaware M&A transactions (noviembre 18 de 2014).

17 Cfr. a FH Reyes Villamizar, SAS: La sociedad por acciones simplificada (2013, 2ª ed., Editorial Legis, Bogotá).

de Comercializadora GL S.A.S. mencionado en el acápite anterior.

Como en los ejemplos mencionados la exclusión se produce por virtud de una determinación de la asamblea, los minoritarios inconformes pueden defender sus intereses con base en las acciones legales disponibles para controvertir decisiones sociales. Así, pues, un minoritario puede hacer uso de la acción de impugnación prevista en los artículos 190 y 191 del Código de Comercio para controvertir decisiones adoptadas 'sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social' y aquellas que 'no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos'. La acción de impugnación podría ser útil en casos como el planteado por la demandante en este proceso, en el que presuntamente se han tomado decisiones sociales en contravención de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Otro importante medio de protección puede encontrarse en la acción de abuso del derecho de voto regulada en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, según el cual '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'. Debe advertirse, en este orden de ideas, que esta Superintendencia ya ha estudiado exclusiones forzosas de minoritarios al amparo de las reglas vigentes en materia de abuso de voto por mayoría. Es así como, en la sentencia n.° 800-119 del 17 de septiembre de 2015, el Despacho encontró que un accionista mayoritario 'actuó en forma abusiva al aprobar la enajenación global de activos sociales [a favor de una sociedad por él controlada] para apropiarse de la totalidad de los flujos de caja futuros derivados de la administración de la estación de servicio que era de propiedad de Comercializadora GL S.A.S. En otras palabras, la enajenación global le permitió al [controlante] explotar el referido establecimiento de comercio sin compartir las utilidades correspondientes con [la] accionista minoritaria de Comercializadora GL S.A.S. El carácter abusivo de la operación cuestionada se concretó en el hecho de que el accionista mayoritario de Comercializadora GL S.A.S. no fijó un precio justo para la cesión de los bienes sociales. [18][…] Se trató, pues, de una exclusión forzosa de la accionista minoritaria de Comercializadora GL S.A.S., cumplida a partir de una enajenación global de activos celebrada a un precio injusto'.

Adicionalmente, para el caso específico de las sociedades por acciones simplificadas, tanto las fusiones sin adscripción como las enajenaciones globales de activos pueden dar lugar a que se haga efectivo el derecho de retiro regulado en el Capítulo III de la Ley 222 de 1995. De ser procedente el ejercicio de esta prerrogativa, los asociados minoritarios pueden solicitar un avalúo de sus participaciones de capital

18 Es decir que la demandante en este proceso tampoco recibiría un precio justo al momento de pagarse la cuota social de liquidación en Comercializadora GL S.A.S.

para efectos del reembolso a que alude el artículo 16 de esa ley. Para asegurar que los asociados que ejercieron el derecho de retiro reciban un precio justo por sus acciones, en el artículo 136 de la Ley 446 de 1998 se prevé la posibilidad de iniciar un proceso judicial ante esta Superintendencia, para que, con el concurso de peritos expertos, se determine la suma que habrá de pagárseles a tales personas.

Por lo demás, cuando la operación se perfeccione a instancias de los administradores sociales, como ocurre en el presente caso, los minoritarios podrán invocar las reglas contenidas en la Ley 222 de 1995 en materia de conflictos de interés[19].

C. Las reglas sobre conflicto de interés como un mecanismo de protección ante la exclusión forzosa de minoritarios

Los reparos formulados en la demanda de Luis Helí Tovar & Cía S. en C. están relacionados con una operación celebrada entre Embohuila S.A. y su accionista controlante, Indega S.A. En este sentido, como ya lo ha explicado esta Superintendencia, es bastante usual que los controlantes contraten con la compañía en la que detentan una participación mayoritaria de capital. Aunque tales operaciones pueden ser indispensables para asegurar la adecuada gestión de los negocios sociales, también es posible que los mayoritarios se valgan de sus tratos con la sociedad para recibir anticipadamente una porción de la plusvalía generada por el cumplimiento de la actividad social o, incluso, para apropiarse en forma irregular de activos de propiedad de la compañía[20].

En vista de lo anterior, el régimen de deberes y responsabilidades de los administradores adquiere particular importancia en el contexto de la protección de minoritarios. Este Despacho se ha dado a la tarea de fiscalizar rigurosamente los contratos celebrados entre una compañía y su accionista controlante, en el contexto de las denominadas operaciones con partes vinculadas (related party transactions). Tal y como se explicó en la sentencia n° 800-142 'este especial escrutinio se justifica por la posibilidad de que [tales partes vinculadas] se valgan de su ascendencia sobre la sociedad para extraer prerrogativas económicas inmerecidas en el curso de una relación contractual. En la venta de activos sociales a un accionista controlante, por ejemplo, los administradores podrían verse alentados a fijar un precio irrisorio, aunque con ello se perjudique el patrimonio de la sociedad. Como ya se explicó, la potestad que suele tener el controlante de remover a los administradores en cualquier momento hace que tales funcionarios se muestren dispuestos a acatar las

19 Los ejemplos presentados en el texto principal abarcan apenas algunos de los múltiples mecanismos de protección que podrían invocar los minoritarios excluidos.

20 Sentencia n.° 800-142 del 9 de noviembre de 2015.

órdenes del asociado mayoritario'[21].

Para remediar la expropiación de minorías en este contexto, esta Superintendencia ha hecho uso de las reglas previstas en nuestro ordenamiento en materia de conflictos de interés. No debe perderse de vista que la celebración de contratos con los accionistas mayoritarios le representa un manifiesto conflicto de interés a los administradores que participaron en el respectivo negocio. 'En efecto, la relación de dependencia que existe entre controlantes y administradores es de suficiente entidad como para comprometer el juicio objetivo de estos funcionarios en el curso de una operación determinada. Según las explicaciones antes formuladas, este conflicto de interés se concreta, específicamente, en la potestad de los controlantes de remover a los administradores en cualquier momento. De suerte que los administradores que se propongan participar en operaciones con los asociados controlantes deberán surtir el trámite de autorización contemplado en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009 para los casos de conflicto de interés[22]'.

En consecuencia, puede concluirse que la celebración de operaciones entre una compañía y su accionista controlante hace necesario que los administradores sociales obtengan la autorización exigida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Debe anotarse, sin embargo, que el sistema de autorización previsto en el numeral 7 no permite descontar los votos de los asociados que cuentan con un interés en el negocio sometido a consideración de la asamblea. Es posible entonces que, mediante la simple aplicación de la ley de las mayorías, el mismo accionista controlante que se propone contratar con la sociedad imparta la aprobación exigida en el numeral 7. Esta potestad del controlante podría utilizarse para convalidar la celebración de operaciones encaminadas a expropiar a los asociados minoritarios. Y es por esta razón que cobra relevancia la frase final del numeral 7, invocada por la demandante en este proceso, en el sentido de prohibir la autorización de operaciones que perjudiquen los intereses de la sociedad.

---

21 Según lo expresado por este Despacho en la sentencia n.° 800-142, la celebración de contratos con fines expropiatorios 'supone la anuencia de las personas encargadas de administrar los negocios sociales. Podría entonces pensarse que los administradores no estarían dispuestos a participar en operaciones que atentan gravemente contra los deberes legales que rigen su conducta. Sin embargo, como se ha reconocido en la doctrina societaria comparada, los administradores sociales tienen una relación de dependencia con las personas que pueden removerlos en cualquier momento, vale decir, los accionistas mayoritarios. Es decir que los administradores que se rehúsen a cumplir las instrucciones de un controlante serán rápidamente reemplazados por otros funcionarios más deferentes ante los intereses del mayoritario. No resulta para nada extraño, pues, que la expropiación de minoritarios suela producirse a partir de la distracción de recursos sociales concertada entre el controlante y los administradores'.

22 Sentencia n.° 800-142 del 9 de noviembre de 2015.

Ciertamente, aunque los votos del controlante interesado se usen para impartir la aprobación del numeral 7, los minoritarios contarán, en todo caso, con la posibilidad de alegar que la operación es nociva para la compañía. De constatarse tal circunstancia ante las instancias judiciales, podría declararse la nulidad absoluta tanto de la autorización asamblearia como de los negocios celebrados al amparo de esa decisión social. El proceso judicial que se inicie para tales efectos buscará '[restituir] las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada'.

En este punto debe decirse que, cuando un minoritario inicie un proceso de la naturaleza indicada, podría justificarse una inversión de la carga de la prueba, en los términos previstos en el artículo 167 del Código General del Proceso. Aunque en ese artículo se dispone que 'incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen', también se dice allí que 'según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga […] exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos'. Así, pues, cuando se controviertan contratos con partes vinculadas, podría asignársele la carga de la prueba a los demandados, es decir, al administrador que celebró la operación y al accionista controlante que contrató con la sociedad. Esta distribución de la carga de la prueba sería procedente en la medida en que tales demandados tengan—como suele ocurrir—mayor 'cercanía con el material probatorio' y en vista de que se trata de las partes que '[intervinieron] en los hechos que dieron lugar al litigio'[23]. De efectuarse una asignación probatoria de esta naturaleza, a los controlantes y administradores demandados les correspondería la carga de desvirtuar las alegaciones específicas de los minoritarios demandantes en cuanto a la operación controvertida[24].

D. La revisión judicial de exclusiones cumplidas mediante enajenaciones de activos a favor del controlante

A la luz de las consideraciones precedentes, pueden formularse las siguientes conclusiones acerca de la revisión judicial de las exclusiones de minoritarios que se

---

23 Varios autores coinciden con que la carga de la prueba '[…] debe corresponder a la parte que, sobre la base de las reglas de la experiencia, pueda satisfacerla con menores inconvenientes, con menos pérdida de tiempo o con menos incomodidad […]' (J Fábrega, Teoría general de la prueba (1997, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez) 234. Cfr. también a BL Hay, Allocating the Burden of Proof (1997) 72 INDIANA LAW REVIEW 651, 677.

24 Con todo, cuando medien circunstancias técnicas especiales—tales como la aprobación impartida por directores realmente independientes o por una mayoría de los minoritarios desinteresados en la operación—la carga de la prueba podría quedar firmemente en cabeza del demandante.

cumplan por virtud de una venta de activos a favor del accionista controlante:

1. Como la enajenación de activos le representa un conflicto de interés al respectivo administrador, deberá surtirse el trámite contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.
2. Si no se imparte la autorización requerida, cualquier accionista minoritario podrá solicitar la nulidad del contrato correspondiente, en los términos previstos en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009.
3. Si la asamblea imparte la autorización requerida, el minoritario podrá controvertir tanto esa decisión social como la operación celebrada a su amparo, si se perjudicaron los intereses de la sociedad.[25]
4. Por lo general, si la autorización se imparte con el voto exclusivo del controlante, la carga de la prueba podría asignársele a los demandados, en desarrollo de lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso.

E. Acerca de la decisión controvertida por la demandante

La decisión social impugnada en este proceso se adoptó a instancias del representante legal de Embohuila S.A. Durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de la compañía celebrada el 31 de marzo de 2016, el referido administrador solicitó la autorización de los asociados presentes para '[acordar] con Industria Nacional de Gaseosas S.A., la venta y/o cesión de los activos y contratos vigentes que más adelante se identifican, a precio de mercado' (vid. Folio 61). Para justificar la anterior solicitud, se puso de presente que 'si bien la facultad para autorizar la disposición de los activos de la sociedad fue delegada a la junta directiva, en aras de evitar cualquier conflicto de interés por parte de los administradores de la Sociedad, esta propuesta se somete a consideración de la Asamblea' (id.). Luego de sucintas deliberaciones, la asamblea impartió la autorización requerida, con los votos positivos del bloque mayoritario liderado por Indega S.A. y a pesar de las objeciones de los minoritarios.

Para impugnar la decisión social en comento, el apoderado de la demandante ha llamado la atención sobre varias posibles violaciones del régimen de conflictos de interés previsto en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009. Por una parte, se ha dicho que los administradores de Embohuila S.A. incumplieron el trámite regulado en el Decreto 1925 'porque no señalaron expresamente en el orden del día el punto relacionado con la autorización de la venta de activos y contratos vigentes' (vid. Folio 5). Sin embargo, esta aparente irregularidad no parecería dar lugar a la nulidad absoluta de la decisión asamblearia controvertida, sino, más bien, a que

25 Además de la acción de impugnación, naba obsta para que un minoritario proponga también acciones legales por el ejercicio abusivo del derecho de voto.

pueda controvertirse judicialmente la responsabilidad de los administradores. Por este motivo, al haberse presentado una acción de impugnación, el Despacho se abstendrá de pronunciarse acerca de tales asuntos.

De otra parte, el apoderado de Luis Helí Tovar & Cía S. en C. ha manifestado que 'la decisión afecta los intereses de Embohuila S.A. toda vez que la priva de seguir ejerciendo su objeto social y de seguir generando, por lo tanto, bienestar y prosperidad para los stakeholders a ella ligados, así como para sus accionistas […]. En efecto, los bienes y contratos que se autorizan ceder a Indega son, en esencia, los que constituyen el fundamento del ejercicio del objeto social de Embohuila S.A.' (vid. Folio 6). En vista de que este reparo parece constituir el argumento principal de la demandante, es procedente ahondar en el estudio de los posibles efectos que tendrá la operación a que se ha hecho referencia.

Para comenzar con este análisis, debe resaltarse que el minoritario demandante no ha cuestionado el precio fijado para la venta de los activos de propiedad de Embohuila S.A. Por este motivo, el Despacho debe establecer si la enajenación en comento podría atentar contra los intereses de la compañía, a pesar de que no se ha objetado el precio previsto para tal operación.

A primera vista, la enajenación de los principales activos de Embohuila S.A. parecería hacer imposible que esa sociedad continuara realizando las actividades previstas en su objeto social principal. En verdad, sin los equipos enumerados en el acta n.° 49, Embohuila S.A. difícilmente podría llevar a cabo la 'elaboración, producción, embotellado, distribución y venta de toda clase de bebidas no alcohólicas' (vid. Folios 61 y 63). No obstante, la posible cesación de la actividad de la compañía parecería ser una consecuencia directa de la terminación del contrato de suministro celebrado entre Embohuila S.A. e Indega S.A. Según lo expresado por el apoderado de esta última sociedad durante la reunión asamblearia del 31 de marzo de 2016, 'es cierto que [Embohuila S.A.] no está disuelta ni en liquidación, pero tenemos diferencias sobre cuál es el alcance de su actividad toda vez que el contrato de suministro termina el próximo 30 de abril por una decisión legítima de Indega. Por lo tanto, [el apoderado] no está de acuerdo que para la valoración de la compañía se deba asumir que el contrato de suministro de Embohuila con Indega es un contrato a perpetuidad […] (vid. Folio 60). En el informe de gestión preparado por el representante legal de Embohuila S.A. también se pone de manifiesto que 'con la terminación del contrato de suministro de producto existente con [Indega S.A.], a partir del 30 de abril de 2016 finalizará la actividad económica que [Embohuila S.A.] desarrolla. Por esta razón, los administradores de la sociedad instan a la Asamblea General de Accionistas para que se defina la destinación que se dará a los activos de la sociedad' (vid. Folio 111). Así parece haberlo reconocido también el accionista

demandante en este proceso, en una constancia presentada durante la reunión del 31 de marzo de 2016, a cuyo tenor, 'desde su constitución Embohuila S.A. tuvo y tiene como objeto social desarrollar una actividad empresarial propia, en la que su condición de franquiciado (o como se pueda designar) de The Coca-Cola Company e**s fundamental para su viabilidad'** (se resalta) (vid. Folio 59).

A partir de las anteriores consideraciones, no parecería factible que, una vez terminado el referido contrato de suministro, Embohuila S.A. utilizara sus activos para la comercialización de bebidas diferentes de las producidas por Indega S.A. En verdad, a menos que se demuestre lo contrario en el curso del presente proceso, no sería sensato esperar Embohuila S.A. asumiera la venta de productos que compiten con los que distribuye su propio accionista controlante. Tampoco es claro que Embohuila S.A. pueda impedir que finalice su relación contractual con Indega S.A. El apoderado de Indega S.A. ha manifestado, explícitamente, que esa compañía 'no está dispuesta a revertir su decisión de dar por terminado el contrato de suministro' (vid. Folio 60) Además, el apoderado de la demandante en este proceso no explicó cómo Embohuila S.A. podría evitar la terminación del contrato de suministro objeto de estudio.

Así las cosas, en vista de que la imposibilidad de desarrollar el objeto de Embohuila S.A. se derivaría directamente de la terminación del referido contrato de suministro—y no de la enajenación de activos a favor de Indega S.A—podría pensarse que la decisión impugnada en este proceso no tiene la virtualidad de producir los efectos señalados en la demanda. De aceptarse esta conclusión, podrían verse afectadas negativamente las probabilidades de éxito de las pretensiones de Luis Helí Tovar & Cía S. en C[26].

A pesar de lo anterior, el Despacho ha encontrado razones para cuestionar la idea de que la venta de los activos aludidos se propuso, principalmente, para 'salvaguardar los intereses de [Embohuila S.A.]' (vid. Folio 60). En verdad, los indicios disponibles apuntan a que la operación bajo estudio pudo haberse concebido a partir de una imposición unilateral de Indega S.A., a fin de proteger sus propios intereses y, posiblemente, continuar con la distribución de productos Coca-Cola en la región, sin el concurso de Luis Helí Tovar & Cía S. en C. En criterio del apoderado de la

---

26 Es imperativo reiterar que la demandante ha presentado una acción de impugnación, con base en la posible violación de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Por este motivo, el debate que se surta en este proceso habrá de circunscribirse a establecer si la venta autorizada por los accionistas controlantes de Embohuila S.A. puede perjudicar los intereses de la compañía. Es decir que el Despacho no estudiará la conducta de los controlantes y administradores de Embohuila S.A. en torno a la terminación del contrato de suministro, ni el precio justo que debería recibir Luis Helí Tovar & Cía S. en C. por sus acciones en la compañía.

sociedad demandante, la decisión impugnada en este proceso obedeció al 'interés de Indega S.A. de no seguir con la actividad de Embohuila S.A. y apoderarse así ella directamente el mercado' (vid. Folio 6). Así, pues, a continuación se enumeran las circunstancias que podrían desvirtuar la idea de que la venta cuestionada se propuso para salvaguardar los intereses de Embohuila S.A:

(I) Indega S.A. parece haber dominado el proceso de negociación: La información disponible apunta a que las negociaciones para la venta de activos se condujeron, en forma exclusiva, entre personas vinculadas a Indega S.A. Por ejemplo, durante la reunión del 31 de marzo de 2016, el apoderado de Indega S.A. puso de presente 'que ha adelantado conversaciones con Embohuila, dado que el contrato de suministro termina el 30 de abril […]. Por lo tanto, considera que lo adecuado es venderlos a valor de comercial. Para esto se obtuvo valoración de Deloitte como un tercero independiente, y a ese precio es que se propone autorizar la venta' (vid. Folio 60). Sin embargo, las conversaciones en cuestión parecen haberse adelantado únicamente con los administradores de Embohuila S.A. designados por Indega S.A. En efecto, según lo expresado en el acta n.° 49, 'los señores Jaime y Germán Tovar, miembros de la junta directiva y por ende administradores no han sido consultados sobre esas operaciones' (vid. Folio 61). En otras palabras, los administradores designados por los accionistas minoritarios de Embohuila S.A. no parecen haber contado con la posibilidad de participar en las negociaciones en comento.

Adicionalmente, el Despacho pudo establecer que Gustavo Castillo, el administrador que les propuso a los accionistas de Embohuila S.A. la venta de activos, reviste la calidad de representante legal tanto en esa sociedad como en Indega S.A. Podría entonces suponerse que existió un alto grado de concertación entre Indega S.A. y Embohuila S.A., al momento de establecer si era necesario llevar a cabo la enajenación de activos aquí cuestionada. Aunque esta coordinación es perfectamente usual en el contexto de los grupos empresariales, no por ello podrían desconocerse los derechos de los minoritarios en la manera en que Luis Helí Tovar & Cía S. en C. alega que ha ocurrido en este caso.

(II) Los minoritarios no parecen haber tenido acceso a suficiente información sobre el proceso de venta: Aparte de una breve mención incluida en el informe de gestión del representante legal de Embohuila S.A. (vid. Folio 111), no es claro si los accionistas minoritarios de la compañía tuvieron acceso a la información disponible sobre el proceso de venta de activos. El acta aportada por la demandante da cuenta apenas de unas breves explicaciones ofrecidas en forma repentina por el ya mencionado señor Castillo y refrendadas posteriormente por el apoderado de Indega S.A. Además, aunque tal apoderado hizo referencia a un estudio de valoración preparado por un tercero independiente, los minoritarios no parecen haber contado siquiera

con la posibilidad de consultar ese documento.

(III) Las justificaciones ofrecidas parecen ser insuficientes para defender la premura con la que se aprobó la venta: Una de las principales razones esgrimidas para sostener que la venta favorecería los intereses de Embohuila S.A. consistió en que los activos de la sociedad corrían un inminente riesgo de deterioro. En palabras del señor Castillo, representante legal de Embohuila S.A. e Indega S.A., 'la Sociedad tiene unos activos que debería vender […] pues de lo contrario su valor se deteriorará con el tiempo, en razón a que se dejarán de utilizar' (vid. Folio 60). En igual sentido se pronunció el apoderado de Indega S.A., a cuyo criterio 'si no se aprueba la disposición de los [activos], Embohuila corre un riesgo inminente de deterioro de los activos que se solicita autorizar su venta' (id.). Sin embargo, en el curso de la reunión del 31 de marzo de 2016 no se explicó, con suficiencia, en qué consistía el referido riesgo de deterioro para activos tan disímiles como muebles, envases, empaques y vehículos. Así, pues, luego de una breve intervención del apoderado de Luis Helí Tovar & Cía S. en C. y sin más discusiones adicionales, se impartió la autorización con los votos del bloque mayoritario liderado por Indega S.A. Ante las exiguas explicaciones ofrecidas sobre este supuesto deterioro, no puede descartarse la posibilidad de que la decisión de vender los activos pudiera haber obedecido exclusivamente a la intención de Indega S.A. de reemplazar a Embohuila S.A. en la distribución de productos Coca-Cola en la región.

(IV) La decisión se tomó en el curso de un proceso de negociación con el minoritario: Otra circunstancia que podría desvirtuar la justificación ofrecida para efectuar la venta puede encontrarse en las agudas desavenencias existentes entre Indega S.A. y Luis Helí Tovar & Cía S. en C.[27] Para resolver estas diferencias y con base en la terminación del contrato de suministro, Indega S.A. propuso la disolución de Embohuila S.A., ante lo cual el accionista minoritario ejerció su derecho de veto para impedir que se aprobara esa decisión. Posteriormente, el apoderado de Luis Helí Tovar & Cía S. en C. rechazó la oferta formulada por algunos accionistas de Indega S.A., en el sentido de adquirir la participación de los minoritarios por una suma de $12.500.000.000 (vid. Folio 102). Ante la resistencia del minoritario a disolver a Embohuila S.A o a vender sus acciones en la compañía, se propuso, finalmente, la venta de activos que le dio lugar a este proceso. Podría entonces pensarse que la autorización impartida por la asamblea pudo haber estado encaminada a resolver el conflicto entre Indega S.A. y Luis Helí Tovar & Cía S. en C. De ser ello así, no necesariamente se habría atendido a los mejores intereses de Embohuila S.A.

Así las cosas, aunque la venta de los activos de Embohuila S.A no parecería ser

27 Tales diferencias fueron relatadas en detalle por el apoderado del accionista minoritario en una constancia presentada durante la reunión del 31 de marzo de 2016 (vid. Folios 58 a 59).

la causante directa de la inminente cesación de las actividades de la sociedad, el Despacho ha encontrado suficientes méritos para decretar una medida cautelar. Ciertamente, las circunstancias fácticas que rodearon la decisión aquí controvertida arrojan un manto de duda sobre las razones que llevaron a proponer la enajenación de los principales activos de Embohuila S.A. a favor de su accionista controlante. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en 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, este Despacho pudo constatar que la demandante, en su calidad de accionista de Embohuila S.A., cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso, al haber votado en contra de la decisión impugnada.[28]

3. Acerca de la medida que será decretada

A pesar de que la demandante ha solicitado la suspensión de la decisión impugnada, el Despacho considera que esa medida sería innecesariamente traumática para Indega S.A. Ello se debe a que, como ya se explicó, Embohuila S.A. no parecería contar con la posibilidad de distribuir productos Coca-Cola con posterioridad a la terminación del contrato de suministro suscrito entre esa compañía e Indega S.A. Por las razones antes expuestas, tampoco parece razonable esperar que Embohuila S.A. empiece a distribuir productos de alguno de los competidores de Indega S.A. Ante la aparente imposibilidad de que Embohuila S.A. le dé algún uso a los activos en cuestión, sería desproporcionado que este Despacho impidiera que Indega S.A. los utilizara. En consecuencia, la medida cautelar decretada consistirá en ordenarle a Indega S.A. que se abstenga de enajenar los activos mencionados o de constituir gravámenes de cualquier naturaleza sobre ellos, a menos que cuente con la autorización expresa de este Despacho. Esta medida abarca todos los activos enumerados en el acta n.° 49, salvo los denominados 'envases y empaques' (vid. Folio 60).

---

28 Según lo expresado en el auto n.° 800-4336 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.

4. 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 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', la sociedad demandante no le ha asignado un valor dinerario a sus pretensiones. Por este motivo, el Despacho deberá fijar la cuantía que corresponda, a partir de los principios consagrados en el citado artículo 590.

Aunque la suspensión de la decisión impugnada podría haberle causado cuantiosos perjuicios a Indega S.A., las órdenes que impartirá el Despacho no parecerían tener la virtualidad de generarle mayores perjuicios a esa compañía. Ello se debe a que las órdenes del Despacho no están encaminadas a prohibirle a Indega S.A. que enajene tales activos, sino, apenas, a que se solicite la autorización previa de esta Superintendencia para celebrar esa clase de operaciones. Así las cosas, a la luz de la naturaleza de la medida que será decretada, el Despacho considera que una caución equivalente al 1% del valor de los activos objeto de la medida sería suficiente para cumplir con la exigencia del artículo 590 del Código General del Proceso. Es decir que la caución equivaldrá a $63.626.202.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Primero. Fijar una caución por la suma de $63.626.202, la cual deberá ser prestada por la 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 la demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle a Indega S.A. que se abstenga de enajenar o de constituir gravámenes sobre los activos objeto de la autorización impartida por la asamblea general de accionistas de Embohuila S.A. el 31 de marzo de 2016, a menos que cuente con la anuencia expresa de este Despacho. Esta medida no abarca los denominados 'envases y empaques'.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, enviar las comunicaciones necesarias a fin de que se practique la medida cautelar decretada.

Auto n.° 800-7013 del 6 de mayo de 2016	
Partes	Senaltur S.A. y Escondor S.A. contra Grupo Empresarial Alianza T. S.A.
Asunto	Cómputo indebido del cuociente electoral
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2016-800-108

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[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 de las demandantes, 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 las demandantes. 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

---

1 Cfr. Autos n.° 801-002289 del 20 febrero 2013 y n.° 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles

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.

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 a la parte 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 formulada en la demanda, con el fin de estimar si las demandantes han demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar.

La demanda presentada por Senaltur S.A. y Escondor S.A. busca controvertir la elección de los miembros de la junta directiva de Grupo Empresarial Alianza T S.A., aprobada durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de esta última compañía, celebrada del 31 de marzo de 2016. En criterio de las demandantes, la aludida determinación se adoptó sin seguir adecuadamente el método del cuociente electoral a que alude el artículo 197 del Código de Comercio. En consecuencia, se ha solicitado que este Despacho declare la nulidad de la decisión en comento de conformidad con el artículo 190 del citado código.

Según el acta de la reunión antes mencionada, al momento de escoger a la junta directiva de Grupo Empresarial Alianza T S.A., se sometieron a consideración de los accionistas tres planchas de candidatos. Sin embargo, Transholding Colombia S.A.S., miembro del bloque de accionistas mayoritarios, propuso suprimir la lista presentada por Senaltur S.A. y Escondor S.A., decisión que fue adoptada por mayoría del 51% (vid. Folio 23 y 24). Así, pues, únicamente se debatieron la 'plancha número tres, del grupo mayoritario […] y la plancha número dos, del segundo grupo mayoritario' (vid. Folio 4). El escrutinio tuvo como resultado previsible la elección de los candidatos postulados por los aludidos grupos mayoritarios.

---

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.

Ahora bien, de no haberse suprimido la plancha propuesta por Senaltur S.A. y Escondor S.A., tales compañías podrían haber elegido a un miembro de la junta directiva de Grupo Empresarial Alianza T S.A., de conformidad con las normas que rigen el sistema del cuociente electoral. Sin embargo, al suprimirse la lista presentada por Senaltur S.A. y Escondor S.A., el candidato postulado por estas compañías quedó inexorablemente marginado de la junta directiva. Es decir que, con la supresión de la plancha presentada por Senaltur S.A. y Escondor S.A., podría haberse menoscabado el sistema del cuociente electoral descrito en el artículo 197 del Código de Comercio.

Las circunstancias narradas en el párrafo anterior son suficientes para que el Despacho acceda a la solicitud de medidas cautelares formulada por la demandante. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en 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 de las demandantes

Tras una revisión del expediente, este Despacho pudo constatar que las demandantes cuentan con un interés económico legítimo en el presente proceso, en su calidad de accionistas de Grupo Empresarial Alianza T S.A.[5]

3. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en el Código General del Proceso. Si bien el artículo 590 establece que la caución debe ser 'equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda', las sociedades demandantes no le han asignado un valor dinerario a sus pretensiones.

Por este motivo, el despacho deberá fijar la caución que corresponda a partir de los principios consagrados en el citado artículo. Así las cosas, a la luz de la naturaleza de la medida que será decretada, el Despacho considera que una caución equivalente a $1.000.000 sería suficiente para cumplir con la exigencia del artículo 590 del Código General del Proceso.

---

5 Según lo expresado en el auto n.º 800-4336 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.

Por virtud de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Primero. Fijar una caución por la suma de $1.000.000, la cual deberá ser prestada por las demandantes bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que las demandantes presten la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en debida forma, ordenar la suspensión de la decisión consistente en designar a siete miembros de la junta directiva de Grupo Empresarial Alianza T S.A., consignada en el punto 8° del acta de la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas del 31 de marzo de 2016.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, oficiarle al representante legal de Grupo Empresarial Alianza T S.A., por el medio más expedito, para que proceda de conformidad con lo ordenado por este Despacho.

Auto n.° 800-8378 del 26 de mayo de 2016	
Partes	Inversiones de Gases de Colombia (Invercolsa) S.A. contra Gases del Caribe S.A. E.S.P., Promigas S.A. E.S.P. y Primeother S.A.S.
Asunto	Abuso de mayoría en la inscripción de una sociedad en la Bolsa de Valores de Colombia
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2016-800-129

Consideraciones del Despacho

Esta Superintendencia se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para establecer la procedencia de medidas cautelares en procesos societarios. Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en los artículos 382 y 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de estas normas en los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. En las siguientes páginas se presenta un análisis de los elementos de juicio disponibles, a fin de analizar si deben decretarse las medidas cautelares solicitadas por la demandante.

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 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'[1].

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. 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, el juez llegue a una conclusión diferente de la expresada en el

1 J Garnica Martín, 'Medidas cautelares en el proceso de impugnación de acuerdos sociales' en Órganos de la Sociedad de Capital (2008, Valencia, Tirant Lo Blanch) 580.

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[2].

Formuladas las anteriores consideraciones, es procedente ahora analizar la solicitud de medidas cautelares a que se ha hecho referencia. Invercolsa S.A. ha controvertido la decisión de inscribir las acciones de Gases del Caribe S.A. en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE) y la Bolsa de Valores de Colombia. Tal determinación fue aprobada con los votos positivos de Promigas S.A. y Primeother S.A.S. durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Gases del Caribe S.A. celebrada el 31 de marzo de 2016. En criterio de Invercolsa S.A., la decisión en comento debe ser anulada por cuanto se adoptó sin la mayoría calificada prevista en los estatutos para las reformas estatutarias y, además, fue producto del ejercicio abusivo del derecho de voto.

A. Acerca de la decisión de inscribir en bolsa las acciones de una compañía

El primero de los argumentos en que se funda la demanda está relacionado con la naturaleza de la decisión de inscribir las acciones de una compañía en el RNVE y la Bolsa de Valores de Colombia. Invercolsa S.A. considera que esa determinación constituye una reforma estatutaria, debido a los importantes efectos que la inscripción referida puede tener sobre el funcionamiento interno de Gases del Caribe S.A. Según se anota en la demanda, 'la trascendencia de la decisión adoptada por sí misma, da cuenta de su naturaleza de reforma estatutaria, en cuanto que la inscripción de acciones en Bolsa no sólo elimina el derecho de preferencia, sino que además, consolida a la sociedad como una sociedad abierta' (vid. Folio 13). De aceptarse esta postura, la decisión controvertida en este proceso sólo podría haberse aprobado con la mayoría calificada prevista para las reformas estatutarias en el artículo 40 de los estatutos de Gases del Caribe S.A., vale decir, el 70% de las acciones representadas en la respectiva reunión de la asamblea. Sin embargo, la inscripción cuestionada obtuvo el voto favorable de apenas el 51.04% de las acciones presentes en la sesión del 31 de marzo de 2016. Es por esta razón que, si el Despacho coincidiera con la interpretación de Invercolsa S.A., podría justificarse la nulidad absoluta invocada en la demanda.

Con todo, la decisión de inscribir en bolsa las acciones de una compañía no

2 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' (id., 80).

necesariamente constituye una reforma estatutaria. Por una parte, la determinación estudiada tiene la virtualidad de provocar la modificación de las cláusulas estatutarias atinentes al derecho de preferencia en la negociación de acciones y al régimen de quórum y mayorías para el funcionamiento del máximo órgano social. De otra parte, sin embargo, tales modificaciones no provienen de una decisión deliberada de reformar los estatutos, sino, más bien, de los efectos legales automáticos descritos en los artículos 407 del Código de Comercio y 68 de la Ley 222 de 1995. Por esta razón, 'la operación en comento no constituye una reforma de estatutos en estricto sentido […]. Se trata, entonces, de una decisión simplemente asimilada a las reformas estatutarias'[3].

En todo caso, aunque la decisión bajo estudio no pudiera equipararse a una reforma estatutaria, existirían argumentos para sustentar la idea de que la inscripción en bolsa debe ser aprobada con las mayorías requeridas para la modificación del contrato social. Para comenzar, así se ha dispuesto expresamente en el artículo 5.2.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010, a cuyo tenor, 'la decisión de inscripción de acciones [en el RNVE] deberá adoptarse por la asamblea general de accionistas con el quórum y las mayorías establecidas en la ley o los estatutos sociales para las reformas estatutarias'. Tampoco debe perderse de vista la opinión expresada en la doctrina local, en el sentido de que 'la mayoría decisoria para adoptar una decisión de esta naturaleza no debería ser la ordinaria cuando exista en los estatutos de la sociedad anónima cerrada alguna mayoría decisoria calificada para aprobar reformas estatutarias. No respetar esa mayoría especial equivaldría a adoptar una reforma del contrato social sin contar para el efecto con las mayorías fijadas por los mismos accionistas para regir los cambios en la estructura contractual de la sociedad'.[4]

Bajo la postura antes expresada, la decisión de inscribir en bolsa las acciones de Gases del Caribe S.A. tan sólo podría haberse aprobado con el 70% de las acciones presentes en la reunión del 31 de marzo de 2016. En esa medida, según ya se explicó, las pretensiones de Invercolsa S.A. tendrían suficiente vocación de éxito como para justificar una medida cautelar. No obstante, también pueden encontrarse argumentos para rebatir la idea de que la entrada en bolsa de Gases del Caribe S.A. requiere la mayoría calificada prevista para la reforma de los estatutos de esa compañía. Por ejemplo, esta misma Superintendencia ha expresado, por vía judicial, que 'la decisión consistente en inscribir las acciones en el mercado público de valores tiene el efecto legal de suspender una cláusula estatutaria accidental […] pero dicho efecto no se equipara con su causa, al extremo de convertirla en reforma estatutaria por asimilación y someterla entonces a la mayoría decisoria especial

3 FH Reyes Villamizar, Derecho societario (2006, 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis) 75.

4 Id., 76.

prevista por el estatuto social para las reformas'[5].

Ante las posiciones divergentes presentadas en los párrafos anteriores, el Despacho considera necesario estudiar los demás argumentos propuestos por Invercolsa S.A., a fin de establecer si deben decretarse las medidas cautelares solicitadas con la demanda.

B. Acerca del abuso del derecho invocado en la demanda

Las apoderadas de Invercolsa S.A consideran que la decisión de inscribir a Gases del Caribe S.A. en la Bolsa de Valores de Colombia se adoptó a partir del ejercicio abusivo del derecho de voto. Tal y como se expresa en la demanda, 'la decisión adoptada con la proposición y voto favorable de Promigas S.A. y Primeother S.A.S. constituye un abuso del derecho al voto en perjuicio de los derechos que le asisten a Invercolsa […]' (vid. Folio 17). También es relevante anotar que, según el criterio de la sociedad demandante, 'la decisión de inscripción en Bolsa es un nuevo intento por parte de Primeother S.A.S. y Promigas S.A. para desconocer los efectos del derecho de preferencia pactado en los estatutos de Gases del Caribe S.A., con un claro interés estratégico para tales accionistas, consistente en facilitar el control de la sociedad […]' (vid. Folio 4). Con base en estas afirmaciones, Invercolsa S.A. pretende que este Despacho declare que Promigas S.A. y Primeother S.A.S. ejercieron abusivamente su derecho de voto, de modo que se decrete la nulidad absoluta de la decisión de inscribir las acciones de Gases del Caribe S.A. en el RNVE y la Bolsa de Valores de Colombia.

Para examinar los méritos de tales pretensiones, es necesario atender a los criterios analíticos que ha sentado esta Superintendencia, a lo largo de diversos pronunciamientos judiciales, para juzgar si un accionista ha ejercido en forma abusiva su derecho de voto. Lo primero que debe decirse es que, en un proceso de esta naturaleza, no es suficiente alegar que las decisiones aprobadas en una reunión asamblearia fueron contrarias a los intereses subjetivos de uno o varios accionistas. Por el contrario, al demandante le corresponde la altísima carga de demostrar que las actuaciones controvertidas en juicio estuvieron motivadas por una finalidad ilegítima. De no cumplirse con esta carga probatoria, las pretensiones judiciales del demandante serán inexorablemente desestimadas, como ha ocurrido en numerosos procesos judiciales tramitados ante esta Superintendencia[6]. Con esta exigencia probatoria se ha intentado defender la idea de que los empresarios deben

---

5 Sentencia del 23 de enero de 2001, id., 77.

6 Cfr., por ejemplo, las sentencias n.o 800-78 del 14 de noviembre de 2014, 801-81 del 20 de noviembre de 2014, 800-50 del 8 de mayo de 2015, 800-54 del 15 de mayo de 2015 y 800-25 del 4 de abril de 2016.

contar con la más amplia discreción para gestionar los negocios de una compañía, sin temer la intromisión indebida de los jueces.

Pero cuando se acredite que el derecho de voto fue usado en forma reprensible—para lesionar a un asociado o procurar una ventaja injusta—esta Superintendencia intervendrá decididamente, hasta en las esferas más íntimas de la compañía, a fin de remediar esa situación ilegal. Por esta vía, el Despacho ha invocado el abuso del derecho de voto para censurar la conducta indebida de accionistas en la remoción de administradores[7], la emisión primaria de acciones[8], la retención de utilidades[9], la capitalización de dividendos[10], el bloqueo de acciones sociales de responsabilidad[11], la enajenación global de activos[12] y la creación de juntas directivas[13]. En todos los casos mencionados, pudo desentrañarse la intención lesiva detrás de determinaciones en apariencia legítimas. Para tal efecto, la Superintendencia basó su análisis en circunstancias de diversa índole, tales como conflictos previos entre accionistas, decisiones aprobadas en forma intempestiva o sigilosa, explicaciones inverosímiles o insuficientes para justificar la actuación de la asamblea y otros indicios de similar naturaleza.

Dicho lo anterior, pueden ahora analizarse los elementos probatorios disponibles en esta temprana etapa del proceso, a fin de establecer si hay indicios de que los accionistas demandados actuaron en forma abusiva.

En primer lugar, la decisión de inscribir las acciones de Gases del Caribe S.A. en la Bolsa de Valores de Colombia podría causarle cuantiosos perjuicios a Invercolsa S.A., derivados de la pérdida de sus derechos de veto y de negociación preferente en la compañía. Según la información aportada con la demanda, las acciones en circulación de Gases del Caribe S.A. están repartidas entre tres bloques de accionistas, tal y como puede apreciarse en la siguiente tabla:

---

7 Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. (sentencia n.° 800-73 del 19 de diciembre de 2013).

8 Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A. (sentencia n.° 800-20 del 27 de febrero de 2014).

9 Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S. (sentencia n.° 800-44 del 18 de julio de 2014).

10 María Victoria Solarte contra CSS Constructores S.A. (auto n.° 800-2730 del 17 de febrero de 2015).

11 Jovalco S.A.S. contra Construcciones Orbi S.A. (sentencia n.° 800-54 del 14 de mayo de 2015).

12 Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S. (sentencia n.° 800-119 del 17 de septiembre de 2015).

13 Edgar Orlando Corredor contra Induesa Pinilla & Pinilla S. en C. (sentencia n.° 800-46 del 11 de mayo de 2016).

Tabla n.° 1
Composición de capital de Gases del Caribe S.A. (31 de marzo de 2016)

Accionista	Porcentaje de participación
Invercolsa S.A.	48.9%
Promigas S.A.	30.9%
Primeother S.A.S.	20.04%

Bajo la distribución de capital antes reseñada, Invercolsa S.A. cuenta con un derecho de veto respecto de todas aquellas decisiones que, conforme al artículo 40 de los estatutos de Gases del Caribe S.A., requieran una mayoría decisoria calificada. Un primer grupo de decisiones sujetas a ese veto, cuya aprobación sólo puede darse con el 75% de las acciones suscritas, incluye la disolución anticipada, la fusión, el cambio del domicilio social y 'el traspaso, la enajenación o el arrendamiento de la totalidad de la empresa o de los haberes de ésta' (vid. Folio 80). El segundo grupo de decisiones que deben aprobarse con una mayoría calificada, en este caso del 70% de las acciones presentes en la respectiva reunión, abarca la reforma de los estatutos sociales y la modificación del orden del día previsto para las reuniones del máximo órgano social (id.). La mayoría especial prevista para las reformas estatutarias podría ser particularmente valiosa para Invercolsa S.A., en vista de que Gases del Caribe S.A. no cuenta actualmente con acciones en reserva[14]. En esa medida, cualquier emisión primaria de acciones deberá ser concertada previamente con Invercolsa S.A. o de lo contrario no podrá aprobarse la reforma estatutaria requerida para aumentar el capital autorizado de Gases del Caribe S.A. En síntesis, pues, el derecho de veto antes explicado podría constituir un importante mecanismo de protección de los intereses de Invercolsa S.A., en su calidad de accionista de Gases del Caribe S.A.[15]

También es relevante anotar que en el artículo 21 de los estatutos de Gases del Caribe S.A. se ha consagrado el derecho de preferencia en la negociación de acciones. Esta prerrogativa adquiere particular relevancia en el presente caso, debido a que Invercolsa S.A. es propietaria de un porcentaje de participación bastante cercano

14 Según el certificado de existencia y representación legal de Gases del Caribe S.A. aportado con la demanda, tanto el capital autorizado como el suscrito ascienden a la suma de $1.755.368.900 (vid. Folio 55).

15 Según lo explicado por este Despacho en la sentencia n.° 800-50 del 7 de mayo de 2015, 'la posibilidad de ejercer derechos de veto es uno de los principales mecanismos de protección de accionistas minoritarios' (cfr. también a FH O'Neal y RB Thompson, Oppression of Minority Shareholders and LLC Members (2004, 2ª ed., Thomson West) Sección 9.8 y a L Enriques, H Hansmann y R Kraakman, 'The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies' en R Kraakman y otros (eds), The Anatomy of Corporate Law (2009, OUP, Oxford) 92-94).

a la mitad más una de las acciones en circulación de Gases del Caribe S.A. En consecuencia, mediante el simple ejercicio de la preferencia en cuestión, Invercolsa S.A. podría consolidar un bloque mayoritario de acciones en aquella compañía. Por ejemplo, si Primeother S.A.S. decide vender su participación, a Invercolsa S.A. le bastaría con hacer uso de su derecho de adquisición preferente para convertirse en la accionista mayoritaria de Gases del Caribe S.A. Algo similar ocurriría si Gases del Caribe S.A. decide adquirir preferentemente el bloque de acciones ofrecido en venta, tal y como lo permite el citado artículo 21. En esta hipótesis, la suspensión de los derechos políticos inherentes a las acciones readquiridas dejaría a Invercolsa S.A. con la mayoría de los votos en la asamblea general de accionistas de Gases del Caribe S.A.

Las importantes prerrogativas descritas en los párrafos anteriores desaparecían si Gases del Caribe S.A. culmina con éxito el proceso de inscripción de sus acciones en la Bolsa de Valores de Colombia[16]. Ciertamente, según lo previsto en los artículos 407 del Código de Comercio y 68 de la Ley 222 de 1995, la entrada en bolsa tendría por efecto automático la suspensión del régimen de mayorías calificadas en que se funda el derecho de veto de Invercolsa S.A., así como de la cláusula del derecho de preferencia en la negociación de acciones incluida en los estatutos de Gases del Caribe S.A. En otras palabras, la decisión controvertida podría modificar las circunstancias de asociación en Gases del Caribe S.A.[17] a tal grado que Invercolsa S.A. perdería las prerrogativas que actualmente le corresponden como la titular del principal bloque de acciones de la compañía. Es claro, pues, que la inscripción en bolsa de las acciones de Gases del Caribe S.A. sí tiene la virtualidad de perjudicar los intereses económicos de Invercolsa S.A.

En segundo lugar, las pruebas disponibles apuntan a la posible existencia de un conflicto entre Invercolsa S.A. y Primeother S.A.S., atado precisamente al derecho de preferencia consagrado en el artículo 21 de los estatutos de Gases del Caribe S.A. Las apoderadas de la demandante consideran que los accionistas controlantes de Primeother S.A.S. han intentado transferir acciones de Gases del Caribe S.A. sin atender al trámite de negociación preferente antes mencionado. En sus palabras, 'la sociedad Primeother S.A.S. […] ha desplegado a lo largo de una década un conjunto de acciones irregulares (que contravienen los estatutos sociales de Gases del Caribe S.A.) para desconocer el derecho de preferencia que

16 El procedimiento de inscripción mencionado en el texto principal está regulado en el título tercero del reglamento general de la Bolsa de Valores de Colombia.

17 Bajo el mencionado artículo 407, la vigencia del derecho de preferencia en la negociación de acciones tan sólo cesa 'mientras la sociedad tenga inscritas sus acciones en bolsas de valores'. Además, la restricción del inciso segundo del artículo 68 de la Ley 222 tiene vigencia en aquellas sociedades que 'negocien sus acciones en el mercado público de valores'.

garantiza la mayoría accionaria de Invercolsa en la sociedad referida' (vid. Folio 9). Para zanjar estas diferencias, Invercolsa S.A. y Primeother S.A.S. suscribieron un acuerdo de accionistas por cuya virtud ambas compañías se comprometieron a respetar, en todos los casos, el derecho de preferencia antes estudiado. A pesar de lo anterior, la sociedad demandante ha dicho que la referida demandada '[encontró] en la decisión de inscripción en Bolsa adoptada en la Asamblea Ordinaria del año 2016, el instrumento para dejar sin efectos en forma indirecta, no sólo el derecho de preferencia sino también los acuerdos privados de accionistas […]' (vid. Folio 7).

En tercer lugar, los demandados parecen haber aprobado la decisión estudiada de manera intempestiva. De conformidad con el texto del acta n.° 68, en la que se da cuenta de lo acontecido durante la reunión del 31 de marzo de 2016, la decisión se aprobó sin mayores deliberaciones, casi inmediatamente después de que el apoderado de Promigas S.A. la planteara en el punto de proposiciones y varios. Aunque nada de lo anterior viola las reglas formales sobre el funcionamiento de la asamblea general de accionistas, llama la atención que una decisión de la magnitud indicada se proponga en forma repentina, sin haberse siquiera mencionado en el orden del día, para luego ser aprobada sin que Invercolsa S.A. contara con una verdadera oportunidad de estudiar la necesidad de acudir a la Bolsa de Valores de Colombia.[18]

A lo anterior debe sumársele, en cuarto lugar, el hecho de que los demandados no ofrecieron mayores explicaciones para sustentar la necesidad de que Gases del Caribe S.A. ingresara al mercado público de valores. Mientras que el apoderado de Promigas S.A. manifestó que su propuesta buscaba 'obtener los beneficios como emisor, agregando mayor valor para los accionistas', la representante de Primeother S.A.S. dijo apenas que la inscripción en bolsa 'le permitirá a la empresa tener acceso a nuevas oportunidades y beneficios' (vid. Folios 223 y 224). De estas escuetas explicaciones no puede inferirse con facilidad si lo que se pretendía era conseguir nuevos recursos para Gases del Caribe S.A. o habilitar la negociación secundaria de sus acciones en la Bolsa de Valores de Colombia. De ahí que el Despacho considere necesario estudiar ambas hipótesis.

Por una parte, una emisión primaria de acciones en el mercado bursátil podría sería bastante útil para recaudar recursos líquidos cuando fuere más costoso procurarlos de otras fuentes, tales como el sistema financiero o inversionistas privados. [19]Estos dineros captados del público podrían destinarse a financiar la expansión de la compañía, reducir su apalancamiento crediticio o cumplir diversos otros objetivos

18 Las pruebas disponibles apuntan a que la propuesta en cuestión tomó completamente por sorpresa a Invercolsa S.A. (vid. Folio 15).

19 W Kim y M Weisbach, Do Firms Go Public to Raise Capital? (2005) NBER Working Paper n.°

de índole financiera.[20] A pesar de estas ventajas, el Despacho no encontró, entre las pruebas disponibles, explicación alguna sobre las razones que motivarían una emisión pública. Por ejemplo, en el acta n.° 68 no se mencionan las necesidades de liquidez que podrían satisfacerse al emprender una colocación de acciones de Gases del Caribe S.A en la Bolsa de Valores de Colombia. Tampoco parecen haberse comparado las diferencias en el costo de capital entre una oferta pública y una emisión a favor de los accionistas actuales de Gases del Caribe S.A. Tales circunstancias le restan fuerza a la idea de que la decisión cuestionada en este proceso buscó obtener, para Gases del Caribe S.A., 'los beneficios como emisor' mencionados por el apoderado de Promigas S.A. o permitirle a aquella compañía 'tener acceso a nuevas oportunidades y beneficios', según lo afirmó la representante de Primeother S.A.S.

Es posible, de otra parte, que la decisión cuestionada hubiera buscado simplemente obtener un mercado líquido para negociar las acciones de Gases del Caribe S.A.[21] En este sentido, el ingreso a bolsa suele ser beneficioso para los accionistas de una compañía cerrada, quienes podrán disponer de un foro especializado para la venta de sus acciones y con ello mitigar su exposición al riesgo derivado de las fluctuaciones en la actividad de la sociedad[22]. Podría entonces pensarse que Promigas S.A. o Primeother S.A.S. están interesadas en enajenar su participación en Gases del Caribe S.A., para lo cual sería necesario que esta última compañía inscribiera sus acciones en la Bolsa de Valores de Colombia. Sin embargo, esta interpretación difícilmente podría articularse con las intenciones manifiestas de Invercolsa S.A., quien se ha mostrado tan dispuesta a comprar acciones de Gases del Caribe S.A. que inició el presente proceso para defender su derecho a adquirirlas en forma preferente[23].

Ahora bien, a pesar de que el Despacho no ha encontrado aún razones discernibles

---

11197

20 M Pagano y otros, Why Do Companies Go Public? An Empirical Analysis (1998) 53 J FINANCE 27.

21 En este sentido, el apoderado de Promigas S.A. manifestó que con tal decisión se busca que '[las acciones de Gases del Caribe S.A.] puedan ser negociadas en el mercado público de valores'.

22 Cfr. a JC Coffee, Dispersed Ownership: The Theories, The Evidence and the Enduring Tension Between "Lumpers" and "Splitters" (2010) Columbia Law and Economics Working Paper No. 363 y a A Gomes, Going Public Without Governance: Managerial Reputation Effects (2000) 55 J FINANCE 634.

23 Debe recordarse, en este sentido, que 'en Colombia es posible ofrecer acciones bajo la modalidad "todo o nada" […] bajo el legítimo interés de los accionistas de una sociedad de respetar el derecho de preferencia a favor de sus consocios, pero al mismo tiempo asegurarse su desvinculación absoluta del contrato de sociedad' (NH Martínez Neira, Cátedra de derecho contractual societario

para justificar la inscripción de las acciones de Gases del Caribe S.A. en la Bolsa de Valores de Colombia, es evidente que esa decisión puede comportar importantes costos para la compañía. Además de las tarifas de ingreso y los gastos legales asociados a la inscripción en bolsa, una sociedad abierta debe asumir el costo de acatar los múltiples requisitos establecidos por la Ley 964 de 2005 para las compañías inscritas y cumplir, en forma periódica, con exigentes reglas en materia de revelación de información eventual y reporte de estados financieros. Más importante aún, en la práctica internacional se ha reconocido que el ingreso en bolsa genera altísimos costos indirectos, atados a la difusión de información sobre los negocios sociales y el intenso escrutinio que el Estado y los analistas de mercado ejercen sobre la actividad de los administradores de una compañía abierta.[24] No es claro entonces por qué los demandados decidieron asumir estos costos sin al menos ofrecer una justificación diáfana para ello.

En quinto lugar, los órganos de administración de Gases del Caribe S.A. no parecen haber estudiado la inscripción de las acciones de la compañía en la Bolsa de Valores de Colombia. Así lo ha puesto de presente la demandante, para quien 'una decisión de la trascendencia que hemos explicado tampoco contó previamente con la elaboración de los estudios financieros de factibilidad o viabilidad, ni mucho menos de su necesidad, ni estuvo sujeta al escrutinio previo de la junta directiva, en la cual nuestra representada tiene asiento' (vid. Folio 15). Aunque los demandados no estaban obligados a nada de lo anterior, es por lo menos insólito que a la junta directiva de Gases del Caribe S.A. se le hubiere privado de la posibilidad de analizar una decisión tan significativa, a partir de la cual la compañía deberá asumir los altos costos de incursionar en el mercado público de valores[25].

Así las cosas, el estudio de las pruebas allegadas con la demanda es suficiente para estimar, en forma preliminar, que la conducta de los demandados podría revestir las características del abuso del derecho de voto. En efecto, una decisión de innegable trascendencia para el funcionamiento de Gases del Caribe S.A. parece haber sido aprobada en forma intempestiva y con razones inescrutables, sin haber consultado siquiera a los órganos de administración. Tales circunstancias arrojan un manto de duda sobre la rectitud de ánimo de los demandados, particularmente en vista de que la decisión controvertida podría frustrar las expectativas económicas de Invercolsa S.A. en Gases del Caribe S.A. En consecuencia, el Despacho debe concluir que los

(2014, 2ª ed., Bogotá Editorial Legis) 669 a 700).

24 Cfr. a C Kaserer y D Schiereck, The Cost of Capital: Going Public and Being Public, An International Comparative Study (2006) Deutsche Börse AG y a AN Licht, Regulatory Arbitrage for Real: International Securities Regulation in a World of Interacting Securities Markets (2001) 38 VA J INT L 563.

25 Debe advertirse que en la asamblea del 31 de marzo de 2016 tan sólo se le ordenó a la junta directiva '[adoptar] todas las acciones conducentes al logro del objetivo señalado' (vid. Folio 223).

argumentos de la sociedad demandante son lo suficientemente verosímiles como para que se decreten las medidas cautelares solicitadas.

2. La necesidad de la medida cautelar

La medida cautelar solicitada por Invercolsa S.A. también parece ser necesaria para evitar que esa compañía sufra un perjuicio de difícil reparación. En efecto, de completarse el proceso de inscripción en bolsa de Gases del Caribe S.A., un bloque de acciones de la compañía podría quedar en manos de centenares de inversionistas. Una vez ello ocurra, difícilmente podrían retrotraerse los efectos de la decisión cuestionada en este proceso, sin provocar impredecibles traumatismos en el mercado público de valores. Así, pues, ante las dificultades prácticas de anular el ingreso de Gases del Caribe S.A. a la Bolsa de Valores de Colombia, el único remedio judicial disponible para Invercolsa S.A. sería una indemnización de perjuicios. Para tal efecto, sin embargo, Invercolsa S.A. se vería forzada a enfrentar las inmensas dificultades de tasar el valor de los perjuicios derivados de la pérdida de derechos de veto y de preferencia en el tránsito de una sociedad cerrada hacia el mercado público de valores.

En este orden de ideas, debe traerse a colación lo expresado por la Corte Constitucional en el sentido de que las medidas cautelares decretadas en el curso de un proceso judicial pueden buscar evitar que se configuren 'daños irreversibles, o difícilmente reparables en el derecho pretendido por un demandante'.[26]

Así las cosas, la medida cautelar solicitada podría justificarse también por cuanto la exitosa inscripción en bolsa de Gases del Caribe S.A. podría causarle a Invercolsa S.A. perjuicios difícilmente resarcibles.

3. El interés del demandante

Tras una revisión del expediente, este Despacho pudo constatar que la demandante cuenta con un interés legítimo en el presente proceso. En verdad, Invercolsa S.A., quien reviste la calidad de accionista en Gases del Caribe S.A., votó en contra de la determinación aquí controvertida y podría verse perjudicada por la ejecución de esa decisión social.

---

26 Sentencia n.° C-490 de 2000. En la jurisprudencia societaria comparada se ha analizado la posibilidad de que un accionista sufra perjuicios que no puedan ser resarcidos adecuadamente mediante una indemnización dineraria. Cfr. In Re Delphi Financial Group Shareholder Litigation (Del. Ch., 2012).

4. Conclusión

A la luz de las pruebas allegadas con la demanda y las consideraciones antes expuestas, el Despacho pudo establecer la apariencia de buen derecho de las pretensiones, la necesidad de la medida en cuestión y el interés que le asiste a Invercolsa S.A. en controvertir la inscripción en bolsa de las acciones de Gases del Caribe S.A. Las anteriores circunstancias son suficientes para que se acceda a la solicitud de medidas cautelares que acompañó la demanda. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en 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, se han cumplido suficientemente las exigencias del Código General del Proceso para decretar la medida cautelar solicitada.

5. La caución

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. Por este motivo, el Despacho considera necesario estimar el valor de la caución con base en un análisis de la información disponible en el expediente. Para tal efecto, parece apropiado calcular el monto inicial de la caución a partir de la cláusula penal pactada en el denominado 'acuerdo sobre derecho de preferencia y negociación de acciones en Gases del Caribe S.A.' (vid. Folios 87 a 94)[27]. De ahí que, al convertir a pesos la suma mencionada en esa cláusula, se obtenga un valor de $6.123.780.000[28].

Claro que esta suma deberá reducirse con base en la estimación de los perjuicios que podrían eventualmente derivarse de la medida cautelar que será decretada[29]. En este sentido, una vez queden en suspenso los efectos de la decisión cuestionada, Gases del Caribe S.A. perdería la posibilidad de efectuar una emisión primaria en el mercado público de valores, a lo menos durante la duración del presente proceso. Aunque esta circunstancia podría ser nociva para los intereses de Gases del Caribe S.A., debe recordarse que, según las pruebas disponibles, la decisión aludida no estuvo acompañada de explicaciones acerca de las necesidades de liquidez de

---

27 Según la cláusula segunda del acuerdo citado, 'en caso de presentarse incumplimiento del objeto sustancial estipulado en este acuerdo, la Parte incumplida se sujeta a la pena de pagar a la otra Parte una suma equivalente a [US$2.000.000]' (vid. Folio 92).

28 El cálculo de esta suma se hizo con base en la tasa representativa del mercado vigente para el 25 de mayo de 2016, es decir, $3.061,89 por cada dólar.

29 Para una explicación de las razones que justifican este análisis, cfr. el auto n.° 801-15217 del 31 octubre 2012, emitido por esta Delegatura.

la compañía, ni de estudios sobre el costo de capital de financiar a la sociedad por diferentes vías. En esa medida, no es para nada claro que la medida cautelar mencionada en este auto tenga la virtualidad de causarle algún perjuicio a Gases del Caribe S.A.

Otro posible efecto de la medida cautelar aquí descrita sería privar a los accionistas demandados de un mercado líquido para vender sus acciones en Gases del Caribe S.A. Sin embargo, los perjuicios derivados de tal circunstancia podrían verse mitigados si Invercolsa S.A. está dispuesta a ejercer su derecho de preferencia para adquirir al menos una porción de las acciones de los demandados, lo que podría inferirse por la simple presentación de esta demanda. Por este motivo, la suspensión que será ordenada tampoco parecería tener la vocación de generarles mayores perjuicios a Promigas S.A. y Primeother S.A.S.

A la luz de las anteriores precisiones, el Despacho considera necesario reducir a $3.061.890.000 la suma inicialmente prevista para la caución.

Ahora bien, en varias oportunidades este Despacho se ha valido de la apariencia de buen derecho 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 suficiencia, que sus pretensiones podrían ser meritorias. Esta circunstancia, le permite al Despacho concluir que una caución de $612.378.000 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 $612.378.000, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 5 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, suspender la decisión de inscribir las acciones de Gases del Caribe S.A. en el Registro Nacional de Valores y Emisores y la Bolsa de Valores de Colombia, adoptada durante la reunión ordinaria

de la asamblea general de accionistas de la compañía celebrada el 31 de marzo de 2016.

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

Auto n.° 810-14568 del 23 de septiembre de 2016	
Partes	Diana Patricia Malca Sasbón y otros contra La Montañita S.A. y David Malca Marroquín
Asunto	Efectos de la cláusula compromisoria respecto de usufructuarios de acciones
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2016-800-132

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[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. 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 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,

---

1 Cfr. Autos No. 801-2289 del 20 febrero 2013 y No. 800-16014 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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 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.

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se advierta la ineficacia de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de La Montañita S.A., durante la reunión celebrada el 20 de abril de 2016. Para tales efectos, los demandantes han afirmado que fueron indebidamente convocados a la mencionada reunión, 'afectándose con ello el quórum deliberatorio de ésta última y tornándose ineficaces—de pleno derecho—todas las decisiones tomadas en su desarrollo' (vid. Folio 68). Con fundamento en lo anterior, se ha solicitado que este Despacho ordene la suspensión de las decisiones descritas en el acta n.° 56 del 20 de abril de 2016, así como la inscripción de la presente demanda en el libro de registro de accionistas de La Montañita S.A.

En verdad, los demandantes consideran que David Malca Marroquín—representante legal de La Montañita S.A.—incumplió las reglas previstas en los estatutos de la sociedad para la convocatoria a reuniones del máximo órgano social, toda vez que el medio que utilizó para tales efectos, no es el previsto, de manera principal, en los estatutos de la compañía. Así, pues, en este punto vale la pena traer a colación lo establecido en el artículo 421 del Código de Comercio según el cual '[t]oda

---

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.

convocatoria se hará en la forma prevista en los estatutos […]'[5].

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31 de los estatutos de La Montañita S.A., '[l]a convocatoria de Asambleas Ordinarias o Extraordinarias se hará mediante comunicación individual de citación a cada uno de los accionistas, entregada personalmente o puesta al correo en carta certificada enviada a la dirección en que el accionista haya registrado en la Secretaría de la compañía o, a falta de ésta, a la dirección del accionista en la guía telefónica de la ciudad de su residencia, o mediante aviso publicado en diario de circulación en el domicilio de la sociedad' (vid. Folio 17).

Con base en lo anterior, los demandantes han afirmado que el señor Malca no les entregó personalmente la nota de convocatoria para la reunión del 20 de abril de 2016, ni la remitió a las direcciones registradas en las oficinas principales de administración de la compañía (vid. Folio 67). En este sentido, el señor Malca parecería haber pretermitido algunos de los requisitos establecidos en el citado artículo 31. En efecto, las pruebas consultadas por el Despacho parecen apuntar a que la convocatoria a esa reunión se efectuó mediante la publicación de un aviso en un diario que circula en el domicilio principal de la sociedad demandada (vid. Folio 62). Sin embargo, tras una revisión de la disposición estatutaria en comento, el Despacho considera que la mencionada publicación no parece tener la virtualidad de eximir al representante legal de su deber de enviar la correspondiente nota de convocatoria a las direcciones que están registradas en las oficinas principales de administración de la sociedad. Es claro, entonces, que las decisiones descritas en el acta n.° 56 del 20 de abril de 2016 podrían haber sido adoptadas en contravención a los protocolos previstos en los estatutos de La Montañita S.A. para la celebración de reuniones de la asamblea general de accionistas. Lo anterior lleva al Despacho a concluir, sin necesidad de formular consideraciones adicionales, que las probabilidades de éxito de las pretensiones justifican la práctica de una medida cautelar. En consecuencia, se accederá a la solicitud formulada por el apoderado de los demandantes.

2. El interés económico de los demandantes

En vista de que Diana Patricia Malca es accionista de La Montañita S.A., y que Orlando López y Luis Augusto Berón tienen la calidad de usufructuarios de las acciones de la señora Malca en la sociedad demandada, el Despacho considera que tales personas cuentan con un interés económico legítimo en el presente proceso[6].

---

5 Es relevante anotar que las falencias en la convocatoria a reuniones asamblearias es uno de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia, en los términos de los artículos 186 y 190 del Código de Comercio.

6 Según lo expresado en el Auto No. 800–004336 del 22 de marzo de 2013, el denominado 'interés

3. La caución

Antes de que se decreten las medidas cautelares, 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'. En el presente caso, los demandantes no les han asignado un valor económico a sus pretensiones. No obstante, el citado 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, pues, este Despacho cuenta con alguna discreción para fijar de la cuantía correspondiente a la caución[7].

En el presente caso, el Despacho estima necesario aludir, en primer término, a los perjuicios que podría sufrir La Montañita S.A. por virtud de las medidas cautelares decretadas. Por una parte, el Despacho considera que la simple inscripción de la demanda en el libro de registro de accionistas no le generará mayores perjuicios a la sociedad demandada. De otra parte, sin embargo, la suspensión de las decisiones aprobadas durante la reunión del 20 de abril de 2016 podría llegar a entorpecer la administración de la sociedad. En verdad, una vez examinado el contenido del acta n.° 56 de la asamblea general de accionistas de La Montañita S.A., el Despacho pudo establecer que en el curso de esa reunión se designó al representante legal principal y sus suplentes, y se eligió a los miembros de junta directiva. Sin embargo, el Despacho considera que la suspensión de tales determinaciones tampoco tiene la virtualidad de causarle mayor demérito al patrimonio de La Montañita S.A. Ciertamente, en caso de que se haga efectiva la medida en cuestión, la gestión administrativa de la sociedad quedaría en manos de las personas que ocupaban tales cargos antes de que sus remplazos fueran designados.

Por lo demás, este Despacho ha recurrido al expediente de utilizar 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 los

---

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.

7 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'. Cfr. sentencia C-523 de 2009.

demandantes han acreditado, con suficientes méritos, las probabilidades de éxito de sus pretensiones.

A la luz de lo expresado en los párrafos anteriores, el Despacho considera que una caución de $1.000.000 sería suficiente para cumplir con la exigencia del artículo 590 del Código General del Proceso.
En mérito de lo expuesto, el Coordinador del Grupo de Jurisdicción Societaria I,

RESUELVE

Primero. Fijar una caución por la suma de $1.000.000, la cual deberá ser prestada por los demandantes bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación del presente auto. El decreto 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, ordenar la suspensión de las decisiones descritas en el acta n.° 56 de la asamblea general de accionistas de La Montañita S.A.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la inscripción de la demanda de la referencia en el libro de registro de accionistas de La Montañita S.A.

Auto n.° 820-16509 del 25 de octubre de 2016	
Partes	Unikia S.A. y Kia Plaza S.A. contra Metrokia S.A.
Asunto	Conflictos de interés en decisiones de la junta directiva
Trámite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2016-800-293

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[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. Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la reforma 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]'.

---

1 Cfr. Autos No. 801-2289 del 20 febrero 2013 y No. 800-16014 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: http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx

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.

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 formulada en la demanda, con el fin de estimar si los demandantes han demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar.

Unikia S.A. y Kia Plaza S.A., accionistas minoritarios de Metrokia S.A., pretenden impugnar una decisión adoptada por la junta directiva de la compañía el 23 de septiembre de 2016. En el curso de esa reunión, se autorizó al representante legal de Metrokia S.A. 'para que proceda a otorgar garantías y avales necesarios ante Bancolombia respecto de las obligaciones o deudas de Neocorp S.A.S. y Global Car World S.A.S. […]' (vid. Folio 117). De acuerdo con la información consignada en el acta n.° 73, la referida autorización fue impartida con los votos positivos de cuatro miembros de la junta directiva de Metrokia S.A., a pesar de las objeciones formuladas por la representante legal de Unikia S.A., María Clara Noguera Calderón.

Para controvertir la decisión antes mencionada, los demandantes han puesto de presente que ella no se ajustó a las reglas colombianas en materia de conflictos de interés, ni a las que regulan el funcionamiento y las competencias de los órganos sociales. Con base en lo anterior, las pretensiones contenidas en la demanda apuntan a que este Despacho declare la nulidad de la precitada autorización. Aunque en este punto podrían estudiarse todos los cargos formulados por los demandantes en contra de Metrokia S.A., el Despacho considera que el análisis sobre la posible

---

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.

violación de las reglas colombianas en materia de conflictos de interés es suficiente para establecer si ha de decretarse una medida cautelar.

Los demandantes han invocado la regla prevista en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, a cuyo tenor, los administradores deben 'abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros […] en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas'. En este sentido, Unikia S.A. y Kia Plaza S.A. consideran que la decisión impugnada les representó un manifiesto conflicto de interés a los miembros de junta directiva de Metrokia S.A. El conflicto a que aluden los demandantes se deriva del hecho que la autorización en cuestión podría haber sido impartida en beneficio de una compañía 'de propiedad exclusiva' del accionista controlante de Metrokia S.A. (vid. Folio 16). En la demanda se ha afirmado, bajo la gravedad de juramento, que '[e]l Grupo Eljuri, propietario del 70% [de las acciones en circulación de Metrokia S.A.] y controlante de Neocorp S.A.S. busca hacer valer su potestad mayoritaria en Metrokia para incidir sobre el otorgamiento de avales o cualquier clase de garantías a Neocorp S.A.S. y los términos en que habrá de celebrarse la aludida operación. Es claro, además, que el Grupo Eljuri tiene incentivos para promover condiciones contractuales que favorezcan a Neocorp S.A.S., la cual se encuentra en una situación de conflicto y desmedro económico' (vid. Folio 18).

A partir de los hechos narrados en el párrafo anterior, el apoderado de los demandantes ha manifestado que la autorización bajo análisis le permitió '[al] grupo de accionistas Eljuri utiliza[r] el capital, patrimonio y solvencia económica de Metrokia para garantizar, proteger e impulsar un negocio propio', sin el concurso Unikia S.A. y Kia Plaza S.A. (vid. Folio 15). La controversia planteada abarca entonces uno de los asuntos de mayor relevancia en el derecho societario contemporáneo, es decir, la existencia de conflictos de interés en el contexto de las denominadas operaciones con partes vinculadas.

A. Acerca de los conflictos de interés en la celebración de operaciones con accionistas controlantes

Lo primero que debe decirse es que este Despacho no suele interferir con las decisiones adoptadas por los administradores en el curso ordinario de los negocios de una compañía[5]. Sin embargo, como ya lo ha explicado esta Superintendencia, existen circunstancias que podrían llevar al Despacho a examinar las decisiones que tomen los administradores en la gestión de los negocios sociales. De acuerdo

5 Para un análisis detallado acerca de la autonomía con la que deben contar los administradores para conducir los negocios sociales, cfr. sentencia n.° 800-52 del 9 de junio de 2016.

con las explicaciones expuestas en el auto n.° 800-5205 del 9 de abril de 2014, '[e]l mencionado escrutinio judicial sería procedente, por ejemplo, cuando se acrediten circunstancias que comprometan el juicio objetivo de los administradores, como ocurriría en la celebración de negocios jurídicos viciados por un conflicto de interés. La intervención judicial también estaría justificada cuando se compruebe que tales sujetos se han apropiado indebidamente de recursos sociales, mediante operaciones de cualquier naturaleza. En casos como éstos, el Despacho estudiará con detenimiento la conducta de los administradores, con el fin de establecer si se le han provocado perjuicios a la compañía o a sus accionistas'. Parece bastante claro, pues, que la existencia de un conflicto de interés es suficiente para justificar la precitada intervención judicial en los asuntos internos de una compañía.

Ahora bien, en Colombia, las normas que regulan los conflictos de interés de los administradores abarcan la celebración de operaciones con el accionista controlante de una sociedad. Así lo ha sostenido este Despacho, de manera reiterada, a lo largo de diferentes pronunciamientos. En la sentencia n.° 800-142 del 9 de noviembre de 2015, por ejemplo, se explicó que 'la celebración de contratos con los accionistas mayoritarios de una compañía le representa un manifiesto conflicto de interés a los administradores que participaron en el respectivo negocio[6]. En efecto, la relación de dependencia que existe entre administradores y controlantes es de suficiente entidad como para comprometer el juicio objetivo de aquellos funcionarios en el curso de una operación determinada. Según las explicaciones antes formuladas, este conflicto de interés se concreta, específicamente, en la potestad de los controlantes de remover a los administradores en cualquier momento. De suerte que los administradores que se propongan participar en operaciones con los asociados controlantes deberán surtir el trámite de autorización contemplado en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009 para los conflictos de interés.

'El referido trámite también deberá cumplirse cuando se celebren operaciones entre compañías sujetas al control de una misma persona. Esta postura encuentra sustento, igualmente, en la influencia que puede ejercer el accionista controlante sobre los administradores de tales sociedades. Puede pensarse en el caso de una persona que sea propietaria, respectivamente, del 60% y el 90% de las acciones de dos compañías que contratan entre sí[7]. En este ejemplo, el accionista en cuestión podrá valerse de su potestad mayoritaria para incidir sobre los términos en que habrá de celebrarse el respectivo contrato. Es claro, además, que tal accionista

---

6 Podría pensarse en una excepción a la regla general mencionada en el texto principal, en aquellos casos en los que, por virtud de mayorías calificadas o acuerdos parasociales, los accionistas mayoritarios no puedan remover libremente a los administradores.

7 El Banco Mundial suele emplear el ejemplo presentado en el texto principal para medir el grado de protección de asociados bajo los índices del programa denominado Doing Business.

tendrá incentivos para promover condiciones contractuales que favorezcan a la compañía en la que cuenta con una mayor participación de capital[8]. Si la primera sociedad (en la que el accionista detenta el 60% de las acciones) le vende un activo a la segunda (en la que cuenta con el 90%), el controlante podría entonces instigar a los administradores de ambas sociedades a fijar un precio exiguo en el respectivo contrato de compraventa.

'Así las cosas, siempre que una compañía pretenda celebrar operaciones con su accionista controlante o con sociedades controladas por ese mismo sujeto, deberá surtirse el trámite previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995'[9].

Efectuadas las anteriores consideraciones, es posible ahora examinar las conductas refutadas en la demanda de Unikia S.A. y Kia Plaza S.A.

B. Acerca de la decisión controvertida por los demandantes

Como ya se dijo, los reparos formulados por Unikia S.A. y Kia Plaza S.A. están relacionados con una decisión de la junta directiva de Metrokia S.A., por cuya virtud se autorizó al representante legal de la sociedad para otorgar avales respecto de obligaciones a cargo de Neocorp S.A.S. y Global Car World S.A.S. También es preciso reiterar que el accionista controlante de Metrokia S.A. podría ser el propietario de una participación mayoritaria de capital en Neocorp S.A.S. De ser ello cierto, los administradores de Metrokia S.A. deberán surtir el trámite de autorización contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 para poder participar en cualquier gestión relacionada con el otorgamiento de avales y garantías a favor de Neocorp S.A.S., incluida, por supuesto, la adopción de decisiones en el seno de las reuniones de la junta directiva. A pesar de lo anterior, el apoderado de los demandantes ha puesto de presente que la decisión impugnada fue aprobada sin contar con la autorización expresa de la asamblea general de accionistas de Metrokia S.A., según lo exige el citado numeral 7 del artículo 23 (vid. Folio 23).

---

8 FH O'Neal y RB Thompson (2004) 3-121 a 3-136.

9 En estas hipótesis, sin embargo, el sistema de autorización previsto en la Ley 222 no permite descontar los votos de los asociados mayoritarios. De ahí que, mediante la simple aplicación de la ley de las mayorías, el mismo controlante que se propone contratar con la sociedad pueda impartir la aprobación exigida en la ley. Aunque esta posibilidad parecería hacer nugatorio el régimen de autorización contemplado en la Ley 222, no debe perderse de vista que, conforme al último inciso del numeral 7, 'la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad'. Lo anterior quiere decir que si las operaciones autorizadas le causan demérito al patrimonio social, será posible, en todo caso, controvertir tales negocios ante las instancias judiciales.

Unikia S.A. y Kia Plaza S.A. también han llamado la atención sobre las justificaciones ofrecidas por los miembros de junta directiva de Metrokia S.A. para defender la premura con la que se adoptó la decisión reprochada. En criterio de los demandantes, tal determinación obedeció a '[l]a creciente necesidad del accionista mayoritario de rescatar o ayudar financieramente a otra sociedad o sociedades de su control, arriesgando el patrimonio de Metrokia' (vid. Folio 27). Una vez examinada el acta n° 73, en la que se da cuenta de lo acontecido durante esa sesión, el Despacho pudo establecer que los mencionados miembros de junta directiva no parecen haber esgrimido mayores argumentos para justificar la decisión debatida en este proceso. En palabras del señor Esteban Díaz, la autorización al representante legal de Metrokia S.A. 'es indispensable […] para la operación de [Neocorp S.A.S. y Global Car World S.A.S.]' (vid. Folio 125). Así, pues, luego de la breve intervención del señor Díaz y sin discusiones adicionales, se impartió la autorización que dio lugar a la demanda de Unikia S.A. y Kia Plaza S.A. Ante las exiguas explicaciones ofrecidas sobre este particular, no puede descartarse la posibilidad de que la autorización cuestionada por los demandantes pudiera haber obedecido exclusivamente a la intención de salvaguardar los intereses de Neocorp S.A.S. y Global Car World S.A.S., en detrimento de Metrokia S.A. A lo anterior debe sumársele lo manifestado por los demandantes, en el sentido de que Neocorp S.A.S. 'es una competencia directa' de Metrokia S.A. en el mercado de importación y comercialización de vehículos automotores (vid. Folio 15). En síntesis, pues, las circunstancias fácticas que rodearon la decisión aquí controvertida arrojan un manto de duda sobre las razones que llevaron a autorizar al representante legal de Metrokia S.A.S para otorgar avales a favor de Neocorp S.A.S. y Global Car World S.A.S.

Así las cosas, el Despacho considera que Unikia S.A. y Kia Plaza S.A. han acreditado que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican la práctica de una medida cautelar. En efecto, de verificarse la veracidad de lo expresado por los demandantes, podría haberse presentado una violación de los deberes que les correspondían a los miembros de junta directiva de Metrokia S.A. en su calidad de administradores de la compañía. Ciertamente, al momento de tomar la decisión analizada, los aludidos administradores debieron orientar sus actuaciones hacia la protección de los intereses de Metrokia S.A., en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Al mismo tiempo, sin embargo, tales personas parecerían haber hecho prevalecer los intereses de Neocorp S.A.S. sobre los de Metrokia S.A. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en 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 de los demandantes

Tras una revisión del expediente, este Despacho pudo constatar que los demandantes, en su calidad de accionistas de Metrokia S.A., cuentan con un interés económico legítimo en el presente proceso[10].

3. Acerca de la medida que será decretada

A la luz de las consideraciones antes expuestas, el Despacho ordenará la suspensión de los efectos de la decisión consistente en autorizar al representante legal de Metrokia S.A. para que otorgue avales a favor de Neocorp S.A.S., en los términos solicitados por los demandantes (vid. Folio 35). No obstante, esta medida no abarcará el otorgamiento de garantías a favor de Global Car World S.A.S. Ello se debe a que, aunque se han aportado indicios acerca de la existencia del conflicto de interés mencionado, las afirmaciones vertidas en la demanda parecen apuntar a que dicho conflicto tan sólo se predicaría respecto de Neocorp S.A.S. Por otra parte, no parece razonable ordenarle a la junta directiva de Metrokia S.A. que se abstenga de celebrar reuniones con el fin de que 'debata, discuta y/o decida sobre temas relacionados con la decisión [controvertida en el presente proceso]' (id.). Lo anterior obedece a que, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 3 de los estatutos de Metrokia S.A., la junta directiva de la compañía cuenta con facultades para deliberar acerca de decisiones como la que ahora se analiza (vid. Folio 85). Por supuesto que, para tales efectos, los miembros de la junta directiva de Metrokia S.A. deberán adherirse a las pautas de conducta consagradas en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Por lo demás, el Despacho oficiará a Bancolombia S.A., con el fin de poner en su conocimiento la medida cautelar descrita en el presente auto.

4. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución en los términos previstos en el Código General del Proceso. Si bien en el artículo 590 de dicho código se establece que la caución debe ser 'equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda', las compañías demandantes no les han asignado un valor económico a sus pretensiones. No obstante, el citado 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, pues, este

---

10 Según lo expresado en el auto n.° 800-4336 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.

Despacho cuenta con alguna discreción para fijar de la cuantía correspondiente a la caución[11].

En el presente caso, deberá fijarse la caución a partir de los principios consagrados en el citado artículo 590. Para tales efectos, el Despacho estima necesario aludir, en primer término, a los perjuicios que podrían causarse con ocasión de la medida cautelar aquí descrita. Sobre este particular, el Despacho considera que la medida que habrá de decretarse no le generará mayores perjuicios a Metrokia S.A. o Neocorp S.A.S. Ello se debe a que la orden del Despacho no está encaminada a prohibirle a la junta directiva de Metrokia S.A. que autorice al representante legal de la compañía para que otorgue avales a favor de Neocorp S.A.S., sino, apenas, a que se solicite la autorización previa de la asamblea general de accionistas de la compañía demandada, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Así las cosas, al tratarse de una orden que simplemente refleja las obligaciones legales de los administradores de Metrokia S.A., debe concluirse que la medida en cuestión no tiene la virtualidad de generarles mayores perjuicios a tales sociedades. En segundo lugar, este Despacho ha utilizado 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 los demandantes han acreditado, con méritos suficientes, las probabilidades de éxito de sus pretensiones.

Así las cosas, a la luz de la naturaleza de la medida que será decretada, el Despacho considera que una caución equivalente al 1% del valor de los avales que podrían otorgarse a favor de Neocorp S.A.S. por virtud de la autorización impugnada en este proceso sería suficiente para cumplir con la exigencia del artículo 590 del Código General del Proceso. Es decir que la caución equivaldrá a la suma de $1.318.423.500[12].

En mérito de lo expuesto, el Coordinador del Grupo de Jurisdicción Societaria II,

---

11 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'. Cfr. sentencia C-523 de 2009.

12 El valor señalado en el texto principal se calculó con base en la tasa representativa del mercado disponible en la página web del Banco de la Republica el 25 de octubre de 2016, es decir, $2.929,83.

RESUELVE

Primero. Fijar una caución por la suma de $1.318.423.500, la cual deberá ser prestada por los demandantes 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 se preste la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la suspensión de la decisión adoptada por la junta directiva de Metrokia S.A. el 23 de septiembre de 2016, consistente en autorizar al gerente de la compañía para que proceda a otorgar garantías y avales ante Bancolombia respecto de las obligaciones o deudas de Neocorp S.A.S. por un valor de hasta cuarenta y cinco millones de dólares, así como de los documentos, contratos, títulos valores y demás negocios jurídicos que estuvieren relacionados con esa decisión. Esta medida no abarca el otorgamiento de garantías a favor de Global Car World S.A.S.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, oficiar a Bancolombia S.A., por el medio más expedito, con el fin de poner en su conocimiento la medida cautelar decretada.

Cuarto. Una vez prestada la caución en forma debida, enviar las comunicaciones necesarias a fin de que se practique la medida cautelar decretada por el Despacho.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES