



SENTENCIA

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

Partes

Lorenzo Martinez Contreras

contra

Noé Alvarado Gómez, Jairo Gutiérrez Prieto, Mary Idaly Pérez Rodríguez, Pedro Nel Pérez Rodríguez, Jesús Amador Pérez Rodríguez, María Bertha Pérez de Castillo, Carmen Elisa Pérez de Velásquez, Fernando Pérez Rodríguez, María Angélica Pérez de García, Elvis Miguel Pérez Rodríguez, Gilberto Pérez Rodríguez, María Lilia Pérez Rodríguez, Edilberto Pérez Rodríguez, Álvaro Pérez Rodríguez, Martín Pérez Rodríguez, Ana Celina Pérez Rodríguez, Gustavo Adolfo Pérez Celis, Alain Yesid Pérez Celis, Sheir Enrique Pérez Celis, Rosa María Gutiérrez de Cruz, Constructora Villa de San Carlos S.A.S., Suministros Mineros del Llano Ltda., Kñax Ltda., Estación de Servicio Canaguaro y Mag Constructores S.A.S.

Asunto

Artículo 24 Código General Del Proceso

Trámite

Proceso verbal

Número del proceso

2017-800-00127

Duración del proceso

341 días¹

I. ANTECEDENTES

El proceso iniciado por Lorenzo Martinez Contreras surtió el curso descrito a continuación:

1. El 8 de septiembre de 2017 se admitió la demanda.
2. El 24 de abril de 2018, mediante auto n.º 2018-01-198564, se prorrogó el termino para fallar el presente proceso hasta el 2 de noviembre de 2018, inclusive.

¹ Este término se cuenta desde la fecha de presentación la demanda hasta la fecha en que se emitió la sentencia de primera instancia, según el método de cómputo establecido en el artículo 121 del Código General del Proceso La demanda se presentó el 27 de abril de 2017, y el auto admisorio de la demanda no se notificó dentro de los 30 días hábiles siguientes. Debe tenerse en cuenta que el presente proceso fue prorrogado mediante auto n.º 2018-01-198564 del 24 de abril de 2018. Este Despacho advierte que el 6 y 7 de septiembre de 2017, el 22 y 29 de diciembre de 2017, así como el 4 de abril de 2018, el Superintendente de Sociedades mediante Resoluciones n.ºs 500-890 del 28 de agosto de 2017, 500-1348 de 18 de diciembre de 2017 y 500-1545 del 4 de abril de 2018, suspendió los términos de los procesos judiciales adelantados por esta Superintendencia.

3. El 27 de abril de 2018 se cumplió el trámite de notificación.
4. El 3 de julio de 2018 se celebró la audiencia judicial convocada por el Despacho.
5. El 28 de septiembre del 2018 las partes presentaron sus alegatos de conclusión y, al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en las normas procesales vigentes, el Despacho se dispuso a proferir sentencia.

II. PRETENSIONES

La demanda de Lorenzo Martinez Contreras contiene las pretensiones que se exponen a continuación:

1. 'Que se declare la nulidad, absoluta de lo actuado a partir del 1° de [a]gosto de 2016, por infringir[se] el régimen del conflicto de intereses de que trata el numeral 7 del artículo 23 de la ley 22[2] [de 1995], del [c]ontrato de transacción [celebrado] el 12 de noviembre de 2016, [por] el representante legal de M[ag] C[onstrutores] S.A.S. con los hermanos [Pérez] [Rodríguez].
2. 'Que se declare la nulidad absoluta por infringir el régimen de conflicto de intereses de que trata el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 22[2] [de 1995] del [c]ontrato de compraventa del lote n.° 24 del sector [c]ambulos tres, del [c]ondominio Colina Campestre de Acacias, que firmo el representante legal de [Mag Construtores] S.A.S. con la [Constructora Villa de San Carlos] S.A.S. identificada con nit n.° 900.477.323-8.
3. 'Que se declare la nulidad absoluta por infringir el régimen de conflicto de intereses de que trata el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 22[2] [de 1995] del [c]ontrato de compraventa del [l]ote [n.°] 1 del sector [c]ambulos, del [c]ondominio Colina Campestre de Acacias, que firmo el representante legal de [Mag Construtores] S.A.S. con la sociedad [Suministros Mineros del L[lano] Ltda.:nit n.° 900.264.742-4.
4. 'Que se declare la nulidad absoluta por infringir el régimen de conflicto de intereses de que trata el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 22[2] [de 1995] del [c]ontrato de compraventa de un [l]ote del [c]ondominio Colina Campestre de Acacias, que firmo el representante legal de [Mag Construtores S.A.S. con la sociedad [Kñak] Ltda.
5. 'Que se declare la nulidad absoluta por infringir el régimen de conflicto de intereses de que trata el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 22[2] [de 1995] del [c]ontrato de compraventa de un [l]ote del [c]ondominio Colina Campestre de Acacias, que firmo el representante legal de [Mag Construtores] S.A.S. con la sociedad [Estación de Servicio Canaguaro.
6. 'Que como consecuencia de estas declaraciones, se ordene la reactivación a la vida jurídica del contrato de permuta terminado por [el contrato de] transacción, ordenado que se continúe con la ejecución del contrato de permuta inicial, firmado entre [Mag Construtores] S.A.S y los hermanos [Pérez Rodríguez].
7. 'Que como consecuencia de estas declaraciones, se ordene la restitución al patrimonio de [Mag Construtores] S.A.S, los 4 lotes que fueron negociados con promesa de compraventa, por [parte] de su representante legal.

'Primera[s] Pretensi[ones] Subsidiarias:

1. 'Que se declare la responsabilidad de Noé Alvarado Gómez y Jairo Gutiérrez Prieto, de los perjuicios materiales sufridos por [Mag Construtores] S.A.S., por haber realizado participado y facilitado como socios administradores de [Mag Construtores] S.A.S., los actos que



MINCIT



GOBIERNO
DE COLOMBIA

En la Superintendencia de Sociedades
trabajamos con integridad por un País
sin corrupción.

Entidad No. 1 en el Índice de Transparencia de las
Entidades Públicas. ITEP.



- quebrantan el régimen de conflicto de intereses, conforme al [artículo] 42 de la [L]ey 1258 de 2008 y [el artículo] 1 del Decreto 1925 de 2009.
2. 'Que como consecuencia de esta declaración, se condene a los demandados a pagar como indemnización de perjuicios causados a la sociedad [Mag] Constructores] S.A.S., los siguientes daños patrimoniales:
A) [...] setecientos cincuenta y tres millones noventa y cuatro mil setecientos treinta y cinco pesos [m]/c (\$ 753.094.735.00).
 3. 'Que se declare que los demandados Noé Alvarado Gómez y Jairo Gutiérrez Prieto son solidariamente responsables, acorde al artículo 2344 del [Código de Civil].
 4. 'Que se condene en costas a los demandados, en caso de oposición.

'Segunda Pretensión Subsidiaria:

1. 'Que se ordene la inhabilitación de los demandados Noé Alvarado Gómez y Jairo Gutiérrez Prieto, para ejercer el comercio, conforme a la parte final del inciso segundo del artículo 5 del Decreto 1925 de 2009'.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada ante el Despacho tiene como propósito principal que se declare la nulidad absoluta de varios negocios jurídicos celebrados por Noé Alvarado Gómez, en su calidad de representante legal de Mag Constructores S.A.S., por encontrarse viciados de conflicto de interés. En particular, se ha controvertido el contrato de transacción celebrado el 12 de noviembre de 2016 entre Mag Constructores S.A.S. y los hermanos Pérez Rodríguez,² así como, cuatro contratos de promesa de compraventa celebrados entre la mencionada compañía y Kñax Ltda., Constructora Villa de San Carlos S.A.S., Estación de Servicios Canaguaro y Constructora Villa de San Carlos, ubicados en el Condominio Colina Campestre de Acacias, Meta.

Según lo expresado en la demanda, Noé Alvarado Gómez, 'sin que mediara acta del órgano social que lo autorizara violando el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 [...], firm[ó] en nombre de la sociedad Mag Constructores S.A.S., un contrato de transacción, aceptando un inexistente incumplimiento de la sociedad Mag Constructores S.A.S., por medio del cual terminaron el contrato de permuta celebrado con los hermanos Pérez Rodríguez' (vid. Folio 108 reverso). Igualmente, el demandante afirma que, '[a]proximadamente 40 días antes de firmar el contrato de transacción los [...] administradores de Mag Constructores S.A.S., Noé Alvarado y Jairo Gutiérrez, constituyeron la sociedad J&N Constructores S.A.S., y elaboraron un contrato de permuta entre la sociedad J&N Constructores S.A.S. y los hermanos Pérez Rodríguez que reemplazaría el contrato transado, el cual fue firmado por la mayoría de los hermanos Pérez Rodríguez, contrato que es una réplica del contrato liquidado por transacción' (vid. Folio 109). Es así como para el demandante, '[a] pesar de estar terminada la etapa [a] del proyecto, en la liquidación del contrato de permuta, el [g]erente de Mag Constructores S.A.S. no asume la defensa de los intereses de la [s]ociedad y transa por un valor irrisorio, regalando el trabajo cumplido que se ejecutó durante casi dos años, obrando en conflicto de intereses con el propósito de obtener para sí y para terceros, una ventaja económica' (vid. Folio 109).

² Para cualquier efecto, debe entenderse que 'los hermanos Pérez Rodríguez' son Mary Idaly Pérez Rodríguez, Pedro Nel Pérez Rodríguez, Jesús Amador Pérez Rodríguez, María Bertha Pérez de Castillo, Carmen Elisa Pérez de Velásquez, Fernando Pérez Rodríguez, Gilberto Pérez Rodríguez, María Lilia Pérez Rodríguez, Edilberto Pérez Rodríguez, Álvaro Pérez Rodríguez, Martín Pérez Rodríguez, Ana Cecilia Pérez Rodríguez, Gustavo Adolfo Pérez Celis, Alain Yesid Pérez Celis, Sheir Enrique Pérez Celis, Rosa María Gutierrez de Cruz (vid. folio 50)

Por su parte, el apoderado de Noé Alvarado Gómez y Jairo Gutierrez Prieto manifestó que J&N Constructores S.A.S. no ha celebrado ningún negocio jurídico con los hermanos Pérez Rodríguez (vid. Folio 370). Prueba de ello sería, a su juicio, que el contrato no se encuentra suscrito por sus poderdantes y que, además, no se ha ejecutado ninguna obra relacionada con el particular.

A su turno, el apoderado de los hermanos Pérez Rodríguez manifestó que Mag Constructores S.A.S. incumplió el contrato de permuta, al obtener extemporáneamente la licencia de urbanismo y el reglamento de propiedad horizontal, por lo que 'fue el incumplimiento finalmente [el que] determinó el sentido y cuantía del [contrato] de transacción] por los 5 lotes en aras de no llegar a un litigio y cobrar cláusula penal a Mag Constructores' (vid. Folio 470). Adicionalmente, en la contestación de la demanda los hermanos Pérez Rodríguez manifestaron que Mag Constructores S.A.S. y sus socios 'no tenían el apalancamiento financiero para cumplir con los plazos del contrato [de permuta]' (vid. Folio 464). De otra parte, la apoderada de Mag Constructores S.A.S. manifestó en la contestación de la demanda que esa compañía 'no se constituyó exclusivamente para ejecutar el proyecto [Condominio Colina Campestre]', pues para la época de su constitución no existía ningún tipo de acercamiento o negociación con los hermanos Pérez Rodríguez (vid. Folio 711).

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

1. Hechos

El 12 de septiembre de 2014 los señores Lorenzo Martínez Contreras, Noé Alvarado Gómez y Jairo Gutiérrez Prieto constituyeron Mag Constructores S.A.S., con el fin de dedicarse al 'diseño, cálculo y construcción de edificaciones, plantación arquitectónica de conjuntos, y obras de urbanismo de diferentes áreas y alturas'. Los señores Alvarado Gómez y Gutiérrez Prieto, a su vez, asumieron los cargos de representantes legales principal y suplente, respectivamente (vid. Folios 8 a 10).

El 10 de abril de 2015, Mag Constructores S.A.S. y los hermanos Pérez Rodríguez —dueños de los predios Remanente el Claret y Zona Boscosa— celebraron un contrato de promesa de permuta. En virtud del aludido negocio jurídico, los hermanos Pérez Rodríguez se obligaron a transferir a Mag Constructores S.A.S. el derecho de dominio y la posesión material de los inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria n.ºs 232-5413 y 232-30444. Como contraprestación, Mag Constructores S.A.S. debía efectuar los diseños definitivos de parcelación, el plan de loteo, la escritura de loteo y la gestión y obtención de las licencias urbanísticas y licencias ambientales, entre otras, a efectos de adelantar el proyecto 'Condominio Colina Campestre' (vid. Folios 26 a 28).

Posteriormente, el 11 de octubre de 2016, Noé Alvarado Gómez y Jairo Gutiérrez Prieto constituyeron una sociedad denominada J&N Constructores S.A.S., cuyo objeto social consiste en adelantar 'construcciones, montajes y mantenimiento, [...] construcciones de obras civiles, construcción de edificaciones multifamiliares y vivienda de interés general, y de interés social, urbanizaciones [...]'. Los señores Alvarado Gómez y Gutiérrez Prieto, a su vez, revisten la calidad de representantes legales principal y suplente de la compañía, respectivamente (vid. Folios 65 a 67).

Un mes después, el 12 de noviembre de 2016, Noé Alvarado Gómez, en su calidad de representante legal principal de Mag Constructores S.A.S., celebró un contrato de transacción con los hermanos Pérez Rodríguez. En virtud de este negocio jurídico, Mag Constructores S.A.S. reconoció el incumplimiento de unas obligaciones adquiridas mediante el contrato de promesa de permuta, de manera



MINCIT



GOBIERNO
DE COLOMBIA

En la Superintendencia de Sociedades
trabajamos con integridad por un País
sin corrupción.

Entidad No. 1 en el Índice de Transparencia de las
Entidades Públicas. ITEP.



que las partes, de común acuerdo, dieron por terminado ese negocio jurídico (vid. Folio 51). Igualmente, para compensar las labores que alcanzó a adelantar Mag Constructores S.A.S. en desarrollo del contrato de promesa de permuta, los hermanos Pérez Rodríguez se obligaron a transferirle los lotes de terreno n.^{os} 17 los Ocobos, 18 los Cambulos III, 23 los Cambulos III, 24 los Cambulos III y 10 el Galanday.

Por su parte, el 3 de diciembre de 2016, Gustavo Adolfo Pérez Celis, Pedro Nel Pérez Rodríguez, Alain Yecid Pérez Celis, Rosa María Gutiérrez de Cruz, María Bertha Pérez de Castillo, Carmen Elisa Pérez de Velásquez, Ana Celina Pérez Rodríguez, Martín Pérez de Rodríguez, Gilberto Pérez Rodríguez y Fernando Pérez Rodríguez suscribieron un contrato de promesa de permuta (vid. Folios 903 reverso a 904). Según consta en el mencionado contrato, los hermanos Pérez Rodríguez transferirían a título de permuta 110 lotes de terreno del 'futuro Condominio Colina Campestre Propiedad Horizontal' a favor de J&N Constructores S.A.S. Como contraprestación, J&N Constructores S.A.S. se obligaría a tramitar todas las licencias urbanísticas para la construcción del proyecto, así como a ejecutar obras (vid. Folios 79, 80 reverso y 81).

2. Acerca de la calidad de administradores de los demandados

Para poder analizar presuntas las infracciones invocadas en este proceso, es indispensable determinar si el régimen de deberes de los administradores le resulta aplicable a los demandados.

Según las pruebas consultadas por el Despacho, Noé Alvarado Gómez y Jairo Gutiérrez Prieto ostentan, respectivamente, la calidad de representantes legales principal y suplente de Mag Constructores S.A.S. desde el 12 de septiembre de 2014 (vid. Folios 8 a 10). Es decir que tales personas fungían en dichos cargos para la fecha en que se celebraron los contratos controvertidos.

Sin embargo, los elementos de juicio disponibles no dan cuenta de que el señor Gutiérrez Prieto haya ejercido la suplencia. De hecho, quien ejerció la representación legal de la compañía para efectos de la celebración de los contratos cuestionados fue, únicamente, Noé Alvarado Gómez. 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 [...]'. Así, pues, el Despacho debe concluir que Jairo Gutiérrez Prieto no estuvo sujeto al régimen de deberes de los administradores consagrado en la Ley 222 de 1995.

Por las razones expuestas, el Despacho únicamente examinará la conducta del señor Alvarado Gómez en su condición de administrador de Mag Constructores S.A.S., según las infracciones invocadas en la demanda.

3. Acerca del contrato de transacción³

A juicio del demandante, el contrato de transacción por virtud del cual se terminó el contrato de promesa de permuta suscrito entre Mag Constructores S.A.S. y los hermanos Pérez Rodríguez, fue celebrado por Noé Alvarado Gómez en evidente conflicto de interés. En sustento de lo anterior, se afirma que el motivo

³ Este contrato fue celebrado por Mag Constructores S.A.S. con los siguientes hermanos Pérez Rodríguez: Noé Alvarado Gómez, Jairo Gutiérrez Prieto, Mary Idaly Pérez Rodríguez, Pedro Nel Pérez Rodríguez, Jesús Amador Pérez Rodríguez, María Bertha Pérez de Castillo, Carmen Elisa Pérez de Velásquez, Fernando Pérez Rodríguez, María Angélica Pérez de García, Elvis Miguel Pérez Rodríguez, Gilberto Pérez Rodríguez, María Lilia Pérez Rodríguez, Edilberto Pérez Rodríguez, Álvaro Pérez Rodríguez, Martín Pérez Rodríguez, Ana Celina Pérez Rodríguez, Gustavo Adolfo Pérez Celis, Alain Yesid Pérez Celis, Sheir Enrique Pérez Celis, Rosa María Gutiérrez de Cruz. En esa medida, el contradictorio se encuentra debidamente integrado por cuanto todas las personas que participaron en la celebración de este contrato fueron vinculadas.

de la referida terminación no fue el incumplimiento contractual por parte de Mag Constructores S.A.S. sino la intención de Noé Alvarado Gómez de celebrar el mismo contrato de promesa de permuta con los hermanos Pérez Rodríguez a través de J&N Constructores S.A.S., compañía en la cual este último y Jairo Gutiérrez Prieto son los únicos accionistas y representantes legales.

Una vez revisadas las pruebas obrantes en el expediente, el Despacho encontró que, en efecto, Noé Alvarado Gómez y Jairo Gutiérrez Prieto tenían respectivamente, para noviembre de 2016, la calidad de representantes legales principal y suplente, tanto de Mag Constructores S.A.S. como de J&N Constructores S.A.S. (vid. Folios 9 y 66 reverso).⁴

Así mismo, se encuentra plenamente probado que entre los hermanos Pérez Rodríguez y Mag Constructores S.A.S. se celebró el 10 de abril de 2015 un contrato de promesa de permuta cuyo propósito final era la ejecución de un proyecto urbanístico denominado ‘Condominio Colina Campestre’ en el municipio de Acacías. En virtud de dicho negocio jurídico, Mag Constructores S.A.S. comenzó las actividades relacionadas en la parte a) del contrato, relacionadas con la consecución de las licencias para obtener la escritura de loteo. Es así como, el 24 de febrero de 2016 se celebró un otrosí del contrato de promesa de permuta con el fin de ampliar el plazo que tenía Mag Constructores S.A.S. para obtener las licencias requeridas. De esta forma, el plazo se prorrogó hasta el 30 de mayo de 2016 (vid. Folios 726 a 732).

Por otro lado, el Despacho pudo constatar que, en efecto, el 12 de noviembre de 2016, Noé Alvarado Gómez celebró un contrato de transacción con los hermanos Pérez Rodríguez, cuyo propósito era dar por terminado el contrato de promesa de permuta suscrito el 10 de abril de 2015. Según se indica en el contrato de transacción, Mag Constructores S.A.S. no se hizo presente el día de la firma de la escritura pública de loteo con la licencia de urbanismo correspondiente, lo cual configura ‘un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por [la compañía] en el contrato de permuta’ (vid. Folio 50).

Según lo manifestó el representante legal de Mag Constructores S.A.S., la terminación del contrato de promesa de permuta se debió, en primer lugar, al incumplimiento de las obligaciones por parte de la compañía y, en segundo lugar, a su falta de capacidad financiera para continuar con la obra, más no a negociaciones previas entre Noé Alvarado Gómez, Jairo Gutiérrez Prieto, J&N Constructores S.A.S. o los hermanos Pérez Rodríguez, para la ejecución del proyecto ‘Condominio Colina Campestre’.⁵

A pesar de lo anterior, el Despacho advierte que, algunos de los hermanos Pérez Rodríguez firmaron un contrato de promesa de permuta en virtud de la cual,

⁴ En los certificados de existencia y representación legal de Mag Constructores S.A.S. consta que Noé Alvarado Gómez y Jairo Gutiérrez Prieto tenían dicha calidad desde el 12 de septiembre de 2014. Por su parte en el certificado de existencia y representación legal de J&N Constructores S.A.S. consta que Noé Alvarado Gutiérrez y Jairo Gutiérrez Rodríguez tenían esa calidad desde el 3 de octubre de 2016.

⁵ Según lo manifestado por el representante legal de Mag Constructores S.A.S., una de las razones que lo llevó a celebrar el contrato de transacción fue ‘la imposibilidad de que Mag Constructores consiguiera los recursos para ir llevando a cabo los compromisos de Mag Constructores y teniendo en cuenta que las fechas para entregar los diseños estaban vencidas porque en ese momento no se habían entregado los diseños [...]. La compañía no tenía profesionales especializados para desarrollar el diseño de puentes tampoco había un profesional que tuviera conocimientos en estudios hidrológicos, estudios ambientales ni estudios de socavación [...]. Mag Constructores no tenía ni tiene el personal idóneo para realizar esos estudios, si no se tenían los profesionales. Si no se tenían los recursos, era imposible darle cumplimiento a esos compromisos y ya los plazos estaban vencidos, entonces de manera amigable y con el fin de liberar los compromisos [...] se optó por hacer esa transacción’. Cfr. Grabación de la audiencia del 3 de julio de 2018 (vid. Cd Folio 822) 2:16:11 y 2:18:59.



MINCIT



GOBIERNO
DE COLOMBIA

En la Superintendencia de Sociedades
trabajamos con integridad por un País
sin corrupción.

Entidad No. 1 en el Índice de Transparencia de las
Entidades Públicas. ITEP.



J&N Constructores S.A.S. continuaría con la ejecución del proyecto Condominio Colina Campestre (vid. Folios 101 a 102).⁶

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 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.

Así, 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: ‘[e]n 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 este sentido, este Despacho ha hecho referencia al conflicto de interés que surge cuando el administrador o una persona vinculada a este sujeto, celebra operaciones con la compañía en la que aquel ejerce sus funciones. Igualmente, se ha estudiado el conflicto que se presenta cuando un mismo sujeto es administrador de dos compañías que contratan entre sí,⁷ o cuando se celebran operaciones entre sociedades controladas por el mismo sujeto.⁸ Esta Delegatura, incluso, se ha referido a situaciones en las que el administrador incurso en un conflicto no participa, en ninguna calidad, en la celebración del respectivo negocio

⁶ Según consta en el contrato de promesa de permuta del 3 de diciembre de 2016, el documento fue firmado únicamente por Pedro Nel Pérez Rodríguez, María Bertha Pérez de Castillo, Carmen Elisa Pérez de Velásquez, Gilberto Pérez Rodríguez, Fernando Pérez Rodríguez, Martín Pérez Rodríguez, Rosa María Gutiérrez de Cruz, Ana Celina Pérez Rodríguez, Alain Yesid Pérez Celis y Gustavo Adolfo Pérez Celis (vid. Folios 903 reverso a 904).

⁷ Cfr. Auto n.º 801-7259 del 19 de mayo de 2014.

⁸ Cfr. Sentencia n.º 800-142 del 10 de noviembre de 2015.

jurídico y, aun así, este último puede estar viciado de conflicto de interés.⁹ Por lo demás, este Despacho ya ha estudiado distintas hipótesis en las que un administrador cuenta con un interés económico significativo en una operación determinada. Sobre este aspecto, en la misma sentencia citada en el párrafo anterior, se indicó que 'puede presentarse un conflicto cuando el administrador tenga un interés económico que sea lo suficientemente significativo como para menoscabar su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su cargo'.¹⁰

Dicho lo anterior, este Despacho encuentra que algunas de las actuaciones endilgadas a Noé Alvarado Gómez podrían haberle representado un conflicto de interés. Se trata, particularmente, del contrato de transacción celebrado entre Mag Constructores S.A.S. —por conducto del señor Alvarado Gómez— y los hermanos Pérez Rodríguez. Ello se debe a que, por virtud del aludido negocio jurídico, se acordó la terminación del contrato de promesa de permuta celebrado entre Mag Constructores S.A.S. y los mencionados hermanos. No obstante, un poco menos de un mes después, se habría celebrado un nuevo contrato de promesa permuta en similares condiciones y para adelantar el mismo proyecto urbanístico, esta vez entre los hermanos Pérez Rodríguez y J&N Constructores S.A.S., compañía en la que los señores Alvarado Gómez y Gutiérrez Prieto fungían como únicos accionistas y representantes legales.

Ciertamente, bajo las circunstancias descritas, parece clara la existencia de intereses contrapuestos en cabeza del señor Alvarado Gómez al celebrar el contrato de transacción en cuestión. Por un lado, en su calidad de representante legal de Mag Constructores S.A.S., estaba obligado a velar por los mejores intereses de esta compañía. Por otro lado, el demandado contaba con un interés económico subjetivo en que, por virtud de la mencionada transacción, le fuera terminado el contrato de promesa de permuta a Mag Constructores S.A.S., pues el referido negocio jurídico sería luego celebrado con J&N Constructores S.A.S., compañía en la que fungía como accionista y representante legal. La situación narrada, de ser cierta, bastaría para concluir que el juicio objetivo del señor Alvarado Gómez se encontraba comprometido cuando se celebró el contrato de transacción controvertido, lo cual hacía indispensable que se obtuviera la autorización a que hace referencia el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Una operación como la descrita, además, podría configurar una evidente expropiación ilegítima de los intereses del accionista minoritario, conducta no amparada por la discreción que ha sido atribuida a los administradores sociales. En efecto, este tipo de actuaciones suelen concretarse en la usurpación, por parte de un accionista controlante —sujeto que también suele fungir como administrador o es coadyuvado por este funcionario—, de prerrogativas económicas de las que también deberían beneficiarse los accionistas minoritarios. En el presente caso, por ejemplo, de comprobarse que el contrato de promesa de permuta le fue terminado a Mag Constructores S.A.S. sin existir una justificación discernible distinta a su posterior celebración con la compañía controlada y administrada por el mismo señor Alvarado Gómez, se habría producido una ilegítima afectación a los intereses de Lorenzo Martínez Contreras, accionista minoritario de Mag Constructores S.A.S.¹¹

⁹ Cfr. Sentencia n.º 800-52 del 1 de septiembre de 2014.

¹⁰ Id.

¹¹ En este punto, resulta pertinente traer a colación lo reconocido por este Despacho en otras oportunidades en cuanto a la exclusión forzosa de accionistas minoritarios (*freeze-out* o *squeeze-out*). Esta operación, analizada profusamente en la doctrina societaria comparada, puede cumplirse mediante la celebración de negocios jurídicos de diversa índole que buscan eliminar la participación que ostenta un asociado minoritario en el capital de una compañía. En procesos de

Con todo, las pruebas practicadas en el curso del proceso no son suficientes para que el Despacho concluya lo anterior. Ello se debe, en primer lugar, a que no es claro si la celebración del contrato de transacción y la consecuente terminación del contrato de promesa de permuta encontró fundamento en un presunto incumplimiento contractual. De ser esto cierto, habría una justificación discernible que podría amparar la conducta del señor Alvarado Gómez bajo la regla de la discrecionalidad.¹² No obstante, aunque el demandante afirma que dicho incumplimiento nunca se produjo, las declaraciones de los hermanos Pérez Rodríguez apuntan en sentido exactamente contrario. Así, pues, ante la falta de competencia de este Despacho para establecer si se produjo un incumplimiento de esa naturaleza, no es posible determinar si existieron o no razones objetivas para la terminación del aludido negocio jurídico.¹³

A ello debe sumarse, necesariamente, que pese a lo indicado por el demandante,¹⁴ el representante legal de Mag Constructores S.A.S. sostuvo que dicha compañía no fue constituida con el único propósito de construir el proyecto Condominio Colina Campestre, sino que tenía por finalidad desarrollar diferentes proyectos de construcción, incluso con anterioridad a la negociación con los hermanos Pérez Rodríguez. Según explicó, por ejemplo, se iniciaron dos negociaciones para obras de estabilización y para un parque industrial que finalmente no se perfeccionaron.¹⁵ Lo anterior fue corroborado por Lorenzo Martínez Contreras, quien en su declaración indicó que al momento de la constitución de Mag Constructores S.A.S. no existía ningún acercamiento o negociación con los hermanos Pérez Rodríguez.¹⁶

En segundo lugar, podría pensarse que, más allá del supuesto incumplimiento contractual y de la posibilidad de que la compañía, en todo caso, pudiera seguir explotando su objeto social, la conducta del señor Alvarado Gómez

fusión, por ejemplo, es posible pactar que los accionistas minoritarios de una sociedad absorbida reciban dinero en efectivo en lugar de acciones en la absorbente. En esta hipótesis, se producirá en la práctica un reembolso obligado de los aportes los minoritarios, al valor establecido en la relación de canje prevista para la fusión. La exclusión forzosa de minoritarios puede producirse también como resultado de una enajenación global de activos. Para tal efecto, el accionista mayoritario puede disponer que la totalidad de los activos sociales le sean enajenados a una compañía en la que tal sujeto sea propietario del 100% de las acciones en circulación. Una vez cumplida esta operación, el minoritario habrá pasado de ostentar derechos económicos sobre una unidad productiva, a ser el titular de un porcentaje sobre las sumas dinerarias recibidas por la compañía vendedora. En ese momento podrá ordenarse la disolución de la sociedad enajenante, de modo que los asociados minoritarios reciban su cuota social de liquidación, calculada a partir del precio fijado para la cesión global de activos. Cfr. Sentencia n.º 800-119 del 17 de septiembre de 2015.

¹² Respecto de la regla de discrecionalidad, en la sentencia n.º 801-72 del 11 de diciembre de 2013 —así como en diversas oportunidades— se explicó que ‘este Despacho no suele inmiscuirse en la gestión de los asuntos internos de una compañía, a menos que se demuestre la existencia de alguna irregularidad que lo justifique. En verdad, no le corresponde a esta entidad, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, escudriñar las decisiones de negocios que adopten los empresarios, salvo en aquellos casos en los que se acrediten actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés’.

¹³ Debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia restringió el ámbito de las competencias jurisdiccionales de esta Superintendencia, al amparo del literal b) del numeral 5 del artículo 25 del Código General del Proceso. Para tal efecto, dijo que esta Delegatura no puede invocar normas ajenas al régimen societario colombiano para restarles efectos a los negocios jurídicos celebrados entre una compañía y terceros diferentes a sus accionistas y administradores. En ese sentido se advierte que, este Despacho no tiene competencia para conocer acerca de controversias de carácter eminentemente contractual, como puede ser el examen de su posible incumplimiento. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 28 de agosto de 2014 con radicado n.º 11001-02-03-000-2014-01826-00 y Sentencia del 22 de octubre de 2014 con radicado n.º 56333.

¹⁴ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 3 de julio de 2018 (vid. Folio 822) 27:42.

¹⁵ Id. 52:11 y 54:42

¹⁶ Id. 1:50:05.



MINCIT



GOBIERNO
DE COLOMBIA

En la Superintendencia de Sociedades
trabajamos con integridad por un País
sin corrupción.

Entidad No. 1 en el Índice de Transparencia de las
Entidades Públicas. ITEP.



no podría ampararse por la regla de la discrecionalidad, por cuanto estaba viciada por conflicto de interés. Con todo, pese a lo indicado en párrafos anteriores, lo cierto es que el Despacho tampoco cuenta con certeza suficiente sobre el particular. En efecto, los elementos de juicio que reposan en el expediente no apuntan, con contundencia, a la efectiva celebración del invocado contrato de promesa de permuta entre J&N Constructores S.A.S. y hermanos Pérez Rodríguez.

Al respecto, el Despacho encontró que este supuesto negocio jurídico no fue firmado por Noé Alvarado Gómez o Jairo Gutiérrez Prieto, ni por algunos de los hermanos Pérez Rodríguez. Dicha circunstancia fue reconocida por el apoderado del demandante durante la fijación del objeto del litigio.¹⁷ Adicionalmente, de acuerdo con lo manifestado por Noé Alvarado Gómez, María Bertha Pérez de Castillo y Joe Andrés Martino Pérez,¹⁸ los hermanos Pérez Rodríguez no han iniciado negociaciones con Noé Alvarado Gómez, Jairo Gutiérrez Prieto o J&N Constructores S.A.S. para continuar con la ejecución de la obra Condominio Colina Campestre.¹⁹

Así mismo, de conformidad con lo manifestado por los hermanos Pérez Rodríguez, el proyecto de construcción Condominio Colina Campestre, desde el momento de la celebración del contrato de transacción, no se encuentra en ejecución, y a la fecha la obra se encuentra suspendida. Lo anterior fue corroborado por el apoderado de los hermanos Pérez Rodríguez durante la fijación del objeto del litigio, así como por Joe Andrés Martino Pérez²⁰ y por María Bertha Pérez de Castillo.²¹

Además, de acuerdo con la declaración del representante legal de Mag Constructores S.A.S., al momento de celebrarse el contrato de transacción no se envió ninguna oferta a los hermanos Pérez Rodríguez para la ejecución del proyecto Condominio Colina Campestre como tampoco se hizo oferta alguna posteriormente en ese sentido.²²

En este orden de ideas, aunque el contrato de promesa de permuta en comento no parece estar sujeto a solemnidad alguna para efectos de su perfeccionamiento, el hecho de que tampoco se hubiera acreditado su ejecución le resta contundencia a los argumentos del demandante. En este sentido, no existe certeza suficiente acerca de la celebración de esta segunda operación, por lo que no puede tampoco concluirse que el contrato de transacción hubiera tenido como propósito transferir el contrato de promesa permuta a J&N Constructores S.A.S. y expropiar al accionista minoritario. En otras palabras, no se acreditó la existencia de un interés económico subjetivo en cabeza del señor Alvarado Gómez al representar a la compañía en la celebración del contrato de transacción controvertido y, por tanto, que este último estuviera viciado de conflicto de interés.

¹⁷ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 3 de julio de 2018 (vid. Folio 822) 22:30 - 22:54 y 36:31.

¹⁸ El Despacho advierte que el apoderado del demandante tachó de sospechoso el testigo Joe Andrés Marino Pérez por ser familiar de uno de los demandados. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 13 de julio de 2018 (vid. Folio 875) 57:23. En atención a lo anterior el Despacho examinó con detenimiento el aludido testimonio. En cualquier caso, las demás declaraciones referidas también dan cuenta de lo indicado en el texto principal.

¹⁹ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 13 de julio de 2018 (vid. Folio 875) 24:40, 31:00, 31:25 y 1:23:53.

²⁰ Ver nota al pie n.º 18.

²¹ Según lo manifestado por el Dr. González, no se ha celebrado ningún otro contrato por parte de los hermanos Pérez Rodríguez para ejecutar la construcción, pues en el municipio nadie desea contratar con tales hermanos. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 3 de julio de 2018 (vid. Folio 822) 59:52. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 13 de julio de 2018 (vid. Folio 875) 31:25 y 1:24:18.

²² Id. 2:11:36 y 1:14:23.

4. Acerca de los contratos de promesa de compraventa²³

De acuerdo con lo manifestado en la demanda, Noé Alvarado Gómez, en su calidad de representante legal de Mag Constructores S.A.S., firmó cuatro contratos de promesa de compraventa de varios lotes de terreno del Condominio Colina Campestre con Constructora Villa de San Carlos S.A.S., Kñax Ltda., Suministros Mineros del Llano Ltda. y Estación de Servicio Canaguaro. En virtud de tales contratos, Mag Constructores S.A.S. transferiría dichos lotes a tales personas, los cuales, a su vez, le serían transferidos a esta compañía por los hermanos Pérez Rodríguez en virtud del contrato de transacción suscrito el 12 de noviembre de 2016. A juicio del demandante, dichos contratos también le habrían representado al señor Alvarado Gómez un conflicto de interés.

Una vez revisado el expediente, el Despacho encontró que, en efecto, el 26 de mayo, 20 de junio y 21 de julio de 2016, Noé Alvarado Gómez, en su condición de representante legal de Mag Constructores S.A.S., celebró unos contratos de promesa de compraventa con Constructora Villa de San Carlos S.A.S., Kñax Ltda. y Suministros Mineros del Llano Ltda., respectivamente, para enajenar los lotes de terreno n.º 1 Cambulos III, 12 Cambulos II, 24 (vid. Folios 847, 850 y 856).

Ahora bien, según lo manifestado por el señor Alvarado Gómez, dichos contratos fueron anteriores a la celebración del contrato de transacción.²⁴ Sin embargo, en la medida en que, una vez celebrado el contrato de transacción los aludidos lotes nunca fueron transferidos a Mag Constructores S.A.S., tales inmuebles tampoco fueron transferidos a los promitentes compradores.²⁵

En cualquier caso, debe decirse que la información consultada no le permite al Despacho concluir que el señor Alvarado Gómez hubiera estado incurrido en conflicto de interés al celebrar los referidos contratos de promesa de compraventa. En verdad, no parece existir alguna relación entre Noé Alvarado Gómez Constructora Villa de San Carlos S.A.S., Kñax Ltda. y Suministros Mineros del Llano Ltda., ni alguna circunstancia que pudiera comprometer su juicio objetivo.²⁶

5. Acerca de las pretensiones de responsabilidad

Subsidiariamente, el apoderado del demandante también ha controvertido la responsabilidad de los demandados por la infracción a sus deberes como administradores de Mag Constructores S.A.S. En esa medida, ha solicitado una condena en el pago de perjuicios a favor de la compañía.

A pesar de lo anterior, y sin perjuicio de que tampoco se acreditó la infracción al deber previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, este Despacho encuentra que el demandante carece de legitimación en la causa para solicitar el pago de perjuicios que se le habrían causado a Mag Constructores S.A.S. Sobre el particular, debe recordarse que la acción social de responsabilidad es el único medio previsto en el ordenamiento colombiano para resarcir los perjuicios sufridos por una compañía como consecuencia de la violación de los deberes a cargo de los administradores.²⁷ En los términos del artículo 25 de la Ley

²³ Estos contratos fueron celebrados por Mag Constructores S.A.S. con las siguientes personas: Constructora Villa de San Carlos S.A.S., Suministros Mineros del Llano Ltda., Kñax Ltda. y Estación de Servicio Canaguaro. En esa medida, el contradictorio se encuentra debidamente integrado, por cuanto todas las personas que participaron en la celebración de estos contratos fueron vinculadas.

²⁴ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 3 de julio de 2018 (vid. Folio 822) 37:00.

²⁵ Id. 43:28 – 43:40.

²⁶ Durante la fijación del objeto del litigio, Noé Alvarado Gómez manifestó no tener ningún tipo de relación con Estación de Servicios Canaguaro, Constructora Villa de San Carlos S.A.S., Kñax Ltda. y Suministros Mineros del Llano Ltda. Cfr. Grabación audiencia celebrada el 3 de julio de 2018 (vid. Folio 822) 32:20 - 32:29.

²⁷ Cfr. Sentencia n.º 800-54 del 14 de mayo de 2015.

222 de 1995, la acción en comento puede interponerse, únicamente, cuando ha sido previamente aprobada por el máximo órgano social. A pesar de lo anterior, la demanda bajo estudio no fue iniciada precisamente por Mag Constructores S.A.S. al amparo de una acción de esa naturaleza, ni se acreditó que el señor Martínez Contreras hubiera actuado en interés de la sociedad, en virtud de la legitimación extraordinaria conferida por el citado artículo 25 —para lo cual se requiere, igualmente, que se hubiera aprobado de forma previa la acción social de responsabilidad y no hubiera sido ejercida por la compañía dentro de los tres meses siguientes—.

Debido a lo anterior, el Despacho declarará probada la falta de legitimación en la causa del demandante para formular las pretensiones subsidiarias relacionadas con la responsabilidad de los demandados y la condena en el pago de perjuicios.

6. Acerca la 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 los demandados.²⁸

7. Conclusión

A la luz de las anteriores consideraciones, este Despacho desestimaré las pretensiones de la demanda, pues no se acreditó que Noé Alvarado Gómez hubiera infringido su deber de lealtad.²⁹ Además, se declarará la falta de legitimación en la causa del demandante para formular las pretensiones subsidiarias relacionadas con la responsabilidad de los demandados y la condena en el pago de perjuicios.

IV. SANCIONES PROCESALES Y COSTAS

El parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso establece una sanción a favor de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, ‘en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios’. Sin embargo, el mismo artículo dispone que ‘[l]a aplicación de [esta] sanción [...] solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte’. En el caso bajo examen, Lorenzo Martínez Contreras, estimó sus perjuicios en una suma de \$753.094.735. A su turno los apoderados de los demandados objetaron el juramento estimatorio. Pues bien, este Despacho se abstendrá de aplicar la sanción en comento, por cuanto la falta de demostración de los perjuicios no obedeció a la negligencia ni al actuar temerario del demandante, sino a que las pretensiones declarativas de la demanda que dan lugar a la indemnización de perjuicios, fueron desestimadas.

²⁸ 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’. Cfr. Comisión Revisora del Código de Comercio, Exposición de Motivos del Libro Primero (1958, Bogotá, s.e.) 23 a 24.

²⁹ El Despacho encuentra que Fernando Pérez Rodríguez, Constructora Villa de San Carlos S.A.S., Suministros de Llano Ltda., Kñax Ltda. y Estación de Servicios Canaguaro no contestaron la demanda y tampoco se hicieron presentes a las audiencias. Con todo, el Despacho se abstendrá de dar aplicación a las sanciones procesales previstas en el artículo 97 del Código General del Proceso, así como a los indicios descritos en el artículo 241 del citado código. Ello se debe a que las pruebas disponibles en el expediente permiten un pronunciamiento de fondo preciso, sin que haya lugar a la aplicación de presunciones.

Por otro lado, de conformidad con lo establecido en el 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 en el Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura.³⁰ En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho a favor de los demandados y a cargo del demandante, una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria I, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Desestimar las pretensiones de la demanda.

Segundo. Declarar probada la falta de legitimación en la causa del demandante para formular las pretensiones subsidiarias relacionadas con la responsabilidad de los demandados y la condena en el pago de perjuicios.

Tercero. Condenar en costas al demandante y fijar como agencias en derecho a favor de los demandados, una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Cuarto. Abstenerse de aplicar las sanciones procesales a que alude el artículo 206 del Código General del Proceso.

Quinto. Levantar la medida cautelar decretada dentro del presente proceso.

La anterior providencia se profiere a los veintiocho días del mes de septiembre de dos mil dieciocho y se notifica en estrados.



MARIA VICTORIA PEÑA RAMIREZ
COORDINADOR GRUPO JURISDICCIÓN SOCIETARIA 1

³⁰ Cfr. Acuerdo n.º PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.