



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**



**SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
BOGOTÁ**



Al contestar cite:
2016-01-363230

Tipo: Interna
Trámite: 170001 - DEMANDAS VERBALES SUMARIAS, VERBALES Y E...
Sociedad: 800278653 - COMERCIALIZADORA MAY... Exp. 0
Remitente: 800 - DELEGATURA PARA PROCEDIMIENTOS MERCANTI...
Destino: 4151 - ARCHIVO APOYO JUDICIAL
Folios: 7 Anexos: NO
Tipo Documental: SENTENCIAS

Fecha: 1/07/2016 16:11:27
Consecutivo: 800-000080

SENTENCIA

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

Partes

Edgar Luis Cuestas Fonseca

contra

José Rodrigo Vélez Gaviria, Creaciones Claro's S.A.S., Diana Carolina Vélez Castro y Comercializadora Mayvel S.A.S.

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2014-801-263

Duración del proceso

329 días¹

I. ANTECEDENTES

El proceso iniciado por Edgar Luis Cuestas Fonseca en contra de José Rodrigo Vélez Gaviria, Creaciones Claro's S.A.S., Diana Carolina Vélez Castro y Comercializadora Mayvel S.A.S. surtió el curso descrito a continuación:

1. El 13 de enero de 2015 se admitió la demanda.
2. El 20 de febrero de 2015 se cumplió el trámite de notificación.
3. El 2 y 24 de marzo de 2015 se celebró la audiencia judicial convocada por el Despacho.
4. El 7 de julio de 2015 las partes presentaron sus alegatos de conclusión.
5. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. PRETENSIONES

La demanda presentada por Edgar Luis Cuestas Fonseca contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

¹Pretensión principal

¹ Este término se cuenta, en días hábiles, desde la notificación del auto admisorio de la demanda hasta la fecha en que se emitió la sentencia de primera instancia, según el método de cómputo establecido en el artículo 121 del Código General del Proceso.



1. Declarar que José Rodrigo Vélez Gaviria ha incurrido en conductas constitutivas de conflicto de intereses, violatorias del ordinal 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995.
2. Declarar que en esas conductas han participado, incurrido, coonestado, o se han beneficiado José Rodrigo Vélez Gaviria, Diana Carolina Vélez Castro y la sociedad Creaciones Claro's S.A.S.
3. Condenar solidariamente a las personas naturales y jurídicas mencionadas, a la reparación integral de los perjuicios ocasionados a Edgar Luis Cuestas Fonseca, quien como titular del 50% de la participación accionaria en Comercializadora Mayvel S.A.S. resultó afectado en dicho porcentaje por los conceptos y rubros que a continuación se discriminan: (i) a título de daño emergente, el 50% del valor de lo que le correspondería en un eventual reembolso de aportes tomando como referencia los estados financieros cortados a octubre 31 del 2014, y que según dichas cifras ascendería al valor de \$159.097.693. (ii) A título de lucro cesante, el 50% del valor de las utilidades esperadas para la sociedad en un horizonte de 5 años con el mismo nivel de crecimiento al que venía registrando, y que han sido estimadas en la suma de \$500.000.000, pero que en todo caso, será la suma que se fije pericialmente. Las sumas anteriores deberán actualizarse al momento de dictar sentencia. (iii) A título de perjuicios morales la suma que el arbitrium judici determine, y que en todo caso, consideramos debe ser igual al 20% del consolidado de los perjuicios materiales bajo sus dos modalidades, pues Edgar Luis Cuestas, además ha tenido que soportar vejámenes, un tratamiento fuertemente discriminatorio, agresivo y abusivo.
4. Que de conformidad con el inciso segundo del artículo 5 del decreto 1925 de mayo 28 del 2009, se ordenará sancionar a José Rodrigo Vélez Gaviria y Diana Carolina Vélez Castro con la inhabilidad para poder ejercer el comercio.
5. Que de conformidad con el inciso segundo del artículo 5 del decreto 1925 de mayo 28 del 2009, se ordenará sancionar a José Rodrigo Vélez Gaviria y Diana Carolina Vélez Castro con multas.
6. Condenar en costas y agencias en derecho a los demandados.

Primera pretensión subsidiaria a la principal:

1. Declarar que a través de la sociedad Creaciones Claro's S.A.S. se implementó una estrategia constitutiva de actos defraudatorios y abusivos, debiéndose por lo tanto, proceder a la desestimación de su personalidad jurídica.
2. Declarar que en esta estrategia, ha participado, bien como realizadores o facilitadores, o beneficiarios las siguientes personas: José Rodrigo Vélez Gaviria y Diana Carolina Vélez Castro.
3. Que en virtud de lo anterior y de conformidad con lo establecido en el literal d) del ordinal 5 del artículo 24 de la ley 1564 de 2012, y como consecuencia de la desestimación de la personalidad jurídica que se solicita, se condene a José Rodrigo Vélez Gaviria y Diana Carolina Vélez Castro, a reparar integralmente por todos los perjuicios ocasionados a Edgar Luis Cuestas Fonseca, por los conceptos y rubros que a continuación se discriminan: (i) a título de daño emergente, el 50% del valor de lo que le correspondería en un eventual reembolso de aportes tomando como referencia los estados financieros cortados a octubre 31 del 2014, y que según dichas cifras ascendería al valor de \$ 159.097.693; (ii) a título de lucro cesante, el 50% del valor de las utilidades esperadas para la sociedad en un horizonte de 5 años con el mismo nivel de crecimiento al que venía registrando, y que han sido estimadas en la suma de \$500.000.000, pero que en todo caso, será la suma que se fije



pericialmente. Las sumas anteriores deberán actualizarse al momento de dictar sentencia; (iii) a título de perjuicios morales la suma que en el arbitrium judicii determine, y que en todo caso, consideramos debe ser igual al 20% del consolidado de los perjuicios materiales bajo sus dos modalidades, pues Edgar Luis Cuestas Fonseca, además ha tenido que soportar un vejámenes y un tratamiento fuertemente discriminatorio y agresivo y abusivo.

4. Condenar en costas y agencias en derecho a los demandados

Segunda pretensión subsidiaria de la principal

1. Declarar que al trasladar toda la operación empresarial de la sociedad Comercializadora Mayvel S.A.S. a favor de la sociedad Creaciones Claro's S.A.S., José Rodrigo Vélez Gaviria, incurrió en un ejercicio abusivo y reiterado del derecho y en claro conflicto de intereses, contrariando de esta forma, norma imperativa.
2. Que consecuentemente, se declare la nulidad o reconozca la inoponibilidad de dichas decisiones, ordenando restituir las cosas a su estado anterior.
3. Que consecuentemente, se declare la nulidad o reconozca la inoponibilidad de la decisión adoptada por José Rodrigo Vélez Gaviria en virtud de la cual los clientes de Comercializadora Mayvel S.A.S. fueron trasladados a Creaciones Claro's S.A.S., ordenando restituir las cosas a su estado anterior, incluyendo el reintegro de todas las cuentas percibidas por esta sociedad por servicios facturados a los clientes e la primera desde el 1 de enero del 2014 hasta la fecha de la sentencia, así como los desembolsos realizados por esta sociedad a favor de sus administradores y socios o accionistas o a cualquiera de los demandados, desde el 1 de enero del 2014 hasta la fecha de la sentencia.
4. Declarar que en esa conducta han participado, como ejecutores o facilitadores las siguientes personas: José Rodrigo Vélez Gaviria, Diana Carolina Vélez Castro y Creaciones Claro's S.A.S.
5. Condenar solidariamente a las personas naturales y jurídicas mencionadas, a la reparación integral de los perjuicios ocasionados a Edgar Luis Cuestas Fonseca, quien como titular del 50% de la participación accionaria en Comercializadora Mayvel S.A.S., resultó afectado en dicho porcentaje, por los conceptos y rubros que se describen a continuación: (i) a título de daño emergente, el 50% del valor de lo que le correspondería en una Eventual reembolso de aportes tomando como referencia los estados financieros cortados a octubre 31 del 2014, y que según dichas cifras ascendería al valor de \$ 159.097.693; (ii) a título de lucro cesante, el 50% del valor de las utilidades esperadas para la sociedad en un horizonte de 5 años con el mismo nivel de crecimiento al que venía registrando, y que han sido estimadas en la suma de \$500.000.000, pero que en todo caso, será la suma que se fije pericialmente. Las sumas anteriores deberán actualizarse al momento de dictar sentencia; (iii) a título de perjuicios morales la suma que en el arbitrium judicii determine, y que en todo caso, consideramos debe ser igual al 20% del consolidado de los perjuicios materiales bajo sus dos modalidades, pues Edgar Luis Cuestas Fonseca, además ha tenido que soportar un vejámenes y un tratamiento fuertemente discriminatorio y agresivo y abusivo.
6. Condenar en costas y agencias en derecho a los demandados

Tercera pretensión subsidiaria de la principal

1. Declarar que como Gerente de la sociedad Comercializadora Mayvel S.A.S., el señor José Rodrigo Vélez Gaviria, ha incumplido el deber de



- obrar de buena fe, se ha abstenido de actuar como un buen hombre de negocios, ha omitido la obligación de realizar el objeto social de la sociedad, ha obrado bajo un evidente conflicto de intereses y competencia desleal, ha excedido los límites legales y estatutarios, y de manera abusiva y con evidente fraude a la ley, ha definido una estrategia tendiente a obtener un beneficio económico particular para él, y a favor de terceros, en detrimento de los intereses económicos del accionista Edgar Luis Cuestas Fonseca.
2. Declarar que en esas actuaciones, el señor José Rodrigo Vélez Gaviria, actuó en connivencia de su hija, Diana Carolina Vélez Castro, quienes a través de la sociedad Creaciones Claro's S.A.S. conforman un mismo beneficiario real, y por lo tanto, están obligadas a responder de manera solidaria por los perjuicios ocasionados al accionista Edgar Luis Cuestas Fonseca.
 3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene de manera solidaria a los señores José Rodrigo Vélez Gaviria, Diana Carolina Vélez Castro, y la sociedad Creaciones Claros S.A.S. a reparar integralmente al accionista Edgar Luis Cuestas Fonseca, quien como titular del 50% de la participación accionaria en Comercializadora Mayvel S.A.S. resultó afectado en dicho porcentaje por los conceptos y rubros que a continuación se discriminan: (i) a título de daño emergente, el 50% del valor de lo que le correspondería en una Eventual reembolso de aportes tomando como referencia los estados financieros cortados a octubre 31 del 2014, y que según dichas cifras ascendería al valor de \$ 159.097.693; (ii) a título de lucro cesante, el 50% del valor de las utilidades esperadas para la sociedad en un horizonte de 5 años con el mismo nivel de crecimiento al que venía registrando, y que han sido estimadas en la suma de \$500.000.000, pero que en todo caso, será la suma que se fije pericialmente. Las sumas anteriores deberán actualizarse al momento de dictar sentencia; (iii) a título de perjuicios morales la suma que en el arbitrium judici determine, y que en todo caso, consideramos debe ser igual al 20% del consolidado de los perjuicios materiales bajo sus dos modalidades, pues Edgar Luis Cuestas Fonseca, además ha tenido que soportar un vejámenes y un tratamiento fuertemente discriminatorio y agresivo y abusivo.
 4. Condenar en costas y agencias en derecho a los demandados.'

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare responsable a José Rodrigo Vélez Gaviria, en su condición de representante legal de Comercializadora Mayvel S.A.S., por el incumplimiento de sus deberes como administrador. En particular, el demandante encuentra una transgresión en el hecho de que el señor Vélez constituyó la sociedad Creaciones Claro's S.A.S. (vid. Folio 11) '[para] trasladar toda la operación de la primera a favor de la segunda' (vid. Folio 9). Según se expresa en la demanda, el señor Vélez habría persuadido 'a los clientes y proveedores de [Comercializadora Mayvel S.A.S.] [para] que a partir de octubre de 2014 y posiblemente desde mucho antes, [fueran] atendidos por Creaciones Claro's S.A.S.' (vid. Folio 12), con lo cual en opinión del demandante el señor Vélez habría incurrido en una violación de sus deberes como representante legal.

1. Hechos

Según consta en el expediente, Comercializadora Mayvel S.A.S. fue constituida el 8 de abril de 2009. Para ese momento, Luis Guillermo Murcia tenía el 100% de la participación accionaria de la sociedad, y ejercía la representación legal (vid. Folio 8). Más adelante, el 26 de octubre de 2009, los señores José



Rodrigo Vélez Gaviria y Edgar Luis Cuestas Fonseca adquirieron en partes iguales la titularidad de las acciones de Comercializadora Mayvel S.A.S., y se nombró como representante legal de la sociedad al señor Vélez Gaviria (vid. Folios 8 y 9). El señor Vélez estaba encargado del manejo comercial de la sociedad y de las relaciones con los clientes (vid. Folios 222, 223, 898), mientras que Edgar Luis Cuestas tenía a su cargo el manejo administrativo de las cuentas por pagar, facturas y cuentas bancarias (vid. Folio 221). Sin embargo, en octubre de 2014 las relaciones entre los accionistas de Comercializadora Mayvel S.A.S. se deterioraron, dando paso a un agudo conflicto societario derivado de múltiples factores, como la larga ausencia de Edgar Luis Cuestas por encontrarse de viaje, y su negativa a entregar el token bancario a José Rodrigo Vélez, entre otros. Como consecuencia de lo anterior, el 20 de noviembre de 2014 se celebró una asamblea general de accionistas en la que José Rodrigo Vélez expuso su intención de retirarse de la sociedad, para lo cual sometió a consideración de la asamblea general de accionistas varias propuestas, las cuales fueron votadas negativamente por Edgar Luis Cuestas. En opinión del demandante, la intención de José Rodrigo Vélez de retirarse de la sociedad no obedeció al cese de operaciones de Comercializadora Mayvel S.A.S. y al conflicto entre los accionistas, sino que por el contrario, se debe a 'la estrategia abusiva y fraudulenta diseñada por [...] José Rodrigo Vélez Gaviria, de trasladarle a otra sociedad los beneficios que durante años de existencia y en franca lid, se había ganado [Comercializadora Mayvel S.A.S.]' (vid. Folio 55).

El 26 de marzo de 2012 Jose Rodrigo Vélez Gaviria y Claudia Yaned Vanegas constituyeron la sociedad Creaciones Claro's S.A.S. Si bien fue constituida en 2012, Creaciones Claro's solamente habría iniciado el desarrollo de su actividad comercial en octubre de 2014, concomitantemente al cese de operaciones de Comercializadora Mayvel S.A.S.

Para el análisis del presente caso, este Despacho deberá, en primer lugar, evaluar los posibles deberes de los administradores que habrían podido ser transgredidos por las actuaciones del señor Vélez, particularmente en lo atinente a actos de competencia por parte de los administradores y la posible usurpación de oportunidad de negocio, para posteriormente determinar los mecanismos de defensa con los que cuenta un accionista en dichas circunstancias.

2. Actos de competencia por parte de los administradores

Según ha sido planteado por el demandante, el señor Vélez habría incurrido en competencia al constituir Creaciones Claro's S.A.S. y desarrollar a través de ésta la producción de prendas de vestir para los antiguos clientes de Comercializadora Mayvel S.A.S. Así, pues, le corresponde a este Despacho determinar si las actuaciones de José Rodrigo Vélez podrían ser catalogadas como una violación del deber de lealtad que les corresponde a los administradores, particularmente al configurar actos de competencia.

De conformidad con lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores de una sociedad deberán 'abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad'. Ahora bien, le corresponderá a este Despacho determinar si alguna de las actuaciones señaladas por el demandante podría dar lugar a entender que el señor Vélez incurrió en actos de competencia con Comercializadora Mayvel S.A.S. Sobre el particular, la doctrina nacional ha manifestado que existe un acto de competencia en aquellos eventos en que los administradores de una sociedad detentan el mismo cargo 'en empresas que tengan por objeto la producción, abastecimiento, distribución o consumo de los mismos bienes o la prestación de los mismos servicios'.² Esta interpretación parecería proceder de los antecedentes de la Ley 222 de 1995. De conformidad

² NH Martínez Neira Cátedra de Derecho Contractual Societario (2014) 195.



con el proyecto de ley 119 de 1993, uno de los postulados del deber de lealtad habría sido concebido como la imposibilidad que tendrían los administradores para actuar en tal calidad en 'dos o más compañías que sean competidoras entre sí, o cuando entre ellas, a juicio de los demás administradores, se presenten conflictos de interés.'³

Así, pues, un administrador habrá incurrido en un acto de competencia cuando detente dicho cargo en dos o más sociedades que compitan en un mismo mercado. Así, las cosas, este Despacho ha encontrado que efectivamente el señor Vélez habría incurrido en la aludida conducta. Lo anterior, dado que Comercializadora Mayvel S.A.S. y Creaciones Claro's S.A.S. desarrollan actividades comerciales de idéntica naturaleza y el señor Vélez ostenta la calidad de representante legal en ambas compañías (vid. Folios 39 y 43)⁴. En esa medida, el señor Vélez debía contar con una autorización expresa de la asamblea general de accionistas de Comercializadora Mayvel S.A.S. en la cual se le autorizara detentar el cargo de administrador en Creaciones Claro's S.A.S. No obstante lo anterior, de las pruebas allegadas al proceso se desprende que dicha autorización jamás se produjo. En consecuencia, este Despacho encontrará parcialmente probada la tercera pretensión subsidiaria a la principal, en la medida en que José Rodrigo Vélez transgredió las disposiciones del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Ahora bien, aun cuando el aludido señor incurrió en actuaciones que constituyen un acto de competencia con Comercializadora Mayvel S.A.S., este Despacho no podrá acceder a la indemnización de perjuicios solicitada por el demandante. Lo anterior, habida cuenta que los eventuales perjuicios derivados de la aludida violación de los deberes del señor Vélez habrían sido sufridos por Comercializadora Mayvel S.A.S. y no por el accionista Edgar Cuestas. Así, al estar prohibida la indemnización de perjuicios indirectos, un accionista tendría que recurrir a la acción social consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 para hacer efectiva la responsabilidad de administradores que, como en el caso del señor Vélez, han infringido sus deberes.

3. Usurpación de la oportunidad de negocio

En el derecho societario de los Estados Unidos, el deber de lealtad de los administradores les exige a éstos ejercer sus facultades y poder sobre la propiedad de la compañía (incluyendo información) con el único objetivo de beneficiar los intereses de ésta. En esa medida, a los administradores les está vedado recibir beneficios a costa de los intereses de la compañía. Una manifestación de esta regla es aquella conocida por la doctrina como la usurpación del negocio, la cual busca responder a la pregunta de si un administrador puede perseguir una oportunidad de negocios aun cuando tal oportunidad podría pertenecer a la compañía. Así, las cortes al analizar casos de usurpación de oportunidad de negocios buscan distinguir cuando una oportunidad pertenece a la compañía y, por ende, no puede ser explotada por sus administradores.⁵ Si un administrador en su capacidad personal explota una oportunidad que la compañía hubiera podido explotar y hubiera estado potencialmente interesada en explotar, entonces la compañía ha tenido una pérdida potencial de ingresos.

Así, pues, la dificultad para determinar si un administrador ha incurrido en una violación de esta naturaleza radica en la capacidad que tenga el juez para determinar que la oportunidad de negocio efectivamente le correspondía a la sociedad y en tal medida el administrador debía abstenerse de explotarla. Para

³ Proyecto de Ley 119 de 1993, artículo 54

⁴ Cfr. Grabación audiencias del 24 de marzo de 2015 (10:55)

⁵ William T. Allen, Reinier Kraakman y Guhan Subramanian, Commentaries and Cases on the Law of Business Organization, Wolters Kluwer Law & Business, Nueva York, Cuarta edición, 2012, pp. 269-270 y 313-314.



ello, en los sistemas anglosajones se ha desarrollado una multiplicidad de criterios para establecer cuáles vínculos deben existir entre la oportunidad y la compañía para calificar aquella como perteneciente a la compañía y, por lo tanto, una oportunidad que el administrador deberá abstenerse de explotar. En el Reino Unido, por ejemplo, los casos de usurpación de la oportunidad de negocio se han resuelto mediante la aplicación de dos reglas: la ausencia de lucro (*'no-profit rule'*) y la ausencia de conflicto (*'no-conflict rule'*). La primera establece que un administrador no podrá lucrarse en razón a, y en desarrollo de, su relación con la compañía. La regla de ausencia de conflicto implica determinar si los intereses personales del administrador entraron o pudieron entrar en conflicto con aquellos de la compañía.⁶ A su vez, las cortes estadounidenses han utilizado tres diferentes criterios para determinar cuáles oportunidades pertenecen a la compañía. La primera, la cual ofrecía la menor protección a los intereses de la compañía, fue aplicada inicialmente en el caso *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Inc.*, 28 So. 199 (Ala. 1900) y fue conocida como el examen de expectativas o interés (*'expectancy or interest test'*). Según éste, la usurpación de la oportunidad de negocios ocurría sólo si ésta obstaculizaba a la compañía en el desarrollo del objeto social para el cual fue creada. No obstante, el lenguaje que compone esta regla se originó en una época en la que las compañías solían tener un único objeto social. Las cortes también han utilizado el criterio de la línea de negocios (*'line of business test'*): cualquier oportunidad que razonablemente se pueda esperar sea explotada por la compañía es de ésta y estaría vedada para la explotación de sus administradores. Los factores utilizados para determinar la razonabilidad de la explotación por parte de la compañía incluyen: (i) la forma en que la oportunidad fue conocida por el administrador; (ii) qué tan afín se encuentra la oportunidad de las principales actividades económicas desarrolladas por la compañía; y (iii) si hubo o no uso de la información o activos de la compañía para identificar o explotar la oportunidad. El caso de mayor reconocimiento en aplicación de este criterio ha sido *Guff v. Loft, Inc.*, 5 A. 2d 503, 511 (Del. 1939). Por último, algunas cortes han utilizado el criterio de 'equidad' (*'fairness test'*), el cual se basa en múltiples aspectos para identificar aquellas oportunidades que pertenecen a la compañía. Al usar éste, las cortes en los Estados Unidos analizan factores tales como la manera en la que el administrador conoció la oportunidad, si se han utilizado bienes (materiales o inmateriales) de la compañía en la explotación de la oportunidad, y otros elementos específicos a cada caso que den asomos del uso o la ausencia de buena fe y lealtad para con la sociedad.⁷

Podría decirse, entonces, respecto del régimen legal colombiano que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, un administrador que decide explotar una oportunidad de negocio que le corresponde a la sociedad incurriría en una violación del deber de lealtad.

Ahora bien, si la anterior disposición fuera aplicable a cualquier tipo de oportunidad de negocio se cercenarían derechos fundamentales de los administradores como lo serían el derecho a la libertad de profesión u oficio, así como el derecho al trabajo. Así, pues, en ausencia de disposiciones legales sobre la materia, le corresponde a los jueces determinar en qué eventos podrá entenderse que los administradores han incursionado en un actividad que implique usurpación de una oportunidad de negocios, sin que esto implique una violación de los aludidos derechos. El criterio principal habrá de ser que el administrador decida desarrollar una actividad que habría podido ser desarrollada directamente por la sociedad, pero que debido a que éste decidió aprovecharla a título personal la sociedad vio frustradas sus expectativas de negocio. Sin embargo, este criterio por sí solo no parecería ser suficiente. Lo anterior, por cuanto podría pensarse en

⁶ Kershaw, D. *Company Law in Context*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 531-532.

⁷ Allen, Kraakman, Subramanian, p. 314



eventos en los cuales el administrador conoció de la oportunidad de negocio por circunstancias ajenas a su cargo dentro de la sociedad, o que ésta carece de capacidad operacional o financiera para explotarla. En estos casos parecería que la oportunidad de negocios no le corresponde efectivamente a la sociedad y el administrador podría estar facultado para explotarla directamente. Por el contrario, si un administrador ha conocido una oportunidad de negocio en virtud de su cargo, la sociedad cuenta con la capacidad necesaria para tomar la oportunidad que se presenta en el mercado y cuenta con una expectativa razonable de explotarla, podría pensarse que el administrador que toma para sí dicha oportunidad ha incurrido en una violación del deber de lealtad previsto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

En consecuencia, le corresponde a este Despacho analizar los posibles mecanismos de defensa que tendría un accionista, como es el caso del señor Cuestas, ante una eventual usurpación de la oportunidad de negocios.

4. Mecanismos de defensa

Como lo ha solicitado el demandante, podría pensarse que la usurpación de la oportunidad de negocios de una sociedad puede ser sancionada de conformidad con la nulidad prevista en el Decreto 1925 de 2009. Sin embargo, en el caso bajo estudio, la posible usurpación de la oportunidad no es susceptible de ser sancionada de conformidad con el aludido decreto. Lo anterior, puesto que la Comercializadora Mayvel S.A.S. no ha celebrado ningún acto o negocio jurídico con el señor Vélez, sus familiares o sociedades controladas por éste, respecto de las cuales se pudiese predicar la existencia de dos intereses contrapuestos que confluyen en cabeza del señor Vélez como representante legal de la aludida sociedad. Por el contrario, el señor Vélez, en su calidad de accionista y representante legal, unilateralmente decidió que Comercializadora Mayvel S.A.S. debía cesar sus operaciones, trasladando la actividad comercial de dicha sociedad a Creaciones Claro's S.A.S.⁸ En consecuencia, difícilmente podría darse aplicación a la nulidad prevista en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009, como ha sido solicitado por la parte demandante, cuando la sociedad mencionada no incurrió en operación alguna, y por el contrario cesó operaciones.

Ahora, podría pensarse que al constituir esta actuación una violación del deber de lealtad de los administradores de una sociedad, los accionistas podrían iniciar una acción individual de responsabilidad conforme lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. Sin embargo, los perjuicios que resultan de la usurpación de la oportunidad difícilmente podrían predicarse sufridos directamente por el accionista que inició la acción, pues es la sociedad quien se ve directamente perjudicada por la usurpación, al ser ésta quien se vio privada de la posibilidad de explotar una determinada oportunidad de negocios. Así las cosas, el accionista no puede reclamar para sí o para la sociedad los eventuales perjuicios derivados de la usurpación de la oportunidad.

Se pensaría, entonces, que el mecanismo idóneo para hacerles exigible dicha obligación a los administradores sería la acción social de responsabilidad consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. Al invocar esta vía judicial, una compañía puede reclamarles a sus administradores los perjuicios derivados de la violación de los deberes legales a cargo de estos funcionarios. Sin embargo, la decisión de iniciar una acción social de responsabilidad debe ser aprobada con el voto positivo de la mayoría de las acciones o cuotas sociales representadas en la respectiva reunión. Este sistema de autorización previa permite que los asociados puedan deliberar acerca de la conveniencia de controvertir la

⁸ 'Comercializadora Mayvel siguió durante el mes de octubre para terminar unos compromisos que había adquirido, pero ya se había cesado la compra de materiales y se estaba únicamente terminando de entregar unos compromisos adquiridos, fue ahí donde empezó a operar Creaciones Claro's' (interrogatorio de parte José Rodrigo Vélez 18:00).



responsabilidad de los administradores, de modo que la demanda correspondiente se interponga tan sólo cuando obedezca a los mejores intereses de la sociedad.⁹

No obstante, la regla del artículo 25 ha hecho inviable, en la práctica, el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad en hipótesis de expropiación de accionistas, como podría ser el caso de una usurpación de oportunidad consistente en la desviación de la actividad comercial de una sociedad a otra. Ello obedece a que, cuando el controlante se ha apropiado de recursos de la compañía en su calidad de administrador o con el concurso de los administradores, será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad en la asamblea general o junta de socios.¹⁰ En verdad, conforme a la ley de las mayorías, la decisión de presentar la acción social dependerá del voto del mismo controlante que se lucró por la actuación desleal reprochada. Parece entonces poco probable que el controlante decida tramitar un proceso judicial en contra de sí mismo o de las personas que le permitieron apropiarse de recursos sociales en forma irregular.

Lo anterior podría predicarse del presente caso, en el que el demandante, titular del 50% de las acciones suscritas, no contaba por sí solo con los votos suficientes para aprobar una acción social de responsabilidad. En este escenario, parecería poco probable que el señor Vélez hubiese votado favorablemente una propuesta de la asamblea general de accionistas consistente en iniciar una acción social de responsabilidad en su contra por la presunta desviación de la actividad comercial de Comercializadora Mayvel S.A.S. a Creaciones Claro's S.A.S.

Por este motivo, este Despacho en sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016, concluyó que 'las reglas que componen el ordenamiento colombiano no pueden interpretarse en el sentido de condonar la apropiación flagrante de activos sociales por parte de los accionistas mayoritarios, en detrimento del patrimonio social y los demás asociados. De mantenerse impune una actuación de esa naturaleza, no sólo se atentaría contra el orden público económico [...] sino que, además, se frustraría tanto el derecho de los minoritarios a la tutela judicial efectiva como el ánimo de lucro subjetivo que los llevó a adquirir una participación en el fondo social.'

Así, pues, según lo manifestó este Despacho en la sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016, un accionista que no pueda aprobar por sí solo la acción social de responsabilidad podrá utilizar como mecanismo de defensa judicial la acción de abuso del derecho de voto. En estos eventos, el accionista a quien se le haya 'negado la posibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad para encubrir las actuaciones irregulares de un administrador o proteger la desviación de

⁹ Es factible, por ejemplo, que una compañía tenga razones legítimas para abstenerse de demandar a un administrador, a pesar de haberse verificado una violación de los deberes a cargo de tal funcionario (P Davies, Principles of Modern Company Law (2008, 8ª Ed, Sweet & Maxwell, Londres) 605-606).

¹⁰ Claro que la celebración de esta clase de negocios expropiatorios supone la anuencia de las personas encargadas de gestionar los negocios sociales. Podría entonces pensarse que los administradores no estarían dispuestos a participar en operaciones que atentan gravemente contra los deberes legales que rigen su conducta. Sin embargo, como se ha reconocido en la jurisprudencia societaria comparada, los administradores tienen una relación de dependencia con las personas que pueden removerlos en cualquier momento, vale decir, los accionistas mayoritarios (Cfr. la sentencia emitida por la Corte de Cancillería de Delaware en el caso de In Re. EZCORP INC. Consulting Agreement Derivative Litigation, C.A. No. 9962-VCL). Es decir que los administradores que se rehúsen a cumplir las instrucciones de un controlante serán rápidamente reemplazados por otros funcionarios más deferentes ante los intereses del mayoritario (cfr. a FH O'Neal y RB Thompson (2004) 3-5 a 3-8). No resulta para nada extraño, pues, que la expropiación de minoritarios pueda producirse a partir de la distracción de recursos sociales concertada entre el controlante y los administradores (M Zhang y otros Controlling Shareholder-Manager Collusion and Tunneling: Evidence from China (2014) 22 CORPORATE GOVERNANCE 6, 440 a 459; M Fox, Reforming derivative suits in Korea: A comment on Professor Song (2004) Korean Development Institute; MW Peng, Outside Directors and Firm Performance During Institutional Transitions (2004) 25 STRAT MAN J 453).



recursos sociales a favor del accionista mayoritario [...]'¹¹ podrá solicitar judicialmente que se declare el ejercicio abusivo del derecho de voto por parte del controlante que impidió la aprobación de la acción social de responsabilidad.

En el caso bajo estudio, si bien el demandante ha solicitado se declare que 'al trasladar toda la operación empresarial de la sociedad Comercializadora Mayvel S.A.S. a favor de la sociedad Creaciones Claro's S.A.S., José Rodrigo Vélez Gaviria incurrió en un ejercicio abusivo y reiterado del derecho', en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que el señor Vélez votó de forma negativa e injustificada el inicio de una acción social de responsabilidad. Es más, de las pruebas aportadas al proceso se evidencia que la acción social de responsabilidad no fue sometida a consideración de la asamblea general de accionistas de Comercializadora Mayvel S.A.S. En consecuencia, no existiría un ejercicio abusivo del voto del señor Vélez que pudiese ser sancionado por este Despacho.

Ahora bien, un accionista minoritario que se enfrente a una posible expropiación por parte del controlante podrá invocar que éste ha actuado en violación del postulado de buena fe. Conforme lo señalado por este Despacho en la sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016, la apropiación irregular de recursos de un accionista controlante constituye una actuación desleal frente a los demás accionistas y en consecuencia el 'controlante atenta contra el ánimo de lucro subjetivo que llevó a los minoritarios a efectuar una inversión en la sociedad, al tenor de lo previsto en el artículo 98 del Código de Comercio. Al extraer bienes del patrimonio social, el controlante puede frustrar las expectativas económicas de los minoritarios, quienes verán menguado—o, incluso, suprimido—el retorno esperado por su inversión en la compañía. Es decir que la apropiación de activos sociales perjudica en tal forma a los asociados minoritarios que la conducta del controlante no puede sino calificarse como desleal'.

5. Análisis del caso presentado al Despacho

En este punto, le corresponde al Despacho analizar las actuaciones que le son endilgadas al señor Vélez.

De conformidad con las pruebas que obran en el proceso, los señores Cuestas y Vélez adquirieron la sociedad Comercializadora Mayvel S.A.S., en la cual el señor Cuestas estaba a cargo de la administración financiera de la sociedad (pago de facturas, nómina y manejo de cuentas bancarias), mientras que el señor Vélez estaba a cargo de las relaciones con clientes, empleados y la coordinación de la producción (vid. Folios 220 al 223). En octubre de 2014 surgió el conflicto entre los accionistas de Comercializadora Mayvel S.A.S. con ocasión del viaje que realizó el señor Cuestas a la República de Argentina, ausentándose por un mes de la Comercializadora Mayvel S.A.S., y ante la negativa de entregarle al señor Vélez el token bancario de la aludida sociedad.¹² Así, pues, en opinión del señor Vélez, el demandante 'abandonó su puesto durante 30 días, es decir, durante un mes, dejó a la deriva las funciones que debería realizar dentro de la Comercializadora Mayvel'.¹³

Como consecuencia de lo anterior, el señor Vélez, en su calidad de representante legal y accionista de Comercializadora Mayvel S.A.S., decidió suspender la operación de la mencionada sociedad, limitándola únicamente al cumplimiento de las órdenes de compra que ya habían sido recibidas (vid. Folio 218). No obstante, las pruebas que obran en el proceso indican que concomitantemente al cese de operaciones de Comercializadora Mayvel S.A.S., la sociedad Creaciones Claro's S.A.S., en la cual el señor Vélez era titular del 100% de las acciones suscritas para octubre de 2014 (vid. Folios 198 al 202), inició

¹¹ Cfr. sentencia 800-54 del 15 de mayo de 2015

¹² Cfr. Grabación audiencia del 7 de julio de 2015 (42:30)

¹³ Cfr. Grabación audiencia del 7 de julio de 2015 (44:25)



operaciones (vid. Folios 572, 574, y 576). Como bien lo manifestó el señor Vélez, 'las actividades de Creaciones Claro's empezaron cuando yo tomé la determinación de no ir más con la Comercializadora Mayvel'.¹⁴ Igualmente, según lo afirmó el apoderado de algunos de los demandados en los alegatos de conclusión, 'Creaciones Claro's sí se constituyó antes de que se iniciara el inconveniente societario, pero también está demostrado que no se extendió ni una sola factura, ni siquiera una sola factura, con anterioridad al 31 de octubre de 2014, es decir que éstos empezaron a extender facturas en Creaciones Claro's con posterioridad a que se presentó el inconveniente societario en la Comercializadora Mayvel S.A.S.'.¹⁵

Ahora bien, la actividad comercial a la cual se dedica Creaciones Claro's S.A.S., según consta en el certificado de existencia y representación legal, y tal como lo manifestó José Rodrigo Vélez en su interrogatorio de parte, es igual a aquella desarrollada por Comercializadora Mayvel S.A.S. (vid. Folios 39, 43).¹⁶ Igualmente, las pruebas que obran en el proceso demuestran que Creaciones Claro's tiene como clientes a las mismas empresas que figuraban como clientes de Comercializadora Mayvel S.A.S., y fabrica para éstos la misma clase de prendas de vestir que antes eran proveídas por Comercializadora Mayvel S.A.S. (vid. Folios 564 al 573, 798 al 800). Cuando se le pidió al señor Vélez que explicara porque se presentaba esta circunstancia, afirmó que 'cuando ocurrió el problema societario, que tomé la determinación de no ir más con Comercializadora Mayvel, era mi obligación informarle a mis clientes que me retiraba de Comercializadora Mayvel, a lo que ellos me dijeron a mí con que iba a seguir, lógicamente sabían que yo no me iba a quedar quieto, ¿con que iba a seguir? fui muy claro voy a seguir con esta empresa [Creaciones Claro's S.A.S.], si me quieren seguir comprando a mi bienvenidos'.¹⁷

Igualmente, el acervo probatorio da cuenta de que Creaciones Claro's S.A.S. opera en el mismo local donde operó Comercializadora Mayvel S.A.S. hasta septiembre de 2014 (vid. Folio 10). Cuando se le preguntó al señor Vélez por esta circunstancia, afirmó que 'es cierto [que Creaciones Claro's opera en el mismo local en que operaba Comercializadora Mayvel S.A.S.], pero quiero dejar claro que cuando Creaciones Claro's tomó este local en arrendamiento, ya Comercializadora Mayvel lo había entregado a la agencia de arrendamientos'.¹⁸ Sin embargo, según consta en el contrato de arrendamiento celebrado el 24 de septiembre de 2014 por Comercializadora Mayvel S.A.S. con Arrendamientos Villa Cruz Ltda. y Juan Esteban Ramírez, el señor Vélez conocía, en su calidad de representante legal de Comercializadora Mayvel S.A.S., que dicha sociedad iba a hacer entrega del local que ocupaba, por cuanto el centro de operaciones de la aludida sociedad se iba a trasladar a nuevas instalaciones (vid. Folios 267 al 271).

Finalmente, este Despacho pudo concluir que los señores Dina Luz León Cogollo, Yorman Durney Varelas Aguiar, Julieth Karina Arango, María del Socorro Uribe Posada, Andrea Margarita Ramírez Zuluaga y Luz Edilma Uribe Posada, antiguos empleados de Comercializadora Mayvel S.A.S., tenían una relación laboral con Creaciones Claro's S.A.S. para enero de 2015 (vid. Folios 89, 262 y 263).

Así las cosas, parecería que el señor Vélez tomó para sí la oportunidad de negocio que le correspondía a Comercializadora Mayvel S.A.S. en el mercado textil de Medellín. Igualmente, parecería que José Rodrigo Vélez conllevó a la inoperancia de Comercializadora Mayvel S.A.S., apropiándose de la actividad comercial de dicha sociedad y por tanto frustrando las expectativas del señor

¹⁴ Cfr. Grabación audiencia del 24 de marzo de 2015 (17:45)

¹⁵ Cfr. Grabación audiencia del 7 de julio de 2015 (47:30)

¹⁶ Cfr. Grabación audiencia del 24 de marzo de 2015 (10:55)

¹⁷ Cfr. Grabación audiencia del 24 de marzo de 2015 (21:00)

¹⁸ Cfr. Grabación audiencia del 24 de marzo de 2015 (11:20)



Cuestas en su calidad de accionista de Comercializadora Mayvel S.A.S. Lo anterior, por cuanto el señor Cuestas pasó de ser titular del 50% de una sociedad con ventas por valor de \$2.088.252.711 (vid. Folio 258), para luego ser accionista de una sociedad improductiva.

No obstante lo anterior, las pretensiones formuladas por el demandante encaminadas a que le sean indemnizados los perjuicios derivados de la violación de los deberes que como administrador de Comercializadora Mayvel S.A.S. le correspondían a José Rodrigo Vélez, no habrán de prosperar. Como se mencionó previamente, el perjuicio ha sido sufrido por Comercializadora Mayvel S.A.S. y por tanto los eventuales perjuicios que haya sufrido el señor Cuestas serían considerados como indirectos. En esa medida, la indemnización que le podría corresponder a Comercializadora Mayvel S.A.S. tan solo podría prosperar de haber sido formulada en virtud de una acción social de responsabilidad. A falta de dicha acción, el demandante debió hacer uso de los mecanismos adicionales de defensa que fueron planteados en la sección cuarta. Así, pues, como se mencionó en dicho acápite, no existe evidencia de un posible ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de José Rodrigo Vélez. Ahora, si bien el demandante ha solicitado se declare que el señor Vélez incumplió con el postulado de buena fe, dicha solicitud ha sido circunscrita a la calidad de administrador que éste detentaba en la sociedad. Así, las cosas, el demandante no ha solicitado que se declare que José Rodrigo Vélez incumplió con el postulado de la buena fe que le correspondía en su calidad de accionista de Comercializadora Mayvel S.A.S., y en tal medida este Despacho deberá desestimar las demás pretensiones del demandante.

Finalmente, este Despacho debe aclarar que, en la medida en que los demás demandados en este proceso no son administradores de Comercializadora Mayvel S.A.S., las pretensiones que han de prosperar solo se predicarán respecto de José Rodrigo Vélez, en su condición de representante legal de Comercializadora Mayvel S.A.S.

IV. COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de los demandantes y a cargo de José Rodrigo Vélez, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

RESUELVE

Primero. Declarar que José Rodrigo Vélez incumplió los deberes legales que le corresponden en su calidad de representante legal de Comercializadora Mayvel S.A.S., al ostentar el cargo de administrador en Comercializadora Mayvel S.A.S. y Creaciones Claro's S.A.S.

Segundo. Declarar que José Rodrigo Vélez incumplió los deberes legales que le corresponden en su calidad de representante legal de Comercializadora Mayvel S.A.S., al tomar para sí la oportunidad de negocio que le correspondía a Comercializadora Mayvel S.A.S. en el mercado textil de Medellín.

Tercero. Desestimar las demás pretensiones de la demanda



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

13/13

Sentencia

Artículo 24 del Código General del Proceso

Edgar Luis Cuestas Fonseca contra José Rodrigo Vélez Gaviria y otros

Cuarto. Condenar en costas a José Rodrigo Vélez, y fijar, a título de agencias en derecho a cargo de él, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere al primer día del mes de julio de 2016 y se notifica en estrados.

El Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles (e),

Carlos Alberto Orrego

Nit: 900278653

Exp: 0

Rad: 2016-01-325298

*Código Dep: 800

Trámite: 170001

Cod F: N0781/C0591