

AUTO

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

En sus escritos cite siempre el siguiente número: 2016-800-66

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

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal

Número del proceso

2016-800-66

I. ANTECEDENTES

1. El 16 de marzo de 2016, Metroagua S.A. E.S.P. presentó ante este Despacho una demanda.
2. En el escrito presentado, la sociedad demandante solicitó el decreto de medidas cautelares.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

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

¹ Cfr. autos n.º 801-2289 del 20 febrero 2013 y 800-16014 del 19 noviembre 2012. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: <http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx>

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

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

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

La demanda sometida a consideración de este Despacho tiene como propósito que se declare responsable al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta por el incumplimiento de los deberes que le correspondían en su antigua condición de miembro principal de la junta directiva de Compañía del Acueducto y Alcantarillado Metropolitano de Santa Marta (Metroagua) S.A. E.S.P. Para tal efecto, en la demanda se afirma que, mientras ejercía el cargo de director, el Distrito presentó una acción popular en contra de Metroagua S.A. E.S.P., con el propósito de dar por terminado un contrato de arrendamiento respecto de los activos que componen el sistema de acueducto y alcantarillado de Santa Marta. En criterio de Metroagua S.A. E.S.P., tal actuación constituye una violación de los deberes que le correspondían al Distrito de Santa Marta bajo la Ley 222 de 1995. Según el texto de la demanda presentada ante esta Superintendencia, el contrato de arrendamiento en cuestión 'representa el activo productivo más importante para Metroagua, como quiera que por su conducto se permite la utilización de la red de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Santa Marta, y sin el cual Metroagua no podría explotar su objeto social' (vid. Folio 6).

Para resolver la solicitud de medidas cautelares antedicha, es preciso analizar la interesante hipótesis planteada por Metroagua S.A. E.S.P., bajo la cual

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

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

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

un administrador ha demandado a la compañía en la que ejerce sus funciones. A primera vista, podría pensarse que en estos casos se presenta siempre una gravísima violación del deber de lealtad que la Ley 222 de 1995 les impone a los administradores sociales. No es claro, en verdad, cómo puede velar por los mejores intereses de la compañía quien la somete a un proceso judicial con pretensiones declarativas y de condena. Sin embargo, un análisis más minucioso del problema en cuestión apunta a que no siempre que un administrador demanda a la sociedad se producirá, automáticamente, una actuación desleal.

Puede pensarse, por ejemplo, en un administrador que decida impugnar una determinación del máximo órgano social, al amparo de la legitimación que le confiere el artículo 191 del Código de Comercio. Aunque la demanda que presente el administrador deberá estar dirigida en contra de la sociedad, tal y como lo dispone el artículo 382 del Código General del Proceso, difícilmente podría concluirse que ello conlleva una violación del deber de lealtad. En verdad, si la propia ley faculta a los administradores para controvertir decisiones sociales 'cuando no se ajusten a la prescripciones legales o a los estatutos', sería desacertado pensar que la impugnación de decisiones acarrea siempre una conducta desleal. Podría incluso pensarse que los administradores están obligados a cuestionar la validez de decisiones sociales ilegales, en cumplimiento de su deber de 'velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias'.

Otra hipótesis relevante puede encontrarse en el caso de un administrador que también reviste la calidad de accionista. No es difícil encontrar ejemplos en los que esta persona se vería obligada a demandar a la compañía para defender los derechos que le corresponden en su calidad de asociado. Podría ocurrir que este sujeto decidiera controvertir judicialmente la validez de un contrato celebrado entre la compañía y su accionista controlante.⁵ Así mismo, podría demandarse a la sociedad para obtener la nulidad absoluta de determinaciones adoptadas en abuso del derecho de voto, como lo han hecho numerosos accionistas, ante esta Superintendencia, para hacerle frente a la celebración de negocios expropiatorios.⁶ El asociado en cuestión también podría llamar a juicio a la sociedad para procurar la ejecución específica de un acuerdo de accionistas, en los términos permitidos por el parágrafo segundo del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008. En los anteriores ejemplos, el administrador se ve compelido a demandar a la sociedad en la que ejerce sus funciones, como una medida indispensable para proteger los derechos políticos y económicos que le corresponden en su calidad de accionista. Parecería entonces incorrecto concluir que tal asociado no puede acudir ante la justicia para defender sus intereses, sin incumplir necesariamente los deberes que le corresponden como administrador.

Es factible incluso que un administrador demande a la compañía para salvaguardar el patrimonio social. Por ejemplo, un miembro de junta directiva podría intentar controvertir la compra de activos sociales, por parte del representante legal, a un valor lesivo para la compañía.⁷ Para tal efecto, podrían invocarse las reglas vigentes en materia de conflictos de interés a fin de solicitar la nulidad absoluta de los contratos que dieron lugar a la apropiación irregular de activos sociales. Sería entonces necesario, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, que el director demandara a las partes contratantes, vale

⁵ Esta demanda encontraría fundamento en las normas que regulan los conflictos de interés en Colombia. No sobra advertir que, en el caso de Handler S.A.S., este Despacho analizó el especialísimo conflicto de interés que se presenta en las denominadas *operaciones con partes vinculadas* (cfr. sentencia n.º 800-142 del 9 de noviembre de 2015).

⁶ Cfr., por ejemplo, el caso de Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S. (sentencia n.º 800-119 del 17 de septiembre de 2015).

⁷ Este ejemplo parte del supuesto de que no se ha aprobado una acción social de responsabilidad en la asamblea general de accionistas.

decir, la compañía y su representante legal.⁸ De suerte que, aunque el director se vería forzado a demandar a la sociedad, su conducta estaría perfectamente acorde con los deberes legales consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, el caso presentado por Metroagua S.A. E.S.P. atañe a un administrador que busca proteger sus propios intereses económicos como arrendador de los activos empleados por aquella sociedad para el cumplimiento de su objeto social.⁹ Según los documentos aportados con la demanda, la acción popular del Distrito de Santa Marta pretende que 'se ordene la terminación judicial anticipada del contrato de arriendo' y 'se ordene a Metroagua S.A. E.S.P. el reconocimiento y pago a favor del Distrito de Santa Marta, de las regalías o frutos civiles a los que tiene derecho por ser el propietario de toda la infraestructura necesaria para que Metroagua S.A. E.S.P. preste el servicio de acueducto y alcantarillado [...] desde 1998 hasta la fecha [...] (vid Folio 35). A diferencia de los ejemplos mencionados en los párrafos anteriores, el proceso judicial iniciado por el Distrito de Santa Marta parece atender a intereses económicos directamente contrapuestos a los de Metroagua S.A. E.S.P. Más importante aún, el apoderado de Metroagua S.A. E.S.P. ha puesto de presente que la acción popular en cuestión pone en riesgo la continuada existencia de Metroagua S.A. E.S.P. Tan es así que, de prosperar las pretensiones del Distrito, Metroagua S.A. E.S.P. difícilmente podría continuar prestando los servicios que forman parte de su objeto social principal. Tales circunstancias hacen difícil entender cómo un sujeto podría participar como demandante en un proceso judicial de la naturaleza indicada mientras ocupa un cargo en la junta directiva de la sociedad demandada.

Por los anteriores motivos, el Despacho considera que las probabilidades de éxito de la demanda justifican el decreto de una medida cautelar. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos de juicio relevantes. En efecto, es perfectamente factible que el Distrito de Santa Marta demuestre, en el curso del presente proceso, que la presentación de la demanda referida no es incompatible con los deberes que rigen la conducta de los miembros de la junta directiva de Metroagua S.A. E.S.P. En todo caso, para los efectos de este auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

2. El interés económico de la demandante

Tras una revisión del expediente, el Despacho pudo constatar que la demandante cuenta interés económico en el presente proceso, por tratarse de la principal legitimada para intentar restablecer su patrimonio mediante la presentación de acciones sociales de responsabilidad.¹⁰

3. Acerca de la medida cautelar que será decretada

La sociedad demandante ha solicitado numerosas medidas cautelares innominadas, orientadas a evitar que el Distrito de Santa Marta obtenga información confidencial acerca de la defensa planteada por Metroagua S.A.

⁸ Para la Corte Suprema, 'la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron' (cfr. Sentencia del 11 de marzo de 2004, Sala de Casación Civil, expediente n. 7582).

⁹ Debe anotarse que el Distrito de Santa Marta también ha manifestado que su conducta busca salvaguardar el patrimonio público y la moralidad administrativa (vid. Folios 41 a 42).

¹⁰ Según lo expresado en el auto n.º 800-4336 del 22 de marzo de 2013, el denominado 'interés económico del demandante' conjuga varios de los elementos a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso, incluidos el interés para obrar y la necesidad de la medida cautelar solicitada.

E.S.P. ante el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta. Aunque es claro que el Distrito de Santa Marta no puede valerse de su calidad de accionista en Metroagua S.A. E.S.P. para acceder a tal información, no por ello puede este Despacho cercenar la totalidad de los derechos políticos que le asisten al Distrito en la sociedad demandante. En consecuencia, la medida cautelar decretada por el Despacho consistirá en ordenarle a los demandados que se abstengan, directamente o por interpuesta persona, de solicitar o consultar la información que reposa en las oficinas de Metroagua S.A. E.S.P. acerca del proceso adelantado por el Distrito de Santa Marta contra la compañía ante el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta. Las órdenes que impartirá el Despacho abarcarán no sólo las actuaciones desplegadas por el Distrito de Santa Marta en ejercicio de su derecho de inspección, sino también la conducta de los administradores de Metroagua S.A. E.S.P. designados a partir de los votos del Distrito.

4. Acerca de la caución

Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso. En el artículo 590 del Código General del Proceso se establece que la caución debe ser 'equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda'. De ahí que, en el presente caso, la caución ascienda a la suma de \$93.000.000.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Primero. Fijar una caución por la suma de \$93.000.000, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que el demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarles a los demandados que se abstengan, directamente o por interpuesta persona, de solicitar o consultar la información que reposa en las oficinas de Metroagua S.A. E.S.P. acerca del proceso adelantado por el Distrito de Santa Marta contra la compañía ante el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santa Marta.

Notifíquese y cúmplase.

El Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

José Miguel Mendoza

Nit: 800080177 Código Dep: 800
Exp: 0 Trámite: 170001
Rad: 2016-01-103505 Cód. F: M6866