



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

SENTENCIA

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

Partes

El Zarzal S.A.

contra

Arturo Escallón Lloreda y Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso El Zarzal

Asunto

Artículo 24 Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

[...]

I. ANTECEDENTES

El proceso iniciado por El Zarzal S.A. contra Arturo Escallón Lloreda y Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso El Zarzal surtió el curso descrito a continuación:

1. El 30 de octubre de 2015 se admitió la demanda.
2. El 4 de septiembre de 2015 se cumplió el trámite de notificación de Arturo Escallón Lloreda.
3. El 26 de febrero de 2016 se celebró la audiencia inicial convocada por el Despacho.
4. El 5 de abril de 2016 se cumplió el trámite de notificación de Alianza Fiduciaria S.A.
5. El 6 de diciembre de 2017, una vez agotada la etapa de práctica de pruebas, las partes presentaron sus alegatos de conclusión.
6. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código General del Proceso, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. PRETENSIONES

La demanda presentada por El Zarzal S.A. contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

1. 'Que se declare que [Arturo Pedro Pablo Escallon Lloreda], en su calidad de Representante Legal —Primer Suplente del Gerente- de la sociedad [El Zarzal S.A.], incurrió en [conflicto de intereses], al suscribir el Contrato de Fiducia Irrevocable de Administración y Pagos contenido en la Escritura Pública 1542 de fecha 18 de marzo de 2015, otorgada en la Notaría 24 del Círculo de Bogotá D.C. y que por tanto incumplió sus deberes como Representante Legal y es responsable a título de culpa en los términos de los artículos 23 numeral 7° y 24 de la Ley 222 de 1995 y de los artículos 1° y siguientes del Decreto 1925 de 2009.



2. 'Que en consecuencia de lo anterior, se declare la [nulidad absoluta] del Contrato de Fiducia Irrevocable de Administración y Pagos contenido en la Escritura Pública 1542 de fecha 18 de marzo de 2015, otorgada en la Notaría 24 del Círculo de Bogotá D. C. celebrado entre [Arturo Pedro Pablo Escallon Lloreda], en su calidad de Representante Legal —Primer Suplente del Gerente- de la sociedad [El Zarzal S.A. y Alianza Fiduciaria S.A.] en los términos de los artículos 23 numeral 7° y 24 de la Ley 222 de 1995 y de los artículos 1° y siguientes del Decreto 1925 de 2009.
3. 'Que se declare que [Arturo Pedro Pablo Escallon Lloreda], en su calidad de Representante Legal.—Primer Suplente del Gerente- de la sociedad [El Zarzal S. A.], es responsable a título de culpa en los términos del artículo 24 de la Ley 222 de 1995, del incumplimiento de sus deberes como representante legal y especialmente del deber de acatar el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 en sus numerales 2° y 6°, y los estatutos sociales, por la violación la que incurrió, en relación con los derechos de los accionistas, vulnerando y limitando su [d]erecho de [i]nspección de la sociedad y, en consecuencia su derecho a conocer la situación financiera y administrativa de la sociedad.
4. 'Que en consecuencia de lo anterior, se declare que [Arturo Pedro Pablo Escallon Lloreda], en su calidad de Representante Legal —Primer Suplente del Gerente- de la sociedad [El Zarzal S.A.] ha incurrido en causal de [remoción] de conformidad con el artículo 48 inciso 3° de la Ley 222 de 1995.
5. 'Que en consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al señor [Arturo Pedro Pablo Escallon Lloreda], en su calidad de Representante Legal - Primer Suplente del Gerente- de la sociedad [El Zarzal S.A.] a pagar a mi representada los perjuicios que le ha causado con sus acciones y omisiones, especialmente en lo relacionado con todos los costos y gastos en los que se incurrió por la constitución, suscripción y ejecución del Contrato de Fiducia descrito en los hechos de la demanda.
6. 'Que se ordene la elaboración de un dictamen pericial con el fin de tasar los perjuicios sufridos por la sociedad [El Zarzal S.A.] y sus accionistas, ocasionados por las conductas del demandado [Arturo Escallon Lloreda]'.
'Que se condene en costas, gastos del proceso y agencias en derecho, [Arturo Pedro Pablo Escallon Lloreda], en su calidad de Representante Legal —Primer Suplente del Gerente- de la sociedad [El Zarzal S. A.]'.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada ante el Despacho busca controvertir la responsabilidad de Arturo Escallón Lloreda por el incumplimiento de sus deberes como administrador de El Zarzal S.A. En criterio del apoderado de la demandante, el contrato de fiducia irrevocable de administración y pagos celebrado el 18 de marzo de 2015 por el señor Escallón Lloreda, en su calidad de representante legal de El Zarzal S.A., y Alianza Fiduciaria S.A., se encontraría viciado por conflicto de interés, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Así, la sociedad demandante, mediante una acción social de responsabilidad, busca que este Despacho declare absolutamente nulo el contrato referido y que condene a Arturo Escallón Lloreda a resarcir los perjuicios sufridos por la compañía, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 y con el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 (vid. Folios 26 a 30). Por otra parte, la demanda también se encuentra encaminada a que se declare que el señor Escallón transgredió su deber de velar por el estricto cumplimiento de normas estatutarias y legales, además de haber vulnerado el derecho de inspección de los accionistas de El Zarzal S.A., en los términos de los numerales 2 y 6 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.



1. Acerca del régimen colombiano en materia de conflictos de interés

Según lo expresado en la demanda, el señor Arturo Escallón Lloreda, en representación de El Zarzal S.A., celebró con Alianza Fiduciaria S.A. un contrato de fiducia mercantil viciado por conflicto de interés, sin contar con la autorización del máximo órgano social contemplada en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. La demandante ha señalado que el señor Escallón, además de ser primer suplente del gerente de El Zarzal S.A., figura también como beneficiario del 19.5657% de derechos fiduciarios del Fideicomiso El Zarzal, cuyos demás beneficiarios son personas ligadas a él por estrechos vínculos de parentesco. De esta manera, el señor Escallón habría celebrado un negocio jurídico en el que tanto él como familiares suyos contaban con un interés económico. En palabras del apoderado de la demandante, el '[p]orcentaje [que ostentan el señor Escallón Lloreda y sus hijos sobre los derechos fiduciarios del Fideicomiso El Zarzal] les otorga unos derechos y unos beneficios sobre los bienes sociales de El Zarzal S.A., a través del contrato de fiducia, que no tenían cuando los bienes eran de la sociedad' (vid. Folio 25). Además, se habría excluido a Clear Pond Investment Corp —accionista controlante de El Zarzal S.A.— en la conformación del Fideicomiso El Zarzal y se habrían sustraído bienes de El Zarzal S.A. para favorecer a terceros no accionistas de esta sociedad, como lo son Lucrecia Lloreda de Escallón y María Elisa Escallón Lloreda.

De igual manera, en virtud de la celebración de dicho contrato, se habría producido una 'apropiación por parte del representante legal inconsulta e ilegal de los dineros de la sociedad' debido a que una vez realizados los giros producto de la explotación económica de los bienes fideicomitidos, los excedentes serían dirigidos al administrador (vid. Folio 27).¹

Por su parte, el entonces apoderado de Arturo Escallón Lloreda señaló que 'el administrador de los bienes no recibe remuneración alguna por su labor, con lo cual no puede afirmarse bajo ninguna óptica que Arturo Escallón Lloreda se beneficia del patrimonio autónomo' (vid. Folio 282). Así mismo, en criterio del mismo apoderado, 'no existe ningún conflicto de interés, primero porque no existe ningún beneficio económico para mi poderdante, ni para su núcleo familiar. En efecto, el contrato es sumamente claro al decir, los recursos que entran al fideicomiso se utilizan para, uno, suplir la operación de El Zarzal S.A. y dos, los gastos, el sostenimiento congruo de la señora Lucrecia de Escallón y María Elisa Escallón y, en tercer lugar, si queda un excedente, ese excedente sí será para los beneficiarios del patrimonio autónomo, [...] Alejandro Escallón Lloreda, [...] Patricia Escallón, [...] mi poderdante sumado con sus hijos, por ende no puede decirse que existe una mejor posición'.² Adicionalmente, se ha dicho en este proceso que El Zarzal S.A. y Clear Pond Investment Corp comparten en su estructura miembros de la familia Escallón Lloreda, por lo cual en nada afecta el hecho de haberse omitido como beneficiaria a Clear Pond Investment Corp. pues sus accionistas —o beneficiarios reales— en todo caso sí quedaron incluidos como beneficiarios en el contrato de fiducia mercantil.

¹ En palabras del apoderado de la demandante, el conflicto de interés se configura debido a que 'mejora la posición personal de él [Arturo Escallón Lloreda] y de su grupo familiar frente al patrimonio de la sociedad, excluye a la sociedad del manejo de los bienes de la sociedad, cambia [...] los quórums para decidir [...] los quórum especiales que hay en la sociedad son mayoría [...] aquí se habla de unanimidad, y es más, consagra de manera indirecta la inamovilidad de los administradores [...] porque para removerlo se requiere el voto unánime, ósea el voto de él también y de sus hijos [...] El Zarzal no recibe nada en contraprestación por el contrato de fiducia [...] por el contrario [...] está obligado a asumir unas cargas sin ningún contraprestación, impuestos y demás [...] se deja a la sociedad sin un capital de trabajo [...] cambia también en favor suyo los órganos de administración y dirección'. Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 26 de febrero de 2016, folio 402 del expediente (01:27:42 – 01:30:13).

² Cfr. Grabación de la audiencia judicial celebrada el 26 de febrero de 2016, folio 402 del expediente (01:31:25 – 01:32:10).



En este punto, es preciso aludir brevemente a los pronunciamientos emitidos por este Despacho sobre las reglas colombianas en materia de conflictos de interés. Según 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 funda 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.

Para comenzar, debe decirse que 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 1º 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 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. [...]’.

Adicionalmente, el Despacho ha hecho uso de la regla del numeral 7 cuando un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación concerniente. ‘Si existe un cercano vínculo de parentesco, como cuando los padres del administrador contratan con la sociedad, habrá fuertes indicios acerca de la presencia de un conflicto. En este caso, el conflicto se concretaría no sólo en los fuertes lazos afectivos que pueden existir entre padres e hijos, sino también en el interés económico derivado de la vocación sucesoral del administrador’.³ En el caso de Loyalty Marketing Services S.A.S., se dijo, en este sentido, que ‘el señor Fredy Antonio Rodríguez Ardila tiene una estrecha relación con la [representante legal], derivada del vínculo matrimonial que existe entre tales personas. Es decir que, al momento de celebrarse el contrato examinado, la [representante legal] contaba con importantes incentivos para salvaguardar el patrimonio del señor Rodríguez. Es claro que este interés económico subjetivo se contrapone al deber de la [representante legal] de obrar en interés de la sociedad, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. [...]’

³ Sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014.



el Despacho puede entonces concluir que la demandada participó en la celebración de un negocio jurídico que le representaba un conflicto de interés'.⁴

Esta Superintendencia también se ha pronunciado acerca de las consecuencias que acarrea la violación de las reglas vigentes en materia de conflictos de interés. En primer lugar, podrá solicitarse la nulidad absoluta de las operaciones celebradas sin darle cumplimiento a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, tal y como se reconoció expresamente en el Decreto 1925 de 2009. En el artículo 5 de esta última norma se dispone, además, que 'declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada.' En segundo lugar, podrá hacerse efectiva la responsabilidad del respectivo administrador, por la violación expresa de los deberes legales a su cargo. En los términos del ya citado artículo 5, 'el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios'.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho puede concluir que la celebración del aludido contrato de fiducia estuvo claramente viciada por un conflicto de interés. Ciertamente, Arturo Escallón Lloreda, en su calidad de administrador de El Zarzal S.A.,⁵ suscribió un contrato denominado 'contrato de fiducia irrevocable de administración y pagos', por cuya virtud transfirió una parte sustancial de los activos de El Zarzal S.A. a un patrimonio autónomo denominado Fideicomiso El Zarzal, en el cual detentaba importantes intereses económicos, contrapuestos con los mejores intereses de la sociedad de la que era administrador (vid. Folios 119 a 150). En verdad, este Despacho pudo verificar la transferencia efectiva del derecho pleno de dominio y posesión sobre bienes de El Zarzal S.A. en favor del Fideicomiso El Zarzal,⁶ y que tuvo como consecuencia que la compañía demandante se viera privada de la explotación económica de importantes activos sociales.

Este Despacho pudo verificar que para la fecha de celebración de dicho contrato, no todos los accionistas de El Zarzal S.A. fueron incluidos como beneficiarios de derechos fiduciarios o de pagos. En verdad, quien fuera el accionista mayoritario de la compañía demandada, esto es, Clear Pond Investment Corporation, no fue incluido como beneficiario de ninguna clase en el contrato referido (vid. Folios 120 y 121). Dicha exclusión implicaría un perjuicio para la referida sociedad accionista, que a la terminación del contrato de fiducia no podría acceder a los bienes en proporción a su participación en El Zarzal S.A. En efecto, de acuerdo con la cláusula décima sexta del contrato de fiducia, '[a] terminarse la [fiducia] por cualquier razón los beneficiarios fiduciarios recibirán los bienes en la proporción señalada para uno de ellos en este [c]ontrato' (vid. Folio 138). Debe anotarse que los derechos fiduciarios no daban lugar a pagos de

⁴ Sentencia n.º 800-29 del 14 de mayo de 2014.

⁵ Es preciso anotar que para el 18 de marzo de 2015, fecha en que se protocolizó el contrato de fiducia que aquí se discute, el señor Arturo Escallón Lloreda era en efecto quien fungía como administrador de El Zarzal S.A (vid. Folio 120). Mediante acta n.º 3 inscrita en el registro mercantil el 9 de diciembre de 1992 el señor Arturo Escallón Lloreda fue nombrado como primer suplente del gerente, y habría ocupado dicho cargo hasta la fecha de su remoción al ser aprobada una acción social de responsabilidad en su contra en reunión asamblearia del 5 de junio de 2015 por virtud de lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 (vid. Folios 90 a 118, 115 y 153).

⁶ Debe resaltarse que la custodia y tenencia de estos bienes fue entregada al administrador, el señor Arturo Escallón Lloreda, mientras no existieran contratos de arriendo vigentes sobre los bienes fideicomitados, y su administración se realizaría bajo los términos y condiciones del contrato de comodato que suscribiera la fiduciaria y el administrador. Cfr. Cláusula décima del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos (vid. Folio 134 reverso). En este punto, es preciso aclarar que Alianza Fiduciaria S.A. informó que '[n]o existe un contrato de comodato escrito y firmado entre el señor [Arturo Pedro Pablo Escallón Lloreda] y [Alianza Fiduciaria S.A.] [...] adicional a lo acordado en la cláusula [d]écima del [c]ontrato de [f]iducia' (vid. Folio 1064).



ninguna clase a 'personas diferentes de las [beneficiarias de pago]'.⁷ Sin embargo, lo cierto es que los beneficiarios de derechos fiduciarios hacían parte del denominado 'comité fiduciario', órgano que impartía instrucciones a la fiduciaria para la explotación económica de los bienes fideicomitidos y cuyas decisiones se adoptarían por mayoría de sus miembros (vid Folios 123 y 147).⁸

Por otra parte, Lucrecia Lloreda de Escallón y María Elisa Escallón Lloreda, sin ser accionistas de El Zarzal S.A., fungen como beneficiarias de pago del Fideicomiso El Zarzal y por lo tanto son las únicas autorizadas para recibir pagos de esta estructura fiduciaria (vid. Folio 121).⁹ No obstante, lo cierto es que el objeto social de El Zarzal S.A. no parece estar limitado al sostenimiento congruo de estas personas (vid Folio 152).

Adicionalmente, este Despacho pudo establecer que Arturo Escallón Lloreda fue nombrado como administrador del Fideicomiso El Zarzal (vid. Folio 121). Como administrador, Arturo Escallón recibiría los excedentes resultantes de los giros que ordenara el fideicomitente, previo descuento de la comisión fiduciaria y de los costos y gastos de administración (vid Folio 123).¹⁰ Así, pues, resulta claro que el señor Escallón Lloreda, como beneficiario de derechos fiduciarios, influía finalmente en la forma como se impartían las instrucciones para la explotación económica de los bienes fideicomitidos y, en todo caso, como administrador, sería el beneficiario de los excedentes de las operaciones del fideicomiso. Lo anterior, daría razón a lo que la demandante alude en el sentido que habría una 'apropiación por parte del representante legal inconsulta e ilegal de los dineros de la sociedad' (vid. Folio 27).

Todo lo anterior quiere decir que el señor Escallón, en su condición de administrador de El Zarzal S.A., estaba obligado legalmente a velar por los mejores intereses de ésta. Sin embargo, al mismo tiempo, el demandado contaba claramente con un interés económico que giraba en torno a los derechos fiduciarios que él y sus familiares poseían en el Fideicomiso El Zarzal, del cual, como ya se dijo, fungía también como administrador. Así las cosas, resulta claro para este Despacho que la confluencia de ambos intereses en cabeza de Arturo Escallón Lloreda, lo habría situado en un conflicto de interés, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En verdad, al momento en que el señor Escallón suscribió en nombre de El Zarzal S.A. el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos, su juicio objetivo estuvo siempre comprometido. En este sentido, el señor Escallón debía tramitar la autorización contemplada en las normas precitadas ante el máximo órgano social de El Zarzal S.A. Sin embargo, el Despacho no pudo corroborar la existencia de una autorización semejante respecto de las operaciones descritas.

Así las cosas, con fundamento en lo previsto por el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009, este Despacho ha encontrado mérito suficiente para declarar la nulidad del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos celebrado el 18 de marzo de 2015 entre El Zarzal S.A. y Alianza Fiduciaria S.A. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, el Despacho ordenará las restituciones mutuas correspondientes. En línea con lo anterior, se ordenará a Alianza Fiduciaria S.A que le restituya a El Zarzal S.A. todos los bienes transferidos con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia. Una vez

⁷ Cfr. Cláusula primera del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos (vid Folio 121).

⁸ Cfr. Cláusulas quinta y trigésimo quinta del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos. Ahora bien, este Despacho pudo comprobar que de acuerdo con el artículo décimo sexto de dicho contrato '[d]ichos beneficiarios siempre deberán actuar de común acuerdo a través del [comité fiduciario] y dar las instrucciones a [la fiduciaria] en forma escrita' (vid. Folio 138 reverso).

⁹ Cfr. Cláusula primera del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos.

¹⁰ Cfr. Numeral 6° de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos.



verificada la transgresión a lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se condenará al señor Arturo Escallón Lloreda a indemnizar los perjuicios que han resultado probados en el presente proceso.¹¹ De acuerdo con el juramento estimatorio, el total estimado de perjuicios sufridos por la demandante ascendería a un total de \$63.196.600 por concepto de gastos y costos para la constitución de la fiducia y el pago de la comisión fiduciaria. Dicha estimación, fue objetada por el apoderado de Arturo Escallón en la medida en que estos perjuicios son inexistentes y no incluye el valor real de los bienes inmuebles en la valoración del daño emergente. Sin embargo, este Despacho pudo comprobar que los gastos y costos relacionados con la constitución de la fiducia ascendían a un total de \$32.107.593.¹² De la misma forma, la comisión fiduciaria ascendería a un total de \$84.026.187.¹³ Ahora bien, en cuanto al valor real de los bienes inmuebles, debe decirse que no hay lugar a su reconocimiento, pues con ocasión de las restituciones mutuas que surgen como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato de fiducia mercantil, dichos bienes serán reintegrados al patrimonio social de El Zarzal S.A.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho condenará a Arturo Escallón Lloreda a resarcirle a El Zarzal S.A. los perjuicios derivados de la infracción de sus deberes como administrador de la compañía, por un valor equivalente a \$116.133.780, junto con los intereses que correspondan hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.

2. Acerca del deber de velar por el estricto cumplimiento de las normas estatutarias y legales

Según lo expresado en la demanda, las actas n.ºs 20, 21, 22 y 23 adolecen de los requisitos que señalan los artículos 185, 189 y 431 del Código de Comercio. Sobre este punto, este Despacho pudo verificar que en efecto las actas n.ºs 20 a 23 no registraron el número de votos emitidos para la aprobación de los informes de gestión de los administradores y del revisor fiscal (vid Folios 78, 79, 83 y 85). Debe decirse que, a pesar de la corrección realizada mediante acta n.º 24, lo cierto es que dichos defectos no fueron debidamente subsanados (vid. Folio 87). De otro lado, este Despacho pudo comprobar que en al acta n.º 25 del 22 de abril de 2015 no quedó registro de la presencia en dicha reunión asamblearia de Andrés Escallón Salazar, quien representaba 317 acciones, por lo tanto no podría haberse dejado la constancia respecto de la presencia del 100% de las acciones suscritas (vid. Folios 85 y 88). Por su parte, la convocatoria a la reunión asamblearia que tuvo lugar el 25 de marzo de 2014 según consta en el acta n.º 23, no se habría realizado con la antelación requerida por los estatutos, pues por

¹¹ El Despacho pudo comprobar la existencia de una determinación social consistente en la aprobación de una acción social de responsabilidad en contra de Arturo Escallón Lloreda, según lo requerido por el artículo 25 de la ley 222 de 1995 (vid. Folio 115).

¹² Dicha valoración surge de la liquidación de derechos notariales, los derechos e impuestos de registro, y el valor causado por la labor de estructuración del contrato de fiducia (vid. Folios 139 y 747 a 752).

¹³ La demandante estimó sus perjuicios por concepto de comisión fiduciaria en una suma equivalente a \$23.196.600. En este punto, debe recordarse que el artículo 206 del Código General del Proceso, '[e]l juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete'. Sin embargo, en la audiencia celebrada el 4 de octubre de 2016, este Despacho autorizó a Alianza Fiduciaria S.A. para que descontara, con cargo a los recursos del patrimonio autónomo, la comisión fiduciaria derivada de su gestión como vocera del Fideicomiso El Zarzal, se tendrán en cuenta los informes de gestión y rendición de cuentas del Fideicomiso El Zarzal para calcular los perjuicios sufridos por concepto de comisión fiduciaria con posterioridad a la presentación de la demanda (vid. Folio 724). De ahí que, hasta el mes de agosto de 2017, se habría causado un saldo total de \$76.125.237 por concepto de comisión fiduciaria (vid. Folio 1333 reverso). Adicional a ello, habría de adicionarse lo correspondiente al mes de septiembre, octubre y noviembre del mismo año por un valor de \$7.900.950. Así las cosas, el valor total de la comisión fiduciaria ascendería a \$84.026.187.



tratarse de una reunión donde se aprobaban estados financieros, se debería realizar la convocatoria con 15 días hábiles de anticipación sin incluir el día de la convocatoria ni el de la reunión. Así, pues, habiéndose realizado la convocatoria el 10 de marzo de ese año, no se habría cumplido con este requisito estatutario.¹⁴

Por último, la demandante señala también que el señor Escallón debió abstenerse de votar sus propios informes de gestión y estados financieros en reuniones asamblearias cuyas decisiones obran contenidas en las actas n.º 20, 21, 22 y 23, en atención a lo dispuesto por el artículo 185 del Código de Comercio. En este punto debe decirse que la prohibición del artículo 185 del Código de Comercio recae, exclusivamente, sobre los administradores que estén en ejercicio de sus cargos y daría lugar a una 'recomposición del quórum para efectos de calcular la mayoría decisoria aplicable a la aprobación de cuentas y balances. Así, será necesario sustraer del número de participaciones de capital representadas, aquellas que correspondan a los administradores sociales'.¹⁵

Ahora bien, este Despacho pudo comprobar que, tal como se advirtió anteriormente, el señor Arturo Escallón se habría desempeñado en su cargo como primer suplente del gerente desde la inscripción del acta n.º 3 en el registro mercantil el 9 de diciembre de 1992 hasta la fecha de su remoción el 5 de junio de 2015 (vid. Folios 115 y 153).¹⁶ Sin embargo, los estados financieros correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013 fueron aprobados 'en su totalidad de forma unánime por el 100% de los accionistas asistentes a la reunión' (vid. Folios 80, 84 reverso y 86 reverso). Ahora bien, a pesar que las citadas actas fueron corregidas mediante acta n.º 24, lo cierto es que nunca se descontabilizaron los votos del administrador de El Zarzal S.A.

Así, pues, resulta claro que los defectos aquí estudiados implican una transgresión a lo dispuesto por los artículos 185, 189 y 431 del Código de Comercio, y por esa vía un incumplimiento por parte de Arturo Escallón Lloreda como administrador de El Zarzal S.A. —quien además figura como presidente en las reuniones que aquí se controvierten— al deber contenido en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

3. Acerca del derecho de inspección

Ahora bien, señala la demandante que el derecho de inspección de los accionistas de El Zarzal S.A. fue obstruido lo cual constituye una causal de remoción prevista en el artículo 48 de la Ley 222 de 1995. Lo primero que debe decirse es que, la remoción y designación de los administradores corresponde, en primer lugar, al máximo órgano social de El Zarzal S.A., o en su defecto, a la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia, en ejercicio de facultades administrativas de conformidad con lo dispuesto por los artículos 82 y siguientes de la Ley 222 de 1995 y el numeral 7 del artículo 14 del

¹⁴ En virtud de lo dispuesto por el artículo 16 de los estatutos de El Zarzal S.A., '[p]ara las reuniones donde haya de aprobarse el balance de fin de ejercicio, la convocatoria se hará cuando menos con quince (15) días hábiles de anticipación' (vid. Folio 948 reverso).

¹⁵ FH Reyes Villamizar, Derecho Societario (2014, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis) Pág. 586. En línea con lo anterior, esta Superintendencia ha explicado que 'la mayoría decisoria para efectos de la aprobación de este punto del orden del día, se integrará con las cuotas o acciones de quienes tengan la aptitud para votar, esto es descontando previamente aquellas de que sean titulares las personas que están inhabilitadas para ese fin'. Cfr. oficio n.º 220-30552 del 3 de mayo de 2000

¹⁶ Debe anotarse que por escritura pública n.º 3198 de la Notaría 9 de Bogotá, D.C., inscrita en el registro mercantil el 26 de julio de 1973 fue nombrado Gustavo Escallón Caicedo como gerente de El Zarzal S.A. Sin embargo, el señor Escallón Caicedo falleció el 1 de abril de 2006 según consta en el registro civil de defunción, sin que se hubiese asignado su reemplazo (vid. Folios 153 reverso y 232). Ahora bien, mediante acta n.º 3 inscrita en el registro mercantil el 9 de diciembre de 1992 el señor Arturo Escallón Lloreda fue nombrado como primer suplente del gerente, y habría ocupado dicho cargo hasta la fecha de su remoción al ser aprobada una acción social de responsabilidad en su contra en reunión asamblearia del 5 de junio de 2015 por virtud de lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 (vid. Folios 90 a 118).



Decreto 1023 de 2012. En todo caso, debe anotarse que al ser aprobada la acción social de responsabilidad que aquí se estudia ‘implicará la remoción del administrador’ en los términos del artículo 25 de la Ley 222 de 1995. Así, pues, el Despacho desestimaré la pretensión cuarta de la demanda respecto de la remoción del administrador.

Por su parte, el demandado en su contestación señaló que el señor Jaime Pava, sí pudo ejercer el derecho de inspección en favor de sus representados, señalando que ‘lo único que no puedo verificar fueron documentos relativos al pago del impuesto predial de unos inmuebles y hojas de vida de algunos empleados’ (vid. Folio 283).

Sobre el particular, debe señalarse que en las sociedades anónimas, como lo es El Zarzal S.A., de acuerdo con lo establecido en los artículos 379 y 422 del Código de Comercio, los administradores deben permitir al accionista ejercer ‘libremente’ el aludido derecho durante los quince días anteriores a la reunión ordinaria del máximo órgano social. Ciertamente, por tratarse sociedades de capitales —en las que la gestión de los negocios sociales se entrega a los directores de la compañía—, los accionistas no acceden de forma permanente a la información societaria. El ejercicio de esta prerrogativa en este tipo de sociedades se justifica, más bien, por la necesidad de que los asociados ‘puedan documentarse suficiente y adecuadamente sobre el aspecto económico de la compañía en pos de posibilitar una participación activa en la [reunión de la] asamblea, como también el que puedan votar a conciencia las diferentes determinaciones puestas a su consideración’.¹⁷ El derecho de inspección, sin embargo, ‘no tiene carácter absoluto, comoquiera que no puede convertirse en un obstáculo permanente que atente contra la buena marcha de la [sociedad]’.¹⁸ Es por ello que resulta posible su regulación por decisión del máximo órgano social, siempre que no se alteren sus presupuestos mínimos, que no son más que los establecidos en la ley.¹⁹

Ahora bien, los estatutos de El Zarzal S.A. señalan al respecto que ‘[e]l inventario, el balance, los demás estados financieros, y las memorias e informes justificativos de los mismos deben ponerse a disposición de los accionistas en las oficinas de la administración con la misma anticipación con que se convoque a la asamblea de accionistas a la reunión en que deberá considerarse’ (vid. Folio 949).²⁰

Así las cosas, el Despacho no encontró pruebas suficientes para declarar la responsabilidad del administrador por haber infringido el numeral 6 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

4. Acerca de los reparos formulados por Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso El Zarzal

El apoderado de Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso El Zarzal, interpuso diversas excepciones de fondo relacionadas, principalmente, con la validez del contrato de fiducia, la vinculación de su poderdante al proceso y la falta de competencia de esta Superintendencia para conocer acerca de la nulidad de dicho contrato. Sobre el particular, lo primero que debe decirse es que estos argumentos ya han sido analizados por este Despacho en el transcurso de este proceso.²¹ Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho estima necesario realizar algunas precisiones.

¹⁷ Cfr. Superintendencia de Sociedades, concepto n.º 220-176650 del 13 de septiembre de 2016.

¹⁸ Id.

¹⁹ FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 3ª Edición (2016, Bogotá, Editorial Temis) 536. Se trata de un derecho individual ‘no susceptible de ser alterado en sus presupuestos mínimos por determinación colegiada adoptada en los órganos sociales’.

²⁰ Cfr. Artículo 26 de los estatutos sociales de El Zarzal S.A.

²¹ Cfr. Auto n.º 800-6857 del 4 de mayo de 2016.



Por un lado, debe advertirse que a este Despacho no le corresponde pronunciarse acerca de los requisitos de validez del contrato de fiducia, a la luz de las normas invocadas por el referido apoderado, toda vez que estos no hace parte del objeto del presente litigio.²² Con todo, al controvertirse el incumplimiento del régimen de deberes a cargo de los administradores sociales, a la luz del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, este Despacho sí resulta competente para tramitar el presente proceso. Ahora bien, una violación de las reglas societarias mencionadas puede devenir en la nulidad absoluta de los negocios jurídicos celebrados por el administrador en nombre de la sociedad, en los términos previstos en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009. Lo anterior presupone que, según lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, 'al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración [del contrato] o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron'.²³ En este sentido, Alianza Fiduciaria S.A. fue vinculada al proceso por haber participado en la celebración del contrato controvertido en este proceso.

Por otra parte, en cuanto a la existencia de una cláusula compromisoria, debe recordarse que, según consta en la escritura pública n.º 1542 del 18 de marzo de 2015, la cláusula invocada por el recurrente sólo cubre '[]as controversias o diferencias que ocurran entre las partes [...]' (vid. Folio 143). Así las cosas, resulta claro que la demanda presentada por El Zarzal S.A. no se fundamenta en la existencia de una controversia entre esa sociedad y Alianza Fiduciaria S.A., sino entre la compañía demandante y el antiguo suplente de su representante legal, vale decir, Arturo Escallón Lloreda. Por los motivos expuestos, las excepciones alegadas por Alianza Fiduciaria S.A. no están llamadas a prosperar.

IV. COSTAS

En vista de que no han prosperado todas las pretensiones de la demanda, el Despacho proferirá una condena parcial en costas, en los términos del numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de la demandante y a cargo de Arturo Escallón Lloreda, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

RESUELVE

²² Por otra parte, debe recordarse que en virtud del especial ámbito de facultades jurisdiccionales atribuidas a este Despacho por la ley, es únicamente posible dirimir controversias que requieran necesariamente de la aplicación de las reglas que componen el régimen societario colombiano. En verdad, según lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, las facultades jurisdiccionales atribuidas a esta entidad tienen carácter excepcional y, por tanto, deben estar expresamente asignadas por la ley. Sobre este particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-436 de 2013 ha expresado que '[e]stá constitucionalmente ordenado que la atribución de funciones jurisdiccionales [a autoridades administrativas] sea excepcional. Ello tiene como efecto la exigencia de interpretar restrictivamente las normas que asignen tal tipo de funciones y un deber de evitar que su atribución constituya la regla general'. Así, pues, para efectos de consultar las funciones jurisdiccionales que le han sido asignadas a esta Superintendencia, es pertinente remitirse a lo previsto en el numeral 5º del artículo 24 del Código General del Proceso, así como a las Leyes 446 de 1998 y 1258 de 2008, entre otras.

²³ Cfr. G. J t. CLXVI, pág. 631. Criterio que ha reiterado entre otras, en sus sentencias del 10 de octubre de 1995, 10 de abril de 1996 y 20 de abril de 1998, 11 de marzo de 2004 (Sala Civil).



Primero. Declarar que Arturo Escallón Lloreda incumplió los deberes que le correspondían en su calidad de administrador de El Zarzal S.A., consagrados en los numerales 2 y 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Segundo. Declarar la nulidad absoluta del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos celebrado el 18 de marzo de 2015 entre El Zarzal S.A. y Alianza Fiduciaria S.A.

Tercero. Ordenarle a Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso El Zarzal que le restituya a El Zarzal S.A. todos los bienes transferidos con ocasión de la suscripción del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos celebrado el 18 de marzo de 2015 entre El Zarzal S.A. y Alianza Fiduciaria S.A.

Cuarto. Oficiar las oficinas de registro de instrumentos públicos para que se realicen las anotaciones correspondientes en los folios de matrícula inmobiliaria número 50N-20161756, 50N-20161741, 50N-20161742, 50N-20161745, 50C-38513, 50C-186906, 50C-909839, 50C-909838, 50C-326014, 50C-359531, 50C-105938, 50C-703881, 50C-1161822 y 50C-456112 en favor de El Zarzal S.A.

Quinto. Condenar a Arturo Escallón Lloreda a resarcirle a El Zarzal S.A. los perjuicios derivados de la infracción de sus deberes como administrador de la compañía, por un valor equivalente a \$116.133.780, junto con los intereses que correspondan hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.

Sexto. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Séptimo. Ordenar el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en el presente proceso.

Octavo. Remitir copia íntegra del expediente a la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades para que adelante las gestiones a que haya lugar.

Noveno. Condenar en costas a Arturo Escallón Lloreda, y fijar como agencias en derecho a favor de la demandante, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere a los seis días del mes de diciembre de dos mil diecisiete y se notifica en estrados.

La Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles,

Catalina Guío Español

Nit: 800086310

Código Dep: 800

Exp: 0

Trámite: 170001

Rad: 2015-01-353018

Cód.F:L1297/ J9096/ C7841