



SENTENCIA

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

Partes

Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación

contra

Lawrence Loewy Núñez

Trámite

Proceso verbal

Número del Proceso

2017-800-00256

I. ANTECEDENTES

La demanda presentada ante este Despacho está orientada a controvertir la responsabilidad de Lawrence Loewy Núñez, por la infracción de los deberes que le correspondían como representante legal y miembro de la junta directiva de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, entre el 23 de enero del 2014 y el 23 de julio del 2015 (*vid.* Folio 79). Como fundamento de lo anterior, la demandante hizo referencia a varias conductas que, en su criterio, podrían haber configurado una infracción a las reglas contenidas en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Así las cosas, la demandante sostuvo que el señor Loewy Núñez incurrió en actos violatorios de los deberes generales de obrar con diligencia y lealtad. Por virtud de lo anterior, el 19 de octubre de 2016, la asamblea general de accionistas de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, aprobó la acción social de responsabilidad en contra del demandado (*vid.* Folio 122).

Por su parte, el apoderado del demandado no contestó la demanda, pero dentro del proceso afirmó que Lawrence Loewy Núñez cumplió con sus deberes y obligaciones como administrador, y se pronunció acerca de cada uno de los reparos efectuados en contra de su representado, tanto en el interrogatorio de parte como en los alegatos de conclusión presentados por su apoderado.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

En primer lugar, teniendo en cuenta que el demandado no dio contestación oportuna a la demanda, el Despacho hará un breve análisis de las consecuencias legales respectivas para posteriormente proceder a definir, respecto de cada uno de los cargos formulados en contra del demandado Lawrence Loewy Núñez, si fueron demostrados o no y si como consecuencia de esto prosperan o no las pretensiones de la demanda.

A. Acerca de la conducta procesal del demandado

El Despacho encuentra que el demandado no contestó la demanda oportunamente, por lo que dará aplicación a las consecuencias procesales consagradas en el artículo 97 del Código General del Proceso. En consecuencia, se presumirán como ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión. Lo anterior, sin perjuicio de que el Despacho encuentre probados hechos que desvirtúen la presunción descrita.

B. Acerca de las infracciones al deber de cuidado

1. De la celebración de contratos de crédito.

Establece la demandante que en los estatutos de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, existe una limitación para el representante legal para celebrar contratos cuyo valor sea superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, caso en el cual, deberá contar con la autorización de la Junta Directiva de la sociedad. Así las cosas, en la demanda se indica que el señor Lawrence Loewy Núñez celebró contratos de mutuo con Servicios Financieros S.A. Serfinanza Cía. de Financiamiento y con Bancolombia a nombre de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, en los cuales excedió el referido límite, lo que conllevó al incumplimiento de sus deberes como administrador (*vid.* Folios 16 y 17).

Una vez revisadas las pruebas disponibles en el expediente, el Despacho pudo constatar que, durante la época en que el señor Loewy Núñez fungió como representante legal de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, estuvo vigente una limitación estatutaria respecto de sus facultades. Bajo esta restricción, la celebración de negocios jurídicos por un valor superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, requería la autorización de la junta directiva (*vid.* Folio 69). Así pues, el señor Loewy Núñez, el 17 de octubre y el 11 de noviembre de 2014, celebró dos contratos de crédito con Servicios Financieros S.A. Serfinanza Cía. de Financiamiento, por \$803.676.657 y \$880.000.000, respectivamente. Así mismo celebró el 31 de marzo y 22 de mayo de 2015 dos contratos de crédito con Bancolombia S.A., por \$300.000.000 y \$200.000.000, respectivamente.

Sin embargo, a diferencia de lo afirmado en la demanda, el Despacho encuentra que se contó con la autorización de la junta directiva para celebrar dichos contratos de crédito. En efecto, el 29 de septiembre de 2014, la junta directiva de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, autorizó a Lawrence Loewy Núñez para que en su calidad de representante legal de la compañía, celebrara “contratos individuales hasta por \$6.000.000.000”, de lo cual da cuenta el acta n.º 3 (*vid.* Cd Folio 1973). En consecuencia, este Despacho encuentra que respecto de este punto, el señor Loewy Núñez, no excedió los límites del contrato social.

2. De la autorización a un auditor para fungir como revisor fiscal

Por otro lado, la sociedad demandante establece que el señor Loewy incumplió sus deberes como administrador, toda vez que, durante el ejercicio de su cargo, permitió que una firma auditora ejerciera las funciones de revisoría fiscal y firmara declaraciones tributarias, sin tener en cuenta que la asamblea general de accionistas de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación había nombrado a otra revisora fiscal, quien se encontraba inscrita en el registro mercantil (*vid.* Folio 32).

Sobre el particular, el Despacho encuentra que el señor Loewy Núñez, en su calidad de representante legal de la sociedad demandante, autorizó a la firma CIS AUDIT Ltda. para que ejerciera funciones de revisoría fiscal de la compañía, cobrándole aquélla a ésta la suma de veintiún millones quinientos cuarenta y ocho mil ciento sesenta pesos (\$21.548.160), por concepto de honorarios profesionales por la prestación de servicios de revisoría fiscal en los meses de noviembre y diciembre del 2014 y los meses de enero a julio del 2015, tal como consta en facturas de compra n.º 520, 657, 705, 715, 743, 751, 777, 797 y 821 y en las facturas n.º 596, 603, 617, 618, 630, 646, 651, 658 y 668 (*vid.* Folios 538 a 555).

Igualmente, el documento denominado informe contable rendido por Corprofesional demuestra que Cis Audit Ltda. designó a Leonardo González Andrade como revisor fiscal —persona natural—, quien fue inscrito en el Registro Único Tributario —RUT— de la compañía y firmó algunas declaraciones tributarias. Lo anterior, sin tener en cuenta que desde el 23 de enero de 2014, la revisora fiscal de la compañía que había sido nombrada por la asamblea de accionistas y que se encontraba inscrita en el registro mercantil era la contadora Yamile Esther Medina Olmos (*vid.* Folio 78).

En relación con el citado informe de Corprofesional, el Despacho debe señalar, que si bien el mismo no se decretó como prueba trasladada, sí fue aportado como prueba documental con el escrito de demanda, motivo por el cual, dicho documento se tomará en cuenta con este valor probatorio, y no con el de un dictamen pericial, en consonancia con lo decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial mediante providencia del 11 de mayo de 2018 (*vid.* Folios 1978 a 1979). Igual valor probatorio se le dará al informe de auditoría rendido por Crowe Horwath, también acompañado como prueba documental con la demanda. Al respecto debe señalarse que contrario a lo manifestado por el apoderado del demandando durante los alegatos de conclusión, el informe rendido por Crowe Horwath no fue excluido del acervo probatorio por parte de este Despacho o del Tribunal Superior del Distrito Judicial, hecho que solo ocurrió frente a la prueba trasladada del dictamen pericial de Corprofesional, circunstancia que en nada afecta el valor del mismo como prueba documental oportunamente aportada al proceso.

De otra parte, teniendo en cuenta que, legalmente, el nombramiento del revisor fiscal de una sociedad es una función del máximo órgano social, hecho reiterado en los estatutos de la sociedad de la demandante (*vid.* Folio 69), este Despacho considera que el demandado se extralimitó en sus funciones al autorizar a Cis Audit Ltda. para que ejerciera funciones propias de revisor fiscal en Exkal Colombia S.A.S. y, por consiguiente, los pagos efectuados a dicha firma de auditoría fueron irregulares. Por lo anterior, el Despacho concluye que el señor Loewy Nuñez violó el deber de “velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias”, que se encuentra previsto en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

3. Acerca de la importación de mercancías

Según se narra en la demanda, el señor Loewy Núñez, en su calidad de representante legal de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, “*hizo múltiples pedidos de mercancía (equipos de refrigeración) a Exposición y Conservación de Alimentos S.A. para atender un supuesto (...) pedido de la cadena de almacenes Olímpica*”, sin haber celebrado ningún contrato o acuerdo con esta sociedad y sin existir una orden de compra emitida por Olímpica en dicho sentido (*vid.* Folio 9).

Se establece que dicha circunstancia habría hecho incurrir en gastos de importación y transporte a Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, sin que la mercancía importada se hubiera podido comercializar. En consecuencia, los equipos de refrigeración se almacenaron en bodegas y sufrieron un deterioro por lo que perdieron valor (*vid.* Folio 10). Así pues, Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación quedó con una deuda de €716.000 a favor de Exposición y Conservación de Alimentos S.A. y con un stock aproximadamente de €200.000.

A juicio del apoderado de la demandante, Lawrence Loewy Núñez incumplió el deber de diligencia y cuidado, al realizar un pedido de tal magnitud sin tener “algún tipo de entendimiento escrito, acuerdo, contrato, orden de pedido o expedición de factura de la supuesta venta que haría a la cadena de almacenes Olímpica” (*vid.* Folio 9).

Por su parte, el apoderado del demandado ha afirmado que la decisión de exportar la referida mercancía de España a Colombia fue única y exclusivamente de Exposición y Conservación de Alimentos S.A. (sociedad española), quien es accionista de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación. En ese sentido, establece que Lawrence Loewy Núñez solamente propuso el negocio y llevó al representante legal de Olímpica a España para que visitara las instalaciones de Exposición y Conservación de Alimentos S.A. Así mismo, el aludido apoderado ha manifestado que el señor Lawrence Loewy jamás aseguró que el negocio con Olímpica iba a perfeccionarse y, en todo caso, en criterio del apoderado del demandado, es usual que en la operación comercial de una sociedad, algunos negocios se perfeccionen y otros no¹.

Según lo explicó el demandado, la referida importación también tuvo como propósito el tener inventario disponible en Colombia, lo cual generaba una ventaja que no tenía la competencia toda vez que se podían ensamblar los equipos en Colombia, y así se podían reducir los gastos de importación².

Para establecer si se han presentado infracciones al deber de cuidado que comprometan la responsabilidad del señor Lawrence Loewy Núñez, es preciso aludir a los pronunciamientos emitidos por el Despacho sobre esta materia. Para comenzar, en la sentencia n.º 800-52 del 1 de septiembre de 2014 en la cual se expresó:

“... las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión. Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad (“business judgment rule”), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, a posteriori, por los resultados negativos de sus decisiones. (...) En síntesis, pues, los administradores no podrían actuar como un ‘buen hombre de negocios’ si las cortes deciden escudriñar todas las decisiones que estos sujetos adopten en desarrollo de la empresa social”.

¹ Cfr. Grabación de la audiencia del 21 de marzo de 2018 (*vid.* Cd Folio 1554) 1:08:44.

² Cfr. Grabación de la audiencia del 21 de marzo de 2018 (*vid.* Cd Folio 1554) 1:48:39.

Lo expresado en el párrafo anterior no significa, sin embargo, que las actuaciones de los administradores estén exentas de controles legales. Como lo ha señalado este Despacho en múltiples oportunidades, no corresponde a los jueces inmiscuirse en los asuntos internos de una compañía, a menos que se acredite la existencia de actuaciones ilegales, abusivas o negligentes más allá del riesgo que suele asumir un buen hombre de negocios. La regla de la discrecionalidad tampoco puede ampliarse, bajo ninguna circunstancia, a violaciones del deber de lealtad.³ Así mismo, según se indicó en la sentencia n.º 800-85 del 8 de julio de 2015, “*aunque la deferencia de los jueces cubija las decisiones adoptadas por los administradores en desarrollo de la actividad social, tal protección no puede extenderse a las omisiones negligentes en que incurran tales funcionarios*”.

Efectuadas las anteriores precisiones, corresponde ahora examinar si Lawrence Loewy Núñez incurrió en infracciones al deber de cuidado invocadas en la demanda.

Así pues, el Despacho encuentra que, en efecto, Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, mediante órdenes de compra n.º 2014-06-002, 2014-06-003, 2014-07-004, 2014-07-005, 2014-08-006 y 2014-09-007 importó mercancía de propiedad de Exposición y Conservación de Alimentos S.A. Prueba de esto es la comunicación emitida por esta última el 25 de septiembre de 2015 por medio de la cual manifiesta su intención de dar por terminado el contrato de compraventa de mercaderías celebrado con Exkal Colombia S.A.S. (vid. Folios 367 y 368).

Obran en el expediente las facturas expedidas por Exposición y Conservación de Alimentos S.A. cuyo concepto es la transferencia de equipos a favor de la sociedad demandante, las cuales fueron emitidas con ocasión de las negociaciones con Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. (id).

Estas facturas, emitidas desde abril de 2014 hasta noviembre del mismo año, totalizan la suma de € 1.193.377,71, respecto de los cuales queda un saldo a pagar por la sociedad demandante de € 716.032,24⁴.

³ Cfr. sentencia n.º 801-72 del 11 de diciembre de 2013.

⁴

TABLA N.º 1 FACTURAS EXPEDIDAS POR EXPOSICIÓN Y CONSERVACIÓN DE ALIMENTOS A FAVOR DE EXKAL COLOMBIA S.A.S. EN EL 2014 CON OCASIÓN DE LAS NEGOCIACIONES CON SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA S.A.

Facturas n.º	Fecha	Valor	Saldo pendiente de pago
11158/14	22-abr-14	€ 28.621,15	—
11381/14	24-jul-14	€ 331.398,70	—
11382/14	25-jul-14	€ 35.830,86	—
11446/14	20-ago-14	€ 25.917,10	€ 12.958,55
11447/14	20-ago-14	€ 26.467,40	€ 13.233,70
11448/14	21-ago-14	€ 50.847,92	€ 25.423,96
11471/14	26-ago-14	€ 36.810,09	€ 18.405,04
11472/14	26-ago-14	€ 22.947,00	€ 11.473,50
11617/14	08-oct-14	€ 18.261,00	€ 18.261,00
11618/14	08-oct-14	€ 18.261,00	€ 18.261,00
11619/14	09-oct-14	€ 22.023,80	€ 22.023,80
11620/14	09-oct-14	€ 24.763,60	€ 24.763,60
11621/14	10-oct-14	€ 36.970,50	€ 36.970,50
11593/14	13-oct-14	€ 23.830,50	€ 23.830,50
11597/14	13-oct-14	€ 28.041,00	€ 28.041,00
11601/14	14-oct-14	€ 31.693,50	€ 31.693,50
11605/14	14-oct-14	€ 26.340,50	€ 26.340,50
11606/14	14-oct-14	€ 27.885,00	€ 27.885,00
11608/14	15-oct-14	€ 23.285,90	€ 23.285,90
11609/14	15-oct-14	€ 29.926,50	€ 29.926,50
11615/14	22-oct-14	€ 24.245,04	€ 24.245,04
11623/14	22-oct-14	€ 2.176,19	€ 2.176,19
11640/14	27-oct-14	€ 50.870,51	€ 50.870,51
11641/14	27-oct-14	€ 21.849,45	€ 21.849,45
11647/14	28-oct-14	€ 27.893,57	€ 27.893,57
11649/14	28-oct-14	€ 31.577,61	€ 31.577,61

Al respecto, el demandado manifestó que, con el ánimo de hacer negocios con Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., decidió llevar a las personas encargadas de la escogencia y compra de equipos de refrigeración de dicha compañía a las instalaciones de Exposición y Conservación de Alimentos S.A. en España. Allí, dichas personas sacaron planos y hablaron de hacer negocios, razón por la cual el señor Lawrence Loewy Núñez hizo el pedido de mercancías. Sin embargo, Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., no compró los equipos⁵.

Una vez revisado el expediente, el Despacho encontró que el 15 de octubre de 2014 Lawrence Loewy Núñez envió a Alfonso Antoñanzas un correo electrónico mediante el cual manifiesta que *“el éxito de la visita podemos decir que fue total y que estamos trabajando con ellos para el tema de la posible compra de los equipos para el 2015. Según lo conversado con Vicky la idea es asignarnos las 16 tiendas que ya tienen definidas, esto dentro de las posibilidades que lo podamos hacer por parte nuestra”* (vid. Folio 477).

Así las cosas, quedó demostrado que para la fecha en que fue enviado el correo electrónico, Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación no había celebrado ningún acuerdo o contrato con Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. para el suministro de equipos de refrigeración, sino que estaba todavía en tratativas preliminares y negociaciones con la responsable de compras de dicha compañía.

De otra parte, teniendo en cuenta los efectos de la no contestación de la demanda, el despacho presume cierto que el demandado *“(…) por su experiencia y conocimiento del negocio, tenía claro que las neveras fabricadas por EXPOSICIÓN Y CONSERVACIÓN DE ALIMENTOS S.A. se hacían por encargo, es decir, atendiendo a las especificaciones y requerimientos especiales de cada uno de los locales o establecimientos en los cuales debía ser instalado el sistema de refrigeración para la exposición y conservación de alimentos”* (vid. hecho 30).

Igual circunstancia puede afirmarse respecto de la diligencia del señor Loewy Núñez en relación con este asunto, toda vez que en la demanda se afirmó que el administrador *“no actuó con la diligencia y cuidado debidos”* (vid. hecho 40), hecho que se presume cierto ante la no contestación de la demanda.

En ese sentido, debe decirse que, si bien el contrato de suministro de bienes es de naturaleza consensual, los administradores, en virtud de su cargo, deben actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, según lo dispone el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Esta situación permite al administrador asumir riesgos de forma consciente, informada y razonada, como lo haría un comerciante normal con sus propios negocios, pero no asumirlos sin verificar la viabilidad y conveniencia de los mismos.

Así pues, una vez revisadas las pruebas que obran en expediente, el Despacho encuentra que el señor Loewy Núñez incumplió el deber de diligencia y cuidado al hacer un pedido de mercancía por un valor aproximado de €1.193.377,71 a

11650/14	29-oct-14	€ 26.532,33	€ 26.532,33
11651/14	29-oct-14	€ 27.173,23	€ 27.173,23
11652/14	29-oct-14	€ 24.912,08	€ 24.912,08
11727/4	05-nov-14	€ 21.513,98	€ 21.513,98
11728/14	05-nov-14	€ 24.170,13	€ 24.170,13
11729/14	09-nov-14	€ 40.340,57	€ 40.340,57
Total		€ 1.193.377,71	€ 716.032,24

⁵ Cfr. Grabación de la audiencia del 21 de marzo de 2018 (vid. Cd Folio 1554) 1:31:41.

Exposición y Conservación de Alimentos S.A. y haber actuado en forma negligente en la toma de las decisiones respectivas.

En este caso, la falta de cuidado del administrador llevó a que la compañía quedara con unas mercancías almacenadas en su bodega y con una deuda a favor de Exposición y Conservación de Alimentos S.A. por un valor de €716.032,24 (*vid.* Folios 367 y 368).

Dicha circunstancia, adicionalmente, llevó al administrador demandado a celebrar operaciones en conflicto de interés con Hiver S.A.S— antes denominada Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S., sociedad de la que es representante legal y accionista—. Es así como, el señor Loewy Núñez, el 8 de julio de 2015, le transfirió a Hiver S.A.S. 100 neveras de titularidad de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, con el fin de solventar la situación financiera de la compañía al dotarla de liquidez para que pudiera pagar las mercancías que fueron importadas por Exkal Colombia S.A.S., tal como lo prueba la declaración del señor Loewy Núñez⁶ y las comunicaciones del 30 de julio de 2015 y el 6 de agosto de 2015 por medio de las cuales se requirió al demandado la devolución de las neveras y este manifestó su intención de hacerlo (*vid.* Folios 362 a 363).

4. Incumplimiento del deber de llevar los libros oficiales de la compañía en debida forma

Según se narra en la demanda, Lawrence Loewy Núñez incumplió con la obligación legal de llevar adecuadamente los libros oficiales de la compañía durante el tiempo que ejerció el cargo de representante legal (*vid.* Folio 11). En este sentido, existen diferentes elementos probatorios que sirven de sustento a lo expresado por la sociedad demandante en lo que se refiere a los libros de actas y al libro de registro de accionistas. Así, según consta en el informe efectuado por esta Superintendencia en sede administrativa, para el 16 de marzo de 2016 no se había hecho ninguna inscripción en el libro de registro de accionistas de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, dicho libro tenía “*en blanco todas las hojas*” (*vid.* Cd Folio 1556).

Adicionalmente, el Despacho advierte que el acta n.º 2 de la asamblea general de accionistas, correspondiente a la reunión extraordinaria del 12 de agosto de 2014, la cual no se encuentra firmada por el presidente y el secretario de la reunión (*vid.* Cd Folio 1973). Aunado a lo anterior, el Despacho únicamente tuvo acceso a las actas n.º 2 y 4 de la asamblea general de accionistas y a la n.º 3, 5 y 6 de la junta directiva (*vid.* Cd Folio 1973).

En ese sentido, el informe del revisor fiscal sobre las operaciones del año 2015, expone que “los comprobantes de las cuentas se llevan y conservan debidamente, a excepción de los libros de actas y de registro de acciones que no se encuentran al día” (*vid.* Cd Folio 1973). Lo anterior, fue ratificado con el testimonio de Daniel Antonio Aristizábal Jaramillo⁷.

En relación con el testimonio del señor Aristizábal Jaramillo se advierte que el apoderado del demandado formuló contra éste tacha de sospecha, circunstancia sobre la cual debe pronunciarse el Despacho. Sobre el particular, se encontró que existió un contrato de prestación de servicios entre el testigo y la firma de abogados que asesora a la sociedad demandante lo que unido a otras circunstancias de hecho podría llevar a que el testigo tenga interés en que la

⁶ Cfr. Grabación de la audiencia del 21 de marzo de 2018 (*vid.* Cd Folio 1554) 1.45:50.

⁷ Cfr. Grabación de la audiencia del 27 de agosto de 2018 (*vid.* Cd Folio 2043) 49:39.

sociedad demandante gane el presente proceso. No obstante lo anterior, el Despacho evidenció que el material probatorio obrante en el expediente confirma lo manifestado por el testigo, por lo que, en relación con este punto, no se restará valor probatorio a lo manifestado en su declaración.

Debe entonces concluirse que se ha acreditado que el señor Loewy Núñez incumplió el deber previsto en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 al no llevar los libros de actas de la asamblea general de accionistas, de la junta directiva y de registro de accionistas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 195 del Código de Comercio.

Ahora bien, frente a los libros contables —libro mayor y balance, libro diario, libro de inventario y balance—, el Despacho encuentra que el demandado cumplió con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 56 del Decreto 2649 de 1993 sobre la forma de llevar los libros contables de la compañía, tal como lo señaló el informe efectuado por esta Superintendencia en sede administrativa, el cual expone que *“(...) el inciso 3° del artículo 56 del decreto 2649 de 1993, establece, las operaciones deben registrarse cronológicamente, los asientos respectivos deben hacerse en los libros a más tardar en el mes siguiente a aquel en el cual las operaciones se hubieren realizados. De acuerdo con lo anterior se determinó que la sociedad en cuestión viene dando cumplimiento a lo dispuesto en la norma antes indicada, toda vez que a la fecha de inicio de la diligencia, la contabilidad según registros electrónicos presentaba fecha de corte 29 de febrero de 2016”* (vid. Cd Folio 1973). Esta circunstancia fue igualmente confirmada por el informe rendido por Corprofesional, adjuntado con la demanda (vid. Folio 152).

5. Incumplimiento del deber de registrar en debida forma los aportes en especie al capital de la compañía

De conformidad con lo narrado en la demanda, el señor Loewy Núñez en su calidad de representante legal de la compañía, no observó lo dispuesto en la ley y en los estatutos sociales sobre el pago de aportes en especie. En el escrito se establece que registró de manera indebida, en la contabilidad de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, el pago de las 132.000 acciones suscritas por Hiver S.A.S., sociedad de la cual es accionista, al no contar con la aprobación del avalúo de los mismos por parte del máximo órgano social y al no contar los aportes con los soportes correspondientes.

Pues bien, el Despacho encuentra que al momento de la constitución de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, Hiver S.A.S. suscribió 32.000 acciones las cuales debían ser pagadas dentro de los 2 años siguientes, tal como consta en el artículo 2 de los estatutos sociales. Así mismo, en los estatutos no se estableció ninguna limitación sobre la forma en que debía ser pagado el capital suscrito. Por lo que, dicha circunstancia, no excluye la posibilidad de pagar las acciones suscritas mediante aportes en especie.

El demandado, por su lado, manifestó que *“Hiver aportó el 40% del capital social que fueron \$320.000.000.oo los cuales fueron aportados en efectivo en pesos colombianos para ser exactos (...) no, no es correcto que dentro de los aportes estuviese involucrado dicha patente. El negocio de dicha patente pertenecía exclusivamente a Industrias de Refrigeración Hiver (...) Ninguna de estas licencias de software contable y de office fueron aportes para la constitución de la sociedad Exkal Colombia (...)”* (vid. Folio 2051 reverso y 1584)⁸.

⁸ Cfr. Grabación del interrogatorio de Lawrence Loewy Núñez de la audiencia del 19 de agosto de 2016 del proceso N.º 2015-800-251, como prueba trasladada (vid. Cd Folio 1584) 1:04:31.

Este Despacho encuentra que de conformidad con el informe de Crowe Horwath los siguientes fueron los aportes efectuados por Hiver S.A.S. al capital suscrito de Exkal Colombia S.A.S. (*vid.* Folios 256 y 257).

TABLA N.º 2 APORTES EN ESPECIE EFECTUADOS POR HIVER S.A.S. AL CAPITAL SUSCRITO DE EXKAL COLOMBIA S.A.S.

Aportes	Valor
Pago en efectivo	\$160.000.000
Pago en especie – Muebles y enseres	\$14.354.913
Pago en especie – equipo de comunicación	\$2.929.042
Pago en especie – computadores	\$7.685.349
Pago en especie – licencias	\$42.981.681
Pago en especie – materia prima	\$2.232.050
Pago en especie - herramientas	\$3.060.919
Pago en especie – pagos diversos	\$40.320.822
Pago en especie – cruce de cuentas	\$30.450.000
Pago en especie – cruce de cuentas	\$15.975.224

En la siguiente tabla se encuentran los aportes en especie por concepto de licencias y patentes (*vid.* Folio 248 y 249).

TABLA N.º 3 APORTES DE INTAGIBLES POR HIVER S.A.S. AL CAPITAL SUSCRITO DE EXKAL COLOMBIA S.A.S.

Aportes	Valor
2 und Solidworks cad profesional	\$26.639.748
1 und Solidworks training & certification	\$1.217.710
1 und Licencia Servidor World Office	\$1.450.000
Licencias adicionales tipo cliente	
1 und Licencia Software Cype	\$2.905.890
1 und Licencia nueva Cype	\$3.874.520
Patente de invención sistema de aire acondicionado y nevera con evaporador de agua	\$3.164.480

Revisadas las pruebas obrantes en el expediente, en especial de lo consignado en el informe de Corprofesional, el Despacho encuentra que Hiver S.A.S. pagó en dinero efectivo 160.000 acciones suscritas, según consta en el recibo de caja n.º 29 y las otras 160.000 acciones fueron pagadas en especie, como lo demuestra la nota de contabilidad n.º 12 (*vid.* Folio 256), sin que hubiera una autorización al efecto.

Por otro lado, de conformidad con el informe rendido por Crowe Horwath, los aportes en especie efectuados por Hiver S.A.S., a excepción de las licencias de software, correspondían a un cruce con las cuentas por pagar n.º 2380 y 2355 a favor de Hiver S.A.S., es decir a una capitalización de pasivos, respecto de las cuales no hay soporte alguno en la contabilidad (*vid.* Folio 257).

Particularmente, la licencia de Software denominada World Office fue cedida por Hiver S.A.S. a Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, apenas hasta el 24 de agosto de 2015, tal como lo demuestran los informes rendidos por Corprofesional y Crowe Horwath, por lo que fue utilizada desde enero de 2014 por la sociedad

demandante, sin contar con los permisos de ley (*vid.* Folios 151, 248 y 249). Finalmente, frente a la patente de invención de aire acondicionado y nevera con evaporador de agua, se encontró que no existe soporte de la cesión a favor de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación (*vid.* Folio 249).

Ahora bien, el Despacho advierte que tampoco obra prueba en el expediente de la aprobación por parte del órgano social correspondiente, del avalúo de los bienes aportados en especie por parte de Hiver S.A.S. al capital de la sociedad demandante, en los términos del artículo 398 del Código de Comercio. Al respecto, vale la pena recordar que la valoración de los bienes aportados a una compañía cobra especial relevancia, en atención a que una inadecuada valoración podría afectar los intereses de terceros y de los socios mismos.

En relación con estos aspectos, el demandado ha manifestado que dichos aportes se hicieron en dinero una vez hubiera saldo suficiente en la cuenta de préstamo de socios para cubrir aquéllos (*vid.* Folio 2052). Sin embargo, esta operación, que constituiría una compensación de las sumas adeudadas, tiene unos requisitos legales establecidos en el Código Civil y, adicionalmente, en la medida en que las deudas se habrían generado por el ingreso de bienes al patrimonio social, es claro que los mismos han debido ser aprobados por el órgano social competente y no por el representante legal de la sociedad que, al mismo tiempo, tenía la calidad de representante legal del accionista involucrado en la operación. De otra parte, dicha compensación no ha sido alegada judicialmente por la parte, motivo por el cual no puede ser declarada de oficio por el juzgador.

Ahora bien, contrario a lo manifestado por el apoderado del demandado durante sus alegatos de conclusión, el acta n.º 4 de la asamblea general de accionistas de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación únicamente demuestra que se aprobó un aumento del capital pagado de la compañía junto con la autorización al representante legal para registrar dicho aumento en el registro mercantil. Sin embargo, dicha acta no prueba la autorización impartida por el máximo órgano social para efectuar aportes en especie al capital de la compañía, como tampoco acredita que se hubiere aprobado el avalúo de aportes en especie (*vid.* Folio 484).

Por lo anterior, este Despacho considera que el señor Loewy Núñez incumplió el deber previsto en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, al registrar en la contabilidad de la compañía aportes en especie sin contar con la aprobación del avalúo de los mismos por parte del órgano social competente de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación y por violar las norma contables al permitir el registro de aportes en especie sin contar con los soportes contables correspondientes.

6. Incumplimiento de disposiciones legales contables

De conformidad con lo narrado en la demanda, el señor Loewy Núñez en su calidad de representante legal de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación Judicial no llevó la contabilidad en debida forma (*vid.* Folio 28). Particularmente, se ha afirmado que: i) el software contable utilizado por la compañía no cumplía con los parámetros requeridos de restricción de usuarios y uso de herramientas, lo que lo hacía poco fiable y facilitaba la modificación de la información (*vid.* Folio 29), ii) algunas facturas se expidieron sin el lleno de los requisitos previstos en el artículo 617 del Estatuto Tributario, iii) la contabilidad no tiene soportes, iv) los valores registrados en el software contable no coinciden con los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2014, v) en la contabilidad se registraron indebidamente valores, lo cual llevó a que las declaraciones tributarias se

presentaran sin que la base gravable correspondiera a los valores reales, vi) los inventarios de la compañía no tenían un adecuado registro, pues no se tenía un control efectivo sobre la mercancía que ingresaba o egresaba y vii) los bienes que hacían parte de la propiedad, planta y equipo no se encontraban detallados ni tienen soportes contables (*vid.* Folios 30 y 31).

En primer lugar, es relevante señalar que la conservación de los soportes y comprobantes de contabilidad son una exigencia legal, en los términos de los artículos 123 y 124 del Decreto 2649 de 1993. De conformidad, con tales artículos, *“los soportes deben adherirse a los comprobantes de contabilidad respectivos o, dejando constancia en éstos de tal circunstancia, conservarse archivados (...)”*. A su vez, *“las partidas asentadas en los libros de resumen y en aquel donde se asienten en orden cronológico las operaciones, deben estar respaldadas en comprobantes de contabilidad elaborados previamente”*.

De otra parte, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 le impone a los administradores el deber de *“velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias”*, lo cual acarrea, según Reyes Villamizar, *“un deber positivo de conducta que se manifiesta en su obvia obligación de poner todo su empeño en que se cumplan las normas legales (...) tanto en su actividad como en las de sus subalternos.”* Así, pues, lo anterior presupone *“un deber de cuidado sobre los funcionarios que trabajan bajo la dependencia de los administradores”*⁹.

Una vez analizadas las pruebas disponibles en el expediente, el Despacho advierte que en efecto, Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación utilizó la licencia del software contable de titularidad de Hiver S.A.S. desde la fecha de su constitución —23 de enero de 2014— hasta el 24 de agosto de 2015, fecha en la cual Hiver S.A.S. le cedió la licencia. Por otro lado, el Despacho encuentra que en efecto, el software contable no tenía restricción de usuarios, permitía la modificación de los registros ya elaborados y albergaba bases de datos de Hiver S.A.S., lo cual hacía posible la consulta y fuga de información de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, tal como quedó demostrado con el informe rendido por Corprofesional, el informe de Crowe Horwath y el testimonio de Daniel Antonio Aristizábal Jaramillo (*vid.* Folios 149 a 151, 199, 200, 229, 233 y 234).¹⁰

Así mismo el Despacho encuentra probado que, la facturación de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación entre el 17 de enero de 2014 y el 31 de julio de 2015, no se llevó en los términos del artículo 317 del Estatuto Tributario. Tal como quedó demostrado por los informes rendidos por Corprofesional y Crowe Horwath, según los cuales una factura se emitió sin tener resolución de facturación, algunas facturas no indicaban la razón social, el NIT del impresor de la factura ni la descripción y el detalle de los productos y servicios facturados (*vid.* Folios 161 y 268).

Por otro lado, el Despacho considera que la información contable contenida en el software de contabilidad no coincidía con la información reportada en los estados financieros de fin de ejercicio del año 2014. De lo anterior dan cuenta tanto el informe rendido por Corprofesional como el informe elaborado por Crowe Horwath los que señalan que *“(i) lo anterior llevaría a concluir que los estados financieros no estarían fielmente tomados de los libros de contabilidad, porque las partidas no se encuentran en el mismo rubro que en los estados financieros emitidos por la*

⁹ FH Reyes Villamizar. Derecho Societario Tomo I. 3ª Edición. (Editorial Temis, 2016, Bogotá D.C.) 706 y 707.

¹⁰ Cfr. Grabación de la audiencia de la audiencia del 27 de agosto de 2018 (*vid.* Cd Folio 2043) 32:03.

administración” y que (ii) “las cifras que aparecen en las tablas presentadas en nuestro informe, corresponden a las que se encuentran en los reportes contables que nos fueron suministrados, las cuales en algunos casos difieren de las cifras que se observan en los estados financieros de presentación que nos fueron entregados al inicio de nuestro trabajo” (vid. Folios 200 y 238).

Así mismo, los informes rendidos por Corprofesional y Crowe Horwath acreditaron que, la contabilidad de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación para los años 2014 y 2015 no contaba con los soportes contables correspondientes. Así, según consta en el informe rendido por Corprofesional la contabilidad de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación “no tiene los correspondientes soportes para la totalidad de la información (...) [existen] unos casos específicos donde no se encuentran la totalidad de los soportes [en] el registro de saldos iniciales” (correspondiente a los aportes en especie)” (vid. Folio 200).

A su turno, el informe preparado por Crowe Horwath, acreditó que “la compañía no cuenta con un detalle de activos con los correspondientes documentos soportes para la totalidad de los mismos. Los saldos iniciales que incorporan agrupaciones de activos (en donde se registraron aportes de capital en especie por parte de Industrias Hiver ver sección de patrimonio), no permiten un adecuado seguimiento a la información individual. (...) No es posible dimensionar la cantidad de activos faltantes debido a que no existe una debida trazabilidad de los documentos soportes con registros contables” (vid. Folio 247).

Por su parte, el Despacho pudo evidenciar que no se llevó un adecuado control y manejo del inventario de la mercancía de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación durante la época en que el demandado ostentó el cargo de representante legal. Prueba de esto está en el testimonio de Denise Arango Castañeda quien manifestó que revisaron “el inventario físico para confrontarlo con la contabilidad, pero realmente, el inventario que arroja el sistema no coincidió con lo físico, pudimos constatar las neveras pero las herramientas, equipos, materia prima no se pudo confrontar con lo que existía en la contabilidad”¹¹.

Por otro lado, en el informe rendido por Corprofesional, se estableció que “no es posible verificar las existencias de los inventarios a julio de 2015, ni se encontró información pertinente sobre el manejo general de los mismos (...). Se observó que el módulo de inventarios permite realizar salidas de mercancía del inventario sin tener existencias del mismo. Igualmente se observaron informes del sistema con saldos negativos en inventario, hecho que no debe ser posible (...) De otra parte, no existe una parametrización de módulo de inventario en el software contable que evite el registro de entradas o salidas desde otros módulos. El manejo dado a los inventarios de la compañía, genera incertidumbre sobre los saldos reales de los mismos debido a la falta de control adecuado a tan importante activo de la sociedad” (vid. Folios 205 y 206).

Así mismo, el informe elaborado por Crowe Horwath acreditó que “el control del inventario para una compañía cuyo activo principal es ese, estuvo durante el 2014 y en el 2015 sin procedimientos adecuados. Adicionalmente, el movimiento de los inventarios, puede ser realizado mediante diferentes tipos de documentos sin ningún control. No todas las facturas indican las referencias exactas de los inventarios utilizados” (vid. Folio 246).

¹¹ Cfr. Grabación de la audiencia celebrada 27 de agosto de 2018 (vid. Cd Folio 2043) 2:21:17.

En este orden de ideas, las circunstancias previamente expuestas permiten concluir al Despacho que la contabilidad de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, no se ajusta a las exigencias legales en materia contable y, en consecuencia, se constituye en una infracción al deber consagrado en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, pues, como se explicó anteriormente, la ley les exige a los administradores procurar por el cumplimiento de las disposiciones legales, inclusive en el desarrollo de las labores por parte de sus dependientes.

7. Acerca de la infracción a la prelación de créditos en el pago de acreencias y la celebración de contratos en beneficio de Hiver S.A.S.

Se afirmó en la demanda, que el demandado en su calidad de representante legal de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación *“dio prioridad en pagos a (Hiver) S.A.S., sin tener en cuenta la cartera que debía solucionarse a otros acreedores en forma prioritaria (...) no respetó los plazos de 30, 60 o 90 días que contaban otros acreedores, como proveedores, para que le fueran pagadas las facturas”* (vid. Folio 15)

El Despacho dará aplicación al artículo 97 del Código General del Proceso, al no existir prueba que desvirtúe la presunción consagrada en la mencionada disposición y en ese sentido, tendrá por cierto el que el demandado incumplió el deber previsto en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 al no cumplir con las normas sobre prelación de créditos en el pago de las acreencias que tenía a cargo la sociedad demandante.

C. Acerca de las infracciones al deber de lealtad

1. Acerca de los contratos de mutuo celebrados en conflicto de interés.

Para resolver estos cargos, es necesario hacer referencia a lo que ha manifestado esta Superintendencia en otras oportunidades, frente al conflicto de interés de los administradores al celebrar contratos con la compañía en la que ejercen sus funciones ya sea a título personal o a través de compañías de las que son asociados o representantes legales.

Así, 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:

“En 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 7º 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 (...).

Es posible que un interés conflictivo pueda identificarse con facilidad, como ocurre cuando el administrador recibe un préstamo de la sociedad en la que ejerce sus funciones. En ese caso confluyen en cabeza del administrador dos intereses contrapuestos, vale decir, su interés personal como mutuario y el interés de la compañía, en calidad de mutuante, que ese funcionario debe proteger por expresa disposición del artículo 23 de la Ley 222. Mientras el interés de la compañía es obtener la máxima tasa de interés permitida y las más sólidas garantías disponibles, el interés del personal del administrador

que recibe el préstamo apunta en el sentido exactamente contrario. En vista de que esta circunstancia claramente compromete el ejercicio objetivo de las facultades del administrador, la celebración del estudiado contrato de mutuo deberá sujetarse a las reglas contempladas en nuestra legislación en materia de conflictos de interés”.

El conflicto explicado en el párrafo anterior no desaparece por el simple hecho de que el representante legal se abstenga de participar directamente en la operación como mutuario. Puede ocurrir, por ejemplo, que no sea el administrador quien reciba el préstamo, sino una compañía controlada por ese sujeto. Bajo esta hipótesis, el representante legal también debe obtener las mejores condiciones financieras para la compañía mutuante, pero, a diferencia del caso anterior, no representa al mutuario en la negociación del contrato. Es evidente, sin embargo, que la celebración del mismo mutuo sí le representa un conflicto de interés al administrador, al verse menoscabada la capacidad del representante legal para velar por los intereses de la sociedad que hace el préstamo, deben aplicarse las reglas de la Ley 222 en materia de conflictos de interés.

Con base en los criterios sentados en el caso de Luque Torres Ltda. atrás expuestos, este Despacho ha identificado la existencia de conflictos de interés en diversos contextos.

2. Apropiación indebida de recursos.

De conformidad con lo narrado en la demanda, el señor Loewy Núñez transfirió de manera irregular de la cuenta bancaria de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, a su cuenta personal una suma de \$329.157.090 (*vid.* Folio 19).

Por su parte, el apoderado de Loewy Núñez ha manifestado que los pagos de dinero referidos, corresponden al pago de un préstamo que había realizado el demandado a título personal (o a través de Hiver S.A.S.) a favor de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, para el inicio de las operaciones de esta última¹².

Así mismo durante la audiencia de alegatos, el apoderado del demandado manifestó que no obraba prueba en el expediente del acta de la junta directiva en donde constaba la remoción del demandado como administrador, sin embargo dicha circunstancia fue corroborada por la información consignada en el certificado histórico de representantes legales, así mismo como por el anexo del informe de la Superintendencia de Sociedades en sede administrativa, en el cual obra el acta n.º 4 de la junta directiva, en donde se puede comprobar dicha remoción (*vid.* Folios 79 y Cd 1073).

Analizado el expediente, el Despacho pudo establecer que dichas transferencias se efectuaron entre el 17 de julio de 2015, fecha en la cual la junta directiva removió al demandado de su cargo de representante legal y el 23 de julio de 2015, fecha en la cual se inscribió la remoción del señor Loewy Núñez en el registro mercantil. Tal como lo demuestra el estado de cuenta de Bancolombia (*vid.* Folios 1005 a 1007) y el informe elaborado por esta Superintendencia en sede administrativa, en el cual se señala que “*en los registros contables del libro auxiliar que lleva la sociedad se evidenció que los días, 17, 21 y 22 de julio de 2015, aparecen unos desembolsos por concepto de abono de deuda al accionista Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S., por la suma de \$328.390.284*” (*vid.* Folios 399 y Cd 1793).

¹²Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 21 de marzo de 2018 (*vid.* Cd Folio 1554) 1:13:36.

Para mayor claridad, en la siguiente tabla se puede verificar la forma en la cual se efectuaron los referidos pagos (*vid.* Folios 1005 a 1007).

TABLA N.º 4 DINEROS PAGADOS ENTRE EL 17 DE JULIO DEL 2015 Y EL 23 DE JULIO DEL 2015 POR PARTE DEL REPRESENTANTE LEGAL DEMANDADO

Modo	Fecha	Comprobante contable n.º	Valor
Transferencia a Laslow Inversiones S.A.S.	17-jul-15	1786	\$184.963.241
Cheque	21-jul-15	1789	\$35.000.000
Transferencia a Lawrence Loewy Núñez	22-jul-15	1790	\$74.193.849
Cheque	23-jul-15	1791	\$35.000.000
		Total	\$329.157.090

Se debe poner de presente que Lawrence Loewy Núñez manifestó que desde el inicio de la operación de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, le prestó dinero a la sociedad a título personal y a través de Hiver S.A.S. para que ésta pudiera operar.¹³ Por lo anterior, a su juicio, el pago de las sumas de dinero establecidas en la Tabla n.º 4 corresponden al pago del referido préstamo y por lo tanto eran de su propiedad. Lo cierto es que no existe prueba alguna del contrato de mutuo señalado por la parte demandada, ni de los términos y condiciones del mismo para determinar qué sumas le adeudaba la sociedad al demandado por concepto de capital o intereses. Por otro lado, tal como lo afirmó el demandado en su interrogatorio, tampoco se obtuvo autorización por parte de la asamblea general de accionistas para celebrar contratos de mutuo entre la sociedad demandante, su representante legal y las compañías en las cuales este último funge como administrador, al generarle un conflicto de interés¹⁴.

Así pues, no obstante durante los alegatos de conclusión el apoderado del demandado afirmara que en el expediente no reposa prueba de que haya sido el demandado quien dio la orden de efectuar las transferencias o que ordenara a algún empleado a hacer dichos desembolsos,¹⁵ lo cierto es que, en virtud de la presunción dispuesta en el artículo 97 del Código General del Proceso, este Despacho tendrá por cierto, el hecho de que el demandado efectuara los pagos mencionados a su favor y a favor de la compañía de la que es representante legal.

En ese sentido, el Despacho advierte que las operaciones descritas constituyeron una apropiación indebida de recursos por parte del antiguo representante legal de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, al no existir soporte o justificación para dichos desembolsos. En verdad, esta conducta constituye una violación del deber general de lealtad a cargo del señor Loewy Núñez. Mal podría obrar con lealtad quien distrae, para beneficio propio, recursos que le han sido confiados para adelantar la gestión de los negocios de una compañía.

¹³ Cfr. Grabación de la audiencia del 27 de agosto de 2018 (*vid.* Cd Folio 2043) 1:47:51.

¹⁴ Cfr. Id. 1:46:50

¹⁵ Cfr. Grabación de la audiencia del 17 de enero de 2019.

3. Acerca de los contratos de mutuo celebrados por parte de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación a favor de Hiver S.A.S. y Lawrence Loewy Núñez

De conformidad con lo narrado en la demanda, el señor Loewy Núñez en su calidad de representante legal de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, celebró contratos de mutuo con Hiver S.A.S. compañía de la cual es representante legal y accionista, así como contratos de mutuo a título personal, sin contar con la autorización del máximo órgano social de la sociedad demandante, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 (*vid.* Folios 11 a 13).

Dicho lo anterior, el Despacho encuentra que, en efecto, el demandado, como representante legal de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, celebró contratos de mutuo a favor de Hiver S.A.S., tal como consta en el informe rendido por Corprofesional a cuyo tenor “*se observó el registro de varios préstamos a favor de Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S., contabilizados mediante comprobante de egreso de la compañía. Alrededor de unos 167 comprobantes de enero del 2014 a julio del 2015 por un valor de 423 millones de pesos*” (*vid.* Folio 170).

En efecto, los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2014 y la nota 11 demuestran que existía una deuda a cargo de la sociedad demandante y a favor de Hiver S.A.S por \$29.568.722. Lo anterior, fue corroborado por el informe de la Superintendencia de Sociedades, en el cual se concluyó que “*(d)e acuerdo con los registros contables efectuados entre 01/01/2014 y el 31/12/2015 en el libro auxiliar denominado deudas con accionistas aparece que el accionista Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S., realizó transferencias, efectuó préstamos, ejecutó directamente pagos por compra de bienes y servicios por cuenta de Exkal Colombia S.A.S., por un monto total de \$1.348.192.709. Así mismo Exkal Colombia S.A.S., efectuó desembolsos por aporte de capital, abono al accionista Lawrence, pagos a accionistas (Hiver S.A.S.) por préstamos por la suma de \$1.051.807.792, resultando un saldo por pagar a favor de Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. por \$296.384.917, y a cargo de Exkal Colombia S.A.S.*” (*vid.* Cd Folio 1974).

En relación con lo anterior, el Despacho encuentra que no se contó con la autorización del máximo órgano social de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, para que el representante legal pudiera celebrar contratos de mutuo en conflicto de interés, con Hiver S.A.S., por lo que el Despacho concluye que el señor Loewy Núñez incumplió el deber previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

4. Acerca de la transferencia de dinero a favor de Hiver S.A.S. por concepto de mantenimiento

Según se narra en la demanda, durante la época en que el señor Loewy Núñez ejerció la representación legal de la compañía, ésta pagó una suma de \$10.493.180 mensuales a favor de Hiver S.A.S. por concepto de servicio de mantenimiento, gasto que, a juicio de la demandante, no tenía soporte y era inexistente (*vid.* Folio 20).

Pues bien, una vez revisadas las pruebas obrantes en el expediente, el Despacho encuentra que Hiver S.A.S. expidió las siguientes facturas a nombre de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación por concepto de mantenimiento (*vid.* Cd Folio 1591):

TABLA N.º 5 DE FACTURAS EXPEDIDAS POR HIVER S.A.S.

Fecha	n.º de factura	valor
29-mar-14	12	\$31.249.998
02-abr-14	13	\$12.083.333
28-may-14	14	\$12.083.333
01-jul-14	16	\$12.083.333
06-ago-14	17	\$12.172.089
02-sep-14	20	\$12.172.089
03-oct-14	22	\$12.172.089
06-nov-14	23	\$12.172.089
03-dic-14	24	\$12.172.089
05-ene-15	26	\$12.172.089
02-feb-15	27	\$12.172.089
27-feb-15	28	\$12.172.089
08-abr-15	32	\$11.678.910
06-may-15	37	\$11.678.910
17-jun-15	40	\$11.678.910
26-jun-15	42	\$11.678.910
06-jul-15	43	\$11.678.910
08-jul-15	44	\$11.678.910
07-ago-15	45	\$11.678.910
10-ago-15	46	\$11.678.910
02-sep-15	48	\$6.618.049
03-sep-15	49	\$11.678.910
Total		\$276.604.948

Como se mencionó en el punto anterior, las operaciones descritas, a la luz del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, debían ser objeto de autorización por parte de la asamblea general de accionistas de la sociedad demandante, en atención a que, en cabeza del demandado confluían dos intereses contrapuestos en su doble calidad de representante legal de Hiver S.A.S. y de la sociedad demandante.

Sin embargo, tal como lo corroboró el Despacho, no se obtuvo la autorización para celebrar el contrato de mantenimiento por parte del máximo órgano social de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación. Lo cual lleva al Despacho a concluir que el señor Loewy Núñez incumplió otro deber como administrador.

A pesar de lo anterior, en comunicación remitida por Hiver S.A.S. a este Despacho se dejó constancia que “por mutuo acuerdo entre Lawrence Loewy y Alfonso Antoñanzas se dejó sentado que, en lugar de cancelarse un salario de Lawrence Loewy en su calidad de representante legal de Exkal Colombia S.A.S., se optaría porque Industrias de Refrigeración Hiver () pasara mensualmente una factura a Exkal Colombia S.A.S., por concepto de mantenimiento, y dicho valor sería tomado como salario” (vid. Folio 1587”).

Lo anterior, fue corroborado tanto por el informe elaborado por Crowe Horwath, como por el testimonio de Tatiana Atehortua Rojas¹⁶ y lo manifestado por Lawrence Loewy Núñez¹⁷ en la prueba trasladada del proceso n.º 2015-800-251. De conformidad con dicho informe, “dentro de los gastos por concepto de mantenimiento en el año 2015 se incluyen facturas emitidas por Hiver por valor de 115 millones de pesos, que de acuerdo con la información suministrada por la contadora, correspondían al reconocimiento que Exkal le hacía a Hiver por los

¹⁶ Cfr. Grabación de la audiencia del 27 de agosto de 2018 (vid. Cd Folio 2043) 1:43:03.

¹⁷ Cfr. Grabación de la audiencia del 19 de agosto de 2016 del proceso n.º 2015-800-251, como prueba trasladada (vid. Cd Folio 1584) 1:04:31.

salarios de Lawrence Loewy, quien tenía contrato laboral con Hiver” (vid. Folio 275).

El Despacho encuentra que las operaciones descritas no tienen soporte alguno y, por lo tanto, constituyen una apropiación indebida de los recursos de la sociedad demandante por parte de Lawrence Loewy Núñez, así como un incumplimiento de las normas contables sobre el registro de obligaciones laborales en la contabilidad.

En verdad, si los pagos registrados por mantenimiento obedecían al salario correspondiente al señor Loewy Núñez como representante legal de la compañía, ha debido registrarse en la contabilidad como pago de nómina.

Ahora bien, debe decirse que si en gracia de discusión este Despacho aceptara que existió un acuerdo entre el demandado y el representante legal de Exposición y Conservación de Alimentos —Alfonso Antoñanzas— para efectuar el pago del salario del señor Loewy Núñez por la gestión de su cargo en la compañía a través del pago de facturas por servicio de mantenimiento a Hiver S.A.S., se ha debido contar con la autorización de la asamblea general de accionistas pues dicha transferencia le genera un conflicto de interés al representante legal. De lo contrario y sin el debido soporte, las operaciones descritas comportan una apropiación indebida de recursos por parte del representante legal de la compañía.

En consecuencia, este Despacho advierte que el señor Loewy Núñez incumplió el deber de lealtad y el deber previsto en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

5. Acerca de la celebración de actos en competencia con Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación

En relación con este punto se narra en la demanda:

“Lawrence Loewy Núñez como representante legal y miembro de la junta directiva de Exkal Colombia S.A.S., tenía conocimiento de ofertas de contratos en los cuales la sociedad demandante no participaba u ofertaba con un mayor valor frente a la participación de Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. respecto a los mismos productos” (vid. hecho 131).

“Ejemplo de lo anterior, es como el señor Lawrence Loewy Núñez, como representante legal y miembro de la junta directiva de Exkal Colombia S.A.S., durante el ejercicio de su cargo, realizó tratativas contractuales con la cadena de almacenes Olímpica, actuando en nombre de Exkal Colombia S.A.S. y posteriormente celebró negocios con estos supermercados a través de Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S.” (vid. hecho 134).

Ahora bien, debe señalarse que la participación de los administradores sociales, por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros en actos que impliquen competencia con la sociedad, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, implica una violación a su deber de lealtad. Al respecto, en sentencia n.º 800-107 del 27 de octubre de 2017, este Despacho afirmó:

“para determinar si un administrador ejecutó actos de competencia, deberá analizarse si las actividades desplegadas por éste persiguen el mismo objetivo que el de la sociedad.

De otro lado, en lo que se refiere al respeto de las oportunidades de negocio de la sociedad, es pertinente poner de presente que debe examinarse, en

cada caso particular, si efectivamente [existe] una verdadera oportunidad [para la sociedad], para lo cual, resulta imperioso determinar si la actividad que se pretende desarrollar se encuentra dentro de la línea de negocios de la compañía”.

Así, lo primero que debe decirse es que Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación e Hiver S.A.S. tienen objetos sociales similares. Ambas compañías se dedican a la fabricación, reparación, comercialización, importación, mantenimiento y distribución de maquinaria para la refrigeración industrial, como es la conservación de alimentos, tal como consta en los certificados de existencia y representación legal de dichas sociedades (*vid.* Folio 77 y 135).

Así pues, revisadas las facturas expedidas por Hiver S.A.S. durante el período de tiempo en el cual el señor Loewy Núñez fungió como representante legal de la sociedad demandante, el Despacho pudo constatar que Hiver S.A.S. continuó con la prestación de servicios de mantenimiento y comercialización de equipos de refrigeración, tal como lo demuestran las facturas de venta n.º 15, 21, 25, 31, 34, 35, 36 y 39 (*vid.* Folio 1591).

Aunado a lo anterior, debe recordarse que en virtud del artículo 97 del Código General del Proceso este Despacho tendrá por ciertos los hechos de la demanda que sean susceptibles de confesión que están relacionados con la conducta del demandante de ejercer actos de competencia respecto de la sociedad demandante, con Hiver S.A.S., en este caso, específicamente los hechos 131 y 134 de la demanda.

En consecuencia, el Despacho considera que el demandado ha incumplido el deber previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 respecto de la celebración de operaciones en competencia con la sociedad demandante.

Por otro lado, debe decirse que las pruebas obrantes en el expediente desvirtúan que el señor Loewy Núñez a través de Hiver S.A.S., hubiera privado a Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación de oportunidades de negocio con Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. Contrario a lo narrado en la demanda, la facturación expedida por Hiver S.A.S. demuestra que esta compañía no celebró contratos con Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. durante la época en que ejerció la representación legal de la sociedad demandante y tampoco después de haber sido removido de dicho cargo (*vid.* Folio 1591).

6. Acerca de la transferencia de bienes de propiedad de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación a favor de Hiver S.A.S.

En la demanda se afirma que Lawrence Loewy Núñez, como representante legal de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, transfirió 100 neveras a favor de Hiver S.A.S., compañía de la cual es representante legal y accionista (*vid.* Folio 18). A juicio del apoderado de la sociedad demandante, por un lado, el señor Loewy Núñez tenía restringidas sus facultades estatutarias para celebrar dicha operación, en atención a la cuantía del negocio, por lo que requería autorización de la junta directiva y, por otro, se encontraba incurso en un conflicto de interés.

Por su parte, el apoderado del demandado ha expresado que la operación aludida no se perfeccionó, por cuanto nunca hubo transferencia de dominio de las neveras y prueba de esto es que la factura n.º 149, correspondiente a la referida compraventa, fue anulada¹⁸.

¹⁸ Cfr. Grabación de la audiencia del 21 de marzo de 2018 (*vid.* Cd Folio 1554)1:12:26.

Lo primero que debe decirse es que, el 8 de julio de 2015, Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación expidió la factura n.º 149 a favor de Hiver S.A.S. por un valor de \$1.003.739.674 más IVA, por virtud de la cual se enajenaban 100 neveras (*vid.* Folio 358). Dicha circunstancia fue confirmada por el demandado, quien manifestó que dicha operación tuvo como fin dotar de liquidez a la compañía para poder pagar lo que se debía al proveedor de la mercancía —Exposición y Conservación de Alimentos S.A.—. De esta forma, Hiver S.A.S. mantendría guardadas las neveras hasta que Exkal Colombia S.A.S. pudiera venderlas, caso en el cual, Hiver S.A.S. transferiría de nuevo las neveras a la sociedad demandante¹⁹.

Así mismo, las comunicaciones cruzadas entre el demandado, sus apoderados y los apoderados de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, dan cuenta de que, en efecto, las 100 neveras de titularidad de la sociedad demandante se transfirieron a Hiver S.A.S. (*vid.* Folios 362 y 363).

Por lo anterior, contrario a lo manifestado por el demandado según el cual “*el negocio nunca se perfeccionó por lo tanto no había nada que pagar, y solamente se devolvieron las neveras y la factura se reversó*” (*vid.* Folio 2052 reverso), este Despacho considera que sí hubo una verdadera compraventa de las 100 neveras de propiedad de la sociedad demandante a favor de Hiver S.A.S., lo cual dio lugar a que se expidiera la factura n.º 149 y se trasladaran las neveras a las bodegas de Hiver S.A.S. aproximadamente por 30 días (*vid.* Folio 2053). Cosa distinta que, al haberse perfeccionado la compraventa de las 100 neveras, Hiver S.A.S. se vio en la necesidad de rescindir el contrato de compraventa de mercancías.

En ese mismo sentido, Exposición y Conservación de Alimentos S.A., al advertir que no se le pagaría el valor de la mercancía exportada, también se vio en la necesidad de resolver el contrato de compraventa de mercancías con la sociedad demandante, anular las facturas expedidas por tal concepto y pedir la devolución de las neveras exportadas (*vid.* Folios 367 a 370).

Así, se encuentra plenamente acreditado, que las 100 neveras fueron devueltas por parte de Hiver S.A.S. a Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación. Pues, el 17 de noviembre de 2015, Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación entregó a Exposición y Conservación de Alimentos S.A., dichas neveras, con ocasión de la resolución del contrato de compraventa de mercancías del 25 de septiembre de 2015 que se generó por la falta de pago de los equipos exportados a Exkal Colombia S.A.S. (*vid.* Folios 367 a 371).

A pesar de lo anterior, dicha operación generó un conflicto de interés en cabeza del demandado, al transferir las 100 neveras de titularidad de la sociedad demandante a favor de Hiver S.A.S., el cual no desaparece por el hecho de haberse rescindido el contrato de compraventa de mercancías entre Hiver S.A.S. y Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación.

No debe perderse de vista que la celebración de operaciones en conflicto de interés pueden generar perjuicios para la sociedad, no obstante con posterioridad a su celebración se decida su rescisión o resolución, es por esto que el artículo 5 del Decreto 1925 de 2005 permite el resarcimiento de perjuicios cuando se han celebrado operaciones en conflicto de interés.

¹⁹ Cfr. Grabación de la audiencia del 21 de marzo de 2018 (*vid.* Cd Folio 1554) 1:36:44 y 1:45:50.

En ese sentido, debe decirse que, al no contar el señor Loewy Núñez con la autorización de la asamblea general de accionistas de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación para vender las 100 neveras a favor de Hiver S.A.S., actuó en evidente conflicto de interés, por lo que este Despacho concluye que el señor Loewy Núñez violó el deber de lealtad y el deber previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

7. Acerca de la celebración de contratos de compraventa entre Hiver S.A.S. y Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación

En la demanda se afirma que, entre la sociedad demandante e Hiver S.A.S. se celebraron operaciones al costo, sin beneficio alguno para Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación. Como prueba de lo anterior, está el informe de Crowe Horwath, en el que se establece que “en especial se encontraron casos donde el precio de venta fue igual al costo de los inventarios (para los terceros Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. y Maravillarte S.A.S.) (vid. Folios 24 y 265), Por otro lado, Tatiana Atehortua Rojas, al rendir su testimonio manifestó que “evidenciamos como lo pueden ver en el informe que las ventas Exkal Colombia realizaba a Hiver no tenían ningún margen de ganancia, se vendía a precio de costo por lo tanto la empresa no obtenía ningún beneficio y el mayor nivel de ventas se tenían dados con esta compañía, de entrada esto es un valor que tiene una afectación dentro de los resultados de la compañía”.²⁰

Para resolver este punto, es necesario hacer alusión a lo manifestado por este Despacho respecto de las decisiones de negocio de los administradores, frente a la fijación del precio de la mercancía de la compañía. En este sentido, en sentencia n.º 801-72 de 11 de diciembre del 2013, se afirmó que, “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”.

Lo primero que debe decirse es que la fijación del precio de ventas de la mercancía de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación es una decisión de negocios, la cual en principio no debe ser objeto de escrutinio judicial, salvo que exista un conflicto de interés, una actuación abusiva o ilegal.

Así pues, se pudo determinar que dichos contratos de compraventa fueron celebrados en el marco de un conflicto de interés, pues en cabeza del demandado como representante legal y socio de Hiver S.A.S. confluyen intereses contrapuestos respecto del precio de las mercancías vendidas por Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación. Ahora bien, no debe perderse de vista que, aun con la autorización del máximo órgano social de la compañía demandante, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, la operación celebrada en conflicto de interés no debe causar perjuicio a la compañía. Así pues, en vista de que no obra prueba en el expediente, de autorización por parte de la asamblea general de accionistas, para que el demandado celebrara contratos de compraventa de mercancía con Hiver S.A.S., el Despacho concluye que el demandado infringió el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

8. Acerca de la celebración de contratos con terceros cuyos beneficios los recibía Hiver S.A.S.

²⁰ Cfr. Grabación de la audiencia del 27 de agosto de 2018 (vid. Cd Folio 2043) 2:09:54.

En la demanda se afirma que el demandado en su calidad de representante legal de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación “celebró contratos de compraventa con terceros en donde usando el nombre de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, los beneficios eran reportados a favor de Hiver S.A.S.” (vid. Folio 24).

De acuerdo a lo consignado en el informe de Crowe Horwath se acreditó que “se han presentado casos en donde los proveedores que tienen en común Hiver y Exkal, efectúa(n) facturas a nombre de Exkal que en realidad corresponden a ventas realizadas a Hiver (...). En este caso específico en que se reportó [dicho error] se procedió al cobro, pero existe la probabilidad de que estos casos sean recurrentes y sin detección (...)” (vid. Folio 261).

Lo anterior, fue corroborado por el testimonio de Tatiana Atehortua Rojas quien manifestó que “Industrias Hiver S.A.S. y Exkal Colombia S.A.S. compartían proveedor, en algunas ocasiones estos proveedores por error le facturaban costos obviamente o gastos a nombre de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación que debían ir a nombre de Industrias Hiver S.A.S. de esto no nos consta cuantos casos se hayan podido presentar y si todos los casos fueron detectados para que corrigieran el error”²¹.

Aunado a lo anterior, en virtud de la presunción consagrada en el artículo 97 del Código General del Proceso, este Despacho encuentra probado que el demandado violó el deber de lealtad, al celebrar contratos en representación de la sociedad demandante con terceros, cuyos beneficios eran recibidos por Hiver S.A.S., compañía de la cual es socio y representante legal.

9. Acerca de la utilización del recurso técnico, humano y de las instalaciones de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación por parte de Hiver S.A.S.

Según se narra en la demanda, el demandado “uso las instalaciones de Exkal Colombia S.A.S. [en Liquidación] para cumplir el objeto social de (Hiver) S.A.S., durante varios meses, sin que pagara contribución alguna” (vid. Folio 27). Así mismo, en la demanda se ha afirmado que el señor “Loewy Núñez autorizó que los empleados que estaban contratados y eran remunerados por Exkal Colombia S.A.S. prestaran servicios personales a [Hiver] S.A.S., durante varios meses para el desarrollo de sus propias actividades de comercio” (vid. Folio 26).

El Despacho encontró que el 19 de julio de 2013,, Hiver S.A.S. inscribió en la Cámara de Comercio de Barranquilla como dirección de notificación comercial y judicial la carrera 51b n.º 82-254, oficina 29 de la ciudad Barranquilla. Así mismo el Despacho encuentra que tanto Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación como Hiver S.A.S., tenían inscrita la misma dirección de notificación judicial y comercial en el registro mercantil. Posteriormente ambas compañías cambiaron su dirección de notificación judicial a la calle 110 n.º 6 sqn-522 bodega 3 lote 19, todo lo cual, consta en el certificado especial de direcciones de las compañías (vid. Folios 963 y 969).

La bodega ubicada en esta última dirección fue tomada en arriendo por Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, el 14 de mayo de 2014, tal como consta en el contrato de arrendamiento celebrado con Equinorte S.A., cuyo canon tiene un valor de \$12.000.000 mensuales más IVA (vid. Folios 965 a 973).

²¹ Cfr. Grabación de la audiencia del 27 de agosto de 2018 (vid. Cd Folio 2043) 1:49:30.

En ese sentido, en atención a que no se probó por parte del demandado el pago del arriendo de Hiver S.A.S. por el uso de la bodega mencionada, y en atención a la aplicación del artículo 97 del Código General del Proceso, el Despacho tendrá por cierto que Hiver S.A.S. utilizó las instalaciones de la sociedad demandante, sin pagar el canon de arrendamiento que le correspondía. Por lo que se apropió de recursos de la sociedad demandante de manera indebida e injustificada.

De otra parte, de acuerdo con el informe de Crowe Horwath algunos proyectos de Hiver S.A.S. fueron elaborados por trabajadores de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación. Particularmente, se hizo referencia a un proyecto elaborado por José Bendeck (*vid.* Folios 261). Revisada la nómina de empleados de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, el Despacho encuentra que, en efecto, entre septiembre y diciembre de 2014, José Bendeck era empleado de la sociedad demandante.

En ese sentido, este Despacho también dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 97 del Código General del Proceso y tendrá por cierto que el demandado autorizó a los empleados de la sociedad demandante para realizar proyectos de Hiver S.A.S., los cuales eran pagados por Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación.

D. Infracciones que no fueron probadas

En la demanda se afirmó que el demandado enajenó un vehículo automotor de su propiedad a favor de la compañía demandante, en evidente conflicto de interés, por un valor de \$53.785.859 (*vid.* Folio 14).

A pesar de lo anterior, el Despacho encontró que dicha operación no fue perfeccionada, pues de acuerdo con lo consignado en el certificado del Registro Único Nacional de Tránsito —RUNT—, el vehículo con placa VFV 503, gris cuarzo, registrado desde el 17 de abril de 2015, es de propiedad de Lawrence Loewy Núñez (*vid.* Folios 1010 y 1011).. Aunado a lo anterior, tampoco se probó que los \$53.785.859 por los cuales se vendió la camioneta a la compañía hayan sido, en efecto, transferidos de la cuenta corporativa de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación a favor de Lawrence Loewy Núñez o de alguna de sus compañías.

Por último, en el juramento estimatorio se estimó como parte de los perjuicios \$10.000.0000 que el demandado se habría transferido, de la cuenta corporativa de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, los cuales “*se destinaron al beneficio personal o de terceros, o al pago de gastos personales u obligaciones del (demandado)*” (*vid.* Folio 49). Sin embargo, en el acápite de hechos de la demanda no se hizo referencia a este perjuicio. Por lo cual, el Despacho no tendrá por probado el perjuicio tasado en \$10.000.0000.

Por último, debe decirse que, si bien también se controvertió en la demanda la responsabilidad del señor Loewy Núñez como miembro de la junta directiva de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, lo cierto es que todos los hechos de la demanda están dirigidos a controvertir su responsabilidad como representante legal de la compañía. Razón por la cual, el Despacho centró el objeto de estudio en las conductas realizadas por el demandado en su calidad de representante legal.

E. Acerca de la inhabilidad para ejercer el comercio

El Despacho considera necesario efectuar algunas precisiones sobre la inhabilidad para ejercer el comercio solicitada por Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación. 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*”.²² En este orden de ideas, aunque el demandado infringió los deberes de lealtad y cuidado, así como el numeral 2 y la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1993, el Despacho no ha encontrado motivo para concluir que las conductas examinadas en este proceso ameriten imponer la drástica sanción estudiada.

F. Indemnización de perjuicios

Al momento de radicar su demanda ante esta entidad, Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación presentó un juramento estimatorio en el que se describieron, en detalle, los perjuicios sufridos por la compañía por virtud de las actuaciones del señor Loewy Núñez. En vista de que esa tasación de perjuicios no fue controvertida por el demandado, el Despacho considera necesario darle pleno efecto a lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso, por cuya virtud “*dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo*”. En consecuencia, el Despacho condenará al señor Loewy Núñez a resarcirle a Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación únicamente los perjuicios derivados de las infracciones declaradas en esta sentencia, de conformidad con la tasación realizada en la demanda cuyo monto asciende a \$427.705.250. Dicho valor corresponde a los dineros sustraídos en indebida forma por Lawrence Loewy Núñez durante el 17 de julio al 23 de julio del 2015 —\$329.157.090—, a los valores pagados a la firma de auditoria Cis Audit Ltda. —\$21.548.160— en exlimitación de sus funciones y al canon de arrendamiento dejado de pagar por parte de Hiver S.A.S. por el uso de las instalaciones de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación —\$77.000.000—. Para tal efecto, el Despacho descontará el monto correspondiente a la infracción que no fue probada por la sociedad demandante, consistente en los \$10.000.000, transferidos a favor de Lawrence Loewy Núñez, correspondientes a pagos destinados a su beneficio personal o de terceros, o al pago de sus gastos u obligaciones.

No debe olvidarse que, la presunción de culpa prevista en el artículo 200 del Código de Comercio, no compromete en forma automática la responsabilidad patrimonial de los administradores sino que es indispensable que se compruebe la existencia de un detrimento patrimonial que le sea imputable en forma específica a las acciones u omisiones de los respectivos administradores. En otras palabras, debe satisfacerse una carga probatoria relacionada con la verificación, ante las instancias judiciales, de los perjuicios derivados de las actuaciones de los administradores.²³

III. COSTAS

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

²² Comisión Revisora del Código de Comercio, Exposición de Motivos del Libro Primero (1958, Bogotá, s.e.) 23 a 24.

²³ Así mismo, en la sentencia n.º 800-40 del 2 de julio de 2014 se sostuvo que “*la presunción de culpa consagrada en el artículo 200 del Código de comercio no exonera a los demandantes de la carga de demostrar la existencia de los perjuicios que le sirven de base a sus pretensiones indemnizatorias*”.

usarán los criterios establecidos por el Acuerdo n.º PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura para los procesos declarativos cuyas pretensiones pecuniarias son de mayor cuantía. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho a favor de la sociedad demandante, y a cargo del demandado, una suma equivalente a \$20.000.000.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

Primero. Declarar que Lawrence Loewy Núñez incumplió los deberes de lealtad y cuidado que le corresponden como representante legal de Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación.

Segundo. Condenar a Lawrence Loewy Núñez a pagar a Exkal Colombia S.A.S. en Liquidación, dentro de los 3 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de \$427.705.250 por los perjuicios derivados de la infracción de sus deberes como administrador de la compañía.

Tercero. En consecuencia, la suma referida en el numeral segundo de esta providencia, de no pagarse en el plazo establecido para el efecto, causará intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Cuarto. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Quinto. Condenar en costas al demandado y fijar como agencias en derecho a favor de la sociedad demandante una suma de \$20.000.000.

La anterior providencia se profiere a los 23 días del mes de enero de dos mil diecinueve y se notifica en estrados.

El Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,



FRANCISCO HERNANDO OCHOA LIÉVANO
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA PROCEDIMIENTOS MERCANTILES