



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

AUTO

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

En sus escritos cite siempre el siguiente número: 2016-800-95

Partes

Crear Calle 81 S.A.S.

contra

Upper Side S.A.S., Investments Villa S.A.S. en liquidación, Inversiones Persea S.A.S., Ignacio Fernández Galván, Gregor Potschick, Aileen Sasson, Javier Coria, Cesar Boal, Diego Andrés Camelo, Ana Carolina Cruz, Carolina Van Der Meulen, Antonio Lorente, Christian Victoria y Mario Sánchez

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal

Número del proceso

2016-800-95

I. ANTECEDENTES

1. El 18 de abril de 2016, Crear Calle 81 S.A.S. 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 presentada ante esta Superintendencia busca controvertir, por abusivas, las decisiones aprobadas por los accionistas demandados durante una reunión asamblearia de Upper Side S.A.S. celebrada el 17 de febrero de 2016. Según el texto de la demanda, las decisiones controvertidas consistieron en la aprobación de los estados financieros de la compañía correspondientes al año 2015, así como del proyecto de distribución de las utilidades generadas durante ese ejercicio. De acuerdo con lo expresado por Crear Calle 81 S.A.S., los demandados, quienes conforman el bloque de accionistas mayoritarios de Upper Side S.A.S., 'abusaron de su derecho al voto pues votaron con la intención de desconocer los pasivos ciertos, expresos y exigibles a favor de mi mandante que debieron quedar registrados en el pasivo de Upper Side S.A.S. en un valor de \$593.484.966 por concepto de cánones de arrendamiento' (vid. Folio 7).⁵

Para resolver la presente solicitud de medidas cautelares, debe recordarse que en la legislación societaria colombiana se han previsto criterios bastante definidos para establecer si un asociado ha ejercido su derecho de voto en forma

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.

⁵ Según el texto de la demanda, tales cánones adeudados corresponden a los meses de 'octubre (parcialmente), noviembre y diciembre de 2014; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2014 y enero de 2016 [...] (vid. Folio 4).



censurable.⁶ Según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, 'se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada'. En este sentido, el Despacho ha empleado la regla del artículo 43 para reprimir la conducta de asociados mayoritarios en hipótesis de diversa índole, incluidos procesos de capitalización,⁷ retención de utilidades,⁸ remoción de administradores⁹ y enajenación global de activos.¹⁰ En tales procesos, se hizo énfasis en que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista controlante se adjudique prerrogativas económicas en forma arbitraria.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho deberá analizar las decisiones controvertidas en la demanda, con el fin de establecer, de manera preliminar, si los demandados podrían haber actuado en forma censurable. Lo primero que debe decirse, en este sentido, es que se ha detectado la existencia de un agudo conflicto entre Crear Calle 81 S.A.S. y Upper Side S.A.S., relacionado con el presunto incumplimiento de un contrato de arrendamiento celebrado entre ambas sociedades. De acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, Upper Side S.A.S. inició un proceso arbitral en contra de Crear Calle 81 S.A.S., con base en el cumplimiento inadecuado de las obligaciones contenidas en el contrato a que se ha hecho referencia (vid. Folios 15-33). Por su parte, Crear Calle 81 S.A.S. presentó una demanda de reconvencción en contra de Upper Side S.A.S., orientada a obtener la restitución del inmueble arrendado, por incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento durante algunos meses del año 2014 y 2015 (vid. Folios 34-56). Adicionalmente, el 18 de enero de 2016 Crear Calle 81 S.A.S. inició un proceso ejecutivo en contra de Upper Side S.A.S., con el fin de lograr el pago de los cánones de arrendamiento adeudados. En el curso de ese proceso ejecutivo, el juez competente decidió librar mandamiento de pago y decretar medidas cautelares (vid. Folios 57 y 58).

En segundo lugar, los accionistas mayoritarios de Upper Side S.A.S. aprobaron determinaciones que, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, podrían llegar a representarles la obtención de una ventaja injustificada. Según la información disponible, los estados financieros de Upper Side S.A.S. con corte a 31 de diciembre de 2015—en los cuales se basaron los accionistas para repartir utilidades—no reflejan la totalidad de las obligaciones reclamadas por Crear Calle 81 S.A.S. en el proceso ejecutivo a que se ha hecho referencia. Así, pues, mientras que en los estados financieros de Upper Side S.A.S. aparece una cuenta por pagar a favor de Crear Calle 81 S.A.S. por apenas \$121.865.200, las sumas objeto de aquel proceso judicial ascienden a \$593.484.966 (vid. Folio 5). Es decir que las utilidades repartidas por los accionistas demandados podrían haber estado basadas en estados financieros que no reflejan la realidad económica de Upper Side S.A.S. Más importante aún, de haberse registrado la totalidad de las sumas que aparentemente se le adeudan a Crear Calle 81 S.A.S., es posible que no hubiera utilidades disponibles para repartir entre los accionistas de Upper Side S.A.S. Aunque la apoderada de la sociedad demandante puso de presente las anteriores circunstancias durante la reunión asamblearia del 17 de febrero de

⁶ Cfr., por ejemplo, las sentencias 800-73 del 19 de diciembre de 2013, 800-20 del 27 de febrero de 2014, 800-44 del 18 de julio de 2014, 801-81 del 20 de noviembre de 2014 y 800-50 del 8 de mayo de 2015.

⁷ Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A (sentencia n.º 800-20 del 27 de febrero de 2014).

⁸ Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S. (sentencia n.º 800-44 del 18 de julio de 2014).

⁹ Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S (sentencia n.º 800-73 del 19 de diciembre de 2013).

¹⁰ Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S. (sentencia n.º 800-119 del 17 de septiembre de 2015).



2016, los accionistas demandados aprobaron, en todo caso, la repartición de utilidades controvertida en este proceso.

Así las cosas, el Despacho considera que existen suficientes elementos de juicio para decretar una medida cautelar. En verdad, los hechos narrados en los párrafos anteriores parecerían dar cuenta de una posible ventaja injustificada, obtenida por los accionistas demandados a partir del ejercicio de su derecho de voto. Tal ventaja podría haber consistido, como ya se explicó, en la posibilidad de recibir dividendos, a pesar de que Upper Side S.A.S. no contabilizó un pasivo, a favor de la demandante, cuyo registro habría hecho imposible la repartición de utilidades. Por este motivo, el Despacho considera que las probabilidades de éxito de la demanda justifican la suspensión de las decisiones controvertidas. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos de juicio relevantes.¹¹ En todo caso, para los efectos de este auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

2. El interés económico de la sociedad demandante

Tras una revisión del expediente, el Despacho pudo constatar que Crear Calle 81 S.A.S. cuenta con un interés económico en el presente proceso, puesto que, además de revestir la condición de accionista minoritaria disidente respecto de la decisión controvertida, ha afirmado tener la calidad de acreedora de Upper Side S.A.S.

3. Acerca de la caución

Antes de que se decrete la medida cautelar mencionada, deberá prestarse una caución, en los términos del artículo 590 del Código General del Proceso. Según lo previsto en esta disposición, '[...] el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica'. Sin embargo, como en la demanda no se formularon pretensiones de contenido económico, el Despacho calculará la caución a partir de los perjuicios que podrían sufrir los demandados en caso de que no prosperen las pretensiones de la demanda. La caución equivaldrá entonces a los intereses que podrían generar, durante el curso del presente proceso, los dineros repartidos entre los demandados a título de utilidades.¹² Así, pues, al aplicarle a tales sumas la tasa del interés bancario corriente vigente al 20 de abril de 2016, por un período de cuatro meses, equivalente a la duración promedio de los procesos judiciales adelantados ante esta Superintendencia, se obtiene un valor de \$915.819.¹³

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

¹¹ Por ejemplo, los demandados podrían intentar demostrar que Upper Side S.A.S no estaba obligada a registrar en sus estados financieros las sumas reclamadas por Crear Calle 81 S.A.S. o, incluso, que tal registro no habría afectado el monto de las utilidades repartibles.

¹² Según la demanda, las utilidades repartidas ascendieron a \$14.968.349 (vid. Folio 6). Para efectos de calcular la caución, a esta suma deben restársele las utilidades que le corresponderían a la demandante por su participación del 4.77% en el capital de Upper Side S.A.S. Es así como la caución se fijará con base en la suma de \$14.254.359.

¹³ Esta suma se obtiene a partir de la Resolución 334 de 2016, emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, en la cual se certifica en un 20.54% efectivo anual el interés bancario corriente para la modalidad de crédito de consumo y ordinario.

RESUELVE

Primero. Fijar una caución por la suma de \$915.819, la cual deberá ser prestada por la sociedad demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que la demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, dejar en suspenso las determinaciones adoptadas por la asamblea general de accionistas de Upper Side S.A.S. durante la reunión ordinaria celebrada el 17 de febrero de 2016, consistentes en aprobar tanto los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2015 como el proyecto de distribución de utilidades presentado ante los asociados.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, oficiarle al representante legal de Upper Side S.A.S., por el medio más expedito, para que cumpla con lo ordenado por este Despacho.

Notifíquese y cúmplase.

El Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

José Miguel Mendoza

Nit: 900456492 Código Dep: 800
Exp: 77109 Trámite: 170001
Rad: 2016-01-200162 Cód. F: M4910/M6866