



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

AUTO

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

En sus escritos cite siempre el siguiente número: 2015-800-251

Partes

Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S.

contra

Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2015-800-226

I. ANTECEDENTES

1. El 6 de noviembre de 2015, el apoderado de Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. presentó ante este Despacho una demanda.
2. En el escrito presentado, se 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 del demandante, según se expresa a continuación.

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

[...]

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

La demanda presentada ante el Despacho busca controvertir la responsabilidad de Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas, por el incumplimiento de los deberes que les corresponden como administradores de Exkal Colombia S.A.S. En particular, el apoderado de la sociedad demandante ha manifestado que tales personas violaron lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, por cuya virtud los administradores deben abstenerse de participar en actos que impliquen conflictos de interés. También se ha afirmado que el señor Echeverri se extralimitó en el ejercicio de sus facultades estatutarias como representante legal de Exkal Colombia S.A.S. (vid. Folios 12 y 13). Como consecuencia de todo lo anterior, se ha solicitado que este Despacho decrete la práctica de diversas medidas cautelares. Para establecer si la solicitud estudiada tiene visos de poder prosperar, es preciso hacer un recuento de los argumentos que les sirven de fundamento a las pretensiones formuladas por el apoderado de Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S.

Según acaba de explicarse, en la demanda se ha puesto de presente que los demandados pudieron haber violado el régimen colombiano en materia de conflictos de interés. Para tales efectos, el apoderado de la sociedad demandante ha dicho que 'el señor Jorge Iván Echeverri, de consuno con el señor Antoñanzas y Exkal España, estaban adelantando todos los trámites necesarios para reexportar las neveras que forman parte del inventario de Exkal Colombia [...] a favor de la compañía Exkal Chile, sociedad controlada por Exkal España y por tanto, por el señor Antoñanzas' (vid. Folio 11).

En este punto es preciso advertir que el Despacho ya ha analizado la conducta que deben guardar los administradores que participen en la celebración de contratos entre sociedades controladas por una misma persona. En el caso de Handler S.A., por ejemplo, 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 de su ascendencia sobre la sociedad para extraer prerrogativas económicas inmerecidas en el curso de una relación contractual.³ 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.⁴ 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.⁵

² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights* (2012).

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

⁵ Cfr. el Capítulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (*Model Business Corporation Act*) estadounidense, así como a L Enriques (2015).

'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 que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido [...]".⁶

'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.⁷ 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.⁸ 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.⁹ 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 1995.¹⁰ De no cumplirse con esta obligación, podrá solicitarse la nulidad absoluta

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

⁷ 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.

⁸ 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*.

⁹ FH O'Neal y RB Thompson (2004) 3-121 a 3-136.

¹⁰ 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



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'.¹¹

Ahora bien, según lo expresado en la demanda, el señor Antoñanzas es el accionista controlante de Exkal S.A., sociedad domiciliada en España (vid. Folio 2). El apoderado de la demandante también ha puesto de presente que Exkal Colombia S.A.S. y Exkal Chile son subordinadas de la referida compañía española (vid. Folios 2 y 11). Es decir que el representante legal de Exkal Colombia S.A.S. podría estar incurso en un conflicto de interés si representa a la compañía en la celebración de contratos con Exkal Chile. Por este motivo, en caso de que el aludido administrador pretenda participar en operaciones de esa naturaleza, deberá obtener la anuencia de la asamblea general de accionistas, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

A la luz de las anteriores precisiones, el Despacho debe concluir que, en esta etapa del proceso, la demandante ha acreditado que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican la práctica de una medida cautelar. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

2. El interés económico del demandante

Tras una revisión del expediente, el Despacho pudo corroborar que Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso, en su calidad de accionista de Exkal Colombia S.A.S.¹²

3. Acerca de la medida cautelar que será decretada

Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. ha solicitado que se le ordene al representante legal de Exkal Colombia S.A.S. que se abstenga de 'ejecutar negocios jurídicos con personas vinculadas, directa y/o indirectamente a Exkal España, a su grupo empresarial, y/o al señor Alfonso Antoñanzas, salvo previa autorización de la asamblea general de accionistas'. A la luz de las consideraciones expresadas en los acápites anteriores, el Despacho accederá a la orden en comento.

Con todo, el Despacho no impartirá las órdenes descritas en los numerales 1, 2, 3 y 5 del capítulo de medidas cautelares de la demanda. En cuanto al numeral 1, el Despacho no encontró razones que justifiquen ordenarle al representante legal de Exkal Colombia S.A.S. que se abstenga de enajenar las neveras importadas a favor de terceros que carezcan de un vínculo con Exkal España S.A. y el señor Alfonso Antoñanzas. Por supuesto que, para tales efectos, el referido administrador deberá adherirse a las pautas de conducta consagradas en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Así mismo, en el numeral 2, la demandante solicitó que se le ordene al señor Echeverri 'abstenerse de realizar negocios jurídicos cuya cuantía esté por encima del límite estatutario a su capacidad de contratación [...] (vid. Folio 16).

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.

¹¹ Sentencia n.º 800-142 del 10 de noviembre de 2015.

¹² 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.



Como fundamento de dicha solicitud, el apoderado de la demandante ha afirmado que el aludido funcionario celebró diversos negocios jurídicos 'que superaban la capacidad estatutaria de contratación del representante legal de la sociedad, y sin contar con la autorización de la junta directiva para tal efecto' (vid. Folio 9).¹³ Sin embargo, tras una revisión de los documentos aportados con la demanda, el Despacho no encontró suficientes elementos probatorios para establecer, con algún grado de certeza, si los negocios celebrados por el señor Echeverri en calidad de representante legal de Exkal Colombia S.A.S. superaron el monto máximo de contratación señalado en los estatutos de dicha sociedad. Finalmente, el Despacho no encontró méritos para acceder a las medidas descritas en los numerales 3 y 5. Lo anterior no obsta para que el Despacho pueda considerar nuevamente la procedencia de las medidas negadas, una vez se aporten nuevos elementos de prueba.¹⁴

4. La caución

Antes de que se decreten las medidas cautelares, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso. En el artículo 590 del Código General del Proceso se establece que la caución debe ser 'equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda'. En el presente caso, la demandante no le ha asignado un valor económico a sus pretensiones. No obstante, el citado artículo 590 dispone también que 'el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable'. Así, pues, este Despacho cuenta con alguna discreción para fijar de la cuantía correspondiente a la caución.¹⁵

Para efectos de lo anterior, es preciso aludir a los perjuicios que podrían sufrir los demandados con ocasión de la medida cautelar que será decretada. Tal y como se explicó antes, el Despacho simplemente le ordenará al representante legal de Exkal Colombia S.A.S. que se abstenga de representar a la sociedad en operaciones con el señor Antoñanzas o compañías controladas por ese mismo sujeto, a menos que surta el trámite previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Así las cosas, al tratarse de una orden que simplemente refleja las obligaciones legales de los administradores de Exkal Colombia S.A.S., debe concluirse que la medida en cuestión no tiene la virtualidad de generarles mayores perjuicios a los demandados. Si a esta circunstancia se le suma el hecho de que la demandante ha acreditado, con méritos, que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican la práctica de las medidas anteriormente señaladas, este Despacho considera que una caución de \$1.000.000 sería suficiente para cumplir con la exigencia del artículo 590 del Código General del Proceso.

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

¹³ En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 24 de los estatutos sociales de Exkal Colombia S.A.S., para celebrar contratos que excedan la suma correspondiente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, el representante legal deberá contar con la anuencia de la junta directiva.

¹⁴ Esta posibilidad surge de la derogatoria expresa del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, según consta en el literal b) del artículo 626 del nuevo Código General del Proceso.

¹⁵ No quiere ello decir, por supuesto, que pueda establecerse esta cuantía en forma arbitraria. De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional, 'en la mayoría de los casos [el legislador] ha dejado [la] determinación [de la cuantía de la caución] a la discrecionalidad de los jueces responsables de su aplicación, bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad'. Cfr. sentencia C-523 de 2009.

RESUELVE

Primero. Fijar una caución por la suma de \$1.000.000, la cual deberá ser prestada por la demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto de las medidas cautelares aquí descritas estará sujeto a la condición de que el demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle al representante legal de Exkal Colombia S.A.S. que se abstenga de representar a la sociedad en negocios jurídicos en los que también participen el señor Alfonso Antoñanzas o compañías por él controladas, a menos que surta el trámite previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Notifíquese y cúmplase.

El Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

José Miguel Mendoza

Nit: 900694667
Exp: 0.
Rad: 2015-01-440774

Código Dep: 800
Trámite: 170001
Cod F: J3125