

AUTO

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

En sus escritos cite siempre el siguiente número: 2015-800-104

Partes

María Victoria Solarte Daza

contra

CSS Constructores S.A., Carlos Alberto Solarte Solarte, Luis Fernando Solarte Marcillo, Carlos Andrés Solarte Enríquez, Claudia Bibiana Solarte Enríquez y Paola Fernanda Solarte Enríquez

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2015-800-104

I. ANTECEDENTES

1. El 29 de mayo de 2015, la señora María Victoria Solarte Daza presentó ante este Despacho una demanda.
2. En el escrito presentado, la 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 demandante, según se expresa a continuación.

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

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones

¹ Cfr. Autos No. 801-2289 del 20 febrero 2013 y No. 800-16014 del 19 noviembre 2012. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: <http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx>.

formuladas por la demandante. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el Artículo 590 del Código General del Proceso. La apariencia de buen derecho ha sido referida a 'la carga de acreditar de forma provisional e indiciaria, que la pretensión principal presenta visos de poder prosperar; [es preciso establecer] una probabilidad cualificada de éxito de la pretensión que se pretende cautelar'.²

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

La demanda presentada por María Victoria Solarte Daza busca controvertir el ejercicio del derecho de voto por parte de un bloque de accionistas de CSS Constructores S.A. Para el efecto, se ha puesto de presente que, en el curso de una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada el 23 abril de 2015, la demandante propuso iniciar una acción social de responsabilidad en contra del señor Carlos Alberto Solarte Solarte, representante legal de la compañía entre los años 2012 y 2014 (vid. Folio 18). Esta propuesta encontró sustento en la posible violación de las normas que componen el régimen legal en materia de administradores, particularmente en cuanto a la celebración de actos de competencia y la usurpación de oportunidades de negocio (vid. Folios 28-33).⁵ Sin embargo, la propuesta de iniciar una acción social fue rechazada por los accionistas demandados, quienes conjuntamente detentan el 54.9% de las

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

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

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

⁵ Adicionalmente, entre 2012 y 2013 CSS Constructores S.A. habría adquirido acciones en de Ecopetrol S.A. por la suma de \$129.952.564.000, lo que equivaldría 'al 11.70% del activo total de CSS y al 17.74% del patrimonio total de CSS', sin que se hubiese adoptado las medidas necesarias para mitigar riesgos futuros por la fluctuación del valor en el mercado bursátil (vid. Folios 33-35). El 28 de diciembre de 2012, el señor Solarte Solarte habría adquirido para CSS Constructores S.A. una póliza de seguro colectivo de pensiones de jubilación con Skandia Seguros de Vida S.A., lo cual, a juicio de la demandante, erosionó el indicador EBITDA en \$85.065.996.000 entre 2012 y 2014 (vid. Folio 36). El trato contable que se le habría dado a esta póliza podría implicar la imposición de alguna sanción por parte de la DIAN (vid. Folio 37). Por último, se menciona que Carlos Alberto Solarte Solarte no habría adoptado las medidas pertinentes para evitar una distorsión contable entre los inventarios reales y los inventarios contables de la compañía, que asciende a \$52.805.031.798 (vid. Folio 39).

acciones en circulación de CSS Constructores S.A. (vid. Folio 27). En criterio de la demandante, los accionistas demandados ejercieron su derecho al voto de forma abusiva 'evitando que [CSS Constructores S.A.] recupere perjuicios que [Carlos Alberto Solarte Solarte] le ha causado, lo que supone la obtención de una ventaja injustificada para el accionista-administrador' (id.).

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

Dicho lo anterior, es preciso ahora establecer si en el presente caso existen indicios que apunten al ejercicio abusivo del derecho de voto. En particular, el Despacho se ocupará en determinar si, a la luz de las pruebas disponibles en esta etapa del proceso, la conducta del Carlos Alberto Solarte Solarte habría justificado la aprobación de una acción social de responsabilidad en su contra. En este sentido, las pretensiones de la demanda encuentran fundamento en la idea de que el señor Solarte Solarte violó sus deberes como administrador de CSS Constructores S.A. por virtud de las actuaciones que llevó a cabo como representante legal de CASS Constructores & Cía. S.C.A. De conformidad con la información aportada por la demandante, parece claro que el señor Solarte Solarte no solo fungió como representante legal de CSS Constructores S.A. desde el 18 de febrero de 2002 hasta el 9 de junio de 2014, sino que también ha revestido la calidad de socio gestor principal de CASS Constructores & Cía. S.C.A. desde el 13 de abril de 2005 (vid. Folios 422, 453). Además, según los certificados de existencia y representación legal aportados con la demanda, parece existir cierta simetría entre la actividad de explotación económica desarrollada por ambas compañías (vid. Folios 68-69, 452-453).

La demandante también ha puesto de presente que, durante el tiempo en que el señor Solarte Solarte ocupó el cargo de representante legal de CSS Constructores S.A., representó a CASS Constructores & Cía. S.C.A. en la etapa preliminar de diversas licitaciones públicas (vid. Folios 604-717). En sustento de lo

anterior se aportaron diversos documentos, incluida el acta correspondiente a la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de CSS Constructores S.A. celebrada el 27 de marzo de 2014. Durante esta sesión asamblearia, el señor Solarte le solicitó a los accionistas de la compañía que lo autorizaran para participar en licitaciones públicas en las que CSS Constructores S.A. no tuviera interés o no resultara precalificada (vid. Folios 511-514). En la misma acta a que se ha hecho referencia quedó registrado que los accionistas no impartieron la aprobación solicitada.

Los hechos antes descritos son suficientes para concluir, en forma preliminar, que podría haberse presentado una violación de los deberes a cargo de Carlos Alberto Solarte Solarte, particularmente en lo relacionado con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. De ser ello cierto, se habría justificado que los accionistas de CSS Constructores S.A. iniciaran una acción social de responsabilidad en contra del señor Solarte Solarte. Esta circunstancia podría constituir un importante indicio de que el rechazo de la acción social por parte de los demandados constituyó una actuación abusiva.

A pesar de lo anterior, el Despacho no cuenta aún con suficiente información para decretar la medida cautelar descrita en la sección No. 4.2.1 de la demanda. Por ejemplo, en vista de que no se ha aportado el acta correspondiente a la reunión del 23 de abril de 2015, el Despacho no puede examinar las razones que llevaron a que se votara negativamente la propuesta formulada por la demandante. En este orden de ideas, es factible que una compañía tenga razones legítimas para abstenerse de demandar a un administrador, a pesar de haberse verificado una violación de los deberes a cargo de tal funcionario.⁶ Adicionalmente, no es claro cuál ha sido el alcance de la participación que ha tenido CASS Constructores & Cía. S.C.A. en procesos licitatorios en los que también podría haberse postulado CSS Constructores S.A. Los documentos aportados por la demandante apuntan apenas a la participación de aquella compañía en la etapa de precalificación de diversas licitaciones de las que no formó parte CSS Constructores S.A. De ahí que el Despacho no pueda establecer aún si la postulación de CASS Constructores & Cía. S.C.A. en tales procesos licitatorios obedeció a una desviación irregular de oportunidades de negocio en cabeza de CSS Constructores S.A. o, más bien, a que la actividad de esta última sociedad era incompatible con los pliegos correspondientes.

Así las cosas, el Despacho decretará únicamente las medidas cautelares descritas en los numerales 4.2.2 y 4.2.3 de la demanda. La primera de las medidas en cuestión—solicitar registros audiovisuales de las deliberaciones acontecidas durante la reunión del 23 de abril de 2015—será indispensable para que el Despacho establezca cuáles fueron las razones que llevaron a negar la acción social propuesta por la demandante.⁷ Adicionalmente, la medida consignada en el numeral 4.2.3 permitirá determinar si CSS Constructores S.A. podía haber formado parte de aquellos procesos licitatorios en los que participó el señor Solarte Solarte en nombre propio o en representación de CASS Constructores & Cía. S.C.A.⁸

⁶ Cfr. P Davies, Principles of Modern Company Law (2008, 8ª Ed, Sweet & Maxwell, Londres) 605-606.

⁷ En vista de la naturaleza de las pretensiones, así como de la información disponible en esta etapa del proceso, el Despacho considera innecesario solicitar la grabación correspondiente a la reunión del 30 de marzo de 2015.

⁸ El Despacho modificará parcialmente la medida descrita en el texto principal, en el sentido de solicitar un informe acerca de todos los procesos licitatorios relevantes, sin exigirle al señor Solarte Solarte que identifique aquellos que hubieren correspondido a actividades incluidas en el objeto social de CSS Constructores S.A. Adicionalmente, la solicitud incluida en el segundo párrafo del

Finalmente, el Despacho considera improcedentes las medidas solicitadas en los numerales 4.2.4, 4.2.5 y 4.2.6. Por una parte, no parece razonable ordenar la remoción de los representantes legales actuales de CSS Constructores S.A. por las irregularidades descritas en torno a la presidencia de las reuniones del máximo órgano social. De otra parte, no se han encontrado suficientes elementos de juicio para impartir la orden de que se otorgue la garantía a que se alude en el numeral 4.2.6. Por lo demás, no se puede acceder a la solicitud formulada en el numeral 4.2.5 de la demanda, debido a que el señor Carlos Alberto Solarte Solarte ya no ocupa un cargo en la administración de CSS Constructores S.A. Con todo, el Despacho se ocupará en estudiar con detenimiento el denominado 'contrato de prestación de servicios de asesoría permanente', a fin de establecer si con ese negocio jurídico se ha pretendido eludir las prohibiciones consagradas en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

2. El interés económico de la demandante

Tras una revisión del expediente, el Despacho pudo constatar que la demandante cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso en su calidad de accionista en CSS Constructores S.A.⁹

3. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en la legislación procesal colombiana. Para tal efecto, es suficiente señalar que las medidas que serán decretadas por el Despacho no parecen tener la virtualidad de generarle mayores perjuicios a los demandados. Ciertamente, el Despacho se limitará a solicitar la información mencionada por la demandante en los numerales 4.2.2 y 4.2.3 de la demanda. En consecuencia, el Despacho estima que una caución de \$1.000.000 sería suficiente para atender a los objetivos consagrados en el artículo 590 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

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

Segundo. Una vez prestada la caución en forma debida, solicitarle a los demandados que, en el término de dos días hábiles, le envíen al Despacho una copia de todos los registros audiovisuales en su poder, correspondientes a la reunión de la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de CSS Constructores S.A. celebrada el 23 de abril de 2015.

numeral 4.2.3.1 será considerada por el Despacho una vez se reciba el informe a que se ha hecho referencia.

⁹ Según lo expresado en el Auto No. 800-4336 del 22 de marzo de 2013, el denominado 'interés económico del demandante' conjuga varios de los elementos a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso, incluidos el interés para obrar y la necesidad de la medida cautelar solicitada.

Tercero. Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle al señor Carlos Alberto Solarte Solarte que presente un informe en el que se describan la totalidad de las licitaciones, concursos, manifestaciones de interés o preselección de contratistas, organizados por entidades públicas o privadas entre los años 2012 y 2014, en los que tal sujeto hubiere participado en nombre propio o en representación de CASS Constructores & Cía. S.C.A.

El señor Solarte Solarte contará con un término de diez días hábiles para presentar el informe antes mencionado.

Notifíquese y cúmplase.

El Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

José Miguel Mendoza

Nit: 832006599
Rad: 2015-01-263574

Código Dep: 800
Cod F: M6866

Trámite: 170001