

Jurisprudencia Societaria

2018

4



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Jurisprudencia Societaria

2018

4



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**



SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Superintendente de Sociedades

Francisco Reyes Villamizar

Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles (E)

Mónica Tovar Plazas

Asistentes de Edición

Juan Sebastián Gaviria Garlatti

Silvana Aroca Morón

Nicolás Pinzón Guerrero

Valentina Castillo Barriga

Diagramación

Carlos Manuel Pineda Rodríguez

Agosto de 2018

Tabla de contenido

01. Sentencia n.º 800- 1 del 11 de enero de 2017.....	7
Partes: <i>Aritel S.A. contra Instituto Nacional de Oftalmología (INO Colombia S.A.).</i>	
Asunto: Inexistencia del contrato de suscripción de acciones.	
02. Sentencia n.º 800- 8 del 22 de febrero de 2017.....	12
Partes: <i>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</i>	
Asunto: Posibilidad de que un administrador demande a la sociedad sin que constituya infracción de los deberes a su cargo.	
03. Sentencia n.º 800- 9 del 9 de marzo de 2017.....	23
Partes: <i>Alexander Bayona Bautista contra Manuel Bayona Bautista.</i>	
Asunto: Rendición de cuentas. Legitimación en la causa por activa.	
04. Sentencia n.º 800- 21 del 30 de marzo de 2017.....	25
Partes: <i>Laurel Ltda. contra Santiago Rojas Maya y Chubb Seguros de Colombia S.A.</i>	
Asunto: Responsabilidad del liquidador por incumplimiento de las reglas contenidas en los artículos 247 y 248 del Código de Comercio.	
05. Sentencia n.º 800- 16 del 14 de abril de 2017.....	36
Partes: <i>Iván Darío Arteta García contra Cementos Argos S.A.</i>	
Asunto: Presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia. Medios para efectuar la convocatoria.	
06. Sentencia n.º 800- 29 del 20 de abril de 2017.....	39
Partes: <i>Caracol Televisión S.A. contra Affinity Network S.A.S. en Liquidación y Héctor Fajardo Fajardo.</i>	
Asunto: Extensión de responsabilidad por pasivos sociales insolutos. Necesidad de afectación del patrimonio social	
07. Sentencia n.º 800- 31 del 25 de abril de 2017.....	47
Partes: <i>Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa contra Alessandro Corridori, Jhon Jairo Herreño Marín, Claudia Victoria Carvajal Jiménez, Edwuard Yonathan Martínez, Pedro Antonio Castellanos Sepúlveda, Marlon Jonathan Fernández Penagos y Carolina Pascagaza Cortés.</i>	
Asunto: Artículo 82 de la Ley 1116 de 2006. Responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales y empleados en procesos de liquidación judicial.	
08. Sentencia n.º 800- 35 del 2 de mayo de 2017.....	61
Partes: <i>José Gerardo Díaz Ardila y Orlando Jaime Landazábal contra Ana Yolanda Villamizar Bermúdez.</i>	
Asunto: Infracción al deber de cuidado.	



- 09. Sentencia n.º 800- 36 del 5 de mayo de 2017.....83**
Partes: *Ronald Torres López, Jonathan Mauricio López García, Myriam López de Torres y Dina Marcela Díaz Estévez contra Mundolimpieza S.A.S. y Johanna Carolina Maldonado López*
Asunto: Inconformidad con la gestión de los administradores no exime a los socios del pago de aportes sociales.
- 10. Sentencia n.º 800- 43 del 5 de junio de 2017.....97**
Partes: *Almacenes Yep S.A. contra Promotora de Construcciones Inmobiliarias (Proinmob) S.A.S. y Juan Carlos Lopera Yepes.*
Asunto: Conflicto de interés, órgano social competente para impartir la autorización.
- 11. Sentencia n.º 800- 46 del 8 de junio de 2017.....109**
Partes: *María Alejandra Pulido Murillo contra Clínica Oftaláser S.A. en Liquidación*
Asunto: Impugnación de decisiones sociales. Taxatividad de las causales de nulidad.
- 12. Sentencia n.º 800- 69 del 27 de julio de 2017.....112**
Partes: *Oceanis Global Investments LLC y Step Group Corp. contra Solla S.A.*
Asunto: Impugnación de decisiones sociales. Regulación del derecho de inspección.
- 13. Sentencia n.º 800- 89 del 15 de septiembre de 2017.....130**
Partes: *Interglobo S.R.L. contra Daniel Enrique Price Anzola.*
Asunto: Actos defraudatorios. Necesidad de probar la sustracción irregular de activos con el exclusivo propósito de defraudar a los acreedores.
- 14. Sentencia n.º 800- 94 del 2 de octubre de 2017.....140**
Partes: *Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. contra Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas*
Asunto: Violación al deber de lealtad. Actos de competencia.
- 15. Sentencia n.º 2017- 01- 535797 del 18 de octubre de 2017.....152**
Partes: *John Eduardo Iral Chalarca contra Tedejota Villa & Cía S.C.A. en Liquidación.*
Asunto: Anulación irregular en el libro de registro de accionistas.
- 16. Sentencia n.º 800- 107 del 27 de octubre de 2017.....159**
Partes: *Nydia Rocío Cepeda Lemus e Hijos y Cía. S. en C. contra Jorge Alberto Montañez Vásquez*
Asunto: Violación al deber de lealtad. Actos de competencia.
- 17. Sentencia n.º 800- 116 del 24 de noviembre de 2017.....170**
Partes: *Julio Ramón Gálvez Ospina contra Sandra Bibiana Piedrahita Echeverry, Alicia Elena Cadamil Peláez, Saint Andrew's S.A. en Liquidación y Velásquez Cadamil S.A.S*
Asunto: Conflicto de interés cuando el administrador no participa directamente en la operación.
- 18. Sentencia n.º 800- 120 del 6 de diciembre de 2017.....183**
Partes: *El Zarzal S.A. contra Arturo Escallón Lloreda y Alianza Fiduciaria S.A.*

como vocera del Fideicomiso El Zarzal

Asunto: Conflictos de interés en la celebración de contatos de fiducia mercantil.

- 19 Sentencia n.º 800- 129 del 19 de diciembre de 2017.....195**
Partes: *Sloane Logistics S.A.S. contra Carbones de los Andes (Carboandes) S.A., Sloandes Logistics S.A.S. y Juan Carlos Quintero Castro.*
Asunto: Conflictos de interés. Celebración de acuerdos previos a la constitución de la sociedad.
- 20. Sentencia n.º 800- 131 del 21 de diciembre de 2017.....203**
Partes: *Grace Victoria Quintero Bermúdez contra Quintero e Hijos Ltda. y Gilberto Antonio Quinteri Bermúdez.*
Asunto: Trato inequitativo a socios.

Sentencia n.º 800-1 del 11 de 2017

Partes	Aritel S.A Contra Instituto Nacional de Oftalmología (INO Colombia) S.A
Asunto	Controversias con la suscripción de acciones y el agotamiento del derecho de preferencia
Tramite	Proceso verbal
Número del proceso	2016-800-130

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a controvertir la validez de dos contratos de suscripción de acciones celebrados entre Aritel S.A. y el Instituto Nacional de Oftalmología (INO Colombia) S.A. en febrero y noviembre de 2013. Según lo expuesto por la demandante, para la celebración de los negocios jurídicos en comento no se habrían elaborado ni aprobado reglamentos previos de emisión y colocación de acciones. Asimismo, se habría omitido surtir el trámite del derecho de preferencia consagrado en el artículo 13 de los estatutos sociales de INO Colombia S.A. (vid. Folios 7 y 10). Por su parte, la compañía demandada ha puesto de presente que los negocios jurídicos celebrados fueron, en realidad, promesas de compraventa por virtud de las cuales INO Colombia S.A. destinaría una porción de las utilidades líquidas para readquirir la participación social de uno de sus accionistas y posteriormente enajenarla a favor de Aritel S.A. (vid. Folio 302). Sin embargo, ante la imposibilidad de readquirir las acciones por falta de utilidades líquidas, la compañía demandada se habría visto avocada a aumentar, en 2014, su capital autorizado a efectos de emitir el número de acciones prometidas en venta a Aritel S.A. (vid. Folio 303). En esa medida, INO Colombia S.A. sostiene que no habría sido necesario contar con un reglamento previo para la celebración de los referidos contratos de promesa de compraventa (id.).

Para resolver la controversia antes descrita, a continuación se presenta un breve análisis sobre la naturaleza de los negocios jurídicos controvertidos, para luego estudiar los vicios que pudieron haberse configurado en su celebración.

1. Sobre la naturaleza de los contratos suscritos entre Aritel S.A. e INO Colombia S.A.

Tras una revisión minuciosa de las pruebas recaudadas a lo largo del proceso, el Despacho encuentra que los negocios jurídicos controvertidos no revisten las características de contratos preparatorios en los términos descritos por la

compañía demandada.¹ Según la información que obra en el expediente, el primero de los contratos en cuestión—celebrado en febrero de 2013—tuvo por objeto ‘transferir a la compradora la titularidad, derecho de dominio y la posesión que [INO Colombia S.A.] tiene y ejerce sobre ochocientas (800) acciones ordinarias que hacen parte del capital social [...]’ (vid. Folio 126).² De allí que la obligación principal en cabeza de Arintel S.A. consistiera en pagar el precio estipulado ‘mediante transferencia electrónica a la cuenta corriente [de] INO Colombia S.A.’ (id.). Por su parte, la compañía demandada se obligó a ‘realizar la transferencia de las acciones y emitir los títulos, [...] formalizar la venta de las acciones mediante el registro en los libros contables y de accionistas de la sociedad, una vez se reciba el pago total [...] y reconocer la calidad de accionista [a Arintel S.A.]’ (id.).

Adicionalmente, debe señalarse que el 28 de febrero de 2013 las partes suscribieron un otrosí al negocio jurídico descrito en el párrafo anterior, en el que manifestaron expresamente haber celebrado ‘un contrato de compraventa, mediante el cual [INO Colombia S.A.] transfirió a [Arintel S.A.] la titularidad, derecho de dominio y la posesión sobre ochocientas (800) acciones ordinarias’ (vid. Folio 128). En dicho documento se afirma, además, que ‘el valor de [la] negociación ascendió a la suma de mil doscientos cuarenta millones de pesos (\$1.240.000.000), los cuales fueron cancelados por la compradora [...] el 25 de febrero de 2013’ (vid. Folio 128).³ En idéntico sentido, las pruebas recaudadas apuntan a que el segundo contrato controvertido—celebrado en noviembre de 2013— se trató de una compraventa de ‘doscientas quince (215) acciones [...] en la sociedad INO Colombia S.A.’ por un precio equivalente a \$377.520.000, el cual habría sido pagado en su totalidad por la demandante (vid. Folios 130 a 135).

2. Sobre la necesidad de elaborar y aprobar un reglamento previo de emisión y colocación de acciones

¹ En el presente caso, como se explicará en el texto principal, Arintel S.A. e INO Colombia S.A. no se obligaron a celebrar un contrato futuro. Según explica la Corte Suprema de Justicia, un contrato de promesa envuelve ‘la obligación fundamental de hacer el negocio prometido’ (Cfr. Sala de Casación Civil, sentencia n.º 7386 del 6 de julio de 2007). De igual forma, en criterio de Reyes Villamizar ‘la promesa de contrato la regulan los artículos 1611 del Código Civil (subrogado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887) y 861 del Código de Comercio. En esta última disposición el legislador se abstiene de definir la promesa de contrato y se limita a señalar que en virtud de este negocio jurídico surge la obligación de hacer, consistente en celebrar el contrato prometido’. (Cfr. FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 3ª Ed. (2016, Bogotá, D.C., Editorial Temis) 409).

² Si bien es cierto que en el encabezado de cada página las partes denominaron tal negocio jurídico ‘contrato de promesa de compraventa de acciones’ (vid. Folios 125 a 127), no puede perderse de vista que ‘el hecho de que los contratantes califiquen o titulen su contrato de cierta manera no quiere decir que tengan la razón’. Cfr. M Rengifo Gardeazábal, ‘Teoría General del Contrato’ en Derecho de las Obligaciones, Tomo I (2011, Bogotá, D.C., Editorial Temis) 272.

³ Como consecuencia de una variación en la tasa de cambio entre el peso colombiano y el dólar estadounidense, se estipuló una devolución de \$30.500.000 a favor de Arintel S.A. Dicha suma, según se manifiesta en el otrosí, fue efectivamente recibida por Arintel S.A. (vid. Folio 129).

Las circunstancias descritas en el acápite anterior permiten concluir, con bastante claridad, que para la celebración de los negocios jurídicos controvertidos por Arintel S.A. debió elaborarse y aprobarse un reglamento previo de emisión y colocación de acciones.⁴ Según se ha explicado, ‘en [el reglamento] se concretan los elementos esenciales del negocio de suscripción de acciones que se propone a los destinatarios de la oferta primaria de acciones’.⁵ En este punto debe decirse que, aunque INO Colombia S.A. sostuvo que la negociación se realizó respecto de acciones readquiridas en lugar de acciones en reserva, esta circunstancia en nada alteraría la necesidad de elaborar y aprobar el reglamento a que se ha hecho referencia.⁶ En verdad, el artículo 396 del Código de Comercio dispone que ‘la enajenación de las acciones readquiridas se hará en la forma indicada para la colocación de acciones en reserva’. Conforme lo ha explicado la doctrina societaria más autorizada, ‘no necesariamente todo contrato de suscripción de acciones comporta un aumento del capital social, dado que a través del contrato

⁴ La sociedad demandada sostuvo que las acciones adeudadas a Arintel S.A. fueron registradas contablemente como un pasivo a cargo de INO Colombia S.A. En su criterio, con la emisión de acciones aprobada en 2014 se habría capitalizado dicha acreencia, por lo que no se hacía necesario elaborar un reglamento previo de emisión y colocación (Cfr. grabación de la audiencia del 25 de noviembre de 2016). No obstante, el Despacho no encuentra que en el caso bajo estudio se hubiese realizado una capitalización de la naturaleza indicada. Según Reyes Villamizar, la capitalización de acreencias ‘permite que la sociedad resuelva un pasivo externo para que su titular activo se convierta en asociado, es decir, un acreedor interno. En la práctica, la mecánica de este sistema de capitalización es sencilla: se trata, de una operación muy semejante a la compensación, en la cual la situación simultánea de acreedor y deudor en cabeza de la sociedad se resuelve mediante la autorización impartida por el acreedor para que se apliquen las sumas que se le adeudan a amortizar la obligación dineraria que surge de la capitalización’. Cfr. FH Reyes (2016) 414.

⁵ NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario, 2ª Ed. (2014, Bogotá, D.C., Editorial Legis) 558. El Despacho pudo advertir que durante el año 2013 INO Colombia S.A. no contaba con acciones en reserva para celebrar un contrato de suscripción de acciones. En verdad, la totalidad de acciones emitidas se encontraban suscritas para la época en que se celebraron los contratos con Arintel S.A., tal y como se manifestó en el escrito de contestación de la demanda (vid. Folios 301, 376 reverso y 1153). Ahora bien, la decisión de aumentar el capital autorizado de INO Colombia S.A., una vez se vio frustrada la posibilidad de readquirir la participación en cabeza de uno de sus accionistas, se adoptó en mayo de 2014 (vid. Folios 246, 247, 303, 370, 374, 470, 792, 1052, 1107, 1156 y 1157). Para el Despacho, sin embargo, tal aumento de capital no tiene la virtualidad de suplir la necesidad de contar con reglamentos previos para las suscripciones de acciones pactadas en febrero y noviembre de 2013. Ciertamente, vale la pena señalar que las 1.015 acciones objeto de la negociación con Arintel S.A. habrían representado una participación del 10.15% en el capital de la compañía, que para la fecha de la celebración de los negocios controvertidos se dividía en un total de 10.003 acciones (vid. Folio 376 reverso). Sin embargo, con el posterior aumento en el capital autorizado y suscrito, las mismas 1.015 acciones representarían una participación de apenas el 9.06% (vid. Folio 397). Tal y como lo expresó la demandante, ‘la expedición de un título [...] con posterioridad a la emisión y no antes, según lo pactado, condujo a que las 1.015 acciones adquiridas fueran menos representativas del capital de INO Colombia S.A.’ (vid. Folio 11).

⁶ A pesar de que la compañía demandada manifestó ser titular de las acciones ofrecidas a Arintel S.A. (vid. Folio 126), el Despacho pudo advertir que, según consta en el acta n.º 16 del 27 de marzo de 2014, la decisión de readquirir la participación en cabeza de uno de los accionistas de INO Colombia S.A. fue adoptada por la asamblea general de accionistas más de un año después de la suscripción del primer negocio jurídico con la sociedad demandante (vid. Folios 262, 466 y 786).

de suscripción una sociedad puede colocar [...] acciones propias readquiridas'. En otras palabras, 'la colocación de acciones readquiridas debe efectuarse por el mecanismo y las reglas del contrato de suscripción de acciones por mandato del mismo artículo 396, aunque corresponda a una operación de mercado secundario de acciones en tesorería de la sociedad'.⁷ Así las cosas, esta Superintendencia ha sostenido que, 'en el evento de optar por la enajenación de acciones readquiridas, la sociedad deberá seguir el procedimiento establecido para la colocación de acciones, es decir, de acuerdo con el reglamento de suscripción, el cual deberá contener la información exigida en el artículo 386 [del Código de Comercio]'.⁸ En el presente caso, sin embargo, el Despacho encuentra que no se elaboraron ni aprobaron los correspondientes reglamentos.⁹

En este punto es necesario precisar que, tanto en sede administrativa como judicial, esta entidad ha sostenido que la consecuencia de la irregularidad antes descrita es la inexistencia del contrato respectivo.¹⁰ De igual forma, la doctrina societaria ha señalado que la inexistencia es 'la sanción jurídica que afecta el contrato [...] efectuado con base en un reglamento de suscripción de acciones ineficaz o, lo que es lo mismo, sin que medie reglamento de emisión de acciones'.¹¹ Así, pues, aunque la demandante solicitó la declaratoria de nulidad absoluta de los negocios jurídicos celebrados con INO Colombia S.A., este Despacho advertirá su inexistencia. Ello obedece a que los jueces deben reconocer la inexistencia de actos y negocios jurídicos 'en su labor de administrar justicia, incluso de manera oficiosa, para los efectos de dar curso a las pretensiones que se le formulen, en particular—en estos casos—para que ordene volver las cosas a su estado anterior'.¹² Por lo demás, se ordenará a la compañía

⁷ NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario, 2ª Ed. (2014, Bogotá, D.C., Editorial Legis) 518-519.

⁸ Cfr. Superintendencia de Sociedades, oficio n.º 220-066309 del 12 de mayo de 2015.

⁹ Ciertamente, en el transcurso del proceso INO Colombia S.A. únicamente aportó dos reglamentos de emisión y colocación de acciones. En el primero de ellos, aprobado en octubre del 2011 por la asamblea general de accionistas de la compañía, se dispuso la emisión de tres acciones privilegiadas, las cuales fueron efectivamente colocadas ese mismo año (vid. Folios 1150 a 1154). El segundo reglamento puesto a consideración de este Despacho se elaboró en mayo de 2014 con ocasión de un aumento en el capital autorizado de INO Colombia S.A., según consta en el acta n.º 17 (vid. Folios 246, 247, 303, 370, 374, 470, 792, 1052, 1107, 1156 y 1157). Adicionalmente, el apoderado de INO Colombia S.A. manifestó, durante la audiencia celebrada el 1º de noviembre de 2016, que para la celebración de los contratos suscritos en febrero y noviembre de 2013 'no hubo reglamento de emisión y colocación, porque se suponía que no se iban a emitir acciones. Se iban a readquirir y esas eran las que le iban a otorgar a Arintel' (vid. Folio 577, minuto 43:50).

¹⁰ Cfr. Superintendencia de Sociedades, oficios n.º OA-008 del 1º de febrero de 1979 y 220-73773 del 21 de diciembre de 2006, sentencias n.º 800-104 del 16 de noviembre de 2016 y 800-112 del 16 de diciembre de 2016.

¹¹ NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario, 2ª Ed. (2014, Bogotá D.C., Editorial Legis) 562.

¹² NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario, 2ª Ed. (2014, Bogotá D.C., Editorial Legis) 381

demandada restituir a Arintel S.A. el precio pagado por las acciones, junto con los intereses que correspondan.¹³

3. Sobre la sujeción al derecho de preferencia en la suscripción de acciones

La compañía demandante argumentó que, además de no haber contado con reglamentos previos, los negocios jurídicos controvertidos se celebraron sin sujeción al derecho de preferencia consagrado en el artículo 13 de los estatutos sociales de INO Colombia S.A. (vid. Folios 7, 10, 42 y 331 reverso). La inobservancia del aludido derecho de preferencia, según lo han explicado la Corte Suprema de Justicia y esta misma Superintendencia, podría acarrear la nulidad del contrato correspondiente.¹⁴ No obstante lo anterior, mal haría este Despacho en pronunciarse sobre la validez de los contratos controvertidos por Arintel S.A., cuando ya se ha advertido una causal de inexistencia. En verdad, es bien sabido que 'las condiciones de validez tienen como premisa la preexistencia del acto, por lo que no le es dable al juez pronunciarse sobre el valor del acto [...] inexistente'.¹⁵ En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Advertir la inexistencia de los contratos de suscripción de acciones celebrados entre Arintel S.A. e Instituto Nacional de Oftalmología (INO Colombia) S.A. el 16 de febrero y el 26 de noviembre de 2013.

Segundo. Ordenarle a Instituto Nacional de Oftalmología (INO Colombia) S.A. restituir a Arintel S.A. la suma de \$1.587.020.000, junto con los intereses que correspondan hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo de esta obligación.

Tercero. Condenar en costas a la sociedad demandada y fijar como 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 once días del mes de enero de dos mil diecisiete y se notifica en estrados

¹³ El precio pagado tras la celebración de ambos negocios jurídicos, según las pruebas que obran en el expediente, asciende a \$1.617.520.000 (vid. Folios 128 y 135). Sin embargo, teniendo en cuenta la devolución de \$30.500.000 efectuada por INO Colombia S.A. (vid. Folio 129), el monto a restituir será de \$1.587.020.000, junto con los intereses que correspondan hasta que se realice el pago efectivo de la obligación.

¹⁴ Cfr. Superintendencia de Sociedades, oficios n.º 220-093450 del 22 de octubre de 2012 y 220-168769 del 25 de noviembre de 2013 y Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 2006-00046-01 del 14 de julio de 2010.

¹⁵ Cfr. A Paredes Hernández, 'Ineficacia del Acto Jurídico' en Derecho de las Obligaciones, Tomo I (2011, Bogotá, D.C., Editorial Temis) 565.

Sentencia n.º 800 del 22 de febrero de 2017	
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	Responsabilidad de administradores
Tramite	Proceso Verbal
Número del proceso	2016-800-66

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.

Metroagua S.A. E.S.P. fue constituida el 14 de noviembre de 1989 para realizar principalmente actividades de ‘captación, tratamiento y distribución de agua’ (vid. Folio 19). El 27 de noviembre de 1989, Metroagua S.A. E.S.P. y el Distrito de Santa Marta celebraron el contrato n.º 74, por cuya virtud este último le entregó al Distrito en arrendamiento los activos que componen el sistema de acueducto y alcantarillado de la ciudad (vid. Folios 86 a 89). A partir de ese momento, Metroagua S.A. E.S.P. ha tenido a su cargo la operación de dicho sistema y, en consecuencia, la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en Santa Marta.

A lo largo de su ejecución, el contrato de arrendamiento antes descrito ha sido objeto de varias modificaciones. El 16 de abril de 1997, por ejemplo, las partes acordaron prorrogar el término de ejecución del contrato hasta el 17 de abril de 2017 (vid. Folios 95 a 96). Del mismo modo, el 13 de septiembre de 2002, las partes suscribieron el documento denominado ‘otrosí n.º 4’, por medio del cual el Distrito autorizó a Metroagua S.A. E.S.P. para realizar toda clase de mejoras sobre la infraestructura dada en arrendamiento. En tal documento se acordó, además, que al concluir el término de ejecución del contrato, el Distrito reconocería a Metroagua S.A. E.S.P. un valor por las mejoras realizadas y dicha compañía continuaría con la operación del sistema de acueducto y alcantarillado hasta tanto las partes ‘se declar[aran] a paz y salvo por todo concepto [...]’ (vid. Folio 99).

El 14 de marzo de 2013, durante la reunión de la asamblea general de accionistas de Metroagua S.A. E.S.P., se designó al Distrito de Santa Marta como miembro de la junta directiva de la compañía (vid. Folios 6, 20, 339 y 413). El 21 de septiembre de 2015, el Distrito presentó una acción popular en contra de Metroagua S.A. E.S.P. encaminada principalmente a que ‘se ordene la terminación judicial anticipada del contrato de arrendamiento’, ‘la entrega pacífica y pronta de

toda la infraestructura del servicio de acueducto y alcantarillado’, ‘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 [...]’ y ‘se faculte al alcalde [...] de Santa Marta para retomar la prestación del servicio [...] en la ciudad’ (vid. Folio 35). En sustento de lo anterior, el Distrito de Santa Marta invocó la necesidad de protección ‘de los derechos colectivos de moralidad administrativa y patrimonio público, violados con la celebración y ejecución del [denominado] contrato de arrendamiento suscrito el 27 de noviembre de 1989’ (vid. Folios 26 a 38).

Por virtud de lo anterior, el 30 de diciembre de 2015 la asamblea general de accionistas de Metroagua S.A. E.S.P. aprobó iniciar una acción social de responsabilidad en contra del Distrito de Santa Marta por la presunta infracción a los deberes que le correspondían a la luz de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 (vid. Folios 107 a 114).

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El proceso sometido a consideración de este Despacho busca 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 Metroagua S.A. E.S.P. Para fundamentar lo anterior, se ha dicho que, mientras ejercía el cargo de director, el Distrito presentó una acción popular en contra de la demandante, con el fin de dar por terminado un contrato de arrendamiento sobre los activos que componen el sistema de acueducto y alcantarillado de Santa Marta. A juicio de la demandante, tal actuación constituye una infracción de las pautas de conducta previstas en la Ley 222 de 1995 para los administradores sociales. Según se expresó en la demanda, ‘[l]a interposición de la acción popular por parte del Distrito, en su momento administrador [...], constituye por sí sola e independientemente de su resultado, una actuación contraria a los intereses de la sociedad administrada y por tanto violatoria, al menos, de los deberes de abstención consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995’ (vid. Folio 8). Adicionalmente, la demandante ha controvertido el hecho de que ‘desde el año 2014, a través de la denominada “Gira de la Verdad”, la administración distrital inició una campaña de desprestigio de Metroagua, y a pesar de tener la condición de administrador, en las diversas reuniones con la comunidad el propio alcalde distrital se dedicó a desfigurar la imagen [de la compañía] [...]’ (vid. Folio 11).

Por su parte, la apoderada del Distrito sostiene que la presentación de la acción popular no configura, por sí misma, una infracción de los deberes a cargo de los administradores sociales.¹ Además, la referida apoderada aduce que, aunque el

¹ En palabras de la apoderada del Distrito, ‘la simple interposición de la demanda o de la acción en sí no configuraría, societariamente hablando, una [infracción que dé lugar] a la responsabilidad del

Distrito ostentaba la condición de director al momento en que se presentó la acción popular, también le asistían deberes legales y constitucionales derivados de su calidad de garante de los intereses generales de la comunidad. En este sentido, se afirma que, ante evidentes falencias en la prestación de los servicios públicos por parte de Metroagua S.A. E.S.P., muchas de las cuales provendrían de la forma en que fue estructurado el contrato de arrendamiento, se hizo necesario presentar una acción judicial tendente a dar por terminado, de manera anticipada, el referido negocio jurídico (vid. Folio 194 y 198). Es por ello que se considera que el Distrito no ‘busca proteger sus propios intereses económicos como arrendador de los activos empleados por [la compañía] para el cumplimiento de su objeto social [...], pues ante esta discusión, se debe tener en cuenta que el Distrito actúa en calidad de garante de los servicios públicos domiciliarios que presta la demandante’ (vid. Folio 213). Por lo demás, el demandado indica que ‘[l]a inminente disolución y liquidación de la sociedad Metroagua no puede convertirse en una situación que justifique su permanencia como operador en el Distrito de Santa Marta, no puede convertirse en un factor que la mantenga obstinadamente a pesar de sus deficientes resultados por tantos años’ (vid. Folio 200).

1. Acerca de la presentación de la acción popular por parte del Distrito de Santa Marta contra Metroagua S.A. E.S.P.

Lo primero que debe decirse es que, al momento de decretar las medidas cautelares solicitadas por la demandante, este Despacho presentó un análisis preliminar acerca de las cuestiones debatidas en el presente proceso. Es así como, en el auto n.º 800-5737 del 14 de abril de 2016, se hizo referencia a algunos eventos en los que la presentación de una demanda por parte de un administrador en contra de la compañía en la que ejerce sus funciones no configura, automáticamente, una infracción al deber de lealtad. Según el texto del auto en cuestión, ‘[p]uede 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”.

Adicionalmente, en la providencia a que se ha hecho referencia, este Despacho hizo alusión a algunos ejemplos en los que un administrador que también reviste la condición de asociado presenta una demanda contra la compañía. Según lo

administrador’. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 23 de septiembre de 2016 (vid. Folio 462) 29:15 - 29:26.

expresado en el auto n.º 800-5737, '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.² 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.³ El asociado en cuestión también podría llamar a juicio a la sociedad para procurar la ejecución específica de un acuerdo de accionistas, en los términos permitidos por el párrafo 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'.

Por último, el Despacho se refirió a la posibilidad de que un administrador demande a la sociedad con el fin de salvaguardar el patrimonio social. De acuerdo con lo expuesto en el auto en comento, '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.⁴ 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.⁵ 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'.

Aunado a lo anterior, es posible encontrar algunos ejemplos en los que, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, sea perfectamente factible que el administrador demande a la compañía para salvaguardar intereses legítimos que, en alguna otra condición, la ley le faculta defender. Podría pensarse, por ejemplo, en la posibilidad de que un administrador que también ostenta la calidad de acreedor de la compañía, inicie una acción de desestimación de la personalidad

² 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.º 800-142 del 9 de noviembre de 2015).

³ Cfr., por ejemplo, el caso de Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S. (sentencia n.º 800-119 del 17 de septiembre de 2015).

⁴ Este ejemplo parte del supuesto de que no se ha aprobado una acción social de responsabilidad en la asamblea general de accionistas.

⁵ 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.º 7582).

jurídica por cuanto considera que la sociedad fue utilizada con el fin de evadir fraudulentamente la obligación social a su favor. En esta hipótesis, la demanda debería dirigirse en contra de los asociados y administradores que hayan participado de los actos presuntamente defraudatorios, así como de la compañía cuya personalidad jurídica pretende que se desestime. Del mismo modo, un administrador autorizado por el máximo órgano social para entregar dinero a título de mutuo a la sociedad, podría procurar el cobro judicial de esta obligación en caso de que sea incumplida. Tales funcionarios podrían, incluso, demandar a la compañía a efectos de obtener el pago forzoso de la remuneración que les corresponde.

Parece entonces bastante claro que un administrador puede demandar a la sociedad en la que ejerce sus funciones sin que tal actuación constituya necesariamente una infracción de los deberes a su cargo. En la medida en que exista una razón legítima para hacerlo, no sería factible concluir que con la sola presentación de la demanda se produce inmediatamente una actuación desleal. Ahora bien, si el funcionario se vale de su posición como administrador para obtener una ventaja injustificada en detrimento de los intereses de la compañía, podría configurarse una infracción de la naturaleza indicada. Así, por ejemplo, sería reprochable que un administrador, en ejercicio de sus funciones, acceda a información de reserva de la sociedad para luego utilizarla como sustento de una demanda directamente encaminada a perjudicar los intereses sociales y obtener un provecho ilegítimo. Bajo este supuesto, sin embargo, la infracción no devendría de la presentación de la demanda, sino del hecho de haber utilizado información privilegiada a la que tuvo acceso por virtud de su cargo para causar perjuicios a la compañía que representa.

Efectuadas las anteriores precisiones, corresponde ahora determinar si el Distrito de Santa Marta, al presentar una acción popular en contra de Metroagua S.A. E.S.P., infringió los deberes que le correspondían como antiguo director de esa compañía.⁶

Tras una revisión de los documentos que reposan en el expediente, el Despacho pudo verificar que, en efecto, el 21 de septiembre de 2015 el Distrito presentó una acción popular en contra de Metroagua S.A. E.S.P. (vid. Folios 23 a 38). El Despacho también pudo constatar que, como prueba de los hechos que le sirvieron de fundamento a sus pretensiones, el Distrito tan solo presentó copia del contrato controvertido y sus respectivos 'otrosíes' (vid. Folio 36). Lo anterior coincide con lo expresado por Carlos Eduardo Caicedo Omar durante la práctica de su interrogatorio de parte. Según lo indicado por el señor Caicedo Omar, quien fungía como alcalde de Santa Marta para la época en que se presentó la acción popular, los documentos aportados 'son de público conocimiento y reposan en las

⁶ En este punto resulta pertinente traer a colación lo expuesto por el apoderado de Metroagua S.A. E.S.P. durante la audiencia de fijación del objeto del litigio. En sus palabras, 'específicamente el solo adelantar esa acción viola los deberes que tiene el administrador porque con esa acción está pretendiendo despojar de uno de sus activos más importantes [...]'. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 23 de septiembre de 2016 (vid. Folio 462) 15:00 – 15:23.

oficinas de Metroagua, en las oficinas de la Alcaldía y, entre otras cosas, están en manos de muchas personas [...] porque [el] contrato ha sido, en alguna serie de oportunidades, cuestionado jurídicamente'.⁷

En este sentido, debe decirse que la información presentada con la acción popular no fue obtenida por el Distrito en virtud de su posición como administrador de Metroagua S.A. E.S.P. Ciertamente, el texto del contrato de arrendamiento, así como sus correspondientes modificaciones, podían estar en poder del Distrito en su calidad de arrendador.⁸ De hecho, no puede perderse de vista la exigencia de publicidad que, por expresa disposición de la ley, debe garantizarse respecto de los contratos estatales.⁹

De otra parte, no se hallaron suficientes elementos de juicio que le permitieran al Despacho arribar a la conclusión de que el Distrito de Santa Marta, en forma previa a la presentación de la acción popular, se valió de su posición como miembro de la junta directiva de Metroagua S.A. E.S.P. para acceder a información de carácter reservado con el fin de iniciar la acción en comento. En primer lugar, luego de revisar las solicitudes de información presentadas por el Distrito a la sociedad demandante, el Despacho pudo establecer que tan solo una de las solicitudes en cuestión es anterior a la fecha de presentación de la acción popular (vid. Folio 884).¹⁰ Este documento, sin embargo, da cuenta apenas de una solicitud formulada a Metroagua S.A. E.S.P para que, en su condición de contratista, suministrara información general relacionada con el contrato de arrendamiento, '[e]n consideración al proceso de actualización de la base de datos jurídicos del Distrito [...]' (id.).

En segundo lugar, si bien en las reuniones de la junta directiva se presentaban informes de gestión del representante legal y se ponían en conocimiento de los directores datos operativos y financieros de Metroagua S.A. E.S.P. (id.),¹¹ las pruebas recaudadas no son suficientes para concluir que el Distrito se valió necesariamente de esa información para efectos de presentar la acción popular. Tan es así que, para acreditar los ingresos percibidos por la compañía demandante con ocasión de su operación, así como aquellos que el demandado

⁷ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 11 de noviembre de 2016 (vid. Folio 904) 45:15 - 45:36.

⁸ Así lo señaló Germán Sarabia Huyke, quien ostenta la condición de miembro de la junta directiva de Metroagua S.A. E.S.P. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 25 de octubre de 2016 (vid. Folio 873) 7:45.

⁹ Cfr. numeral 17 del artículo 8 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

¹⁰ Dentro de los documentos remitidos a este Despacho por el representante legal de la compañía también se encuentra un derecho de petición presentado por el señor Caicedo Omar, en su condición de alcalde y representante legal del Distrito, en el que solicita que se adopten las medidas necesarias para la protección de los derechos colectivos presuntamente vulnerados con la celebración del contrato de arrendamiento (vid. Folio 884).

¹¹ Así lo señalaron los testigos Germán Sarabia Huyke, Cesar Augusto Camacho Ortega y Jacobo Noguera Benavides. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 25 de octubre de 2016 (vid. Folio 873) 35:45, 1:56:25 y 2:27:00.

considera que debió recibir como propietario de los activos entregados, el Distrito de Santa Marta no aportó información que pudiera estar en su poder, sino que solicitó el decreto de pruebas técnicas (vid. Folio 37).

En tercer lugar, la información sobre presuntas falencias en la prestación de servicios públicos era susceptible de ser conocida por el Distrito como tercero, arrendador y garante de la prestación de tales servicios. En verdad, además de que las posibles deficiencias podrían ser apenas perceptibles, la Superintendencia de Servicios Públicos, en la que también reposan numerosas quejas de usuarios sobre el particular (vid. Folios 492 a 621 y 623 a 861), realizó en agosto de 2015 una 'evaluación integral' respecto de la operación de Metroagua S.A. E.S.P. (vid. Folio 884). En esa evaluación, la Superintendencia hizo mención a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, así como a información administrativa, financiera y técnica de la sociedad (id.). De ahí que pueda concluirse que la información en cuestión no era de difícil acceso para el Distrito.

Por último, el Despacho tampoco encuentra que, en los términos del artículo 61 del Código de Comercio, el Distrito de Santa Marta haya necesariamente utilizado información reservada de Metroagua S.A. E.S.P. para presentar la acción popular. En este punto vale la pena traer a colación la precisión efectuada por el señor Germán Sarabia Huyke, miembro de la junta directiva de Metroagua S.A. E.S.P., respecto de lo que debe considerarse como información de reserva al interior de las compañías prestadoras de servicios públicos. En criterio del señor Sarabia Huyke, tal información 'es el *software*, su *know how*, la forma como actúa la empresa, su certificado de calidad. Eso no se lo pueden pasar, ni a otro ente operador o a terceros. Lo que sí le tiene que pasar es la base de datos o de usuarios, pero no el *software*. También le puede pasar los planos de la ciudad, toda la infraestructura, todo el sistema, las plantas de acueducto, las plantas de tratamiento de aguas residuales, los proyectos'.¹² Bajo este entendido, resulta aún más evidente que la información de reserva de Metroagua S.A. E.S.P. no era indispensable para efectos de presentar la mencionada acción.

Así las cosas, el Despacho debe concluir que el Distrito de Santa Marta no se valió de su posición como administrador de la sociedad demandante para acceder y usar indebidamente información social privilegiada. En efecto, no solo le era posible consultar los documentos presentados con la acción popular, sino que, además, la demandante no acreditó que para efectos de iniciar la demanda se hubiera hecho uso indebido de ese tipo de información.

Por lo demás, tampoco se demostró que el Distrito hubiera actuado, en forma exclusiva, para proteger intereses económicos directamente contrapuestos a los de Metroagua S.A. E.S.P. A juicio de la demandante, la presentación de la acción popular deviene de que '[la] intención [real] es la de no pagar las obligaciones que emanan del contrato que, entre otras, incluyen las mejoras realizadas por [Metroagua S.A. E.S.P.] cuya cuantía a la fecha de presentación de esta demanda

¹² Id. 32:08 - 34:00.

supera los [...] '\$50.000.000.000' (vid. Folios 10 a 11). No obstante, debe recordarse que el Distrito, además de que fungía como administrador de la compañía al momento de presentar la acción, también ostentaba la condición de arrendador y autoridad encargada de garantizar los intereses de la comunidad de Santa Marta. En tales calidades, el Distrito justificó con suficientes méritos —tanto en el texto de la acción popular como ante este Despacho— que la necesidad de protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, así como las evidentes falencias en la prestación de los servicios públicos por parte de Metroagua S.A. E.S.P., lo llevaron a formular las pretensiones contenidas en la acción popular, entre ellas, la atinente al pago de mejoras. De manera que, sin que le corresponda a este Despacho pronunciarse sobre la procedencia de estos argumentos, no es posible concluir, únicamente a partir del planteamiento de la aludida pretensión, que el Distrito buscaba satisfacer sus propios intereses económicos en detrimento de los de Metroagua S.A. E.S.P.

Aunque es factible que los administradores sostengan vínculos de diversa índole con la sociedad en la cual ejercen sus funciones, sería reprobable que las personas encargadas de la gestión de los negocios sociales se valgan de esa condición para obtener algún beneficio personal, en detrimento de la compañía. En el caso bajo estudio, por ejemplo, ello podría haber ocurrido si el Distrito, al interior de la junta directiva, hubiese participado en la adopción de determinaciones relacionadas con la defensa de la compañía en la acción popular iniciada en su contra. Igualmente, podría generarse una infracción a los deberes de los administradores si el Distrito, en ejercicio de sus facultades como director, hubiese accedido a información privilegiada para demandar a Metroagua S.A. E.S.P. y satisfacer sus propios intereses económicos. No obstante, en el presente caso no se acreditó que la presentación de la acción popular, propiamente invocada como infracción, fuera incompatible con los deberes a cargo del Distrito como miembro de la junta directiva de Metroagua S.A. E.S.P.

2. Acerca de la campaña de desprestigio invocada en la demanda

La sociedad demandante también considera que el Distrito de Santa Marta infringió sus deberes como administrador de Metroagua S.A. E.S.P., al promover una campaña de desprestigio denominada 'Gira de la Verdad' en contra de la sociedad.

A pesar de lo anterior, las pruebas recaudadas en el curso del proceso apuntan a que la comunidad, por sí misma, ha tenido la iniciativa de manifestar públicamente su inconformidad por las presuntas falencias en la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado por parte de Metroagua S.A. E.S.P. En palabras de la líder comunitaria Dollys Esther Rada Villega, 'somos nosotros los ciudadanos los que estamos impulsando esta campaña de no Metroagua, no más Metroagua en Santa Marta [...]. Esas iniciativas son más que todo de los samarios. Nosotros somos los que estamos impulsando todas esas cuestiones'.¹³

¹³ Id. 2:58:50 - 3:05:50.

En el mismo sentido, la testigo Jackeline de Jesús Acuña Ardila sostuvo que ‘en ningún momento el Distrito, ni ninguna autoridad, [ha promovido] una campaña de desprestigio. Es que la misma comunidad, el mismo pueblo, somos los que estamos viendo, viviendo la prestación de este servicio a través de la empresa. No tiene nada que ver hablar o decir que la empresa presta un mal servicio, con que las autoridades hayan emprendido una campaña de desprestigio, eso es falso. Somos nosotros los samarios, los vecinos de los barrios, los que padecemos de este problema. Una cosa es decirlo y otra cosa es vivir los momentos en los cuales los samarios hemos tenido que levantar nuestra voz de protesta. Bloqueo de vías. Hemos tenido que hacer reuniones de vecinos. Hemos tenido que pararnos en la raya para que nos escuchen [...]. Somos nosotros los que podemos decir, los que podemos afirmar cómo ha sido la prestación del servicio de agua’.¹⁴ Por su parte, Carlos Caicedo Omar afirmó que ‘en el Distrito de Santa Marta se hizo una labor en los barrios con la comunidad para escuchar sus quejas y reclamos y eso es una función de orden legal a la que, entre otras cosas, estaba obligado, en vista de las críticas severas de la comunidad [...]. Y se denominó [así] para que la comunidad fuera la que hablara y no la administración [...]. Lo que necesitábamos era que se escuchara la voz de la comunidad’.¹⁵

No parece claro, entonces, que el Distrito de Santa Marta haya promovido una campaña directamente encaminada a perjudicar los intereses de Metroagua S.A. E.S.P. Como ya se dijo, la calidad de administrador que el Distrito ostentaba al interior de Metroagua S.A. E.S.P., no era razón para que desatendiera sus deberes constitucionales y legales. Por tanto, no podría exigírsele al Distrito que se abstuviera de escuchar a la comunidad que representa, pues ello sería contrario a la naturaleza de sus funciones.

A la luz de las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, el Despacho desestimará las pretensiones formuladas en contra del Distrito de Santa Marta. En consecuencia, también habrán de desestimarse las pretensiones encaminadas a controvertir la responsabilidad del señor Caicedo Omar, en su calidad de representante del Distrito.

3. Acerca de la aprobación de la acción social de responsabilidad

El Distrito ha puesto de presente que la acción social de responsabilidad no fue debidamente aprobada. Ello obedece a que, en su opinión, no fue convocado por los medios usuales a la reunión de segunda convocatoria en que esa determinación fue sometida a consideración del máximo órgano social (vid. Folio 216). Además, el Distrito de Santa Marta cuestiona el hecho de que la decisión se aprobó con apenas el 35.86% de las acciones en que se divide el capital suscrito de Metroagua S.A. E.S.P.

¹⁴ Id. 3:44:52 - 3:46:28.

¹⁵ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 11 de noviembre de 2016 (vid. Folio 904) 1:09:08 - 1:09:50.

Una vez revisada la información disponible en el expediente, el Despacho encuentra que la propuesta de iniciar una acción social de responsabilidad en contra del Distrito de Santa Marta habría de ser discutida durante una reunión asamblearia convocada para el 16 de diciembre de 2015 (vid. Folio 105). Sin embargo, debido a que en aquella oportunidad no hubo quórum suficiente para deliberar, el 30 de diciembre de 2015 se celebró una reunión de segunda convocatoria en la que se adoptó la determinación en comento (vid. Folio 113). Ahora bien, a pesar de lo señalado por el Distrito, el Despacho pudo observar que la reunión a que se ha hecho referencia se convocó en los términos que disponen los estatutos sociales y la ley. En primer lugar, el acta n.º 4-2015, en la que se indica que la convocatoria se realizó a través de publicación en el periódico 'Hoy Diario del Magdalena' (vid. Folio 107), goza de pleno valor probatorio conforme se establece en el artículo 189 del Código de Comercio. En segundo lugar, en el expediente reposan las convocatorias efectuadas a las dos reuniones mediante publicación en un diario de amplia circulación (vid. Folios 430 y 431), según lo exigen los artículos 44 y 46 de los estatutos de Metroagua S.A. E.S.P. (vid. Folio 398). Finalmente, la información disponible da cuenta de que la referida determinación se aprobó en los términos del artículo 429 del Código de Comercio. En primer lugar, se encontraba representado, por un número plural de asociados, el 35.86% de las acciones en que se divide el capital suscrito de Metroagua S.A. E.S.P. En segundo lugar, la decisión social se adoptó con el voto favorable del 100% de las acciones presentes en la respectiva sesión asamblearia.

4. Acerca de la solicitud de suspensión por prejudicialidad

Por razones de prejudicialidad, el Distrito considera que el presente proceso debe suspenderse hasta tanto se resuelva la acción popular interpuesta en contra de Metroagua S.A. E.S.P. (vid. Folio 211). Sin embargo, los elementos probatorios disponibles apuntan a que la sentencia que se profiera en el presente litigio no depende necesariamente de lo que se resuelva en el proceso derivado de la acción popular. En verdad, en ese escenario se debaten temas relacionados con la posible vulneración de derechos colectivos por virtud de la celebración del contrato de arrendamiento entre el Distrito de Santa Marta y Metroagua S.A. E.S.P., al paso que en este proceso se controvierte la responsabilidad del Distrito por la infracción de los deberes que le corresponden como administrador social, al haber iniciado la acción popular precitada. Es más, la propia demandante ha controvertido dicha actuación 'independientemente de su resultado' (vid. Folio 8). En consecuencia, este Despacho encuentra que no puede acceder al decreto de la prejudicialidad.

RESUELVE

Primero. Rechazar la solicitud de prejudicialidad a que se hizo referencia en la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo. Desestimar las pretensiones de la demanda.

Tercero. Levantar la medida cautelar decretada en el presente proceso.

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

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

Sentencia n.º 800-9 del 9 de marzo de 2017	
Partes	Alexander Bayona Bautista contra Manuel Bayona Bautista
Asunto	Obligación de rendir cuentas por parte de los administradores
Tramite	Proceso Verbal
Número del proceso	2016-800-297

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada por Alexander Bayona Bautista, en su calidad de accionista de M&C S.A.S. (vid. Folios 240 y 243), está orientada a que Manuel Bayona Bautista rinda cuentas de su gestión como representante legal de la compañía.

En este punto es pertinente formular algunas consideraciones acerca de la obligación de rendir cuentas. Al tenor de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 222 de 1995, los administradores sociales tienen el deber de rendir cuentas comprobadas de su gestión. Para tal efecto, el precitado artículo dispone que ‘al final de cada ejercicio, dentro del mes siguiente a la fecha en la cual se retiren de su cargo y cuando se las exija el órgano que sea competente para ello [...] presentarán los estados financieros que fueren pertinentes, junto con un informe de gestión’. Del mismo modo, el artículo 46 de la referida Ley 222 establece que ‘[t]erminando cada ejercicio contable, en la oportunidad prevista en la ley o en los estatutos, los administradores deberán presentar a la asamblea o junta de socios para su aprobación o improbación [...] un informe de gestión; los estados financieros de propósito general, junto con sus notas [...] [así como] un proyecto de distribución de las utilidades repartibles’.

Parece entonces bastante claro que los administradores tan solo están obligados a rendir cuentas de su gestión a los órganos sociales. En otras palabras, según lo previsto en las disposiciones referidas en el párrafo anterior, a un asociado no le asiste el derecho de exigir cuentas de su gestión a los administradores, por cuanto la ley exclusivamente le asignó dicha facultad a la asamblea general de accionistas, la junta de socios o la junta directiva.

La postura en comento coincide con lo expresado por esta Superintendencia en sede administrativa. En palabras de la entidad, ‘para iniciar la acción de rendición provocada de cuentas, es necesario tener legitimidad para ello, esto es, que la ley le haya otorgado el derecho a que le rindan cuentas, [...] un socio individualmente considerado no está facultado para exigir cuentas de su gestión a los

administradores sociales, sino que esto debe hacerlo los órganos de la sociedad a los cuales les fue asignada tal función'.¹

Así las cosas, en vista de que la demanda de rendición de cuentas que le dio origen al presente proceso fue iniciada por el señor Bayona Bautista en su condición de accionista de M&C S.A.S., el Despacho declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y, en consecuencia, dará por terminado el presente proceso.²

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.

Segundo. Dar por terminado el presente proceso.

Tercero. Abstenerse de proferir una condena en costas.

La anterior providencia se profiere a los nueve días del mes de marzo de dos mil diecisiete y se notifica en estrados.

¹ Cfr. Oficio n.º 220-121927 del 1º de diciembre de 2008. Véase también los oficios n.º 220-020481 del 2 de Abril de 2012, 220-039022 del 4 de junio de 2012 y 220-057588 del 15 de abril de 2014.

² Ello no obsta, sin embargo, para que el demandante inicie una acción individual orientada a controvertir la responsabilidad del demandado por la presunta infracción de los deberes a su cargo. Lo anterior, por supuesto, con la salvedad de que en tal evento el demandante no podrá solicitar el reconocimiento de los perjuicios que se hayan causado a la compañía. Como lo ha dispuesto esta Delegatura en varias oportunidades, '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'. Cfr. Sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016.

Sentencia n.º 800-21 del 30 de marzo de 2017	
Partes	Laurel Ltda. contra Santiago Rojas Maya y Chubb Seguros de Colombia S.A
Asunto	Responsabilidad de los liquidadores
Tramite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-801-001

Hechos

Antes de analizar el caso presentado ante el Despacho, es necesario hacer un breve recuento de los antecedentes fácticos más relevantes que dieron lugar a la presente demanda.

Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación fue constituida mediante escritura pública n.º 2943 del 17 de julio de 1964 otorgada en la Notaria 3.º del Círculo de Bogotá (vid. Folio 141), para llevar a cabo, entre otras, actividades de explotación del negocio de sacrificio de ganado. Dicha sociedad fue disuelta en reunión del 10 de junio de 2009, en donde la junta de socios de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación aprobó esta determinación (vid. Folio 273 reverso), según consta en el acta n.º 27.

En reunión del 10 de enero de 2013, se aprobó la cuenta final de liquidación de dicha sociedad (vid. Folio 488 reverso) y según consta en la escritura pública n.º 47 del 22 de enero de 2013, el liquidador inscribió en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá el aparte del acta final de liquidación que adjudicaba el bien inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria n.º 50C-01009638 a favor de nueve de los socios de esa compañía (vid. Folios 113 a 130). No obstante lo anterior, y a pesar de la intervención de la Superintendencia de Sociedades, al día de hoy no se ha culminado el proceso de liquidación de la sociedad. En la actualidad, se adelantan procesos judiciales ante la justicia ordinaria en los cuales se pretende controvertir las decisiones de la reunión de junta de socios de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación, celebrada el 10 de enero de 2013 (vid. Folios 141 y 4034 y siguientes).

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Análisis del caso presentado ante el Despacho

Efectuadas las anteriores precisiones, es posible ahora examinar cada uno de los cargos formulados en contra del liquidador de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación.

1. Acerca del pago del pasivo externo

Como ya se explicó, la demanda presentada ante este Despacho tiene como propósito que Santiago Rojas Maya sea declarado responsable por los perjuicios ocasionados a Laurel Ltda., por la inobservancia de algunas disposiciones

normativas que componen el régimen de liquidación privada de compañías colombianas.

En primer lugar, el demandante ha censurado el hecho de que Santiago Rojas elevó a escritura pública e inscribió una cesión por adjudicación del bien inmueble con matrícula inmobiliaria n.º 50C-01009638 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá 'estando pendiente [el] pago del impuesto de renta, a cargo de la sociedad, correspondiente al año 2012 [...]. Además, también omitió pagar un saldo del impuesto de renta, a cargo de la sociedad del año 2011[...] Tampoco había pagado, para el 10 de enero de 2013, las deudas a favor de los Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.' (vid. Folio 12), en contravención de los artículos 241, 242 y 247 del Código de Comercio (vid. Folios 5, 6 y 11).

Por su parte, el apoderado del demandado Rojas Maya ha señalado que no existen deudas con la DIAN, tal y como se desprende del 'oficio 1-32-244-440-4001 del 30 de agosto del presente año, [en donde se señala] que la sociedad FRIGORÍFICO SAN MARTÍN DE PORRES LTDA. [en liquidación] "NO presenta obligaciones exigibles de cobro para con esta Dirección Seccional de Impuestos"' (vid. Folio 188). Por su parte, respecto de las deudas con fondos de pensiones y cesantías, el demandado ha negado categóricamente la veracidad de esa afirmación.¹

Sobre el particular, el Despacho pudo observar que de acuerdo al comprobante de la DIAN allegado con la contestación de la demanda, las obligaciones tributarias del año 2013 se encuentran al día (vid. Folios 445, 447, 449). En el mismo sentido, revisados los libros auxiliares de la sociedad en liquidación, se observa que para el año 2013 la compañía hizo unos pagos por concepto de impuesto de renta y complementarios (vid. Folios 1711 reverso y 3805). Ahora bien, en relación con los Fondos de Pensiones y Cesantías, existen en el expediente certificaciones de AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. y Colfondos S.A., en las que se certifica que la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación se encuentra al día en el pago de sus obligaciones (vid. Folios 452 y 453). Si bien, estas certificaciones son de junio de 2013, para el Despacho tampoco es claro que el pago se hubiera hecho de manera extemporánea.

Ciertamente, si bien pudiera existir un reproche por pagos de ciertas acreencias externas posteriores a enero de 2013, lo cierto es que para el corte financiero a 31 de diciembre de 2013, la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación no se encontraba en mora de las acreencias a las que ha hecho referencia Laurel Ltda. en su demanda. En verdad, si bien la demandante señala que se hicieron ciertos pagos sin tener en cuenta el orden de prelación establecido en la ley para las sociedades en liquidación, lo cierto es que, a la fecha de esta sentencia, la demandante no logró demostrar que los acreedores posiblemente afectados hubieran hecho reclamación alguna por el no pago de sus acreencias o

¹ 'Esta afirmación no es cierta. Nada se les debe a esas entidades' (vid. Folio 188).

por posibles perjuicios sufridos por un pago posterior al 23 de enero de 2013. Motivo por el cual, este Despacho desestimaré este grupo de pretensiones.

2. Del posible incumplimiento de los artículos 222 del Código de Comercio y 23 de la Ley 222 de 1995 por la celebración de un contrato de arrendamiento con Frigoríficos Ble Ltda.

Laurel Ltda. ha señalado que el señor Santiago Rojas Maya, actuando como liquidador, celebró en conflicto de interés un contrato de arrendamiento sobre el establecimiento de comercio de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación con la compañía Frigoríficos Ble Ltda., de propiedad de los nueve socios controlantes de la sociedad en liquidación.

Lo primero que debe decirse en relación a la posible transgresión del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el Decreto 1925 de 2009, por la celebración del contrato de arrendamiento antes referido, es que de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, éste habría sido celebrado el 10 de junio de 2009 (vid. Folios 29, 39, 100, 174 y 3350 reverso), por lo que operó el término de caducidad previsto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995,² no siendo competencia de este Despacho conocer si el mismo se celebró en contravención de lo establecido en las precitadas normas.

En segundo lugar, respecto de la posible violación del artículo 222 del Código de Comercio, en sentencia 801-4 del 1 de febrero de 2013, este Despacho señaló que '[e]l régimen colombiano en materia de liquidación voluntaria de sociedades contiene importantes restricciones, orientadas a permitir el adecuado desarrollo de los procesos de la naturaleza indicada. Una de tales restricciones, contenida en el artículo 222 del Código de Comercio, tiene por efecto la imposición de límites al objeto social de compañías en trámite de liquidación voluntaria. Ello significa, simplemente, que tales sociedades “conservan su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”. En sentido similar, el artículo 223 del mismo Código dispone que, una vez disuelta la sociedad, “las determinaciones de la junta de socios o de la asamblea deberán tener relación directa con la liquidación”. Ambas restricciones están relacionadas con la necesidad de que se cumplan, de la manera más expedita posible, todas aquellas gestiones requeridas para culminar el proceso de liquidación.'

Pese a lo anterior, este Despacho considera pertinente aclarar que, de acuerdo con los señalamientos de la doctrina, es viable que una sociedad en liquidación 'perciba rendimientos económicos de los bienes sociales afectos a la masa liquidatoria, siempre y cuando, la operación no signifique desarrollo del objeto social y, [...] que las condiciones de la pretendida operación faciliten la recuperación del activo social en el momento en que sea requerido, a fin de que

² El demandante señaló como excepción la de prescripción (caducidad) de la acción (vid. Folio 201).

no interfiera con el curso normal del proceso liquidatorio'.³ En este sentido, una sociedad en estado de liquidación podría, de manera excepcional, celebrar contratos que dispongan de los bienes afectos a la masa liquidatoria, 'con la finalidad de preservar la unidad económica, el valor de los mismos y la atención más oportuna de los bienes de la compañía, cumpliendo con tales actividades los propósitos exigidos en el artículo 222'⁴ del Código de Comercio.

Ahora bien, en el presente proceso, una vez revisado el contrato de fiducia celebrado entre Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación y Fiducor S.A., hoy Fiduciaria Alianza S.A., se observa que los dineros recibidos como cánones por concepto de arrendamiento del establecimiento de comercio, son utilizados para pagar las acreencias de la sociedad en liquidación (vid. Folios 3354 reverso y 3622), con lo cual esta actividad realmente permite adelantar el proceso liquidatorio de la compañía.

Por lo anterior, no encuentra este Despacho que el hecho de que en la actualidad se continúe ejecutando un contrato de arrendamiento sobre el establecimiento de comercio de la sociedad en liquidación conlleve una transgresión del artículo 222 del Código de Comercio. Esta circunstancia resulta aún más evidente si, como lo indicó el demandado en su contestación, la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia señaló en oficio n.º 300-108620 del 11 de agosto de 2015 'que el contrato de arrendamiento, ha servido para que no se deteriore la prenda común de los acreedores y que se llevó a cabo toda vez que la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda., es una sociedad disuelta y en estado de liquidación desde el año 2009 que genera recursos del contrato de arrendamiento vigente para sufragar los gastos propios del proceso liquidatorio. Que la Superintendencia entiende que el contrato de arrendamiento vigente sobre los activos sociales no obedece por tanto a la operación natural de la sociedad sino a una operación de conservación de los mismos' (vid. Folios 252 y siguientes). Igualmente, en oficio n.º 341-126225 de 22 de octubre de 2009, la referida Delegatura indicó que la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda., no está vulnerando lo dispuesto en el artículo 222 del Código de Comercio, pues 'de acuerdo con los citados pronunciamientos es viable que una sociedad disuelta arriende su establecimiento de comercio' (vid. Folios 262 y siguientes).

A la luz de lo anterior, este Despacho debe concluir que el señor Santiago Rojas Maya no ha transgredido las disposiciones establecidas en el artículo 222 del Código de Comercio por la mera razón de que en la actualidad se esté ejecutando un contrato de arrendamiento del establecimiento de comercio de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación.

³ Oficio n.º 220-042380 del 3 de septiembre de 2007. Al respecto también ver el oficio n.º 220-63070, diciembre 17 de 2002.

⁴ Oficio n.º 220-25208 del 20 de mayo de 2005.

3. De la inscripción de la adjudicación de un bien inmueble a nueve socios de la compañía en el folio de matrícula inmobiliaria n.º 50C-01009638 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá

Indica la demandante que el ‘liquidador Rojas distribuyó el remanente de los activos de la liquidación de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda., en liquidación, únicamente a nueve (9) socios, excluyendo del reparto de remanentes a los restantes cuarenta y un (41) socios [...] principalmente mediante la transferencia de la propiedad del inmueble identificado con el folio de matrícula n.º 50C-1009638 [...] en clara violación de los artículos 241, 247 y 248 del Código de Comercio’ (vid. Folio 12).

Por su parte, el apoderado del demandado afirma que el liquidador no ha entregado remanente alguno a los socios (vid. Folio 188), pues la misma cuenta final de liquidación ‘debidamente aprobada por los socios establece que la entrega se hará a todos los socios al mismo tiempo cuando se cumplan las condiciones establecidas para todos los socios’ y que elevó a escritura pública el acta final de liquidación ‘por petición de la Cámara de Comercio’ (vid. Folio 189). Continúa señalando que, en la actualidad, los bienes se encuentran arrendados y Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación sigue recibiendo el dinero de esos cánones, por lo que no es cierto que se haya realizado la entrega del bien inmueble. Afirma que el liquidador no fue el que impuso las condiciones, sino que fue la junta de socios de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación (vid. Folio 190). Finalmente, señala que a los nueve socios se les adjudicó el inmueble, pero no se ha perfeccionado la entrega real y material del mismo (vid. Folio 195).

En este punto es preciso señalar que una vez revisado el voluminoso acervo probatorio disponible en el expediente, el Despacho encontró múltiples pruebas que permiten corroborar que en el presente caso el liquidador no habría cumplido con las órdenes impartidas por la junta de socios en la reunión de 10 de enero de 2013, en contravención de lo señalado en los artículos 247 y 248 del Código de Comercio.

En primer lugar, se pudo verificar que efectivamente el acta final de liquidación imponía una serie de condiciones para el pago de las hijuelas que le correspondía a cada uno de los socios. Dichas condiciones son las siguientes: ‘i). Que se encuentre inscrita el acta final de liquidación en la cámara de comercio y que se encuentre en firme dicho registro. ii) Que se encuentre en firme la inscripción de la parte pertinente del acta final de liquidación en la oficina de registro de Instrumentos Públicos de Bogotá. iii) Que transcurran dos meses contados desde la fecha de inscripción del acta final de liquidación en el registro mercantil sin que se hubieran presentado demandas de impugnación contra las decisiones contenidas en el acta final de liquidación. [iv.]) Si se presentaran demandas de impugnación contra la mencionada acta final de liquidación, cuando se encuentre ejecutoriada la sentencia mediante la cual se nieguen las pretensiones de la demanda de impugnación. De existir varias demandas cuando se resuelva la

última de ellas, negando las pretensiones de impugnación de la demanda' (vid. Folios 485 y 486).

Seguidamente, el Despacho pudo observar que el 22 de enero de 2013, solo 12 días después de la reunión en comento, el liquidador elevó una escritura pública en la cual 'con motivo de la liquidación de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación, la sociedad transfiere a título de adjudicación, por un valor de veinticuatro mil seiscientos sesenta y siete millones de pesos mcte (24.667.000.000) a los siguientes socios en común y proindiviso [...] el derecho de dominio que la sociedad ejerce sobre el siguiente inmueble' (vid. Folio 117 reverso). En la misma escritura también se lee en su cláusula quinta que 'los inmuebles objeto de esta adjudicación, se encuentran libres de demandas civiles [...] que su derecho de dominio no está sujeto a condiciones resolutorias, ni tienen limitaciones' (Vid. Folio 119). Posteriormente en la cláusula sexta se indica 'que el presente instrumento surte plenos efectos legales, frente a la sociedad y a los demás socios y en relación a terceros a partir de esta fecha' (*Id.*).

No obstante lo anterior, para este Despacho es claro que una de las condiciones impuestas al liquidador consistía en esperar dos meses a partir de que se encontraría en firme la inscripción del acta final de liquidación para hacer el pago de las hijuelas que le correspondía a cada uno de los socios. Sin embargo, con el otorgamiento y registro de la referida escritura pública en los precitados términos, el liquidador desplegó actos tendientes a la entrega del bien inmueble adjudicado a nueve de los socios de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación, apenas un par de semanas después de haberse celebrado la reunión en donde se aprobó el acta final de liquidación y sin que dicha transferencia se hubiera sometido a condición alguna.

Ahora bien, y a pesar de que en la escritura se señala que por medio de ese instrumento se transcribe textualmente el extracto del acta n.º 36 de la reunión de junta de socios de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación del 10 de enero de 2013, lo cierto es que en ese documento no se hace referencia alguna a las condiciones que habían sido estrictamente señaladas por la junta de socios de la compañía para el pago de las hijuelas que le correspondía a cada uno de los socios, las cuales, para la fecha en que se otorgó la referida escritura pública, no se habían cumplido. Si bien el demandado señaló que lo hizo de acuerdo a las instrucciones dadas por la notaria, no resulta lógico que se hubiera podido transcribir el aparte del acta que adjudica el bien inmueble y no la que establecía las condiciones.

El liquidador en su defensa ha señalado que elevó la escritura pública de adjudicación por petición de la Cámara de Comercio (vid. Folio 189). No obstante, cabe precisar que el liquidador no allegó ninguna prueba en la que se constatará que la Cámara de Comercio de Bogotá hubiera rechazado la inscripción del acta n.º 36 de la reunión del 10 de enero de 2013. Si bien el demandado aportó al proceso oficios remitidos por la Cámara de Comercio con fecha de 13 de junio de 2012, lo cierto es que esos documentos hacen referencia a la solicitud de

inscripción del acta n.º 35 de la junta de socios del 15 de mayo de 2012. Es decir, no obra prueba si quiera sumaria, en la que se demuestre que el liquidador hubiera intentado inscribir el acta final de liquidación correspondiente a la reunión de 10 de enero de 2013, contenida en el acta n.º 36, bajo el lleno de las condiciones establecidas para el pago de cada hijuela.

Por supuesto que el liquidador pudo haber elevado a escritura pública la referida adjudicación en cumplimiento de lo señalado en el parágrafo del artículo 247 del Código de Comercio y adelantándose a las posibles indicaciones que le pudiera hacer la Cámara de Comercio. No obstante, no constan en ese documento las instrucciones que la junta de socios le dio al liquidador Santiago Rojas Maya. En verdad, en el referido instrumento se indica que por el mismo se transfiere el derecho de dominio que tiene Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación sobre el bien inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria n.º 50C-01009638 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, sin que dicha transferencia esté sujeta a condición alguna, cuando el acta final de liquidación es clara en señalar los presupuestos que debían cumplirse para el pago de cada hijuela, los cuales a la fecha de otorgamiento del mencionado instrumento no se habían cumplido en su totalidad.

Ciertamente, tal y como lo señaló el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, en el auto de 10 de julio de 2015, ‘el predio puede en un futuro ser enajenado, en tanto sobre aquél no pesa alguna limitación, máxime si en la anotación número 17 del certificado de tradición del bien en comento, ya está inscrita dicha adjudicación y aparecen como “titulares del derecho de dominio” los socios compelidos y censurados en este proceso’ (vid. Folio 4042 reverso). Lo anterior, pues de acuerdo a la escritura pública 47 de 22 de enero de 2013 de la Notaria 31 de Bogotá, esa transferencia del dominio es oponible desde la fecha de su otorgamiento.

Igualmente, en audiencia del 15 de septiembre de 2016, cuando se le preguntó al señor Santiago Rojas Maya acerca de las medidas que había adoptado para que los adjudicatarios o los acreedores de aquellos pudieran vender o embargar este bien, el demandado se limitó a señalar que él los había adjudicado a personas de buena fe e hizo referencia al artículo 922 del Código de Comercio.⁵ Sin embargo, a juicio de este Despacho, este tipo de medidas podrían no ser suficientes ante posibles medidas cautelares o limitaciones al dominio que quisieran adelantar terceros acreedores de los nueve socios adjudicatarios, lo cual no demuestra diligencia en su actuar como administrador de la compañía.

⁵ ‘Es evidente yo adjudique a personas de buena fe y prima el principio de buena fe. Segundo, le voy a leer el art 922 del Código de Comercio: Tradición de los bienes inmuebles y automotores. La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa.’ Audiencia de 15 de septiembre de 2016, (2:29:59).

Por lo anteriormente expuesto, este Despacho declarara que el liquidador Santiago Rojas Maya incumplió las reglas contenidas en los artículos 247 y 248 del Código de Comercio.

Finalmente, respecto de los demás cargos propuestos,⁶ queda claro que la posible transgresión de otras normas, en relación con los mismos hechos, quedan subsumidos ante la ostensible violación por parte del liquidador de la normativa mencionada, pues es claro que la actuación que fue adelantada por Santiago Rojas Maya iba en contravía de lo dispuesto por la junta de socios de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación en la reunión de 10 de enero de 2013, sin que sea necesario un pronunciamiento adicional de este Despacho para declarar que el liquidador no cumplió con las normas establecidas en el Código de Comercio en materia de liquidación privada de compañías.

4. Acerca de los perjuicios reclamados en la demanda

Aunque se ha acreditado que el señor Santiago Rojas Maya infringió algunos de los deberes legales que le correspondían como liquidador de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación, 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 obedece a que las conductas cuestionadas por el demandante tuvieron la virtualidad de lesionar en forma directa el patrimonio de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación y apenas indirectamente el de los asociados. En esa medida, la demandante no puede reclamar, para sí, los perjuicios que le fueron irrogados a Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación. Bajo las reglas vigentes en Colombia, tal asociado tampoco parece estar legitimado para representar a la referida sociedad en procesos judiciales que busquen resarcir el patrimonio social, a menos que cuenten con la aprobación de la junta de socios. 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.

En una sentencia reciente de esta Delegatura se anotó, en sentido análogo, que como el incumplimiento de los deberes de los administradores ‘sólo lesiona en forma directa a la compañía, se ha dicho que la acción social de responsabilidad es la única vía disponible en Colombia para reclamar los perjuicios derivados de esa conducta. 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

⁶ La demandante hizo referencia a una posible transgresión del artículo 43 de la ley 1429 de 2010, el cual modificó el artículo 85 de la Ley 222 de 1995, este Despacho no entrará a estudiar este cargo, toda vez que la actuación adelantada por el liquidador va en contravía de lo dispuesto por la junta de socios de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación en la reunión de 10 de enero de 2013, por lo cual, esta situación no tendría si quiera hipotéticamente que ser contemplada por la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia.

directamente su patrimonio y esta afectación golpeó consecucionalmente 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”.⁷

Ahora bien, como ya lo ha explicado esta Superintendencia, las circunstancias descritas en el párrafo anterior no desaparecen por el hecho de que la compañía se encuentre disuelta y en estado de liquidación. Esta conclusión se deriva del hecho de que, como se ha explicado en la doctrina, ‘la sociedad disuelta no pierde su personalidad jurídica, la cual subsiste durante todo el período de liquidación del patrimonio social [...] La disolución tiene la virtud de cambiar la función activa del patrimonio social en una función eminentemente pasiva que consiste en cubrir primero el pasivo externo y luego el pasivo interno de la sociedad. Pero esa mutación no implica que desaparezca automáticamente la personalidad jurídica, sino que subsiste hasta cuando el liquidador protocoliza el acta final y sus anexos en una notaría del domicilio social y la correspondiente escritura es inscrita en el registro mercantil. Obviamente, estas formalidades son precedidas de la aprobación tanto de las cuentas del liquidador como del acta de distribución del remanente, por parte de la junta de socios o de la asamblea de accionistas’.⁸ En línea con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que ‘una sociedad en liquidación [...] está dotada aún de personalidad jurídica y, por ende, [es] perfectamente susceptible de ser un sujeto procesal. Puede demandar y ser demandada’.⁹ Además, según esa Corporación, ‘las gestiones que adelanta el liquidador son emprendidas en nombre de la sociedad, la cual, por no haber expirado mantiene su individualidad jurídica en frente de sus socios quienes tienen la calidad de acreedores del remanente que deja la cancelación del pasivo externo social, calidad que de ninguna manera los faculta para sustituir al ente societario y pedir para sí las indemnizaciones que a aquella le correspondan [...] la finalidad de [la acción indemnizatoria] no es la de resarcir el daño patrimonial causado a los socios, sino el perjuicio producido a la sociedad como persona jurídica independiente de quienes la conforman, por manera tal que el producto del resarcimiento ingresará al patrimonio social cuya primera destinación es el pago de su pasivo externo, circunstancia frente a la cual los socios mantienen una mera expectativa de acceder al remanente, si lo hay’.¹⁰

Parece entonces suficientemente claro que Laurel Ltda. sólo podrá reclamar los perjuicios sufridos a título personal como consecuencia del incumplimiento de los deberes del liquidador de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación, una vez se hubiere producido la extinción de esa compañía. Para tales efectos podrá invocarse, por ejemplo, el mecanismo de protección contemplado en el

⁷ Cfr. sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016. Cfr. también a 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.

⁸ Cfr. a JI Narváez García, Teoría General de Sociedades (7ª ed., 1996, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley) 335.

⁹ Sentencia del 21 de julio de 1995 (Sala Civil).

¹⁰ Id.

artículo 255 del Código de Comercio. No sobra advertir, finalmente, que este Despacho se ha pronunciado ya acerca de los mecanismos de defensa con los que cuentan los asociados de la minoría para proteger sus intereses.¹¹ Sin embargo, por las razones que acaban de exponerse, el Despacho negará las pretensiones indemnizatorias formuladas en la demanda.

SANCIONES PROCESALES Y COSTAS

Para cumplir con la exigencia del artículo 206 del Código General del Proceso, Laurel Ltda. estimó que el valor de sus pretensiones ascendía a \$ 30.000.000.000. En este orden de ideas, el demandado ha solicitado a este Despacho que se impongan las sanciones consagradas en el citado artículo 206, a cuyo tenor 'si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a [...] una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada' y 'también habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo [...] en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios'.

Revisadas las pruebas disponibles, el Despacho considera que no se han cumplido los presupuestos previstos en el artículo 206 del Código General del Proceso para que se impongan las sanciones pecuniarias en comento. Según el tenor literal de la norma estudiada, tales condenas son procedentes cuando no se prueben los perjuicios solicitados con la demanda. En el presente caso, sin embargo, la desestimación de los posibles perjuicios causados a Laurel Ltda. está basada en la carencia de legitimación para solicitar perjuicios en nombre de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación. Así pues, tal y como se expresó en un reciente laudo arbitral emitido en el foro que administra la Cámara de Comercio de Bogotá y en sentencias n.º 800-52 del 9 de junio y 800-109 de 7 de diciembre de 2016 'si se niegan las pretensiones por causa distinta a la ausencia de prueba del perjuicio, no procede sanción, pues tal supuesto no se encuentra regulado en el inciso 4º ni en el párrafo del artículo 206 [...] y las normas sancionatorias son de aplicación restrictiva'.¹²

En sentido similar, según lo ha señalado la Corte Constitucional, la sanción pecuniaria contenida en el párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso es improcedente cuando no fuere posible probar los perjuicios invocados en la demanda por 'hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado'. En palabras de la Corte, 'si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, es necesario hacer otro tipo de consideración'.¹³ Es decir que si la imposibilidad de demostrar los perjuicios solicitados se debe a actuaciones irregulares de los administradores, como se ha alegado en el presente caso, la demandante podría quedar exonerada de pagar la multa en cuestión pues quedo demostrado que su conducta procesal fue suficientemente diligente.

Ahora bien, en vista de que no han prosperado todas las pretensiones de la demanda y se han acogido diversas excepciones, el Despacho proferirá una condena parcial en costas, en los términos del numeral 5 del artículo 365 del

¹¹ Cfr., por ejemplo, sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016.

¹² Cfr. Laudo de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. contra Agencia Nacional de Infraestructura Ani (13 de enero de 2016, Cámara de Comercio de Bogotá).

¹³ Sentencia C-157 del 21 de marzo de 2013.

Código General del Proceso, en concordancia con el Acuerdo 1887 de 2003. Así, luego de estudiar las circunstancias fácticas y jurídicas planteadas durante el curso de este proceso, el Despacho considera apropiado condenar a título de agencias en derecho, la suma de dos salarios mínimos a favor de Laurel Ltda. y a cargo de Santiago Rojas Maya.

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar que Santiago Rojas Maya, en su calidad de liquidador de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación, infringió los deberes que le correspondían bajo los artículos 247 y 248 del Código de Comercio.

Segundo. Desestimar las demás pretensiones formuladas contra Santiago Rojas Maya.

Tercero. Condenar en costas a Santiago Rojas Maya y a favor de Laurel Ltda., una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere a los treinta días del mes de marzo de dos mil diecisiete y se notifica en estrados.

Sentencia n.º 800-16 del 14 de abril de 2017	
Partes	Iván Darío Arteta García contra Cementos Argos S.A.
Asunto	Reconocimiento del acaecimiento de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia
Tramite	Proceso verbal
Número del proceso	2016-800-356

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El proceso sometido a consideración del Despacho tiene como propósito que se reconozca el acaecimiento de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia respecto de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de Cementos Argos S.A. en la reunión celebrada el 25 de enero de 2016.

Según la demanda presentada, la convocatoria publicada el 30 de diciembre de 2015 en el periódico El Tiempo, por medio de la cual se convocó a la reunión asamblearia antes anotada, fue efectuada en contravención a lo establecido en el artículo 36 de los estatutos de Cementos Argos S.A.¹. Ello obedece a que la convocatoria en comento debía haberse divulgado a través de un periódico del mismo domicilio de la sociedad demandada, esto es, de la ciudad de Barranquilla (vid. Folio 4).

Por su parte, el apoderado de la sociedad demandada afirma que los estatutos no exigen necesariamente que la convocatoria se realice a través de una compañía con domicilio en la ciudad de Barranquilla. En su entender, la regla estatutaria bajo estudio aboga por que la convocatoria se efectúe a través de un periódico que circule en el domicilio social de Cementos Argos S.A. En este sentido, el referido apoderado sostiene que el aviso de convocatoria se plasmó en la ‘edición Caribe’ del periódico El Tiempo, la cual se edita y distribuye en la capital del Atlántico. Además, aduce que dicho periódico circula a nivel nacional. Por último, el apoderado de la sociedad demandada alega que debe realizarse una interpretación armónica con lo previsto en el artículo 424 del Código de Comercio (vid. Folio 60).

En los términos del artículo 190 del Código de Comercio, ‘[l]as decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces [...]’. A su turno, el artículo 186 dispone que ‘[l]as reuniones [de la asamblea general de accionistas o junta de socios] se realizarán en el lugar del domicilio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en

¹ Según el artículo 36 de los estatutos sociales, ‘[l]as reuniones de la Asamblea General serán convocadas por aviso en cualquier periódico del domicilio social, o por cualquier medio escrito dirigido a todos los accionistas’ (vid. Folio 19).

cuanto a convocatoria y quórum [...]'. En consecuencia, para resolver el caso sometido a consideración del Despacho, es necesario determinar si la convocatoria para la reunión de la asamblea general de accionistas de Cementos Argos S.A. celebrada el 25 de enero de 2016 se ajustó a los requisitos estatutarios correspondientes.

Lo primero que debe decirse es que 'la convocatoria es el acto de citación a los accionistas a toda reunión de la asamblea general de socios, para imponerlos de las condiciones de modo, tiempo y lugar en que habrá de desarrollarse aquella, en orden a asegurar el ejercicio del *ius deliberandi*'.² En efecto, 'la finalidad de la convocatoria es permitir que los asociados, en forma oportuna y en igualdad de condiciones, se puedan enterar de la reunión y de su contenido, a fin de poder ejercer los derechos que les confiere la ley'.³ Se trata de un acto jurídico solemne y la forma en que ésta debe ser realizada puede ser definida por los asociados en el contrato social, de conformidad con lo previsto en el numeral 7 del artículo 110 del Código de Comercio. Así las cosas, '[l]a forma para convocar la asamblea la fijan los mismos estatutos sociales, y solo en su defecto debe apelarse al medio determinado por la ley'.⁴ En este sentido, si en el contrato social no se determina el medio que habrá de utilizarse para efectuar la convocatoria a la reunión del máximo órgano social, se entenderá que aquella debe hacerse mediante aviso que se publicará en un diario de circulación en el domicilio principal de la sociedad, en los términos del artículo 424 del Código de Comercio, para el caso de las sociedades anónimas.

Dicho lo anterior, debe advertirse que, si bien los estatutos de Cementos Argos S.A. regulan la forma en que se debe convocar a reuniones de la asamblea general de accionistas, en opinión de este Despacho tales estatutos no imponen como requisito de convocatoria que la compañía dueña del periódico a través del cual se convoca, se encuentre domiciliada en el mismo lugar que Cementos Argos S.A., sino que el periódico en cuestión circule en el domicilio de la sociedad. Lo anterior concuerda, por lo demás, con la finalidad del artículo 424 del Código de Comercio.

En el presente caso, las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de que la convocatoria bajo análisis se divulgó en el periódico El Tiempo, en la sección de la región caribe de Colombia (vid. Folio 106, 107 y 108).⁵ Adicionalmente, según la certificación del 15 de febrero de 2017, 'la publicación de El Tiempo – Caribe, de propiedad de Casa Editorial El Tiempo S.A., es editada en la ciudad de Barranquilla, circula y se comercializa en dicha ciudad' (vid. Folio 205). En este

² Cfr. NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario, 2ª edición (2014, Bogotá, Legis Editores S.A.) 308.

³ *Ibidem*. Pág. 316.

⁴ *Supra* nota 2. Pág. 315.

⁵ De conformidad con el certificado de existencia y representación de Casa Editorial El Tiempo S.A., titular del periódico El Tiempo, esta compañía se encuentra domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C. (vid. Folio 181)

orden de ideas, este Despacho puede concluir que la convocatoria para la reunión de la asamblea general de accionistas de Cementos Argos S.A. del 25 de enero de 2016 no contraviene las disposiciones estatutarias de la compañía. Así las cosas, el Despacho procederá a desestimar las pretensiones de la demanda.

RESUELVE

Primero. Desestimar las pretensiones de la demanda.

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

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



Sentencia n.º 800-29 del 20 de abril de 2017

Partes	Caracol Televisión S.A. contra Affinity Network S.A.S. en liquidación y Héctor Fajardo Fajardo
Asunto	Desestimación de la personalidad jurídica
Tramite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-222

Hechos

La sociedad Affinity Network S.A. fue constituida el 24 de octubre de 2003 para ‘prestar servicios de salud [y comercializar] productos homeopáticos, naturales, medicamentos alopáticos, suplementos alimenticios, [...] cosméticos, perfumería y similares’ (vid. Folio 136). En el año 2012, los accionistas de la compañía aprobaron su transformación en una sociedad por acciones simplificada (id). En la siguiente tabla se presenta la composición del capital de Affinity Network S.A.S. en liquidación (vid. Folio 152):

TABLA N.º 1
Composición de capital de Affinity Network S.A.S. (2014)

Accionista	Porcentaje de participación
Héctor Fajardo Fajardo	81%
Axioma Laboratorios E.U.	11%
Premium Telecomunicaciones Ltda.	3%
María Elisa Fajardo	2.5%
Jenny Paola Buendía	2.5%

A efectos de promocionar su actividad económica, Affinity Network S.A.S. solicitó, a través del Consorcio de Canales Nacionales Privados, un crédito para la emisión de pautas publicitarias en el canal a cargo de Caracol Televisión S.A. En el curso de la relación comercial entre Caracol Televisión S.A. y Affinity Network S.A.S., esta última compañía incurrió en deudas por un valor aproximado de \$294.500.506 (vid. Folios 9 a 45, 47 a 57 y 335).⁶

⁶ En efecto, junto con la demanda se aportaron las facturas de venta, emitidas entre el 12 de noviembre de 2014 y el 5 de febrero de 2015, en las que aparecen soportados tales pasivos (vid. Folios 9 a 45), así como múltiples comunicaciones en las que una analista de cartera del Consorcio Nacional de Canales Privados informa a Affinity Network S.A.S. acerca de la mora en el pago de las referidas obligaciones (vid. Folios 47 a 57). En el mismo sentido, en las notas a los estados financieros de la compañía demandada se registra un pasivo, a favor de la demandante, por el valor antes indicado (vid. Folio 335).

El 17 de abril de 2015, Affinity Network S.A.S. constituyó un fideicomiso civil sobre un bien inmueble y un vehículo de su propiedad a favor del Fondo de Empleados Axioma, Affinity y Finders 'Fonaffin', según quedó consignado en la escritura pública n.º 1156 (vid. Folios 69 a 72). El 27 de abril de 2015, diez días después de constituido el fideicomiso, la compañía demandada celebró un contrato de compraventa con Luis Leonardo Carrillo Fajardo. Por virtud de ese negocio jurídico, aquella sociedad le vendió al señor Carrillo Fajardo el vehículo fideicomitado por una suma de \$57.000.000 (vid. Folios 192 a 193). Del mismo modo, el 12 de mayo de 2015, conforme consta en la escritura pública n.º 1507, Affinity Network S.A.S. canceló el fideicomiso civil y enajenó a favor de Organización Martínez Vargas S.A.S. el bien inmueble objeto de dicha fiducia por \$600.000.000 (vid. Folios 79 a 83).

De otra parte, el 15 de mayo de 2015 se inscribió en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá el acta n.º 53 de la reunión de la asamblea general de accionistas de Affinity Network S.A.S. durante la cual se aprobó la disolución y liquidación de dicha sociedad (vid. Folio 121 reverso). Es importante advertir, por lo demás, que poco tiempo antes de la disolución de Affinity Network S.A.S., esta compañía entregó, a título de dación en pago, varios inmuebles a Héctor Fajardo Fajardo para saldar un pasivo registrado a su favor (vid. Folios 110 reverso, 111 y 333).

En criterio de Caracol Televisión S.A., las actuaciones descritas en los párrafos precedentes estuvieron encaminadas a evadir el pago de las obligaciones dinerarias a su favor.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El proceso sometido a consideración de este Despacho está orientado a establecer si se han perpetrado actuaciones fraudulentas que justifiquen la desestimación de la personalidad jurídica de Affinity Network S.A.S. en liquidación. Caracol Televisión S.A., quien invoca su condición de acreedora de la compañía, considera que el accionista controlante y antiguo representante legal, Héctor Fajardo Fajardo, promovió diversos actos encaminados a evadir el pago de obligaciones sociales (vid. Folio 4). Así, pues, la demandante ha solicitado al Despacho que declare la nulidad absoluta de los actos defraudatorios en cuestión y extienda la responsabilidad al señor Fajardo y demás accionistas de la compañía demandada por el pago de tales pasivos. Por su parte, los demandados han sostenido que ninguna de las operaciones controvertidas por Caracol Televisión S.A. estuvo encaminada a defraudar sus intereses.⁷

⁷ Los demandados también propusieron la excepción de caducidad o prescripción, toda vez que, en su criterio, Caracol Televisión S.A. debió presentar la demanda dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se celebraron los contratos controvertidos, al tenor del artículo 191 del Código de Comercio. Sin embargo, el Despacho desestimará de entrada esta excepción, por cuanto la caducidad prevista en el citado artículo 191 aplica únicamente para las acciones de impugnación de decisiones sociales. Según lo ha explicado esta Delegatura en múltiples oportunidades, el término para iniciar la acción prevista en el numeral 5, literal d), del artículo 24 del Código General del Proceso es de cinco años, de conformidad con el artículo 235 de la Ley

Antes de analizar el caso presentado ante el Despacho, es preciso hacer un breve recuento de los hechos que dieron lugar a este litigio.

Análisis del caso presentado ante el Despacho

Con base en los supuestos fácticos expuestos anteriormente, la demanda presentada busca que el Despacho desestime la personalidad jurídica de Affinity Network S.A.S. en liquidación y, en consecuencia, extienda a los asociados de esta compañía la responsabilidad por los pasivos sociales a favor de Caracol Televisión S.A. (vid. Folio 8). La demanda bajo estudio también pretende obtener la nulidad de la constitución y posterior cancelación del fideicomiso civil, así como de la venta de los bienes fideicomitidos a que se hizo alusión en el acápite anterior.

Para resolver la presente controversia, debe aludirse a los antecedentes judiciales que ha expedido esta Delegatura respecto de la desestimación de la personalidad jurídica, una de las sanciones más gravosas que contempla el régimen societario colombiano. Para comenzar, es relevante traer a colación lo expresado en la sentencia n.º 801-15 del 15 de marzo de 2013, en la cual se realizó un detallado análisis acerca de la materia objeto de este proceso. En esa providencia se expresó que 'la desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Es claro, en este sentido, que la citada sanción tan sólo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario'.⁸

A partir de las consideraciones antes expuestas, en un pronunciamiento posterior, este Despacho censuró el uso de personas jurídicas societarias para defraudar los intereses de los acreedores de una compañía. Es así como, en el caso de RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group S.A.S. 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.º 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

222 de 1995. Cfr., por ejemplo, autos n.ºs 820-1669 del 30 de enero de 2015, 800-15269 del 12 de noviembre de 2015, 800-3595 del 3 de marzo de 2016 y 810-15126 del 4 de octubre de 2016.

⁸ La sentencia mencionada puede consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html

forma tal que a los acreedores sociales les resulte imposible cobrar las obligaciones insolutas a su cargo’.

Esta entidad también ha negado en diversas oportunidades pretensiones orientadas a extender a los asociados de una compañía la responsabilidad por pasivos sociales insolutos. La razón estriba principalmente en la dificultad de verificar, con suficiente certeza, la utilización de la figura societaria para evadir fraudulentamente el pago de la correspondiente obligación. En el caso de Antonio Di Napoli y Myriam Isabel Peña de Guevara, por ejemplo, el Despacho se abstuvo de condenar a los accionistas y administradores de Divinus Group S.A.S. a pagar unas acreencias a favor de los demandantes. En la sentencia n.º 800-97 del 12 de octubre de 2016, el Despacho explicó que los demandantes no lograron acreditar que los demandados se valieron de la compañía para frustrar u obstaculizar el cobro de los pasivos sociales invocados, los que, además, se encontraban respaldados por garantías prendarias e hipotecarias.

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

Pues bien, una vez revisadas las pruebas que reposan en el expediente, el Despacho pudo constatar que Affinity Network S.A.S. en liquidación adeuda cerca de \$294.000.000 a Caracol Televisión S.A. por concepto de pautas publicitarias. Esta afirmación encuentra sustento en las múltiples facturas emitidas por la compañía demandante entre el 12 de noviembre de 2014 y el 5 de febrero de 2015 (vid. Folios 9 a 45), así como en las notas a los estados financieros de Affinity Network S.A.S. con corte a mayo de 2015 (vid. Folio 335). Sin embargo, las pruebas disponibles apuntan a que el aludido monto no se habría pagado. Por una parte, el señor Fajardo Fajardo ha afirmado, bajo la gravedad de juramento, que nunca se pagaron los dineros en cuestión.⁹ De otra parte, el apoderado de los demandados sostuvo que ‘el dinero no alcanzó [pues] por delante de Caracol hubo otras obligaciones que pagar y a medida en que iban llegando se iban pagando’.¹⁰

La apoderada de Caracol Televisión S.A. considera que la constitución y posterior cancelación del fideicomiso civil, así como la venta de los bienes fideicomitidos fueron realizadas por Affinity Network S.A.S. con el propósito de ‘sacar [los activos] de su patrimonio [...] desapareciendo así una garantía de pago, mermando en forma considerable la prenda general del acreedor’ (vid. Folio 3). Bajo ese entendido, el análisis del Despacho debe concentrarse en establecer si efectivamente se presentó una supuesta malversación de fondos, toda vez que, en criterio de la demandante, es ahí donde podrían configurarse los actos defraudatorios que justificarían la desestimación de la personalidad jurídica de Affinity Network S.A.S.

⁹ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 4 de febrero de 2016 (vid. Folio 342) 14:49 a 15:07.

¹⁰ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 31 de marzo de 2016 (vid. Folio 415) 30:08 a 30:26.

En esa medida, debe decirse que la labor probatoria para acreditar que el demandado se valió de Affinity Network S.A.S. para hacer inviable el pago de la obligación en comento y, con ello, defraudar los intereses de la sociedad demandante, fue apenas exigua. Las pruebas decretadas y practicadas en el curso del proceso no permiten concluir que las conductas reprochadas por la sociedad demandante fueran propiamente actos defraudatorios. Caracol Televisión S.A. no logró acreditar que Affinity Network S.A.S. hubiera dispuesto de los activos en cuestión de manera fraudulenta con el fin de reducir el patrimonio de la compañía y deteriorar de forma intencionada la prenda general de los acreedores sociales. En primer lugar, la destinación dada a los recursos económicos que recibió la compañía demandada por virtud de la venta del bien inmueble no permite deducir el propósito defraudatorio que se sugiere en la demanda. En verdad, a lo largo del proceso se logró demostrar que Affinity Network S.A.S., al momento de constituir la fiducia civil, indicó que ‘dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes [... daría] instrucciones a [Fonaffin] para que, en adelante, administre en nombre de la sociedad [los activos] y los destine según instrucciones que en un documento privado el fideicomitente le fijará’ (vid. Folios 70 reverso y 71). En este sentido, el Despacho encontró que, el 17 de abril de 2015, Affinity Network S.A.S. efectivamente impartió instrucciones al gerente del fondo de empleados con el fin de poner ‘en venta los activos de que trata el fideicomiso civil, para que con su producto se puedan pagar las obligaciones que la empresa tiene con el fondo y sus afiliados, al igual que los costos de nómina atrasados, seguridad social, pago de embarazadas y demás gastos inherentes a la empresa’ (vid. Folio 286). Lo cierto, entonces, es que con el monto que recibió Affinity Network S.A.S. por concepto de la venta del inmueble se cumplió el propósito, para nada censurable, de atender acreencias laborales, efectuar aportes a la seguridad social de empleados, pagar servicios públicos y, en general, saldar obligaciones pendientes de la compañía, tal y como puede apreciarse en la siguiente tabla (vid. Folios 351 a 885)¹¹:

TABLA N.º 2

Destinación de los recursos derivados de la venta del bien inmueble

Concepto	Monto
Pago de acreencias laborales	\$215.759.402
Devolución de ahorros a empleados	\$179.179.606
Pago de aportes a seguridad social	\$81.422.830
Pagos a proveedores de bienes y servicios	\$47.496.716
Pago de servicios públicos domiciliarios	\$31.283.931

¹¹ En lo que tiene que ver con la contraprestación pactada por la venta del inmueble, el señor Fajardo Fajardo sostuvo que el contrato se celebró por un precio inferior al avalúo catastral del activo debido a la apremiante necesidad de liquidez para satisfacer los pasivos laborales de la compañía. En palabras del referido demandado: ‘como yo hice el encargo al Fondo, ellos tenían miedo de perder dinero de sus liquidaciones, de sus ahorros y tenían afán de recibir su dinero [...]. Pero infortunadamente no encontraban mejores ofertas [...]. La decisión fue de ellos de obtener dinero rápido’. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 4 de febrero de 2016 (vid. Folio 342) 46:43 a 47:36.

Pago de obligaciones financieras y tributarias	\$29.563.033
Otros pagos	\$1.847.860
Total	\$586.508.378

En segundo lugar, en el transcurso del proceso se acreditó que Affinity Network S.A.S. recibió un pago derivado del contrato de compraventa por cuya virtud se transfirió el vehículo fideicomitado a Luis Leonardo Carrillo Fajardo (vid. Folio 194). Ciertamente, en el respectivo contrato se pactó una contraprestación a favor de la compañía demandada por un valor que, al parecer, sería equivalente al del activo transferido (vid. Folio 192). Es decir que en el patrimonio de Affinity Network S.A.S. simplemente se produjo el cambio de un activo fijo por dinero. De ahí que la operación controvertida no parecería haber tenido un impacto negativo respecto del patrimonio de la compañía demandada. En este punto es relevante anotar que el Despacho no encontró indicios que apunten a que el referido vehículo haya sido enajenado por un valor inferior al de mercado. Ante estas circunstancias, difícilmente podría aceptarse la idea según la cual las operaciones aquí controvertidas hayan tenido el propósito y el efecto de distraer los recursos de la compañía para defraudar los intereses de Caracol Televisión S.A.¹²

Por último, en la demanda se censuró el hecho de que la asamblea general de accionistas de Affinity Network S.A.S. aprobó el pago, a favor de Héctor Fajardo Fajardo, 'de unos dividendos que presuntamente le debía la sociedad [...] mediante la dación en pago [...] de bienes inmuebles' (vid. Folios 4, 93 y 111). Si bien Caracol Televisión S.A. no solicitó la declaratoria de nulidad de dicha operación, es pertinente hacer una breve referencia sobre el particular, a efectos de determinar si se configuró un acto fraudulento que amerite derogar el beneficio de limitación de responsabilidad.

Así, pues, la apoderada de la demandante sugirió que los intereses de Caracol Televisión S.A. fueron defraudados en la medida en que el crédito por pauta publicitaria fue concedido con base en la información reflejada en 'los estados financieros y soportes presentados por la demandada, y considerando que la cuantía de los bienes en cabeza de la misma resultaba suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones' (vid. Folio 1). No obstante, la demandante no demostró que, por ejemplo, Affinity Network S.A.S. hubiera registrado ficticiamente

¹² Es relevante mencionar que, incluso si la demandante hubiere acreditado que estas operaciones buscaron defraudar sus intereses, este Despacho no habría podido declarar su nulidad absoluta. Ello por cuanto no concurrieron al proceso, en calidad de partes, todos los sujetos que participaron en la celebración de los referidos negocios jurídicos (vid. Folio 174). En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera reiterada que, aunque la ley 'atribuye al juez no sólo la potestad, sino el deber de [declarar] la nulidad absoluta [...] aun sin petición de parte, [...] ese poder excepcional [...] está sujeto o limitado por los condicionamientos que la propia norma consagra [...]: 1ª. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir [...] que el instrumento [...] ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª. Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y 3ª. Que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes' (G. J t. CLXVI, pag. 631).

activos u ocultado irregularmente pasivos a su cargo a fin de hacerse fraudulentamente a dicho crédito. Incluso, este Despacho pudo determinar que el pasivo saldado mediante la dación en pago se encontraba registrado en los estados financieros de Affinity Network S.A.S. para la época en que la compañía contrató los servicios de Caracol Televisión S.A. (vid. Folio 333). De manera que la demandante contaba con la posibilidad de auscultar cuál era la situación patrimonial y financiera de Affinity Network S.A.S. antes de iniciar las relaciones comerciales que dieron lugar a la presente controversia.¹³ En este orden de ideas debe señalarse que, como lo ha manifestado esta Delegatura en múltiples oportunidades, el incumplimiento contractual no es suficiente, por sí solo, para justificar la desestimación de la personalidad jurídica de Affinity Network S.A.S.¹⁴

No sobra reiterar, por lo demás, que Caracol Televisión S.A. no puede simplemente pretender, a través del ejercicio de la acción de desestimación de la personalidad jurídica, hacerse al pago de obligaciones sociales insolutas. En efecto, no puede perderse de vista que esta gravosa sanción procede únicamente en las excepcionales hipótesis en las que se haya usado la persona jurídica societaria con fines defraudatorios, lo cual, por supuesto, requiere de una altísima carga probatoria. Así las cosas, el Despacho desestimará las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹³ En criterio de la doctrina autorizada en materia de sociedades, 'los jueces deben estar mucho menos dispuestos a desestimar la personalidad jurídica [...] cuando el acreedor contractual estuvo en capacidad de proteger sus intereses mediante la solicitud, por ejemplo, de una garantía personal por parte del accionista controlante de la compañía'. Cfr. S Bainbridge, *Corporate Law* 3ª Ed. (2015, St. Paul, Foundation Press) 61. En igual sentido, Easterbrook y Fischel explican que lo anterior se debe a que los acreedores voluntarios tienen la posibilidad de ajustar, *ex ante*, las condiciones contractuales de manera tal que se compense el riesgo de un posible incumplimiento. Cfr. FH Easterbrook & DR Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, (1996, Cambridge, Harvard University Press) 58. En palabras de Reyes Villamizar 'las personas que de manera voluntaria celebran negocios jurídicos con una sociedad, lo hacen luego de valorar los riesgos y beneficios resultantes de esa relación. No parece razonable, por tanto, que puedan beneficiarse ante una contingencia de riesgo que han podido conocer con anterioridad'. Cfr. FH Reyes Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario* 2ª Ed. (2013, Bogotá, Legis) 92.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, sentencias n.ºs 820-92 del 27 de julio de 2015, 820-98 del 29 de julio de 2015, 820-29 del 15 de abril de 2016, 800-68 del 28 de julio de 2016, 810-69 del 28 de julio de 2016, 800-97 del 12 de octubre de 2016, 820-7 del 5 de febrero de 2017.

RESUELVE

Primero. Desestimar las pretensiones de la demanda.

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

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

Sentencia n.º 800-31 del 25 de abril de 2017	
Partes	Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa contra Alessandro Corridori, Jhon Jairo Herreño Marín, Claudia Victoria Carvajal Jiménez, Edwuard Yonathan Martínez, Pedro Antonio Castellanos Sepúlveda, Marlon Jonathan Fernández Penagos y Carolina Pascagaza Cortés
Asunto	Responsabilidad de los administradores en situación de insolvencia empresarial
Tramite	Proceso verbal
Número del proceso	2014-802-38

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare civilmente responsable a los demandados por una serie de conductas que presuntamente deterioraron la prenda general de los acreedores de Invertácticas S.A.S.¹ Como consecuencia de la anterior declaración, la demandante solicita que a los demandados en cuestión se les condene por el faltante del pasivo externo de dicha sociedad. Según la demandante, los demandados participaron en la manipulación de especies bursátiles por conducto de Invertácticas S.A.S. En particular, se ha dicho que los demandados promovieron la celebración de complejas operaciones financieras con el propósito de alterar el valor de cotización de las acciones de Fabricato S.A. en el mercado público de valores.

Por su parte, los demandados han presentado diferentes argumentos para su defensa. En primer lugar, Alessandro Corridori ha señalado que la demandante carece de legitimación para iniciar la presente acción. Así mismo, se ha dicho que Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa era una experta dentro del mercado público de valores.² Además, se ha puesto de presente que la demandante no tomó posición propia, por lo que habría incumplido su parte del contrato de mandato.

En segundo lugar, Claudia Carvajal sostiene que desconocía totalmente las operaciones tendentes a manipular el precio de la acción de Fabricato S.A., toda

¹ Mediante auto n.º 400-3463 del 26 de febrero de 2015, la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia de esta Superintendencia '[d]eclar[ó] terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de la sociedad Invertácticas S.A.S. en Liquidación Judicial [...]'].

² En la contestación de la demanda, el apoderado de Alessandro Corridori sostuvo lo siguiente: 'Ahora resulta que el corderito se comió al lobo, omitió la demanda reseñar la transitada y vasta experiencia de la demandante, aunada a la consciente responsabilidad como Comisionista de Bolsa, tan experimentada en el mercado bursátil, que la escogió el Estado para manejar el mayor volumen negociado de la deuda pública y privada, la cual junto con el mercado local, la posesionó como la mayor y más sólida comisionista del país con aproximadamente el 25% del mercado de valores bajo su intermediación' (vid. Folio 575).

vez que el único encargado de realizar y participar en negocios del mercado público de valores era el señor Corridori.

En tercer lugar, Jonathan Martínez alega que no se ha probado su responsabilidad, en razón a que nunca ha sido personalmente vinculado a las investigaciones que adelantó la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Sociedades. En cuarto lugar, Jhon Jairo Herreño y Edward Yonathan Martínez han puesto en duda su calidad de trabajadores de Invertácticas S.A.S. Por último, los restantes demandados han expresado en términos similares su falta de responsabilidad en los hechos controvertidos en este proceso.

Dicho lo anterior, con el fin de resolver el caso planteado ante el Despacho, es necesario establecer si la prenda común de los acreedores de Invertácticas S.A.S. fue desmejorada y, posteriormente, si ello sucedió como resultado de una conducta reprochable a los demandados en los términos del artículo 82 de la Ley 1116 de 2006. Antes de ello, sin embargo, resulta pertinente formular algunas consideraciones adicionales.

1. Acerca de la legitimación de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa administrativa

El apoderado de Alessandro Corridori considera que Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa carece de legitimación para presentar esta demanda pues, en su criterio, los únicos facultados para reclamar como acreedores de Invertácticas S.A.S. son los tenedores de ciertos repos activos. Del mismo modo, el referido apoderado aduce que la sociedad demandante era una entidad experta en la celebración de operaciones repo y fue realmente ella quien resultó siendo deudora de Invertácticas S.A.S. por dichas operaciones.³

³ Durante sus alegatos de conclusión la defensa indicó: 'Frente a la falta de legitimación de la sociedad demandante, pues reitero mis argumentos presentados en las excepciones de mérito. Este es un tema muy sencillo. Las obligaciones que se generan o que están reclamando aquí, vienen por el incumplimiento de unos repos en los cuales el señor Alessandro Corridori o Invertácticas era la parte pasiva y habían unos repos activos que no son revelados porque tienen reserva bursátil, actuaban como parte activa. Y la sociedad comisionista de bolsa simplemente era una sociedad intermediaria. Lo único que hizo la comisionista de bolsa fue obtener unas utilidades grandes [...] que por efecto de esos repos se pagan como comisiones por su actividad bursátil. Cuando llega la liquidación de la sociedad comisionista, que fue alrededor de octubre del año 2012, pues fue lo que dio lugar a la liquidación de la sociedad Invertácticas. Estos repos se incumplieron, pero el mecanismo que opera cuando se incumple un repo básicamente consiste que frente al incumplimiento, la sociedad comisionista de bolsa tiene que salir a tomar posición propia. [...] Quiere decir que si Invertácticas S.A.S. tenía constituido un repo [...] e incumple el pago de la obligación, pues la sociedad comisionista que hace, ella sale y toma posición propia, paga el dinero que fue objeto del repo, al repo activo, a la persona que prestó el dinero y después venden las acciones. Si las acciones no alcanzan con su precio, en el precio que se cotice [...] sale a cobrar ese saldo insoluto al repo pasivo, que en este caso fue el señor Corridori [...]. No ocurrió esto, simplemente la sociedad comisionista, como estaba en estado de liquidación, pues simplemente no pudo asumir posición propia, es decir, nunca pago a los repos activos esos saldos insolutos'

Sobre el particular, lo primero que debe decirse es que la Superintendencia de Sociedades, a través de la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia, profirió providencia judicial en la que reconoce a Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa como acreedora de Invertácticas S.A.S., por lo que esa sociedad se encuentra legitimada para iniciar la presente acción, a la luz de lo previsto en el cuarto inciso del artículo 82 de la Ley 1116 de 2006.⁴ Ciertamente, durante la liquidación de Invertácticas S.A.S. fue reconocido a favor de la demandante un pasivo por la suma de \$26.695.147.678 (vid. Folio 241). Dicho pasivo, además, fue excluido en los términos del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006. Por lo tanto, si el demandado tenía alguna objeción frente al hecho de que Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa fuera reconocida como acreedora de Invertácticas S.A.S. o, en su defecto, sobre la suma establecida a título de acreencia, debió haberlo alegado durante el proceso de liquidación de la compañía junto con los soportes contables correspondientes. En verdad, era en ese proceso judicial y no en el que hoy nos ocupa donde debía controvertirse la calidad de acreedora de la sociedad demandante. Parece entonces indiscutible que al existir providencia judicial ejecutoriada en la que se reconoce la calidad de acreedora a la demandante, tal sociedad cuente con legitimación para iniciar la presente acción.

2. Acerca de la responsabilidad de los administradores en situación de insolvencia empresarial

Debido a que la presente demanda solicita la declaración de responsabilidad civil de socios, administradores y algunos empleados de la extinta Invertácticas S.A.S., le corresponde a este Despacho analizar las motivaciones que antecedieron a la regulación de los mecanismos que hacen posible la sanción a que se ha hecho referencia.

La responsabilidad de los administradores sociales, así como de otros empleados de la compañía por actuaciones que conllevan a una situación de insolvencia empresarial, ha sido desarrollada principalmente en países de tradición legal anglosajona. En el Reino Unido, por ejemplo, la aludida responsabilidad se deriva de la aplicación de principios tales como la imposición de deberes fiduciarios de buena fe y cuidado.⁵ En el contexto de una compañía en insolvencia, la Sección

Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 27 de septiembre de 2016 (vid. Folios 1043 a 1046) 53:45 y siguientes.

⁴ La Superintendencia de Sociedades, mediante providencia judicial del 13 de noviembre de 2013 sobre el proyecto de graduación y calificación de créditos, asignación de derechos de voto y aprobación de inventario valorado, señaló: 'No es necesario entonces que la comisionista haya asumido posición propia para estar legitimada, pues, de acuerdo con las normas citadas, esta es una opción, no una obligación, la cual, bajo ninguna circunstancia condiciona sus responsabilidades como intermediaria [...] Es incuestionable que debe honrar su papel de intermediación, hecho que se materializa en este proceso, en su presencia como acreedora, aclarando que la misma tiene como fin único pagar a la parte cumplida de la operación y de esta forma hacer efectivo el principio de finalidad anunciado' (vid. Folios 266 a 267).

⁵ H Rajak, Director and Officer Liability in the Zone of Insolvency: A Comparative Analysis, II Potchefstroom Elec. L. J. 32 (2008).

212 de la Ley de Insolvencia de 1986 permite, entre otras, la declaratoria de responsabilidad de los directores, liquidadores o promotores de una compañía, siempre que se demuestre el ejercicio ilegal de una potestad legítima (*misfeasance*) o la violación de un deber fiduciario.⁶ En este caso, tanto la compañía como cualquiera de sus acreedores se encuentran legitimados para demandar y el juez, a su vez, podrá ordenar el pago de una suma a favor de la sociedad en liquidación para compensar la actuación dañosa ejecutada por el director, liquidador o promotor.⁷

De la lectura de la norma vigente en el Reino Unido, es posible evidenciar cierta similitud con lo consagrado en el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, en lo relacionado con la legitimación por parte de los acreedores para demandar a los administradores (entre otros) por la violación de sus deberes fiduciarios, así como en el hecho de que la respectiva responsabilidad permite una indemnización a favor de la compañía o de la masa de liquidación, pero no de algún acreedor en particular. No obstante, a diferencia del Reino Unido, bajo el citado artículo 82 el juez únicamente podrá condenar por el faltante del pasivo externo de la compañía en proceso de insolvencia.

Algo similar sucede en los países de tradición civil. En Alemania, por ejemplo, los directores podrán ser sujetos de responsabilidad civil y penal si de forma culposa o dolosa infringen algunos de los deberes a su cargo. También podrán ser declarados responsables por pagos realizados cuando la compañía se encuentra en estado de iliquidez o se haya detectado un sobreendeudamiento.⁸ En Francia, por su parte, los directores serán responsables en el evento en que se acrediten situaciones que lleven a la compañía a un estado de insolvencia. El artículo L.624-5 del Código de Comercio francés contiene un listado de las actuaciones que podrían dar lugar a la aludida responsabilidad. Según los comentaristas, no es extraño que tras el proceso de insolvencia de una compañía francesa sigan los procesos de bancarrota de sus directores.⁹

Adicionalmente, es importante poner de presente que en los distintos regímenes societarios generalmente se diferencian los casos en los que hay responsabilidad del administrador por actuaciones realizadas en una situación ‘cercana’ a la insolvencia, de aquellos en que las actuaciones fueron cometidas durante el giro ordinario de los negocios de una compañía. Ello obedece a que los intereses e

⁶ Véase también el párrafo 75 del Anexo B1 de la Ley de insolvencia de 1986.

⁷ '[C]ualquier acreedor puede iniciar una acción por el ejercicio ilegal de una potestad legítima (*misfeasance*), o por violación de un deber fiduciario debido a la compañía. Esta acción, sin embargo, exige cierto grado de altruismo por parte del acreedor demandante. Dichos deberes son debidos por el respectivo director a la compañía en insolvencia; por lo tanto, cualquier contribución o compensación recibida por directores negligentes entrará a los activos de la compañía, y por lo tanto, estará disponible a todos los acreedores en general'. Cfr. V Finch, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2^o edición (2009, Cambridge, Cambridge University Press).

⁸ Cfr. J Westbrook, *A Global View of Business Insolvency Systems*, 1^o edición, (2010, Washington D.C., The World Bank) 58.

⁹ P Wood, *Overview Directors in the Twilight Zone II 6 (INSOL 2005)*. Citado por J Westbrook, 58.

incentivos de los administradores sociales y los accionistas varían de una situación a otra, así como el régimen de deberes aplicable a los administradores.¹⁰ Para el caso colombiano, es preciso anotar que el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006 no hace dicha diferencia. En Colombia, el régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales contiene una serie de obligaciones que deben ser respetadas por los administradores indistintamente de la situación en la que se encuentre la sociedad.

3. Acerca de la responsabilidad de los administradores en procesos de liquidación judicial según el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006

En este punto le corresponde a este Despacho analizar el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, el cual es el fundamento legal de la presente demanda.

Así, pues, el referido artículo 82 establece los supuestos de responsabilidad civil de socios, administradores, revisores fiscales y empleados por el pasivo social, siempre y cuando su comportamiento doloso o culposo afecte la prenda general de los acreedores. Los individuos en comento responderán a título personal por el faltante del pasivo externo de la sociedad en liquidación, únicamente cuando se den los presupuestos establecidos en la aludida disposición normativa.

Londoño e Isaza, quienes participaron en el proyecto que dio origen a la Ley 1116 de 2006, sostienen que el supuesto de responsabilidad a que hace referencia el artículo 82 es de carácter subsidiario, vale decir, que sólo se acudiría al patrimonio de los administradores y demás sujetos en el evento en que el de la sociedad no sea suficiente para cubrir la totalidad de sus acreencias.¹¹ Por su parte, la doctrina de esta Superintendencia ha sido enfática en señalar que este tipo de responsabilidad presupone dos elementos, 'uno objetivo, que tiene que ver con la desmejora de la prenda común de los acreedores, y otro subjetivo, es decir, que la desmejora debe haberse producido con ocasión de conductas dolosas o culposas de las personas mencionadas'.¹²

En este punto es menester poner de presente que el segundo inciso del artículo 82 contiene una presunción de culpabilidad, por cuya virtud si se ha acreditado la violación flagrante de la ley o de los estatutos sociales, así como el incumplimiento o la extralimitación de funciones, se presumirá la culpa del interviniente sin necesidad de que el juez evalúe su actuación particular. No puede perderse de vista, sin embargo, que para que opere la presunción en comento el demandante deberá acreditar con suficientes méritos la ocurrencia de las actuaciones

¹⁰ Cfr. L Gullifer and J Payne, *Corporate Finance Law: Principles and Policy* (2011, Hart Publishing Oxford) 105 a 107.

¹¹ Cfr. Proyecto de Ley 207 de 2005. Véase también a Isaza Upegui y Londoño Restrepo, *Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial*, 3ª edición (2011, Bogotá, Legis) 404.

¹² Cfr. Oficio n.º 220-142300 del 4 de septiembre de 2014.

anteriormente descritas.¹³ Al demandado, por su lado, le corresponderá demostrar que no ha incurrido en ninguna de ellas.

Finalmente, debe señalarse que la aludida presunción de culpabilidad no compromete, de manera automática, la responsabilidad patrimonial de los sujetos a que hace referencia el artículo 82 de la Ley 1116. Para tales efectos, es indispensable que se compruebe también la existencia de un detrimento patrimonial sufrido por la sociedad en estado de insolvencia como consecuencia de las acciones u omisiones de sus funcionarios. Según lo ha dicho este Despacho, en casos similares, el demandante debe satisfacer una carga probatoria relacionada con la verificación de los perjuicios derivados de las actuaciones de los administradores.¹⁴

4. Acerca del caso presentado ante el Despacho

Como ya se ha dicho, para efectos de determinar la responsabilidad de los administradores bajo la acción de responsabilidad civil del artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, es necesario establecer, de un lado, si la prenda común de los acreedores de Invertácticas S.A.S fue desmejorada y, de otro, si ello obedeció a una conducta dolosa o culposa desplegada por los demandados.

Pues bien, de una revisión de los elementos de juicio disponibles en el expediente, este Despacho pudo verificar que el patrimonio de la extinta Invertácticas S.A.S. se encontraba deteriorado. En verdad, a partir del auto n.º 400-8165 del 4 de junio de 2014, proferido por la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia de esta misma Superintendencia, se pudo establecer que Invertácticas S.A.S. tiene un cuantioso pasivo que no fue cubierto durante el trámite de liquidación (vid. Folios 121 a 133):

Ahora bien, para que prospere la presente acción de responsabilidad civil, también deberá acreditarse que las actuaciones reprochadas a los demandados, tuvieron la 'entidad necesaria para ocasionar claramente el deterioro de la prenda general de los acreedores'.¹⁵ Para tales efectos, el Despacho procederá a analizar las actuaciones de Alessandro Corridori quien, de acuerdo a los elementos probatorios que obran en el expediente, ostentó la calidad de accionista y representante legal de Invertácticas S.A.S., para luego examinar las de los demás demandados (vid. Folios 31, 123, 154 a 155, 887, 895 a 900).

A. Sobre la violación de normas del mercado de valores

¹³ 'Nótese que la presunción no surge de la nada, sino de la representación confiable del hecho constitutivo del indicio. Por lo tanto, la presencia de una presunción legal no releva de la actividad probatoria, sino que anima a encauzarla hacia el hecho indicador [...] de manera que en lugar de recaer sobre el hecho relevante, deberá versar sobre otro que es indicio de éste'. Cfr. M.E. Rojas Gómez, Lecciones de Derecho Procesal: Pruebas Civiles (2015, Bogotá, Escuela de Actualización Jurídica) 496. Véase, en el mismo sentido, la sentencia n.º 800-29 del 14 de mayo del 2014.

¹⁴ Cfr. Sentencia n.º 801-19 del 2 de octubre de 2014. En esa providencia se indicó que, a pesar de existir una violación a la ley por parte del respectivo administrador, no se probó que dicha actuación le hubiese causado un perjuicio patrimonial a la compañía.

¹⁵ Cfr. sentencia n.º 800-51 del 13 de mayo de 2012.

El Despacho pudo establecer que el señor Corridori llevó a cabo conductas violatorias de las leyes del mercado de valores, a través de la administración de Invertácticas S.A.S. En primer lugar, la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia de esta Superintendencia, a través del auto n.º 400-8165 del 4 de junio de 2014, estableció que esta última sociedad ‘fue utilizada como una herramienta jurídica para las operaciones de mercado de valores que tuvieron como resultado la manipulación de la acción de la especie Fabricato’ (vid. Folio 126).

En segundo lugar, por medio de las resoluciones n.º 2217 del 6 de diciembre de 2013 y 764 del 21 de mayo de 2014 proferidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, se sancionó al señor Alessandro Corridori por haber incurrido en la conducta prohibida por el ordinal i) del literal b) del artículo 50 de la Ley 964 de 2005 (vid. Folios 116 a 118).¹⁶ Ciertamente, en esas oportunidades la mencionada Superintendencia consideró, a partir de las pruebas e indicios recolectados durante el curso del proceso administrativo sancionatorio, que ‘el señor Alessandro Corridori [había] incurrido en la infracción consistente en realizar y participar en actos y operaciones que tuvieron como efecto la afectación de la libre formación de los precios en el mercado de valores, teniendo en cuenta su comportamiento como inversionista, representante de Invertácticas S.A.S. y como persona determinante en las operaciones de los inversionistas relacionados, frente a la especie Fabricato durante el año 2011’ (vid. Folio 78).¹⁷ Lo anterior por cuanto el señor Corridori concentró un volumen importante del total negociado de la especie Fabricato y, de forma particular, participó en las operaciones que marcaron el valor de la acción.¹⁸ A juicio de la Superintendencia Financiera de Colombia, el valor de la acción de Fabricato S.A. no se definió por un libre desarrollo de la oferta y la demanda dentro del mercado, ni por la información pública relevante, sino principalmente con ocasión de las operaciones realizadas por el señor Corridori como representante legal y ordenante de Invertácticas S.A.S.¹⁹ La Superintendencia Financiera de Colombia, por lo demás, consideró

¹⁶ En este punto debe decirse que respecto de la sanción antes descrita existe una presunción de legalidad en los términos del artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Al tenor de la aludida disposición, ‘[l]os actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar’.

¹⁷ En el mismo sentido, la Superintendencia Financiera sostuvo que ‘resulta inaceptable que el inversionista Alessandro Corridori, dada su calidad de representante legal [...] haya afectado la libre formación de los precios del mercado de valores, tal como quedó acreditado en la presente actuación administrativa [...] con ocasión de la realización y participación en actos y operaciones en el mercado de valores sobre dicha especie, desconociendo con ello las normas del mercado de valores relacionadas con las conductas manipulativas’ (vid. Folio 79 reverso).

¹⁸ ‘Además de su análisis en conjunto [...] llevan a concluir, conforme a las razones expuestas en los anteriores numerales, que [Corridori] participó en operaciones en virtud de las cuales se afectó el precio de la acción de Fabricato, amén de la elevada concentración que presentó en las mismas y su incidencia en la formación del precio durante el periodo analizado’ (vid. Folios 115 reverso y 116).

¹⁹ De acuerdo con la expuesto en la Resolución n.º 764 de 2014, ‘en cuanto a las pruebas que obran en el expediente sobre la calidad de ordenante del señor Corridori, se advierte que este figuraba como tal, respecto de Invertácticas S.A.[S.]’ (vid. Folio 110).

que Alessandro Corridori ‘tenía un interés en aumentar y mantener el precio de la acción de Fabricato en un valor que les permitiera vender su participación accionaria obteniendo utilidad’ (id).

Es entonces suficientemente claro que se trató de una consciente y reiterada actividad de fraude al mercado público de valores, mediante la realización de operaciones engañosas tendentes a afectar la libre formación de precios.²⁰ Esta flagrante violación de la ley merece especial atención por parte de este Despacho. En verdad, en el mercado de valores se debe proteger la igualdad de información entre los participantes y la transparencia en la fijación de precios, para que constituyan señales fidedignas a fin de orientar las tendencias de las diferentes variables económicas por parte de analistas y observadores. En el presente caso, el señor Corridori deliberadamente optó por violar los parámetros de conducta establecidos en la normatividad colombiana y con su actuar alteró conscientemente la libre formación de los precios en el mercado de valores.

De las pruebas disponibles en el expediente, también se pudo determinar que la manipulación del precio de la especie Fabricato no solo afectó la percepción del público respecto del valor de la acción de esa compañía, sino que, además, tuvo consecuencias directas sobre el patrimonio de Invertácticas S.A.S. Ello toda vez que Invertácticas S.A.S. tenía dentro de su haber social operaciones de reporto, así como la titularidad de un porcentaje de acciones en el capital de Fabricato S.A. adquirido a un precio que no estaba acorde al establecido por la libre concurrencia de la oferta y la demanda, ni tampoco a la información pública relevante.²¹ Las acciones y operaciones financieras en cuestión vieron afectado su precio con la conducta desplegada por el representante legal de la compañía, lo que en últimas tuvo suficiente entidad para deteriorar directamente el activo de Invertácticas S.A.S. y, por lo tanto, la prenda general de sus acreedores.²²

²⁰ En palabras de la Superintendencia Financiera de Colombia, ‘[e]s así que del análisis efectuado en la presente resolución, encuentra el Despacho que la conducta desplegada por el señor Alessandro Corridori en su calidad de inversionista, Representante Legal de Invertácticas S.A.S. y como ordenante y persona que participaba en las operaciones de los inversionistas relacionados, afectó de manera importante la confianza, la igualdad, la seguridad y la transparencia del mercado de valores, principios que son considerados legalmente como orientadores de la actividad de los intervinientes en dicho mercado. En efecto, la conducta del investigado vulneró uno de los pilares en que se funda el mercado de valores, según el cual todos sus intervinientes deben actuar bajo la libre concurrencia’ (vid. Folio 80).

²¹ ‘[C]ontrario a lo manifestado por la Defensa, la información pública y relevante del emisor Fabricato no contaba con las características propicias en términos fundamentales de la compañía como para influir en las decisiones de los inversionistas de tal manera que se justificara el incremento en el precio observado de la especie’ (vid. Folio 54 reverso). ‘Como se observa a partir de lo expuesto, las variaciones importantes al alza e incluso en algunos casos a la baja en el precio de la acción de Fabricato, no obedecieron a la información relevante publicada por el emisor’ (vid. Folio 59).

²² En el auto n.º 400-8165 del 4 de junio de 2014, esta Superintendencia consideró lo siguiente: ‘[E]xiste documentación suficiente en el expediente para establecer que el Sr. Alessandro Corridori [...] utilizó a la sociedad Invertácticas S.A.S. en Liquidación Judicial con el propósito de defraudar a sus acreedores y la llevo mediante fraude al estado de crisis económica, lo que se evidencia entre otros, en actividades como la adquisición de cupos exagerados de crédito por parte del “Grupo

Para este Despacho no cabe duda que, como lo manifestó la Superintendencia Financiera de Colombia, la alteración en el precio fue conocida por Alessandro Corridori, en razón a que era el determinador de la celebración de un importante número de operaciones de compra y venta de la acción de Fabricato S.A.²³ En este orden de ideas, el representante legal de Invertácticas S.A.S. enviaba a sus acreedores una señal errada sobre la solidez patrimonial de la sociedad, pues se encontraba afectada por la manipulación del precio de la acción en el mercado público de valores.²⁴ Al respecto, la Superintendencia Financiera de Colombia puso de presente que el señor Alessandro Corridori, como representante legal de Invertácticas S.A.S., ‘pudo haber utilizado esa sociedad como vehículo para la realización de una serie de conductas antijurídicas que redundaron en la afectación no sólo del mercado de valores sino también de la confianza del público en general’ (vid. Folio 80 reverso). Esta situación también fue confirmada por la Superintendencia de Sociedades en el curso del mencionado proceso de liquidación judicial de Invertácticas S.A.S. En esa oportunidad se estableció que dicha compañía había sido utilizada como mecanismo para defraudar a sus acreedores.²⁵

A la luz de las consideraciones expresadas en los párrafos precedentes, no hay duda de que la conducta del señor Corridori representó una transgresión directa y consciente de una norma de carácter sustancial que rige el mercado público de valores, como es el ordinal i) del literal b) del artículo 50 de la Ley 964 de 2005. De esta forma, al haberse probado con suficientes méritos una violación flagrante de

Interbolsa” para la adquisición y posible manipulación de acciones de la especie Fabricato, hecho que afectó la capacidad económica de la sociedad [...]’ (vid. Folios 132).

²³ En palabras de la Superintendencia Financiera de Colombia, ‘aunado a la alta participación sobre el volumen de acciones negociadas a lo largo del año, en relación con el resto del mercado que participó en compras y ventas de la misma especie; demuestra la capacidad de influir en el precio de referencia de la acción, por parte del señor Corridori a través de sus inversiones y de los inversionistas relacionados’ (vid. Folio 35 reverso). ‘[E]l señor Corridori, por medio de sus inversiones propias, junto aquellas de los inversionistas relacionados, presuntamente habría afectado la formación del precio de la acción de Fabricato’ (vid. Folio 13). ‘El señor Alessandro Corridori tenía la calidad de ordenante para la ejecución de operaciones de compra y venta de valores, entre éstos de la especie Fabricato, para los siguientes inversionistas: Invertácticas S.A.S. [...]’ (vid. Folio 61reverso). ‘[L]a capacidad que tenía el señor Alessandro Corridori para influir en las operaciones y decisiones sobre la especie Fabricato realizadas por cuenta de los inversionistas aludidos, así como el conocimiento que el investigado tenía de dichas operaciones y la participación y realización de las mismas’ (vid. Folio 62 reverso). ‘Finalmente, en relación con la sociedad Invertácticas S.A.S., en el pliego de cargos se presentaron los documentos que acreditan que el señor Alessandro Corridori era el representante legal y único accionista para la época de los hechos, por lo que es evidente que cualquier operación de dicha sociedad gozaba de su entero conocimiento’ (vid. Folio 63 reverso).

²⁴ El material probatorio disponible permite concluir que las acciones de Fabricato S.A. constituían un activo importante en el patrimonio de Invertácticas S.A.S. En efecto, según el denominado balance de comprobación a 31 de diciembre de 2011, el valor de las acciones en comento correspondía a la suma de \$33.754.095.927,60 (vid. Folio 993).

²⁵ No sobra recordar que Alessandro Corridori fue sancionado por haber incurrido en la conducta que establece el numeral 1 del artículo 83 de la Ley 1116 de 2006, esto es, ‘[c]onstituir o utilizar la empresa con el fin de defraudar a los acreedores’.

la ley por parte del señor Corridori, se activa la presunción de culpabilidad establecida en el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006.

Por lo demás, el Despacho no encontró sustento probatorio para desvirtuar la presunción de culpabilidad a que se hizo referencia en el párrafo anterior. En efecto, el demandado no aportó elementos probatorios orientados a demostrar que no incurrió en la conducta prevista por el citado artículo 82.

B. Sobre la disminución de la prenda general de los acreedores de Invertácticas S.A.S.

La conclusión descrita en el acápite anterior es suficiente, por sí sola, para declarar la responsabilidad civil de Alessandro Corridori. Sin embargo, es pertinente traer a colación que en el curso de este proceso también se acreditó que el señor Corridori incurrió en otras actuaciones que produjeron la infracción de sus deberes como administrador de Invertácticas S.A.S. y la declaratoria de inhabilidad para ejercer el comercio.²⁶ Tales actuaciones constituyeron, además, una violación de la ley y contribuyeron en gran medida a la desmejora del patrimonio de Invertácticas S.A.S.²⁷

En primer lugar, se probó que Alessandro Corridori endeudó excesivamente a Invertácticas S.A.S. como mecanismo de financiación para incurrir en las conductas violatorias de las normas que rigen el mercado público de valores. El endeudamiento de Invertácticas S.A.S., a través de operaciones repo en el mercado de valores contra su capacidad patrimonial y en perjuicio de su liquidez, también tuvo la potencialidad de poner a dicha compañía en una situación económica precaria que disminuyó su patrimonio.

En segundo lugar, se evidenció que el señor Corridori realizó las conductas enlistadas en los numerales 1, 2, 4 y 8 del artículo 83 de la Ley 1116 de 2016, las que en sí mismas hacen referencia a una afectación del patrimonio social (vid. Folio 132). Sobre este particular el juez de insolvencia encontró que, por un lado, el señor Corridori utilizó a Invertácticas S.A.S. con el fin de defraudar a sus acreedores y, por el otro, que con sus conductas llevó a la empresa a un situación

²⁶ En el mencionado auto n.º 400-8165 del 4 de junio de 2014, se expresó lo siguiente: 'De manera particular puede deducirse un desconocimiento del deber de lealtad al tomar decisiones que a todas luces afectaron el patrimonio de la sociedad, el deber de diligencia, pues es evidente que la sociedad simplemente fue una fachada para el desarrollo de presuntos ilícitos. Todo enmarcado en una clara mala fe, pues pese a conocer el grave riesgo del negocio, el Sr. Corridori actuó deliberadamente en perjuicio de la sociedad y de sus acreedores' (vid. Folio 132).

²⁷ 'Así las cosas, es indiscutible la responsabilidad que le atañe al Sr. Alessandro Corridori como administrador de la sociedad Invertácticas S.A.S. en Liquidación Judicial en los hechos que llevaron a la compañía a la situación calamitosa que derivó la apertura del proceso de liquidación judicial, que adicionalmente las operaciones y negocios realizados no se registraron debidamente en la contabilidad y que tampoco actuó conforme a las prescripciones societarias vigentes, por lo que se refuerza la tesis de que su finalidad fue utilizar la sociedad como una fachada para la supuesta conducta ilícita de manipulación de acciones, defraudando a los acreedores, en beneficio del citado Ex – Representante Legal en su doble condición de accionista único' (vid. Folios 131 a 132).

de crisis económica, malversó o dilapidó bienes sociales y realizó actos simulados al no registrar en la contabilidad las operaciones de endeudamiento que se celebraban.²⁸

Parece entonces bastante claro que el señor Corridori, por medio de actuaciones plenamente acreditadas en el expediente, no solo violó sistemáticamente la ley y sus deberes como administrador social, sino que endeudó excesivamente a Invertácticas S.A.S. al punto que afectó sin lugar a dudas su patrimonio. Como ya se dijo, la desmejora de la prenda general de los acreedores se dio por vía de la celebración de operaciones repo, a través de Invertácticas S.A.S., con el objetivo de aumentar artificialmente el valor de cotización de la acción de Fabricato S.A., así como por la adquisición de dichas acciones a precios por fuera de su valor real.

Lo expuesto con anterioridad, bajo lo consagrado en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, da lugar a la declaratoria de responsabilidad del señor Alessandro Corridori por el pasivo externo de la extinta Invertácticas S.A.S.

C. Sobre la conducta de Jhon Jairo Herreño Marín, Claudia Victoria Carvajal Jiménez, Edvard Yonathan Martínez, Pedro Antonio Castellanos Sepúlveda, Marlon Jonathan Fernández Penagos y Carolina Pascagaza Cortés

En la demanda se afirma que los señores Jhon Jairo Herreño Marín, Claudia Victoria Carvajal Jiménez, Edvard Yonathan Martínez, Pedro Antonio Castellanos Sepúlveda, Marlon Jonathan Fernández Penagos y Carolina Pascagaza Cortés incurrieron en conductas contrarias al ordenamiento jurídico que ocasionaron el incumplimiento de las aludidas obligaciones repo por parte de Invertácticas S.A.S. De igual manera, se sostiene que tales demandados utilizaron a la compañía como vehículo societario para transgredir la Ley 964 de 2005 y el Decreto 2555 de 2010.

En primer lugar, respecto de los demandados Jhon Jairo Herreño Marín, Edvard Yonathan Martínez, Marlon Jonathan Fernández Penagos y Carolina Pascagaza Cortés, este Despacho no halló elementos probatorios para verificar que, por medio de una actuación dolosa o culposa, se hubiera disminuido la prenda general de los acreedores de Invertácticas S.A.S. Lo anterior concuerda con lo manifestado por el liquidador de Invertácticas S.A.S., durante la práctica de su testimonio, y el antiguo liquidador de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa, en el curso de su interrogatorio de parte. En efecto, según las pruebas a que se ha hecho referencia, el ordenante de las operaciones repo al interior de Invertácticas S.A.S. era Alessandro Corridori.²⁹

²⁸ Cfr. autos n.º 400-8165 del 4 de junio y 400-10715 del 29 de julio de 2014.

²⁹ Cuando se le cuestionó al ex – liquidador de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en liquidación forzosa administrativa sobre la razón por la cual vinculó al presente proceso a los demás demandados, dicho funcionario sostuvo lo siguiente: “[S]e inicia ante este Despacho y ante la Superintendencia, para que sea la Superintendencia la que establezca la responsabilidad que

Adicionalmente, en relación con el señor Edward Yonathan Martínez, la Superintendencia Financiera de Colombia precisó que tenía la calidad de ordenante pero respecto de las sociedades 'P&P Investment S.A.S. y Barbex S.A.S.' (vid. Folio 110).

En segundo lugar, frente a Claudia Victoria Carvajal y Pedro Antonio Castellanos, revisora fiscal y contador de Invertácticas S.A.S., respectivamente, el Despacho tampoco encontró pruebas que le permitieran inferir que sus actuaciones u omisiones pudieron haber afectado el patrimonio de Invertácticas S.A.S. Aunque es reprochable la manera como llevaron a cabo su labor dentro de la sociedad por cuanto posiblemente pudieron haber incurrido en omisiones al recto ejercicio de sus profesiones, lo cierto es que los elementos de juicio allegados a lo largo del proceso no son suficientes para concluir que las omisiones en cuestión tuvieron la virtualidad de desmejorar la prenda común de los acreedores. Así mismo, en el expediente obran documentos que demuestran que la revisora fiscal presentó salvedades e hizo requerimientos al representante legal de Invertácticas S.A.S. sobre la contabilidad que a ella y al contador les era entregada (vid. Folios 460 a 479).

En línea con lo anterior, las pruebas disponibles permiten evidenciar que la razón principal del detrimento patrimonial que sufrió Invertácticas S.A.S. está relacionada con la manipulación del precio de la acción de Fabricato S.A., lo que llevó a que posteriormente se incumplieran las operaciones repo. En este punto es preciso aclarar que lo antes expuesto bajo ninguna circunstancia significa que empleados, contadores y revisores fiscales no puedan ser responsables por el detrimento de la prenda general de los acreedores de una sociedad. Lo que sucede es que en el presente caso el Despacho no observó que estos últimos demandados hubieran desplegado actuaciones que afectaran el patrimonio de Invertácticas S.A.S. Del mismo modo, tampoco se probó que hubieran incurrido en la conducta ilegal de afectación de la libre formación de los precios en el mercado de valores.

D. Sobre la liquidación de Invertácticas S.A.S.

Teniendo en cuenta que este Despacho declarará responsable a Alessandro Corridori por la desmejora de la prenda general de los acreedores de Invertácticas

tienen todos los funcionarios de Invertácticas respecto de las operaciones fallidas con Interbolsa [...] soportado en el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 25 de febrero de 2016 (vid. Folio 857) 51:40 y siguientes. Por su parte, al preguntársele al liquidador de Invertácticas S.A.S. por los señores Herreño Marín, Martínez, Fernández Penagos y Pascagaza Cortés, se indicó que 'los empleados que están acá citados [...] figuran más como hechos históricos o situaciones históricas pero nunca vimos el trabajo de ellos porque desconocemos toda la administración y toda la estructura de esa sociedad, cuando estaba operando [...] pero digamos que trabajo de ellos bueno, malo, regular no tengo evidencia para calificarlos de algo'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 1 de febrero de 2016 (vid. Folio 840) 1:20:25 y siguientes. En esa misma audiencia el liquidador alegó que 'creo que con el señor John Jairo Herreño Marín existía más un contrato de asesoría que un contrato laboral [...] Yo contratos laborales no conozco'. Id. 1:26:45 y siguientes.

S.A.S. y le ordenará que pague el faltante del pasivo externo de esa compañía, se oficiará al Grupo de Liquidaciones de la Superintendencia de Sociedades para que adelante los trámites necesarios para el pago de las acreencias insolutas bajo las órdenes y parámetros que se hayan establecido en el proceso de liquidación de Invertácticas S.A.S.

Consideraciones finales

En virtud del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, este Despacho declarará que Alessandro Corridori incurrió en conductas ilegales por cuya virtud infringió gravemente sus deberes y deterioró el patrimonio de Invertácticas S.A.S. Ahora bien, aunque en la demanda también se solicitó que se declarará que dichas conductas afectaron el patrimonio de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa, el Despacho Desestimará la aludida pretensión por cuanto en el curso del proceso no se allegó prueba fehaciente que permitiera arribar a esa conclusión. Por lo demás, en lo que tiene que ver con las pretensiones relativas a pagos específicos e indexaciones, se deberán hacer de acuerdo al orden y prerrogativas establecidos en el proceso de liquidación de Invertácticas S.A.S. ante el Grupo de Liquidaciones de esta Superintendencia.³⁰

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar que Alessandro Corridori incurrió en conductas ilegales por virtud de las cuales infringió sus deberes como administrador de Invertácticas S.A.S.

³⁰ Este Despacho considera que no se han cumplido los presupuestos previstos en el artículo 206 del Código General del Proceso para que se impongan las sanciones pecuniarias a que hace referencia la aludida disposición. Según el tenor literal de la norma estudiada, tales condenas son procedentes cuando no se prueben los perjuicios solicitados con la demanda. En el presente caso, sin embargo, este Despacho reconoció la existencia de un cuantioso pasivo que no fue cubierto durante el proceso de liquidación de Invertácticas S.A.S., pero cuyo pago deberá realizarse de acuerdo a los órdenes y prerrogativas establecidas en el proceso de liquidación judicial de la sociedad en comento ante el Grupo de Liquidaciones de esta misma Superintendencia. Así pues, tal y como se expresó en un reciente laudo arbitral emitido en el foro que administra la Cámara de Comercio de Bogotá, 'si se niegan las pretensiones por causa distinta a la ausencia de prueba del perjuicio, no procede sanción, pues tal supuesto no se encuentra regulado en el inciso 4º ni en el párrafo del artículo 206 [...] y las normas sancionatorias son de aplicación restrictiva'.

Segundo. Declarar que las actuaciones ilegales de Alessandro Corridori desmejoraron la prenda general de los acreedores de Invertácticas S.A.S.

Tercero. Declarar a Alessandro Corridori civilmente responsable por la desmejora de la prenda general de acreedores de Invertácticas S.A.S.

Cuarto. Ordenar a Alessandro Corridori que con su patrimonio pague el faltante del pasivo externo de Invertácticas S.A.S.

Quinto. Oficiar al Grupo de Liquidaciones de la Superintendencia de Sociedades para que adelante todos los trámites necesarios a fin de que Alessandro Corridori pague el faltante del pasivo externo de Invertácticas S.A.S., de acuerdo al orden establecido en el proceso de liquidación de dicha compañía.

Sexto. Negar las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo. Condenar en costas a Alessandro Corridori y fijar como agencias en derecho a favor del sucesor procesal de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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



Sentencia n.º 800-35 del 2 de mayo de 2017

Partes	José Gerardo Díaz Ardila y Orlando Jaime Landazábal contra Ana Yolanda Villamizar Bermúdez
Asunto	Violación de deberes de cuidado y lealtad
Tramite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-195

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

José Gerardo Díaz Ardila y Orlando Jaimes Landazábal, en interés de Materiales y Metales Ltda. en Liquidación, le han solicitado al Despacho que declare responsable a Ana Yolanda Villamizar Bermúdez por el incumplimiento de los deberes que le correspondían en su antigua condición de representante legal de la compañía. A continuación se presenta un análisis de cada uno de los cargos invocados en la demanda.³¹

I. Acerca de las infracciones al deber de cuidado

Los demandantes consideran que la señora Villamizar Bermúdez, durante el tiempo que fungió como representante legal de Materiales y Metales Ltda., incurrió en múltiples infracciones al deber de cuidado. Según se afirma en la demanda, la administradora fijó políticas de venta que perjudicaron los intereses de la compañía. En palabras de los demandantes, 'el alto volumen de las ventas a crédito autorizado por la ex gerente sin cumplir con los requisitos para el otorgamiento del crédito y sin garantías [...] conllevó a que muchas de estas ventas se convirtieran en un gasto para MyM por el castigo de cartera' (vid. Folio 16). En este sentido, se han invocado presuntas irregularidades relacionadas con la celebración de ventas a crédito, así como la falta de gestión para obtener el pago de las cuentas por cobrar derivadas de tales operaciones. Esta situación, en criterio de los demandantes, dio lugar a importantes necesidades de liquidez que condujeron al endeudamiento excesivo de la compañía con entidades del sector financiero y, en consecuencia, a la generación de cuantiosos intereses. Adicionalmente, se ha puesto de presente que la señora Villamizar Bermúdez creó provisiones de cartera sin cumplir con las formalidades legales, no dio la debida rotación al inventario disponible, no utilizó activos respecto de los cuales existían contratos de arrendamiento vigentes y no tuvo la 'creatividad para adaptarse a las circunstancias del mercado' (vid. Folio 19).

³¹ Según se advirtió en el auto admisorio, 'por virtud del término previsto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, el Despacho únicamente examinará la conducta de la demandada durante los cinco años anteriores a la fecha de presentación de la demanda'. Así, en vista de que la demanda en comento se presentó el 25 de agosto de 2015, le corresponde al Despacho pronunciarse sobre hechos ocurridos a partir del 25 de agosto de 2010. A su turno, el análisis de las actuaciones de la demandada irá hasta el 20 de noviembre de 2013, fecha en que fue removida del cargo de representante legal de la compañía.

Para establecer si se han presentado infracciones al deber de cuidado que comprometan la responsabilidad de la señora Villamizar Bermúdez, es preciso aludir a los pronunciamientos emitidos por el Despacho sobre esta materia. Para comenzar, en la sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014 se expresó que ‘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. [...] 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, sin embargo, que las actuaciones de los administradores estén exentas de controles legales. Como lo ha señalado este Despacho en múltiples oportunidades, no corresponde a los jueces inmiscuirse en los asuntos internos de una compañía, a menos que se acredite la existencia de actuaciones ilegales o abusivas. La regla de la discrecionalidad tampoco puede ampliarse, bajo ninguna circunstancia, a violaciones del deber de lealtad.³² Así mismo, según se indicó en la sentencia n.º 800-85 del 8 de julio de 2015, ‘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 igual sentido, en la sentencia n.º 801-34 del 11 de junio de 2014 se explicó que, ‘[p]or lo general, en vista de que los administradores deben obrar “con la diligencia de un buen hombre de negocios”, este Despacho se abstendrá de examinar las decisiones que adopten tales funcionarios en ejercicio de sus cargos.³³ Con todo, cuando tales sujetos realicen actuaciones dolosas o viciadas por conflictos de interés o incumplan con sus cargas mínimas —incluida, por supuesto, la de llevar contabilidad en forma debida y rendir cuentas— será posible estudiar el contenido de sus decisiones, a fin de establecer si tales actuaciones le generaron perjuicios a la sociedad o sus accionistas’.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto por el artículo 200 del Código de Comercio, los administradores sociales deben responder de manera solidaria e ilimitada por los perjuicios que le causen a la sociedad, los asociados o terceros. De conformidad con la referida disposición, ‘en los casos de incumplimiento o

³² Cfr. sentencia n.º 801-72 del 11 de diciembre de 2013.

³³ Sobre el particular, puede consultarse lo expresado por Reyes Villamizar respecto de la denominada regla de la discrecionalidad. Cfr. FH Reyes Villamizar, Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea (2013, Bogotá, Editorial Legis) 223.

extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador'. Pese a ello, de acuerdo con lo señalado por este Despacho en la sentencia n.º 801-64 del 21 de octubre de 2014, la aludida presunción de culpa no compromete, en forma automática, la responsabilidad patrimonial de los administradores. Para tales efectos, es indispensable que se compruebe la existencia de un detrimento patrimonial que le sea imputable, en forma específica, a las acciones u omisiones de estos funcionarios.³⁴ En otras palabras, el demandante debe satisfacer una carga probatoria relacionada con la verificación, ante las instancias judiciales, de los perjuicios derivados de las actuaciones de los administradores.³⁵

Efectuadas las anteriores precisiones, corresponde ahora examinar si la señora Villamizar Bermúdez incurrió en las infracciones al deber de cuidado invocadas en la demanda.

A. Ventas a crédito de la compañía

Según afirman los demandantes, '[I]a política comercial adoptada por la ex gerente generó inicialmente incremento en las ventas de la sociedad, pero con un desbordado otorgamiento de créditos' (vid. Folio 8). Según los hechos narrados en la demanda, las operaciones a crédito de Materiales y Metales Ltda. solían ser superiores al 80% del total de las ventas de la compañía (vid. Folios 9 a 14). Además, se indica que, aunque en las reuniones ordinarias de la junta de socios se ponía de presente esta situación y se aseguraba haber logrado el recaudo efectivo de las cuentas por cobrar, se trataba de afirmaciones 'maliciosa[s] y falta[s] a la verdad' (vid. Folios 9 a 12). Los demandantes también han controvertido el hecho de que no se tomaran medidas preventivas como exigir el diligenciamiento de una solicitud formal de crédito, de una carta de autorización para consulta en centrales de riesgo, de pagarés con cartas de instrucciones, así como el otorgamiento de otras garantías (vid. Folios 26 a 40). Todo lo anterior habría dado lugar a la dificultad de exigir el cobro de tales obligaciones, a la identificación de créditos de difícil recaudo y, finalmente, al 'castigo de cartera' (vid. Folios 21 a 23). En síntesis, pues, los demandantes consideran que '[e]l otorgamiento de créditos sin cumplir las políticas y la mora en el recaudo de cartera, aunado al pago de intereses generados por los altos créditos tomados ante las entidades financieras para cumplir con los compromisos con terceros, generó detrimento patrimonial a la sociedad y por ende a sus socios' (vid. Folio 23).

³⁴ 'El administrador no será responsable si el daño obedece a otras causas o factores extraños al comportamiento del sujeto y que no podía prever o que habiéndolo hecho no estaba en la posibilidad o en la órbita de su obrar contrarrestar sus efectos'. J Santos Ballesteros, Responsabilidad Civil, tomo I, Parte General 3ª Ed. (2012, Bogotá, Editorial Temis) 81.

³⁵ Así mismo, en la sentencia n.º 800-40 del 2 de julio de 2014 se sostuvo que 'la presunción de culpa consagrada en el artículo 200 del Código de comercio no exonera a los demandantes de la carga de demostrar la existencia de los perjuicios que le sirven de base a sus pretensiones indemnizatorias'.

Por su parte, la demandada asegura que durante el tiempo que ostentó la calidad de administradora de Materiales y Metales Ltda. cumplió con los deberes legales a su cargo. Según se indica en la contestación de la demanda, si bien se promovió la celebración de ventas a crédito y se solicitaron préstamos a diferentes establecimientos financieros, ello fue autorizado por la junta de socios, tal y como consta en las actas aportadas (vid. Folio 1178). De otro lado, la demandada sostiene que realizó los esfuerzos necesarios para lograr el pago de las obligaciones a favor de la sociedad y la protección al patrimonio de los socios (vid. Folios 1178, 1181 y 1189). En sustento de lo anterior, Ana Yolanda Villamizar afirma que '[a] diciembre de 2014, según el informe de la liquidadora, el total de la cartera era [tan solo] de \$362.662.648, [que] corresponde a un 0.11%' (vid. Folio 1178). Adicionalmente, la señora Villamizar Bermúdez aduce que, a pesar de que la compañía tuvo que incurrir en importantes costos financieros, no puede perderse de vista que también obtuvo cuantiosos ingresos provenientes de los intereses cobrados a algunos de los clientes a quienes se les vendió bajo la modalidad de crédito (vid. Folio 1180).³⁶ Del mismo modo, la demandada señala que Materiales y Metales Ltda. era una compañía próspera que, de hecho, se encontraba distante de incurrir en causal de disolución por pérdidas (vid. Folio 1198). La señora Villamizar Bermúdez también pone de presente que cumplió con lo establecido en la ley para la generación de provisiones de cartera, así como que siempre contó con la autorización del máximo órgano social para castigar cuentas por cobrar (vid. Folios 1185 y 1187). Finalmente, la demandada considera que '[d]entro de la dinámica de los negocios se presentan momentos difíciles en los que se pueden generar pérdidas, pero eso no quiere decir que [se haya actuado] como un mal hombre de negocios ni mucho menos que [se haya manejado] de manera irregular los créditos' (vid. Folio 1184).

Pues bien, el Despacho pudo establecer que efectivamente Materiales y Metales Ltda. basó su estrategia de negocios en la celebración de ventas a crédito. En criterio de la demandada, 'puesto que la organización inició con \$200.000.000, para poder realizar las ventas que se realizaron durante los 17 años de mi labor — que ascienden a más de \$300.000.000.000— se debían generar los créditos, debido a que el nicho de mercado en el que yo me desempeñaba son contratistas del sector público que necesitan tener un apalancamiento financiero para poder desarrollar sus obras'.³⁷ Parece entonces bastante claro que la estrategia comercial de la señora Villamizar Bermúdez estuvo basada en una decisión de negocios. Por esta razón, no le correspondería a este Despacho, en principio, inmiscuirse en tal asunto ni juzgar los resultados de la gestión de la administradora. No obstante, en vista de que se han invocado posibles infracciones al deber de cuidado, es necesario examinar el material probatorio

³⁶ Según el texto de la contestación de la demanda, '[e]ra tan exitosa la empresa que permitía incurrir en el costo financiero, como es usual en toda empresa colombiana e internacional que apalanca sus operaciones con el sector financiero a las tasas de interés que se mueven en el mercado' (vid. Folio 1180).

³⁷ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 23 de noviembre de 2015 (vid. Folio 1537) 33:25 a 34:18.

disponible con el fin de determinar si existen actuaciones reprobables que ameriten una intervención judicial.

En primer lugar, durante el interrogatorio de parte, la demandada explicó cómo era el procedimiento para la celebración de ventas a crédito al interior de la compañía. En sus palabras, 'el cliente solicitaba el crédito, las personas del departamento de crédito y cartera tomaban su información con la solicitud de crédito. Se le aprobaba de acuerdo a lo que ellos aportaban como documentos, ya fuera copia del contrato, o depende, porque también habían muchos clientes que en mucho tiempo tenían una hoja de vida comercial, puesto que yo no solamente trabajé ahí en la organización de Materiales y Metales como tal, sino que trabajé 30 años con los socios en Aldía S.A., de tal manera que tenía un conocimiento suficiente de los clientes y como en toda relación comercial hay clientes que tienen un perfil que permite que se dé un cupo rotativo dependiente de lo que en su momento estén desarrollando como obras. [Entonces] la garantía era el contrato, la información del contrato. Se les llenaba sus pagarés de acuerdo a la necesidad, los otros documentos que daban respaldo eran las facturas que son documentos que respaldan las obligaciones. Y lo que se requería adicional era dependiendo. Si alguna persona necesitaba una hipoteca, pues se hipotecaba el bien. En los casos en que se otorgaban, era dependiendo del contrato también, entonces habían de 30, 50 o 60 días. Algunos pagaban de contado. Es decir, era una dinámica que pues realmente uno llegarla a concretar en pocas palabras sería muy complicado, eso es una dinámica comercial'.³⁸

A partir de lo anterior, el Despacho puede concluir que no existían criterios suficientemente claros para el desarrollo de la estrategia comercial promovida por la señora Villamizar Bermúdez. Ciertamente, de lo expresado por la demandada se desprende que, según las circunstancias y las características del cliente, determinadas conforme a su conocimiento y experticia —o del funcionario encargado del departamento de cartera—, se decidía vender a crédito y se establecía si habría lugar a la exigencia de determinadas garantías. Ello concuerda con lo expresado por el perito designado por el Despacho. Según se establece en el dictamen pericial: i) se otorgaron plazos distintos para el pago de las facturas de venta, aún a los mismos clientes, sin que se evidencie una política definida para el efecto; ii) la documentación de los clientes a quienes se vendió a crédito, que pudiera ser soporte de los mismos, no corresponde a una lista de chequeo patrón objetivo para el efecto. De hecho, de muchos de los clientes a quienes se vendió a crédito ni siquiera se tiene documentación que fuera base del otorgamiento del mismo; iii) no existe un patrón de garantías a favor de Materiales y Metales Ltda. en liquidación, que garantizara la recuperación de los créditos otorgados; iv) no hay factores objetivos de asignación de cupos de crédito (vid. Folio 2366).

Debe decirse, de esta forma, que si bien la decisión de basar la política comercial de la compañía en la celebración de ventas a crédito escapa del escrutinio de este

³⁸ Id. 34:22 a 36:20.

Despacho, lo cierto es que una vez orientada la estrategia de negocios en este sentido, le correspondía a la representante legal realizar los mejores esfuerzos destinados a su adecuado desarrollo. En esa medida, aunque es perfectamente factible que, debido a la dinámica comercial, se decida no exigir garantías a algunos clientes, partir de sus antecedentes en contratos previos, basarse en otros factores generadores de confianza o no acordar el cobro de intereses, ello no justifica que la compañía no cuente con una política establecida para el otorgamiento de créditos. Con mayor razón, si se tiene en consideración que la vía principal para desarrollar el objeto social era la celebración de las operaciones indicadas. Por este motivo, el Despacho considera que la demandada sí infringió su deber general de diligencia, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Lo expresado en el párrafo anterior no significa, sin embargo, que esta infracción haya necesariamente tenido como consecuencia la generación de los perjuicios invocados en la demanda. En primer lugar, es claro que la demandada pudo haber obrado en forma más cuidadosa si hubiese fijado una precisa política de ventas a crédito que fuese conocida por los socios de la compañía. No obstante, pese a que ello no fue así, la señora Villamizar Bermúdez sí explicó las razones por las cuales vendía a crédito a sus clientes, así como los factores que solía tener en cuenta para acceder al correspondiente negocio. En segundo lugar, no es posible concluir que el incumplimiento por parte de algunos clientes se deba indefectiblemente al hecho de que la representante legal no fijó, en forma precisa, las políticas para la celebración de ventas a crédito. Es por ello que no podría responsabilizarse a la demandada, *per sé*, por la suma que hayan dejado de pagar tales personas. En tercer lugar, es natural que una compañía cuya política comercial está basada fundamentalmente en la celebración de ventas a crédito, se someta al riesgo de pérdidas potenciales derivadas del incumplimiento de las obligaciones por parte de sus deudores. Para ello la ley ha previsto, precisamente, la posibilidad de generar provisiones para deudas de difícil recaudo.³⁹ En cuarto lugar, el material probatorio que reposa en el expediente da cuenta de que los socios José Gerardo Díaz y Orlando Jaimes conocían de la situación de la compañía en lo relacionado con las ventas a crédito. En efecto, tras una revisión de las actas de reuniones del máximo órgano social, el Despacho encontró que en las sesiones del 30 de marzo de 2011, 29 de marzo de 2012 y 23 de marzo de 2013, en las que se presentó el informe de gestión y los estados financieros, la señora Villamizar Bermúdez hizo referencia al monto y al porcentaje de ventas a crédito realizadas durante el correspondiente ejercicio social, así como a la provisión de cartera generada a las cuentas de difícil cobro y a las castigadas (vid. Folios 476, 487, 503, 517, 529, 553 y 570). En tales reuniones, así mismo, el revisor fiscal presentaba su informe y sostenía que '[s]e vigiló en forma permanente que los actos de los administradores estuvieran ajustados al objeto social del ente y a las normas legales, estatutarias y reglamentarias vigentes' (vid. Folios 495, 535 y 590). Todos estos informes eran aprobados por los demandantes (vid. Folios 476, 477, 518, 520 y 555).

³⁹ Cfr. Decreto 185 de 1975.

El Despacho también pudo observar que en las mencionadas reuniones del 30 de marzo de 2011 y 29 de marzo de 2012, de hecho, se ratificó el nombramiento de la representante legal y del revisor fiscal, luego de que se les reconociera su buena gestión al interior de la compañía. Por ejemplo, en el acta n.º 52, se indica lo siguiente: '[t]omó la palabra el sr. Orlando Jaimes Landazábal y manifestó: aplaudimos la gestión de la gerente la cual ha sido limpia, pura, importante, generosa, proyectando un buen negocio, me siento orgulloso que haya llegado a un momento importante en su vida, ya que esto no se hizo de la noche a la mañana, fue con lucha, [que] es la función [por la que] nos nombran en este cargo para lograr los objetivos. Lo mismo el revisor Carlos Alirio. Los dos se ratifican por unanimidad' (vid. Folio 521).⁴⁰ Por lo demás, la demandada declaró que 'en el caso de la cartera en especial, la señora Ana Socorro Díaz Pinzón, [supuesta auditora y representante de José Gerardo Díaz en las reuniones sociales], sacaba quincenalmente una rotación de cartera para analizarla y entregársela a los socios [...]. Hasta el momento ellos nunca me hicieron observaciones concretas sobre alguna de esas situaciones'.⁴¹

Ahora bien, las consideraciones expuestas en el párrafo anterior no quieren decir que la demandada estuviera exenta de llevar a cabo actuaciones tendentes a obtener el cumplimiento de las obligaciones en cuestión. De comprobarse, por ejemplo, que la administradora simplemente omitió cobrar a sus clientes, podría imputársele como una infracción a título de omisión negligente, en los términos antes explicados. En el presente caso, sin embargo, en el expediente reposan algunos elementos de juicio que apuntan a que la demandada si realizó una gestión de cobro, aun cuando el perito sostuvo que '[n]o se evidencia un patrón de

⁴⁰ En este punto vale la pena poner de presente que en la reunión del 23 de marzo de 2013, la demandada reconoció la comisión de errores en la celebración de algunas ventas a crédito, lo que no le corresponde al Despacho escudriñar por virtud de la regla de la discrecionalidad antes citada. Sin embargo, debe destacarse el hecho de que incluso ello no fue ocultado a los socios. Según se indicó en el acta n.º 55 del 23 de marzo de 2013, la demandada señaló que 'la labor especial de la gerencia es reevaluar los clientes y no dar otorgamientos de créditos que no sean de acuerdo a las políticas de crédito, mantener sano y protegido el patrimonio de los socios, debido a que se había cometido errores en otorgamientos de créditos y es por esto que en el año 2012 se propuso cuidar los créditos y se ha visto la mejoría con la protección de los pagarés y poner a disposición los resultados para que sean revisados' (vid. Folio 555). Ahora bien, en este documento consta, además, que inmediatamente después intervino el presidente de la reunión, Orlando Jaimes Landazábal, y manifestó lo siguiente: 'una vez leído el informe de gestión claro, conciso, preciso, le parece que bien por el tema de cartera que está bien enfocado, los procedimientos de cobro estén claros, cumplir con los plazos y quien no los cumpla, automáticamente accionar contra él y suspender los créditos y tomar las acciones respectivas' (id.). Por lo demás, la misma ex representante legal explicó que se contaba con una funcionaria encargada de la cartera, Jeny Flórez Daza, quien trabajó por muchos años para la compañía hasta el 31 de diciembre de 2012. No obstante, en sus palabras, 'las personas que llegaron [después] realmente no cumplieron con el perfil y se presentaron muchas dificultades durante ese lapso en el empalme'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 23 de noviembre de 2015 (vid. Folio 1537) 1:11:10 a 1:11:40.

⁴¹ Id. 46:05 a 46:56. Por su parte, la señora Xiomara Pinzón Ascanio, directora administrativa, contable y financiera de Materiales y Metales Ltda., manifestó que '[t]enía todos los días que realizar un informe para los socios [...]. Ese informe se lo pasaba todos los días a la señora Ana Socorro que era la auditora. Era un formato ya preestablecido por ellos, por la auditoría externa, [en el que se incluían] saldos de bancos, saldos de obligaciones bancarias, ventas [...]'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 15 de diciembre de 2015 (vid. Folio 2032) 8:22 a 8:50.

inicio de acciones judiciales de cobro de la cartera' (vid. Folio 2366). Para comenzar, en el texto de la demanda se indica que el no recaudo efectivo de las cuentas por cobrar se evidencia en 'los procesos ejecutivos adelantados por los apoderados judiciales de MyM' (vid. Folio 26). Además, en algunas de las actas correspondientes a reuniones de la junta de socios de la compañía, se hace referencia a determinados procesos de la naturaleza indicada. Así, por ejemplo, en el acta n.º 56 del 19 de septiembre de 2013 se alude a los procesos judiciales — con medida cautelar de embargo— adelantados en contra de clientes como 'Fivisa' y 'Constructora Esgamo' (vid. Folio 594).⁴² De igual forma, en el acta n.º 68 del 26 de mayo de 2014 se menciona a los clientes Néstor Iván Santamaría Rodríguez con 'más de 50 procesos' en contra, a 'Consorcio Ingeniería 2010', demandado con base en un pagaré suscrito, y al proceso ejecutivo iniciado en contra del cliente Edmond Oviedo Portilla (vid. Folios 1067 y 1068).

Por otro lado, la demandada explicó que 'la señora de cartera tenía autonomía para otorgar créditos y algunos en especial los mirábamos en reunión con un abogado que teníamos vinculado a la empresa por honorarios [...]. Para los cobros también se hacía un acompañamiento permanente a la señora de cartera'.⁴³ La referida demandada sostuvo, así mismo, que el requerimiento inicial siempre se hacía telefónicamente al cliente y 'ya cuando llega[ba] el momento de evaluar las obligaciones a final de año, cuando se hacía el cierre de cartera todos los años en el mes de diciembre en la segunda quincena, se evaluaban y se tomaban decisiones de que si no se hacían cumplir, se mandaba a cobro jurídico'.⁴⁴ En igual sentido, la señora Xiomara Pinzón Ascanio, directora administrativa, contable y financiera de Materiales y Metales Ltda., señaló que para discutir lo relacionado con las obligaciones incumplidas 'había como un comité en que estaba el abogado, la jefe de cartera, la gerencia, incluso yo vi que en el último año también venían los socios y hablaban con la gerencia [...]'.⁴⁵ De igual manera, la referida testigo manifestó que 'existía una jefe de cartera que sacaba un informe y con eso ella realizaba sus llamadas, gestiones. La gerente también miraba ese informe, ella le tenía que informar quién pagaba, quién no. También si eran de un tiempo en el que no se habían cumplido, lo miraban con la parte jurídica. Nosotros teníamos un abogado que estaba y nos ayudaba a hacer ese tipo de gestiones y lo mismo las abogadas externas que tenía la compañía'.⁴⁶ Aunado a lo anterior, es de suma relevancia resaltar lo afirmado por la liquidadora de la compañía en el informe de gestión presentado el 26 de marzo de 2015 al máximo órgano social. En el aludido documento se indica que 'la mayoría de la cartera está en cobro jurídico' (vid. Folio 887). Según la liquidadora, 'teniendo en cuenta que el activo más representativo de la sociedad es la cartera por \$3.190.692.221,97, de la cual el 91,01% (\$2.903.849.991) está en cobro jurídico,

⁴² En esta acta también consta la discusión entre los socios en torno a su preocupación por el trámite e impulso de los procesos en curso (vid. Folio 594).

⁴³ Id. 36:55 a 38:00.

⁴⁴ Id. 1:12:55 a 1:13:12.

⁴⁵ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 15 de diciembre de 2015 (vid. Folio 2032) 16:48 a 17:05.

⁴⁶ Id. 41:58 a 42:37.

será necesario realizar la venta de la cartera con la finalidad de cumplir con las obligaciones laborales, tributarias y financieras [...]’ (vid. Folio 892). En el referido informe también se expresó que ‘la cartera dada de baja en años anteriores está en poder de abogados por \$753.628.046,97’ (vid. Folio 887).

Por lo demás, el dictamen pericial también apunta a que, al menos durante el periodo al que se restringe el análisis de las actuaciones de la demandada en el presente proceso, hubo gestión de cobro (vid. Folio 2366):

TABLA N.º 1
VENTAS A CRÉDITO DESDE EL 25 DE AGOSTO DE 2010
HASTA EL 20 DE NOVIEMBRE DE 2013
Y RECUPERACIÓN DE LAS CUENTAS POR COBRAR⁴⁷

Año	Ventas a crédito⁴⁸	Recuperación⁴⁹
2010	7.368.497.580	8.851.488.882
2011	43.205.286.431	34.799.826.067
2012	28.189.528.307	30.007.439.208
2013	21.860.286.678	20.222.346.735
Total	100.623.598.996	93.881.100.892

Así las cosas, el Despacho debe concluir que efectivamente se configuró una infracción a los deberes de los administradores sociales por el hecho de que la demandada no hubiera fijado una política precisa para la celebración de ventas a crédito en la compañía. En este punto es pertinente poner de presente que la infracción en comento no deviene del hecho de que hubiera decidido celebrar los negocios a que se ha hecho referencia, de que no haya exigido garantías a algunos de los clientes, o que haya acordado el no cobro de intereses. En verdad, estas últimas actuaciones encuentran fundamento en decisiones de negocios cuyos resultados, por virtud de la regla de la discrecionalidad, no corresponde a los jueces auscultar. En este sentido, el Despacho tampoco encontró que, respecto de tales operaciones, se hubiere verificado alguna ilegalidad, abuso o conflicto de interés que permitiera realizar un escrutinio directo.

Ahora bien, aunque una omisión en el cobro de las cuentas por cobrar en una compañía cuya estrategia comercial está basada en la celebración de ventas a crédito sí podría acarrear la responsabilidad de la administradora, el material probatorio tampoco fue suficiente para concluir que la demandada haya deliberadamente omitido realizar gestión de cobro. Por un lado, si bien no se conoce con certeza qué montos específicamente fueron objeto de ejecución judicial forzosa durante el periodo en que la demandada fungió como representante legal de Materiales y Metales Ltda., sí se adelantaron gestiones orientadas a obtener el pago de las obligaciones. Las declaraciones antes

⁴⁷ Cfr. escrito de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial (vid. Folio 2366) 33 a 177.

⁴⁸ Id. 33 a 104.

⁴⁹ Id. 104 a 177.

referidas también apuntan a que esa gestión iniciaba con llamadas telefónicas. Además, la compañía contaba con el apoyo permanente de abogados internos y externos encargados del cobro jurídico. Por otro lado, aunque esa gestión haya podido provenir, en parte, de la liquidadora designada, lo cierto es que habría sido posible someter el 91,01% de las cuentas por cobrar a ejecución judicial. Ello indica que, si bien muchas de las facturas emitidas a los clientes pudieron haber vencido —como se afirma en la demanda—, el cobro de las obligaciones respectivas era viable por la vía jurídica.

Debe quedar claro, además, que aunque se hayan presentado dificultades en lograr el pago de algunas de estas obligaciones y que de haberse solicitado mayores garantías al momento de celebrar el negocio jurídico posiblemente se habría atenuado este riesgo, lo cierto es que cuando la demandada tomó la respectiva decisión lo hizo amparada en su experticia y por virtud de la confianza que le depositaron los asociados al designarla en el cargo. En todo caso, como ya se dijo, la información que reposa en el expediente da cuenta de que a los socios se les puso de presente esta situación, que se aprobó la gestión de la administradora en varias reuniones sociales y que las operaciones en cuestión eran avaladas por el revisor fiscal cuya gestión también era aprobada por el máximo órgano social.

No podría entonces reprenderse la conducta de la demandada por el hecho de no haber logrado el recaudo efectivo de absolutamente todas las sumas adeudadas a la compañía, de haber ‘castigado cartera’, o de haber decidido acudir a los establecimientos de crédito a efectos de financiarse. Tal y como ya se expresó, una estrategia comercial basada en la celebración de ventas a crédito conlleva, naturalmente, un importante riesgo de impago de obligaciones. Las compañías que venden a crédito, así mismo, suelen identificar deudas de difícil cobro y castigar cuentas por cobrar —situación que también era puesta de presente a los socios—. ⁵⁰ Tampoco podría censurarse el hecho de haber decidido acudir a las entidades del sector financiero a efectos de satisfacer necesidades de liquidez. Este tipo de necesidades se presentan con frecuencia en sociedades que venden a crédito, por lo que parecería razonable hacer uso de la posibilidad de solicitar financiación. Por lo demás, el Despacho pudo constatar que la demandada recurrentemente solicitaba autorización de la junta de socios para el efecto (vid. Folios 473, 510, 511, 547).

En síntesis, pues, el Despacho declarará que la señora Villamizar Bermúdez infringió su deber de diligencia por no fijar en forma precisa los criterios para la celebración de ventas a crédito, sin que ello implique que incurrió en otro tipo de infracciones derivadas de estas operaciones ni la generación de perjuicios a la compañía o a sus socios. Debe reiterarse, por último, la importancia del respeto judicial por el criterio de los administradores, con lo que se busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales,

⁵⁰ No debe perderse de vista, en todo caso, que la liquidadora señaló en su informe de gestión que parte de la ‘cartera castigada’ se encontraba en cobro jurídico (vid. Folio 887).

sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada posteriormente por los resultados negativos de sus decisiones.⁵¹ De no existir esta regla —la regla de la discrecionalidad o ‘business judgment rule’—, los administradores carecerían de incentivos para asumir riesgos, puesto que el retorno económico de una inversión de la naturaleza indicada beneficiaría principalmente a la compañía, al paso que cualquier pérdida le sería imputable al administrador.⁵²

B.

C. ‘Provisiones de cartera’

En la demanda se ha controvertido el hecho de que se hayan generado ‘provisiones de cartera’ sin cumplir con lo establecido en el Decreto 2649 de 1993 (vid. Folios 21 a 23). En su defensa, la demandada asegura que las aludidas provisiones cumplen con lo dispuesto en la normatividad vigente (vid. Folio 1185). Al respecto, el Despacho no encontró sustento probatorio que acredite alguna ilegalidad en relación con el registro de la causación de provisiones derivadas de deudas de difícil recaudo.

D. Manejo del inventario

Según se expresa en la demanda, ‘[d]urante su gestión, [la demandada] mantuvo altos inventarios sin rotar y no implementó estrategias para la comercialización de los mismos, incumpliendo las políticas establecidas por la junta general de socios en reuniones realizadas el 29 de marzo de 2003 y 23 de marzo de 2013’ (vid. Folio 42). Una vez examinado el dictamen pericial, el Despacho encuentra que, en efecto, parte del inventario de baja rotación no fue comercializado durante el periodo analizado en el presente proceso (vid. Folio 2366). Sin embargo, conviene aclarar que ello no ocurrió respecto de todo el inventario pues algunos de los activos que lo componían sí tuvieron rotación (vid. Folios 2125 a 2141). No podría entonces exigírsele a la demandada que hubiera agotado todo el inventario en cuestión, y mucho menos si se trataba de aquel de baja rotación. Tampoco podría condenársele a responder con su patrimonio por el valor de los activos que no pudieron ser comercializados.

⁵¹ Para un análisis acerca de la regla de la discrecionalidad, cfr. a A Palmiter y F Partnoy, *Corporations: A Contemporary Approach* (2010, West Publishing, St. Paul, Min.) 541 a 583, S Bainbridge, *Corporate Law* (2a ed., 2009, Foundation Press, Nueva York) 96 a 140 y RA Peeples, *The Use and Misuse of the Business Judgment Rule in the Close Corporation* (1985) 60 NOTRE DAME L REV 456.

⁵² MA Eisenberg, *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law* (1994) 62 FORDHAM L REV 445. Existen numerosas otras razones para aplicar la regla de la discrecionalidad. Para el caso de las sociedades abiertas, por ejemplo, se ha dicho que la disciplina de mercado que impone la posible depresión en el precio de las acciones crea suficientes incentivos para que los administradores se comporten adecuadamente. Cfr. a FH Easterbrook y D Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991, Harvard University Press, Boston) 244. Eisenberg también señala que ‘para examinar adecuadamente la calidad de las decisiones de un administrador, sería preciso establecer el grado de exposición de riesgo que podía asumir la sociedad cuando se tomaron las decisiones controvertidas, así como identificar cuáles operaciones se ajustaban al perfil de riesgo de la compañía en ese momento. Además de la evidente complejidad que conlleva este análisis, una intervención judicial de esta naturaleza atentaría gravemente contra la potestad autónoma de la sociedad para conducir sus negocios’. Id. 447.

Debe decirse que, en todo caso, no le corresponde a este Despacho escudriñar la gestión de la administradora frente a este particular, ni juzgar sus resultados acertados o desacertados. Tampoco le corresponde interferir en las decisiones de la demandada relacionadas con la condiciones en que realizó las demás negociaciones a que se hace referencia en este acápite de hechos, si se realizaron devoluciones de mercancía, ni si se generaron costos adicionales o efectos negativos sobre la rotación del inventario (vid. Folios 42 a 43). En verdad, el Despacho no encuentra que en tales actuaciones exista alguna ilegalidad, abuso o conflicto de interés que amerite su intervención.

E. Contratos de arrendamiento de vehículos y vinculación de trabajadores a la sociedad

Los demandantes aducen que la señora Villamizar Bermúdez, en representación de Materiales y Metales Ltda., tomó en arrendamiento cuatro vehículos que no fueron utilizados por la compañía. Además, controvierten el hecho de que, pese a ello, la demandada decidió 'contratar con terceros el despacho de mercancías' (vid. Folio 49). En la demanda también se alega que la demandada resolvió vincular a los trabajadores de la sociedad a través de PTA Ltda., pese a las recomendaciones del máximo órgano social (vid. Folio 44).

No obstante, el Despacho no encuentra que con las decisiones en comento se haya transgredido el régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales en Colombia. En verdad, las pruebas disponibles apuntan a que lo descrito en el párrafo anterior obedeció a decisiones de negocios de la señora Villamizar Bermúdez amparadas por la regla de la discrecionalidad. En este sentido, los demandantes no demostraron la existencia de conflictos de interés o circunstancias irregulares que pudiesen comprometer el ejercicio objetivo del cargo de administrador por parte de Ana Yolanda Villamizar Bermúdez.

F. Falta de 'creatividad para adaptarse a las circunstancias del mercado'

Según se afirma en la demanda, '[l]os socios de "MyM" promovieron una reunión informal con la ex gerente en el mes de abril de 2013 con la finalidad de evaluar la situación de la sociedad para dar solución a la situación derivada de la llegada de los grandes almacenes al mercado y de la competencia agresiva desplegada por ellos, como se hizo constar en el acta n.º 057 [...]. La ex gerente, [sin embargo], no emprendió ninguna acción en beneficio de la sociedad, para incluir nuevos productos en el portafolio, realizar actividades de mercadeo tendentes a captar nuevos clientes y a comercializar los productos de baja rotación, máxime cuando las pérdidas del año anterior y del ejercicio estaban afectando patrimonialmente a la sociedad' (vid. Folio 19).

Frente a lo anterior, el Despacho debe señalar que, conforme fue expuesto en acápites anteriores, no le corresponde inmiscuirse en la gestión administrativa de los asuntos internos de una compañía. Por esa razón, se abstendrá de pronunciarse sobre este particular.

II. Acerca de las infracciones al deber de lealtad

Los demandantes también han controvertido la responsabilidad de la señora Villamizar Bermúdez por actuaciones que, a su juicio, constituyen violaciones al deber de lealtad. En concreto, se ha dicho que la demandada, en ejercicio del cargo de representante legal de Materiales y Metales Ltda., incurrió en la celebración de operaciones viciadas por conflictos de interés, así como en actos de competencia.

A. Operaciones viciadas por conflicto de interés

Según se expresa en la demanda, la señora Villamizar Bermúdez representó a Materiales y Metales Ltda. en la celebración de negocios jurídicos con Full Repuestos Ltda., una compañía en la que reviste la calidad de accionista, administradora y en la que su hermana funge como representante legal principal (vid. Folios 5 y 24). En criterio de los demandantes, pese a que tales operaciones se encontraban viciadas por un conflicto de interés, la demandada no obtuvo la autorización de que trata el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

La demandada, por su parte, sostiene que no existe una prohibición legal ni estatutaria para celebrar las operaciones en cuestión con una compañía representada legalmente por una persona vinculada por parentesco (vid. Folio 1188). Adicionalmente, se ha dicho que tales negocios eran conocidos por los socios de Materiales y Metales Ltda. a quienes, incluso, también se les ha vendido a crédito (id.).

Para emitir un pronunciamiento de fondo sobre el presente cargo, resulta indispensable aludir a los antecedentes más relevantes desarrollados por esta Delegatura en materia de conflictos de interés. En las sentencias n.º 800-133 del 16 de octubre de 2015 y 800-134 del 20 de octubre de 2015, en las que se condensó buena parte de este régimen, se expresó lo siguiente.

‘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.º 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.º 800-52 del 1 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 mutuuario 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”.⁵³ Por tal motivo, el Despacho concluyó que, “los administradores sociales

⁵³ Cfr. Sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014.

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”.⁵⁴

’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 administrador”.⁵⁵ 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”.⁵⁶

’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”.’

⁵⁴ Cfr. Sentencia n.º 800-29 del 14 de mayo de 2014.

⁵⁵ Id.

⁵⁶ Id.

Con base en las precisiones expuestas, es posible ahora analizar los negocios jurídicos censurados por los demandantes, con el fin de determinar si estuvieron viciados por un conflicto de interés.

El Despacho pudo verificar que la señora Villamizar Bermúdez, en representación de Materiales y Metales Ltda., vendió materiales a crédito a Full Repuestos Ltda. Según el dictamen pericial que obra en el expediente, 'la sociedad inició relaciones comerciales con Full Repuestos Ltda. desde el mes de octubre de 2010 y mantuvo las mismas hasta el mes de noviembre de 2013' (vid. Folio 2154).⁵⁷ En dicho documento también se afirma que, durante el periodo indicado, se celebraron operaciones con la referida compañía por los montos que se exponen en la siguiente tabla (vid. Folios 2155 a 2159):

TABLA N.º 2
MONTOS ANUALES DE VENTAS A FULL REPUESTOS LTDA.

Año	Monto de ventas
2010	\$55.544
2011	\$9.913.753
2012	\$9.290.282
2013	\$53.337.115
Total	\$72.596.694

El material probatorio disponible también permitió establecer que la señora Villamizar Bermúdez ostentaba, para la época de la celebración de las operaciones descritas, el 90% de las cuotas en que se halla dividido el capital social de Full Repuestos Ltda., así como la condición de representante legal suplente y miembro principal de la junta directiva de esa compañía (vid. Folios 784, 789 reverso, 792 y 793).⁵⁸ Además, el Despacho pudo establecer que la hermana de la demandada, Nelly Villamizar Bermúdez, fungía como representante legal principal de Full Repuestos Ltda. para esa misma época (vid. Folio 792). Estas circunstancias son suficientes para concluir que en la celebración de los negocios jurídicos a que se ha hecho referencia se configuraron evidentes conflictos de interés. Esto se debe a que la demandada, en calidad de administradora de Materiales y Metales Ltda. y de Full Repuestos Ltda., estaba obligada a velar por los mejores intereses de ambas compañías, en los términos exigidos por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. A su vez, como asociada controlante de Full Repuestos Ltda. y hermana de su representante legal, contaba con un interés económico subjetivo en las correspondientes operaciones. Así, pues, la señora Villamizar Bermúdez debió haber obtenido la autorización a que alude el numeral 7 del citado artículo 23. En el presente caso, sin embargo, la propia demandada reconoció que la junta de socios de Materiales y Metales Ltda. nunca impartió la

⁵⁷ Así también lo reconoció la demandada durante su interrogatorio de parte. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 23 de noviembre de 2015 (vid. Folio 1537) 59:36.

⁵⁸ Id. (1:08:25 y 1:09:15). Así también lo reconoció la demandada durante su interrogatorio de parte (vid. Folio 1537).

autorización para la celebración de estos negocios. En sus palabras, ‘esa era una relación comercial que no necesitaba autorización, puesto que, primero, nunca rebasó los límites de un contrato superior a los 200 salarios mínimos. Además, no tiene conflicto de intereses, [...] puesto que [...] benefició a la organización [y] las ventas se hicieron con los precios comerciales y dentro de los parámetros que la ley exige’.⁵⁹ Adicionalmente, las actas consultadas por el Despacho dan cuenta de que el máximo órgano de Materiales y Metales Ltda. nunca obtuvo la mencionada anuencia (vid. Folios 473-601). En consecuencia, debe concluirse que la demandada 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’.

Ahora bien, como se indicó en acápites anteriores, la existencia de conflictos de interés justifica el hecho de que los jueces examinen directamente la gestión de los administradores sociales. Bajo esta premisa, le corresponde al Despacho determinar si se generaron perjuicios a Materiales y Metales Ltda. por virtud de la celebración de las aludidas operaciones. Según el dictamen pericial, respecto de estos negocios jurídicos no se pudo constatar: i) el otorgamiento de garantías; ii) el diligenciamiento de una solicitud de crédito; iii) la fijación de cupos de crédito ni condiciones específicas como plazo o intereses de financiación;⁶⁰ iv) la verificación de antecedentes de comportamiento crediticio del cliente. Debido a lo anterior, el perito concluyó que ‘no existieron bases ciertas para el otorgamiento del crédito a favor de Full Repuestos’ (vid. Folio 2155). Ello, de acuerdo con el escrito de aclaraciones y complementaciones, ‘implica asumir un riesgo no medido en la recuperación del crédito otorgado’ (vid. Folio 2366).

La anterior afirmación concuerda con lo verificado por el Despacho, en el sentido de que, al menos durante el periodo de análisis, la suma recibida por Materiales y Metales Ltda. a título de pago derivado de las ventas a Full Repuestos Ltda. ascendió apenas a \$8.221.425 (vid. Folio 2159). Por su parte, según se afirma en la demanda, ‘la sociedad Full Repuestos Ltda. a 20 de mayo de 2015 adeuda a Materiales y Metales Ltda. en liquidación la suma de \$47.961.018 de capital más los intereses moratorios correspondientes’ (vid. Folio 25). No obstante, el señor Helio Enrique Mantilla, contador de Full Repuestos Ltda., señaló, durante la práctica de su testimonio, que ‘[únicamente] se están debiendo las facturas a partir

⁵⁹Id. En este punto debe decirse que los conflictos de interés estudiados en esta sentencia tampoco pueden desvirtuarse por la posibilidad de que las operaciones analizadas hubieren sido beneficiosas para Materiales y Metales Ltda. En verdad, los resultados económicos de los contratos analizados no hacen desaparecer los intereses contrapuestos que contaminaron el juicio de la administradora 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.

⁶⁰Id. (1:38:00). Según el testimonio del contador de Full Repuestos Ltda., Helio Enrique Mantilla, nunca se negoció ningún interés respecto de las ventas a crédito por parte de Materiales y Metales Ltda.

de diciembre 28 de 2012 y las que se compraron en 2013, por eso se firmó un pagaré'.⁶¹ Así, en el expediente consta el pagaré n.º 868 del 15 de enero de 2013 en blanco, suscrito por la señora Nelly Villamizar Bermúdez, en su condición de representante legal de Full Repuestos Ltda., a favor de Materiales y Metales Ltda. (vid. Folios 844 a 845). El Despacho también encontró la correspondiente carta de instrucciones en la que se indica lo siguiente: 'El pagaré número 868 podrá ser llenado por ustedes en caso de mora o incumplimiento de una o más de las obligaciones a mi cargo o a nuestro cargo y a favor de ustedes [...] (vid. Folio 847). Así las cosas, el Despacho debe concluir que no existe suficiente certeza sobre la suma por concepto de capital que se adeuda actualmente por parte de Full Repuestos Ltda. a Materiales y Metales Ltda. en liquidación —pues es posible que, de forma posterior a la remoción de la demandada, la liquidadora haya realizado gestión de cobro—. ⁶² Pero, además, tampoco parecía existir imposibilidad real de cobrar tales sumas, pues lo cierto es que la sociedad contaba con un pagaré que podía diligenciarse y hacerse efectivo por la vía ejecutiva.

Por estas razones, el Despacho no podría condenar a la demandada a pagar el capital adeudado por Full Repuestos Ltda. a Materiales y Metales Ltda. en liquidación. Adicionalmente, tampoco se acreditó que las operaciones correspondientes se hubieren celebrado en condiciones lesivas para esta última compañía y benéficas para la primera, si se les compara con las demás ventas que solían celebrarse. En esa medida, no le correspondería a este Despacho proferir una condena por cuya virtud la señora Villamizar Bermúdez tuviera que indemnizar a la compañía por los perjuicios derivados de haber contratado en condiciones de esa naturaleza. Por último, si bien los demandantes han controvertido el hecho de que el pagaré a que se ha hecho referencia fue suscrito cuando las obligaciones a cargo de Full Repuestos Ltda. ya se encontraban vencidas, lo cierto es que se otorgó finalmente el aludido título (vid. Folios 24 a 25), cuya carta de instrucciones abarca la posibilidad de incluir cualquier suma derivada de tales obligaciones e, incluso, los respectivos intereses (vid. Folio 847). A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho se abstendrá de condenar a la demandada al pago de perjuicios por la celebración de operaciones en conflicto de interés.

B. Actos de competencia

En la demanda también se afirma que la señora Villamizar Bermúdez participó de la constitución de Full Repuestos Ltda., una compañía que se dedicaría a realizar las mismas actividades previstas en el objeto social de Materiales y Metales Ltda. (vid. Folios 5 y 23). Si bien el Despacho no podría pronunciarse sobre si el acto de constitución de Full Repuestos Ltda., en sí mismo, configura una infracción a los deberes a cargo de la administradora —por cuanto operó el término previsto en el

⁶¹ Id. (1:38:00 a 1:38:25).

⁶² Id. (1:13:50). Según manifestó la demandada durante su interrogatorio de parte, ella no adelantó la ejecución judicial forzosa de las obligaciones de Full Repuestos Ltda. porque justo en ese momento la removieron del cargo de representante legal. No obstante, también sostuvo que de este asunto se ha encargado la liquidadora (vid. Folio 1537).

artículo 235 de la Ley 222 de 1995 —, lo que sí podría examinar es si la demandada incurrió en actos de competencia a través de la referida sociedad.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores de una sociedad deberán ‘abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad’. Sobre el particular, en la doctrina nacional se ha dicho que existe un acto de competencia en aquellos eventos en que los administradores de una sociedad ostentan el mismo cargo ‘en empresas que tengan por objeto la producción, abastecimiento, distribución o consumo de los mismos bienes o la prestación de los mismos servicios’.⁶³ Esta interpretación parece provenir de los antecedentes de la Ley 222 de 1995. Ciertamente, de conformidad con el Proyecto de Ley 119 de 1993, uno de los postulados del deber de lealtad habría sido concebido como la imposibilidad de los administradores de actuar en tal calidad en ‘dos o más compañías que sean competidoras entre sí, o cuando entre ellas, a juicio de los demás administradores, se presenten conflictos de interés’.⁶⁴

Pues bien, una vez examinado el expediente, el Despacho encontró que el objeto social de Full Repuestos Ltda. comprende la compraventa, comercialización y distribución de repuestos de maquinaria y vehículos, para lo cual ‘podrá participar, vender, comprar toda clase de materiales para construcción [...]’ (vid. Folio 791). Por su parte, Materiales y Metales Ltda. se dedica a la ‘comercialización de materiales para la construcción y la industria [...]’ (vid. Folio 68). Es decir que el objeto social principal de ambas compañías es distinto, aunque para desarrollarse comprenda la posibilidad de llevar a cabo actividades similares. Es por ello que, a partir de los elementos de juicio que reposan en el expediente, no es evidente que la señora Villamizar Bermúdez, en ejercicio de sus funciones como administradora de ambas compañías, haya incurrido en actos de competencia. Además, el Despacho no pudo constatar que la demandada haya ejercido su cargo como representante legal suplente de Full Repuestos Ltda.⁶⁵ Tampoco se acreditó, por ejemplo, que la demandada haya actuado como miembro de la junta directiva de esta última compañía ni que, en tal condición, haya promovido actos de competencia respecto de Materiales y Metales Ltda. Adicionalmente, la señora Xiomara Pinzón Ascanio señaló, durante la práctica de su testimonio, que tuvo conocimiento de que Full Repuestos Ltda. únicamente se dedicaba a vender repuestos de vehículos, pero nunca se enteró que vendiera materiales de construcción.⁶⁶ Por lo demás, tampoco podría tenerse como indicio de una infracción de esta naturaleza, el hecho de que se hubiera vinculado como miembro

⁶³ Cfr. NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2014, Bogotá, Legis Editores S.A.) 195.

⁶⁴ Cfr. Artículo 54 del Proyecto de Ley 119 de 1993.

⁶⁵ En este sentido, debe recordarse que ‘la demostración de que un suplente no ha actuado, no sólo puede exonerarle de responsabilidades (Ley 222 de 1995, art. 24), sino que, además, lo pone a salvo de ciertas prohibiciones [...]’. Cfr. F Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 3ª Edición (2016, Bogotá, Editorial Temis) 691.

⁶⁶ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 15 de diciembre de 2015 (vid. Folio 2032) 1:02:00.

de la junta directiva de Full Repuestos Ltda. a la señora Pinzón Ascanio, directora administrativa, contable y financiera de Materiales y Metales Ltda. (vid. Folio 25).⁶⁷ Por las razones anteriormente expuestas, el Despacho se abstendrá de declarar responsable a la demandada por supuestamente incurrir en actos de competencia.

III. Acerca de las demás infracciones invocadas en la demanda

A. Extralimitación de funciones

En la demanda también se afirma que la demandada incurrió en extralimitación de funciones al celebrar varias operaciones en representación de Materiales y Metales Ltda. Una vez revisadas las pruebas disponibles en el expediente, el Despacho pudo constatar que, durante la época en que la señora Villamizar Bermúdez ostentó la calidad de representante legal de la aludida compañía, 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 junta de socios (vid. Folio 75 reverso). A pesar de lo anterior, la prueba pericial practicada apunta a que la demandada representó a la compañía en la celebración de ciertas operaciones — ventas a crédito y compras—⁶⁸ por un monto superior a la suma antes mencionada, sin obtener la anuencia del máximo órgano social (vid. Folios 2142 a 2151 y 473 a 601). Es claro, pues, que la celebración de los aludidos contratos por parte de la señora Villamizar Bermúdez constituyó una flagrante violación de los deberes que le correspondían como administradora social, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, el Despacho únicamente se limitará a declarar que se produjo tal infracción, pues si bien la extralimitación de funciones podría acarrear la inoponibilidad de las correspondientes operaciones respecto de la compañía, esta Delegatura carece de competencia para pronunciarse sobre ese particular. Ciertamente, se trata de un asunto que, al requerir de la aplicación de las reglas atinentes a la representación según lo dispuesto en los artículos 832 y siguientes del Código de Comercio, excede las facultades jurisdiccionales atribuidas a esta Superintendencia.⁶⁹

⁶⁷ Id. 17:37. La señora Pinzón Ascanio manifestó que, en todo caso, nunca ha ejercido el cargo de miembro de junta directiva de Full Repuestos Ltda. (vid. Folio 2032).

⁶⁸ Se incluirían, entre tales operaciones, los contratos de arrendamiento de bodegas y de compraventas.

⁶⁹ Según la sentencia del 16 de octubre de 2013 proferida por la Corte Suprema de Justicia, las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades no abarcan asuntos que estén por fuera del ámbito de aplicación del régimen societario colombiano. En esta providencia, la Corte se pronunció frente a la sentencia n.º 801-43 del 12 de julio de 2013 proferida por esta Delegatura en el caso de Refricenter Group S.A.S. En este último pronunciamiento, este Despacho advirtió, con fundamento en los artículos 833 y 841 del Código de Comercio, la inoponibilidad de una cesión de cuotas celebrada por un mandatario que carecía de facultades para el efecto. Sin embargo, según la sentencia de la Corte en mención, la controversia suscitada entre las partes ‘no es relativa a un aspecto propio del contrato social, sino que apareja un debate que no es de la esencia de su desarrollo, finalidad u objeto, valga decir, la nulidad absoluta de la venta de unas acciones por carencia de facultades en el mandatario’

B. Infracciones al derecho de inspección

Los demandantes han señalado que la señora Villamizar Bermúdez les impidió el ejercicio de su derecho de inspección cuando su apoderada, Ana Socorro Díaz Pinzón, se hizo presente en las instalaciones de la compañía el 14 de noviembre de 2013 (vid. Folio 7).

Una vez examinado el material probatorio disponible, el Despacho pudo verificar que los señores José Gerardo Díaz Ardila y Orlando Jaimes Landazábal, en su condición de socios de Materiales y Metales Ltda., confirieron poder a Ana Socorro Díaz Pinzón el 14 de noviembre de 2013 a efectos de que los representara en el ejercicio de su derecho de inspección (vid. Folio 132). El mismo día, la señora Díaz Pinzón se hizo presente en las instalaciones sociales con el propósito indicado, pero no fue posible llevar a cabo la diligencia por cuanto la representante legal puso de presente que la persona que acompañaba a la aludida apoderada debía ser también autorizada para el efecto (vid. Folio 133). Fue así como el 15 de noviembre de 2013, los socios otorgaron nuevamente un poder suficiente en los términos antes referidos. Ese día, en horas de la tarde, la señora Díaz Pinzón se hizo presente una vez más en las oficinas de la compañía. De conformidad con el texto del acta por ella suscrita, se presentaron inconvenientes con la demandada y finalmente no fue posible ejercer el derecho de inspección (vid. Folio 136). Por su parte, el apoderado de la señora Villamizar Bermúdez adujo que era cierto lo indicado en la demanda respecto del ejercicio del derecho a que se ha hecho referencia (vid. Folio 1117). No obstante, advirtió que, en todo caso, ‘le dijo a la señora Socorro que no iba a cerrar la empresa para que realizaran la labor, que lo hiciera así dentro del horario normal [...]’ (id.).

A partir de lo anterior, el Despacho encuentra que efectivamente no fue posible que los demandantes ejercieran el derecho de inspección en aquella oportunidad debido a las desavenencias referidas. Ello es contrario a lo establecido en el artículo 369 del Código de Comercio, por cuya virtud, ‘[l]os socios tendrán derecho a examinar en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante, la contabilidad de la sociedad, los libros de registro de socios y de actas y en general todos los documentos de la compañía’. Por esta razón, el Despacho declarará que la demandada infringió el deber previsto en el numeral 6 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, al menos en relación con lo ocurrido el 15 de noviembre de 2013. No obstante, en vista de que no se acreditó la generación concreta de perjuicios a los demandantes por este concepto y comoquiera que tampoco existe certeza sobre si finalmente fue posible ejercer ese derecho ‘dentro del horario normal’, el Despacho se abstendrá de ordenar una indemnización de perjuicios.

C. No dar trato equitativo a los socios

En la demanda también se ha dicho que la señora Villamizar Bermúdez dio un trato inequitativo a los socios, en particular, al señor Orlando Jaimes Landazábal. (vid. Folio 40 a 41). Tras una revisión del acta n.º 55, correspondiente a la reunión

celebrada el 23 de marzo de 2013, el Despacho pudo constatar que, ante una solicitud de información relacionada con la 'rotación de cartera' presentada por Orlando Jaimes Landazábal, la demandada respondió: '[...] yo no le entrego información a usted debido a que es el socio minoritario y demás es el gerente de la competencia' (vid. Folio 559). En su defensa, la señora Villamizar Bermúdez manifestó que se trataba de una solicitud que había sido inicialmente presentada a la señora Xiomara Pinzón Ascanio en la tarde del día anterior. Así, por razones de tiempo y debido a que no se acudió a la representante legal directamente, no fue posible entregar la información. No obstante, aclara que la información relacionada con la 'rotación de cartera' se presentaba siempre a todos los socios con los informes de gestión y los estados financieros (vid. Folios 1191 a 1192).

Con base en lo expuesto, el Despacho encuentra que las razones ofrecidas por la señora Villamizar Bermúdez en nada justifican una afirmación como la contenida en el acta n.º 55, en el sentido de señalar que no se le entregaría este tipo de información al socio minoritario. El hecho de que supuestamente no se haya observado el procedimiento previsto al interior de la compañía para presentar solicitudes de información o que, a juicio de la demandada, los socios ya contaran con ella, no justifica que se realicen este tipo de afirmaciones que, sin lugar a dudas, son contrarias al deber de 'dar un trato equitativo a todos los socios'. Así las cosas, el Despacho declarará que la señora Villamizar Bermúdez, por esta actuación en particular, infringió su deber previsto en numeral 6 del artículo 23 de la ley 222 de 1995, pero se abstendrá de condenarla en el pago de perjuicios por cuanto aquellos no aparecen acreditados en el expediente.

D. Informe de gestión sin requisitos legales

Una vez revisado el expediente, el Despacho pudo establecer que la demandada, luego de ser removida de su cargo, presentó un informe de gestión en el que se hizo una exposición gráfica de la situación y evolución de la empresa durante el tiempo en que fungió como representante legal de Materiales y Metales Ltda. En el referido documento se hizo alusión al 'activo, pasivo y patrimonio', 'cartera', 'inventario', 'arriendos', 'mantenimiento y adecuaciones', 'utilidad anual', 'resultado de [los] ejercicio[s]', 'revaluación patrimonial', 'relación ingresos vs. gastos', 'variación provisión', 'clientes de difícil cobro', 'reservas obligatorias', 'reservas ocasionales' (vid. Folios 1077 a 1104). En el acta n.º 70, correspondiente a la reunión celebrada el 19 de junio de 2014, también se alude a un DVD en el que consta la intervención de la demandada al presentar el informe (vid. Folio 1107). Por último, el Despacho pudo verificar que durante los ejercicios sociales en los que la señora Villamizar Bermúdez fungió como representante legal de la compañía, se presentaron los correspondientes informes de gestión en los términos de los artículos 45 y 46 de la Ley 222 de 1995 (vid. Folios 481 a 508, 524 a 546 y 562 a 591).

IV. Acerca de la sanción de inhabilidad para ejercer el comercio

Conforme a las consideraciones previamente expuestas, el Despacho considera que no existe mérito suficiente para imponer la sanción de inhabilidad para ejercer el comercio a la demandada.

V. Acerca del juramento estimatorio de perjuicios

Los demandantes han solicitado una cuantiosa indemnización de perjuicios con base en la estimación contenida en la demanda, así como en la prueba pericial practicada. Sin embargo, a pesar de que el juramento estimatorio no fue objetado por la demandada, es evidente que no pueden reconocerse los perjuicios solicitados por las razones que han sido esbozadas. Si bien el perito cuantificó, en forma objetiva, el impacto que pudieron haber acarreado algunas actuaciones de la demandada en el patrimonio de la compañía, este Despacho, luego de examinar en forma integral todos los elementos de juicio disponibles en el expediente, arribó a una conclusión diferente. Pese a que, en efecto, pudo haberse producido el impacto económico hallado por el perito, se trata de resultados derivados de decisiones de negocios naturalmente riesgosas adoptadas por la administradora, las cuales se encuentran amparadas por la regla de la discrecionalidad. Por otro lado, respecto de algunas actuaciones que sí ameritaban un escrutinio directo, el Despacho no encontró acreditada la generación de perjuicios.

Por lo demás, el Despacho se abstendrá de imponer a los demandantes la sanción a que hace referencia el artículo 206 del Código General del Proceso, toda vez que la desestimación de las pretensiones de condena no encuentra fundamento, necesariamente, en una ausencia de prueba de los perjuicios invocados, sino en el hecho de que los presuntos perjuicios no podrían imputársele a la demandada por las razones antes indicadas.⁷⁰

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar que Ana Yolanda Villamizar Bermúdez, en su antigua condición de representante legal de Materiales y Metales Ltda., infringió su deber general de cuidado al no fijar criterios precisos para la celebración de ventas a crédito en la compañía, según los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

⁷⁰ Tal y como se expresó en un reciente laudo arbitral emitido en el foro que administra la Cámara de Comercio de Bogotá 'si se niegan las pretensiones por causa distinta a la ausencia de prueba del perjuicio, no procede sanción, pues tal supuesto no se encuentra regulado en el inciso 4º ni en el parágrafo del artículo 206 [...] y las normas sancionatorias son de aplicación restrictiva'. Cfr. Laudo de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. contra Agencia Nacional de Infraestructura ANI (13 de enero de 2016, Cámara de Comercio de Bogotá).

Segundo. Declarar que Ana Yolanda Villamizar Bermúdez, en su antigua condición de representante legal de Materiales y Metales Ltda., infringió el deber general de lealtad al celebrar operaciones viciadas por conflictos de interés con Full Repuestos Ltda.

Tercero. Declarar que Ana Yolanda Villamizar Bermúdez, en su antigua condición de representante legal de Materiales y Metales Ltda., infringió los deberes legales y estatutarios a su cargo, al celebrar operaciones por montos superiores a los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuarto. Declarar que Ana Yolanda Villamizar Bermúdez, en su antigua condición de representante legal de Materiales y Metales Ltda., infringió el deber previsto en el numeral 6 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, al no facilitar el ejercicio del derecho de inspección de los socios José Gerardo Díaz Ardila y Orlando Jaimes Landazábal el 15 de noviembre de 2013.

Quinto. Declarar que Ana Yolanda Villamizar Bermúdez, en su antigua condición de representante legal de Materiales y Metales Ltda., infringió el deber previsto en el numeral 6 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, al no dar un trato equitativo al socio Orlando Jaimes Landazábal durante la reunión de la junta de socios celebrada el 23 de marzo de 2013.

Sexto. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo. Abstenerse de proferir una condena en costas.

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



Sentencia n.º 800-36 del 5 de mayo de 2017

Partes	Ronald Torres López, Jonathan Mauricio López García, Myriam López de Torres y Dina Marcela Díaz Estévez contra Mundolimpieza S.A.S. y Johanna Carolina Maldonado López
Asunto	Ineficacia y nulidad de decisiones sociales
Tramite	Proceso verbal
Número del proceso	2015-800-303

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Mediante la presente demanda, Ronald Torres López, Jonathan Mauricio López García, Myriam López de Torres y Dina Marcela Díaz Estévez han ejercido varias acciones de naturaleza societaria en contra de Mundolimpieza Ltda., hoy sociedad por acciones simplificada y Johanna Carolina Maldonado López, en aras de dirimir las múltiples discrepancias que giran en torno a la referida sociedad.

En primer lugar, la demanda pretende que se advierta la inexistencia de la decisión aprobada el 25 de abril de 2012, en el sentido de modificar el quórum deliberatorio y las mayorías decisorias en reuniones del máximo órgano de Mundolimpieza S.A.S. Por su parte, la segunda pretensión busca que se declare que Miryam López de Torres y Dina Marcela Díaz Estévez, realizaron aportes en especie a Mundolimpieza S.A.S. con ocasión de la constitución de la sociedad y la capitalización aprobada el 19 de febrero de 2007. Adicionalmente, la tercera pretensión de la demanda está orientada a que se declare que la falta de pago de una parte de los aportes de los asociados demandantes, deviene de actuaciones de la representante legal de Mundolimpieza S.A.S. que habrían tenido la virtualidad de quebrantar la confianza que debe existir entre los asociados de una compañía. De otra parte, en la cuarta pretensión, se ha solicitado que se declare la nulidad de las decisiones adoptadas el 23 de enero de 2015 por la junta de socios de Mundolimpieza S.A.S.

Por último, los demandantes han presentado una serie de pretensiones consecuenciales y subsidiarias, entre las que se solicita que, por virtud del conflicto societario entre los asociados de Mundolimpieza S.A.S., se reconozca la configuración de la causal de disolución prevista en el numeral 2 del artículo 218 del Código de Comercio respecto de tal compañía.

1. Acerca de la inexistencia de la decisión adoptada durante la reunión del 25 de abril de 2012

Los demandantes le han solicitado al Despacho que advierta la inexistencia de la decisión por cuya virtud se fijó un quórum y una mayoría del 60% ‘de las cuotas [...] que conforman el capital social’ para el funcionamiento del máximo órgano de Mundolimpieza S.A.S. (vid. Folio 410). Para fundamentar lo anterior, los demandantes han puesto de presente que, durante la reunión del 25 de abril de 2012, no se deliberó ni se decidió sobre la citada reforma estatutaria.⁷¹ En opinión de los demandantes, una decisión de la naturaleza indicada ‘sería inexplicable dado el conflicto que ya para entonces había surgido entre los socios de [Mundolimpieza S.A.S.] y cuya única beneficiaria era la socia López Maldonado, quien por esta vía logró establecer en su favor un veto respecto de todas las decisiones de la junta de socios’ (vid. Folio 1028).

En su defensa, las demandadas han señalado que la celebración de la reunión en comento cumplió con la totalidad de los requisitos legales concernientes. Además, se ha afirmado que, de una revisión del contenido del acta n.º 17 y de lo manifestado por los demandantes, se observa que en la reunión del 25 de abril de 2012 se encontraban presentes el 100% de las cuotas en que se halla dividido el capital social.⁷²

Para resolver la controversia descrita en los párrafos precedentes, debe recordarse que en nuestro ordenamiento se han consagrado diversas reglas

⁷¹ En palabras de los demandantes, ‘[e]l contenido del acta protocolizada e inscrita en la forma antes indicada no correspondía a las decisiones discutidas y aprobadas por la junta de socios en la respectiva reunión, en particular en cuanto a la supuesta reforma de los estatutos sociales para incrementar el quórum deliberatorio y decisorio al sesenta por ciento (60%) de las cuotas sociales’ (vid. Folios 1027 a 1028).

⁷² En este punto es pertinente señalar que, contrario a lo manifestado por las demandadas, este Despacho sí es competente para advertir la inexistencia de decisiones sociales, por cuanto se trata de un conflicto societario que debe tramitarse en virtud del literal b) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso. Adicionalmente, vale la pena mencionar que la caducidad prevista en el artículo 191 del Código de Comercio aplica únicamente para las acciones de impugnación de decisiones sociales. La solicitud de reconocimiento de inexistencia es autónoma de la tradicional acción de impugnación. Así, pues, según lo ha explicado esta Delegatura en múltiples oportunidades, el término para iniciar la acción consagrada en el literal b) del numeral 5 del citado artículo 24 es de cinco años, de conformidad con el artículo 235 de la Ley 222 de 1995. Cfr., por ejemplo, sentencia n.º 800-146 del 3 de diciembre de 2015 y autos n.ºs 801-6600 del 6 de mayo de 2014 y 801-13189 del 11 de septiembre de 2014. Por lo demás, las demandadas afirman que los demandantes carecen de legitimación para presentar esta demanda, en razón a que no ostentan la condición de asociados de Mundolimpieza S.A.S. Por la misma razón, se ha dicho que la señora Johanna Maldonado no tiene legitimación en la causa por pasiva. Pese a ello, no puede perderse de vista que esta Superintendencia, por virtud de lo previsto en el literal b) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, cuenta con facultades para resolver cualquier tipo de ‘conflicto societario’, relacionado con la aplicación de las reglas que componen el régimen societario colombiano —incluido el Libro Segundo del Código de Comercio, la Ley 222 de 1995, la Ley 1258 de 2008 y el Decreto 1925 de 2009— que se presenten entre sujetos que tengan la legitimación jurídica y el interés económico para hacer efectivas reglas de derecho societario en el curso de un proceso judicial.

respecto del valor probatorio de documentos tales como las actas correspondientes a las reuniones de la junta de socios de una compañía. Por una parte, en el artículo 68 del Código de Comercio se establece que ‘los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente’. Así mismo, el artículo 189 del referido código prevé que ‘[l]a copia de [las actas de la junta de socios] [...] autorizada por el secretario o por algún representante de la sociedad, será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas’. Esta regla de valoración probatoria ha frustrado los intentos de numerosos demandantes por controvertir, ante este Despacho, la veracidad de lo acontecido en reuniones de los órganos sociales. En el caso de Juan Carlos Borrero Quintero contra Lupa Jurídica S.A.S., por ejemplo, el Despacho expresó lo siguiente: ‘En [el acta] se señala que la decisión de transformar la compañía en una sociedad por acciones simplificada fue aprobada por la totalidad de los asociados. Si bien el demandante presentó diversas declaraciones extrajudiciales en las que se afirmó que tal aprobación no se había impartido, lo cierto es que, conforme se dispone en el artículo 189 del Código de Comercio, el acta No. 19 es “prueba suficiente” de los hechos que constan en ella. Ello quiere decir que debe respetarse la fuerza probatoria del acta citada, a menos que se demuestre, en el curso del proceso, que la información allí contenida no es veraz’.⁷³

Así las cosas, el valor probatorio que la ley le ha otorgado a las actas del máximo órgano social, permite concluir que la información contenida en el acta n.º 17 debe tenerse por cierta, a menos que se demuestre lo contrario. Es así como, de conformidad con lo expresado anteriormente, a los demandantes les correspondía la carga de desvirtuar la información consignada en la referida acta n.º 17. Para tales efectos, el debate suscitado entre las partes se centró en la decisión de modificar las reglas en materia de quórum y mayorías.⁷⁴ Así, pues, durante el curso del proceso se practicaron numerosas pruebas orientadas a esclarecer los hechos que acontecieron en el curso de las deliberaciones de la junta de socios en la reunión del 25 de abril de 2012.

Por una parte, el Despacho recibió las declaraciones de varias de las personas que estuvieron presentes en la sesión comentada. Durante la práctica de estas pruebas, el Despacho advirtió una patente contradicción entre las versiones ofrecidas sobre lo que aconteció en la reunión del 25 de abril de 2012. Para tres de las personas que estuvieron presentes en la mencionada sesión, el acta n.º 17 da cuenta, en forma precisa, de las determinaciones aprobadas por ese órgano. Según la opinión de Martha Inés Cantor Galindo, revisora fiscal de la sociedad, en la reunión de la junta de socios celebrada el 25 de abril de 2012, ‘se verificó el orden del día, la verificación de estados financieros, hubo otro punto en que se

⁷³ Cfr. auto n.º 801-8096 del 9 de mayo de 2013.

⁷⁴ Si bien en la demanda también se alude a que en la reunión del 25 de abril de 2012 no se aprobaron los estados financieros y se solicitó la remoción de la representante legal y la revisora fiscal, lo cierto es que la pretensión primera está relacionada únicamente con la determinación descrita en el texto principal de esta providencia (vid. Folio 997).

trató como estaba el estado de la sociedad [...]. Después de que se leyó el dictamen, se pidió la palabra por parte de la señora Celmira López y la señora Johanna, y se dijo que se necesitaba hacer unas modificaciones en la parte societaria, entre las que estaban el aumento de la vigencia de la sociedad, porque se vencía muy pronto, se vencía como en el 2015 [...]. Otro punto que se trató fue lo del aumento del poder decisorio para dárselo a la señora Johanna, del 50 más 1 al 60%'.⁷⁵ Adicionalmente, Celmira López, representante legal de Mundolimpieza S.A.S., manifestó lo que se transcribe a continuación: 'Yo en un momento les hice una propuesta [...]. Entonces hablamos con mi hija y dijimos por qué no le pedimos el 2% para mí y el 2% para mi mamá, para poder tener participación de votar, porque ellos se van y se desentienden de la empresa [...]. Yo hice la propuesta, nos hicieron un reconocimiento, [...] no hubo ningún problema, se aceptó que se colocara el 60% para la toma de decisiones, y ahora ellos lo niegan'.⁷⁶ Así mismo, de conformidad con lo indicado por Johanna Carolina Maldonado López, 'en la reunión del 25 de abril de 2012, se estableció dentro del punto de examinar la situación de la sociedad, se estableció el aumento del quórum deliberatorio del 60%, eso se hizo como una forma de halago o alabamiento, digámoslo así, un aplauso [...] respecto a la labor que en ese momento nosotras habíamos hecho en la empresa [...]. En ese momento, en esa reunión sí se estableció el 60%'.⁷⁷

A pesar de las opiniones antes relatadas, los señores Jesús Orlando López Castañeda y Héctor Augusto López Castañeda, quienes representaron a Ronald Torres López y Jonathan Mauricio López durante la sesión del 25 de abril de 2012, respectivamente, ofrecieron una versión diferente de lo ocurrido en la citada reunión. Según lo manifestado en sus correspondientes testimonios, ese día no se discutió ni se aprobó la modificación de las reglas de quórum y mayorías previstas en los estatutos de Mundolimpieza S.A.S.⁷⁸

⁷⁵ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 26 de octubre de 2016 (vid. Folio 2260) 3:11:18 y siguientes.

⁷⁶ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 19 de diciembre de 2016 (vid. Folio 2319) 16:35 y siguientes.

⁷⁷ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 22 de agosto de 2016 (vid. Folio 2248) 2:24:20 y siguientes.

⁷⁸ En palabras del señor Jesús Orlando López, 'ellos presentaron unos estados financieros sin firma del revisor fiscal, sin firma del representante legal, unos estados financieros realmente sin ninguna validez [...] y se acordó cambiar el representante legal, el revisor fiscal y no se aprobó los estados financieros [...]. Ellos se llevaron el acta, yo me ocupé, me fui del país [...]. Pasaron 2, 3 meses [...]. Cambiaron totalmente el contenido de esa acta. Después dijeron que se había acordado cambiar las cuotas para votación, reformas de los estatutos y una serie de irregularidades que eso no se discutió en esa reunión'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 26 de octubre de 2016 (vid. Folio 2260) 26:10 y siguientes. Por su parte, el señor Héctor Augusto López manifestó: 'En esa reunión dijimos vamos a nombrar a un representante ajeno a nosotros para solucionar el conflicto. Vamos a cambiar la revisora fiscal [...]. Se aceptó que Ronald entrara a trabajar allá a la empresa [...]. Se acordó hacer las reuniones mensuales de los socios [...], básicamente eso fue lo que se acordó el 25 de abril de 2012. No hubo ninguna clase de acta [...]. Es absurdo pensar que si tenemos una mayoría y si tenemos unos problemas desde hace más de cinco años atrás, que nos habían sacado de las escrituras a mi sobrino y a mi madre [...], como va

Para resolver la discrepancia antes mencionada, el Despacho requirió, de oficio, al Club de Suboficiales de la Policía Nacional con el fin de que informara si durante el mes de abril de 2012 se realizaron en sus instalaciones reuniones de Mundolimpieza S.A.S., así como para que allegaran los registros del lugar. Sin embargo, la información suministrada tan solo da cuenta de que efectivamente el 25 de abril de 2012 se celebró la sesión a que se ha hecho referencia (vid. Folios 2410 a 2412 del cuaderno de pruebas y 2303 del cuaderno principal).

Una vez revisadas las pruebas disponibles, el Despacho debe concluir que no existen suficientes elementos de juicio para desestimar el valor probatorio que la ley les confiere a las actas del máximo órgano social de una compañía. En efecto, fue imposible establecer que las afirmaciones consignadas en el acta n.º 17 no son ciertas. Lo anterior no quiere decir que lo expresado por Héctor Augusto López Castañeda y Jesús Orlando López Castañeda sea falso, sino, simplemente, que el Despacho debe darle mayor valor probatorio a la información vertida en el acta n.º 17 y a las declaraciones que concuerdan con lo dispuesto en tal documento.

2. Acerca de la configuración de la causal de disolución prevista en el numeral 2 del artículo 218 del Código de Comercio

Los demandantes le han solicitado al Despacho que, por virtud de lo previsto en el artículo 218 del Código de Comercio, reconozca la configuración de una causal de disolución respecto de Mundolimpieza S.A.S. Para tal efecto, los demandantes han afirmado que, con ocasión del conflicto societario al interior de la compañía, ‘ha desaparecido entre los socios “la *affectio societatis*’, [...] elemento esencial del contrato de sociedad, lo cual conduce a la “*imposibilidad de desarrollar la empresa social*”’ (vid. Folio 999). Según lo expresado por los demandantes, al no haberse advertido la inexistencia de la decisión a que se hizo referencia en el acápite anterior, carecen de ‘interés para continuar como socios de la [compañía], pues se verían totalmente privados de la posibilidad de ejercer el control que legalmente les corresponde sobre los asuntos sociales y, además, tendrían que permanecer en sociedad con una persona que no les inspira ninguna confianza [...]’. Tal situación, sumada a la mayoría especial para deliberar y decidir [...], haría imposible la continuación del desarrollo del objeto social [...]’ (vid. Folio 1074).

Por su parte, las demandadas alegan que, al no haber pagado la totalidad de sus aportes, los señores Torres López y López García no tienen la calidad de asociados de Mundolimpieza S.A.S. ‘y por lo tanto [...] no existe ni ha existido el *affectio societatis* y tampoco pueden invocarse las causales del artículo 218 del Código de Comercio [...]’ (vid. Folios 1183).

Lo primero que debe decirse es que el régimen societario colombiano no contempla expresamente una causal de disolución atada a la pérdida del ánimo societario. Sin embargo, esta circunstancia podría dar lugar al acaecimiento de la

a cambiar una mayoría de la mitad más uno al 60% [...]. Eso es absolutamente falso [...]’. Id. 5:25:55 y siguientes.

causal de disolución consistente en la imposibilidad de desarrollar el objeto social. En sustento de ello, es relevante acudir a lo expresado por Reyes Villamizar, a cuyo criterio, la ausencia de *affectio societatis* 'no puede dar lugar a la falta de un elemento esencial del contrato ni causar su inexistencia. Si la situación se prolonga en el tiempo, podría acarrear la "imposibilidad de desarrollar la empresa social". En este caso, la solución, muy distinta, sería la declaratoria de disolución de la sociedad por el acaecimiento de una causal legal (C. de Co., art. 218, ord. 2)'.⁷⁹ En igual sentido, Martínez Neira sostiene que 'la pérdida del ánimo asociativo, expresada por lo general en el enfrentamiento entre grupos de socios al interior de la sociedad, no está legalmente prescrita como una causal de disolución en el artículo 218 del Código de Comercio. Algo diferente es que el bloqueo o parálisis de los órganos sociales pueda llegar a tipificar la disolución de la sociedad cuando tal bloqueo determine la imposibilidad de desarrollar el objeto social'.⁸⁰

Es entonces perfectamente factible que el conflicto entre los asociados conduzca a una parálisis del máximo órgano social que tenga la virtualidad de entorpecer el desarrollo normal de la actividad de la compañía. Tan solo en esa hipótesis, 'podrá tenerse el bloqueo como causal de disolución'.⁸¹ Como lo ha sostenido esta Delegatura en otras oportunidades, 'el bloqueo del máximo órgano social no conlleva, necesariamente, la imposibilidad de desarrollar la actividad de una compañía. En verdad, es frecuente que se presenten desavenencias entre los accionistas de una sociedad, por cuyo efecto se dificulte la toma de decisiones durante las reuniones de la asamblea. Esto no significa que los administradores se vean avocados a la cesación de las actividades de la compañía, por cuanto el desarrollo de la empresa social podría continuar mientras que los accionistas superan sus discrepancias. No obstante, es posible que en algunos casos la parálisis del máximo órgano social entorpezca el desarrollo normal de la actividad de la compañía. Ello podría ocurrir, por ejemplo, cuando un conflicto prolongado haga imposible que, durante varios ejercicios, se aprueben los estados financieros de la sociedad, se ajusten los salarios de los administradores o se impartan las autorizaciones al representante legal para celebrar contratos en aquellos en los que existan limitaciones estatutarias respecto de sus facultades. Si tales circunstancias se convierten en un obstáculo insalvable para la continuación de la empresa social, podría configurarse la causal de disolución consagrada en el numeral 2 del artículo 218 del Código de Comercio. En todo caso, la presencia de esta causal sólo podrá establecerse tras un análisis riguroso orientado a determinar si la parálisis de los órganos sociales ha hecho imposible la continuación de la actividad de una compañía'.⁸²

⁷⁹ FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I (2016, 3ª ed, Editorial Temis, Bogotá) 142.

⁸⁰ N Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2014, 2ª ed, Editorial Legis, Bogotá) 112

⁸¹ FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo II (2014, 2 ed, Editorial Temis, Bogotá) 371.

⁸² Cfr. sentencia n.º 801-47 del 19 de octubre de 2012. Véase, en igual sentido, la sentencia n.º 810-8 del 3 de febrero de 2015.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho deberá determinar, a partir de las pruebas practicadas en el curso del proceso, si la alegada falta de *affectio societatis* entre los asociados de Mundolimpieza S.A.S. ha acarreado un bloqueo de los órganos sociales que conlleve, necesariamente, a la imposibilidad de continuar la empresa social.

Pues bien, de acuerdo con lo expresado en la demanda y su contestación, así como en los diferentes interrogatorios de parte practicados en el curso del proceso, parece bastante claro que existe un conflicto societario entre los asociados de Mundolimpieza S.A.S.⁸³ Esta circunstancia es de particular relevancia para los fines del proceso, en la medida en que el conflicto en cuestión podría dar lugar a un bloqueo del máximo órgano de Mundolimpieza S.A.S. derivado, principalmente, de la dificultad de tomar decisiones al interior de ese órgano. Podría pensarse, por ejemplo, en que por virtud de una disposición estatutaria, la representante legal de la compañía deba obtener la anuencia de los asociados para celebrar operaciones en el giro ordinario de los negocios. La falta de acuerdo entre los socios de la demandada podría, sin lugar a dudas, entorpecer el desarrollo normal de la actividad de la compañía. Una circunstancia de tal magnitud, sin embargo, no parece presentarse en el caso bajo estudio. En verdad, a pesar de las claras desavenencias entre los asociados de Mundolimpieza S.A.S., el Despacho encuentra que la compañía ha desarrollado actividades propias de su objeto social. Para comenzar, el apoderado de los demandantes afirmó que la compañía 'en este momento está celebrando actos mercantiles, ese es el entendimiento que nosotros tenemos, que es operativa'.⁸⁴ Así mismo, de conformidad con los libros de comercio que obran en el expediente, este Despacho pudo verificar la existencia de múltiples soportes contables que demuestran el desarrollo normal de la actividad de la compañía (vid. Folio 2400 del cuaderno de pruebas). Del mismo modo, según la información vertida en el balance general con corte a 31 de diciembre de 2015, Mundolimpieza S.A.S. tenía dentro de su inventario unos contratos en ejecución por valor de \$316.960.163 (vid. Folio 1097 del cuaderno de pruebas), así como unos ingresos operacionales por \$6.843.904.939 (vid. Folio 1099 del cuaderno de pruebas). Las pruebas recaudadas también permiten constatar que, durante el año 2016, Mundolimpieza S.A.S. celebró sendos contratos para la prestación del servicio integral de aseo. Así, por ejemplo, el 5, 15 y 26 de abril de 2016, la sociedad demandada suscribió contratos con el Distrito Capital -Secretaría Distrital de Planeación-, el Ministerio de Defensa Nacional y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), respectivamente (vid. Folios 1292 a 1320 del cuaderno de pruebas).

Es entonces suficientemente claro que el conflicto existente entre los asociados de

⁸³ Ante la pregunta formulada por el Despacho sobre si para el 23 de enero de 2015 existía un conflicto entre los asociados de la demandada, la señora Celmira López contestó lo siguiente: 'Claro, para el 23 de enero que fue la exclusión ya veníamos con el conflicto. El conflicto empezó cuando pusieron la queja en la Superintendencia de Sociedades en el 2013'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 19 de diciembre de 2016 (vid. Folio 2319) 23:19 y siguientes. Adicionalmente, el Grupo de Investigaciones Administrativas de esta Superintendencia, mediante resolución n.º 301-5363 del 12 de noviembre de 2014, reconoció, de modo expreso, la existencia de un conflicto entre los socios de la compañía (vid. Folios 1248).

⁸⁴ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 21 de junio de 2016 (vid. Folio 1621) 1:10:13 y siguientes.

Mundolimpieza S.A.S no ha implicado un obstáculo infranqueable para que la compañía realice su objeto social. En verdad, la representante legal ha continuado con el desarrollo de la empresa social. Por este motivo, el Despacho no puede concluir que se ha configurado la causal de disolución contenida en el numeral 2 del artículo 218 del Código de Comercio.

3. Acerca de los aportes en especie realizados por Miryam López de Torres y Dina Marcela Díaz Estévez

Como ya se dijo, la demanda presentada está orientada también a que se declare que las señoras López de Torres y Díaz Estévez, antiguas socias de Mundolimpieza S.A.S., realizaron un aporte en especie con ocasión de la constitución de la sociedad y de un aumento de capital aprobado el 19 de febrero de 2007 (vid. Folio 997). Según se afirma en la demanda, los respectivos bienes ‘provenían de un negocio anterior que con el mismo objeto desarrollaba la sociedad Adminproh Cía. Limitada, de la cual fueron socias, y que recibieron en el curso de la liquidación’ (vid. Folio 1068).

Sin embargo, este Despacho encuentra que los hechos que fundamentan esta pretensión, ocurrieron por fuera del término establecido en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995.⁸⁵ Ciertamente, las pruebas que obran en el expediente apuntan a que el presunto pago de aportes en especie se habría realizado a lo menos diez años antes de que se presentara la demanda que dio lugar a este proceso judicial. Es por ello que este Despacho no se pronunciará sobre esta solicitud.

4. Acerca del no pago de una parte de los aportes de Ronald Torres López y Jonathan Mauricio López

Según se menciona en la demanda, Ronald Torres López y Jonathan Mauricio López se han abstenido de pagar íntegramente sus aportes, por cuanto el conflicto en la compañía y las supuestas actuaciones irregulares de Celmira López Castañeda y Johanna Maldonado López, ‘les dio una razón legítima para relevarse

⁸⁵ Sobre el particular, vale la pena advertir que el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 trata sobre el ejercicio en el tiempo de las ‘acciones penales, civiles y administrativas’ relacionadas con el efectivo cumplimiento de las disposiciones en materia societaria previstas tanto en el libro correspondiente del Código de Comercio como en la misma Ley 222. Dado que lo anterior supone la existencia de un término máximo para que el interesado —en ejercicio de su derecho de acción— acuda ante la autoridad competente en aras de hacer valer un derecho sustancial, necesariamente debe entenderse que este artículo alude a la caducidad de la acción. En opinión de Gil Echeverry, por ejemplo, esta norma incurre en una impropiedad técnica al emplear la expresión ‘prescripción’ y no ‘caducidad’. En palabras de este tratadista, ‘[e]n efecto, en relación con la caducidad, considerada como el término extintivo para formular las demandas judiciales, se debe tener en cuenta que el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 establece un término general de caducidad de 5 años, como el límite máximo para deprecar cualquier demanda civil, administrativa o penal que se originen en controversias derivadas del contrato de sociedad. [...] De suerte que pasados cinco años, [...] aunque la sanción sustantivamente hablando no desaparece, la acción por la vía judicial y pretendiendo la declaración judicial [...] ya no puede impetrarse, por caducidad’. Cfr. JH Gil Echeverry, *Impugnación de Decisiones Societarias* (2010, 1ª ed, Editorial Legis, Bogotá) 424.

temporalmente de dicha obligación, [...] hasta tanto puedan recuperar el control de la sociedad que legalmente les corresponde y designar un representante legal de su entera confianza' (vid. Folio 1071).

Este Despacho debe señalar que, según la regla prevista en el artículo 124 del Código de Comercio, los socios o accionistas de una compañía 'deberán entregar sus aportes en el lugar, forma y época estipulados'. En criterio de Martínez Neira, '[e]ntendida la aportación como la obligación que contrae el socio de llevar al fondo social dinero, industria o bienes apreciables en dinero, ésta es plenamente eficaz y exigible a partir del momento en que se conviene'.⁸⁶

Dicho lo anterior, debe advertirse ahora que la simple inconformidad de los asociados respecto de la gestión de los administradores no puede servir de pretexto para eximirse del pago de los aportes sociales. Ello obedece a que, como ya lo ha explicado esta Superintendencia, los asociados oprimidos cuentan con diferentes vías judiciales para defender sus intereses.⁸⁷ De ahí que el Despacho no pueda aceptar los argumentos presentados por los demandantes para evadir el pago de su obligación de aportar dineros u otros bienes a la sociedad. De acogerse la interpretación expuesta por los demandantes, podría entorpecerse el desarrollo de la empresa social, como consecuencia de no haberse integrado el patrimonio de Mundolimpieza S.A.S. Esta circunstancia, por lo demás, podría perjudicar los intereses de los terceros que contratan con la compañía. Por tales motivos, el Despacho no accederá a la solicitud formulada por los demandados, en el sentido de que declare que el no pago íntegro de los aportes de Ronald Torres López y Jonathan Mauricio López se fundamenta en la denominada excepción de dolo y en la teoría de los actos propios.

5. Acerca de la validez de las decisiones adoptadas por la junta de socios de Mundolimpieza S.A.S. el 23 de enero de 2015

La demanda presentada ante este Despacho también está orientada a controvertir la validez de las decisiones aprobadas por la junta de socios de Mundolimpieza S.A.S. durante la reunión celebrada el 23 de enero de 2015. En criterio de los demandantes, las decisiones en cuestión deben ser anuladas por cuanto tienen objeto y causa ilícita y, además, fueron producto del ejercicio abusivo del derecho de voto.

En su defensa, las demandadas sostienen que, durante la reunión del 23 de enero de 2015, se cumplió con la totalidad de las reglas previstas en la ley comercial para la celebración de reuniones del máximo órgano social. De igual manera, las demandadas aducen que las determinaciones controvertidas en este proceso, se adoptaron con el voto favorable de la única socia que, a su juicio, estaba facultada para ejercer ese derecho. Para tales efectos, las demandadas han traído a colación lo expresado por esta Superintendencia en sede administrativa, en el sentido de que 'el accionista que está en mora de pagar cuotas de acciones que

⁸⁶ N Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2014, 2ª Ed, Editorial Legis, Bogotá) 55.

⁸⁷ Véase, por ejemplo, la sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016.

haya suscrito, no puede ejercitar ni el derecho de voz ni el de voto'.⁸⁸ En todo caso, se ha dicho que en la sesión del 23 de enero 2015, Ronald Torres López y Jonathan López García, a través de sus apoderados, 'asistieron y dejaron todas las constancias consignadas en la misma acta' (vid. Folio 1177).

De una revisión de los elementos de juicio que obran en el expediente, este Despacho pudo establecer la violación de las normas que regulan la adopción de decisiones en la junta de socios de una sociedad de responsabilidad limitada. Ciertamente, para la época en que se celebró la reunión bajo estudio y se tomaron las decisiones controvertidas, Mundolimpieza S.A.S. era una sociedad del tipo de responsabilidad limitada (vid. Folio 774). En este sentido, las decisiones aprobadas al interior del máximo órgano social debían ser adoptadas no solo con un número de votos que representaran la mayoría requerida, sino también con un número plural de socios, al tenor de lo previsto en el artículo 359 del Código de Comercio.⁸⁹ En el presente caso, la información vertida en el acta n.º 19 permite establecer que todas las determinaciones aprobadas el 23 de enero de 2015, incluida la exclusión de Ronald Torres López y Jonathan Mauricio López García de la compañía, fueron aprobadas únicamente con el voto favorable de Johanna Carolina Maldonado, quien para la época revestía la calidad de asociada (vid. Folios 735 y 736). Lo anterior, a la luz de las precisiones ya realizadas, quiere decir que estas decisiones no se aprobaron con la pluralidad que exige el citado artículo 359.

En este punto es pertinente señalar que, aunque las demandadas han sostenido que la señora Maldonado López era la única asociada facultada para votar en esa reunión, el régimen societario colombiano no ha previsto esta situación como una excepción a la pluralidad como requisito para la formación de la voluntad social en sociedades de responsabilidad limitada.

Así las cosas, sin necesidad de formular consideraciones adicionales, este Despacho declarará la nulidad de las decisiones adoptadas por la junta de socios de Mundolimpieza S.A.S. el 23 de enero de 2015, según consta en el acta n.º 19 y en la respectiva acta aclaratoria.⁹⁰

⁸⁸ Cfr. circular D-001 de 1991

⁸⁹ De conformidad con la aludida disposición, '[l]as decisiones de la junta de socios se tomarán por un número plural de socios que represente la mayoría absoluta de las cuotas en que se halle dividido el capital de la compañía'. 'Esta norma [...] significa que "[e]n la sociedad de responsabilidad limitada, la ley de la mayoría —determinante del poder decisorio— se basa en el capital social y no en el capital representado en la reunión, pero con una condición adicional: que los votos determinantes de la mayoría provengan de un número plural de asociados. Por consiguiente, la mayoría decisoria en estas sociedades supone dos condiciones simultáneas: a) voto favorable de dos o más asociados, o sea, pluralidad de votantes en el mismo sentido; b) que tales votos representen un número de cuotas no inferior al mínimo exigido por los estatutos, y en silencio de estos por la ley". Cfr. sentencia n.º 820-16 del 24 de febrero de 2016.

⁹⁰ Es pertinente poner de presente que, para la época en que los demandados presentaron la demanda ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, vale decir, el 19 de febrero de 2015, el término de dos meses a que alude el artículo 191 del Código de Comercio para impugnar decisiones sociales no había comenzado a correr. Ello toda vez que las decisiones aprobadas en la reunión del 23 de enero de 2015 tan solo se registraron el 3 de marzo

6. Acerca de la ineficacia de las decisiones aprobadas con posterioridad al 23 de enero de 2015

Teniendo en cuenta que este Despacho declarará la nulidad de la decisión de excluir a Ronald Torres López y Jonathan López García de Mundolimpieza S.A.S., estos sujetos, en su calidad de asociados de la demandada, debieron ser convocados a todas las reuniones del máximo órgano social que se hayan celebrado con posterioridad al 23 de enero de 2015.⁹¹ Ahora bien, las pruebas disponibles en el expediente apuntan a que esas convocatorias nunca se surtieron, a pesar de que tales asociados debían ser llamados a participar de las sesiones en cuestión. Los elementos de juicio también dan cuenta de que los señores Torres López y López García no asistieron a ninguna reunión celebrada con posterioridad al 23 de enero de 2015. Así, pues, en vista de que las anotadas falencias en las convocatorias y la insuficiencia en el quórum para deliberar en las reuniones en cuestión configuran dos de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia prevista en el artículo 190 del Código de Comercio, el Despacho debe concluir que son ineficaces todas aquellas decisiones posteriores al 23 de enero de 2015 que se hayan adoptado en reuniones del máximo órgano de Mundolimpieza S.A.S. a las cuales no hayan sido convocados o no hubieran asistido Ronald Torres López y Jonathan López García

Por lo demás, aunque la ineficacia no requiere declaración judicial, el Despacho considera que es indispensable corregir los efectos indebidos que alcanzaron a producir esas determinaciones sociales. Sobre el particular, es relevante consultar la opinión de Martínez Neira, según la cual ‘resulta entonces contrario al ordenamiento jurídico y a los principios constitucionales de la igualdad reconocer efectos jurídicos a negocios ineficaces’.⁹² Por este motivo, se le ordenará al

de ese mismo año. Por lo tanto, el referido término de caducidad solamente podía empezarse a contar a partir de la fecha de notificación del auto que declaró concluidas las funciones del tribunal arbitral y extinguidos los efectos de la cláusula compromisoria, esto es, el 29 de octubre de 2015. Lo anterior obedece a que, a la luz de lo previsto en el artículo 94 del Código General del Proceso, la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad.

⁹¹ Según lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 2 de agosto de 1999, el artículo 1746 del Código Civil consagra ‘los efectos retroactivos de la nulidad, sin distinguir su clase [...]. Son estos los efectos *ex tunc* de la sentencia declarativa de la nulidad, que permiten suponer como lo ha dicho la Corporación que el acto o contrato no tuvo existencia legal, y entonces, por imperativo de lógica, hay que restaurar las cosas al estado en que se hallarían si dicho acto o contrato no se hubiera celebrado’. Así mismo, a través de providencia proferida el 14 de febrero de 2000, la referida Corte puso de presente que ‘[el] efecto legal y natural de toda declaración judicial de la nulidad es la restauración completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato anulado. La sentencia declarativa de nulidad produce efectos retroactivos y en virtud de ella cada una de las partes tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato invalidado’. Por su parte, la doctrina sostiene que ‘la declaración de nulidad también tiene entre las partes un efecto retroactivo, en cuanto da lugar a la destrucción de los efectos del acto producidos en esa etapa anterior a su anulación judicial’. Cfr. G Ospina Fernández. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico (2005, 7ª ed, Editorial Temis, Bogotá) 461.

⁹² NH Martínez, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2014, 2ª ed, Editorial Legis, Bogotá) 355.

representante legal de la sociedad que adopte las medidas pertinentes para darle cumplimiento a lo expresado en esta sentencia.⁹³

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar la nulidad de las decisiones adoptadas durante la reunión de la junta de socios de Mundolimpieza S.A.S. celebrada el 23 de enero de 2015, según consta en el acta n.º 19 y en la respectiva acta aclaratoria.

Segundo Advertir la ineficacia de todas aquellas decisiones posteriores al 23 de enero de 2015 que se hayan adoptado en reuniones del máximo órgano de Mundolimpieza S.A.S. a las cuales no hayan sido convocados o no hubieran asistido Ronald Torres López y Jonathan López García.

Tercero Ordenarle al representante legal de Mundolimpieza S.A.S. que adopte las medidas necesarias para darle cumplimiento a lo resuelto en esta sentencia.

Cuarto. Oficiarle a la Cámara de Comercio de Bogotá y a la Notaría 30 del Círculo de Bogotá para que efectúen las anotaciones que correspondan.

Quinto. Negar las demás pretensiones de la demanda.

Sexto. Abstenerse de proferir una condena en costas.

Séptimo: Levantar las medidas cautelares decretadas.

La anterior providencia se profiere a los cinco días del mes de mayo de dos mil diecisiete y se notifica en estrados.

⁹³ De conformidad con la orden a que se ha hecho referencia, el representante legal de Mundolimpieza S.A.S. deberá adoptar las medidas necesarias para corregir los efectos jurídicos que produjeron las determinaciones ineficaces en cuestión. Del mismo modo, el aludido administrador deberá llevar a cabo todas las gestiones requeridas para reconocerles a Ronald Torres López y Jonathan López García la calidad de asociados de Mundolimpieza S.A.S.



Sentencia n.º 800-43 del 5 de junio de 2017

Partes	Almacenes Yep S.A. contra Promotora de Construcciones Inmobiliarias (Proinmob) S.A.S. y Juan Carlos Lopera Yepes
Asunto	Conflictos de interés y deber de lealtad de los administradores
Tramite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-247

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.

Almacenes Yep Ltda. fue constituida el 14 de abril de 1962 para la 'compra y venta de mercancías nacionales y extranjeras [...] y de bienes raíces' (vid. Folios 49 y siguientes). En el año 2001, los asociados de la compañía aprobaron su transformación en una sociedad anónima (vid. Folio 49). Entre el 4 de mayo de 2006 y el 24 de julio de 2015, Juan Carlos Lopera Yepes ocupó el cargo de representante legal de la referida sociedad (vid. Folio 955).

El 4 de junio de 2013, el señor Lopera Yepes suscribió, en su condición de representante legal de Almacenes Yep S.A., un contrato de promesa de compraventa con Promotora de Construcciones Inmobiliarias (Proinmob) S.A.S. (vid. Folios 143 a 155). Por virtud del referido negocio jurídico, esta última compañía se obligó a transferirle a Almacenes Yep S.A., a título de venta, 'el derecho de dominio y posesión que tiene sobre el [...] inmueble Bodega Parque Industrial Sol de Occidente, de área aproximada 5.976 mt² [...] en el [...] estado de construcción [descrito en el párrafo cuarto de la cláusula primera]' (vid. Folios 143 a 144). Ahora bien, para la época en que se celebró el aludido contrato de promesa de compraventa, Juan Carlos Lopera Yepes ostentaba el 100% de las acciones en que se hallaba dividido el capital suscrito de Proinmob S.A.S. (vid. Folios 1481 a 1486).

La demandante ha puesto de presente que la operación en comento, a pesar de haberle representado un conflicto de interés al señor Lopera Yepes, no fue autorizada por la asamblea general de accionistas de Almacenes Yep S.A., en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Por las circunstancias descritas en el capítulo anterior, Almacenes Yep S.A. considera que Juan Carlos Lopera Yepes infringió el deber de lealtad que le corresponde en su calidad de administrador de la compañía. Como consecuencia de ello, se han presentado numerosas pretensiones orientadas a restablecer el patrimonio social. 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.º 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.º 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 mutuuario 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’.²

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.º 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

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

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

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 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 celebra negocios jurídicos de diversa índole con compañías en las que reviste también la calidad de accionista. En el caso de Jorge Eduardo Terreros Wilches contra Rafael Uribe Toro, por ejemplo, se declaró que el señor Uribe Toro, en su calidad de representante legal de Servisurco S.A., incumplió sus deberes al celebrar operaciones de diferente naturaleza con las sociedades Agropecuaria Uribe Toro Hermanos y Cía. S.C.S., Insuagro de Occidente S.A.S. e Inversiones Rio Nima S.A. Según se explicó en la sentencia n.º 800-26 del 13 de abril de 2016, ‘[p]ara los años en que se celebraron los negocios en cuestión, el señor Uribe Toro detentaba una participación en el capital de las citadas compañías. 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. 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”’.

Por lo demás, 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 promesa compraventa controvertido por Almacenes Yep S.A.

Como ya se dijo, la demandante considera que Juan Carlos Lopera Yepes, en su condición de representante legal, violó el régimen de conflictos de interés al celebrar un contrato de promesa de compraventa con Proinmob S.A.S.

En este sentido, las pruebas disponibles apuntan a que la operación reseñada sí le representó un conflicto de interés a Juan Carlos Lopera Yepes. Para la época en que se suscribió el respectivo contrato preparatorio, el aludido demandado ostentaba, simultáneamente, la calidad de representante legal de Almacenes Yep S.A. y la titularidad de la totalidad de las acciones en circulación de Proinmob S.A.S. (vid. Folios 150, 955 y 1481 a 1486).³ Es por ello que, al suscribir el referido negocio jurídico, confluían en cabeza de Juan Carlos Lopera Yepes dos intereses contrapuestos. Por una parte, el señor Lopera Yepes estaba en la obligación de velar por que el contrato de promesa de compraventa atendiera los mejores intereses de la compañía que representaba, según lo exige el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. De otra parte, al ser el único accionista de Proinmob S.A.S., el demandado contaba con incentivos económicos para promover condiciones contractuales que favorecieran a esta última sociedad.⁴ Esta situación hacía indispensable obtener la autorización a que hace referencia el numeral 7 del aludido artículo 23. En verdad, según lo expresado por este Despacho en las sentencias citadas en el acápite anterior, cuando un administrador cuenta con un interés económico en una operación determinada, deberá surtir el trámite previsto en la Ley 222 para los conflictos de interés.

En el presente caso, sin embargo, el Despacho encontró que la asamblea general de accionistas de Almacenes Yep S.A. no impartió la autorización requerida para celebrar el mencionado contrato de promesa de compraventa. Debe recordarse, en este sentido, que el trámite consagrado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 supone una manifestación expresa por parte del máximo órgano social, la cual difícilmente podrá suplirse con inferencias o interpretaciones extensivas de otras decisiones sociales.⁵ Por este motivo, el Despacho no podría bajo ninguna circunstancia aceptar los argumentos propuestos por los demandados, en el sentido de que la autorización impartida por la junta directiva de Almacenes Yep S.A. durante la reunión celebrada el 26 de noviembre de 2013

³ En tal medida, este Despacho debe rechazar la excepción propuesta por los demandados, según la cual no se configuró un conflicto de interés en la celebración del contrato de promesa de compraventa. En criterio del apoderado de los demandados, lo anterior obedecería a que 'no hay ninguna prueba que demuestre que para el día 4 de junio de 2013, fecha de celebración del contrato, [Juan Carlos Lopera] era accionista de Proinmob S.A.S. o controlaba la mayoría accionaria en esa sociedad' (vid. Folio 681). Como ya se señaló, las pruebas recaudadas permiten concluir que, al momento de suscribir el referido negocio jurídico, el señor Lopera Yepes sí era propietario de todas las acciones en circulación de Proinmob S.A.S. De esto daría cuenta, concretamente, el libro de registro de acciones de dicha compañía, así como varias actas de reuniones de su máximo órgano social (vid. Folios 1481 a 1486, 1553 y siguientes).

⁴ FH O'Neal y RB Thompson, *Oppression of Minority Shareholders and LLC Members* (2ª ed., 2004, Thomson West) 3-121 a 3-136.

⁵ Según el texto de la norma citada, se requiere la 'autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas'.

para la 'compra de la bodega del señor William Vélez', habría sido suficiente para convalidar la celebración del contrato de promesa de compraventa a que se ha hecho referencia (vid. Folios 399 reverso, 681 a 684).

Debe entonces concluirse que Juan Carlos Lopera Yepes incumplió el régimen de conflictos de interés previsto en la Ley 222 de 1995. En consecuencia, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009, el Despacho declarará la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa celebrado el 4 de junio de 2013 entre Almacenes Yep S.A. y Proinmob S.A.S.⁶

3. Acerca de las sumas que Proinmob S.A.S. deberá restituir a Almacenes Yep S.A. por virtud de la anulación del contrato controvertido

Una vez consultadas las pruebas que reposan en el expediente, el Despacho pudo establecer que, del total del precio pactado en el contrato de promesa de compraventa a que se ha hecho referencia, Almacenes Yep S.A. efectivamente pagó la suma de \$8.808.879.149.⁷ En la siguiente tabla se presenta un resumen

⁶ El apoderado de los demandados ha asegurado que resultaría improcedente anular la operación controvertida, por cuanto, de conformidad con el artículo 1611 del Código Civil, '[...] la bodega prometida no fue individualizada ni identificada suficientemente, [...] lo que trae como consecuencia necesaria la inexistencia del respectivo negocio jurídico. Así las cosas, al no haber surgido a la vida jurídica el contrato de promesa de compraventa, resulta imposible que se pueda llegar a declarar su nulidad' (vid. Folio 679). Además, el referido apoderado advierte que el contrato en comento 'terminó y dejó de producir efectos jurídicos entre los contratantes desde el día 28 de marzo de 2014 cuando ellos mismos desistieron de su celebración por su mutuo disenso tácito' (vid. Folio 675). A pesar de lo anterior, lo cierto es que en el curso del proceso no se presentaron pruebas que demostraran que alguna autoridad competente hubiese determinado que el referido contrato no cumplió con los requisitos previstos en la legislación civil o comercial. Tampoco se demostró que, mediante declaración judicial, se haya dado por terminado el negocio jurídico por virtud del mutuo consentimiento tácito de las partes. Según lo ha explicado la doctrina, 'es indispensable que mediante pronunciamiento judicial se constate de manera definitiva que el incumplimiento mutuo de las obligaciones derivadas de un determinado contrato obedece, sin lugar a dudas, al querer de los contratantes de poner fin a tal acto'. Cfr. M Casto y DO Romero, Derecho de las Obligaciones, Tomo II, Vol. I (2010, Editorial Temis, Bogotá) 520. Ante la falta de prueba de decisiones judiciales en alguno de estos sentidos, este Despacho sencillamente carecería de competencia para pronunciarse acerca de la supuesta inexistencia del contrato de promesa de compraventa o sobre el acaecimiento del mutuo disenso tácito. En verdad, las especialísimas facultades jurisdiccionales atribuidas a esta Superintendencia se restringen a la aplicación de las normas que componen el régimen societario colombiano.

⁷ Las pruebas recaudadas a lo largo del proceso apuntan a que las erogaciones a favor de terceros corresponderían, precisamente, a valores entregados por Almacenes Yep S.A. para el pago del precio pactado en la promesa de compraventa controvertida. Para comenzar, en los estados financieros de la sociedad demandante con corte a diciembre de 2014, se registraron 'anticipos y avances de proyectos en desarrollo' por una suma superior a los \$8.500.000.000, relacionados con la construcción de la bodega en el municipio de Funza (vid. Folio 338). Incluso, el Despacho pudo evidenciar que algunas de las erogaciones discriminadas en el texto principal fueron registradas en la contabilidad de Almacenes Yep S.A. como débitos en la cuenta n.º 13400505, la cual comprende, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 2650 de 1993, 'valores entregados por el ente económico a promitentes vendedores por la adquisición de bienes mediante promesa escrita' (vid. Folios 320 y siguientes).

Adicionalmente, en el libro mayor y balances de Proinmob S.A.S. aparece un registro contable por cerca de \$4.507.000.000 que equivaldría, justamente, al valor de los pagos efectuados por Almacenes Yep S.A. a favor de los terceros indicados en el texto principal (vid. Folio 1640). El referido registro se efectuó en la cuenta de activos n.º 1415 que, según el citado Decreto 2650, refleja 'los diferentes [...] costos de construcción incurridos para el desarrollo de

de los giros y operaciones contables tendentes a cancelar las obligaciones dinerarias contraídas por Almacenes Yep S.A. a favor de Proinmob S.A.S. con ocasión del negocio jurídico controvertido.

cada obra o frente de trabajo, hasta su traslado a la cuenta [de] bienes raíces para la venta. [...] **Esta cuenta es de uso exclusivo del ente económico dedicado a la actividad de la construcción**' (negrilla fuera de texto). De ahí que no puede aceptarse el argumento de los demandados, en el sentido de que Proinmob S.A.S. 'tan solo se comprometió a transferir la titularidad de unos determinados inmuebles' (vid. Folio 690). En verdad, para el Despacho es suficientemente claro que Proinmob S.A.S. se obligó a adelantar la construcción de la bodega objeto del contrato de promesa de compraventa controvertido. De ello también daría cuenta el parágrafo cuarto de la cláusula primera del referido negocio jurídico, en el cual se especifica el estado de construcción en el que la promitente vendedora, vale decir, Proinmob S.A.S., debía entregar a Almacenes Yep S.A. la bodega en cuestión (vid. Folios 143 y 144).

Además de lo anterior, el apoderado de Almacenes Yep S.A. ha puesto de presente que su poderdante, 'con el ánimo de pagar el precio adeudado por la compra de la Bodega en Funza, desembolsó recursos líquidos por \$4.507.198.776 [...] que el señor Lopera destinó al pago de las actividades que se ejecutaron en los predios de William Vélez para la construcción del Parque Industrial Sol de Occidente' (vid. Folios 583 y 614 del cuaderno de medidas cautelares). Sobre este particular, el Despacho pudo constatar que los demandados enviaron una comunicación al señor Vélez el 10 de marzo de 2014, por medio de la cual le informaron que Proinmob S.A.S. ha 'venido cumpliendo con lo pactado en el acuerdo de cooperación y es así que a la fecha [ha] pagado la suma de [...] \$248.611.543 de la primera cuota del impuesto de plusvalía [...] Se contrató la estructura metálica de acuerdo a especificaciones internacionales por valor de [...] \$4.266'000.000, de los cuales se ha girado la suma de [...] \$1.972'664.073' (vid. Folios 878 y 879). El acuerdo de cooperación empresarial, al que también se hace referencia en la cuarta cláusula del contrato de promesa de compraventa bajo estudio, tenía por objeto 'la ejecución por parte de [Proinmob S.A.S.] de las obras de urbanismo y construcción del proyecto denominado hasta hoy "Parque Industrial Sol de Occidente", en el predio indicado' (vid. Folios 158, 1248, 1464 y 1805 reverso).

Parece entonces bastante claro que las sumas que, de conformidad con la citada carta, Proinmob S.A.S. habría pagado en ejecución del acuerdo de cooperación empresarial, coincidirían con los desembolsos realizados por Almacenes Yep S.A. a favor del municipio de Funza, Steel Business & Development S.L. e Ingensa antes del 10 de marzo de 2014 (vid. Folios 304 y 305, 878 y 879 y 1375).

Así, pues, es posible concluir que los recursos líquidos de la sociedad demandante fueron empleados para pagar pasivos propios de la compañía demandada y, con ello, saldar la obligación dineraria que Almacenes Yep S.A. asumió al suscribir el contrato de promesa de compraventa. Tanto es así, que el señor Lopera Yepes reconoció que 'en ejecución de la representación legal [...] pagó a Proinmob la suma de \$8.800.000.000, bien sea por reclasificación contable o por giros a proveedores directos suyos'. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 26 de abril de 2016 (vid. Folio 926) 23:25 a 24:32. En igual sentido se pronunció uno de los miembros de la junta directiva de Almacenes Yep S.A. al rendir su testimonio. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 2 de noviembre de 2016 (vid. Folio 1738) 1:33:00 a 1:40:00.

No sobra advertir, por lo demás, que en múltiples oportunidades este Despacho ha ordenado que los demandados restituyan los recursos que han sido desembolsados en circunstancias similares a las del presente caso. Así, por ejemplo, en el caso de Hacienda Los Mangos López de C. & Cía. S. en C., se ordenó al demandante restituir las sumas que había recibido 'por concepto de préstamos, bonificaciones y erogaciones de diversa naturaleza, incluido el pago de obligaciones personales'. Cfr. sentencia n.º 800-133 del 15 de octubre de 2015. En idéntico sentido, en el caso de Gyptec S.A. el Despacho le ordenó a los demandados reintegrar al patrimonio social las erogaciones que la compañía habría realizado para el pago de sus obligaciones personales, tales como impuestos, cánones de arrendamiento y servicios públicos. Cfr. sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016.

TABLA N.º 1
EROGACIONES REALIZADAS POR ALMACENES YEP S.A.

Concepto	Fecha	Monto
Pagos a Obras Civiles ACH S.A.S. ⁸	22/04/13	\$50.000.000
	10/05/13	\$50.000.000
	19/06/13	\$50.000.000
	02/07/13	\$50.000.000
	24/07/13	\$50.000.000
	17/09/13	\$50.000.000
	11/10/13	\$50.000.000
	23/12/13	\$20.000.000
Pagos a Representaciones J.C.J. S. en C. ⁹	17/09/13	\$50.000.000
	31/10/13	\$100.000.000
	06/12/13	\$100.000.000
	09/01/14	\$75.000.000
Pagos a Steel Business & Development S.L. ¹⁰	15/11/13	\$253.641.225
	23/01/14	\$320.377.493
	25/02/14	\$929.506.875
	08/04/14	\$393.250.678
	05/06/14	\$386.379.245
	20/06/14	\$506.403.641
Pagos a Ingensa — Saray Gómez Franco ¹¹	15/11/13	\$152.184.735
	23/01/14	\$120.141.546
	12/02/14	\$194.129.649
	08/04/14	\$98.109.645
Pagos al Municipio de Funza ¹²	23/12/13	\$248.611.543
Pagos a Análisis y Consultoría Industrial ¹³	04/08/14	\$107.916.689
	05/06/14	\$96.544.812
Pagos a Myriam Delgado ¹⁴	26/12/13	\$5.000.000
Reclasificaciones contables ¹⁵	26/12/13	\$4.301.681.373
TOTAL		\$8.808.879.149

⁸ Por concepto de movimientos de tierra (vid. Folios 173 a 179, 325, 1326, 1331 y 1728).

⁹ Por concepto de anticipo para la compra de la bodega en Funza (vid. Folios 193 a 197).

¹⁰ Por concepto de estructuras metálicas (vid. Folios 202 a 244, 260 a 302 y 1372).

¹¹ Por concepto de interventoría e ingeniería (vid. Folios 202 a 244 y 260 a 302).

¹² Por concepto de pago de la participación en plusvalía (vid. Folios 304 y 305).

¹³ Por concepto de desaduanado 'de mercancías en puerto de Cartagena de Indias para obra parque industrial' (vid. Folios 307 a 312).

¹⁴ Por concepto de cálculos estructurales (vid. Folios 317 y 318).

¹⁵ No puede perderse de vista que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, '[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen'. Por lo demás, el artículo 206 del mismo código establece, claramente, que '[q]uien pretenda el reconocimiento de una [...] compensación [...] deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la [...] petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos'.

En este punto vale la pena poner de presente que el apoderado de los demandados le ha solicitado al Despacho ‘aplicar la compensación entre las sumas que las partes recíprocamente se adeuden y, si es del caso, ordenar que Almacenes Yep S.A. pague el mayor valor en que incurrió Proinmob S.A.S. para ejecutar las obras acordadas en la promesa de compraventa’ (vid. Folio 686). Para fundamentar lo anterior, el referido apoderado simplemente ha advertido que a ‘Proinmob S.A.S. se le debe reintegrar todo el desgaste administrativo y económico que le significó adelantar una construcción en el predio prometido en venta’ (id.). Sin embargo, el Despacho encuentra que la labor probatoria realizada por los demandados para acreditar la procedencia y el monto de la compensación invocada fue apenas exigua. Tanto es así que Proinmob S.A.S. y Juan Carlos Lopera Yepes ni siquiera precisaron cuáles fueron los gastos específicos en que habría incurrido la compañía demandada ni estimaron a cuánto ascenderían para efectos de dar aplicación a la figura de la compensación.¹⁶

Así las cosas, por virtud de la declaratoria de nulidad del contrato de promesa de compraventa, el Despacho ordenará que Proinmob S.A.S. restituya a Almacenes Yep S.A. la suma de \$8.808.879.149, junto con los intereses que correspondan desde la fecha en que la demandante efectuó los pagos hasta el momento en que ingrese tal suma al patrimonio de Almacenes Yep S.A. 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’.

4. Acerca de los demás argumentos y excepciones de mérito propuestos por los demandados

Formuladas las anteriores explicaciones, es pertinente hacer referencia, por último, a las demás argumentos y excepciones expuestos por los demandados y a las razones por las cuales no pueden ser acogidos por el Despacho.

Los demandados han sostenido que este Despacho no es competente para pronunciarse acerca de la validez del contrato controvertido. En su criterio, ‘Proinmob S.A.S. es una sociedad comercial que no es socia, ni accionista, ni — menos— administradora de Almacenes Yep S.A., por lo que en su condición de tercero sólo puede ser juzgada ante la jurisdicción ordinaria’ (vid. Folios 669 y 670). No obstante, debe decirse que, según las voces del literal b) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, ‘[l]a Superintendencia de

¹⁶ No puede perderse de vista que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, ‘[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’. Por lo demás, el artículo 206 del mismo código establece, claramente, que ‘[q]uien pretenda el reconocimiento de una [...] compensación [...] deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la [...] petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos’.

Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a [...] [l]a resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral'. Sobre esta facultad en particular, es pertinente precisar que la expresión 'resolución de conflictos societarios' necesariamente alude a las controversias relacionadas con la aplicación de las reglas que componen el régimen societario colombiano —incluido el Libro Segundo del Código de Comercio, la Ley 222 de 1995, la Ley 1258 de 2008 y el Decreto 1925 de 2009— que se presenten entre sujetos que tengan la legitimación jurídica y el interés económico para hacer efectivas dichas normas en el curso de un proceso judicial.¹⁷

Por otro lado, el apoderado de Proinmob S.A.S. y Juan Carlos Lopera Yepes ha sostenido que no se integró debidamente el litisconsorcio necesario, pues 'la parte demandante omitió dirigir sus pretensiones en contra del señor William de Jesús Vélez, quien tiene un interés legítimo en el contrato de promesa de compraventa cuya nulidad se pretende, por lo que de llegarse a invalidar el referido negocio jurídico se le afectarían ciertos derechos económicos que adquirió válidamente' (vid. Folio 671). Sin embargo, debe decirse que, contrario a lo manifestado por el apoderado de los demandados, el litisconsorcio sí estuvo debidamente integrado. En efecto, para resolver de fondo esta controversia no se requería vincular al señor Vélez como litisconsorte necesario de Proinmob S.A.S. y Juan Carlos Lopera Yepes, toda vez que no fue él quien participó en la celebración del negocio jurídico controvertido por Almacenes Yep S.A. Además, tampoco se probó que William de Jesús Vélez pudiera verse afectado por los efectos de la declaratoria de nulidad solicitada en la demanda.

Finalmente, Proinmob S.A.S y Juan Carlos Lopera Yepes han puesto de presente que para el ejercicio de la presente acción habría operado el término de

¹⁷ Esta definición es perfectamente compatible con la interpretación restrictiva que la Corte Constitucional le ha dado a las facultades jurisdiccionales en cabeza de entidades administrativas bajo los denominados 'parámetros de constitucionalidad'. Cfr. sentencia C-436 de 2013. Así, por ejemplo, sería posible enumerar, en una breve lista, los diferentes tipos de conflicto que podrían surgir en aplicación de las normas societarias colombianas. En este punto es preciso anotar que la interpretación sugerida por Juan Carlos Lopera Yepes y Proinmob S.A.S. produciría una desarticulación significativa entre los diferentes mecanismos disponibles para resolver conflictos societarios en el país. Sería imposible, por ejemplo, que esta Superintendencia examinara en sede judicial las disputas relacionadas con el incumplimiento del derecho de preferencia en la negociación de acciones. Tampoco podrían conocerse las irregularidades atinentes a una emisión primaria de acciones sin sujeción al derecho de suscripción preferente. Inclusive, no podrían presentarse demandas en las que los asociados, precisamente, hayan sido despojados en forma ilegítima de tal condición, como es el caso de la aplicación irregular de cláusulas estatutarias de exclusión. Algo similar ocurriría con la celebración de procesos de fusión en los que, por virtud del párrafo del artículo 30 de la Ley 1258 de 2008, algunos asociados de la compañía absorbida reciben dinero en efectivo en lugar de acciones de la sociedad beneficiaria. Al perder estos sujetos la calidad de accionistas, no podrían entonces acudir ante esta entidad para controvertir judicialmente las falencias del caso. Es decir que, de acogerse la postura de los demandados, la Superintendencia de Sociedades no podría examinar los principales conflictos societarios que suelen presentarse en las compañías colombianas.

caducidad. En palabras del apoderado de los demandados, ‘Almacenes Yep S.A., ejerció una acción de responsabilidad social contra Juan Carlos Lopera el día 25 de junio de 2015 por los mismos hechos que se presentan en esta demanda, de tal suerte que sólo tenía tres (3) meses para interponer la presente acción (artículo 25 de la Ley 222 de 1995), los cuales vencieron en el mes de septiembre de 2015’ (vid. Folio 687). Al respecto, este Despacho debe advertir que Almacenes Yep S.A. inició una acción de nulidad de actos viciados por conflicto de interés y no, como parecen sugerirlo los demandados, una acción social de responsabilidad.¹⁸ De cualquier forma, resulta pertinente anotar que la caducidad para iniciar ambas acciones es de cinco años, al tenor de lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995. Lejos de consagrar un término de caducidad, el inciso tercero del citado artículo 25 establece —en caso de haberse aprobado el ejercicio de la acción social de responsabilidad— el plazo a partir del cual podría presentar la respectiva demanda cualquier administrador, revisor fiscal, asociado o acreedor en interés de la sociedad.¹⁹

Por virtud de lo anterior, las excepciones de mérito propuestas por los demandados no habrán de prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹⁸ Esta circunstancia, justamente, hace que varias de las excepciones propuestas por los demandados sean insuficientes para desvirtuar las conclusiones a las que ha llegado este Despacho en relación con la validez del negocio jurídico controvertido. En verdad, las excepciones denominadas ‘inexistencia de daño’, ‘buena fe’, ‘propia culpa [de Almacenes Yep S.A.]’ y ‘[Responsabilidad solidaria de] todos los miembros de la junta directiva de Almacenes Yep S.A.’ son medios de defensa propios de una acción de responsabilidad en contra de administradores sociales (vid. Folios 684 y siguientes). En el presente caso, sin embargo, las pretensiones principales de la demanda no buscan, como ya se ha señalado, una declaratoria de responsabilidad con la consecuente indemnización de perjuicios sino, más bien, la nulidad de un negocio jurídico y las correspondientes restituciones mutuas (vid. Folios 4 y siguientes). Las aludidas excepciones, en síntesis, no guardan relación con las pretensiones de nulidad.

¹⁹ Según puede verse, los tres meses no constituyen un término máximo para iniciar la acción social de responsabilidad sino, más bien, un plazo mínimo que debe transcurrir para que sean los administradores, los revisores fiscales, los accionistas o los acreedores quienes presenten la correspondiente demanda. En palabras de la doctrina autorizada, ‘[s]i adoptada la determinación [de aprobar la acción social de responsabilidad] no se presenta la demanda dentro de los tres meses siguientes, la acción podrá ejercerla cualquier administrador, el revisor fiscal o cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso, también los acreedores pueden ejercer la acción, siempre que las deudas equivalgan por lo menos al 50 por ciento del pasivo externo de la sociedad y el patrimonio de la compañía no sea suficiente para satisfacer sus créditos [...]. La posibilidad de los asociados y acreedores de intentar la acción social de responsabilidad tiene un carácter eminentemente subsidiario. Con ello se pone de manifiesto que la persona llamada a interponerla inicialmente contra los administradores culpables es, precisamente, el representante legal de la sociedad’. Cfr. FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tomo I (2016, 3ª Ed, Legis, Bogotá) 727.

RESUELVE

Primero. Declarar que Juan Carlos Lopera Yepes violó el régimen de conflictos de interés consagrado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Segundo. Declarar la nulidad del contrato de promesa de compraventa celebrado el 4 de junio de 2013 entre Almacenes Yep S.A. y Proinmob S.A.S.

Tercero. Ordenarle a Proinmob S.A.S que le pague a Almacenes Yep S.A. la suma de \$8.808.879.149 junto con los intereses que correspondan hasta el momento en que se produzca el pago efectivo de estas obligaciones.

Cuarto. Condenar en costas a los demandados y fijar como 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 cinco días del mes de junio de dos mil dieciséis y se notifica en estrados.

Sentencia n.º 800-46 del 8 de junio de 2017	
Partes	María Alejandra Pulido Murillo contra Clínica Oftaláser S.A. en liquidación
Asunto	Nulidad de decisiones sociales
Tramite	Proceso verbal
Número del proceso	2016-800-239

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare la nulidad absoluta de algunas decisiones adoptadas durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Clínica Oftaláser S.A. en liquidación celebrada el 23 de junio de 2016. En particular, María Alejandra Pulido Murillo —quien ostenta la calidad de accionista de la compañía demandada— ha controvertido las determinaciones consistentes en aprobar el inventario de bienes y equipos de Clínica Oftaláser S.A., autorizar al liquidador para ajustar el precio de venta de los bienes sociales cuando lo considere necesario y conciliar algunas cuentas por cobrar a Miguel Ángel López (vid. Folios 98 a 101). Para fundamentar sus pretensiones de nulidad, el apoderado de la demandante ha dicho que las decisiones en comento exceden los límites del contrato social, por cuanto contravienen diversas normas ‘que rigen en Colombia para las sociedades comerciales en general, y a las sociedades anónimas en particular’ (vid. Folio 99). En primer lugar, la demandante ha puesto de presente que el inventario aprobado ‘no contiene la totalidad de los activos y pasivos de la compañía, requisito indispensable a la luz de lo dispuesto por el artículo 234 del Código de Comercio’ (vid. Folio 99). En segundo lugar, se ha advertido que, al autorizar al liquidador para ajustar el precio de venta de los activos, la asamblea general de accionistas le otorgó ‘una facultad que de manera expresa el Código de Comercio le concede al máximo órgano social, esto es, la de aprobar y por tanto modificar el estado de inventario’ (vid. Folio 100). Por último, se ha señalado que, al aprobar la conciliación de cuentas por cobrar al señor López, la asamblea general de accionistas se irrogó funciones que le corresponden al liquidador (id).¹

Por su parte, la compañía demandada sostiene que la sanción de nulidad no es procedente en este caso, toda vez que las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas el 23 de junio de 2016 atendieron, en forma estricta, las pautas previstas en los estatutos y la ley para la celebración de reuniones del máximo órgano social. En palabras del apoderado de Clínica Oftaláser S.A. en

¹ El apoderado de María Alejandra Pulido manifestó, durante la fijación del objeto del litigio, que ‘[s]i bien es cierto que la manera como se tomaron estas decisiones [...] no guarda relación con un incumplimiento específico de un artículo del contrato social, [...] el contrato social no solamente son los estatutos en sí mismos sino las normas legales que rigen las sociedades comerciales. Normas que, por constituir elementos esenciales de los contratos, deben considerarse como parte de los mismos. Esa es la razón por la que [...] sí ha habido una violación al contrato social con la toma de estas decisiones en relación con parte del proceso liquidatorio de esta compañía’. Cfr. Grabación de la audiencia del 10 de febrero de 2017 (vid. Folio 658) 2:59 a 3:41.

liquidación, para 'aprobar el inventario de bienes y equipos de la compañía [...], autorizar al liquidador para ajustar el precio de venta de los bienes [...] y conciliar cuentas por cobrar a Miguel Ángel López, se [cumplió] a cabalidad con los estatutos en cuanto al domicilio de la reunión, la convocación y el quórum deliberatorio y decisorio conforme a lo previsto en los artículos 186, 188, 190 y 191 del Código de Comercio' (vid. Folio 189).

Para resolver la controversia antes descrita, resulta pertinente anotar, como ya lo ha hecho esta Delegatura en múltiples oportunidades, que 'la acción de impugnación se ha previsto en nuestro ordenamiento como un mecanismo para controvertir falencias formales en la adopción de decisiones del máximo órgano social'.² En verdad, los artículos 190 y 191 del Código de Comercio establecen que esta acción únicamente procede cuando se 'adopten [decisiones sociales] sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social'.³ En el presente caso, sin embargo, este Despacho no pudo verificar que se hubiese configurado, durante la adopción de las determinaciones controvertidas, alguno de los defectos anotados. Por una parte, las pruebas disponibles apuntan a que las decisiones impugnadas se tomaron con las mayorías requeridas por la ley y los estatutos sociales para el efecto (vid. Folios 489 y 490). De otra parte, el Despacho no encontró que las determinaciones en cuestión hubiesen infringido alguna de las disposiciones legales o estatutarias que regulan la adopción de decisiones sociales.

Ahora bien, aunque el apoderado de la demandante ha sugerido que la violación de las normas que componen el régimen societario colombiano implica, necesariamente, una transgresión de los límites del contrato social, lo cierto es que las causales de nulidad son taxativas y, por lo tanto, no admiten interpretaciones extensivas como la señalada por el referido apoderado. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, 'nuestra legislación se ha inspirado siempre en el principio de que ningún acto puede declararse nulo si la nulidad no se halla formalmente consagrada en la ley, por el carácter de sanción que aquella tiene'.⁴ Así, pues, pese a que las circunstancias narradas en la demanda podrían dar lugar a eventuales irregularidades en la liquidación voluntaria de la sociedad demandada o, incluso, comprometer la responsabilidad del liquidador de la

² Cfr. autos n.º 801-12797 del 3 de noviembre de 2014 y 800-2202 del 16 de febrero de 2016.

³ En palabras de Reyes Villamizar, 'la nulidad absoluta está, por su parte, planteada en el artículo 190 del [Código de Comercio] para aquellas decisiones adoptadas por el máximo órgano social sin el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes o que exceden los límites del contrato social'. Cfr. FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tomo I (2016, 3ª Ed., Editorial Temis, Bogotá, D.C.) 829. En el mismo sentido, Martínez Neira, evocando una decisión del Consejo de Estado, indica que 'el derecho de impugnación previsto en el artículo 191 del Código de Comercio solo es ejercitable contra los actos viciados de nulidad, es decir, los que se adopten sin la mayoría requerida [...] o excediendo los límites del contrato social'. Cfr. NH Martínez Neira, *Cátedra de Derecho Contractual Societario* (2016, 2ª Ed., Editorial Legis, Bogotá, D.C.) 400.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 30 de junio de 1972 (G.J. CXLII) 250 y del 19 de enero de 1979 (G.J. CLIX) 14. En igual sentido, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá ha advertido que 'la 'naturaleza excepcional [de la nulidad] restringe la labor del intérprete, a quien le queda vedado incluir analogías o extensiones hermenéuticas que incluyan aspectos que la ley no regula'. Cfr. auto n.º 326-01 del 28 de septiembre de 2005.

compañía, no por ello encajan dentro de los supuestos fácticos contemplados en los artículos 190 y 191 del Código de Comercio.⁵ En consecuencia, debe concluirse que este Despacho no ha encontrado suficientes méritos para declarar la nulidad de las determinaciones controvertidas por María Alejandra Pulido Murillo.⁶

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

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada 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 ocho días del mes de junio de dos mil diecisiete y se notifica en estrados.

⁵ En un proceso similar, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá concluyó que 'la nulidad alegada por la [...] demandante no se enmarca dentro de alguna de las hipótesis que el ordenamiento jurídico contempla como causales de nulidad absoluta, en la medida en que sus fundamentos no recayeron o estuvieron cimentados en las específicas previsiones del legislador al respecto, pues [...] no se alegó, y mucho menos se demostró, que las decisiones adoptadas por la asamblea general se tomaron sin el número de votos previsto en las leyes o en los estatutos [...] En este sentido, no pierde de vista el Tribunal que el actor [planteó] una disputa de orden sustancial [...] que nada aporta para demostrar que las propuestas sometidas a discusión se adoptaron sin el quórum legal o estatutariamente establecido, o que hubiera exceso en los límites impuestos por el contrato social. [...] Así las cosas, la controversia como fue planteada, indudablemente escapa o desborda la órbita y finalidad del trámite procesal adelantado por la recurrente, siendo de importancia recordar que ésta cuenta con otros escenarios y mecanismos idóneos para hacer valer tales planteamientos. En sentido adverso, procesos como el presente se circunscriben a obtener la anulación de los actos o decisiones de asambleas por los específicos motivos dispuestos por el legislador'. Cfr. sentencia n.º 201156187-01 del 29 de enero de 2014.

⁶ La conclusión expresada en el texto principal no pierde vigencia por el hecho de que la compañía demandada no hubiese asistido a la diligencia programada para practicar su interrogatorio de parte y, por consiguiente, haya podido operar la confesión presunta respecto del pliego de preguntas suministrado en sobre cerrado por el apoderado de la demandante (vid. Folios 663 y 665). En verdad, debe insistirse en que las irregularidades puestas de presente por la señora Pulido Murillo no parecen encajar en las causales expresamente previstas en la ley para la nulidad de determinaciones sociales.

Sentencia n.º 800-69 del 27 de julio de 2017	
Partes	Oceanis Global Investments LLC y Step Group Corp. contra Solla S.A.
Asunto	Nulidad de decisiones sociales
Tramite	Proceso verbal
Número del proceso	2016-800-1

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El proceso iniciado ante el Despacho tiene como propósito principal que se declare la nulidad absoluta de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de Solla S.A. durante la reunión celebrada el 26 de agosto de 2015. Según se expresa en la demanda, en una reunión previa llevada a cabo el 20 de marzo de 2015, el máximo órgano social autorizó a la junta directiva para ‘adelantar un proceso tendiente a la adopción e implementación de un código de buen gobierno corporativo [...] el cual debía ser socializado entre los accionistas y adaptado a la realidad de la compañía para, luego de finalizado todo el procedimiento, efectuar las reformas estatutarias a que hubiere lugar’ (vid. Folio 251). Fue así como, durante la reunión asamblearia del 26 de agosto de 2015, se aprobaron las correspondientes reformas estatutarias que, a juicio de las demandantes, ‘se concentran en algunos asuntos ajenos a [prácticas de buen gobierno corporativo] y, lo que es peor, en otros que controvierten [sus] fundamentos, preceptos y directrices [...]’ (vid. Folio 254).¹ Por esta razón, se ha dicho que con su aprobación se excedieron los límites del contrato social, pues, además de que la junta directiva no contaba con facultades para proponer estas reformas, algunas de ellas contravienen las reglas sobre derecho de inspección, acciones con dividendo preferencial y facultades de los órganos sociales, entre otros (vid. Folios 255-262).²

Por su parte, la sociedad demandada sostiene que la junta directiva cumplió con la gestión encomendada según quedó determinada en el acta n.º 72, pues luego de examinar posibles prácticas de gobierno corporativo aplicables a Solla S.A., puso en consideración del máximo órgano social un proyecto de reforma de estatutos que incluía las prácticas que consideró convenientes para la compañía (vid. Folio

¹ Según se afirma en la demanda, del texto de reforma propuesto [...] se observa que, salvo la modificación relacionada con la facultad de creación de comités asesores otorgada a la junta directiva (literal p) del artículo 55 presentado y aprobado), la reforma no incluye más temas relacionados con el buen gobierno corporativo, que constituía el eje de la misma [...] (vid. Folio 254).

² A juicio de la apoderada de las demandantes, [...] se entiende que las decisiones de la asamblea exceden el contrato social, entre otras, cuando contravienen normas imperativas [...]. También se entenderá que hay un exceso del contrato social cuando en la adopción de las decisiones se extralimiten las funciones otorgadas por la ley y los estatutos a un determinado órgano social’ (vid. Folio 269).

1070). En todo caso, más allá del alcance que pudiera tener la labor encomendada, se aduce que no existen restricciones que impidan a la junta directiva proponer a la asamblea general de accionistas reformas estatutarias sobre cualquier tema que considere afín a los intereses sociales (vid. Folio 1082). Por lo demás, la demandada puso de presente que la reforma estatutaria aprobada se ajustó a lo dispuesto en las normas imperativas aplicables a los distintos asuntos que comprende.

Con el fin de examinar los argumentos propuestos por las partes en relación con las determinaciones controvertidas, el Despacho estima necesario formular las siguientes consideraciones.³⁴

1. Nulidad por extralimitación de facultades de la junta directiva

En opinión de las demandantes, la junta directiva carecía de facultades para proponer la reforma estatutaria al máximo órgano social, lo cual significa un exceso del contrato social que afecta la validez de la decisión de aprobarla. En particular, su apoderada ha señalado que ‘todas las decisiones fueron adoptadas fuera del mandato que se le dio a la junta directiva. [E]n ese sentido, está extralimitándose el contrato social, porque la junta directiva debe cumplir sus funciones conforme a la ley y conforme a los estatutos y en este caso, a la junta directiva, que no tiene la función de aprobar reformas estatutarias, se le facultó específicamente para que cumpliera un encargo. Encargo que no desarrolló dentro de los límites que le habían sido encomendados por la asamblea’.⁵ En este orden de ideas, la aludida apoderada considera que, en los términos del artículo 190 del Código de Comercio, ‘hay un exceso del contrato social cuando en la adopción de las decisiones se extralimiten las funciones otorgadas por la ley y los estatutos a un determinado órgano social’ (vid. Folio 269).

Una vez examinado el contenido del acta n.º 72, correspondiente a la reunión del máximo órgano social de Solla S.A. celebrada el 20 de marzo de 2015, el Despacho encontró que en aquella oportunidad se aprobó la siguiente propuesta: ‘[e]ncomendar a la junta directiva para que realice una revisión de las prácticas de

³ Como síntesis de las sanciones solicitadas, la apoderada de las demandantes señala que ‘se entiende que las decisiones de la asamblea exceden el contrato social, entre otras, cuando contravienen normas imperativas, como son las que garantizan el derecho e inspección de los accionistas y las que determinan las funciones indelegables de los órganos sociales. También se entenderá que hay un exceso del contrato social cuando en la adopción de las decisiones se extralimiten las funciones otorgadas por la ley y los estatutos a un determinado órgano social’ (vid. Folio 269).

⁴ Aunque se ha puesto de presente que las pretensiones de la demanda carecen de objeto —por cuanto la materia objeto de la reforma estatutaria controvertida fue regulada íntegramente de forma posterior—, lo cierto es que ante este Despacho se ha presentado una acción de impugnación de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de Solla S.A. el 26 de agosto de 2015. Así, en la medida en que no ha habido un pronunciamiento que, en estricto sentido, deje sin efectos lo decidido en aquella oportunidad, corresponde a esta Delegatura pronunciarse.

⁵ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 2 de noviembre de 2016 (vid. Folio 1400) 20:45-21:35.

gobierno corporativo que actualmente se aplican en la organización Solla, a fin de actualizarlas a las recomendaciones del denominado Código País. La junta directiva procederá a hacer los ajustes que considere convenientes en los temas que sean de [su] competencia y llevará aquellos que requieran reforma de estatutos a una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas que se convoque para ese fin' (vid. Folio 1204).

Posteriormente, según consta en el punto n.º 4 del acta n.º 73, durante la reunión asamblearia celebrada el 26 de agosto de 2015, la junta directiva propuso la correspondiente reforma estatutaria 'en desarrollo del encargo que recibió de la asamblea general de accionistas en la pasada reunión ordinaria del mes de marzo [...], la cual es el resultado de un trabajo que se realizó durante cuatro (4) sesiones [...]' (vid. Folio 122).

Así las cosas, luego de examinar los distintos puntos de la reforma que han sido controvertidos por las demandantes —expuestos en detalle en el acápite siguiente—, el Despacho no encuentra cómo su aprobación por parte del máximo órgano social podría carecer de validez por 'extralimitación de facultades de la junta directiva'.

En primer lugar, los directores de Solla S.A. presentaron a la asamblea general de accionistas lo que, a su juicio, constituyen buenas prácticas de gobierno corporativo. Ello habría ocurrido como consecuencia de una ardua discusión de los temas en diferentes sesiones del órgano directivo, según la investigación realizada sobre prácticas de esa naturaleza (vid. Folio 122 y siguientes).⁶ Fue así como la junta directiva realizó los 'ajustes que consider[ó] convenientes' a los estatutos y propuso la reforma al máximo órgano social en desarrollo de la gestión encomendada. Así, pues, sin que le corresponda al Despacho determinar si la propuesta contenía buenas o malas prácticas de gobierno corporativo —este es un asunto del resorte interno de la sociedad—, lo cierto es que la asamblea general de accionistas, que es el órgano competente para el efecto, finalmente decidió aprobar válidamente la reforma correspondiente.

En segundo lugar, la junta directiva habría podido proponer lo que, en su criterio, era una reforma estatutaria para adoptar buenas prácticas de gobierno corporativo, así como cualquier otro asunto que considerara conveniente para los intereses sociales. Lo que resultaba indispensable era que, en cualquier caso, fuera la asamblea general de accionistas —como órgano competente— la que finalmente se pronunciara sobre el particular, como en efecto ocurrió. Por último,

⁶ Id. 41:48-42:40. Según explicó el apoderado de Solla S.A., 'la junta directiva cumplió con el mandato que le dio la asamblea. Le dijo, revise usted el tema de gobierno corporativo y lo que usted considere conveniente propóngaselo a la asamblea como una reforma de estatutos o como un código país, pero lo que usted considere conveniente. ¿Qué hizo la junta directiva? Se reunió en múltiples ocasiones. Como consta en el expediente hay varias actas de junta directiva en las que se refleja con claridad y con detalle, las discusiones juiciosas que hubo al interior de la junta directiva con miras a revisar el gobierno corporativo de la sociedad. Se contrataron asesores externos para que les ayudaran en esa encomienda'.

independientemente de que esa propuesta hubiera provenído de la junta directiva en desarrollo de una gestión encomendada, es claro que el máximo órgano social puede reunirse a discutir y aprobar reformas estatutarias de cualquier naturaleza.

A la luz de lo anterior, el Despacho debe concluir que la aprobación de la reforma estatutaria durante la reunión asamblearia celebrada el 26 de agosto de 2015, no se encuentra viciada de nulidad por extralimitación de facultades de la junta directiva.

2. Nulidad por violación de normas imperativas

Las demandantes han censurado distintos puntos de la reforma estatutaria aprobada por Solla S.A., por considerarlos contrarios a las normas imperativas que los regulan.

A. Derecho de inspección

En la demanda se han controvertido, con especial énfasis, los puntos relacionados con el derecho de inspección que fueron objeto de la reforma estatutaria. A juicio de la apoderada de las demandantes, la regulación del aludido derecho es contraria a las buenas prácticas de gobierno corporativo, las cuales deberían apuntar a mecanismos expeditos y simples, más no restrictivos de su ejercicio. En su opinión, 'la reforma planteada y aprobada tiene por fin y efecto (i) restringir la información que debe, según la ley, suministrarse a los accionistas durante el ejercicio del derecho de inspección - restricción en cuanto al contenido, (ii) limitar el libre ejercicio del derecho de inspección, mediante la imposición de mecanismos de vigilancia inconstitucionales e ilegales - restricción en el ejercicio; (iii) dificultar la entrega de la información - restricción en cuanto a la oportunidad; (iv) impedir el conocimiento real y fidedigno de la información mediante el control absoluto por parte de los administradores del contenido de la misma y de su explicación - restricción de los canales que garantizan la efectividad, realidad y transparencia de la información' (vid. Folio 258).

Antes resolver los cargos propuestos sobre el particular, resulta indispensable señalar que el derecho de fiscalización individual es una de las prerrogativas subjetivas de mayor entidad que surge de la calidad de asociado. Constituye, además, un elemento fundamental en el establecimiento de prácticas de gobierno corporativo, pues resulta ser un verdadera vía de mitigación de problemas de agencia. 'Consiste en la facultad que les asiste a los asociados de examinar, directamente o mediante persona delegada para el efecto, los libros y papeles de la sociedad, con el fin de enterarse de la situación administrativa, financiera, contable y jurídica de la sociedad en la cual realizaron sus aportes. Este derecho, de manera correlativa, implica la obligación de los administradores de entregar la referida información, en los términos y condiciones que exigen tanto las normas

contables, como las normas propias del ordenamiento societario, y los estatutos sociales de cada sociedad'.⁷

En las sociedades anónimas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 379 y 422 del Código de Comercio, los administradores deben permitir al accionista ejercer 'libremente' el aludido derecho durante los quince días anteriores a la reunión ordinaria del máximo órgano social. Ciertamente, por tratarse sociedades de capitales —en las que la gestión de los negocios sociales se entrega a los directores de la compañía—, los accionistas no acceden de forma permanente a la información societaria. El ejercicio de esta prerrogativa en este tipo de sociedades se justifica, más bien, por la necesidad de que los asociados 'puedan documentarse suficiente y adecuadamente sobre el aspecto económico de la compañía en pos de posibilitar una participación activa en la [reunión de la] asamblea, como también el que puedan votar a conciencia las diferentes determinaciones puestas a su consideración'.⁸ El derecho de inspección, sin embargo, 'no tiene carácter absoluto, comoquiera que no puede convertirse en un obstáculo permanente que atente contra la buena marcha de la [sociedad]'.⁹ Es por ello que resulta posible su regulación por decisión del máximo órgano social, siempre que no se alteren sus presupuestos mínimos, que no son más que los establecidos en la ley.¹⁰

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, el derecho de inspección podrá ejercerse 'sobre los libros y papeles de la sociedad, en los términos establecidos en la ley, en las oficinas de la administración que funcionen en el domicilio principal de la sociedad. En ningún caso, este derecho se extenderá a los documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad'. Es así como, según ha señalado esta Superintendencia, pueden ser objeto de inspección, '[los] libros de actas del máximo órgano social, [los] libros de actas de la junta directiva, [los] libros de registro de socios o accionistas, [los] libros de contabilidad, [la] correspondencia relacionada con los negocios, [los] estados financieros [y] los demás documentos de que trata[n] [los] artículo[s] 446 y [447] del Código de Comercio'.¹¹

Debe decirse entonces que, además de la limitación temporal antes señalada, esta prerrogativa no puede extenderse indefinidamente a toda clase de libros y papeles de comercio, sino a aquellos que guarden relación directa con los asuntos propios de las reuniones ordinarias. Adicionalmente, conforme acaba de indicarse,

⁷ Cfr. Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica – Circular Externa n.º 100-1 del 21 de marzo de 2017.

⁸ Cfr. Superintendencia de Sociedades, concepto n.º 220-176650 del 13 de septiembre de 2016.

⁹ Id.

¹⁰ FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 3ª Edición (2016, Bogotá, Editorial Temis) 536. Se trata de un derecho individual 'no susceptible de ser alterado en sus presupuestos mínimos por determinación colegiada adoptada en los órganos sociales'.

¹¹ Cfr. Superintendencia de Sociedades, Guía práctica para la celebración de asambleas de accionistas y juntas de socios.

la ley señala expresamente que no son objeto de inspección los documentos que versen sobre secretos industriales o que puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad en caso de ser divulgados. En este sentido, y comoquiera que esta última limitación goza de cierta amplitud, lo apropiado es que ‘en cada caso particular [se establezca] si la información reviste tal condición, con el fin de permitir el examen si resulta pertinente, así como evitar posibles trastornos en la mecánica administrativa de las [compañías] y a precaver que los competidores conozcan los secretos industriales y comerciales y el *know-how* que son intangibles muy valiosos de todo empresario.’¹²

De manera que esta prerrogativa se erige como un verdadero mecanismo de control sobre la gestión de los administradores sociales en las sociedades cerradas de capital. A diferencia de las sociedades abiertas, respecto de las que se hacen exigencias de divulgación permanente o periódica de información, en las sociedades cerradas el ejercicio del derecho de inspección resulta indispensable para que los asociados puedan verificar, a través de soportes tangibles, el manejo que se ha dado a su inversión. En todo caso, no debe perderse de vista que, siempre que no se afecte el alcance esencial de este derecho en los términos legales, los asociados pueden regular lo atinente a su ejercicio. En línea con lo anterior, y al tenor de lo establecido en la ley, debe también entenderse que ‘[l]a libertad del asociado según las voces del artículo 369, es la de examinar, vocablo este que no tiene una connotación diferente a la de escudriñar con cuidado y diligencia el tema de su interés, pero no va más allá de una simple inspección; esto es, que el asociado no puede, con base en la norma en comento, reclamar a los administradores nada distinto’.¹³

Efectuadas las anteriores precisiones, el Despacho examinará si las reformas introducidas en cuanto al derecho de inspección son contrarias a la ley, según lo expresado por las demandantes.

Una vez revisado el contenido del acta n.º 73, el Despacho encontró que en los artículos 31 a 36 de los estatutos aprobados, se reguló lo atinente al derecho en cuestión. A continuación se transcriben los apartes controvertidos en la demanda, se presentan los argumentos expuestos para el efecto y se formulan las consideraciones del Despacho.

(i). Artículo 32. ‘Ejercicio del derecho de inspección por intermedio de apoderado’

El contenido del artículo 32 de los estatutos de Solla S.A., según fue aprobado en la reunión asamblearia del 26 de agosto de 2015, es el siguiente:

‘Los accionistas podrán ejercer el derecho de inspección directamente o por intermedio de apoderado debidamente facultado para tal efecto.

¹² Id.

¹³ Cfr. Superintendencia de Sociedades, concepto n.º 220-30201 del 16 de abril de 1999.

‘Parágrafo primero. El poder para ejercer el derecho de inspección será otorgado por el accionista por escrito con la indicación expresa de la gestión encargada.

‘Parágrafo segundo. El poder será exigido por la Administración o la persona responsable de atender el derecho de inspección, en su caso, como requisito previo para permitir al apoderado el acceso a los documentos.

‘Parágrafo tercero. Cuando se trate de accionistas que ostenten la naturaleza de persona jurídica, el poder deberá ser conferido por su representante legal o quien haga sus veces, condición que el apoderado deberá acreditar ante la Administración presentando el certificado de existencia y representación legal de la sociedad accionista o el documento que haga sus veces en la respectiva jurisdicción’.

En opinión de las demandantes, con las disposiciones antedichas se impide que ‘[concurran] simultáneamente el accionista y otros asesores que ten[g]an poder para el efecto, pues el ejercicio es excluyente, o uno u otro’ (vid. Folio 279). Además, aducen que con la reforma sólo sería posible conferir poder a un solo apoderado, no a varios (id). De igual forma, sostienen que no tendría por qué indicarse expresamente en el poder cuál es la gestión encomendada, ‘salvo en su descripción genérica de otorgar mandato para ejercer el derecho de inspección [...]’ (vid. Folio 280). Por último, manifiestan que tales disposiciones establecen requisitos especiales en cuanto a personas jurídicas extranjeras, condición que tienen las demandantes (id.).

A pesar de lo anterior, el Despacho considera que las precitadas disposiciones estatutarias no contienen restricciones injustificadas al derecho de inspección. En verdad, las interpretaciones restrictivas provienen únicamente de las demandantes, pues la literalidad de lo allí regulado no permite concluir que el derecho en mención deba ser necesariamente ejercido a través de un solo apoderado —cuando no se ejerce directamente—,¹⁴ que no sea posible valerse de asesores para el efecto, ni que se hayan establecido requisitos especialmente aplicables a determinadas personas jurídicas extranjeras. Ciertamente, es apenas razonable que se establezca que el poder sea otorgado por escrito, que se exija de forma previa a la diligencia y que se indiquen las facultades conferidas, las cuales, por supuesto, podrían ser todas aquellas necesarias para el adecuado ejercicio del derecho de inspección.¹⁵ También resulta ajustado a la ley que, cuando el asociado sea una persona jurídica, el poder sea otorgado por su representante legal y que se acredite siempre esa condición. En efecto, por tratarse de una prerrogativa de tal importancia y por cuya virtud se permite el

¹⁴ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 2 de noviembre de 2016 (vid. Folio 1400) 50:58-51:39. El apoderado de la demandada sostuvo: ‘en el artículo 32 expresamente se le expresa al accionista el derecho de que ejerza el derecho de inspección a través de apoderado para que nunca en el futuro se levante el cuestionamiento de que el accionista tiene que ir personalmente y no puede que ir con apoderado. Allí lo que dice es , en beneficio de todos los accionistas, que pueden ir con apoderado [...]. Y en ninguna parte se dice que pueden llevar “un” apoderado’.

¹⁵ Id. 52:00. Al respecto, el apoderado de la sociedad demandada manifestó que no podía tratarse de un poder que no fuera para ejercer el derecho de inspección. ‘No podría ser cualquier aparecido’. Señaló que debía presentarse un poder general o específico otorgado conforme lo establece la ley, pero en todo caso para ejercer el derecho de inspección.

acceso a información societaria relevante, es perfectamente factible que se tomen suficientes precauciones para garantizar que se entrega a quien corresponde.

(ii). Artículo 33. ‘Atención al derecho de inspección’

El contenido del artículo 33 de los estatutos de Solla S.A., según fue aprobado en la reunión asamblearia del 26 de agosto de 2015, es el siguiente:

‘El derecho de inspección será atendido por el Secretario de la sociedad y/o por la persona que para el efecto disponga la Administración.

‘Parágrafo. El Secretario de la sociedad y/o la persona dispuesta por la Administración para atender el derecho de inspección será responsable de custodiar los documentos, libros y papeles de la sociedad que hayan sido puestos a disposición de los accionistas’.

Las demandantes consideran que la atención formal al derecho de inspección puede ser encargada al secretario general de la compañía o a terceros, pero el deber de garantizarlo tiene que ser de los administradores y, por ende, la responsabilidad no puede ‘delegarse’ como se propone en la reforma (vid. Folio 281). A su juicio, con esta disposición se pretende exonerar a los administradores del deber de controlar y verificar que se entregue toda la información requerida y se cumpla con la obligación de garantizar el ejercicio del derecho. Además, se ha dicho que con esa función de custodia se busca justificar la ‘presencia permanente e intromisión indebida’ del funcionario, con lo que se restringe la libertad para el ejercicio del derecho (vid. Folio 282).

Los argumentos previamente expuestos, sin embargo, no son suficientes para que el Despacho concluya que la reforma contenida en el citado artículo 33 es contraria a normas imperativas. En verdad, como lo reconoció el propio representante legal de Solla S.A., de ninguna forma se busca exonerar a los administradores de su deber legal de garantizar el ejercicio del derecho de inspección. En sus palabras, ‘[l]a función de la persona que atiende el derecho de inspección es básicamente instrumental, es garantizar que el ejercicio del derecho de inspección se realice dentro de la reglamentación establecida, con los horarios establecidos. Que haya un adecuado manejo de la información puesta a disposición. Que no se raye, que no se copie, que no se destruya, en fin. Pero esa función netamente instrumental no implica una transformación de las responsabilidades que a cada uno le corresponden’.¹⁶ Así, pues, además de que no se encontró que ello se desprenda de la redacción del artículo, tampoco es claro cómo la citada disposición podría ser contraria a la ley, o afectar la libertad en el ejercicio de esa prerrogativa en los términos antes expuestos.

(iii). Artículo 34. ‘Entrevistas’

El contenido del artículo 34 de los estatutos de Solla S.A., según fue aprobado en la reunión asamblearia del 26 de agosto de 2015, es el siguiente:

¹⁶ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 28 de noviembre de 2016 (vid. Folio 1444) 1:44:09-1:44:44.

‘El ejercicio del derecho de inspección se limitará al examen o escudriño de la información y los documentos puestos a disposición de los accionistas, ante la presencia del Secretario de la Sociedad y/o de la persona dispuesta por la Administración para atender el derecho de inspección.

‘Parágrafo. Solo con autorización previa, expresa y por escrito de la Junta Directiva, los accionistas, sus apoderados, sus representantes y sus acompañantes podrán entablar, por cualquier medio, comunicación, conversación o entrevista con empleados, funcionarios, directivos, administradores o asesores de la sociedad, así como formularles preguntas o requerimientos durante el ejercicio del derecho de inspección y con ocasión del mismo. Lo anterior no obsta para que las dudas o inquietudes que se presenten sean formuladas por escrito por los accionistas que estén haciendo uso del derecho de inspección, dirigido a la persona encargada de atenderlo, quien procederá a responder dichas preguntas igualmente por escrito, incorporando la respuesta dada en el paquete de información que está a disposición de todos los accionistas para el ejercicio del derecho de inspección’.

En criterio de la apoderada de las demandantes, el ejercicio del derecho de inspección no puede limitarse a los documentos ‘puestos a disposición de los accionistas’, pues ello querría decir que solo serían exhibidos aquellos que determine la administración (vid. Folio 282). Además, insistió en la restricción a la libertad en el ejercicio de este derecho debido a la presencia de un funcionario. Finalmente, sostuvo que se trata de una cláusula dilatoria y entorpecedora que busca ‘limitar la posibilidad de que el accionista acceda a explicaciones que provengan directamente de los encargados [...]’ (vid. Folio 284). En sus palabras, ‘la prohibición expresada llega al extremo de pretender que los accionistas, dueños reales de la empresa, no puedan solicitar ayuda operativa (vgr. suministros, conexiones a internet, llamadas, etcétera), ni tan siquiera saludar a las personas que se puedan encontrar en las instalaciones de la empresa a quienes conocen desde tiempo atrás, sin pedir previamente autorización a la junta directiva’ (vid. Folio 284).

Nuevamente, debe ponerse de presente que este aparte de la reforma en cuestión tampoco es contrario a una norma imperativa. Para comenzar, la ley se ha encargado de establecer cuáles son los documentos que deben ponerse a disposición de los asociados en ejercicio del derecho de inspección. En este sentido, debe entenderse que el primer inciso del artículo 34 antes referido alude a esta información. En caso contrario, es evidente que podría controvertirse la responsabilidad del administrador que no permita el ejercicio de esta prerrogativa en los términos legales, quien de ninguna manera podría ampararse en el hecho de que supuestamente el artículo 34 de los estatutos establece que solo se exhiben los documentos que determine la administración. No es eso, precisamente, lo que establece el artículo en comento.

Por lo demás, debe insistirse en que, en estricto sentido, la ley prevé el deber de los administradores de permitir la ‘inspección’ de los documentos que habrán de servirle al accionista para informarse sobre lo que será discutido en la correspondiente reunión del máximo órgano social. En este sentido, como bien lo advirtió el representante legal de Solla S.A., las demás garantías, en caso de que

decidan otorgarse, son adicionales.¹⁷ Según se expuso en párrafos precedentes, esta Superintendencia ha anotado que la libertad a que hace referencia el numeral 4° del artículo 379 del Código de Comercio '[...] no va más allá de una simple inspección; esto es, que el asociado no puede, con base en la norma en comento, reclamar a los administradores nada distinto: sacar fotocopias o exigirlas, supera el derecho allí consagrado [...], lo cual no obsta para que en un momento dado la junta de accionistas, máximo órgano social, determine la viabilidad de conceder cierta libertad a favor de los asociados, para que al examinar los distintos papeles de la empresa en el ejercicio del derecho de inspección, se les permita sacar directamente o solicitar a la administración las fotocopias que a bien tengan'.¹⁸ De ahí que el escenario propicio para presentar comentarios o inquietudes sea durante la correspondiente reunión, al momento de la rendición de cuentas, presentación de informes de gestión y votación. Así las cosas, el hecho de permitir entrevistas bajo un procedimiento preciso no podría calificarse como contrario a la ley.

(IV). Artículo 35. 'Alcance temporal y material del derecho de inspección'

El contenido del artículo 35 de los estatutos de Solla S.A., según fue aprobado en la reunión asamblearia del 26 de agosto de 2015, es el siguiente:

'El derecho de inspección se circunscribe al ejercicio respecto del cual se van a considerar los estados financieros de cierre del ejercicio por parte de la Asamblea General de Accionistas, en consecuencia la Administración pondrá a disposición de los accionistas la información relativa al último ejercicio, es decir los libros y papeles de la sociedad que corresponden al periodo contable a considerar.

'Parágrafo primero. No será objeto de inspección por parte de los accionistas: 1. La información o los documentos relativos a ejercicios anteriores; 2. Los documentos que la ley y las autoridades competentes hayan definido como no comprendidos dentro del derecho de inspección; 3. La información o los documentos que versen sobre secretos industriales de la sociedad; 4. La información o los documentos que contengan datos que de ser divulgados, pueden ser utilizados en detrimento de la sociedad; 5. Los contratos, acuerdos y demás documentos que contengan cláusulas de confidencialidad o que estén cubiertos por compromisos de confidencialidad que le impidan a la sociedad revelar su contenido a terceros;

'Parágrafo segundo. Protección de datos personales (habeas data). Tampoco será objeto de examen por parte de los accionistas la información personal e individual de

¹⁷ Id. 1:36:03-1:36:42. 'Si bien el proceso es mucho más formal, en vez de restringir el acceso a la información se amplió. La Superintendencia ha sido reiterativa en indicar que el derecho de inspección es inspección, inspección documental. Que en virtud de ese derecho de inspección no proceden entrevistas ni reuniones con los ejecutivos ni con los funcionarios de la compañía y, por el contrario, en la reforma de estatutos se abrió la posibilidad de que previa autorización de la junta directiva, los accionistas puedan tener entrevistas con los ejecutivos'. El representante legal sostuvo, en este sentido, que la ley solo ha establecido el derecho de inspección, no el 'derecho de entrevista'. Id. 1:43:49.

¹⁸ Cfr. Superintendencia de Sociedades, concepto n.º 220-30201 del 16 de abril de 1999.

funcionarios, empleados, clientes y proveedores de la sociedad que pueda ser considerada como dato personal a la luz de lo dispuesto en los artículos 16 de la Constitución Nacional y 4, literal c) de la Ley 181 de 2012 y las normas que lo modifiquen’.

Para las demandantes, lo dispuesto en este artículo se trata de una limitación al alcance material del derecho de inspección por fuera de los casos taxativamente establecidos en la ley. En primer lugar, consideran que no puede excluirse del ejercicio de ese derecho —cuyo límite temporal es solo para estados financieros— la ‘información o los documentos’ de ejercicios anteriores, pues los accionistas deben poder acceder a libros de actas completos y demás documentos necesarios para tener un cabal entendimiento de lo que ocurrió en el ejercicio en cuestión (vid. Folio 286). En segundo lugar, sostienen que los acuerdos con cláusulas de confidencialidad no están incluidos dentro de las limitaciones legales al ejercicio del derecho de inspección. En tercer lugar, respecto de lo regulado en el párrafo segundo, aducen que ‘[s]i bien es cierto que la protección de los datos personales tiene como fundamento el artículo 15 de la Constitución Política y la legislación posterior que se ha encargado de desarrollarlo, entre ellas la Ley 1581 de 2012, estas normas establecen además que existen casos en los que no es necesario obtener una autorización del titular para divulgar un dato calificado como personal e incluyen la autorización expresa de entregar esta información, entre otros, a los terceros autorizados por la ley. Así las cosas, los accionistas de una sociedad comercial deben ser considerados como un tercero autorizado por la ley para conocer los datos y la información que se pretende excluir, de conformidad con lo señalado en el artículo 13 literal c) de la Ley 1581 de 2012’ (vid. Folio 288).

Para comenzar, el Despacho considera que la decisión de no someter a inspección de los accionistas la información relativa a ejercicios anteriores no necesariamente es contraria a las normas que regulan ese derecho. En verdad, por la naturaleza de esta prerrogativa, lo propio es que los accionistas puedan inspeccionar aquella información correspondiente al ejercicio respecto del cual se van a pronunciar en la reunión ordinaria. Ello es acorde, incluso, con lo expresado en la doctrina especializada en la materia. Así, por ejemplo, esta Superintendencia ha señalado —por vía administrativa— que el derecho de inspección ‘permite a los socios o accionistas que son ajenos a la administración, acceder a los documentos de la compañía, para poder enterarse del estado de los negocios sociales. En las sociedades por acciones, se cuenta con un término de quince días hábiles anteriores a la reunión ordinaria, para hacer uso de dicho derecho. Si los administradores cumplen con la mencionada obligación, no resulta procedente inspeccionar papeles de ejercicios anteriores, pues para ello ya hubo la oportunidad establecida en la ley. Luego, en estas condiciones el derecho de inspección no se puede ejercer sobre los libros y papeles de la sociedad, con relación a ejercicios anteriores, sino únicamente sobre los documentos correspondientes al último ejercicio social, es decir, con el período contable a considerar, ya que ellos fueron, se reitera, objeto de fiscalización individual en la oportunidad legal correspondiente’.¹⁹

¹⁹ Cfr. Superintendencia de Sociedades, conceptos n.º 220- 003554 del 16 de enero de 2014 y 220-143303 del 8 de septiembre de 2014.

Ello coincide con lo expresado por Martínez Neira, para quien, entre otros documentos, deben exhibirse los ‘libros obligatorios (art. 49, Código de Comercio), respecto de la información del periodo contable cuyo cierre será objeto de la asamblea ordinaria’,²⁰ así como ‘los libros de contabilidad (art. 49, ídem) relacionados con el ejercicio contable’.²¹ Ahora bien, las circunstancias serían diferentes si no se hubieren celebrado reuniones ordinarias durante los ejercicios anteriores con estricta observancia del ejercicio del derecho de inspección, en cuyo caso, si se pretende subsanar la situación, habría de ponerse en conocimiento de los accionistas la información relativa a todos los ejercicios objeto de discusión en la correspondiente reunión social.

De otra parte, en relación con la restricción del derecho de inspección respecto de contratos, acuerdos y demás documentos que contienen una cláusula de confidencialidad, el Despacho tampoco encontró vicio de nulidad alguno. Ello se debe a que se trata de una disposición que no es evidentemente contraria a las reglas en materia de derecho de inspección. En verdad, no existe motivo de reproche alguno en que los accionistas, por razones de conveniencia para la sociedad, decidan por mayoría que los contratos con cláusula de confidencialidad no les sean exhibidos.

Es más, esta Superintendencia sostuvo recientemente —en sede administrativa— que la información que obligatoriamente debe presentarse a los accionistas es solo aquella establecida en la ley. Según la Circular Externa n.º 100-1 del 21 de marzo de 2017, ‘en este contexto, es evidente que el legislador ha señalado de manera taxativa cuáles son los documentos que deben ser puestos a disposición para ser examinados en el marco del derecho de inspección. De conformidad con lo anterior, se puede deducir que no todos los documentos vinculados con las operaciones y negocios deben ponerse a disposición de los accionistas de una sociedad anónima, sino únicamente el balance general de los negocios junto con aquellos enumerados en el artículo 446 del Código de Comercio y los libros y demás comprobantes correspondientes. En consecuencia, la administración de la sociedad anónima no está obligada a poner a disposición de los asociados documentos específicos que no estén contemplados en los artículos 446 y 447 del Código de Comercio. Respecto de operaciones específicas que se realicen en el marco del desarrollo de la sociedad, bastará con que los asociados sean informados adecuadamente sobre la gestión de la administración y el aspecto económico de la sociedad, y tengan el conocimiento suficiente para poder participar activamente en la reunión del máximo órgano social en lo que a esos temas se refiera’.²²

²⁰ NH Martínez Neira, *Cátedra de derecho contractual societario* (2010, Bogotá, Abeledo Perrot) 218. ‘[...] en particular, se alude a los libros de actas de asamblea y de junta directiva del periodo, y al libro de registro de accionistas como lo ha sostenido la propia jurisprudencia del Consejo de Estado.

²¹ Id.

²² Cfr. Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica – Circular Externa n.º 100-1 del 21 de marzo de 2017. En este documento también se expresa que ‘el régimen aquí descrito en relación con el derecho de inspección no se opone a que en los estatutos éste se regule dentro de; ámbito de la libertad contractual, siempre que dicha regulación no atente contra los principios y normas imperativas que gobiernan este derecho. En este orden de ideas, si bien los accionistas gozan del derecho de inspección que de manera expresa les concede la ley, es claro que no por

De cualquier manera, debe señalarse que la restricción estudiada podría encontrarse amparada por lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, a cuyo tenor, '[e]n ningún caso, [el derecho de inspección] se extenderá a los documentos que [...] puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad'. Podría pensarse entonces que la administración consideró que, de exhibirse a los accionistas contratos con cláusula de confidencialidad, podría causarse el efecto antes indicado. En todo caso, cuando se interrogó al representante legal de Solla S.A. sobre este particular, sostuvo que 'eso tiene que ser estudiado en cada caso, eso se hace con mucho cuidado, siempre contando con el acompañamiento de asesores externos'.²³

Lo expresado anteriormente no obsta, sin embargo, para que en el curso de la reunión ordinaria correspondiente, los administradores informen a los accionistas acerca de los negocios y operaciones que adelanta la compañía, así como de las particularidades que puedan revelarse sin perjuicio de los efectos de la cláusula de confidencialidad que contengan. Por lo demás, no puede pasarse por alto que, al tenor de lo establecido en el artículo 79 de los nuevos estatutos aprobados, en concordancia con el literal q) del artículo 55, se dispuso la posibilidad de que, previa determinación del presidente ejecutivo y la junta directiva, se consideren solicitudes de información presentadas por los accionistas más allá de las estrictamente permitidas en ejercicio del derecho de inspección (vid. Folios 166 y 174).

Finalmente, el Despacho tampoco encontró motivo de reproche alguno en el hecho de que la información personal de funcionarios, empleados, clientes y proveedores de la sociedad no sea sometida a inspección de los accionistas. En verdad, los literales a) y b) del numeral 3° del artículo 446 del Código de Comercio únicamente autorizan la revelación de información personal de directores, asesores y gestores —bajo ciertas condiciones—, en relación con salarios, honorarios, viáticos, gastos de representación, bonificaciones, prestaciones, transporte y otras remuneraciones. En criterio de esta Superintendencia, los accionistas serían entonces terceros expresamente autorizados por el legislador para conocer únicamente esta información personal respecto de tales sujetos, en los términos del artículo 13 de la Ley 1581 de 2012.²⁴ No podría entonces

ello pueden entorpecer el normal funcionamiento de la sociedad, ni extender tal derecho a documentos e información catalogada como de reserva para la sociedad, por lo que el máximo órgano social, precavido el ejercicio abusivo de tal derecho, puede reglamentarlo ya sea disponiendo horas exactas de exhibición de la documentación, fijar citas para el ejercicio individual del mismo, así como limitar el acceso a ciertos documentos, entre otros, sin que tal reglamentación pueda, en ningún caso, comportar una violación de las normas que amparan el derecho de inspección de los accionistas'.

²³ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 28 de noviembre de 2016 (vid. Folio 1444) 1:40:53-1:41:02.

²⁴ Id. 'Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 1581 de 2012, por la cual se dictaron disposiciones generales para la protección de datos personales, el artículo 13 de esta ley indicó que "La información que reúna las condiciones establecidas en la presente ley podrá suministrarse a las siguientes personas: . . . c) A los terceros autorizados por el Titular o por la ley". Por lo anterior, es evidente que el legislador ha incluido a los miembros de la asamblea general de accionistas de las sociedades anónimas, como sujetos autorizados para conocer, en ejercicio del derecho de inspección, la información detallada sobre la remuneración de los directivos de tales compañías. Por su parte, en lo que respecta a las erogaciones de los asesores, para el caso del derecho de

entenderse, conforme lo señala la apoderada de las demandantes, que los accionistas son también terceros autorizados por la ley para conocer cualquier otro tipo de información personal de sujetos diferentes a los mencionados. En síntesis, pues, es perfectamente factible y ajustado a las normas imperativas lo regulado en el párrafo segundo del artículo 35 en cuanto a datos personales.

(V). Artículo 36. ‘Grabación del derecho de inspección’

El contenido del artículo 36 de los estatutos de Solla S.A., según fue aprobado en la reunión asamblearia del 26 de agosto de 2015, es el siguiente:

‘En aras de garantizar la seguridad de los documentos puestos a disposición de los accionistas, la Administración podrá disponer el registro audiovisual permanente durante los días que dure el derecho de inspección’.

Las demandantes han señalado que con la disposición citada se vulnera el derecho fundamental a la intimidad personal de los accionistas. A su juicio, la grabación del ejercicio del derecho de inspección debe ser necesariamente autorizada por el respectivo asociado (vid. Folio 289).

Nuevamente, debe manifestarse que la decisión de aprobar la reforma contenida en el mencionado artículo 36 no adolece de nulidad, al menos por violación de normas imperativas de naturaleza societaria y, específicamente, aquellas relacionadas con el derecho de inspección. Ahora bien, en caso de que ello significara violación de derechos y garantías constitucionales, no le correspondería a este Despacho, en ejercicio de sus restringidas facultades jurisdiccionales, pronunciarse sobre el particular, ni la acción de impugnación de decisiones sociales sería el medio adecuado para controvertir la correspondiente determinación.

B. Facultades de los órganos sociales

En la demanda también se ha controvertido algunas modificaciones relativas a las funciones de la asamblea general de accionistas, junta directiva, así como informes de gestión de los administradores.

Las demandantes consideran que la decisión de aprobar las reformas contenidas en los literales e) de los artículos 43 y 55, y f) del artículo 60 de los nuevos estatutos, relativas al informe de gestión que debe recibir la asamblea general de accionistas y presentar la junta directiva y el presidente ejecutivo según los términos del artículo 1° de la Ley 603 de 2000, se encuentra viciada de nulidad. En criterio de su apoderada, con ello ‘se pretende excluir del informe de gestión que deben presentar los administradores los anexos señalados en el artículo 446 del Código de Comercio’ (vid. Folio 259), bajo el argumento según el cual ‘el artículo

inspección en las sociedades anónimas, se deben informar los pagos por concepto de salarios y honorarios a asesores o gestores, "cuando la principal función que realicen consista en tramitar asuntos ante entidades públicas o privadas, o aconsejar o preparar estudios para adelantar tales tramitaciones", por lo que el numeral 30 del artículo 446 no resulta aplicable respecto de asesorías que no tengan la mencionada finalidad

47 de la Ley 222 de 1995, modificado a su vez por el artículo 1º de la Ley 603 de 2000, derogó el numeral 3º del artículo 446 del Código de Comercio' (vid. Folio 260). Por esta razón, manifiesta que ello es 'anti técnico, pues el artículo 1º de la ley en mención lo que hace es reformar el artículo 47 de la Ley 222 de 1995, el cual sigue vigente (vid. Folio 263)'.

No obstante, lo cierto es que con lo regulado en las disposiciones citadas los accionistas simplemente decidieron incluir dentro del informe que deben presentar tales funcionarios lo establecido en el artículo 1º de la Ley 603 de 2000, sin que ello implique, como lo advierte la apoderada de las demandantes, que deje de ser obligatorio presentar la información a que alude el artículo 446 del Código de Comercio. En este sentido, el Despacho considera que la decisión de aprobar estas reformas —así fueren 'anti técnicas'— no contraviene la ley societaria.

De otra parte, la referida apoderada también ha cuestionado la decisión de aprobar lo regulado en el literal q) del artículo 55 de los nuevos estatutos, así como en el párrafo primero del artículo 79. Según la primera disposición, corresponde a la junta directiva '[d]efinir qué información debe ser puesta en conocimiento de los accionistas, diferente a la que por disposición legal se debe suministrar durante el derecho de inspección, para lo cual la empresa deberá contar con una página Web destinada a ese propósito' (vid. Folio 291). La segunda disposición, correlativamente, establece que '[l]a junta directiva definirá qué información debe ser puesta en conocimiento de los accionistas, para lo cual contará con una página Web destinada para el efecto' (vid. Folio 292). En opinión de las demandantes, '[l]o anterior implica que la junta directiva definirá qué documentación forma parte del derecho de inspección' (Id.). A pesar de lo anterior, por razones reiterativamente expuestas, es claro que las disposiciones en comento no transgreden las reglas sobre derecho de inspección, las cuales son claras en relación con la documentación que necesariamente debe entregarse. En este sentido, debe entenderse que esa es la información que los administradores deben poner a disposición de los accionistas.

Finalmente, también se ha señalado que el literal i) del artículo 43 de los estatutos sociales, modificó lo antes regulado por el artículo 37, para establecer que el máximo órgano social debía 'ejercer las demás funciones que le señale la ley o los estatutos', suprimiendo 'las que no le correspondan a otro órgano' (vid. Folio 259). En opinión de la apoderada de las demandantes, '[a]djudicar la competencia residual de la asamblea general de accionistas a la junta directiva no solo contraviene la naturaleza y función que corresponde a cada órgano social sino que implica la violación de una norma imperativa como es el numeral 7º del artículo 420 del Código de Comercio, en concordancia con lo previsto en el numeral 6º del artículo 187 de la misma obra' (vid. Folio 264).

A pesar de lo anterior, el Despacho tampoco declarará la nulidad respecto de esta última decisión. Ello se debe a que la supresión de la frase 'las que no correspondan a otro órgano' no implica, por sí misma, una transgresión a la ley. En cualquier caso, las disposiciones estatutarias sobre funciones del máximo

órgano social son adicionales a las previstas en el artículo 420 del Código de Comercio, en cuyo numeral 7° se establece que ese órgano tiene las facultades residuales. Así las cosas, el Despacho no encuentra que con la supresión en comento la asamblea general de accionistas haya dejado de tener tales atribuciones y, en consecuencia, se le hayan asignado a la junta directiva. En efecto, si se revisa el contenido del literal m) del artículo 55 de los estatutos aprobados, corresponde a la junta directiva ejercer '[l]as demás funciones no atribuidas a la asamblea general de accionistas o al presidente ejecutivo' (vid. Folio 166). Eso implica que, si la facultad residual corresponde a la asamblea por virtud de la ley, no podría entonces ejercerla la junta directiva en los términos del citado literal. Así, pues, aunque no parezca razonable que se hubiere suprimido la mencionada frase del literal i) del artículo 43 de los estatutos, más allá de las explicaciones que existan para ello, lo cierto es que no se ha transgredido ninguna regla societaria y que la facultad residual, por reconocimiento del propio representante legal de la compañía, continúa en cabeza del máximo órgano social.²⁵

C. Acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto

Dentro de los puntos de la reforma estatutaria objeto de impugnación, se estableció que la creación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, así como la aprobación del reglamento de emisión y colocación respectivo, correspondía a la asamblea general de accionistas, para lo cual se requeriría de una mayoría calificada del 75% del capital suscrito (vid. Folio 256). En opinión de las demandantes, '[t]ratándose de la creación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, pese a la importancia del tema, no se dio explicación alguna sobre las razones que encontró la junta directiva para hacer tal propuesta, la cual, como ya se indicó, excede la facultad que le fuera otorgada por la asamblea en la reunión ordinaria celebrada el 20 de marzo de 2015, la cual se circunscribía a presentar las reformas relacionadas con la política de gobierno corporativo' (vid. Folio 255).

Los argumentos expuestos por las demandantes, sin embargo, no son suficientes para que el Despacho considere que la aprobación de lo relacionado con acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, así como con los demás asuntos controvertidos por estas mismas razones, pueda adolecer de nulidad.²⁶ En verdad, la antelación y el grado de justificación con que se hayan presentado los temas no afectan la validez de las determinaciones adoptadas, ni mucho menos llevan a

²⁵ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 2 de noviembre de 2016 (vid. Folio 1400) 1:46:471:47:16. 'En los estatutos se establece que la junta realizará las facultades que no estén asignadas ni a la asamblea ni al representante legal ni al presidente. Si por ley la asamblea tiene la facultad residual, eso claramente es una facultad de la asamblea, que por tanto no podría ser ejercida por la junta en tanto ya es una facultad que está asignada a la asamblea'.

²⁶ En la demanda se afirma que 'se debe declarar la nulidad de las decisiones relacionadas con la reforma a los artículos 20, 45 literal a y e, artículo 48, artículo 53, 55 literal l y 60 literal e) y parágrafo del mismo artículo, 64 literales b), c) y e)' (vid. Folio 294).

concluir que se haya presentado un exceso del contrato social. Adicionalmente, como ya se dijo, la junta directiva no se ha extralimitado en sus funciones al proponer para aprobación del máximo órgano social lo que, en su criterio, es una reforma estatutaria inspirada en buenas prácticas de gobierno corporativo.

3. Inoponibilidad

En forma subsidiaria, las demandantes han solicitado que se advierta la inoponibilidad de la decisión por cuya virtud se aprobó la reforma estatutaria bajo estudio. En sustento de lo anterior, se afirma que la mayoría de modificaciones incluidas en los estatutos de Solla S.A. no tienen el carácter de generales, pues 'están encaminadas a afectar los derechos de las demandantes'. Según se expresa en la demanda, ello se debe a que los administradores de esta compañía, así como los demás accionistas que votaron a favor de la reforma estatutaria, conocían acerca del conflicto existente con las demandantes por razón del ejercicio del derecho de inspección —lo cual dio lugar al trámite administrativo ante la Superintendencia de Sociedades— (vid. Folio 274). Debido a lo anterior, y comoquiera que la aludida reforma de estatutos se concentró en puntos objeto de controversia, se afirma que la decisión de aprobarla resultó particularmente lesiva respecto de los intereses de las demandantes y, por tanto, les es inoponible los términos del artículo 188 del Código de Comercio.

Al igual que los anteriores cargos analizados, el presente requiere que se efectúe un análisis objetivo sobre los presupuestos que podrían dar lugar a la sanción solicitada. Según los términos del artículo 190 del Código de Comercio, las decisiones sociales 'que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes'. A su turno, el citado artículo 188 establece que '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'.

Así las cosas, más allá de que algunos de los asuntos discutidos en la reforma de estatutos hubieren sido objeto de discordia previa con las demandantes y que, incluso, hubieran sido abordados en una investigación administrativa adelantada ante esta entidad, lo cierto es que las decisiones adoptadas tuvieron carácter general. En verdad, tras una revisión de lo consignado en el acta n.º 73, el Despacho no encontró que alguno de los puntos aprobados hiciera referencia particular a alguna de las demandantes, o estuviera encaminado directamente a perjudicarlas. Las limitaciones, prohibiciones y concesiones a que allí se hace referencia surten efectos respecto de todos los accionistas, según resulten aplicables a las circunstancias previstas. No habría entonces razón para que el Despacho advirtiera que las determinaciones respecto de las cuales las demandantes fueron disidentes, no las obligan. Como ya se ha dicho, se trata de decisiones válidamente adoptadas que cuentan, por supuesto, con carácter general.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho desestimar  las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada 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 las demandantes y fijar como agencias en derecho a favor de la sociedad demandada una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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



Sentencia n.º 800-89 del 15 de septiembre de 2017

Partes	Interglobo S.R.L. contra Daniel Enrique Price Anzola
Asunto	Mora en el pago de acciones
Tramite	Proceso verbal
Número del proceso	2016-800-7

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare, principalmente, la nulidad de los actos de disolución y liquidación de Cargo Logística S.A.S., toda vez que, según la demandante, fueron realizados con el objeto de causar perjuicios a terceros acreedores, como Interglobo S.R.L. Como consecuencia de lo anterior, se solicita que se declare responsable a Daniel Enrique Price Anzola, en su condición de liquidador de Cargo Logística S.A.S., por la presunta inobservancia de las disposiciones en materia de liquidación de sociedades. Subsidiariamente, la demandante busca que se declare la desestimación de la personalidad jurídica de Cargo Logística S.A.S. por haberse utilizado dicha sociedad para defraudar a Interglobo S.R.L. Y, consecuencialmente, solicita que se declare responsable a Daniel Enrique Price Anzola como único accionista de Cargo Logística S.A.S.

Con el fin de examinar los argumentos propuestos por las partes, el Despacho estima necesario formular las siguientes consideraciones.

1. Acerca de la responsabilidad del liquidador

A. De la inobservancia de las disposiciones en materia de liquidación de sociedades por parte del demandado

En primer lugar, la demandante ha censurado el hecho de que el señor Daniel Enrique Price no informara a los acreedores de Cargo Logística S.A.S. sobre el estado de liquidación de dicha compañía en los términos del artículo 232 del Código de Comercio.¹ Según lo expresado en la demanda, si bien el señor Price publicó un aviso en el periódico El Espacio el 28 de diciembre de 2012 (vid. Folio 1738), en éste se incluyó como dirección para que los acreedores reclamaran cualquier posible derecho, la Carrera 11 n.º 93ª – 53 de Bogotá que, para la fecha de publicación del mencionado aviso, ya no correspondía al domicilio de la sociedad. Por su parte, el señor Price justificó la situación descrita, advirtiendo que

¹ El artículo 232 del Código de Comercio establece que '[l]as personas que entren a actuar como liquidadores deberán informar a los acreedores sociales del estado de liquidación en que se encuentra la sociedad, una vez disuelta, mediante aviso que se publicará en un periódico que circule regularmente en el lugar del domicilio social y que se fijará en lugar visible de las oficinas y establecimientos de comercio de la sociedad'.

se incluyó dicha dirección ‘porque [...] [allí] operó la empresa Cargo Logística [S.A.S.] siempre hasta su liquidación’.²

Antes de resolver los cargos propuestos sobre el particular, se debe señalar que, de acuerdo con Reyes Villamizar, la finalidad de la publicación de que trata el artículo 232 del Código de Comercio es que ‘todos los acreedores de una sociedad, conocidos o no, se informen del estado de liquidación en que [se encuentra la sociedad], para facilitar en esa forma el que hagan valer sus acreencias oportunamente’.³ De ahí, la importancia que tiene esta figura en el trámite de liquidación privada de sociedades comerciales.

Ahora bien, una vez analizado el expediente, el Despacho encontró ciertos elementos de juicio que le restarían validez a las afirmaciones del señor Price y, en cambio, reforzarían la tesis de la demandante.

Por ejemplo, el Despacho pudo constatar que el contrato de arrendamiento suscrito con la señora Sandra Guerrero Cristancho, para el uso de la oficina ubicada en la dirección antes mencionada, fue terminado de forma anticipada por parte de Cargo Logística S.A.S. el 31 de diciembre de 2011 (vid. Folio 1858), prácticamente un año antes de la publicación del aviso en comentario. También, son dicientes, las múltiples notas de devolución de correspondencia, relativa a la deuda que Cargo Logística S.A.S. tenía con Interglobo S.R.L., que fue enviada a la dirección antedicha con posterioridad a la publicación del aviso (vid. Folios 707 a 734). Así las cosas, según los elementos de juicio antes señalados, la inclusión de una dirección distinta a la de las oficinas de la sociedad, en el aviso que el liquidador de Cargo Logística S.A.S. publicó el 28 de diciembre de 2012, habría imposibilitado a los acreedores de dicha compañía, incluyendo la demandante, hacer valer sus respectivas acreencias de manera oportuna. Por lo anterior, para el Despacho es claro que el actuar del demandado conllevó a una transgresión del artículo 232 del Código de Comercio.

En segundo lugar, en criterio de la demandante, el señor Price infringió el régimen de liquidadores, al no incluir en el inventario ni en la cuenta final de liquidación de Cargo Logística S.A.S. la totalidad de las acreencias contraídas por dicha compañía, de conformidad con el artículo 234 del Código de Comercio. Concretamente, se reprocha la exclusión del derecho litigioso derivado del mandamiento ejecutivo librado el 13 de junio de 2013 en contra de Cargo Logística S.A.S. dentro del proceso n.º 2012-1521 iniciado por Interglobo S.R.L. ante el Juzgado 72 Civil Municipal de Bogotá.

Al respecto, se debe señalar que el inventario, ‘además de ser el punto de partida para el cumplimiento de las operaciones de la liquidación, es una obligación legal que pesa sobre el liquidador’.⁴ De ahí que, ‘[t]anto las obligaciones condicionales

² Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 7 de septiembre de 2016 (vid. Folio 1746) 1:26:08 – 1:15:16.

³ Cfr. FR Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo II, 3ª Ed. (2017, Bogotá, Editorial Temis) 520.

⁴ Cfr. Id. 455.

como las litigiosas deben aparecer en el inventario respaldadas por una provisión que garantice su pago eventual'. Desde luego, las obligaciones de esta naturaleza también deberán verse reflejadas en la cuenta final de liquidación cuando 'los bienes sociales hayan sido insuficientes para pagar las obligaciones con terceros'.⁵

Del material probatorio aportado, el Despacho pudo observar que la demanda que dio lugar a que se librara el mandamiento ejecutivo antes referido, se interpuso el 14 de septiembre de 2012 por parte de Interglobo S.R.L. Posteriormente, mediante decisión asamblearia adoptada el 12 de diciembre de 2012, e inscrita en el registro mercantil el 27 de diciembre de 2012, se declaró a Cargo Logística S.A.S. en estado de disolución. Lo anterior apuntaría a que el señor Price tuvo conocimiento de dicha obligación litigiosa con anterioridad al inicio del proceso liquidatorio de Cargo Logística S.A.S. Por esta razón, correspondía al liquidador incluir, necesariamente, la obligación litigiosa en comento tanto en el inventario como en la cuenta final de liquidación de Cargo Logística S.A.S.

No obstante lo anterior, una vez revisado el interrogatorio rendido por Daniel Enrique Price Anzola, se pudo corroborar que el demandado reconoció haber incurrido en la omisión descrita por la demandante. En efecto, en la audiencia del 7 de septiembre de 2016, cuando el Despacho indagó al señor Price sobre la inclusión del mencionado derecho litigioso en el balance y cuenta final de liquidación, éste respondió 'no' haberla realizado.⁶

A partir de lo anterior, es bastante claro para el Despacho que el señor Price infringió deliberadamente el artículo 234 del Código de Comercio, según el cual, '[e]l inventario incluirá, además de la relación pormenorizada de los distintos activos sociales, la de todas las obligaciones de la sociedad, con especificación de la prelación u orden legal de su pago, inclusive de las que sólo puedan afectar eventualmente su patrimonio, como las condicionales, las litigiosas, las fianzas, los avales, etc. [...]'].

Finalmente, la demandante sostuvo que el señor Price tampoco dio cumplimiento al artículo 245 del Código de Comercio, respecto a la obligación litigiosa referida en párrafos anteriores. Según se lee, dicho artículo establece que '[c]uando haya obligaciones condicionales se hará una reserva adecuada en poder de los liquidadores para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, la que se distribuirá entre los asociados en caso contrario. La misma regla se aplicará en caso de obligaciones litigiosas, mientras termina el juicio respectivo. En estos casos no se suspenderá la liquidación, sino que continuará en cuanto a los demás activos y pasivos. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se depositará en un establecimiento bancario'.

⁵ Cfr. Id. 479.

⁶ Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 7 de septiembre de 2016 (vid. Folio 1746) 1:18:16 – 1:18:25.

En ese sentido, la demandante considera que Daniel Enrique Price Anzola debió crear una reserva adecuada para atender, eventualmente, la obligación litigiosa derivada del mandamiento ejecutivo librado a favor de la demandante el 13 de junio de 2013, en los términos del mencionado artículo 245.

Si bien el Despacho podría dar por descontado el incumplimiento alegado, comoquiera que, tal y como se señaló anteriormente, el derecho litigioso en mención no fue incluido por el señor Price ni siquiera dentro del inventario del patrimonio social de Cargo Logística S.A.S. —razón por la cual, tal derecho, mucho menos, podría haber sido objeto de la reserva a que hace referencia la norma antes transcrita—, para el Despacho esta interpretación no resulta del todo viable. En cambio, en criterio de esta Delegatura, para que a los liquidadores les sea exigible el deber de crear reservas adecuadas, que atiendan eventualmente las obligaciones litigiosas de la sociedad liquidada, los activos sociales del ente económico deben ser suficientes para el efecto, lo cual no parece haber ocurrido en el presente caso.

En verdad, esta postura parecería ajustarse en mejor manera a ‘la relativa inseguridad que ocasiona [en nuestro sistema jurídico] la limitación de la responsabilidad en algunas especies de sociedades’,⁷ como es el caso de las simplificadas por acciones. ‘Naturalmente, no siempre el pasivo externo es pagado en su integridad. Puede suceder que los activos de la sociedad no sean suficientes para cancelar las obligaciones de la compañía con terceros’.⁸

Dicho lo anterior, el Despacho encuentra que, el material probatorio recaudado durante el presente proceso parecería indicar que Cargo Logística S.A.S. no tenía los activos suficientes para que su liquidador procediera con las reservas adecuadas sobre la obligación litigiosa reconocida a favor de Interglobo S.R.L. Ciertamente, del balance con corte a 31 de diciembre de 2012, se evidencia que, al momento de la terminación del ejercicio, la sociedad contaba con un pasivo equivalente a \$1.619.955.738, el cual, comparado con los \$182.139.095 que se registraron como activos en el mismo ejercicio, permite concluir de forma clara que la compañía no hubiera podido hacer la reserva a que se ha hecho referencia (vid. Folios 680 a 685 del cuaderno de reserva n.º 3).⁹¹⁰

⁷ Cfr. FR Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo II, 3ª Ed. (2017, Bogotá, Editorial Temis) 472 y 473.

⁸ Cfr. Id.

⁹ Cfr. A igual conclusión se llega si se analiza el estado de resultados a 31 de diciembre de 2012, en el cual se observa que la sociedad para este último ejercicio únicamente obtuvo unos ingresos por servicios por valor de \$540.550.076,28, valor que evidentemente no alcanzó para cubrir los elevados gastos de prestación de los servicios —por valor de \$1.176.450.975,88—, así como los gastos operacionales —por valor de \$594.440.366—, situación que conllevó a obtener una utilidad negativa del ejercicio —por valor de (\$1.773.431.675)—, afectándose sustancialmente el patrimonio social que para el final de este ejercicio de acuerdo con el balance a corte 31 de diciembre de 2012 fue equivalente a (\$1.437.816.643) (vid. Folios 680 a 685 del cuaderno de reserva n.º 3).

¹⁰ Contrario a lo afirmado por el apoderado de la demandada en sus alegatos de conclusión en cuanto a la falta de estados financieros que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 33 del Decreto 2649 de 1993, el Despacho estima pertinente advertir que a folios 681 a 685 del

Por lo tanto, para el Despacho parece bastante claro que el señor Price, en su calidad de liquidador de Cargo Logística S.A.S., no habría violado las obligaciones contenidas en el artículo 245 del Código de Comercio. En consecuencia, a la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho tan solo procederá a declarar que el demandado incumplió las obligaciones contenidas en los artículos 232 y 234 del Código de Comercio.

B. Acerca de los perjuicios reclamados en la demanda

En el acápite anterior se logró establecer como Daniel Enrique Price Anzola incumplió algunas de las obligaciones legales que le correspondían, en su calidad de liquidador de Cargo Logística S.A.S. Con todo, debe señalarse que el aludido incumplimiento no da lugar, automáticamente, a la indemnización de los perjuicios solicitados por la demandante. Para tales efectos, es indispensable que se compruebe la existencia de un detrimento patrimonial que le sea imputable, en forma específica, a las acciones u omisiones del demandado que fueron censuradas. Es decir, que la simple verificación de infracciones a las obligaciones y los deberes de los liquidadores, no exonera a la demandante de la carga de acreditar, detalladamente, la relación entre los incumplimientos y los perjuicios que solicita.

En este punto, el Despacho observa que en el presente caso las pruebas aportadas en el curso del proceso fueron insuficientes para establecer que, en efecto, las infracciones del señor Price, respecto de sus obligaciones y deberes como liquidador, causaran el incumplimiento de Cargo Logística S.A.S. a las obligaciones contraídas con Interglobo S.R.L.

En primer lugar, aun cuando las imprecisiones en el aviso a los acreedores, que contempla el artículo 232 del Código de Comercio, llevaron a que la demandante no pudiera hacerse parte del proceso de liquidación, ello no impidió que en Cargo Logística S.A.S. incluyera dentro de las cuentas por pagar a proveedores en el exterior, las obligaciones que tenía pendientes de pago con Interglobo S.R.L. (vid. Folios 1751 a 1756).

Adicionalmente, la exclusión de la obligación litigiosa a favor de Interglobo S.R.L. del inventario del patrimonio social, sólo podría haber causado un perjuicio a dicha compañía en el evento de verificarse un remanente, resultante de la liquidación de Cargo Logística S.A.S. No obstante, esta última circunstancia no parece haberse presentado en el caso bajo estudio.

Al respecto, el Despacho observa que en el acta de asamblea general de accionistas n.º 17 de Cargo Logística S.A.S., de fecha 30 de junio de 2013, se aprobó la cuenta final de liquidación, con la anotación, 'no hay ningún activo o remanente por distribuir pero si un pasivo pendiente lo cual fue contemplado y no

cuaderno de reservas n.º 3 obran estados financieros de la sociedad Cargo Logística S.A.S. firmados su representante legal y contador con corte a 31 de diciembre de 2012.

eludido dentro de la prelación de créditos y obligaciones' (vid. Folio 737).¹¹ Adicionalmente, el Despacho pudo verificar, a partir de los estados financieros de liquidación, que dentro del pasivo que quedó pendiente de pago al momento de la liquidación de Cargo Logística S.A.S., existen créditos de primera clase, como obligaciones tributarias, que tienen prelación sobre las acreencias reconocidas a favor de Interglobo S.R.L.¹²

Es decir que, aun cuando el señor Price no hubiera cometido las infracciones mencionadas, el Despacho considera que no se habría podido llevar a cabo el pago de las obligaciones pendientes, toda vez que, de acuerdo con la información que obra en el expediente, los activos de Cargo Logística S.A.S. al momento de la liquidación no eran suficientes para cubrir si quiera los créditos de primera clase que tenía la compañía.

En conclusión, si bien el demandado transgredió los deberes que como liquidador estaba en la obligación de cumplir, no es posible decretar la indemnización de perjuicios solicitados en la pretensión tercera principal de la demanda, toda vez que no se encuentra probado que éstos hayan sido causados por las actuaciones del demandado.

2. Acerca de la desestimación de la personalidad jurídica y de los actos defraudatorios invocados

En este punto el Despacho se pronunciará sobre las pretensiones subsidiarias y, aquellas principales donde se invocaron actos defraudatorios en los términos de la acción de desestimación de la personalidad jurídica, toda vez que las demás pretensiones principales planteadas no prosperaron. Las pretensiones subsidiarias, están orientadas a establecer si se han perpetrado actuaciones fraudulentas, que justifiquen la desestimación de la personalidad jurídica de Cargo Logística S.A.S. Para el efecto, la demandante, quien invoca su condición de acreedora de Cargo Logística S.A.S., considera que esta compañía fue liquidada

¹¹ Si bien ante la solicitud del Despacho para que el demandado aportara la cuenta final de liquidación y el informe final del liquidador, la apoderada del demandado afirmó no haber podido encontrar los documentos mencionados con el fin de aportarlos al proceso (vid. Folio 1746). 13:00 – 13:11; lo cierto es que para el Despacho las manifestaciones contenidas en el acta n.º 17 del 30 de junio de 2013 constituyen una cuenta final de liquidación en los términos del artículo 247 del Código de Comercio. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades en sede administrativa ha dicho que 'objetivamente la cuenta final de liquidación, no es otra cosa que la relación de socios indicativa del valor individual de su aporte y de lo que a cada uno le corresponde finalmente, en dinero u otros bienes, con motivo de la liquidación del patrimonio de la compañía'. (oficio DAL-09200 de 9 de mayo de 1986). Adicionalmente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 189 del Código de Comercio '[l]a copia de estas actas, autorizada por el secretario o por algún representante de la sociedad, será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas'.

¹² De acuerdo con la información que obra en el expediente acerca del proceso ejecutivo n.º 2012-1521 iniciado por Interglobo S.R.L. ante el Juzgado 72 Civil Municipal de Bogotá contra Cargo Logística S.A.S., la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN– solicitó hacerse parte del proceso con el fin de cobrar obligaciones tributarias sin pagar por parte de Cargo Logística S.A.S. (vid. Folio 735).

por el demandado con el único objetivo de hacer inoponibles las obligaciones que terceros acreedores tenían frente a la misma. Además, plantea la existencia de una relación fraudulenta entre Cargo Logística S.A.S. y la sociedad denominada Salmon S.A.S., la cual fue constituida por el señor Daniel Enrique Price y su hermano Andrés Price, al mismo tiempo que liquidaba Cargo Logística S.A.S. Según señala la demandante, Salmon S.A.S. habría sido creada con el único fin de desviar la actividad económica de esta última y así evadir el pago de las obligaciones a su cargo.^{13 y 14}

Para resolver la controversia suscitada entre las partes, es relevante señalar que en la jurisprudencia societaria comparada se ha analizado, en detalle, la defraudación de acreedores que se produce mediante el traslado malintencionado de los negocios de una compañía a otra. En España, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Navarra en sentencia del 7 de noviembre de 2000, formuló las siguientes consideraciones: ‘Obranava S.L., no es sino una continuación de la anterior sociedad Construcciones Corellanas S.L., y que se constituyó por los mismos socios de la anterior, procediéndose a la disolución de la anterior sociedad y a la continuación de la misma actividad, con el mismo objeto social, los mismos socios y la misma actividad, prescindiéndose de las obligaciones asumidas por la anterior sociedad [...] tal separación de personalidades jurídicas constituye, en el presente caso, una ficción mediante la que se pretende el nacimiento de una nueva sociedad, constituida por los mismos socios, con el mismo objeto social y el mismo ámbito de actuación, pero tratando de prescindirse, sin embargo, de la totalidad de las obligaciones asumidas por la sociedad anterior y no afrontadas al tiempo de la constitución de la nueva sociedad’.¹⁵ En sentido análogo, la Audiencia

¹³ Cfr. De acuerdo con lo manifestado por el apoderado de la demandante en audiencia de fecha 26 de mayo de 2016 ‘[el demandado] en el mismo momento en que empezó a ver que se le estaba cobrando por la vía ejecutiva [la acreencia de Interglobo S.R.L.] empezó la liquidación de Cargo Logística S.A.S., y al mismo tiempo antes de terminar la liquidación de Cargo Logística S.A.S. constituyó la empresa Salmon S.A.S. con el mismo objeto para continuar exactamente con las mismas actividades de agenciamiento de carga’. (vid. Folio 832, 10:52-11:12) Adicionalmente, al nombrado apoderado en respuesta a la pregunta del Despacho sobre cuáles fueron las razones de la liquidación de Cargo Logística S.A.S. manifestó estar ‘absolutamente convencido que la única razón era defraudar a los acreedores’. (vid. Folio 832, 13:51-14:03)

¹⁴ Cfr. Según lo expuesto por el demandado en audiencia de fecha 7 de septiembre de 2016, Salmon S.A.S. se creó en diciembre de 2011 con el objetivo de ‘poder devolverle en agradecimiento [...] a [...] Andrés [Price] [...] unas buenas labores en el ejercicio del negocio [...] y que pudiera desarrollar lo mismo que [él] desarrolló en su momento en la empresa Cargo Logística S.A.S.’ (vid. Folio 1746, 34:17-35:00). Adicionalmente el Despacho le solicitó al demandado aclarar por qué se adoptó la decisión de crear Salmon S.A.S. en lugar de seguir con la operación a través de Cargo Logística S.A.S., a lo cual el demandado manifestó que ‘Cargo Logística S.A.S. era una compañía que [...] desarrolla[ba] exclusivamente el tema [...] full container, [...], y el objetivo [...] de Salmon S.A.S. era desarrollar el tema aéreo y el tema de consolidados marítimos [...]. Era una línea de trabajo paralela y muy distinta con unos matices de servicios muy distintos’ (vid. Folio 1746, 35:05-35:44).

¹⁵ Cfr. a R de Ángel Yagüez, La doctrina del levantamiento del velo: De la persona jurídica en la jurisprudencia (5ª ed., 2006, Ed. Civitas, Madrid) 770 a 772. También pueden consultarse las siguientes afirmaciones de la Audiencia Provincial de Cantabria en una sentencia del 23 de mayo de 2001: ‘La operación de auténtica sustitución societaria [...] aparentemente se ajusta a derecho pero [...] tiene como objetivo una evidente finalidad de organizar una especie de sucesión

Provincial de Córdoba en sentencia del 18 de octubre de 2002, manifestó, que ‘el íter secuencial de la sucesión de una y otra [compañía] y el trasfondo de la relación de parentesco entre los socios de las dos y el común denominador del cargo de administrador en ambas, ostentado por el codemandado [...] y con mayoría de participaciones del capital en las dos mercantiles, son circunstancias que evidencian el fraude [...]. Y es que [la nueva sociedad] se constituye en enero de 2000, cabalmente cuando *de facto* cesa la actividad de la otra mercantil, y tres meses después de que venciera el plazo para abonar las facturas giradas a ésta’.¹⁶ En Estados Unidos, por su parte, una corte del estado de Kansas consideró procedente la desestimación ante las actuaciones de un demandado que, para eludir el pago de obligaciones sociales, ‘puso en marcha algo similar a un juego de trile, en el que transfería la actividad comercial de una compañía a otra a medida que se hacían exigibles las deudas con sus acreedores [...]’.¹⁷

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que al accionante que pretenda hacer efectiva esa sanción, le corresponde una altísima carga probatoria. Según lo expresado por este Despacho en la sentencia n.º 801-15 del 15 de marzo de 2013, ‘la desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Es claro, en este sentido, que la citada sanción tan sólo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario’.¹⁸

En este sentido, esta Delegatura ha negado en diversas oportunidades pretensiones orientadas a extender a los asociados de una compañía la responsabilidad por pasivos sociales insolutos. La razón estriba principalmente en la dificultad de verificar, con suficiente certeza, la utilización de la figura societaria para evadir fraudulentamente el pago de la correspondiente obligación.¹⁹ De igual

empresarial *sui generis* [...] lo que en realidad se ha producido ha sido la sustitución de una sociedad por otra o, lo que es lo mismo, la continuidad de una sociedad en crisis bajo un ropaje jurídico diferente, pero evitando a los acreedores originarios’ (id., 778).

¹⁶ Id., 782 a 783.

¹⁷ K.C. Roofing Center v. On Top Roofing Inc. 807 S.W.2d 545 (1991).

¹⁸ La sentencia mencionada puede consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html

¹⁹ En el caso de Antonio Di Napoli y Myriam Isabel Peña de Guevara, por ejemplo, el Despacho se abstuvo de condenar a los accionistas y administradores de Divinus Group S.A.S. a pagar unas acreencias a favor de los demandantes. En la sentencia n.º 800-97 del 12 de octubre de 2016, el Despacho explicó que los demandantes no lograron acreditar que los demandados se valieron de la compañía para frustrar u obstaculizar el cobro de los pasivos sociales invocados, los que, además, se encontraban respaldados por garantías prendarias e hipotecarias.

forma, se ha sostenido a lo largo de múltiples pronunciamientos, que el simple incumplimiento de las obligaciones adquiridas bajo un contrato no es suficiente, por sí solo, para justificar la desestimación de la personalidad jurídica.²⁰

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

De acuerdo con la información suministrada por el demandado en su interrogatorio de parte, éste constituyó la sociedad Salmon S.A.S. en diciembre de 2011, 'con el mismo objeto social' de Cargo Logística S.A.S.²¹ De igual manera, el demandado declaró que como empleado y fundador de Salmon S.A.S., habría logrado que los clientes de la extinta Cargo Logística S.A.S., iniciaran una relación comercial con Salmon S.A.S. Sobre este último punto, vale destacar que, según el mismo Daniel Andres Price, la lista de clientes con los cuales inició sus operaciones Salmon S.A.S. se obtuvo con motivo del vínculo que éste sostuvo con Cargo Logística S.A.S. durante más de 10 años.²²

Con todo, el Despacho advierte que tales circunstancias respecto de Salmon S.A.S. no aportan suficientes elementos de juicio para constatar la existencia del fraude que justifique la sanción desestimación de la personalidad jurídica sobre Cargo Logística S.A.S. o la nulidad de los actos de disolución y liquidación de dicha compañía. En efecto, en un caso como el que ahora se analiza, no basta simplemente con probar la creación de compañías con objetos sociales afines o características simétricas, para acreditar un fraude de la naturaleza indicada. Para que fuera procedente una sanción de semejante magnitud, la demandante debió demostrar, de manera contundente, que se celebraron operaciones entre las dos compañías mencionadas con el exclusivo propósito de defraudar a los acreedores de Cargo Logística S.A.S. Debe recabarse, en este orden de ideas, sobre la importante carga probatoria que recae sobre aquellos sujetos que pretendan la extensión de responsabilidad que se produce en hipótesis de desestimación de la personalidad jurídica o la nulidad de los actos que se consideran defraudatorios, tal y como se expresó en párrafos anteriores.

En el presente caso, sin embargo, no quedó demostrado que el demandante sustrajera activos en forma irregular de Cargo Logística S.A.S. para ser transferidos a Salmon S.A.S. Tampoco, que ésta última haya recibido activos

²⁰ En el caso de Setecprocol Ltda. contra Coespsa SAS., por ejemplo, se negó la desestimación de la personalidad jurídica, en hipótesis de incumplimiento de varios contratos suscritos por parte de la sociedad demandada. Según se expresó en la sentencia n.º 801-49 del 28 de agosto de 2013, 'las actuaciones debatidas en el presente proceso no tienen la virtualidad para justificar la desestimación de la personalidad jurídica. Ello se debe a que los elementos probatorios disponibles no dan cuenta de un claro abuso de la figura societaria, sino que apuntan, más bien, al incumplimiento de las obligaciones dinerarias a cargo de la compañía demandada'.

Otros casos que puede ser consultados son las sentencias n.ºs 820-92 del 27 de julio de 2015, 820-98 del 29 de julio de 2015, 820-29 del 15 de abril de 2016, 800-68 del 28 de julio de 2016, 810-69 del 28 de julio de 2016, 800-97 del 12 de octubre de 2016, 820-7 del 5 de febrero de 2017.

²¹ Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 7 de septiembre de 2016, (vid. Folio 1746) 34:35-34:40. Aunque, cabe aclarar que, según el mismo demandado esta nueva empresa prestaba además de los servicios de full container que desarrollaba Cargo Logística S.A.S., otros servicios adicionales como el de consolidados marítimos.

²² Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 7 de septiembre de 2016, (vid. Folio 1746) 2:08:33-2:08:57.

subvalorados por parte Cargo Logística S.A.S. De hecho, el ejercicio probatorio encaminado a establecer el origen de los activos con los cuales se constituyó Salmon S.A.S. fue apenas exiguo²³. Por consiguiente el Despacho rechazará las pretensiones relativas a los actos fraudulentos invocados y a la desestimación de la personería jurídica sobre Cargo Logística S.A.S.

A la luz de las anteriores consideraciones, se desestimarán las demás pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar que Daniel Enrique Price Anzola incumplió sus deberes y obligaciones como liquidador de Cargo Logística S.A.S. establecidos en los artículos 232 y 234 del Código de Comercio.

Segundo. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Tercero. Condenar en costas al demandado y fijar como 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 quince días del mes de septiembre de dos mil diecisiete y se notifica en estrados.

²³ A pesar de que, conforme ha sido advertido por la demandante, el señor Daniel Enrique Price Anzola no contestó la demanda y, en tal virtud, le resultan aplicables las sanciones procesales previstas en los artículos 97 y 205 del Código General del Proceso, lo cierto es que aunque el Despacho tenga por ciertas las circunstancias narradas por el demandante, éstas tampoco sirven de fundamento para acreditar la ocurrencia de actos defraudatorios, en los términos de la acción de desestimación de la personalidad jurídica.

Sentencia n.º 800-94 del 2 de octubre de 2017	
Partes	Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. contra Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas
Asunto	Deber de cuidado y lealtad de los administradores. Operaciones viciadas por conflictos de interés.
Tramite	Proceso verbal
Número del proceso	2015-800-251

HECHOS

Antes de analizar el caso presentado ante el Despacho, es necesario hacer un breve recuento de los hechos que dieron lugar al presente proceso.

Exkal Colombia S.A.S. fue constituida mediante documento privado del 17 de enero de 2014 por Exposición y Conservación de Alimentos S.A. e Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. El capital suscrito de la compañía, desde su constitución, se encuentra distribuido de la siguiente manera:

TABLA N.º 1
DISTRIBUCIÓN DEL CAPITAL DE EXKAL COLOMBIA S.A.S.

Accionista	N.º de acciones	Porcentaje que representan
Exposición y Conservación de Alimentos S.A.	48.000	60%
Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S.	32.000	40%
Total	80.000	100%

En el referido documento de constitución, fueron nombrados como administradores los señores Lawrence Loewy, como representante legal de la compañía, y Alfonso Antoñanzas, como miembro de la junta directiva (vid. Folios 74 a 76). Sobre el particular, debe señalarse que el señor Loewy es a su vez accionista controlante y representante legal de Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S., mientras que el señor Antoñanzas es accionista y director general de Exposición y Conservación de Alimentos S.A. (vid. Folios 2, 35, 1023 y 1604).²⁴

A partir de agosto de 2014, Exkal Colombia S.A.S., representada legalmente por Lawrence Loewy, importó a Colombia neveras fabricadas en España por Exposición y Conservación de Alimentos S.A. con el fin de atender un potencial negocio con Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. A pesar de lo anterior, el referido negocio no se concretó, por lo que las neveras permanecieron como inventario de Exkal Colombia S.A.S. y su valor quedó registrado como un pasivo a

²⁴ Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 19 de agosto de 2016, folio 1604 del expediente (1:37:37-1:37:42).

favor del accionista Exposición y Conservación de Alimentos S.A. (vid. Folios 4, 5 y 1028).

Posteriormente, el 17 de julio de 2015, la junta directiva de Exkal Colombia S.A.S. decidió remover al señor Lawrence Loewy como representante legal de la compañía y, en su lugar, nombrar al señor Jorge Iván Echeverri. Alfonso Antoñanzas, actuando como director de la compañía, manifestó en la aludida reunión que, '[t]eniendo en cuenta la actual situación de la sociedad, y lo acontecido en los últimos meses, como opción para salvaguardar los intereses de la misma, se propone remover al actual representante legal de la compañía para dar un nuevo impulso a la misma, un cambio estratégico' (vid. Folio 468).

Así las cosas, durante la gestión de Echeverri como representante legal, Exkal Colombia S.A.S. celebró distintos contratos de mutuo con su accionista controlante, Exposición y Conservación de Alimentos S.A. Adicionalmente, el señor Echeverri aceptó la resolución del contrato de compraventa sobre las neveras antes mencionadas, por lo que Exkal Colombia S.A.S. se vio obligada a devolver las mismas a Exposición y Conservación de Alimentos S.A. (vid. Folios 815 a 820).

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El proceso sometido a consideración del Despacho tiene como propósito que se declare que Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas incumplieron con sus deberes como administradores de Exkal Colombia S.A.S. y que se les sancione con inhabilidad para ejercer el comercio. Según lo expresado en la demanda, los señores Echeverri y Antoñanzas habrían contravenido sus deberes de cuidado y lealtad, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, además de incumplir lo dispuesto en el numeral 2 de la norma citada al haber ido en contra de lo establecido en el acuerdo de accionistas celebrado entre Exposición y Conservación de Alimentos S.A. e Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S.

1. Acerca de la legitimación en la causa

En criterio de los apoderados de los demandados, la demandante carece de legitimación en la causa por activa, en cuanto no demostró que se hubiera producido un perjuicio a raíz de las actuaciones de los señores Echeverri y Antoñanzas como administradores de Exkal Colombia S.A.S. Adicionalmente, los referidos apoderados han señalado que las pretensiones de la demanda están encaminadas a reivindicar derechos que son propios de una acción social de responsabilidad, por lo que Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. tampoco estaría legitimada para reclamarlos.

En este sentido, vale la pena recordar lo señalado por el Despacho en el auto n° 800-4094 del 14 de marzo de 2016, en cuanto a que 'la existencia demostrada de un perjuicio no constituye un prerequisite para controvertir, ante instancias judiciales, la responsabilidad de un administrador social. Precisamente, los

mecanismos legales que componen el ordenamiento societario colombiano fueron diseñados para que, en el curso de un proceso judicial, pueda establecerse si el incumplimiento de los deberes a cargo de un administrador les causó perjuicios a la sociedad o sus asociados. De aceptarse una conclusión diferente, un demandante que intente rebatir la responsabilidad de un administrador estaría obligado a satisfacer una elevada carga probatoria, sin contar con suficiente información para estimar anticipadamente los perjuicios posiblemente derivados de una actuación irregular por parte de dicho funcionario.’ (vid. Folio 680).

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la acción social de responsabilidad, el Despacho debe señalar que, en realidad, la acción interpuesta por la demandante es una acción individual de responsabilidad, en los términos del último inciso del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, con el fin de que se declare que se han incumplido ciertos deberes por parte de los administradores de Exkal Colombia S.A.S.

Debe precisarse, que esta Superintendencia, con el propósito de remediar los defectos de la acción social de responsabilidad, ha reconocido la protección de los derechos propios de los asociados y terceros a través de la excepción establecida en la norma citada. Claro está que lo anterior no debe confundirse con la legitimación que tiene la sociedad para reclamar los perjuicios que se hayan generado por el incumplimiento de los deberes de sus administradores²⁵.

Es por todo lo anterior, que el Despacho reitera su competencia para conocer del presente proceso.

2. Acerca del deber de acatar el acuerdo de accionistas

La sociedad demandante considera que Alfonso Antoñanzas, en su calidad de miembro de la junta directiva de Exkal Colombia S.A.S., estaba obligado a cumplir con lo estipulado en el acuerdo de accionistas celebrado por Exposición y Conservación de Alimentos S.A. e Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. En este orden, el voto favorable del señor Antoñanzas en la decisión de remover a Lawrence Loewy como representante legal de Exkal Colombia S.A.S., adoptada en la reunión de la junta directiva de la compañía el 17 de julio de 2015, habría contrariado lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Lo anterior por cuanto, en criterio de la demandante, '[e]sa decisión desconoce y contraría el artículo 6 del acuerdo de accionistas pues implica la remoción del representante de Hiver de las funciones de desarrollo de Exkal Colombia,

²⁵ En este punto debe señalarse que en el caso de Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros, al que hicieron alusión los apoderados de los demandados en sus alegatos de conclusión, se hizo referencia a la imposibilidad de que un accionista minoritario pueda reclamar perjuicios ocasionados a la sociedad derivados de las actuaciones de los administradores que han incumplido con sus deberes. Ciertamente, la sentencia n. ° 800-52 del 9 de junio de 2016 no excluyó la posibilidad de que los accionistas minoritarios puedan solicitar que se declare el incumplimiento de los deberes de los administradores, en uso de la acción individual consagrada en el inciso final del artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

limitando seriamente y sin justificación los derechos que le fueron otorgados al accionista minoritario bajo dicho acuerdo de accionistas' (vid. Folios 8 y 69).

La apoderada del señor Antoñanzas, por su parte, afirma que el referido acuerdo es inoponible, toda vez que el mismo nunca fue registrado en las oficinas de Exkal Colombia S.A.S. Adicionalmente, según la mencionada apoderada, el acuerdo no podría contemplar la inamovilidad de ningún administrador debido a que un convenio en ese sentido sería ineficaz por contrariar normas de orden público (vid. Folio 1004). Por otro lado, Alfonso Antoñanzas, durante su interrogatorio de parte, afirmó que el acuerdo aportado por la demandante se trata de un 'borrador que se utilizó para hacer un acto protocolario, nada más'.²⁶

Sobre el particular, debe recordarse que el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 prevé la eficacia de los pactos parasociales frente a la compañía, los accionistas suscriptores y los no suscriptores, cuando éstos versen sobre asuntos lícitos, consten por escrito, se encuentren debidamente depositados en las oficinas de administración de la sociedad y que su término de duración no exceda de diez años. En este orden de ideas, y según se desprende del primer párrafo de la norma en mención, los acuerdos de accionistas que cumplan con los anteriores requisitos deberán ser acatados por los distintos órganos de administración de la compañía, incluida la junta directiva. De esta forma, puede concluirse que la sujeción a lo establecido en un acuerdo de accionistas es un deber de los administradores sociales, en los términos del numeral 2 de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, es necesario analizar si el artículo 6 del acuerdo de accionistas en estudio tiene el alcance de la interpretación dada al mismo por la demandante. Sobre el particular, resulta conveniente traer a colación lo afirmado por este Despacho mediante sentencia n.º 800-1 del 24 de noviembre de 2016, la cual fue incorporada al expediente del presente proceso. La referida providencia, perteneciente al proceso n.º 2016-800-86 de Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. contra Exkal Colombia S.A.S., analizó el ámbito de aplicación de la disposición parasocial referida, en cuanto a la posibilidad de que la decisión de remover al señor Loewy del cargo de representante legal hubiera dado lugar a un incumplimiento del acuerdo suscrito entre los accionistas de Exkal Colombia S.A.S. En esa ocasión, el Despacho determinó 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' (vid. Folio 2069).

²⁶ Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 19 de agosto de 2016, folio 1604 del expediente (1:39:26-1:39:31).

En este sentido, debe concluirse que la redacción del artículo 6 del acuerdo de accionistas invocado por la demandante no permite probar que la decisión adoptada por la junta directiva de Exkal Colombia S.A.S. el 17 de julio de 2015 representa un incumplimiento del mismo. De esta forma, sin necesidad de consideraciones adicionales, el Despacho debe concluir que no resultó probado el incumplimiento por parte del señor Antoñanzas de sus deberes como administrador de Exkal Colombia S.A.S.

3. Acerca de la intervención judicial en la gestión de los negocios de una compañía

En la demanda también se controvierte la gestión realizada por Jorge Iván Echeverri desde que asumió el cargo de representante legal de Exkal Colombia S.A.S. el 23 de julio de 2015, la cual habría contado con la connivencia de Alfonso Antoñanzas. Así, en criterio del apoderado de Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S., los demandados habrían tomado 'la decisión deliberada de incumplir el pago de los créditos bancarios, suspender obras o labores contratadas con clientes' (vid. Folio 9), además de incumplir con obligaciones laborales y con pagos a proveedores.

Frente a esto, los demandados afirmaron que la gestión de sus poderdantes estuvo ajustada a sus deberes legales y que estuvo dirigida a proteger los mejores intereses de Exkal Colombia S.A.S., a pesar de la precaria situación económica en la que se encontraba la sociedad. En esta misma línea, el señor Echeverri, en su interrogatorio de parte, afirmó que 'no se dieron incumplimientos con pagos laborales, [...] hubo incumplimiento en la parte del sector financiero, no había recursos para cumplir unas obligaciones que había pactado el señor Lawrence Loewy y cuando yo llegué a la compañía se habían retirado una serie de recursos que iban en la cuenta de Bancolombia [...] y a los proveedores no teníamos capacidad de pagarles porque no teníamos ingresos porque un solo cliente que teníamos que es Olímpica no nos estaba pagando'.²⁷

Antes de analizar los argumentos de las partes, resulta pertinente recordar lo manifestado por este Despacho en relación con el deber de cuidado consagrado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En la sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014, se expresó que '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

²⁷ Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 19 de agosto de 2016, folio 1604 del expediente (2:12:05-2:12:37).

empresariales, sin temor a que su 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 anterior no significa, por supuesto, que las actuaciones de los administradores estén exentas de controles legales.²⁸ En verdad, según se expresó en el caso de Morocota Gold S.A.S., ‘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’.²⁹

En el presente caso, la demandante busca que se declare que los señores Antoñanzas y Echeverri faltaron a sus deberes legales por los incumplimientos contractuales en los que incurrió Exkal Colombia S.A.S. Sin embargo, el Despacho no encuentra que con las referidas actuaciones se haya transgredido el régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales en Colombia. Ciertamente, las pruebas disponibles apuntan a que los referidos incumplimientos no obedecieron a actuaciones negligentes por parte de los demandados, sino a la falta de recursos para hacer frente a las distintas obligaciones de la compañía y a una simple decisión de negocios para manejar tal situación (vid. Folio 1905). En este sentido, Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. no demostró que los demandados hubieran faltado al deber de cuidado que les asistía como administradores de Exkal Colombia S.A.S., en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.³⁰

4. Violaciones al deber de lealtad

Según lo expresado en la demanda, los señores Antoñanzas y Echeverri también habrían incumplido con su deber de lealtad como administradores de Exkal Colombia S.A.S. En primer lugar, con la demanda se pretende controvertir la responsabilidad de los demandados por haber incurrido en actos viciados por conflicto de interés, sin que mediara la correspondiente autorización del máximo órgano social de Exkal Colombia S.A.S. Estos actos habrían consistido en la

²⁸ 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.º 801-072 del 11 de diciembre de 2013.

²⁹ Cfr. sentencia n.º 800-85 del 8 de julio de 2015.

³⁰ Por lo demás, el Despacho no emitirá un pronunciamiento acerca de la excepción de mérito formulada por la apoderada de Alfonso Antoñanzas, según la cual ‘[l]os hechos reprochados por el demandante fueron originados por el actuar exclusivo del señor Lawrence Loewy como representante legal de la sociedad Exkal Colombia S.A.S.’ (vid. Folio 1042). Lo anterior en cuanto, si bien durante el proceso se pusieron de presente una serie de hechos que darían cuenta de una supuesta gestión irregular de la compañía referida por parte del señor Loewy, esta circunstancia no tiene la virtualidad de controvertir la existencia del derecho que la demandante alega en el presente proceso.

resolución del contrato de compraventa celebrado con Exposición y Conservación de Alimentos S.A. sobre las neveras importadas anteriormente por el señor Loewy, así como varios contratos de mutuo celebrados entre estas dos compañías entre agosto y noviembre de 2015 (vid. Folio 2 cuaderno de reserva). El señor Echeverri, por su parte, sostuvo que las referidas operaciones obedecieron a decisiones gerenciales que buscaban el mejor interés de la compañía (vid. Folio 1604).

En el auto n.º 800-15314 del 12 de noviembre de 2015, por medio del cual se ordenó el decreto de medidas cautelares en el presente proceso, se estudió lo manifestado por este Despacho en el caso de Handler S.A. y que es pertinente traer de nuevo a colación: ‘En el derecho societario comparado se ha hecho énfasis en 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*).³¹ 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 inmerecidas en el curso de una relación contractual.³² 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.³³ 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.³⁴

‘En Colombia, parece suficientemente claro que las normas que regulan los conflictos de interés de los administradores abarcan la celebración de operaciones con el accionista controlante de una sociedad. Aunque en nuestro sistema no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario, este Despacho ha puntualizado que, “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

³¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights* (2012).

³² 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.

³³ FH O’Neal y RB Thompson (2004) 3-5 a 3-8.

³⁴ Cfr. el Capítulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (*Model Business Corporation Act*) estadounidense, así como a L Enriques (2015).

que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido [...]”.³⁵

‘Debe entonces insistirse en 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.’³⁶ 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.

‘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 frecuente uso en estudios sobre conflictos de interés, en el que una misma persona es propietaria, respectivamente, del 60% y el 90% de las acciones de dos compañías que contratan entre sí.’³⁷ 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 tendrá incentivos para promover condiciones contractuales que favorezcan a la compañía en la que cuenta con una mayor participación de capital.³⁸ 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 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 surtir el trámite previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.’³⁹ De no cumplirse con esta obligación, podrá solicitarse la nulidad absoluta del

³⁵ Sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014.

³⁶ 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.

³⁷ 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*.

³⁸ FH O’Neal y RB Thompson (2004) 3-121 a 3-136.

³⁹ 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 artículo 23 de esa norma, ‘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.

respectivo negocio jurídico, tal y como se ha reconocido expresamente en el Decreto 1925 de 2009 [...]. También podrá hacerse efectiva la responsabilidad del respectivo administrador, por la violación expresa de los deberes legales a su cargo'.⁴⁰

Ahora bien, según consta en los documentos que obran en el expediente, el señor Echeverri aceptó la resolución por incumplimiento del contrato de compraventa de neveras y, el 17 de noviembre de 2015, autorizó la transferencia de cuantiosos activos de propiedad de Exkal Colombia S.A.S. a favor de la sociedad Exposición y Conservación de Alimentos S.A. (vid. Folios 818 a 820). En su interrogatorio de parte, Jorge Iván Echeverri manifestó que haber aceptado la resolución del negocio jurídico en comentario 'era una decisión administrativa que no necesitaba de la asamblea, porque estaba dentro del giro normal de los negocios de la sociedad [...] yo no solicité autorización a la asamblea, tomé la decisión porque era un giro normal de negocios'.⁴¹

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho puede concluir que la aludida operación estuvo claramente viciada por un conflicto de interés. En efecto, el referido negocio fue celebrado por Exkal Colombia S.A.S., representada legalmente por Jorge Iván Echeverri, y su accionista controlante. Es pertinente señalar que, adicionalmente, Exposición y Conservación de Alimentos S.A. estuvo representada en dicho acto jurídico por Alfonso Antoñanzas quien, al ser también administrador de Exkal Colombia S.A.S., faltó a su deber de lealtad. Independientemente de que se hubiera tratado de una decisión acertada de negocios, como sostiene el señor Echeverri, ciertamente debía contar con la autorización de la asamblea general de accionistas, por lo que los demandados incumplieron con sus deberes como administradores, de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

En esa misma línea, debe llegarse a la misma conclusión en lo que tiene que ver con los contratos de mutuo celebrados entre agosto y septiembre de 2015.⁴² En efecto, tanto el señor Antoñanzas como el señor Echeverri, en la audiencia del 19 de agosto de 2016 en la que se practicaron sus interrogatorios de parte, admitieron haber suscrito los referidos contratos sin que mediara la autorización de la asamblea general de accionistas de Exkal Colombia S.A.S. (vid. Folio 1604).

En segundo lugar, la demandante asegura que Alfonso Antoñanzas, en su calidad de miembro de la junta directiva de Exkal Colombia S.A.S., también incumplió con su deber de lealtad al incurrir en actos de competencia con la compañía de la que era administrador. Como fundamento de lo anterior, el apoderado de la demandante manifestó en la audiencia de fijación del objeto del litigio que 'la competencia directa que el señor Antoñanzas a través de Exkal España realizó en

⁴⁰ Sentencia n.º 800-142 del 10 de noviembre de 2015.

⁴¹ Cfr. Grabación de la audiencias judicial celebrada el 19 de agosto de 2016, folio 1604 del expediente (2:05:27-2:05:43)

⁴² Sobre conflictos de interés en la celebración de contratos de mutuo, cfr. sentencia n.º 801-35 del 9 de julio de 2013.

Colombia, si bien no significó una sustracción física de los recursos de Exkal Colombia, sí significó la pérdida de utilidad para Exkal Colombia y consecuentemente para los demás accionistas', por lo que 'privó a la sociedad de oportunidades de negocio'.⁴³ Estos actos habrían consistido en que 'el señor Antoñanzas, a través de su controlada Exkal España, cerró y completó negocios de suministro de neveras con la cadena Hiper Frío y su filial en Colombia Herfri para atender las tiendas de conveniencia de la cadena de supermercados Jerónimo Martins, en Colombia "Ara" (vid. Folio 7). Sobre el particular, Alfonso Antoñanzas afirmó que Hiper Frío es un cliente histórico de Exposición y Conservación de Alimentos S.A. que instala neveras en distintos países de Europa y del norte de África, y que es un proveedor prioritario de Jerónimo Martins. En este orden, el señor Antoñanzas afirmó no tener relación con Herfri y que Exposición y Conservación de Alimentos S.A. no ha 'exportado ni un solo euro a Colombia que no haya ido a parar a Exkal Colombia'.⁴⁴

Ahora bien, debe señalarse que la participación de los administradores sociales, por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros en actos que impliquen competencia con la sociedad, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, implica una violación a su deber de lealtad.

A pesar de esto, el Despacho estima conveniente señalar, como lo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia comparada, que la sola circunstancia de que un administrador detente un interés en una compañía competidora, como ocurre con el señor Antoñanzas en su condición de administrador de Exkal Colombia S.A.S. y de Exposición y Conservación de Alimentos S.A., no significa, necesariamente, una violación al deber de lealtad. En este orden, en el caso de *In Plus Group Ltd v Pyke*, se estableció que la regla que proscribe la competencia de los administradores debe aplicarse caso a caso. Así, para que un juez pueda determinar que se produjo una violación al deber de lealtad por un acto de competencia, es necesario que el demandado produzca una privación indebida de una verdadera oportunidad de negocios para la compañía en la que es administrador y que de esta forma evite que ésta compita con otra en la que detenta un interés.⁴⁵

⁴³ Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 23 de junio de 2016, folio 1468 del expediente (1:18:31-1:19:04).

⁴⁴ Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 19 de agosto de 2016, folio 1604 del expediente (1:57:30-1:57:35). En este mismo sentido, la apoderada de Jerónimo Martins Colombia S.A.S. manifestó que dicha compañía no ha celebrado 'ningún tipo de contrato en Colombia, con la sociedad española Exposición y Conservación de Alimentos S.A. y/o su subsidiaria en Colombia Exkal Colombia S.A.S. ni en los últimos tres años o en fechas anteriores'. Igualmente, expresó que 'no [le] consta ni se encontró registro alguno en donde la sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S. haya recibido propuestas de negocio, ofertas, o cualquier otro documento referente a negocios o actos jurídicos a ser realizados con [...] cualquiera de las sociedades del grupo Exkal' (vid. Folio 1641).

⁴⁵ Cfr. P Davies, *Principles of Modern Company Law*, (2016, 10ª ed., Sweet & Maxwell, Londres) 552; cfr. *London & Mashonaland Exploration Co v New Masonaland Exploration Co* [1891] W.N. 165; *Broderick v Blanton* 59 N.Y.S. 2d 136 (Sup. Ct. 1945); *In Plus Group Ltd v Pyke* [2002] 2 B.C.L.C. 201 CA; *Broz v Cellular Information Systems, Inc.* 673 A.2d 148 (Del. 1996); *Guth v Loft, Inc.* 5 A.2d 503 (Del. 1939).

Con todo, las pruebas recaudadas en el presente proceso no dan cuenta de que se hubiera privado a Exkal Colombia S.A.S. de una verdadera oportunidad de negocios. En verdad, el Despacho no pudo constatar que Hiper Frío, proveedor prioritario de Jerónimo Martins, según lo expresado por el señor Antoñanzas bajo la gravedad de juramento, hubiera tenido la intención de contratar con una compañía diferente a su tradicional proveedor Exposición y Conservación de Alimentos S.A. (vid. Folio 1604). En este sentido, la existencia de una relación previa entre Hiper Frío y Exposición y Conservación de Alimentos S.A., así como la circunstancia de que la información para explotar dicha oportunidad fue conocida por Antoñanzas en su calidad de administrador de esta última sociedad, no permite concluir que el demandado hubiera actuado en contra del deber de lealtad que le asistía en su condición de administrador de Exkal Colombia S.A.S.⁴⁶

5. Acerca de la inhabilidad para ejercer el comercio solicitada por la demandante

El Despacho considera necesario efectuar algunas precisiones sobre la inhabilidad para ejercer el comercio solicitada por Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. 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'.⁴⁷ En este orden de ideas, aunque los demandados infringieron la regla del numeral 7 del artículo 23 en los negocios celebrados entre Exposición y Conservación de Alimentos S.A. y Exkal Colombia 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, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar que Jorge Iván Echeverri incumplió los deberes legales que le corresponden en su calidad de representante legal de Exkal Colombia S.A.S., 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.

⁴⁶ Cfr. W A Klein, J M Ramseyer & S M Bainbridge, *Business Associations*, (2015, 9ª ed., Foundation Press) 89, 332; *Meinhard v Salmon* 249 N.Y. 458 (N.Y. 1928).

⁴⁷ Comisión Revisora del Código de Comercio, *Exposición de Motivos del Libro Primero* (1958, Bogotá, s.e.) 23 a 24.

Segundo. Declarar que Alfonso Antoñanzas incumplió los deberes legales que le corresponden en su calidad de miembro de la junta directiva de Exkal Colombia S.A.S., 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.

Tercero. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Cuarto. Abstenerse de proferir una condena en costas.

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

Sentencia n.º 2017-01-535797 del 18 de octubre de 2017	
Partes	John Eduardo Iral Chalarca contra Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación
Asunto	Exclusión de Asociados. Anulación irregular en el libro de registro de accionistas.
Tramite	Proceso verbal
Número del proceso	2016800342

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada ante el Despacho tiene como propósito que se advierta la ineficacia de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación., durante la reunión celebrada el 9 de marzo de 2016. Como fundamento de sus pretensiones, el demandante ha invocado la insuficiencia en el quórum y la realización de la mencionada sesión asamblearia por fuera del domicilio social. De igual manera, ha señalado que en el acta de la referida reunión no se indican los asistentes ni los votos emitidos, así como tampoco se evidencia la firma del presidente y el secretario.

Adicionalmente, según se indica en la demanda, '[...] se convoc[aron] a unos accionistas inexistentes, debido a que la composición accionaria que allegó María Ofelia Rúa Guerra [...] no corresponde a los nombres de los accionistas que figuran inscritos en el libro de accionistas de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación [...]' (vid. Folio 4).

Por su parte, el apoderado de la sociedad demandada afirmó que tanto la convocatoria como la reunión de la asamblea general de accionistas del 9 de marzo de 2016 habían cumplido con las formalidades exigidas por la ley. Así mismo, puntualizó que 'no es cierto que el señor John Eduardo Iral Chalarca actualmente sea accionista de la sociedad. La representante legal, en uso de sus deberes y facultades, anuló el registro de cesión de unas acciones [...] que se realiz[ó] sin el cumplimiento de las formalidades establecidas en el artículo 17 de los estatutos sociales' (vid. Folio 61).

Previo análisis de los argumentos formulados por las partes en lo referente a la ineficacia, este Despacho estima necesario hacer referencia a la composición accionaria de la sociedad, dado el conflicto existente entre las partes acerca de la calidad de accionista del señor Iral Chalarca, lo cual tiene relevancia a fin de establecer el quórum requerido para la sesión asamblearia aludida. Una vez efectuadas las aclaraciones necesarias acerca de la composición accionaria, este Despacho procederá a realizar el análisis correspondiente al acaecimiento de los presupuestos de ineficacia respecto de las determinaciones adoptadas por el máximo órgano social de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación, durante la reunión celebrada el 9 de marzo de 2016.

1. Composición accionaria de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación

Para comenzar, este Despacho advierte la existencia de un conflicto entre las partes acerca de la calidad de accionista del demandante, lo cual se pone en evidencia en las manifestaciones realizadas por cada una de ellas a lo largo del presente proceso. Así, pues, en la contestación demanda se expresó que '[e]l señor Iral Chalarca predica una calidad de [accionista] que no tiene, valiéndose de documentos de años atrás que no contienen títulos representativos de acciones e ignorando lo que ya conoce de la anulación de una inscripción de cesión de acciones que se hizo sin el cumplimiento de los requisitos estatutarios' (vid. Folio 65). En cambio, el demandante afirmó 'yo adquirí la calidad de accionista en el año 2010 cuando los accionistas [...] que constituyeron la sociedad, las ofrecieron a la representante legal de la época, señora Teresita Villa Espinal, quien aceptó la cesión de acciones y, por ende, me inscribió en el libro de accionistas' (vid. Folio 137).⁴⁸

El Despacho observa que la sociedad Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación fue constituida mediante Escritura Pública n.º 6.878 del 31 de octubre de 2005, con un capital social suscrito y pagado de \$20.000.000, dividido en 20.000 acciones, las cuales se encontraban distribuidas de la siguiente manera (vid. Folios 76 a 77):

Tabla 1
Composición del capital de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. al momento de su constitución

Composición inicial del capital	
Accionista	Porcentaje de participación
Teresita de Jesús Villa Espinal	85%
María Villa Espinal	12%
Gloria Restrepo Montoya	1%
Daniel Vallejo Restrepo	1%
Luis Fernando Villa Gutiérrez	1%
Total	100%

Posteriormente, según la información que consta en el libro de registro de accionistas, Teresita de Jesús Villa Espinal suscribió 20.000 acciones con ocasión de la capitalización aprobada en reunión del máximo órgano social del 11 de noviembre de 2005. Así mismo, se observa que algunos accionistas efectuaron unas cesiones de acciones el 26 de febrero de 2010 (vid. 146 a 159). A continuación se presenta la distribución del capital con posterioridad a la capitalización y a las cesiones de acciones:

Tabla 2
Composición del capital de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. al 26 de febrero de 2010

⁴⁸ Cfr. Grabación de la audiencia del 7 de junio de 2017(11:30 a 12:00).

Composición del capital	
Accionista	Porcentaje de participación
Teresita de Jesús Villa Espinal	92.5%
Alonso de Jesús Cortés	6%
Olimpia Cortés Cortés	0.5%
John Iral Chalarca	0.5%
Ana María Cortés Ballesteros	0.5%
Total	100%

El 27 de marzo de 2015, la señora María Ofelia Rúa Guerra, liquidadora de la sociedad, realizó unas anotaciones en el libro de registro de acciones, a través de las cuales anuló la inscripción de la cesión de acciones de Alonso de Jesús Cortés, Olimpia Cortés Cortés, John Eduardo Iral Chalarca y Ana María Cortés Ballesteros (vid. Folios 147 a 155). Al indagársele sobre el particular, la señora Rúa Guerra señaló que ‘se le anularon [...] porque no llenaban el requisito, porque él tenía que haberlas ofrecido a los socios a través de la representante legal [...], no tenía título — o no encontré títulos por ninguna parte— y eso tiene que tener un título de accionista [...]’. Así mismo, afirmó no haber recibido orden de alguna autoridad para proceder con tales anulaciones (vid. Folio 137).⁴⁹

Por otro lado, el Despacho advierte que el 15 de julio de 2015, la señora María Ofelia Rúa Guerra inscribió la adjudicación por sucesión testada a su favor de 37.000 acciones —correspondientes al 92.5% del porcentaje de participación en la sociedad— que estaban en cabeza de la señora Teresita de Jesús Villa Espinal (vid. Folio 146). Además, se observó un documento del 20 de octubre de 2010, en el que consta una enajenación de 20 acciones por parte de Teresita de Jesús Villa Espinal a Pedro Blanco Honrubia, la cual no figura inscrita en el respectivo libro (vid. Folio 159).

En este punto, sea lo primero señalar que, de conformidad con el artículo 406 del Código de Comercio, ‘[l]a enajenación de acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; más para que produzca efecto respecto de las sociedad y de terceros, será necesario su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante [...]’ Lo anterior, significa que la calidad de accionista únicamente es oponible a la sociedad y a terceros respecto de las personas que aparezcan inscritas en el libro de registro de acciones.⁵⁰

⁴⁹ Cfr. Grabación de la audiencia del 7 de junio de 2017. (31:10 a 33:40).

⁵⁰ De acuerdo con Reyes Villamizar, ‘[l]a enajenación de acciones por cesión voluntaria se hace mediante el cumplimiento de las ritualidades requeridas para transferir títulos nominativos. Es decir que previo cumplimiento de los trámites estatutarios a que hubiere lugar, la enajenación se produce cuando en el libro de registro de accionistas se inscribe la operación que motiva a que el adquirente acceda al estatus de accionista [...]’ No obstante, la transferencia de las acciones podría encontrarse viciada por no haberse cumplido con los trámites estatutarios requeridos, tal como el derecho de preferencia. En efecto, ‘si se pacta el derecho de preferencia en la negociación de acciones, el accionista está impedido para enajenar su acción a un tercero hasta cuando se

Con fundamento en lo anterior, se debe precisar que, en el caso bajo estudio, la cesión de acciones fue inscrita en el libro de registro de acciones, lo cual resulta vinculante para la compañía y los demás accionistas. No obstante, la controversia que se suscita entre las partes corresponde, más bien, a una disputa por el cumplimiento o no de las exigencias contenidas en el artículo 17 de los estatutos sociales de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación en la enajenación de las acciones, esto es, el acatamiento del derecho de preferencia.

Así, pues, les compete a quienes les fue presuntamente desconocido el derecho de preferencia o a cualquier persona que tenga interés jurídico iniciar las acciones que estime pertinente, bien sea en sede jurisdiccional o administrativa⁵¹. En virtud de lo anterior, no podía la señora Rúa Guerra proceder a la anulación de una transferencia de unas acciones sin orden de autoridad competente que haya declarado la nulidad de ese negocio jurídico por haberse realizado en contravención a los estatutos sociales. Ciertamente, la doctrina⁵² ha precisado que el incumplimiento del trámite del derecho de preferencia da lugar a sanciones que afectan la validez de la enajenación y, por lo tanto, esta circunstancia origina un conflicto entre las partes que le compete dirimirlo a los jueces.⁵³

En este sentido, este Despacho debe advertir que el capital social de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación se encuentra conformado por quienes aparezcan inscritos en el libro de registro de acciones, hasta tanto un juez o una autoridad administrativa ordene lo contrario, en atención a la presunta violación al derecho de preferencia en la enajenación de las acciones de Alonso de Jesús Cortés, Olimpia Cortés Cortés, John Eduardo Iral Chalarca y Ana María Cortés Ballesteros. Así las cosas, de acuerdo con la información que consta en el libro de registro de acciones, la composición de capital actual sería la siguiente:

agoten los pasos que permitan el ejercicio del mencionado derecho'. F Reyes Villamizar, Derecho Societario Tomo I. Tercera Edición (2016, Bogotá, Editorial Temis) 474 y 476.

⁵¹ En sede jurisdiccional, existe la posibilidad de demandar la nulidad del negocio jurídico por causa ilícita u objeto ilícito. De otra parte, este tipo de irregularidades puede ser objeto de investigación por la Superintendencia de Sociedades en uso de sus facultades administrativas, de tal manera que, una vez verificada la contravención estatutaria, esta Superintendencia puede ordenar al representante legal que se subsanen los defectos, mediante la respectiva anulación del registro.

⁵² F Reyes Villamizar, Derecho Societario Tomo I. Tercera Edición (2016, Bogotá, Editorial Temis). 482 a 484.

⁵³ El artículo 822 del Código de Comercio establece que '[l]os principios que gobiernan la formación de los actos y los contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación y modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a la obligaciones y negocios mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.' En los términos de este precepto, se debe remitir al artículo 1741 del Código Civil, el cual establece que es una nulidad absoluta la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos.

Tabla 3
Composición actual del capital de Tedejota Villa & Cía. S.C.A.

Composición actual del capital	
Accionista	Porcentaje de participación
María Ofelia Rúa Guerra	92.5%
Alonso de Jesús Cortés	6%
Olimpia Cortés Cortés	0.5%
John Iral Chalarca	0.5%
Ana María Cortés Ballesteros	0.5%
Total	100%

2. Acaecimiento de los presupuestos de ineficacia respecto de las decisiones adoptadas en reunión del 9 de marzo de 2016

Según el texto del acta n.º 13 del 9 de marzo de 2016, el máximo órgano social de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación se reunió en la fecha indicada, en la ciudad de Medellín, ‘previa convocatoria mediante la publicación de un aviso en la página 11 del periódico El Mundo de Medellín del lunes 15 de febrero de 2016 [...]’ (vid. Folio 252). Adicionalmente, durante la aludida sesión se habría verificado la existencia del quórum necesario para deliberar, toda vez que, según el documento mencionado, se encontraban presentes los accionistas María Ofelia Rúa Guerra y Pablo Blanco Honrubia, titulares del 92.5% de las acciones suscritas. Con la aludida participación, debidamente representada, se habría cumplido entonces con lo dispuesto por el artículo 30 de los estatutos sociales, a cuyo tenor, ‘[h]abrá quórum para las reuniones ordinarias y extraordinarias de la [a]samblea [g]eneral, con la concurrencia de un número plural de personas o accionistas que representen por lo menos la mitad más una de las acciones suscritas’ (vid. Folio 81).

En primer lugar, en lo relativo a la realización de la mencionada sesión asamblearia por fuera del domicilio social, este Despacho debe precisar que el domicilio social es la ciudad señalada al momento de constituir la sociedad como sede principal de la compañía. Así, en palabras de Gil Echeverry, ‘[...] la necesaria indicación del lugar para reunirse —dirección— no significa que la convocatoria deba hacerse en la sede social y, por lo tanto, los [asociados] deban reunirse exclusivamente en las oficinas de la sociedad. Por el contrario, válidamente se puede convocar en cualquier lugar ubicado en el domicilio social’.⁵⁴

En línea con lo anterior, de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación, el domicilio social de la compañía es la ciudad de Medellín (vid. Folio 68). De igual modo, en el acta n.º 13 del 9 de marzo de 2016 se indicó que el máximo órgano social se habría reunido en Medellín. En este orden, el artículo 189 del Código de Comercio le otorga pleno valor probatorio a las actas correspondientes a las reuniones del máximo órgano social, por lo tanto, este Despacho no puede restarle valor

⁵⁴ J Gil Echeverry, Impugnación de decisiones societarias (2010, Bogotá, Legis) 169- 171

probatorio a las afirmaciones contenidas en un acta, hasta tanto cuente con suficientes elementos de juicio para constatar que lo allí expresado no se ajusta a la realidad. En consecuencia, la reunión se habría realizado en el domicilio social, en cumplimiento de lo exigido por el artículo 186 del Código de Comercio.

De otro lado, en lo relacionado con la firma del presidente y el secretario de la reunión social y la indicación de los asistentes y los votos emitidos, se debe poner de presente que tales reparos no constituyen una causal de ineficacia de las determinaciones sociales, pues las hipótesis fácticas que dan origen a la sanción de ineficacia se encuentran enunciadas taxativamente en el ordenamiento jurídico comercial. En principio, son ineficaces las determinaciones en donde se omitan ciertos elementos esenciales requeridos para el funcionamiento del máximo órgano social, como son la convocatoria, el quórum y el domicilio. No obstante lo anterior, para efectos probatorios, este Despacho constató que el acta n.º 13 del 9 de marzo de 2016 cuenta con la firma del respectivo presidente y secretario y cumple con las demás formalidades requeridas por el artículo 189 del Código de Comercio.

Finalmente, le corresponde al Despacho analizar la insuficiencia del quórum invocada por el demandante. Así, a la luz de las consideraciones previas acerca de la composición accionaria, debe ponerse de presente que el señor Pedro Blanco Honrubia no ostenta la calidad de accionista de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación, pues, si bien obra en el expediente un documento del 20 de octubre de 2010, en el que consta una enajenación de 20 acciones por parte de Teresita Villa Espinal a su favor, no se observa su inscripción en el libro de registro de accionistas. Adicionalmente, de acuerdo con la información consignada en este mismo libro, se advierte que María Ofelia Rúa Guerra es titular de 37.000 acciones, las cuales fueron adquiridas mediante una adjudicación por sucesión testada de Teresita Villa Espinal. De esta manera, resulta bastante claro que la transferencia de las 20 acciones a Pedro Blanco Honrubia nunca produjo efectos, en los términos del artículo 406 del Código de Comercio.

En este sentido, resulta evidente que no se configuró el quórum requerido, pues, pese a que la señora Rúa Guerra representa el 92.5% de las acciones suscritas, la asamblea general de accionistas de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación no podía deliberar únicamente con la presencia de ésta, en los términos del citado artículo 30 de los estatutos sociales. Por tales motivos, el Despacho debe concluir que las decisiones adoptadas durante la sesión asamblearia en comento —vale decir, la aprobación de los estados financieros de la compañía de los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015— son ineficaces.

Como consecuencia de lo anterior, deberán corregirse los efectos que alcanzaron a producir la aprobación irregular de los estados financieros. Por ello, se le oficiará al representante legal de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación, con el fin de que se adopten las medidas pertinentes para darle cumplimiento a lo advertido en esta sentencia. Así mismo, se ordenará la inscripción de esta providencia en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Medellín.

Por lo demás, en vista de las irregularidades advertidas por este Despacho en la conducta de la liquidadora de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación, remitirá copias del expediente a la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia, a fin de que se tomen las medidas que correspondan.

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Advertir la ineficacia de las decisiones adoptadas en la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación celebrada el 9 de marzo de 2016, según consta en el acta n.º 13.

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

Tercero. Oficiar al representante legal Tedejota Villa & Cía. S.C.A. en Liquidación para que adopte las medidas necesarias para cumplir con lo dispuesto en esta sentencia.

Cuarto. Remitir copias del expediente a la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia, a fin de que se tomen las medidas que correspondan.

Quinto. Condenar en costas a la sociedad demandada y fijar como agencias en derecho a favor del demandante, la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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



Sentencia n.º 800-107 del 27 de octubre de 2017

Partes	Nydia Rocío Cepeda Lemus e Hijos y Cía. S. en C. contra Jorge Alberto Montañez Vásquez
Asunto	Violación a los deberes de los administradores.
Tramite	Proceso verbal
Número del proceso	2016-800-00146

HECHOS

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

Sincromarcas Ltda. en Liquidación fue constituida mediante escritura pública n.º 2922 del 30 de abril de 2007 de la Notaría 38 del Círculo de Bogotá por Nydia Rocío Cepeda Lemus e Hijos y Cía. S. en C., Jorge Alberto Montañez Vásquez, Norma Esperanza Cepeda Lemus y Juan Pablo Beltrán Perilla, con un capital social distribuido simétricamente (vid. Folio 11).

Así mismo, en los estatutos sociales se fijó que la sociedad tendría como objeto social, principalmente, el desarrollo de siguientes actividades: '[l]a prestación de servicios de reparación, mantenimiento, revisión y conversión a gas de toda clase de vehículos y maquinaria industrial [...], [a]sesorías, consultorías, desarrollo de programas de educación formal y no formal en temas relacionados con la ingeniería automotriz y el sector industrial [...], así como en sistemas de gestión de la calidad, medio ambiente, BASC, seguridad y salud ocupacional enfocados al sector automotriz e industrial.' (vid. Folio 1515).

En reunión del máximo órgano social del 29 de enero de 2009, los socios Nydia Rocío Cepeda Lemus e Hijos y Cía. S. en C. y Jorge Alberto Montañez Vásquez adquirieron las cuotas sociales de Norma Esperanza Cepeda Lemus y Juan Pablo Beltrán Perilla, con lo cual el capital social quedó distribuido entre dos bloques de participación paritaria. Igualmente, en dicha reunión se designó como representante legal de la compañía a Jorge Alberto Montañez Vásquez (vid. Folios 1531 a 1553).

En el 2012, empezaron a surgir diferencias entre la señora Nydia Rocío Cepeda, socia gestora de Nydia Rocío Cepeda Lemus e Hijos y Cía. S. en C., y Jorge Alberto Montañez Vásquez —quienes además tenían una sociedad conyugal—. Tales desavenencias estaban relacionadas, al parecer, con la forma en que la señora Cepeda Lemus participa en el capital social de Sincromarcas Ltda.

Según el relato del señor Montañez, Nydia Rocío Cepeda Lemus ‘compró a nombre de una sociedad que representa ella unas [cuotas sociales], para lo cual, pues, yo no tenía el conocimiento, como ahí decía Rocío Cepeda [...] se compró el 50% de unas [cuotas sociales] con un dinero mío, pero está a nombre de ella y mío. Cuando yo me di cuenta con el tiempo que la mitad de eso no era de ella, sino de una sociedad [...], entonces yo dije no admito esto porque el dinero salió de mi casa, entonces por favor cambia esas [cuotas sociales] a nombre tuyo y aquí no pasó nada. Eso nunca se dio, duré dos años pidiéndole eso [...] y ella nunca lo aceptó [...] yo sentía que mi esposa estaba conmigo por un negocio.’¹

En el 2013, se constituyó la sociedad Sincromarcas Zipaquirá S.A.S. mediante documento privado del 15 de noviembre de 2013 por Jorge Alberto Montañez Vásquez y Rafael Albarracín Oviedo, con un participación social de 33.5% y 66.5%, respectivamente. En el referido documento constitutivo, se designaron como administradores de la compañía a Jaime Enrique Vásquez Franco, como gerente, y a Jorge Alberto Montañez Vásquez, como suplente. De igual forma, se estableció que la sociedad tendría como objeto social, principalmente, el desarrollo de siguientes actividades: ‘[l]a prestación de servicios de reparación, mantenimiento, revisión y conversión a gas de toda clase de vehículos y maquinaria industrial [...], [a]sesoría, consultoría, capacitación, desarrollo de programas de educación formal y no formal en temas relacionados con la ingeniería automotriz y el sector industrial [...], así como en sistemas de gestión de la calidad, medio ambiente, BASC, seguridad industrial y salud ocupacional enfocados al sector automotriz e industrial’ (vid. Folios 400 a 401).

Posteriormente, en el 2014, se constituyó la sociedad Sincromarcas Bogotá S.A.S. mediante documento privado del 11 de agosto de 2014 por Claudia Montañez Vásquez y Sandra Montañez Vásquez con un capital distribuido simétricamente entre dos bloques de participación paritaria. En dicho documento, se nombraron como administradores de la compañía a Jorge Alberto Montañez Vásquez, como gerente, y a Claudia Montañez Vásquez, como suplente. Igualmente, se estableció que la sociedad tendría como objeto social, principalmente, el desarrollo de siguientes actividades: ‘[l]a prestación de servicios de reparación, mantenimiento, revisión y conversión a gas de toda clase de vehículos y maquinaria industrial [...], [a]sesoría, consultoría, capacitación, desarrollo de programas de educación formal y no formal en temas relacionados con la ingeniería automotriz y el sector industrial [...], así como en sistemas de gestión de la calidad, medio ambiente, BASC, seguridad industrial y salud ocupacional enfocados al sector automotriz e industrial’ (vid. Folio 402 a 403).

Durante ese mismo año, los socios Nydia Rocío Cepeda Lemus e Hijos y Cía. S. en C. y Jorge Alberto Montañez Vásquez, en reunión del máximo órgano social del 5 de septiembre de 2014, decidieron disolver y liquidar la sociedad Sincromarcas Ltda. (vid. Folios 1573 a 1576).

¹ Cfr. Grabación de la audiencia del 9 de noviembre de 2016 (1:17:03 a 1:21:01).

De acuerdo con lo afirmado por Nydia Rocío Cepeda Lemus, la disolución de la compañía obedeció a la falta de 'claridad en el manejo de los dineros de Sincromarcas [Ltda.] [...] El señor Montañez [...] asume que es el dueño único de la empresa, entonces ya no hay ánimo societario. Él actúa más de hecho y no de derecho, entonces como ya no hay claridad en las cuentas y no hay una claridad en los balances, pues, decidimos que se liquide la sociedad.'²

En cambio, el señor Montañez Vásquez manifestó que la disolución se originó 'a raíz del problema matrimonial en donde yo le digo a la señora Rocío [...] esas [cuotas sociales] deberían ser de los dos y no de un tercero, ella me dice no, entonces yo ya siento que no tengo [...] un socio, sino que siento es alguien que me está, de alguna manera, defraudando mi sociedad conyugal. Entonces ya yo no quiero estar ahí. [...] Empezamos una situación sentimental dura, entonces ahí es cuando, realmente, se viene el cierre de Sincromarcas [Ltda.]'.³

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare responsable a Jorge Montañez Vásquez, en su condición de administrador de Sincromarcas Ltda., por presuntamente haber violado varios de los deberes consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, particularmente los de 'abstenerse de usar indebidamente información privilegiada' y 'abstenerse de participar [...] en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses.' Según lo expresado en la demanda, el señor Montañez Vásquez habría constituido las sociedades Sincromarcas Zipaquirá S.A.S. y Sincromarcas Bogotá S.A.S., mientras ostentaba la calidad de administrador de Sincromarcas Ltda., sin haber sometido a consideración de junta de socios de ésta tales constituciones. Adicionalmente, el señor Montañez Vásquez habría utilizado 'recursos de la sociedad en beneficio propio y de las sociedades constituidas para desarrollar sus propios negocios' y no habría llevado contabilidad adecuada de los negocios ni velado por su conservación (vid. Folios 34 a 36).

En vista de las precisiones efectuadas en párrafos anteriores, le corresponde ahora al Despacho analizar cada uno de los cargos formulados en contra del antiguo representante legal de Sincromarcas Ltda. en Liquidación.

² Cfr. Id. 43:56 a 44:45.

³ Cfr. Grabación de la audiencia del 14 de abril de 2016 del proceso adelantado en la Superintendencia de Industria y Comercio. (16:11 a 17:02).

1. Acerca de la violación del deber de lealtad
A. Constitución de las sociedades Sincromarcas Zipaquirá S.A.S. y Sincromarcas Bogotá S.A.S.

Indica la sociedad demandante que Jorge Alberto Montañez Vásquez, mientras ostentaba el cargo de representante legal de la sociedad Sincromarcas Ltda. en Liquidación, participó en sociedades que tenían el mismo objeto social de la compañía que administraba.⁴ Concretamente, el señor Montañez Vásquez, por una parte, habría constituido la sociedad Sincromarcas Zipaquirá S.A.S., en la cual, además, es suplente del gerente y, por otra, tendría la condición de administrador de Sincromarcas Bogotá S.A.S., sin contar con la autorización de la junta de socios. Adicionalmente, señala la demandante que el señor Montañez Vásquez ‘terminó los contratos de trabajo con los trabajadores de Sincromarcas Ltda. y los trasladó a [...] Sincromarcas Bogotá S.A.S. De igual manera, [...] remite a los clientes de Sincromarcas Ltda. en Liquidación a su nuevo establecimiento de comercio, impidiendo que los procesos de liquidación se adelanten de forma beneficiosa para todos sus socios.’ (vid. Folios 34 a 36).

Por su parte, el apoderado del demandado manifestó que ‘estando disuelta la compañía Sincromarcas Ltda., hoy en liquidación, es patente que ningún daño podía causársele, si se decide, por unos socios, formar empresa o abrir un establecimiento con similares funciones y servicios —en un municipio [...] como Zipaquirá—, máxime que no se constituye en competencia frente a una moribunda sociedad mercantil que se localiza en un sitio diferente.’ En este sentido, Jorge Alberto Montañez estaba facultado para continuar con el ejercicio de su actividad económica, ‘resultando apenas lógico y razonable que lo hiciera con otro taller o establecimiento para mantenimiento de vehículos automotores’. Además, puntualizó que no existe conflicto de interés ni actos irregulares, por cuanto la señora Cepeda Lemus ‘ha ejercido actividades paralelas a las que desarrollaba Sincromarcas Ltda.’, a través de la sociedad Sincromotors S.A., en donde ocupa el cargo de Presidente de la Junta Directiva. En adición a lo anterior, señaló que la señora Cepeda Lemus ‘conocía [...] la existencia de los establecimientos de comercio [...] sin formular censura o reparo alguno.’ (vid. Folios 60 a 67).

Previo análisis del caso bajo estudio, el Despacho debe advertir que la participación de los administradores 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, constituye una violación al deber de lealtad, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Es preciso también indicar que el deber de lealtad en cabeza de los administradores no implica solamente la abstención de actuaciones que estén en conflicto con los intereses de la compañía, sino que, además, en palabras de Reyes Villamizar, comprende ‘una serie de obligaciones específicas de acción u

⁴ Cfr. Grabación de la audiencia del 3 de octubre de 2016 (22:00 a 23:25).

omisión, orientadas a proteger secretos de la sociedad, [...] el respeto por las oportunidades de negocios de la sociedad' y, especialmente, 'la necesidad de que el administrador actúe en la forma que consulte "los mejores intereses de la sociedad".⁵

En primer lugar, en lo relacionado con los actos de competencia, el Despacho estima necesario aclarar que la prohibición a la que se refiere el artículo 23 precitado es únicamente al hecho de competir, sin consideración a su carácter desleal o ilícito.⁶ Así, pues, para determinar si un administrador ejecutó actos de competencia, deberá analizarse que las actividades desplegadas por éste persiguen el mismo objetivo que el de la sociedad.

De otro lado, en cuanto al respeto de las oportunidades de negocio de la sociedad, es pertinente poner de presente que debe examinarse en cada caso particular si, efectivamente, se constituye en una verdadera oportunidad, para lo cual resulta imperioso determinar si la actividad que se pretende desarrollar se encuentra dentro de la línea de negocio de la compañía. En este sentido, la jurisprudencia comparada ha precisado los elementos que deben analizarse para el efecto. Por ejemplo, la Corte Suprema de Delaware ha señalado que la oportunidad se encuentra dentro de la línea de negocio cuando ésta comprende una actividad en la cual la compañía tiene conocimiento esencial, experiencia y capacidad para desarrollarla, siempre que sea adaptable a su actividad económica, en atención su situación financiera, y se encuentre acorde con sus necesidades y aspiraciones razonables de expansión.⁷

Ahora bien, en el caso bajo estudio, tras una revisión de los certificados de existencia y representación legal de las sociedades referidas en el presente proceso, el Despacho encuentra que las sociedades Sincromarcas Zipaquirá S.A.S. y Sincromarcas Bogotá S.A.S. tienen idéntico objeto social al de Sincromarcas Ltda. en Liquidación. Así mismo, el Despacho pudo constatar las aludidas sociedades fueron constituidas cuando Jorge Alberto Montañez Vásquez detentaba el cargo de administrador de Sincromarcas Ltda. en Liquidación. No obstante, para determinar si la participación del representante legal en sociedades con el mismo objeto social constituyó una infracción al deber de lealtad, el Despacho procederá a realizar un análisis respecto de las circunstancias que rodearon la creación de cada una de las sociedades, en las cuales el señor Montañez tiene vínculos, como accionista y como administrador.

⁵ F Reyes Villamizar. Derecho Societario Tomo I. Tercera Edición. Editorial Temis. (2016, Bogotá D.C.) 703 y 704.

⁶ Dado que a este Despacho no le corresponde determinar si la competencia es desleal o es ilícita, en razón a que esta condición no fue prevista por la Ley 222 de 1995, no se analizarán las conductas de desviación de clientela ni de desorganización, los cuales son considerados actos desleales, en los términos de la Ley 256 de 1996 y, además, fueron objeto de estudio por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del proceso n.º 15-024752.

⁷ R C Clark. Corporate law. Little, Brown and Company. (Boston, Estados Unidos). 227 y 228.

De este modo, el Despacho inicialmente hará referencia a Sincromarcas Zipaquirá S.A.S. En lo relacionado con esta sociedad, se debe poner de presente que su constitución se efectuó el 15 de noviembre de 2013, con anterioridad a la decisión de disolución y liquidación de Sincromarcas Ltda. La constitución de esta sociedad se debió, de acuerdo con lo manifestado por el señor Montañez, al aumento del número de empresas en Zipaquirá y sus alrededores. Así, dado que en el sector no habían buenos talleres automotrices, el señor Montañez Vásquez, según lo relatado, pensó que se trataba de una buena oportunidad para capturar como clientes éstas empresas que se encontraban radicándose allí. De igual forma, manifestó que en ese momento Sincromarcas Ltda. ‘no tenía la fuerza económica para montar un taller’, por lo que decidió asociarse con Rafael Albarracín Oviedo.⁸ Adicionalmente, explicó que la empresa Renting Colombia —cliente de Sincromarcas Ltda. para la época— tiene aproximadamente 8.500 carros distribuidos en todo el país y, particularmente, los que tienen ubicados en el sector de Zipaquirá son camiones de Bavaria, ‘entonces ellos preferían tener sus camiones, atenderlos en Zipaquirá que [...] perder un día [...] en el traslado del camión porque Sincromarcas Ltda. tampoco atendía camiones, no tenía la infraestructura para eso [...] pero a Renting si le era favorable la oferta de servicios de Sincromarcas Zipaquirá.’⁹

De otra parte, según lo relatado por el señor Montañez, la constitución de la sociedad Sincromarcas Zipaquirá S.A.S. se puso en conocimiento de Nydia Rocío Cepeda Lemus, en los siguientes términos: ‘[...] le dije a Rocío hagamos este proyecto, va a entrar Rafael. Él nos va a ayudar porque él se va a ir a vivir allá, él va a atender el punto. Nosotros no tenemos que movernos, no tenemos que desplazarnos, simplemente él es el que va a trabajar y nosotros le vamos a pedir cuentas. Entonces va a ser una sociedad de tres, yo me quedo con una tercera parte, Rafael una tercera parte y tú, como persona natural, te quedas con la otra tercera parte. Ella me dijo no, yo no entro así. Entonces [...] si tú quieres entramos tú con el 66% o yo con el 66%, igual es de los dos porque es una sociedad conyugal. Me dijo entonces quédate tú con el 66%, igual es de los dos.’¹⁰ Por otro lado, contrario a lo manifestado por el señor Montañez, Nydia Rocío Cepeda Lemus expresó que ‘se había hablado que Sincromarcas Zipaquirá fuera una sucursal de Sincromarcas Ltda.’ y, posteriormente, se habría enterado que se trataba de una sociedad diferente.¹¹

Así las cosas, el Despacho puede concluir que la actividad económica desarrollada por la empresa en Zipaquirá se encuentra dentro de la línea de negocio de Sincromarcas Ltda. en Liquidación, por cuanto su objeto social es idéntico, es un área de negocios en la cual la compañía tiene suficiente

⁸ Cfr. Grabación de la audiencia del 14 de abril de 2016 del proceso adelantado en la Superintendencia de Industria y Comercio (6:50 a 11:00).

⁹ Cfr. Grabación de la audiencia del 9 de noviembre de 2016 (1:00:20 a 1:05:20).

¹⁰ Cfr. Grabación de la audiencia del 14 de abril de 2016 del proceso adelantado en la Superintendencia de Industria y Comercio (6:50 a 11:00).

¹¹ Cfr. Grabación de la audiencia del 9 de noviembre de 2016 (53:23 a 53:36).

experiencia y conocimiento especializado para desarrollarla y, además, tenía una situación financiera favorable para ese momento;¹² por lo tanto, era una verdadera oportunidad de negocios. Adicionalmente, el Despacho debe advertir que, de conformidad con las manifestaciones de las partes, ésta fue una oportunidad que la compañía conoció¹³, sin embargo, no podría afirmarse que Sincromarcas Ltda. renunció a tal oportunidad, pues, no hay suficientes pruebas para soportar la versión del señor Montañez. Así mismo, se pueden observar en el expediente unos correos electrónicos en donde consta una gestión de mercadeo por parte de la señora Cepeda Lemus para Sincromarcas Zipaquirá S.A.S., con lo cual se evidencian los vínculos que ésta tenía con dicha sociedad y su rol en ella. Por consiguiente, para el Despacho no es concluyente que Sincromarcas Ltda. en Liquidación haya renunciado a la oportunidad de negocios en Zipaquirá.

Por otro lado, el Despacho observa que el señor Montañez Vásquez utilizó la información a la que tenía acceso, en virtud de su cargo de administrador de Sincromarcas Ltda., para la identificación de la oportunidad de negocios. Además, conocía de las fortalezas y debilidades de la empresa, con lo cual no sólo podía crear una nueva empresa para las necesidades del mercado en Zipaquirá, sino fortalecer su gestión, su actividad económica y forma de desarrollarla.

Ahora bien, en lo referente a Sincromarcas Bogotá S.A.S., este Despacho debe señalar, en primer lugar, que su constitución se efectuó un mes antes de la decisión de disolución y liquidación de Sincromarcas Ltda. por las señoras Claudia Montañez Vásquez y Sandra Montañez Vásquez, quienes son hermanas de Jorge Alberto Montañez Vásquez. Así mismo, se debe advertir que estas sociedades compiten en un mismo mercado—Bogotá— y desarrollan la misma actividad económica, lo cual implica una concurrencia entre los dos entes societarios.

No obstante lo anterior, el Despacho pudo observar en las actas de reuniones del máximo órgano social de Sincromarcas Ltda. en Liquidación que la disolución y liquidación de Sincromarcas Ltda. era un asunto que se venía discutiendo con anterioridad. (vid. Folios 1451 a 1457). Por tal motivo, para el Despacho los entes societarios no perseguían la obtención de un mismo resultado, pues, mientras que el objetivo de Sincromarcas Bogotá S.A.S. era posicionarse en un mercado, por su parte, la finalidad de Sincromarcas Ltda. era iniciar los procedimientos tendientes al trámite liquidatorio.

En virtud de las anteriores consideraciones, para el Despacho la conducta de Jorge Alberto Montañez Vásquez constituyó una violación al deber de lealtad, toda vez que no respetó una oportunidad de negocio y se aprovechó de información de la que no hubiera tenido conocimiento, si no tuviera la calidad de administrador de Sincromarcas Ltda. en Liquidación. Sin embargo, frente a la constitución de

¹² De acuerdo con el dictamen pericial aportado en el presente proceso, la empresa —a 31 diciembre de 2013— se desarrollaba en un ambiente de continuo crecimiento. (vid. Folio 109).

¹³ El Despacho no pudo constatar que este conocimiento se haya dado en el contexto de una junta de socios ni mucho menos se haya otorgado consentimiento por parte de este órgano social.

Sincromarcas Bogotá S.A.S., por las razones previamente expuestas, para el Despacho tal conducta no es constitutiva de un acto de competencia que infringiera sus deberes como administrador.

B. Apropiación indebida de recursos

Afirma el apoderado de la sociedad demandante que el señor Jorge Alberto Montañez Vásquez 'utilizó los recursos de la sociedad Sincromarcas Ltda. para el apalancamiento de las operaciones de las sociedades Sincromarcas Zipaquirá S.A.S. y Sincromarcas Bogotá S.A.S.' (vid. Folio 37).

Sobre el particular, Nydia Rocío Cepeda Lemus expresó: '[...] Jorge Montañez compraba herramientas en Sincromarcas Ltda. para llevarlas a Sincromarcas Zipaquirá. Encontramos unos cheques que se habían girado de Sincromarcas Ltda. para personal de Sincromarcas Zipaquirá y los traslados de cuentas que él hacía, que después tuvimos que reconstruir los comprobantes de egreso [...]'¹⁴

En relación con lo anterior, este Despacho encontró que en el dictamen pericial¹⁵ aportado en el presente proceso, el perito determinó que la factura n.º 78157 de Sincromarcas Ltda. se compraron una serie de equipos con destino a Sincromarcas Zipaquirá S.A.S. y fue cancelada con recursos de Sincromarcas Ltda. De este mismo modo, estableció que la factura n.º CRD 6902, correspondiente a la compra de servicios y materiales por parte de Sincromarcas Zipaquirá S.A.S., tiene acuse de recibo en Sincromarcas Ltda.

No obstante, al examinar los soportes documentales en los cuales el perito basa sus afirmaciones, este Despacho advierte que si bien se anexó un cheque mediante el cual se realizó el pago de la factura n.º 78157, lo cierto es que la factura está dirigida a Sincromarcas Ltda. y no hay documentos adicionales que permitan al Despacho concluir que los equipos facturados fueron destinados a Sincromarcas Zipaquirá S.A.S. De la misma manera, el Despacho observa que hay algunas facturas dirigidas a Sincromarcas Zipaquirá S.A.S. que fueron recibidas en Sincromarcas Ltda., sin embargo, no se observaron documentos que permitan establecer que tales facturas fueron canceladas con recursos de Sincromarcas Ltda. en Liquidación. En vista de lo anterior, este Despacho no puede declarar que Jorge Alberto Montañez Vásquez ha infringido el deber de lealtad por apropiación indebida de recursos.

2. Acerca del incumplimiento de disposiciones legales contables

¹⁴ Cfr. Grabación de la audiencia del 9 de noviembre de 2016 (37:45 a 38:40).

¹⁵ Respecto del valor probatorio del dictamen pericial, el Despacho se pronunció en auto n.º 17774 del 22 de noviembre de 2016, en el cual señaló '[e]n vista de que la prueba en cuestión se practicó en los términos a que se ha hecho referencia durante el curso del mencionado proceso de competencia desleal, resulta innecesario que el Despacho adelante nuevamente su contradicción.' (vid Folio 965).

Tal como se indicó, la sociedad demandante ha afirmado que el señor Jorge Alberto Montañez Vásquez ‘no llevó contabilidad adecuada de los negocios de Sincromarcas Ltda. ni veló por su conservación, tanto así que la contabilidad del año 2014 se encuentra extraviada, el software contable que contiene la información está fuera de operación [...]’ (vid. Folio 36).

Sobre el particular, el apoderado del demandado señaló que ‘los temas contables estaban en manos de un experto, un contador de profesión encargado de la coordinación y gestión de tales asuntos’. Por tal razón, cualquier reparo acerca de la contabilidad debe recaer exclusivamente sobre el funcionario encargado (vid. Folio 61).

En primer lugar, es relevante señalar que la conservación de los soportes y comprobantes de contabilidad son una exigencia legal, en los términos de los artículos 123 y 124 del Decreto 2649 de 1993.¹⁶ De conformidad con tales artículos, ‘los soportes deben adherirse a los comprobantes de contabilidad respectivos o, dejando constancia en éstos de tal circunstancia, conservarse archivados [...]’. A su vez, ‘las partidas asentadas en los libros de resumen y en aquel donde se asienten en orden cronológico las operaciones, deben estar respaldadas en comprobantes de contabilidad elaborados previamente’.

De otra parte, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 le impone a los administradores el deber de ‘[v]elar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias’, lo cual acarrea, según Reyes Villamizar, ‘un deber positivo de conducta que se manifiesta en su obvia obligación de poner todo su empeño en que se cumplan las normas legales [...] tanto en su actividad como en las de sus subalternos.’ Así, pues, lo anterior presupone ‘un deber de cuidado sobre los funcionarios que trabajan bajo la dependencia de los administradores.’¹⁷

Una vez analizadas las pruebas disponibles en el expediente, el Despacho encontró diversos indicios de que el manejo de la contabilidad de la sociedad Sincromarcas Ltda. en Liquidación no era adecuado. Así, pues, se pudo observar que, de acuerdo con las conclusiones expuestas en el dictamen pericial aportado en este proceso, hasta diciembre de 2013 ‘existe un ambiente contable en forma adecuada y en las notas a los estados financieros con corte a esta fecha todo fluye adecuadamente y la empresa se desarrolla en un ambiente de continuo crecimiento [...]’. A pesar de lo anterior, de conformidad con un informe del contador José Ricardo Díaz — utilizado por el perito en su análisis— se advierte que ‘los estados financieros con corte a 31 de mayo de 2014, los procedimientos de valuación, valoración y presentación no han sido aplicados uniformemente con los del año inmediatamente anterior y, por lo tanto, no reflejan razonablemente la

¹⁶ Dado que la sociedad se encuentra en estado de liquidación, su contabilidad no se presenta bajo las normas NIIF, por el principio de negocio en marcha.

¹⁷ F Reyes Villamizar. Derecho Societario Tomo I. Tercera Edición. Editorial Temis. (2016, Bogotá D.C.) 706 y 707.

situación financiera de la empresa, así como los resultados de sus operaciones.’ (vid. Folio 286).

En concordancia con lo anterior, Julio Fernando Chavarro Galindo—contador de Sincromarcas Ltda. en Liquidación desde el 1 de septiembre de 2015— indicó que el registro contable se encuentra en el software utilizado por la compañía, pero no posee los soportes de la contabilidad.¹⁸ En este sentido, precisó que ‘la contabilidad la componen dos partes: la parte física y la parte que está en el software contable. En este momento poseo la parte del software contable, [...], pero [lo que] nos ratifica lo que nosotros estamos haciendo [es] el documento físico [...]’. En línea con lo anterior, el contador puntualizó: ‘cuando yo recibo la contabilidad me dicen que la parte restante del archivo se encontraba en las bodegas o en el proveedor de archivo. Uno asume que [...] mínimo los cinco años anteriores estarían allá en ese archivo, pero [...] cuando solicité unos documentos, efectivamente no los tenían, no correspondían a ningún archivo. [...] No sé dónde se pueda encontrar el restante del archivo que [...] puede ser un 80% que falta.’¹⁹ Además, expresó que encontró algunas inconsistencias contables relacionadas con el cambio de software de Novasoft a World Office, pues, los saldos entre uno y otro no son coincidentes.²⁰

De otra parte, según se observa en un informe presentado por el contador Ángel Mauricio Jején Muñoz el 4 de septiembre de 2014 a la compañía, se dio inicio a un proceso de verificación de los comprobantes de egreso y se encontraron ‘inconsistencias en valores, cuentas afectadas y un caso de una factura de compra causada pero que es del almacén de Zipaquirá.’ (vid. Folio 1427).

En este orden, las circunstancias previamente expuestas permiten concluir al Despacho que la contabilidad no se ajusta a las exigencias legales en materia contable y, en consecuencia, se constituye en una infracción al deber contenido en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, pues, como se explicó, su condición de administrador le exige procurar por el cumplimiento de las disposiciones legales, inclusive en el desarrollo de las labores por parte de sus dependientes.

¹⁸ Julio Chavarro Galindo manifestó: ‘[...] tengo el registro contable en el programa [...], pero no puedo asumir porque no tengo los documentos físicos [...], solamente, como les comento, tengo tres A-Z, una de unas causaciones —parte año 2014, parte 2015—, tengo impuestos, presentación de medios magnéticos y no poseo ninguna otra información, porque no me la entregaron, no sé dónde está. [...] El Dr. Joya siempre me comentó que no podía acceder a la información física de años anteriores, únicamente cuento con lo que está en los programas contables, no cuento con ninguna otra información. [...] no poseo facturas de venta, no poseo facturas de compra, no poseo egresos, no poseo ninguna clase de información [...]’ Cfr. Grabación de la audiencia del 10 de noviembre de 2016 (9:00 a 10:24)

¹⁹ Cfr. Id. 30:00 a 30:41.

²⁰ Cfr. Id. 16:12 a 18:37.

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar que Jorge Alberto Montañez Vásquez, en su calidad de representante legal de Sincromarcas Ltda. en Liquidación, incumplió los deberes legales que le correspondían por virtud del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Segundo. Desestimar la pretensión tercera de la demanda.

Tercero. Condenar en costas al demandado y fijar como agencias en derecho a favor de la sociedad demandante, la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

Sentencia n.º 800-116 del 24 de noviembre de 2017	
Partes	Julio Ramón Gálvez Ospina contra Sandra Bibiana Piedrahita Echeverry, Alicia Elena Candamil Peláez, Saint Andrew's S.A. en Liquidación y Velásquez Candamil S.A.S.
Asunto	Responsabilidad de liquidadores. Conflictos de interés
Tramite	Proceso verbal
Número del proceso	2015-800-301

Hechos

Antes de analizar el caso puesto en consideración del Despacho, es necesario hacer un breve recuento de los antecedentes fácticos más relevantes que dieron lugar a la demanda presentada por Julio Ramón Gálvez Ospina.

La sociedad Saint Andrew's S.A. en Liquidación fue constituida mediante escritura pública n.º 3438 del 26 de agosto de 2002 otorgada en la Notaría 4º del Círculo de Pereira (vid. Folio 39), para llevar a cabo, entre otras, actividades relacionadas con la prestación de servicios de educación preescolar, primaria y secundaria (vid. Folio 2). En desarrollo de su objeto social, la sociedad dio apertura al establecimiento de comercio denominado Colegio Saint Andrew's.

En el 2013, la sociedad atravesaba una difícil situación de liquidez. En efecto, de acuerdo con lo expresado por Alicia Candamil Peláez, durante ese año 'la [asamblea general de accionistas] se reunió varias veces debido a que mensualmente se estaba viendo que lo que ingresaba o recogía el colegio por pensión y matrículas, pues, no pagaba las deudas o los acreedores que tenía mensualmente el colegio.¹ Así, para afrontar dicha situación, inicialmente se examinó la posibilidad de una capitalización de la compañía, a través de la emisión de acciones. Debido a que no se logró tal capitalización, los accionistas decidieron enajenar el establecimiento de comercio Colegio Saint Andrew's ' para poder salir de las dificultades económicas que tenía la sociedad.'

En este orden, 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

¹ Cfr. Grabación de la audiencia del 27 de octubre de 2016 (15:51 a 17:44).

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. con el voto favorable del 75% de las acciones representadas en dicha reunión, por un valor de \$434.480.348, correspondientes a las deudas en cabeza de la sociedad Saint Andrew's S.A. en Liquidación (vid. Folios 5 a 8; 101 a 106).

Adicionalmente, en la aludida reunión extraordinaria, se dispuso decretar la disolución de Saint Andrew's S.A., con base en la causal señalada en el numeral 2° del artículo 457 del Código de Comercio, según el cual la sociedad anónima deberá disolverse '[c]uando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito [...]' (vid. Folio 106). En virtud de lo anterior, se procedió a nombrar como gerente liquidadora a la señora Sandra Bibiana Piedrahita Echeverry.

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, en cumplimiento de los compromisos adquiridos durante la reunión extraordinaria del 5 de diciembre de 2013.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a controvertir la responsabilidad de Sandra Bibiana Piedrahita Echeverry —liquidadora y accionista de Saint Andrew's S.A. — y Alicia Elena Candamil Peláez —representante legal suplente y accionista de dicha sociedad—, por la infracción de los deberes que le correspondían como administradoras de la compañía. De acuerdo con lo expresado en la demanda, la señora Piedrahita Echeverry no habría permitido el ejercicio del derecho de inspección a los accionistas de la compañía en varias oportunidades y habría incumplido varias de las disposiciones aplicables al proceso de liquidación de Saint Andrew's S.A. De igual manera, en la demanda también se ha dicho que la señora Candamil Peláez habría violado el régimen colombiano en materia de conflictos de interés.

1. Análisis del caso presentado ante el Despacho

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, el Despacho procederá a examinar cada uno de los cargos formulados en contra de Sandra Bibiana Piedrahita Echeverry y Alicia Elena Candamil Peláez.

A. Acerca de la vulneración al ejercicio del derecho de inspección

Se indicó en la demanda que la liquidadora Sandra Piedrahita Echeverry podría haber obstruido el ejercicio del derecho de inspección al señor Julio Ramón

Gálvez Ospina en varias oportunidades. De acuerdo con el apoderado del demandante, esta infracción se habría producido el 26 de noviembre de 2013 ‘cuando el señor Gálvez se trasladó a las oficinas de la sociedad y no le fueron suministrados los estados financieros con corte a 31 de octubre de 2013 [...]’, los cuales ‘finalmente fueron entregados un día antes de la fecha en que estaba programada la asamblea, por lo que fue necesario que se fijara una nueva fecha para su realización’ (vid. Folio 159). De igual manera, manifestó que el 29 de enero de 2015 se le habría impedido ‘revisar la cuenta final de liquidación, el inventario de la sociedad y un informe presentado por la sociedad Velásquez Candamil S.A.S.’ y, posteriormente, el 2 de marzo de 2015 ‘la liquidadora entregó un balance en ceros firmado únicamente por el revisor fiscal y por ella, faltando la firma de la contadora pública de la empresa y se [programó] una cita para el 4 de marzo [...]’ Durante la inspección del 4 de marzo de 2015, ‘no se encontró información o soportes contables de finales de noviembre y diciembre de 2013, [...] 2014 y 2015, período durante el cual se llevó a cabo la liquidación.’ (vid. Folio 160). Sobre el particular, el apoderado de las demandadas señaló que ‘la información financiera de la sociedad Saint Andrew’s siempre estuvo a disposición de los accionistas [...]’ (vid. Folio 202).

En primer lugar, resulta necesario precisar que el derecho de fiscalización individual constituye una de las prerrogativas subjetivas de mayor entidad que surge de la calidad de asociado. En las sociedades anónimas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 379 y 422 del Código de Comercio, este derecho se restringe a los quince días hábiles anteriores a la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas. Ciertamente, por tratarse de sociedades de capital —en las que la gestión de los negocios sociales se entrega a los directores de la compañía—, los accionistas no acceden de forma permanente a la información societaria. El ejercicio de esta prerrogativa en este tipo de sociedades se justifica, más bien, por la necesidad de que los asociados ‘puedan documentarse suficiente y adecuadamente sobre el aspecto económico de la compañía en pos de habilitar una participación activa en la [reunión de la] asamblea, como también el que puedan votar a conciencia las diferentes determinaciones puestas a su consideración.’²

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, el derecho de inspección podrá ejercerse ‘sobre los libros y papeles de la sociedad, en los términos establecidos en la ley, en las oficinas de la administración que funcionen en el domicilio principal de la sociedad.’ Es así como, según ha señalado esta Superintendencia, los documentos que deben ser objeto de exhibición a los asociados, son: ‘[los] libros de actas del máximo órgano social, [los] libros de actas de la junta directiva, [los] libros de registro de socios o accionistas, [los] libros de contabilidad, [la] correspondencia relacionada con los

² Cfr. Superintendencia de Sociedades, concepto n.º 220-176650 del 13 de septiembre de 2016.

negocios, [los] estados financieros [y] los demás documentos de que trata[n] [los] artículo[s] 446 y [447] del Código de Comercio.³

Ahora bien, en el caso objeto de análisis, el Despacho observa que el 18 de noviembre de 2013 la señora Piedrahita Echeverry convocó a una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Saint Andrew's para el 27 de noviembre de 2013,⁴ cuyo propósito era someter a aprobación del máximo órgano social la venta del establecimiento de comercio Colegio Saint Andrew's y la disolución de la compañía (vid. Folio 91). Igualmente, se advierte que el 8 de enero de 2015 se efectuó una convocatoria para el 31 de enero de 2015, con el objetivo de aprobar la cuenta final de liquidación (vid. Folio 124).

En este punto, el Despacho debe poner de presente, tal como se explicó en líneas anteriores, que en las sociedades anónimas se les impide a sus accionistas ejercer el derecho de inspección en época distinta de los quince días hábiles anteriores a la reunión ordinaria de su máximo órgano social, salvo estipulación estatutaria en contrario.⁵ En este sentido, aunque en ambas convocatorias se estipuló que se encontraban a disposición de los socios todos los documentos para el ejercicio del derecho de inspección, (vid. Folio 91 y 124) tal prerrogativa no constituía una exigencia legal ni estatutaria, por cuanto las reuniones a que hace referencia el demandante no se encuentran enmarcadas dentro de las denominadas ordinarias, en los términos del artículo 422 del Código de Comercio. En verdad, en las sesiones ordinarias el máximo órgano social debe ocuparse de 'examinar la situación de la sociedad, designar los administradores y demás funcionarios de su elección, determinar las directrices económicas de la compañía, considerar las cuentas y balances del último ejercicio, resolver sobre la distribución de utilidades y acordar todas las providencias tendientes a asegurar el cumplimiento del objeto social.'⁶

Con todo, es preciso advertir que el demandante indicó que los estados financieros fueron entregados por el revisor fiscal un día antes de la reunión social del 27 de noviembre de 2013 y, además, en virtud de una solicitud del señor Gálvez, la asamblea general de accionistas se reprogramó para el 5 de diciembre de 2013 (vid. Folio 151). Así mismo, en atención a una nueva solicitud del señor

³Cfr. Superintendencia de Sociedades, Guía práctica para la celebración de asambleas de accionistas y juntas de socios.

⁴ De acuerdo con el artículo 24 de los estatutos sociales de Saint Andrew's S.A., '[l]a convocatoria se hará con una anticipación no menor de 7 días comunes a la fecha de la reunión. Sin embargo, para las reuniones en que haya que aprobarse los balances de fin de ejercicio, la convocatoria deberá hacerse con antelación no menor de 15 días hábiles a la fecha de la reunión.' (vid. Folio 48).

⁵ F Reyes Villamizar, Derecho Societario Tomo I. Tercera Edición. Editorial Temis. (2016, Bogotá D.C.) 536.

⁶ Debe señalarse que, de conformidad con el artículo 226 del Código de Comercio, si los documentos asociados al estado de la liquidación deberán estar a disposición de los asociados durante el término de la convocatoria, esta exigencia debe cumplirse por parte de los liquidadores en el marco de una reunión ordinaria.

Gálvez Ospina, la asamblea general de accionistas programada para el 31 de enero de 2015 fue convocada nuevamente para el 7 de marzo de 2015, con el fin de que el accionista tuviera acceso a los documentos solicitados, esto es, la cuenta final de liquidación, el inventario de la sociedad y un informe presentado por la sociedad Velásquez Candamil S.A.S., los cuales no se enmarcan dentro de los señalados por esta Superintendencia como objeto de exhibición.

B. Del incumplimiento de normas aplicables al proceso de liquidación

El demandante ha señalado que la señora Sandra Piedrahita Echeverry habría incumplido varias de las normas aplicables al proceso de liquidación de Saint Andrew's S.A., concretamente, los artículos 57 y 62 de los estatutos sociales, los artículos 225, 226, 230, 232, 234 y 238 del Código de Comercio, así como los artículos 29 y 33 del Decreto 2649 de 1993. Según se afirma en la demanda, la liquidadora no habría rendido cuentas a la asamblea general de accionistas sobre su gestión, lo cual la imposibilitaba para el ejercicio del cargo. Adicionalmente, no habría dado aviso a los acreedores de la sociedad acerca del inicio del proceso de liquidación, no habría convocado al máximo órgano social a reuniones ordinarias durante la liquidación, ni habría presentado el inventario detallado de los activos y obligaciones sociales de la sociedad. De otro lado, se ha indicado que el balance final de la liquidación únicamente se encuentra firmado por la liquidadora y por el revisor fiscal, 'faltando la firma del contador público de la empresa para que el balance pueda considerarse como auténtico.' De igual forma, el demandante ha manifestado que hay unos bienes muebles de su propiedad que nunca fueron restituidos durante el proceso de liquidación y, además, las cuentas pendientes por pagar a su favor no fueron canceladas. Finalmente, en la demanda se advierten irregularidades en el libro de actas de la asamblea general de accionistas y en el libro mayor y balances, por cuanto éste último solamente contenía la información hasta noviembre de 2013. (vid. Folios 165 a 172).

Por su parte, el apoderado de las demandadas ha indicado que, en virtud de la enajenación del establecimiento de comercio Colegio Saint Andrew's a la sociedad Velásquez Candamil S.A.S., 'no existían activos que inventariar' y, además, se efectuó una cesión de los créditos a cargo de la sociedad Saint Andrew's, por lo que 'no existían acreedores que notificar' (vid. Folio 204). De la misma manera, ha puntualizado que, en lo relacionado con la inexistencia de operaciones contables en el 2014 y 2015, 'es evidente en cuanto que la compraventa del establecimiento de comercio en las condiciones en que se realizó, dejaba sin actividad a la sociedad [...]'. (vid. Folio 211).

En cuanto al proceso liquidatorio que deben cumplir las sociedades, es relevante mencionar que éstas se encuentran sujetas a agotar el trámite previsto en los artículos 218 a 224 del Código de Comercio. De acuerdo con Reyes Villamizar, 'el hecho de que el proceso lo adelanten las sociedades sin intervención de ningún organismo estatal, no quiere decir que puedan alterarse o pretermitirse los requisitos que fija la ley, pues [...], las normas pertinentes son de carácter

imperativo.⁷ En cumplimiento de tales imperativos, el liquidador se encuentra obligado, en primer término, a informar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y al Ministerio de Trabajo acerca del estado de liquidación en que se encuentra la compañía. De igual forma, es absolutamente relevante para el proceso liquidatorio el aviso a los acreedores sociales como requisito de publicidad, en los términos del artículo 232 del Código de Comercio, cuyo objetivo es ‘el de que todos los acreedores de una sociedad, conocidos o no, se informen del estado de liquidación en que ella se encuentra, para facilitar en esa el que hagan valer sus acreencias oportunamente.’⁸ Del mismo modo, previo al inicio de los trámites de la liquidación, resulta imperativo para el liquidador la realización del inventario del patrimonio social, en donde se detallan los bienes que éste va administrar.

Dicho lo anterior, se debe poner de presente que en comunicación enviada por Sandra Piedrahita Echeverry a este Despacho, la liquidadora informó que ‘no existe[n] activos ni pasivos en la empresa, toda vez que los mismos se incluyeron en la venta del establecimiento de comercio y proyecto educativo, por lo que no hay inventario que presentar [...]’ (vid. Folio 953). En dicha comunicación también se indicó que tanto el aviso de publicación del comienzo de la liquidación como el aviso a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales no se realizaron. Frente al informe de rendición de cuentas aprobado por la asamblea general de accionistas, manifestó que ‘dicho informe no se presentó un mes después de su nombramiento, ya que en el momento de la [a]samblea [...], en la cual se definió la disolución de la sociedad y se le nombró como liquidadora, [se presentó un informe detallado de todos y cada uno de los rubros de los estados financieros de la sociedad] [...]’. De otro lado, expuso que el informe de liquidación no se ha surtido en debida forma y que ‘no existen libros contables debido a que la liquidación no tiene contador, ni auxiliar contable responsable del proceso contable a partir del 2014 pues lo socios no han asumido los costos de la liquidación.’ (vid. Folio 953). Por otra parte, una vez examinado el libro de registro de actas de Saint Andrew’s S.A. en Liquidación, el Despacho pudo observar que no reposan en dicho libro actas de reuniones ordinarias durante el proceso liquidatorio.

Así las cosas, para el Despacho es suficientemente claro que la liquidadora Sandra Piedrahita Echeverry incumplió las reglas contenidas en los artículos 225, 226, 230, 232 y 233 del Código de Comercio. Por lo demás, en lo relacionado con

⁷ De conformidad con Gabino Pinzón, ‘se trata, pues, de un proceso privado, ciertamente, pero de un proceso en parte regulado imperativamente por el legislador, que no se ha limitado a conferir determinadas facultades al liquidador sino que le ha impuesto una serie de obligaciones de las que los socios no pueden exonerarlo, porque están enderezadas no solo a la protección de los asociados mismos, sino también a la protección de terceros a la protección de los terceros que hayan contratado con la sociedad o que tengan, por cualquier causa, situaciones jurídicas creadas con ella.’ F Reyes Villamizar, Derecho Societario Tomo II. Tercera Edición. Editorial Temis. (2017, Bogotá D.C.) 473.

⁸ Cfr. Oficio n.º OA-07546 del 5 de junio de 1972 en F Reyes Villamizar, Derecho Societario Tomo II. Tercera Edición. Editorial Temis. (2017, Bogotá D.C.) 520.

los bienes muebles de propiedad del demandante que nunca fueron restituidos durante el proceso de liquidación y las cuentas pendientes por pagar, de las pruebas practicadas no se pudo constatar que efectivamente ello hubiera ocurrido.

C. Del incumplimiento del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995

El demandante ha afirmado que Alicia Candamil Peláez podría haber violado el régimen colombiano en materia de conflicto de interés. Según lo expresado en la demanda, '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 162). Así, la señora Candamil, actuando en nombre y representación de Velásquez Candamil S.A.S., habría celebrado con la sociedad Saint Andrew's S.A. en Liquidación, en donde ostenta la calidad de miembro principal de la junta directiva y accionista, un contrato de compraventa del establecimiento de comercio denominado Colegio Saint Andrew's.

Previo análisis del caso bajo estudio, el Despacho debe advertir que la participación de los administradores 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, constituye una violación al deber de lealtad, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En caso no de obtener la anuencia del máximo órgano social para la participación en operaciones viciadas por esta clase de conflictos, tales negocios jurídicos deberán ser objeto de revisión judicial. Sobre el particular, esta Delegatura ha precisado en diversos pronunciamientos que, en atención a que ordenamiento jurídico colombiano no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de un conflicto de interés en el ámbito societario, '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' y, para tal efecto, '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.' De esta manera, es necesario acreditar que estas circunstancias 'representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido.'⁹

Bajo los anteriores criterios analíticos, este Despacho ha examinado diferentes hipótesis en las cuales un administrador podría estar incurso en un conflicto de interés. Uno de los supuestos fácticos analizados ha sido el evento en el que el administrador interesado no participa, en ninguna calidad, en la celebración del respectivo negocio jurídico. Ciertamente, de acuerdo con lo precisado por la

⁹ Sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014. Cfr. también sentencia n.º 800-133 del 15 de octubre de 2015.

doctrina comparada, el administrador en conflicto debe poner en conocimiento del máximo órgano social esta circunstancia respecto del interés que se contrapone

en forma tanto directa como indirecta. En lo relativo con el conflicto indirecto, se ha especificado que este concepto se extiende a situaciones en las que el administrador no es directamente la parte con la cual se celebrará el negocio jurídico. Es suficiente, por ejemplo, que el administrador cuente con una participación social en la compañía con la que se llevará a cabo la operación.¹⁰

Al respecto, este Despacho en sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014 explicó, en el marco de un contrato de mutuo, que ‘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 mutuaría, 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.’¹¹

En adición a lo anterior, es pertinente señalar que, tal y como se puntualizó en la citada sentencia, en algunos sistemas, como el estadounidense, se han establecido normas en las que se enuncian los casos que pueden dar lugar a un conflicto de interés. En este sentido, por ejemplo, en el artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (‘Model Business Corporation Act’ o MBCA) se indica que una de las hipótesis fácticas que puede dar lugar al surgimiento de un conflicto de interés se presenta cuando el administrador o una persona vinculada al administrador cuenta con un interés económico significativo (‘material financial interest’) en la operación.¹² Según esta Ley Tipo, ese interés económico

¹⁰ P L Davies, Principles of Modern Company Law, Tenth Edition, Sweet & Maxwell (2016, Londres) 519 y 520.

¹¹ Bajo las reglas del Capítulo 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)

¹² Cfr. artículo 8.60 (1) (ii) de la Ley Tipo de Sociedades de Capital. En estos casos se requiere, además, que el administrador haya conocido tanto la existencia de la operación como del interés económico sustancial.

significativo se concreta en prerrogativas financieras que puedan comprometer la objetividad del administrador, como ocurriría, por ejemplo, si tal sujeto recibe una comisión por la venta de un activo social o tiene una participación accionaria en la compañía que compra ese bien.¹³

Ahora bien, con fundamento en las consideraciones previamente expuestas, en el caso bajo análisis, es necesario determinar si la celebración del contrato de compraventa del establecimiento de comercio Colegio Saint Andrew's entre las sociedades Velásquez Candamil S.A.S. y Saint Andrew's S.A., le significó un conflicto de interés a Alicia Candamil Peláez, en razón de su calidad como administradora de esta última sociedad.

Para comenzar, se debe poner de presente que, una vez revisado el certificado de existencia y representación legal de Saint Andrew's S.A., este Despacho pudo constatar que la señora Candamil Peláez, en efecto, tiene la calidad de administradora de esta compañía, en virtud de su condición de miembro principal de la junta directiva, desde el 8 de junio de 2005 (vid. Folio 39). Por esta razón, se encuentra sujeta al régimen de deberes y responsabilidades establecido en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. De ahí que su posición en la compañía la obliga a orientar sus actuaciones hacia la protección de los intereses de ésta. Así mismo, el Despacho también pudo verificar que la señora Candamil Peláez contaba con un interés económico significativo en la operación objeto del presente litigio, en atención a su calidad de accionista de la sociedad Velásquez Candamil S.A.S. En verdad, el capital social de esta compañía se encuentra distribuido entre dos bloques de participación paritaria conformados por Alicia Candamil Peláez —quien además funge como representante legal de dicha compañía— y Juan Guillermo Velásquez Grisales —cónyuge de esta última—, según lo indicado por la misma señora Candamil a este Despacho.¹⁴

En este orden, parece bastante claro que existían intereses en conflicto en el momento de la celebración del contrato de compraventa del establecimiento de comercio, pues, el interés de Saint Andrew's S.A., en calidad de vendedora era obtener las condiciones contractuales más beneficiosas para ésta —el cual debía ser protegido por sus administradores—, mientras que, el interés particular de Velásquez Candamil S.A.S. apuntaba en sentido opuesto.

Igualmente, es relevante resaltar que los términos de la negociación fueron aprobados en reunión de la asamblea general de accionistas de Saint Andrew's S.A. celebrada el 5 de diciembre de 2013. En dicha reunión la mencionada administradora, no sólo participó en las deliberaciones en su condición de accionista de Saint Andrew's S.A., sino que dio su voto afirmativo para la oferta de compra presentada por Velásquez Candamil S.A.S. Así mismo, la posibilidad de

¹³ Cfr. artículo 8.60 (5) de la Ley Tipo de Sociedades de Capital.. En el comentario oficial a este artículo se precisa que la participación accionaria debe ser significativa (Cfr. MBCA, 160-161).

¹⁴ En audiencia del 18 de mayo 2016, la señora Alicia Candamil Peláez, al indagársele sobre la composición accionaria de Velásquez Candamil S.A.S., manifestó que tenía el 50% y su esposo, Juan Guillermo Velásquez, tenía el 50% restante y que, además, es representante legal de dicha compañía (7:45 a 8:20).

enajenación del establecimiento de comercio fue debatida en diferentes oportunidades por los accionistas de Saint Andrew's, ante las dificultades económicas por las que atravesaba la sociedad. Según lo relatado por la señora Candamil, frente a esa situación de iliquidez de la sociedad, 'se han buscado posibles compradores [del colegio], posibles personas que le inyectaran capital [a la sociedad] y no fue posible. La única opción era que uno de nosotros se quedara con el colegio y en el momento más crítico de la situación Susana no decidió seguir, Sandra estaba interesada en seguir pero no tenía capital y Julio dijo —con su hija— no, no voy a continuar.'¹⁵ Seguidamente, la administradora puntualizó que 'Saint Andrew's, como sociedad, tenía muchas dificultades, [...] teníamos investigación por el Ministerio de Trabajo, teníamos demandas de profesores, entonces veíamos que cada vez se estaba hundiendo más y que, fuera lo que fuera, teníamos que formar otra sociedad, así quedáramos uno, dos o tres de los socios, teníamos que sanear el colegio.'¹⁶ En este sentido, el Despacho puede concluir que el negocio jurídico de compraventa era ampliamente conocido por la señora Candamil.

Así las cosas, para el Despacho existen suficientes indicios de que Alicia Candamil Peláez estaba incurso en un conflicto de interés en el momento de enajenarse el establecimiento de comercio Colegio Saint Andrew's, con lo cual resultaba necesaria la autorización de la asamblea general de accionistas de Saint Andrew's S.A., según lo exigido por el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Sin embargo, de conformidad con la información disponible en el expediente, la existencia del conflicto no fue revelada al máximo órgano social.¹⁷ En consecuencia, la señora Candamil Peláez incumplió el deber de lealtad que le correspondía por virtud del numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

D. Acerca de los perjuicios y sanciones reclamadas en la demanda

Aunque se ha acreditado que las señoras Sandra Bibiana Piedrahita Echeverry y Alicia Elena Candamil Peláez infringieron algunos de los deberes legales que le correspondían como administradoras de Saint Andrew's S.A. en Liquidación, 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 obedece a que las conductas cuestionadas por el demandante tuvieron la virtualidad de lesionar en forma directa el patrimonio de Saint Andrew's S.A. en Liquidación y apenas indirectamente el de los asociados. En esa medida, el demandante no puede reclamar, para sí, los perjuicios que le fueron irrogados a Saint Andrew's S.A. en Liquidación. Bajo las reglas vigentes en Colombia, tal asociado tampoco parece estar legitimado para representar a la referida sociedad en procesos judiciales que busquen resarcir el patrimonio social, a menos que cuenten con la aprobación de la asamblea general de accionistas. Aunque el

¹⁵ Cfr. Grabación de la audiencia del 18 de mayo de 2016 (16:07 a 16:31).

¹⁶ Id. (21:10 a 21:58)

¹⁷ Cfr. Grabación de la audiencia del 27 de octubre de 2016 (46:54 a 47:11, 48:58 a 52:23).

derecho societario ha sido terreno fértil para la legitimación extraordinaria de los asociados, esta prerrogativa tan sólo puede ser conferida por ley, al tratarse de una regla procesal que no admite interpretaciones extensivas.

Esta Delegatura ha sido enfática en señalar que el incumplimiento de los deberes de los administradores sólo lesiona en forma directa a la compañía y, en este sentido, la acción social de responsabilidad sería la única vía disponible en Colombia para reclamar los perjuicios derivados de esa conducta. De esta forma, los asociados 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 consecuentemente 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

Ahora bien, como ya lo ha explicado esta Superintendencia, las circunstancias descritas en el párrafo anterior no desaparecen por el hecho de que la compañía se encuentre disuelta y en estado de liquidación. Esta conclusión se deriva del hecho de que, como se ha explicado en la doctrina, 'la sociedad disuelta no pierde su personalidad jurídica, la cual subsiste durante todo el período de liquidación del patrimonio social [...] La disolución tiene la virtud de cambiar la función activa del patrimonio social en una función eminentemente pasiva que consiste en cubrir primero el pasivo externo y luego el pasivo interno de la sociedad. Pero esa mutación no implica que desaparezca automáticamente la personalidad jurídica, sino que subsiste hasta cuando el liquidador protocoliza el acta final y sus anexos en una notaría del domicilio social y la correspondiente escritura es inscrita en el registro mercantil. Obviamente, estas formalidades son precedidas de la aprobación tanto de las cuentas del liquidador como del acta de distribución del remanente, por parte de la junta de socios o de la asamblea de accionistas'.¹⁹ En línea con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que 'una sociedad en liquidación [...] está dotada aún de personalidad jurídica y, por ende, [es] perfectamente susceptible de ser un sujeto procesal. Puede demandar y ser demandada'.²⁰ Además, según esa Corporación, 'las gestiones que adelanta el liquidador son emprendidas en nombre de la sociedad, la cual, por no haber

¹⁸ Cfr. sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016. Cfr. también a 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.

¹⁹ Cfr. a JI Narváez García, Teoría General de Sociedades (7ª ed., 1996, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley) 335.

²⁰ Sentencia del 21 de julio de 1995 (Sala Civil).

expirado mantiene su individualidad jurídica en frente de sus socios quienes tienen la calidad de acreedores del remanente que deja la cancelación del pasivo externo social, calidad que de ninguna manera los faculta para sustituir al ente societario y pedir para sí las indemnizaciones que a aquella le correspondan [...] la finalidad de [la acción indemnizatoria] no es la de resarcir el daño patrimonial causado a los socios, sino el perjuicio producido a la sociedad como persona jurídica independiente de quienes la conforman, por manera tal que el producto del resarcimiento ingresará al patrimonio social cuya primera destinación es el pago de su pasivo externo, circunstancia frente a la cual los socios mantienen una mera expectativa de acceder al remanente, si lo hay'.²¹

Parece entonces suficientemente claro que el señor Gálvez Ospina sólo podrá reclamar los perjuicios sufridos a título personal como consecuencia del incumplimiento de los deberes de las administradoras de Saint Andrew's S.A. en Liquidación, una vez se hubiere producido la extinción de esa compañía. Para tales efectos podrá invocarse, por ejemplo, el mecanismo de protección contemplado en el artículo 255 del Código de Comercio. No sobra advertir, finalmente, que este Despacho se ha pronunciado ya acerca de los mecanismos de defensa con los que cuentan los asociados de la minoría para proteger sus intereses.²² Sin embargo, por las razones que acaban de exponerse, el Despacho negará las pretensiones indemnizatorias formuladas en la demanda.

Finalmente, el Despacho considera pertinente efectuar algunas precisiones sobre la inhabilidad para ejercer el comercio solicitada por la sociedad demandante. Si bien el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 faculta a esta Superintendencia para la imposición de multas o para declarar la inhabilidad para ejercer el comercio del administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, el juez deberá estudiar cada caso en particular a fin de establecer si se justifica imponer la inhabilidad en comento. Para tal efecto, se ha dicho que esta sanción es procedente para la 'guarda de ciertos intereses generales, como la seguridad de los terceros'.²³ Con fundamento en lo anterior, en el caso bajo análisis, el Despacho no ha encontrado motivos lo suficientemente contundentes como para concluir que las conductas examinadas en este proceso ameriten imponer la drástica sanción estudiada.

Por lo demás, es pertinente aclarar que, en el evento de incumplimiento de las exigencias contenidas en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, le corresponde a los jueces proceder a dar aplicación a las consecuencias jurídicas establecidas en la ley, entre ellas, la nulidad absoluta del respectivo negocio jurídico. No obstante, es pertinente aclarar que en el presente proceso no fue solicitada la nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de

²¹ Id.

²² Cfr., por ejemplo, sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016.

²³ Comisión Revisora del Código de Comercio, Exposición de Motivos del Libro Primero (1958, Bogotá, s.e.) 23 a 24.

los administradores, por lo tanto, este Despacho no podría aplicar esta sanción al negocio jurídico de compraventa controvertido.²⁴

Con todo, aunque el Despacho de modo oficioso advirtiese la mencionada nulidad, el apoderado de las demandadas no habría contado con la oportunidad de defenderse en contra de tales argumentos. Esta circunstancia viciaría una posible actuación oficiosa del Despacho, según lo ha manifestado la Corte Constitucional en los siguientes términos: ‘la falta de concordancia entre el debate argumentativo y probatorio realizado en el proceso verbal sumario y la decisión adoptada por la Superintendencia de Sociedades [...] desconoce [el] derecho a la defensa [de la demandada], pues no tuvo la posibilidad de presentar pruebas y argumentos para desvirtuar las conclusiones de la sentencia’.²⁵

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar que Sandra Bibiana Piedrahita Echeverry y Alicia Elena Candamil Peláez, en su calidad de administradoras de Saint Andrew’s S.A. en Liquidación, incumplieron los deberes legales que le correspondían por virtud del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia.

Segundo. Desestimar las demás pretensiones formuladas en la demanda.

Tercero. Condenar en costas a las demandadas y fijar como agencias en derecho a favor del demandante, la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuarta. Levantar las medidas cautelares decretadas.

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

²⁴ En los términos del artículo 281 del Código de General del Proceso, ‘no podrá condenarse al demandado [...] por causa diferente a la invocada en [la demanda]’. Sobre el particular es relevante consultar la siguiente opinión, expresada por el Consejo de Estado para revocar una sentencia judicial: ‘En la sentencia no puede condenarse al demandado por causa diferente a la invocada en la demanda. Así las cosas, la sentencia de primera instancia fue “extra petita”, puesto que se acogió la pretensión de la actora pero por una causa diferente a la planteada por ésta o deducida de hechos no alegados [...] El respeto al principio de congruencia persigue no sólo la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial que dé certeza sobre el asunto que se ha puesto a consideración del juez, sino salvaguardar el debido proceso y el derecho de defensa de la contraparte, quien dirige su actuación procesal a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda’. Cfr. Sentencia del 6 de octubre de 2009 (Sección Cuarta).

²⁵ Cfr. Sentencia No. T-757 de 2009.



Sentencia n.º 800-126 del 6 de diciembre de 2017

Partes	El Zarzal S.A. contra Arturo Escallón Lloreda y Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso El Zarzal
Asunto	Abuso de mayoría en la creación de una junta directiva espuria.
Tramite	Proceso verbal sumario
Número del proceso	2015-800-181

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada ante el Despacho busca controvertir la responsabilidad de Arturo Escallón Lloreda por el incumplimiento de sus deberes como administrador de El Zarzal S.A. En criterio del apoderado de la demandante, el contrato de fiducia irrevocable de administración y pagos celebrado el 18 de marzo de 2015 por el señor Escallón Lloreda, en su calidad de representante legal de El Zarzal S.A., y Alianza Fiduciaria S.A., se encontraría viciado por conflicto de interés, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Así, la sociedad demandante, mediante una acción social de responsabilidad, busca que este Despacho declare absolutamente nulo el contrato referido y que condene a Arturo Escallón Lloreda a resarcir los perjuicios sufridos por la compañía, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 y con el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 (vid. Folios 26 a 30). Por otra parte, la demanda también se encuentra encaminada a que se declare que el señor Escallón transgredió su deber de velar por el estricto cumplimiento de normas estatutarias y legales, además de haber vulnerado el derecho de inspección de los accionistas de El Zarzal S.A., en los términos de los numerales 2 y 6 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

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

Según lo expresado en la demanda, el señor Arturo Escallón Lloreda, en representación de El Zarzal S.A., celebró con Alianza Fiduciaria S.A. un contrato de fiducia mercantil viciado por conflicto de interés, sin contar con la autorización del máximo órgano social contemplada en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. La demandante ha señalado que el señor Escallón, además de ser primer suplente del gerente de El Zarzal S.A., figura también como beneficiario del 19.5657% de derechos fiduciarios del Fideicomiso El Zarzal, cuyos demás beneficiarios son personas ligadas a él por estrechos vínculos de parentesco. De esta manera, el señor Escallón habría celebrado un negocio jurídico en el que tanto él como familiares suyos contaban con un interés económico. En palabras del apoderado 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 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' (vid. Folio 25). Además, se habría excluido a Clear Pond Investment Corp —accionista controlante de El Zarzal S.A.— en la conformación del Fideicomiso El Zarzal y se habrían sustraído bienes de El Zarzal S.A. para favorecer a terceros no accionistas de esta sociedad, como lo son Lucrecia Lloreda de Escallón y María Elisa Escallón Lloreda.

De igual manera, en virtud de la celebración de dicho contrato, se habría producido una 'apropiación por parte del representante legal inconsulta e ilegal de los dineros de la sociedad' debido a que una vez realizados los giros producto de la explotación económica de los bienes fideicomitidos, los excedentes serían dirigidos al administrador (vid. Folio 27).¹

Por su parte, el entonces apoderado de Arturo Escallón Lloreda señaló que 'el administrador de los bienes no recibe remuneración alguna por su labor, con lo cual no puede afirmarse bajo ninguna óptica que Arturo Escallón Lloreda se beneficia del patrimonio autónomo' (vid. Folio 282). Así mismo, en criterio del mismo apoderado, 'no existe ningún conflicto de interés, primero porque no existe ningún beneficio económico para mi poderdante, ni para su núcleo familiar. En efecto, el contrato es sumamente claro al decir, los recursos que entran al fideicomiso se utilizan para, uno, suplir la operación de El Zarzal S.A. y dos, los gastos, el sostenimiento congruo de la señora Lucrecia de Escallón y María Elisa Escallón y, en tercer lugar, si queda un excedente, ese excedente sí será para los beneficiarios del patrimonio autónomo, [...] Alejandro Escallón Lloreda, [...] Patricia Escallón, [...] mi poderdante sumado con sus hijos, por ende no puede decirse que existe una mejor posición'.² Adicionalmente, se ha dicho en este proceso que El Zarzal S.A. y Clear Pond Investment Corp comparten en su estructura miembros de la familia Escallón Lloreda, por lo cual en nada afecta el hecho de haberse omitido como beneficiaria a Clear Pond Investment Corp. pues sus accionistas —o beneficiarios reales— en todo caso sí quedaron incluidos como beneficiarios en el contrato de fiducia mercantil.

En este punto, es preciso aludir brevemente a los pronunciamientos emitidos por este Despacho sobre las reglas colombianas en materia de conflictos de interés.

¹ En palabras del apoderado de la demandante, el conflicto de interés se configura debido a que 'mejora la posición personal de él [Arturo Escallón Lloreda] y de su grupo familiar frente al patrimonio de la sociedad, excluye a la sociedad del manejo de los bienes de la sociedad, cambia [...] los quórum para decidir [...] los quórum especiales que hay en la sociedad son mayoría [...] aquí se habla de unanimidad, y es más, consagra de manera indirecta la inamovilidad de los administradores [...] porque para removerlo se requiere el voto unánime, ósea el voto de él también y de sus hijos [...] El Zarzal no recibe nada en contraprestación por el contrato de fiducia [...] por el contrario [...] está obligado a asumir unas cargas sin ningún contraprestación, impuestos y demás [...] se deja a la sociedad sin un capital de trabajo [...] cambia también en favor suyo los órganos de administración y dirección'. Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 26 de febrero de 2016, folio 402 del expediente (01:27:42 – 01:30:13).

² Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 26 de febrero de 2016, folio 402 del expediente (01:31:25 – 01:32:10).

Según el 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.º 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.º 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. [...]’.

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

administrador'.³ En el caso 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'.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho puede concluir que la celebración del aludido contrato de fiducia estuvo claramente viciada por un conflicto de interés. Ciertamente, Arturo Escallón Lloreda, en su calidad de administrador de El Zarzal S.A.,⁵ suscribió un contrato denominado 'contrato de fiducia irrevocable de administración y pagos', por cuya virtud transfirió una parte sustancial de los activos de El Zarzal S.A. a un patrimonio autónomo denominado Fideicomiso El Zarzal, en el cual detentaba importantes intereses económicos, contrapuestos con los mejores intereses de la sociedad de la que era administrador (vid. Folios 119 a 150). En verdad, este Despacho pudo verificar la transferencia efectiva del derecho pleno de dominio y posesión sobre bienes de El Zarzal S.A. en favor del Fideicomiso El Zarzal,⁶ y que tuvo como consecuencia

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

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

⁵ Es preciso anotar que para el 18 de marzo de 2015, fecha en que se protocolizó el contrato de fiducia que aquí se discute, el señor Arturo Escallón Lloreda era en efecto quien fungía como administrador de El Zarzal S.A (vid. Folio 120). Mediante acta n.º 3 inscrita en el registro mercantil el 9 de diciembre de 1992 el señor Arturo Escallón Lloreda fue nombrado como primer suplente del gerente, y habría ocupado dicho cargo hasta la fecha de su remoción al ser aprobada una acción social de responsabilidad en su contra en reunión asamblearia del 5 de junio de 2015 por virtud de lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 (vid. Folios 90 a 118, 115 y 153).

⁶ Debe resaltarse que la custodia y tenencia de estos bienes fue entregada al administrador, el señor Arturo Escallón Lloreda, mientras no existieran contratos de arriendo vigentes sobre los bienes fideicomitados, y su administración se realizaría bajo los términos y condiciones del contrato

que la compañía demandante se viera privada de la explotación económica de importantes activos sociales.

Este Despacho pudo verificar que para la fecha de celebración de dicho contrato, no todos los accionistas de El Zarzal S.A. fueron incluidos como beneficiarios de derechos fiduciarios o de pagos. En verdad, quien fuera el accionista mayoritario de la compañía demandada, esto es, Clear Pond Investment Corporation, no fue incluido como beneficiario de ninguna clase en el contrato referido (vid. Folios 120 y 121). Dicha exclusión implicaría un perjuicio para la referida sociedad accionista, que a la terminación del contrato de fiducia no podría acceder a los bienes en proporción a su participación en El Zarzal S.A. En efecto, de acuerdo con la cláusula décima sexta del contrato de fiducia, '[a]l terminarse la [fiducia] por cualquier razón los beneficiarios fiduciarios recibirán los bienes en la proporción señalada para uno de ellos en este [c]ontrato' (vid. Folio 138). Debe anotarse que los derechos fiduciarios no daban lugar a pagos de ninguna clase a 'personas diferentes de las [beneficiarias de pago]'.⁷ Sin embargo, lo cierto es que los beneficiarios de derechos fiduciarios hacían parte del denominado 'comité fiduciario', órgano que impartía instrucciones a la fiduciaria para la explotación económica de los bienes fideicomitidos y cuyas decisiones se adoptarían por mayoría de sus miembros (vid Folios 123 y 147).⁸

Por otra parte, Lucrecia Lloreda de Escallón y María Elisa Escallón Lloreda, sin ser accionistas de El Zarzal S.A., fungen como beneficiarias de pago del Fideicomiso El Zarzal y por lo tanto son las únicas autorizadas para recibir pagos de esta estructura fiduciaria (vid. Folio 121).⁹ No obstante, lo cierto es que el objeto social de El Zarzal S.A. no parece estar limitado al sostenimiento congruo de estas personas (vid Folio 152).

Adicionalmente, este Despacho pudo establecer que Arturo Escallón Lloreda fue nombrado como administrador del Fideicomiso El Zarzal (vid. Folio 121). Como administrador, Arturo Escallón recibiría los excedentes resultantes de los giros que ordenara el fideicomitente, previo descuento de la comisión fiduciaria y de los costos y gastos de administración (vid Folio 123).¹⁰ Así, pues, resulta claro que el señor Escallón Lloreda, como beneficiario de derechos fiduciarios, influía

de comodato que suscribiera la fiduciaria y el administrador. Cfr. Cláusula décima del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos (vid. Folio 134 reverso). En este punto, es preciso aclarar que Alianza Fiduciaria S.A. informó que '[n]o existe un contrato de comodato escrito y firmado entre el señor [Arturo Pedro Pablo Escallón Lloreda] y [Alianza Fiduciaria S.A.] [...] adicional a lo acordado en la cláusula [d]écima del [c]ontrato de [f]iducia' (vid. Folio 1064).

⁷ Cfr. Cláusula primera del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos (vid Folio 121).

⁸ Cfr. Cláusulas quinta y trigésimo quinta del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos. Ahora bien, este Despacho pudo comprobar que de acuerdo con el artículo décimo sexto de dicho contrato '[d]ichos beneficiarios siempre deberán actuar de común acuerdo a través del [comité fiduciario] y dar las instrucciones a [la fiduciaria] en forma escrita' (vid. Folio 138 reverso).

⁹ Cfr. Cláusula primera del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos.

¹⁰ Cfr. Numeral 6° de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos.

finalmente en la forma como se impartían las instrucciones para la explotación económica de los bienes fideicomitidos y, en todo caso, como administrador, sería el beneficiario de los excedentes de las operaciones del fideicomiso. Lo anterior, daría razón a lo que la demandante alude en el sentido que habría una 'apropiación por parte del representante legal inconsulta e ilegal de los dineros de la sociedad' (vid. Folio 27).

Todo lo anterior quiere decir que el señor Escallón, en su condición de administrador de El Zarzal S.A., estaba obligado legalmente a velar por los mejores intereses de ésta. Sin embargo, al mismo tiempo, el demandado contaba claramente con un interés económico que giraba en torno a los derechos fiduciarios que él y sus familiares poseían en el Fideicomiso El Zarzal, del cual, como ya se dijo, fungía también como administrador. Así las cosas, resulta claro para este Despacho que la confluencia de ambos intereses en cabeza de Arturo Escallón Lloreda, lo habría situado en un conflicto de interés, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En verdad, al momento en que el señor Escallón suscribió en nombre de El Zarzal S.A. el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos, su juicio objetivo estuvo siempre comprometido. En este sentido, el señor Escallón debía tramitar la autorización contemplada en las normas precitadas ante el máximo órgano social de El Zarzal S.A. Sin embargo, el Despacho no pudo corroborar la existencia de una autorización semejante respecto de las operaciones descritas.

Así las cosas, con fundamento en lo previsto por el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009, este Despacho ha encontrado mérito suficiente para declarar la nulidad del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos celebrado el 18 de marzo de 2015 entre El Zarzal S.A. y Alianza Fiduciaria S.A. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, el Despacho ordenará las restituciones mutuas correspondientes. En línea con lo anterior, se ordenará a Alianza Fiduciaria S.A que le restituya a El Zarzal S.A. todos los bienes transferidos con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia. Una vez verificada la transgresión a lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se condenará al señor Arturo Escallón Lloreda a indemnizar los perjuicios que han resultado probados en el presente proceso.¹¹ De acuerdo con el juramento estimatorio, el total estimado de perjuicios sufridos por la demandante ascendería a un total de \$63.196.600 por concepto de gastos y costos para la constitución de la fiducia y el pago de la comisión fiduciaria. Dicha estimación, fue objetada por el apoderado de Arturo Escallón en la medida en que estos perjuicios son inexistentes y no incluye el valor real de los bienes inmuebles en la valoración del daño emergente. Sin embargo, este Despacho pudo comprobar que los gastos y costos relacionados con la constitución de la fiducia ascendían a un total de

¹¹ El Despacho pudo comprobar la existencia de una determinación social consistente en la aprobación de una acción social de responsabilidad en contra de Arturo Escallón Lloreda, según lo requerido por el artículo 25 de la ley 222 de 1995 (vid. Folio 115).

\$32.107.593.¹² De la misma forma, la comisión fiduciaria ascendería a un total de \$84.026.187.¹³ Ahora bien, en cuanto al valor real de los bienes inmuebles, debe decirse que no hay lugar a su reconocimiento, pues con ocasión de las restituciones mutuas que surgen como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato de fiducia mercantil, dichos bienes serán reintegrados al patrimonio social de El Zarzal S.A.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho condenará a Arturo Escallón Lloreda a resarcirle a El Zarzal S.A. los perjuicios derivados de la infracción de sus deberes como administrador de la compañía, por un valor equivalente a \$116.133.780, junto con los intereses que correspondan hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.

2. Acerca del deber de velar por el estricto cumplimiento de las normas estatutarias y legales

Según lo expresado en la demanda, las actas n.^{os} 20, 21, 22 y 23 adolecen de los requisitos que señalan los artículos 185, 189 y 431 del Código de Comercio. Sobre este punto, este Despacho pudo verificar que en efecto las actas n.^{os} 20 a 23 no registraron el número de votos emitidos para la aprobación de los informes de gestión de los administradores y del revisor fiscal (vid Folios 78, 79, 83 y 85). Debe decirse que, a pesar de la corrección realizada mediante acta n.^o 24, lo cierto es que dichos defectos no fueron debidamente subsanados (vid. Folio 87). De otro lado, este Despacho pudo comprobar que en al acta n.^o 25 del 22 de abril de 2015 no quedó registro de la presencia en dicha reunión asamblearia de Andrés Escallón Salazar, quien representaba 317 acciones, por lo tanto no podría haberse dejado la constancia respecto de la presencia del 100% de las acciones suscritas (vid. Folios 85 y 88). Por su parte, la convocatoria a la reunión asamblearia que tuvo lugar el 25 de marzo de 2014 según consta en el acta n.^o 23, no se habría realizado con la antelación requerida por los estatutos, pues por tratarse de una reunión donde se aprobaban estados financieros, se debería realizar la convocatoria con 15 días hábiles de anticipación sin incluir el día de la

¹² Dicha valoración surge de la liquidación de derechos notariales, los derechos e impuestos de registro, y el valor causado por la labor de estructuración del contrato de fiducia (vid. Folios 139 y 747 a 752).

¹³ La demandante estimó sus perjuicios por concepto de comisión fiduciaria en una suma equivalente a \$23.196.600. En este punto, debe recordarse que el artículo 206 del Código General del Proceso, '[e]l juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete'. Sin embargo, en la audiencia celebrada el 4 de octubre de 2016, este Despacho autorizó a Alianza Fiduciaria S.A. para que descontara, con cargo a los recursos del patrimonio autónomo, la comisión fiduciaria derivada de su gestión como vocera del Fideicomiso El Zarzal, se tendrán en cuenta los informes de gestión y rendición de cuentas del Fideicomiso El Zarzal para calcular los perjuicios sufridos por concepto de comisión fiduciaria con posterioridad a la presentación de la demanda (vid. Folio 724). De ahí que, hasta el mes de agosto de 2017, se habría causado un saldo total de \$76.125.237 por concepto de comisión fiduciaria (vid. Folio 1333 reverso). Adicional a ello, habría de adicionarse lo correspondiente al mes de septiembre, octubre y noviembre del mismo año por un valor de \$7.900.950. Así las cosas, el valor total de la comisión fiduciaria ascendería a \$84.026.187.

convocatoria ni el de la reunión. Así, pues, habiéndose realizado la convocatoria el 10 de marzo de ese año, no se habría cumplido con este requisito estatutario.¹⁴

Por último, la demandante señala también que el señor Escallón debió abstenerse de votar sus propios informes de gestión y estados financieros en reuniones asamblearias cuyas decisiones obran contenidas en las actas n.º 20, 21, 22 y 23, en atención a lo dispuesto por el artículo 185 del Código de Comercio.

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 y daría lugar a 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'.¹⁵

Ahora bien, este Despacho pudo comprobar que, tal como se advirtió anteriormente, el señor Arturo Escallón se habría desempeñado en su cargo como primer suplente del gerente desde la inscripción del acta n.º 3 en el registro mercantil el 9 de diciembre de 1992 hasta la fecha de su remoción el 5 de junio de 2015 (vid. Folios 115 y 153).¹⁶ Sin embargo, los estados financieros correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013 fueron aprobados 'en su totalidad de forma unánime por el 100% de los accionistas asistentes a la reunión' (vid. Folios 80, 84 reverso y 86 reverso). Ahora bien, a pesar que las citadas actas fueron corregidas mediante acta n.º 24, lo cierto es que nunca se descontabilizaron los votos del administrador de El Zarzal S.A.

Así, pues, resulta claro que los defectos aquí estudiados implican una transgresión a lo dispuesto por los artículos 185, 189 y 431 del Código de Comercio, y por esa vía un incumplimiento por parte de Arturo Escallón Lloreda como administrador de El Zarzal S.A. —quien además figura como presidente en las reuniones que aquí se controverten— al deber contenido en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

¹⁴ En virtud de lo dispuesto por el artículo 16 de los estatutos de El Zarzal S.A., '[p]ara las reuniones donde haya de aprobarse el balance de fin de ejercicio, la convocatoria se hará cuando menos con quince (15) días hábiles de anticipación' (vid. Folio 948 reverso).

¹⁵ FH Reyes Villamizar, Derecho Societario (2014, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis) Pág. 586. En línea con lo anterior, esta Superintendencia ha explicado 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'. Cfr. oficio n.º 220-30552 del 3 de mayo de 2000

¹⁶ Debe anotarse que por escritura pública n.º 3198 de la Notaría 9 de Bogotá, D.C., inscrita en el registro mercantil el 26 de julio de 1973 fue nombrado Gustavo Escallón Caicedo como gerente de El Zarzal S.A. Sin embargo, el señor Escallón Caicedo falleció el 1 de abril de 2006 según consta en el registro civil de defunción, sin que se hubiese asignado su reemplazo (vid. Folios 153 reverso y 232). Ahora bien, mediante acta n.º 3 inscrita en el registro mercantil el 9 de diciembre de 1992 el señor Arturo Escallón Lloreda fue nombrado como primer suplente del gerente, y habría ocupado dicho cargo hasta la fecha de su remoción al ser aprobada una acción social de responsabilidad en su contra en reunión asamblearia del 5 de junio de 2015 por virtud de lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 (vid. Folios 90 a 118).

3. Acerca del derecho de inspección

Ahora bien, señala la demandante que el derecho de inspección de los accionistas de El Zarzal S.A. fue obstruido lo cual constituye una causal de remoción prevista en el artículo 48 de la Ley 222 de 1995. Lo primero que debe decirse es que, la remoción y designación de los administradores corresponde, en primer lugar, al máximo órgano social de El Zarzal S.A., o en su defecto, a la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia, en ejercicio de facultades administrativas de conformidad con lo dispuesto por los artículos 82 y siguientes de la Ley 222 de 1995 y el numeral 7 del artículo 14 del Decreto 1023 de 2012. En todo caso, debe anotarse que al ser aprobada la acción social de responsabilidad que aquí se estudia ‘implicará la remoción del administrador’ en los términos del artículo 25 de la Ley 222 de 1995. Así, pues, el Despacho desestimaré la pretensión cuarta de la demanda respecto de la remoción del administrador.

Por su parte, el demandado en su contestación señaló que el señor Jaime Pava, sí pudo ejercer el derecho de inspección en favor de sus representados, señalando que ‘lo único que no puedo verificar fueron documentos relativos al pago del impuesto predial de unos inmuebles y hojas de vida de algunos empleados’ (vid. Folio 283).

Sobre el particular, debe señalarse que en las sociedades anónimas, como lo es El Zarzal S.A., de acuerdo con lo establecido en los artículos 379 y 422 del Código de Comercio, los administradores deben permitir al accionista ejercer ‘libremente’ el aludido derecho durante los quince días anteriores a la reunión ordinaria del máximo órgano social. Ciertamente, por tratarse sociedades de capitales —en las que la gestión de los negocios sociales se entrega a los directores de la compañía—, los accionistas no acceden de forma permanente a la información societaria. El ejercicio de esta prerrogativa en este tipo de sociedades se justifica, más bien, por la necesidad de que los asociados ‘puedan documentarse suficiente y adecuadamente sobre el aspecto económico de la compañía en pos de posibilitar una participación activa en la [reunión de la] asamblea, como también el que puedan votar a conciencia las diferentes determinaciones puestas a su consideración’.¹⁷ El derecho de inspección, sin embargo, ‘no tiene carácter absoluto, comoquiera que no puede convertirse en un obstáculo permanente que atente contra la buena marcha de la [sociedad]’.¹⁸ Es por ello que resulta posible su regulación por decisión del máximo órgano social, siempre que no se alteren sus presupuestos mínimos, que no son más que los establecidos en la ley.¹⁹

Ahora bien, los estatutos de El Zarzal S.A. señalan al respecto que ‘[e]l inventario, el balance, los demás estados financieros, y las memorias e informes justificativos

¹⁷ Cfr. Superintendencia de Sociedades, concepto n.º 220-176650 del 13 de septiembre de 2016.

¹⁸ Id.

¹⁹ FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 3ª Edición (2016, Bogotá, Editorial Temis) 536. Se trata de un derecho individual ‘no susceptible de ser alterado en sus presupuestos mínimos por determinación colegiada adoptada en los órganos sociales’.

de los mismos deben ponerse a disposición de los accionistas en las oficinas de la administración con la misma anticipación con que se convoque a la asamblea de accionistas a la reunión en que deberá considerarse' (vid. Folio 949).²⁰

Así las cosas, el Despacho no encontró pruebas suficientes para declarar la responsabilidad del administrador por haber infringido el numeral 6 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

4. Acerca de los reparos formulados por Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso El Zarzal

El apoderado de Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso El Zarzal, interpuso diversas excepciones de fondo relacionadas, principalmente, con la validez del contrato de fiducia, la vinculación de su poderdante al proceso y la falta de competencia de esta Superintendencia para conocer acerca de la nulidad de dicho contrato. Sobre el particular, lo primero que debe decirse es que estos argumentos ya han sido analizados por este Despacho en el transcurso de este proceso.²¹ Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho estima necesario realizar algunas precisiones.

Por un lado, debe advertirse que a este Despacho no le corresponde pronunciarse acerca de los requisitos de validez del contrato de fiducia, a la luz de las normas invocadas por el referido apoderado, toda vez que estos no hace parte del objeto del presente litigio.²² Con todo, al controvertirse el incumplimiento del régimen de deberes a cargo de los administradores sociales, a la luz del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, este Despacho sí resulta competente para tramitar el presente proceso. Ahora bien, una violación de las reglas societarias mencionadas puede devenir en la nulidad absoluta de los negocios jurídicos celebrados por el administrador en nombre de la sociedad, en los términos previstos en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009. Lo anterior presupone que, según lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, 'al pleito concurren, 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

²⁰ Cfr. Artículo 26 de los estatutos sociales de El Zarzal S.A.

²¹ Cfr. Auto n.º 800-6857 del 4 de mayo de 2016.

²² Por otra parte, debe recordarse que en virtud del especial ámbito de facultades jurisdiccionales atribuidas a este Despacho por la ley, es únicamente posible dirimir controversias que requieran necesariamente de la aplicación de las reglas que componen el régimen societario colombiano. En verdad, según lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, las facultades jurisdiccionales atribuidas a esta entidad tienen carácter excepcional y, por tanto, deben estar expresamente asignadas por la ley. Sobre este particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-436 de 2013 ha expresado que '[e]stá constitucionalmente ordenado que la atribución de funciones jurisdiccionales [a autoridades administrativas] sea excepcional. Ello tiene como efecto la exigencia de interpretar restrictivamente las normas que asignen tal tipo de funciones y un deber de evitar que su atribución constituya la regla general'. Así, pues, para efectos de consultar las funciones jurisdiccionales que le han sido asignadas a esta Superintendencia, es pertinente remitirse a lo previsto en el numeral 5º del artículo 24 del Código General del Proceso, así como a las Leyes 446 de 1998 y 1258 de 2008, entre otras.

que lo celebraron'.²³ En este sentido, Alianza Fiduciaria S.A. fue vinculada al proceso por haber participado en la celebración del contrato controvertido en este proceso.

Por otra parte, en cuanto a la existencia de una cláusula compromisoria, debe recordarse que, según consta en la escritura pública n.º 1542 del 18 de marzo de 2015, la cláusula invocada por el recurrente sólo cobija '[l]as controversias o diferencias que ocurran entre las partes [...]' (vid. Folio 143). Así las cosas, resulta claro que la demanda presentada por El Zarzal S.A. no se fundamenta en la existencia de una controversia entre esa sociedad y Alianza Fiduciaria S.A., sino entre la compañía demandante y el antiguo suplente de su representante legal, vale decir, Arturo Escallón Lloreda. Por los motivos expuestos, las excepciones alegadas por Alianza Fiduciaria S.A. no están llamadas a prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar que Arturo Escallón Lloreda incumplió los deberes que le correspondían en su calidad de administrador de El Zarzal S.A., consagrados en los numerales 2 y 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Segundo. Declarar la nulidad absoluta del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos celebrado el 18 de marzo de 2015 entre El Zarzal S.A. y Alianza Fiduciaria S.A.

Tercero. Ordenarle a Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso El Zarzal que le restituya a El Zarzal S.A. todos los bienes transferidos con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos celebrado el 18 de marzo de 2015 entre El Zarzal S.A. y Alianza Fiduciaria S.A.

Cuarto. Oficiar las oficinas de registro de instrumentos públicos para que se realicen las anotaciones correspondientes en los folios de matrícula inmobiliaria número 50N-20161756, 50N-20161741, 50N-20161742, 50N-20161745, 50C-38513, 50C-186906, 50C-909839, 50C-909838, 50C-326014, 50C-359531, 50C-105938, 50C-703881, 50C-1161822 y 50C-456112 en favor de El Zarzal S.A.

Quinto. Condenar a Arturo Escallón Lloreda a resarcirle a El Zarzal S.A. los perjuicios derivados de la infracción de sus deberes como administrador de la compañía, por un valor equivalente a \$116.133.780, junto con los intereses que correspondan hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.

²³ Cfr. G. J t. CLXVI, pág. 631. Criterio que ha reiterado entre otras, en sus sentencias del 10 de octubre de 1995, 10 de abril de 1996 y 20 de abril de 1998, 11 de marzo de 2004 (Sala Civil).

Sexto. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo. Ordenar el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en el presente proceso.

Octavo. Remitir copia íntegra del expediente a la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades para que adelante las gestiones a que haya lugar.

Noveno. Condenar en costas a Arturo Escallón Lloreda, y fijar como 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 seis días del mes de diciembre de dos mil diecisiete y se notifica en estrados.



Sentencia n.º 800-129 del 19 de diciembre de 2017

Partes	Sloane Logistics S.A.S. contra Carbones de los Andes (Carboandes) S.A., Sloandes Logistics S.A.S. y Juan Carlos Quintero Castro
Asunto	Responsabilidad de los administradores
Tramite	Proceso verbal
Número del proceso	2016-800-354

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada a consideración de este Despacho busca controvertir la responsabilidad de Juan Carlos Quintero por el incumplimiento de sus deberes como administrador de Sloandes Logistics S.A.S. En criterio del apoderado de la demandante, el contrato para la adquisición de intangibles celebrado por Juan Carlos Quintero, en su condición de representante legal de Sloandes Logistics S.A.S., se encontraría viciado por conflicto de interés, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Así, las pretensiones se encuentran encaminadas a que este Despacho declare absolutamente nulo el contrato referido y que condene a Juan Carlos Quintero a resarcir los perjuicios sufridos por la demandante por la suma de \$3.000.000.000,¹ de conformidad con lo previsto por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 y el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009. Antes de analizar los argumentos esgrimidos por las partes, el Despacho estima conveniente empezar por hacer referencia a las circunstancias que podrían justificar la intervención de los jueces en esta clase de asuntos.

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

Lo primero que debe decirse es que, de conformidad con el 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

¹ A juicio de la demandante, al ser anulada la operación que se controvierte se afectará el patrimonio de Sloandes Logistics S.A.S. y, por lo tanto, el valor de las acciones emitidas y colocadas. De esta manera, el valor correspondiente a \$3.000.000.000 es el perjuicio que Sloane Logistics S.A.S. considera podría causarse ‘equivalente a la disminución del valor de su inversión como accionista al afectarse el patrimonio de [Sloandes], como efecto directo de la anulación de la compra de intangibles’ (vid. Folio 389). Sobre este punto, debe anotarse que Carboandes S.A. presentó objeción al juramento estimatorio en tanto que ‘no existe ninguna evidencia o mero cálculo matemático siquiera, que permita entrever que el valor indicado en la pretensión sexta, corresponde aun sumariamente a un monto determinado y/o determinable’ (vid. Folio 610). Adicionalmente, alega el apoderado de Sloandes Logistics S.A.S., como excepción de fondo, la inexistencia del perjuicio sufrido, en tanto que lo pagado por la demandante a Carboandes S.A., producto del contrato, fue reflejado como un activo intangible de Sloandes Logistics S.A.S. (vid. Folios 635 a 638).

general de accionistas'. La norma precitada, en la cual se fundamenta 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.º 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.º 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 [...]'. En el caso de Handler S.A., se concluyó que los administradores que pretendan participar en operaciones de la naturaleza indicada deberán surtir el trámite de autorización previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009. A continuación se presentan los argumentos formulados por el Despacho para sustentar la conclusión a que se ha hecho referencia:

'En el derecho societario comparado se ha hecho énfasis en 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*).² Este especial escrutinio se justifica por la posibilidad de que tales personas, conocidas en la doctrina comparada como 'partes vinculadas', se valgan

² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights* (2012).

de su ascendencia sobre la sociedad para extraer prerrogativas económicas inmerecidas en el curso de una relación contractual.[...]³

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 frecuente uso en estudios sobre conflictos de interés, en el que una misma persona es propietaria, respectivamente, del 60% y el 90% de las acciones de dos compañías que contratan entre sí.⁴ 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 tendrá incentivos para promover condiciones contractuales que favorezcan a la compañía en la que cuenta con una mayor participación de capital.⁵ 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 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 1995.⁶ De no cumplirse con esta obligación, podrá solicitarse la nulidad absoluta del respectivo negocio jurídico, tal y como se ha reconocido expresamente en el Decreto 1925 de 2009 [...]. También podrá hacerse efectiva la responsabilidad del respectivo administrador, por la violación expresa de los deberes legales a su cargo.⁷

2. Acerca de la operación controvertida en la demanda

Según lo expresado en la demanda, la operación controvertida consiste en la adquisición de intangibles que comprenden derechos de explotación de cupos y tarifas preferenciales en la sociedad Operadora de Carbón de Santa Marta

³ 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.

⁴ 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*.

⁵ FH O'Neal y RB Thompson (2004) 3-121 a 3-136.

⁶ 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 artículo 23 de esa norma, '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.

⁷ Sentencia n.º 800-142 del 10 de noviembre de 2015.

(Carbosan) Ltda. y Ferrocarriles del Norte de Colombia (Fenoco) S.A. Dicha operación habría sido registrada por Sloandes Logistics S.A.S. por un valor de \$18.231.368.000 en sus estados financieros, y tendría origen en un contrato celebrado con su controlante Carboandes de los Andes (Carboandes) S.A. Así, en criterio de la demandante, el representante legal de Sloandes Logistics S.A.S., Juan Carlos Quintero, al detentar intereses como accionista y administrador de Carboandes de los Andes (Carboandes) S.A., estaría inmerso en un conflicto de interés, por lo que era necesario que recibiera la autorización del máximo órgano social de Sloandes Logistics S.A.S. para celebrar la operación aludida, según lo exige el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Juan Carlos Quintero, por su parte, señala que no podía existir un conflicto de interés porque Sloandes Logistics S.A.S. ‘ni siquiera existía’ al momento de la operación controvertida (vid. Folio 599). Ahora bien, respecto a los intangibles, señala que estos fueron incorporados en la contabilidad de Sloandes Logistics S.A.S. en el 2014 y presentados para su aprobación por el máximo órgano social en reunión asamblearia del 15 de abril de 2015, sin haber ningún reparo respecto del informe de gestión y los estados financieros correspondientes.

De otro lado, los apoderados de Carboandes S.A. advierten que lo que aquí se controvierte se trata en verdad de asuntos contractuales relacionados con la no transferencia de acciones. Además, no podría excusarse la demandante en que no había aprobación de su parte respecto de las operaciones financieras que aquí se controvierten, cuando es la misma sociedad demandante la que actúa realizando unos pagos en cumplimiento de un contrato.

Por su parte, los apoderados de Sloandes Logistics S.A.S. han manifestado que el contrato de adquisición de intangibles no hace parte de una operación independiente, sino que corresponde a la ejecución propia del contrato suscrito entre Carboandes de los Andes (Carboandes) S.A., y Sloane Investments Corporation Sucursal Colombia —cedido a Sloane Logistics S.A.S.—. De esta manera, no se presentaría un conflicto de interés en tanto que el administrador de Sloandes Logistics S.A.S., al realizar la transferencia que aquí se controvierte, ‘se limitó a ejecutar un contrato válidamente suscrito entre los accionistas de [Carboandes S.A.] y la sociedad acá demandante’ y, por lo tanto, estaba dando cumplimiento a sus deberes como administrador (vid. Folio 628).

Ahora bien, según las pruebas practicadas en el proceso, el negocio jurídico que dio lugar a la adquisición de intangibles controvertida, en efecto, fue celebrado antes de la constitución de Sloandes Logistics S.A.S. Así, el 26 de julio de 2012, Carboandes de los Andes (Carboandes) S.A. y Sloane Investments Corporation Sucursal Colombia suscribieron un contrato ‘para la constitución y operación de una sociedad’ denominada ‘Newco’ y que posteriormente sería llamada Sloandes Logistics S.A.S. (vid. Folios 219 a 230). Debe decirse que los derechos que por virtud de dicho contrato correspondían a Sloane Investments Corporation Sucursal Colombia, fueron cedidos en favor de Sloane Logistics S.A.S.⁸ En virtud de ese

⁸ Cfr. Consideración n.º 4 del contrato de fiducia mercantil (vid. Folio 269).

contrato, lo primero que debía realizarse, era la transferencia a la 'Newco' por parte de Carboandes S.A. de las acciones y los derechos preferenciales que tenía esa compañía en Fenoco S.A. y Carbosan Ltda.⁹ En verdad, era una obligación de Carboandes S.A. '[a]portar a la nueva sociedad, antes de la cesión de acciones a [Sloane], la totalidad de las acciones y derechos preferenciales que tiene en la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. [Fenoco] equivalentes al 2,41% de las acciones de [Fenoco]' y también 'las acciones que posee de la [s]ociedad [Carbosan] [...] correspondientes al 40% de las acciones de esa sociedad, libres de gravámenes, pignoraciones o restricciones a sus derechos, y los derechos preferenciales que tiene en su calidad de socio tanto en materia de tarifa como de volumen de carga en el [Puerto de Santa Marta], para el embarque de carbón y de otra carga transportada por la nueva sociedad que se constituirá [Newco]'.¹⁰

De esa manera, para materializar la aludida transferencia, fue aprobado un proyecto de escisión de Carboandes S.A. que tendría como efecto la constitución de Sloandes Logistics S.A.S.¹¹ Dicha escisión implicaba la transferencia de las participaciones en el capital social de Fenoco S.A. y Carbosan Ltda. de la escidente a favor de Sloandes Logistics S.A.S. (vid. Folios 502 y 504). Así, en el proyecto de escisión contenido en el acta n.º 108 de Carboandes S.A., protocolizado mediante escritura pública n.º 2932 del 22 de octubre de 2012, la escidente transfirió en bloque dichos activos a favor de Sloandes Logistics S.A.S.¹²

Ahora bien, para dar cumplimiento a dicho acuerdo se debía registrar en la contabilidad de Sloandes Logistics S.A.S. el intangible adquirido. Dicha operación habría quedado registrada contablemente sólo hasta el mes de abril del año 2014, por virtud de la expedición de la factura n.º 01-1445, de Carboandes S.A. a Sloandes Logistics S.A.S. por concepto de venta de intangible formado por un valor de \$18.231.368.000 (vid. Folio 678). No obstante, el apoderado de la demandante cuestiona que dicha factura tiene en verdad fundamento en un contrato de compraventa posterior, que no fue llevado a aprobación del máximo órgano social de Sloandes Logistics S.A.S. A pesar de lo anterior, del material probatorio recaudado en este proceso no se pudo comprobar la existencia de un

⁹ Cfr. Numerales 1.2 y 1.3 de la cláusula segunda (vid. Folio 221). Véase también numeral 1.5 de la cláusula segunda, modificada mediante otrosí n.º 3 (vid. Folio 242), numeral 5º de la cláusula primera, modificada mediante otrosí n.º 3 (vid. Folio 238), y numeral 2.2 de la cláusula tercera, modificada mediante otrosí n.º 3 (vid. Folio 244).

¹⁰ Id.

¹¹ Cfr. Escritura pública n.º 2932 de la Notaría 69 del Círculo de Bogotá, D.C., del 22 de octubre de 2012, e inscrita el 14 de noviembre del mismo año en el registro mercantil. (vid. Folios 207). Según consta en el registro mercantil, mediante acta n.º 3 inscrita el 3 de abril de 2014, la sociedad reformó su denominación social por la de Sloandes Logistics S.A.S. (Id).

¹² En verdad, según consta en acta n.º 108 de Carboandes de los Andes S.A. 'se procede a pasar en bloque, de la sociedad escidente [Carboandes de los Andes (Carboandes) S.A.], a la nueva sociedad beneficiaria [Carboandes Logística S.A.S.], los siguientes activos [...] a. Acciones, los derechos y obligaciones que hoy [Carboandes de Los Andes S.A. posee en Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. b. Acciones, los derechos y obligaciones que hoy [Carboandes de Los Andes S.A. posee en [Carbosan Ltda.] operadora de la concesión del [Puerto de Santa Marta]' (vid. Folios 518 y 519).

contrato en tal sentido sino únicamente de operaciones contables realizadas en cumplimiento del contrato suscrito entre Carboandes S.A. y Sloane Investments Corporation Sucursal Colombia el 26 de julio de 2012, junto con sus adiciones y modificaciones.

Lo anterior encuentra sustento en lo explicado por el contador Carlos Gaitán, en el sentido de que por tratarse de un intangible formado, su registro contable debía hacerse de forma posterior en el momento de su venta. Así mismo, debe ponerse de presente, tal como lo señaló el testigo, que las acciones y los derechos preferenciales se tratan de ‘una misma operación pero se registraba en momentos diferentes’.¹³ Lo propio fue confirmado por el financiero Andrés Barrios quien señaló que ‘la adquisición que se hizo fue por un todo, no hay particiones acá. Digamos que el activo existe en sí, tanto por su participación en acciones como por sus valores estratégicos’.¹⁴ De ahí que el hecho de haberse registrado contablemente en un momento posterior, por tratarse de un intangible formado, no desconoce que el origen de la operación que aquí se controvierte sea el acuerdo suscrito entre Carboandes S.A. y Sloane Investments Corporation Sucursal Colombia.

En verdad, según lo señaló la gerente financiera de Carboandes S.A. María Elizabeth Gómez, en la operación que aquí se controvierte se ‘está comprando un intangible formado que va asociado a esas acciones’.¹⁵ Así, pues, con respecto al pago, según consta en la certificación suscrita el 25 de abril de 2016 por el representante legal y el revisor fiscal de Carboandes S.A., la compañía Sloane Logistics S.A.S. habría realizado tres pagos correspondientes a un valor total de US\$9.000.000 —el último en marzo de 2014—¹⁶ y por virtud de ello se habría transferido el equivalente al 15% de las acciones en circulación de Sloandes Logistics S.A.S. a favor de la sociedad demandante. De esta manera, surgía la necesidad de registrar contablemente la adquisición de intangibles (v.id. Folio 830).¹⁷

¹³ El testigo Carlos Gaitán, en su declaración señaló que ‘primero hay dos clases, el adquirido y el formado. El adquirido es el que tú das una plata y lo compras. El formado es el que se forma por las diferentes erogaciones que hay en el transcurso del negocio donde se va adquiriendo un good will o unos derechos para la explotación de un negocio [...] se registra en el momento en que se hace la venta’. Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 23 de agosto de 2017, folio 1145 del expediente (04:13:11 – 04:14:28).

¹⁴ Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 7 de noviembre de 2017, folio 1504 del expediente (01:09:45 – 01:10:04).

¹⁵ En su declaración, María Elizabeth Gómez señaló que ‘la forma como estábamos facturando esto también le permitía a la nueva compañía hacerse a un escudo tributario que podía descontar en sus declaraciones de renta futuras, porque está comprando un intangible formado que va asociado a esas acciones’. Id (05:41:30 – 05:41:45). Con todo, debe señalarse que a este Despacho no le corresponde examinar los aspectos tributarios de la operación controvertida en el presente proceso ni su conveniencia.

¹⁶ Según lo expresado por el representante legal de Sloane Logistics S.A.S., las acciones en Sloandes Logistics S.A.S. habrían sido adquiridas ‘lo más cercano al 3 de marzo [de 2014] que fue cuando se giraron los cheques’. Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 23 de agosto de 2017, folio 1145 del expediente (02:33:43 – 02:33:50).

¹⁷ Sobre este punto, el representante legal de Sloane Logistics S.A.S., en su interrogatorio, señaló que ‘efectivamente si esas acciones corresponden al 15% entonces sí pagamos ese día un valor

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho encuentra que la operación controvertida en este proceso para la adquisición de intangibles no se habría podido autorizar por el máximo órgano social de Sloandes Logistics S.A.S., pues esta compañía no existía al momento de la celebración de este acuerdo.¹⁸ Por lo tanto, no se encuentra viciada por conflicto de interés. Ciertamente, para que se pueda declarar el incumplimiento de los deberes consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, es necesario que el demandado sea, efectivamente, administrador de una sociedad. En el presente caso, el señor Juan Carlos Quintero no era administrador de Sloandes Logistics S.A.S. para la fecha en la que se celebró el contrato controvertido, por la sencilla razón de que esa sociedad no existía en ese momento. Por todo lo anterior, el Despacho desestimará las pretensiones de la demanda.

SANCIONES PROCESALES Y COSTAS

A pesar de que en la demanda se tasaron perjuicios por \$3.000.000.000, las pruebas disponibles no son suficientes para que se declare una indemnización a favor de la demandante. Con todo, el último inciso del artículo 206 del código General del Proceso dispone que la sanción prevista en el parágrafo de la referida norma '(...) solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte'. Así las cosas, el Despacho se abstendrá de imponer dicha sanción¹⁹.

equivalente a USD\$9.000.000 que correspondía a ese 15%'. Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 23 de agosto de 2017, folio 1145 del expediente (02:27:55 – 02:28:17).

¹⁸ En el interrogatorio del representante legal de Carboandes S.A., se señaló que 'luego cuando en el 2014, ya aparecieron los recursos [...] entonces se le da a eso el carácter de una operación contable, de una transferencia a través de la modalidad de una facturación, había que facturar por parte de, en este caso de quien tenía en su haber el activo, para colocarlo en cabeza de esa sociedad escindida'. Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 23 de agosto de 2017, folio 1145 del expediente (40:40 – 41:27). Por su parte, Juan Carlos Quintero señaló que 'la operación en el año 2012 se hizo, se entendían digamos en qué consistía el negocio, cuáles operaciones había que hacer, entre esos lo relativo a la transferencia de los valores estratégicos derivados de los activos que poseía en ese momento Carboandes y que debían colocarse luego en cabeza de una nueva sociedad, y en ese momento esos acuerdos se hicieron y ni siquiera existía la NewCo, la NewCo se creó posteriormente, y ya digamos el negocio estaba estructurado [...] por supuesto que no pasó por la asamblea porque ni siquiera en ese momento existía la NewCo [...] con el otrosí n.º3, es ya que se perfeccionan y se hacen los documentos correspondientes en desarrollo de la ejecución de un contrato, yo lo que estaba era simplemente cumpliendo con lo previsto en un contrato, obrando de buena fe, con diligencia porque tenía que garantizar que se ejecutara lo previsto en el contrato y tratando de que se hiciesen las operaciones equivalentes contables y tributarias'. Id (26:37-29:16).

¹⁹ Según lo ha señalado la Corte Constitucional, la sanción pecuniaria contenida en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso es improcedente cuando no fuere posible probar los perjuicios invocados en la demanda por 'hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado'. En palabras de la Corte, 'si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, es necesario hacer otro tipo de consideración'.

Por lo demás, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor la demandada y a cargo de la demandante, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada 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 como agencias en derecho a favor de los demandados una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes

Tercero. Ordenar el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en el presente proceso.

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

Sentencia n.º 800-131 del 21 de diciembre de 2017	
Partes	Grace Victoria Quintero Bermúdez contra Quintero e Hijos Ltda. y Gilberto Antonio Quintero Bermúdez
Asunto	Responsabilidad del administrador por trato inequitativo a socios
Tramite	Proceso verbal
Número del proceso	2017-800-102

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada por Grace Victoria Quintero Bermúdez, está orientada a que se reconozca la ocurrencia de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia, respecto de las decisiones adoptadas en la reunión del 18 de enero de 2017 de la junta de socios de Quintero e Hijos Ltda., por presuntas irregularidades relativas a la convocatoria realizada para la aludida reunión (vid. Folio 3). Por otra parte, la demanda también busca que se declare que el señor Gilberto Antonio Quintero Bermúdez incumplió con sus deberes como representante legal de Quintero e Hijos Ltda., por actuar en contra de sus actos propios, dar un trato inequitativo a la demandante y por incumplir los deberes de lealtad y buena fe establecidos en la Ley 222 de 1995.

Con el fin de examinar los argumentos propuestos por las partes, el Despacho estima necesario formular las siguientes consideraciones.

1. Acerca de la ineficacia de las decisiones adoptadas por la junta de socios de Quintero e Hijos Ltda.

Respecto del grupo de pretensiones ‘relativas a la ineficacia de las decisiones adoptadas en reunión del 18 de enero de 2017’, la demandante ha manifestado que habrían existido ciertas irregularidades relacionadas con la forma en que se realizó la convocatoria a la reunión antes mencionada (vid. Folio 3). De conformidad con lo señalado en la demanda, ‘el señor Gilberto Antonio Quintero Bermúdez, como acto propio, de manera reiterada convocó a la socia Grace Victoria Quintero Bermúdez a reuniones extraordinarias y/o ordinarias mediante comunicación dirigida a su dirección de residencia. No obstante para la supuesta reunión que se surtió el 18 de enero de 2017, el señor Gilberto Antonio Quintero Bermúdez actuando de mala fe y con el ánimo de que se aprobaran todos los puntos del orden del día sin sujetarse a los estatutos de la sociedad, convocó a reunión extraordinaria de segunda convocatoria de junta de socios mediante periódico de circulación nacional el Nuevo Siglo’ (vid. Folio 7). Por su parte, el demandado indicó que sus actuaciones se ciñeron tanto a lo indicado por la Cámara de Comercio de Bogotá, como a una orden impartida por parte de la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de

Sociedades, mediante la cual se estableció, entre otros puntos, la forma en que se debían realizar las convocatorias a las reuniones del máximo órgano social.²⁰

Sobre el particular, debe recordarse que la indebida convocatoria es uno de los presupuestos que pueden dar lugar a la sanción de ineficacia. Ello se desprende de las disposiciones contenidas en los artículos 186 y 190 del Código de Comercio. El primero de los artículos citados establece que 'las reuniones [del máximo órgano social] se realizarán en el lugar del domicilio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quórum'. Por su parte, el artículo 190 dispone que 'las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces'. Es decir que, de verificarse la indebida convocatoria a la reunión del 18 de enero de 2017, las decisiones adoptadas durante tal reunión serían ineficaces.

Al analizar las pruebas practicadas en el curso del proceso, el Despacho encuentra que los estatutos de Quintero e Hijos Ltda. no establecen la manera en la cual debe cumplirse el trámite de convocatoria a las reuniones de la junta de socios de la compañía (vid. Folio 76). Tal como lo sostuvo este Despacho en el auto n.º 800-8406 del 11 de mayo de 2017, mediante el cual se negó el decreto de medidas cautelares en el presente proceso, '[a]sí las cosas, debe señalarse que el artículo 424 del Código de Comercio dispone que "[t]oda convocatoria se hará en la forma prevista en los estatutos y, a falta de estipulación, mediante aviso que se publicará en un diario de circulación en el domicilio principal de la sociedad". Por este motivo, las pruebas disponibles le permiten concluir al Despacho que la convocatoria a la reunión del 18 de enero de 2017 de la junta de socios de Quintero e Hijos Ltda. se surtió de la forma prevista por la ley para el efecto.

Ahora bien, aunque como lo afirma el apoderado de la demandante lo anterior podría dar cuenta de argucias o maniobras tendientes, aparentemente, a perjudicar a Grace Victoria Quintero Bermúdez, debe señalarse que los presupuestos que dan lugar al reconocimiento de la ineficacia de decisiones sociales son meramente formales. En efecto, dichas circunstancias que acarrearán esta drástica sanción se encuentran previstas en el artículo 190 del Código de Comercio. En este sentido, las actuaciones cuestionables del administrador que se han controvertido en este proceso, no tienen la virtualidad de viciar de ineficacia las decisiones adoptadas en la reunión de la junta de socios celebrada el 18 de enero de 2017. En consecuencia, las aludidas pretensiones no están llamadas a prosperar.²¹

²⁰ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 10 de agosto de 2017, folio 89 del expediente (22:13-24:36).

²¹ Sobre el particular debe señalarse que el hecho de que determinadas decisiones sociales sean formalmente válidas y eficaces, en los términos del artículo 190 del Código de Comercio, no significa que no existan otros mecanismos legales encaminados a proteger a socios o accionistas minoritarios. En verdad, una decisión formalmente válida y eficaz puede en todo caso haberse adoptado mediante el ejercicio abusivo del derecho de voto y encontrarse viciada de nulidad absoluta, según lo señalado en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, en concordancia con el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011.

2. Acerca del incumplimiento de los deberes de los administradores

En criterio de la demandante, '[e]s claro que el representante legal, a pesar de haber convocado en reiteradas ocasiones a la socia Grace Victoria Quintero Bermúdez mediante comunicación dirigida a su residencia, y teniendo en su poder la información para dar a conocer de manera eficaz la convocatoria, de mala fe y con la finalidad de surtir una reunión de segunda convocatoria para aprobar todos los puntos del orden del día sin las mayorías calificadas, modificó el mecanismo para efectuar la convocatoria. En atención de lo anterior, la conducta del administrador resultó ser contraria a los principios de la buena fe y la lealtad, lo que conllevó a que se trasgredieran los derechos económicos y políticos de la socia Grace Victoria Quintero Bermúdez' (vid. Folio 9). En esa misma línea, en la audiencia judicial del 10 de agosto de 2017, el apoderado de la demandante reiteró que el señor Gilberto Antonio Quintero Bermúdez, en su calidad de representante legal de la sociedad Quintero e Hijos Ltda., habría violado sus deberes de lealtad y buena fe, además de haber obrado en desconocimiento de sus actos propios.²² Adicionalmente, el referido apoderado indicó que el cambio en la forma en que se realizaban las convocatorias a las reuniones de la sociedad evidencian un trato inequitativo de los socios, con el fin de evitar la asistencia de la demandante a las reuniones del máximo órgano social.²³

Por su parte, el apoderado de los demandados explicó que la modificación de la forma en que se venían haciendo las convocatorias obedeció a una orden emitida por la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades. La aludida orden, según lo manifestado en la contestación de la demanda, habría consistido en que la convocatoria a las reuniones del máximo órgano social de Quintero e Hijos Ltda. debía realizarse mediante un diario de amplia circulación del domicilio principal de la compañía, de conformidad con lo señalado por el artículo 424 del Código de Comercio (vid. Folio 64 a 69).²⁴

Ahora bien, a pesar de que la convocatoria a la reunión de junta de socios controvertida en el presente proceso cumplió con los requisitos legales y estatutarios para el efecto, las pruebas practicadas en el presente proceso dieron cuenta de que a otros socios se les comunicó de la referida reunión por medios diferentes al aviso publicado en un diario de amplia circulación. Así, en la audiencia celebrada el 17 de octubre de 2017, la señora Lilia Constanza Quintero manifestó que había sido informada de la reunión del 18 de enero de 2017 vía telefónica²⁵ Aunado la anterior, en sus alegatos de conclusión, el apoderado de los demandados manifestó que para hacer la convocatoria 'se fueron estrictamente amarrados a la norma de derecho, porque o si no, como bien dice el colega aquí,

²² Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 10 de agosto de 2017, folio 89 del expediente (16:21-17:27).

²³ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 10 de agosto de 2017, folio 89 del expediente (17:42-19:44).

²⁴ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 10 de agosto de 2017, folio 89 del expediente (21:07 - 24:39).

²⁵ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 10 de agosto de 2017, folio 89 del expediente (6:08-6:51)

ella—Grace Victoria Quintero Bermúdez—con la simple presencia habría obstaculizado'.²⁶ A partir de lo anterior, para el Despacho resulta bastante claro que el señor Gilberto Antonio Quintero Bermúdez no dio un trato equitativo a todos los socios de la compañía, en los términos del numeral 6 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995²⁷. En verdad, no parece aceptable que un administrador se ampare en las normas alusivas a la convocatoria con el fin de evitar la participación de uno de los socios en la reunión del máximo órgano social.

En mérito de lo expuesto, la Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar que Gilberto Antonio Quintero Bermúdez incumplió sus deberes como administrador de Quintero e Hijos Ltda., por haber dado un trato inequitativo a los socios en los términos del numeral 6 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Segundo. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Tercero. Condenar en costas a Gilberto Antonio Quintero Bermúdez, y fijar a título de 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 veintiún días del mes de diciembre de dos mil diecisiete y se notifica en estrados.

²⁶ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 21 de diciembre de 2017, folio 196 del expediente (43:01-43:10).

²⁷ En la audiencia celebrada el 10 de agosto de 2017, el señor Gilberto Antonio Quintero Bermúdez manifestó que, entre el 10 de agosto de 2016 y la fecha de la audiencia, se comunicaba ocasionalmente con la señora Lilia Constanza Quintero Bermúdez y Martha Ligia Quintero Bermúdez. Cuando el Despacho le pregunta al señor Quintero si en esas comunicaciones con sus dos hermanas se discutían temas relacionados con las decisiones tomadas por esta Superintendencia, acerca de su deber de cambiar la forma en la que se realizaban las convocatorias, afirma que sobre esos temas sí habla con ellas y que 'se hablan temas familiares y cuando hay comunicados y esto se les informa'. Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 10 de agosto de 2017, folio 89 del expediente (1:01:40-1:01:50).



**Superintendencia
de Sociedades**