

Jurisprudencia Societaria

2022

5



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Billy Escobar Pérez
Superintendente de Sociedades

Jorge Eduardo Cabrera Jaramillo
Superintendente Delegado de
Procedimientos Mercantiles

María Consuelo Alarcón Pardo
Asistente de edición

Mayra Alejandra Jiménez Vega
Grupo de Comunicaciones

Julio de 2022

**Jueces Delegatura de
Procedimientos Mercantiles**

María Victoria Peña Ramírez
Directora de Jurisdicción Societaria I

María Alejandra Díaz Baloco
Directora de Jurisdicción Societaria II

Natalia Jacobo Dueñas
Directora de Jurisdicción Societaria III

José Nicolás Mora Alvarado
Director de Procesos Especiales

Contenido

Sentencias procesos societarios

Sentencia n.º 2019-01-075549 del 26 de marzo de 2019	11
Partes: Sebastián Agustín Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flórez Asunto: Administrador de hecho.	
Sentencia n.º 2019-01-171111 del 29 de abril de 2019	29
Partes: Nora Lucía Ríos Sáenz y Carlos Alfredo Ríos Sáenz contra Alfredo José Ríos Azcarate y otros Asunto: Responsabilidad de los administradores. Operaciones viciadas por conflicto de interés.	
Sentencia n.º 2019-01-289510 del 29 de julio de 2019	39
Partes: La Mesa de los Señores SDLR Sucursal Colombia contra Eric Rene Lassure y otros Asunto: Responsabilidad de los administradores. Deberes de los administradores. Operaciones viciadas por conflicto de interés. Desvío de recursos.	
Sentencia n.º 2019-01-372391 del 15 de octubre de 2019	65
Partes: Harold Botero Hoyos y otros contra Juan Carlos Alonso de Celada Correa y otros Asunto: Desestimación de la personalidad jurídica. Inoponibilidad de la personalidad jurídica de una compañía. Abuso de la forma asociativa para evadir órdenes judiciales.	
Sentencia n.º 2020-01-270914 del 17 de junio de 2020	79
Partes: Raúl Fernando Moreno Cardoso contra Ahren S.A.S. Asunto: Reconocimiento oficioso de la inexistencia de una decisión social.	
Sentencia n.º 2020-01-271819 del 17 de junio de 2020	83
Partes: Empresa de Servicios de Florencia S.A. E.S.P. – Servaf S.A. E.S.P. contra Municipio de Florencia y otros Asunto: Actos de competencia.	
Sentencia n.º 2020-01-543527 del 14 de octubre de 2020	95
Partes: Espumas de Polietileno (Polylon) S.A. contra Loplast S.A.S. y otros Asunto: Desestimación de la personalidad jurídica. Extensión de responsabilidad a los asociados por obligaciones sociales insolutas.	
Sentencia n.º 2020-01-605927 del 20 de noviembre de 2020	115
Partes: Air Medical Group S.A.S. en Liquidación contra MG Medical Group S.A.S. y Martha Ligia Montoya Núñez Asunto: Efectos restitutivos especiales de la nulidad por conflicto de interés.	
Sentencia n.º 2020-01-631139 del 10 de diciembre de 2020	127
Partes: Jairo Alberto Parrado Jiménez contra Confortrans S.A.S. y Consuelo de los Ángeles Martínez Ramírez Asunto: Ineficacia. Facultades del representante legal suplente para convocar a reuniones del máximo órgano social.	
Sentencia n.º 2021-01-061146 del 2 de marzo de 2021	133
Partes: William de Jesús Ramírez González contra Olga Lucía Acevedo Moreno y Golpeautos Colisiones S.A.S. Asunto: Abuso de paridad. Ejercicio abusivo del derecho de voto por el bloqueo de la acción social de responsabilidad.	

Sentencia n.° 2021-01-363596 del 13 de mayo de 2021	145
Partes: José Helí Ovalles Sogamoso contra Comercializadora AAA Productos S.A.S. y James Alexander Álvarez Andrade	
Asunto: Desestimación de la personalidad jurídica en hipótesis de operaciones con el controlante y confusión de patrimonios y negocios.	
Sentencia n.° 2021-01-377931 del 1 de junio de 2021	161
Partes: Inversiones Floreana Ltda. y Finanzas & Empresas Consultores S.A.S. contra Productos Minerales Calcáreos (Promical) S.A.	
Asunto: Capacidad de las sociedades previstas en el Código de Comercio.	
Sentencia n.° 2021-01-504014 del 11 de agosto de 2021	167
Partes: Pedro Antonio Junca Garzón contra Carlos Humberto Vargas Cediel	
Asunto: Alcance y elementos de los acuerdos de accionistas con especial análisis en el caso de la SAS.	
Sentencia n.° 2021-01-561264 del 16 de septiembre de 2021	181
Partes: José Antonio Trujillo de los Ríos contra Tamy Colombia S.A.S. y Diego Parra Pérez	
Asunto: Improcedencia de la desestimación de la personalidad jurídica por el simple incumplimiento de obligaciones contractuales.	
Sentencia n.° 2021-01-692753 del 24 de noviembre de 2021	187
Partes: Inversiones Holmera Ltda. contra Ayde Matapi Yacuna y otros	
Asunto: Impugnación de decisiones sociales. Fideicomiso civil y derecho de preferencia.	

Autos procesos societarios

Auto n.° 2019-01-201128 del 16 de mayo de 2019	193
Partes: ASMC Inversiones S.A.S. y otros contra Distribuidora Cristal (Dis Cristal) S.A. y otros	
Asunto: Usurpación de oportunidades de negocio.	
Auto n.° 2021-01-636432 del 27 de octubre de 2021	197
Partes: Edwin Andrés Quintero Salazar y Paula Andrea González Patiño contra Andrés Felipe Ossa Vélez y otros	
Asunto: Exclusión forzosa de accionistas minoritarios mediante la liquidación intempestiva de una sociedad en marcha, con el simultáneo traslado del negocio a sociedades vinculadas al controlante.	
Auto n.° 2020-01-502273 del 8 de septiembre de 2020	207
Partes: Empresa de Servicios de Florencia S.A. E.S.P. – Servaf S.A. E.S.P.	
Asunto: “Ausencia temporal material” del representante legal principal que habilita al suplente para actuar.	

Sentencias procesos especiales

Sentencia n.° 2019-01-325382 de 5 de septiembre de 2019	213
Partes: Departamento de Caldas contra Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.	
Asunto: Artículo 38 de la Ley 550 de 1999.	
Sentencia n.° 2021-01-544315 de 7 de septiembre de 2021	217
Partes: Carlos Roberto Cubides Olarte y Carcubi S.A.S. contra Adriana Cubides Acosta y CRM S.A.S. en Reorganización	
Asunto: Artículo 74 de la Ley 1116 de 2006. Simulación, insuficiencia de activos, recompensa, frutos.	

Autos procesos especiales

Auto n.° 2019-01-316613 del 27 de agosto de 2019 _____ **233**

Partes: María Cristina Calle Salinas contra Productos Químicos Panamericanos S.A.
en Reorganización e Inversiones ASSG S.A.S.

Asunto: Artículo 74 de la Ley 1116 de 2006. Nulidad del artículo 121 del Código General del Proceso.

Auto n.° 2020-01-122977 del 5 de abril de 2020 _____ **237**

Partes: Interventor de Estraval S.A. y otros y Administrador de Bienes de Juan Carlos Bastidas Alemán en Liquidación Judicial contra Mercantil Colpatría, Camila Pacheco Mejía y otros

Asunto: Representante legal y administrador de bienes de la intervención.

Introducción

La Delegatura de Procedimientos Mercantiles, un modelo de servicio

No resulta fácil llevar a niveles de cuartilla estos últimos diez años de una Delegatura, que como la de Procedimientos Mercantiles, ha logrado tanto en tan poco tiempo. De los 80 años con que cuenta ya la Superintendencia de Sociedades, solo diez de estos ha contado dentro de su estructura con la denominada por algunos “corte societaria”. Su creación es, sin asomo de duda, un gran paso en la constitución de una jurisdicción especializada, que no solo promete al ciudadano la atención expedita de los conflictos societarios, resueltos hoy en día en un promedio de entre cuatro y siete meses, sino toda una organización que incluye ponentes y jueces de las más altas calidades académicas, atentos a darle prontitud y resolución a los conflictos entre socios y administradores.

El ánimo societario, además de llevar consigo la generación de empresa, de trabajo, de innovación, de servicio y de riqueza, lleva consigo una gran carga humana. Son personas, con afugas, temores, errores y aciertos los que conforman las diversas formas societarias. Son estas mismas las que inician sus proyectos con alegría y buen ánimo de éxito, con la esperanza de que sus ideas y sueños marchen bien, perduren en el tiempo y contribuyan a sus propios intereses, los mismos que redundan ciertamente en el progreso del país. Sin embargo, en el devenir de los negocios, en su administración y quehacer diario, el conflicto surge, y se hace indispensable que un tercero intervenga –acompañado de la ley–, para encauzar de nuevo la sociedad y proteger así la creación de riqueza justa y apegada a la ley. Es ahí donde esta Delegatura interviene, componiendo lo quebrado, dando guianza para el mejor entendimiento de las partes, esclareciendo donde la luz ha faltado y muchas veces reprochando y sancionando los errores cometidos.

Este libro que hoy me corresponde introducir, reúne los fallos más destacados de los últimos tres años. Muchos de ellos reiteran la posición decantada y madura de la Delegatura, otros se constituyen en pronunciamientos novedosos que responden, bien a nuevos problemas jurídicos sometidos al estudio de los jueces, bien a cambios de postura armónicos y sustentados en un derecho cambiante y en permanente reflexión.

En la lectura de las providencias que contiene este libro, resulta interesante ver como la ley societaria y procesal, esa suerte de regulador del riesgo, de modulador de las actuaciones de las personas, se torna en un verdadero control del riesgo. Igualmente es palpable como esta regulación, ley de obligatorio cumplimiento, es a su vez modulada por las partes de acuerdo a su propio “termostato del riesgo”.¹ Cada socio, cada administrador, cada junta de socios, cada máximo órgano toma decisiones en su discurrir de los negocios en justa y completa armonía con la ley societaria, en tanto que otros deciden calibrar su exposición al peligro –al quiebre de la ley–, de acuerdo con su apetito de exposición al riesgo. Es ahí donde la teoría del riesgo, el estado, la administración de justicia, y las sociedades comerciales entran en un vórtice de relaciones de gran interés en el muy movido y cambiante

1 Adams, J. 1995. *Risk*. London: UCL Press.

entorno empresarial de hoy. Sus propios modelos de gobernanza, los contratos y sus cláusulas, muchas de ellas formas atípicas de regulación producto de la voluntad contractual, –verdaderas formas de control y compensación del riesgo–, se convierten en esquemas probados de justicia y eficiencia² que en no pocas ocasiones llegan al conocimiento del juez societario como instancia de validación o reproche.

Estamos ante una publicación dirigida al empresariado, a la comunidad de litigantes, profesores, estudiantes de la materia y porque no, a ciudadanos interesados en conocer más sobre el conflicto societario, sus discusiones y soluciones. Una Delegatura con estas características, de probada celeridad y diligencia en la resolución de conflictos, se ha convertido en un verdadero modelo de un Estado eficiente al servicio de sus ciudadanos.

Billy Escobar Pérez

2 Coleman, J. 1992. *Risks and Wrongs*. New York: Oxford University Press.

Sentencias procesos societarios

Sentencia n.º 2019-01-075549 del 26 de marzo de 2019

Partes Sebastián Agustín Martínez Arango
contra
María Carolina Martínez Flórez

Asunto Administrador de hecho.

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho tiene como propósito que se declare que María Carolina Martínez Flórez reviste la calidad de administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S. y que, en esa condición, infringió las reglas que componen el régimen de deberes a cargo de los administradores sociales. En sustento de lo anterior, se afirma que la señora Martínez Flórez se inmiscuyó en actividades positivas de gestión, en los términos del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008. Según se expresa en la demanda, como consecuencia del fallecimiento de Rafael Alfredo Martínez Rodríguez —anterior representante legal y único accionista de la compañía— el 17 de noviembre de 2014, sus hijos Sebastián Agustín Martínez Arango y María Carolina Martínez Flórez recibieron, cada uno, el 50% de las acciones en que se encontraba dividido el capital suscrito. No obstante, el demandante ha controvertido el hecho de que, justo a partir de la fecha mencionada, “la demandada tomó los activos sociales bajo su absoluta y arbitraria administración, sin contar con autorización convencional o judicial alguna para ello [...]”. Igualmente, se ha puesto de presente que la señora Martínez Flórez ha omitido repartir utilidades, rendir cuentas de su gestión, convocar a reuniones del máximo órgano social, realizar la inscripción del demandante en el libro de accionistas, entre otras. Es así como, según las pretensiones de la demanda, la demandada debe ser declarada responsable, en su condición de administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S., por los perjuicios que le habría causado tanto al demandante como a la compañía.

Por su parte, al contestar la demanda el apoderado de la señora Martínez Flórez se limitó a negar varios de los hechos de la demanda y, como defensa, sostuvo que las partes carecían de legitimación en la causa por cuanto, de un lado, el demandante “no demostró ser el representante legal de la persona jurídica Rafael Martínez S.A.S.” y, de otro, “no está acreditado en este proceso que María Carolina Martínez Flórez sea la representante legal de la [compañía]”. De ahí que, a su juicio, tampoco sean procedentes los perjuicios solicitados, comoquiera que corresponde reclamarlos a Rafael Martínez S.A.S. y no al demandante.

Antes de analizar el caso puesto en consideración del Despacho, debe señalarse que, contrario a lo manifestado por el apoderado de la demandada, las partes están legitimadas en la causa para actuar en el presente proceso. Por un lado, de conformidad con lo establecido en el último inciso del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, los socios y terceros cuentan con derechos para presentar acciones individuales contra administradores que, a su juicio, hayan lesionado en forma directa su propio patrimonio. Ahora bien, aunque en principio tales sujetos no podrían solicitar, en nombre de la compañía, los perjuicios causados al patrimonio de esta última, dicho análisis habría de realizarse en caso de que corresponda

darles trámite a las pretensiones subsidiarias. Por otra parte, respecto de la acreditación de la demandada como representante legal de Rafael Martínez S.A.S., es preciso recordar que el presente proceso, justamente, tiene como propósito establecer si la señora Martínez Flórez cuenta con la condición de administradora de hecho en la aludida compañía y, en tal medida, le es aplicable el régimen de los administradores sociales.¹

Dicho lo anterior, el Despacho se ocupará de resolver la controversia suscitada entre las partes, para lo cual es preciso empezar por hacer referencia a la figura del administrador de hecho.

1. Acerca de la figura del administrador de hecho

Las reglas que rigen la conducta de los administradores sociales resultan de indiscutible relevancia en cualquier sistema societario. Ciertamente, el impacto que supone el ejercicio de las funciones de representación y administración sobre los intereses de la sociedad, así como sobre todos los sujetos que se relacionan con esta,² amerita el establecimiento de pautas de comportamiento y mecanismos de ejecución precisos. No debe perderse de vista, en todo caso, que en tales funcionarios reposa un especial encargo de confianza, por cuya virtud deben consultar siempre el mejor interés social, sin que ello implique el desconocimiento de derechos en cabeza de asociados y terceros.

Tales reglas son, igualmente, indispensables para mitigar problemas de agencia, tanto en sistemas tendientes a la dispersión de capital como en aquellos caracterizados por la predominancia de sociedades de capital concentrado. Aunque en estos últimos sistemas, propios de los regímenes societarios de América Latina y Europa Continental,³ resulta palpable la divergencia entre los intereses de los accionistas mayoritarios y los minoritarios, el establecimiento de pautas de conducta en cabeza de los administradores no es menos significativo. Ello se debe a la inexistencia de una verdadera separación entre la titularidad del capital y el control en estas compañías.

En verdad, es bastante habitual que en sociedades de capital concentrado los mayoritarios suelen ocupar cargos en la administración en forma directa o, a lo menos, se inmiscuyan determinadamente en la gestión social. Esto último podría ocurrir, por ejemplo, mediante su influencia sobre quienes ostentan formalmente los cargos administrativos —cuya reelección o remoción depende, en buena medida, de la voluntad del controlante—, o a través del ejercicio directo pero informal de la gestión de los asuntos sociales más allá de sus atribuciones legítimas dentro de la sociedad.

Aunque podría pensarse que los mayoritarios cuentan con importantes incentivos para fiscalizar de cerca la actividad de los gestores y asegurar que obren con prudencia y lealtad, su posición de control dentro de la compañía puede hacerlos propensos al oportunismo. Podrían entonces, en vez de procurar los mejores intereses sociales, influir en los adminis-

1 Durante la audiencia celebrada el 5 de junio de 2018, el apoderado de la demandada tachó de sospechoso el testimonio de Julio Ignacio Benetti Ángel. A pesar de lo anterior, y pese a que el Despacho examinó con detenimiento dicho testimonio, lo cierto es que no resultó indispensable para definir la presente controversia.

2 Al respecto, puede consultarse la teoría del nexo contractual en: FH Reyes Villamizar, *Nuevo Derecho Societario, Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea*, 4ª Ed. (2013, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 20.

3 FH Reyes Villamizar, *La sociedad por acciones simplificada*, 4ª Ed. (2018, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 33.

tradores para asegurar la obtención ilegítima de beneficios privados del control y expropiar al minoritario, por ejemplo. Cuando una situación de esta o similar naturaleza ocurra, y de sus actuaciones u omisiones resulten perjuicios a la compañía, a los demás asociados o a terceros, las reglas sobre administradores cobrarán utilidad para dirimir los conflictos entre el gestor y los afectados, en cuanto a la dirección de la sociedad.

Ahora bien, el ejercicio informal de la gestión social podría igualmente provenir de sujetos que no detentan alguna porción en el capital de la compañía. Esta práctica, que también es de relativa frecuencia en sociedades cerradas, implica que individuos formalmente ajenos a la administración de la sociedad, ejercen el control de los asuntos administrativos. No sería extraño, en todo caso, que tales personas tuvieran alguna relación con los asociados controlantes o los administradores formales. Lo cierto es que, al igual que como ocurre con los controlantes, estos terceros también podrían protagonizar una verdadera intromisión en los asuntos sociales más allá de cualquier función o derecho legítimo que reporten ante la compañía.

De ahí la importancia de la figura del administrador de hecho, por cuya virtud es posible aplicar las reglas inherentes a los administradores sociales a todos aquellos sujetos que, por fuera del ámbito de sus potestades legítimas dentro de la compañía, se comportan como verdaderos gestores de los asuntos sociales. Al hacerles exigibles ciertos deberes a dichas personas, así como hacerles extensivas las responsabilidades propias del cargo de administrador, se mitigan los problemas de agencia que predominan, no solo en sociedades de capital disperso, sino también en aquellas tendientes a la concentración de capital.

En Estados Unidos, por ejemplo, existen importantes antecedentes sobre la aplicación de deberes fiduciarios no solo a las personas que formalmente fungen como administradores sociales, sino a otros sujetos. De ahí que, especialmente en sociedades cerradas, los minoritarios puedan invocar el deber de lealtad a cargo de los administradores y los mayoritarios, como uno de sus principales medios de defensa ante la posible expropiación ilegítima en perjuicio de sus intereses. El ejemplo más representativo de ello es, quizás, la aplicación del deber de lealtad con estrictos estándares de responsabilidad a los accionistas controlantes cuando tales sujetos se involucran y se benefician de operaciones que resultan en una expropiación a la compañía y a los demás accionistas (self dealing transactions).⁴ Como se ha señalado en la doctrina especializada, los desarrollos jurisprudenciales correspondientes “se relacionan con el concepto del administrador de hecho, debido a que permiten imponerle sanciones a ciertos individuos, aunque no detenten cargos de administración en la sociedad”.⁵

Los mencionados deberes también han sido aplicados en casos como el de *Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc.*, en el que los accionistas mayoritarios de la compañía, en quienes también reposaba la administración social conjunta por acuerdo de todos, decidieron expulsar al minoritario de su posición de administrador y empleado.⁶ En este caso, la Corte Suprema del Estado de Massachusetts aplicó los deberes fiduciarios que les co-

4 R Kraakman, J Armour, P Davies, L Enriques, H Hansmann, G Herting, K Hopt, H Kanda, M Pargendler, W Ringe, E Rock, *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, 3a Ed. (2017, UK, Oxford University Press) 162.

5 FH Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, 4ª Ed. (2018, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 172.

6 *Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc.*, 370 Mass. 842, 353 N. E. 2d 657, 1976. En: Id. 176.

rresponden a los accionistas mayoritarios en la toma eficiente de decisiones en beneficio social y sin móviles ilegítimos.⁷ En esa medida, los deberes fiduciarios también han sido aplicados a accionistas mayoritarios que ejercen ilegítimamente sus prerrogativas dentro de la compañía.

Ahora bien, aunque no es muy frecuente, en la jurisprudencia del Estado de Delaware se ha hecho referencia directa al administrador *de facto*, con ocasión del nombramiento indebido de personas como administradores que, no por dicha circunstancia, pierden su calidad de tales sino que se consideran administradores de hecho. Así, por ejemplo, en el caso de Hockessin Community Center, Inc. v. Swift, la Corte de Cancillería sostuvo que “un administrador de hecho es aquel que posee y ejerce las facultades inherentes al cargo como si hubiese sido designado [...]. Cuando un administrador asume el cargo en virtud de una elección irregular que es contraria a las disposiciones previstas en los estatutos, asume la condición de administrador ‘de hecho’ y puede ser exitosamente demandado por los accionistas”.⁸ El fundamento radica en el ejercicio de funciones de administración por parte de tales personas mientras estuvieron irregularmente designadas.

En contraste con lo anterior, se ha señalado que “[e]l enfoque europeo refleja una renuencia general a responsabilizar a los accionistas controlantes siempre que no estén directamente involucrados en la administración de la compañía. Pero cuando tales accionistas asumen el control real, las jurisdicciones europeas se tornan más exigentes. Los accionistas controlantes que intervienen activamente en asuntos societarios pueden convertirse en administradores *de facto* o ‘a la sombra’ [*—de facto o ‘shadow’ directors—*] y enfrentar responsabilidad civil e incluso sanciones penales en dicha condición, por ejemplo, según las disposiciones francesas sobre el *abus de biens sociaux*”.⁹

Efectivamente, en Inglaterra se han reconocido tres categorías básicas de administrador: “[los] *de jure directors*, quienes han sido propiamente designados; [los] *de facto directors*, quienes actúan como administradores a pesar de que no han sido nombrados en el cargo; y [los] *shadow directors*, quienes ejercen indirectamente el control sobre la compañía al emitir instrucciones a los *de jure directors*”.¹⁰ En la jurisprudencia inglesa se ha puesto de presente que, en todo caso, concluir la existencia de un administrador de hecho u oculto supone el ejercicio de un cuidadoso análisis. En el caso de Re Hydrodan (Corby) Ltd., por ejemplo, el liquidador de una compañía subsidiaria, controlada indirectamente por su matriz, demandó a los miembros de la junta directiva de esta última, en calidad de administradores ocultos (*shadow directors*), por presuntamente incurrir en comercio indebido o defraudatorio (*wrongful trading*) con los acreedores de la subsidiaria en estado de insolvencia. Estas personas, sin embargo, no fueron declaradas responsables, pues se adujo que no podían considerarse administradores ocultos por el solo hecho de ser miembros de junta directiva de la matriz. Para tal efecto, debía acreditarse que impartían instrucciones a los

7 Id. 177.

8 Corte de Cancillería de Delaware, Hockessin Community Center, Inc. v. Swift, C.A. 7789-VCL (5 de octubre de 2012). Cfr. también, Bishop Macram Max Gassis v. Corkery, C.A. 8868-VCG (28 de mayo de 2014) y Prickett v. Am. Steel & Pump Corp., 253 A.2d 86, 88 (Del. Ch. 1969).

9 R Kraakman, J Armour, P Davies, L Enriques, H Hansmann, G Herting, K Hopt, H Kanda, M Pargendler, W Ringe, E Rock, The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach, 3a Ed. (2017, UK, Oxford University Press) 162 a 163.

10 CR Moore, Obligations in the Shade: The Application of Fiduciary Directors Duties to Shadow Directors (2017, University of Kent).

directores formales de la subsidiaria —a sus sombras— y que estos últimos actuaban, sin independencia ni discreción, conforme a dichas instrucciones.¹¹

En la doctrina especializada también se ha dicho que, bajo la figura del administrador *de facto* del Reino Unido, es posible hacer civil y penalmente responsables a quienes finalmente se benefician de la actuación reprobable del administrador formal. Así, se han puesto de presente varios criterios que permiten identificar este tipo de administrador, como cuando hace parte de la estructura de gobierno de la sociedad, cuando está en condiciones reales de ejercer las funciones de un director y cuando asume esta posición o simplemente actúa de esa forma, tal y como se estableció en el caso de *Revenue and Customs Commissioners v. Holland*.¹²

Por otro lado, en la legislación francesa se incorporó genéricamente la figura del administrador de hecho, por cuya virtud es posible hacer responsable, a luz de las reglas sobre administradores sociales, “a toda persona que directamente o por persona interpuesta, haya ejercido, de hecho, la dirección, la administración o la gestión de [sociedades por acciones] bajo el amparo o en sustitución de sus representantes legales”.¹³ Ciertamente, “[s]egún la doctrina francesa, los administradores de hecho (*dirigeants de fait*) son aquellas personas físicas o jurídicas que, a pesar de estar desprovistas de un mandato social, se inmiscuyen en el funcionamiento de la sociedad para ejercer, con soberanía e independencia, una actividad positiva de gestión, de administración y de dirección”.¹⁴

En sentido análogo, la jurisprudencia española también ha contribuido, en buena medida, al desarrollo de esta figura. Según se ha indicado en diversos pronunciamientos, el concepto mercantil de administrador de hecho debe buscarse a partir de varios elementos, entre los que se pueden resaltar los siguientes: (i) una efectiva intervención en la dirección, administración y gestión de la sociedad, (ii) el desempeño de las funciones propias del cargo de administrador de un modo permanente o constante, (iii) una actividad directiva y de gestión ejercida con total independencia o autonomía de decisión y (iv) la aceptación, expresa o tácita, por parte de la sociedad de que los actos efectuados son vinculantes para la persona jurídica.¹⁵

Bajo los criterios antes mencionados, quien reemplaza informalmente o asume las funciones de un administrador que se ausenta permanentemente, también ha sido considerado como administrador de hecho en la jurisprudencia española. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Málaga decidió atribuir a un sujeto la condición de administrador de hecho

11 *Re Hydrodam (Sic) (Corby) Ltd. (1994) 2 BCLC (Sic) 180*. En: L Sealy y S Worthington, *Cases and Materials in Company Law* (2007, Londres, Oxford University Press) 359. También puede consultarse en: P Girgado Perandones, *La Responsabilidad de la Sociedad matriz y de los Administradores en una Empresa de Grupo* (2002, Madrid, Marcial Pons) 52.

12 SM Bainbridge, *Corporate Directors in the United Kingdom* (17 de marzo de 2017). 59 *William and Mary Law Review Online* 65 (2018); UCLA School of Law, *Law-Econ Research Paper* n.º 17-04. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2935388

13 Cfr. Código de Comercio Francés, art. L-245-16. Versión consolidada 2010, traducida al español - OMPI. Disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/legislation/details/6044>.

14 FH Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, 4ª Ed. (2018, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 178.

15 Tribunal Supremo Español, sentencia del 26 de mayo de 1998; Tribunal Supremo español, sentencia del 24 de septiembre de 2001; Audiencia Provincial de Málaga, sentencia del 8 de marzo de 2005; Audiencia Provincial de Valencia, sentencia del 31 de enero de 2007; Audiencia Provincial de La Rioja, sentencia del 5 de enero de 2011; Audiencia Provincial de La Coruña, sentencia del 6 de julio de 2011, entre otros pronunciamientos.

de una sociedad, al constatar que después del fallecimiento del administrador de derecho quien realmente gestionaba los negocios sociales eran el padre y la hermana del difunto, más no la esposa —quien, pese a fungir como administradora, demostró una dejación total de sus funciones—.¹⁶

Finalmente, en Colombia el régimen de deberes a cargo de los administradores sociales se encuentra previsto en los artículos 22 y siguientes de la Ley 222 de 1995. Pese a que los sujetos a quienes resulta aplicable dicho régimen eran los taxativamente definidos en el artículo 22 como administradores, el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 introdujo expresamente la figura del administrador de hecho, al que también se extienden las reglas antes mencionadas. Al tenor de la citada disposición, “[l]as personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores”. Como es evidente, en Colombia la figura se encuentra regulada de forma amplia, de manera que recoge genéricamente las diferentes tendencias antes mencionadas. De ahí que, a partir de los elementos de juicio disponibles para cada caso, corresponderá al juez definir, dentro de un amplio margen de discreción, si debe endilgársele a determinado sujeto la responsabilidad propia de un administrador. El análisis respectivo encontrará sus límites, en todo caso, en la verificación de una verdadera intromisión en actividades positivas de gestión, administración o dirección de la sociedad.

En palabras de Reyes Villamizar, “[l]a figura del administrador de hecho se introdujo en la Ley 1258 de 2008, debido a la circunstancia frecuente en la que individuos ajenos a la administración de la sociedad, amparados en la indemnidad que les da su carácter de ‘no administradores’, pueden controlar la administración de la sociedad y, en no pocas ocasiones, causarles perjuicios a esta, a los asociados y a terceros”.¹⁷ Ahora bien, según explica el citado autor, “no toda actividad desplegada por terceros no administradores puede dar lugar a la declaratoria de administrador de hecho [...]. Debe tratarse, por tanto, de actos que han de trascender esas funciones legítimas para asumir un carácter de verdadera intromisión en los asuntos de la sociedad. El ‘control de los hilos’ de la administración, que se cumple tras bambalinas, pero que implica una pérdida en la autonomía de gestión de los representantes legales y miembros de junta directiva, es la conducta que puede configurar al administrador de hecho”.¹⁸ Debe entonces distinguirse, con suficiente cuidado y según las circunstancias de cada caso, el ejercicio de facultades legítimamente atribuidas a determinados sujetos, de los verdaderos actos positivos de gestión administrativa de una compañía.

En este punto, resulta relevante poner de presente que esta Superintendencia, por vía jurisdiccional, también se ha aproximado a la figura del administrador de hecho. Según se expresó en la sentencia n.º 820-78 del 11 de agosto de 2017, por ejemplo, “esta [calidad] sólo puede invocarse respecto de aquellas personas que, a pesar de no haber sido designadas formalmente como administradores sociales, ejercen actividades pertenecientes a la órbita de tales funcionarios”.¹⁹ En la doctrina especializada se han desarrollado numerosos criterios de valoración judicial para identificar a dichos sujetos. Entre tales criterios, pueden encon-

16 Audiencia Provincial de Málaga, sentencia del 8 de marzo de 2005.

17 FH Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, 3ª Ed. (2014, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 178.

18 *Id.* 178 a 179.

19 S Mortimore QC, *Company Directors: Duties, Liabilities and Remedies* (2009, Oxford, Oxford University Press) 66.

trarse los siguientes: (i) dirigir las actuaciones de los demás administradores, (ii) obligar a la compañía a asumir obligaciones cuantiosas, (iii) ser reconocido explícitamente por la sociedad como administrador, (iv) presentarse ante terceros como director y (v) adoptar decisiones trascendentales para el funcionamiento de la compañía. Cuando confluyan algunas de estas situaciones, existirán fuertes indicios de que una persona ha ejercido, de facto, funciones inherentes al cargo de administrador”.²⁰

Ahora bien, aunque por vía jurisdiccional no se ha estudiado, hasta la fecha, ningún caso en el que esta Superintendencia haya reconocido la existencia de un administrador de hecho,²¹ por vía administrativa sí ha ocurrido. En efecto, mediante resolución n.º 301-003622 del 22 de octubre de 2015, la entidad impuso una sanción pecuniaria al administrador de hecho de una sociedad por incurrir en conflicto de interés, al inmiscuirse en gestiones administrativas para la celebración de convenios educativos entre la Corporación de Desarrollo Educativo y Social Cordes S.A.S. y la Universidad Incca de Colombia. En este sentido, la Superintendencia encontró que la persona investigada, unos días antes de la constitución de Cordes S.A.S., suscribió un acuerdo privado con otras tres personas, en el que se establecían ciertas condiciones de asociación y administración de la aludida compañía. En el acuerdo se pactó, entre otras cosas, que la representante legal de la sociedad sería, apenas, una mandataria sin representación del referido sujeto, condición que también tendrían los otros dos suscriptores del acuerdo, quienes serían sus otros accionistas.

Según la Superintendencia, “los actos encargados al señor Conti Fajardo en el acuerdo privado en su esencia constituyen auténticos actos de administración y aunque el recurrente sostiene no ser administrador actúa como verdadero gestor social. Así las cosas, el acuerdo privado pone de presente que dicha persona podía ejercer de forma independiente, sin subordinación al administrador formal (pues como ya se señaló la representante legal era mandataria del señor Iván Conti), un poder de dirección y gestión de la sociedad que normalmente le corresponde a un administrador, con consentimiento expreso de la representante legal de la sociedad y sus accionistas. Antes de ser un administrador aparente [era] un verdadero administrador oculto pues podía inmiscuirse en las gestiones propias de los administradores con independencia de las relaciones con terceros. Entonces este administrador de hecho u oculto coexiste con el administrador de derecho en la sociedad”.²²

Luego de concluida la condición de administrador de hecho del sujeto investigado, la Superintendencia estableció, con fundamento en lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009, que incurrió en conflicto de interés al interferir en la celebración de convenios educativos con la Universidad Incca de Colombia. Para tal efecto, tuvo en consideración el vínculo también existente entre el administrador de hecho de Cordes S.A.S. y la mencionada Universidad, representada por su padre y en la que fungía como director de la denominada Unidad de Proyectos Especiales.

20 Id.

21 En un caso reciente, este Despacho desestimó las pretensiones encaminadas a que fuera declarada la condición de administrador de hecho del demandado, por cuanto la demandante no logró acreditar que este último hubiera interferido en decisiones de administración de Servicios y Campamentos Monpat S.A.S. o que, por ejemplo, se hubiese presentado ante terceros como tal. Por el contrario, las pruebas practicadas en el proceso permitieron entrever que quien, en efecto, impartía las órdenes en la sociedad, era la demandante, accionista y representante legal principal de la compañía. Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 2018-01-504337 del 28 de noviembre de 2018.

22 Superintendencia de Sociedades, resolución n.º 301-003622 del 22 de octubre de 2015.

Por lo demás, en materia de grupos empresariales también se ha dicho, en la doctrina colombiana especializada, que “es común que los administradores de la matriz desplieguen acciones de dirección sobre las sociedades subordinadas, tales como impartir órdenes a los empleados de las mismas, disponer de sus activos, representarlas ante terceros, entre otras. Estas situaciones pueden dar lugar a que los administradores de la matriz, o la matriz misma, sean calificados como administradores de hecho de la subordinada, haciéndolos sujetos de los deberes y las responsabilidades de tal condición”.²³ Por virtud de lo anterior, entonces, sería posible que los minoritarios o terceros iniciaran acciones en contra de la matriz o sus administradores como potenciales administradores de hecho, bajo el régimen de responsabilidad previsto en la Ley 222 de 1995. Por esta razón, se ha hecho énfasis en que debe tenerse en cuenta que “el ejercicio del poder de subordinación propio del control, y más específicamente de la unidad de propósito y dirección del grupo empresarial, se efectúe mediante canales formales, respetuosos de la separación patrimonial y autonomía de las subordinadas, para evitar que se genere la consecuencia atrás referida”.²⁴

A partir de todo lo expuesto, no puede desconocerse la importancia que reviste la figura del administrador de hecho y su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano. Sin perjuicio de que, bajo el postulado de la buena fe contractual, este Despacho ya ha reconocido la posibilidad de hacerles exigible el deber de lealtad a los accionistas controlantes en hipótesis de apropiación irregular de recursos sociales,²⁵ lo cierto es que la figura del administrador de hecho constituye una herramienta más con la que cuentan los accionistas minoritarios en situaciones de expropiación. En verdad, un accionista mayoritario o cualquier tercero podría interferir de manera determinante en la gestión de la empresa social con efectos nocivos. Ello podría ocurrir, por ejemplo, cuando pese a la existencia de un administrador formalmente designado, el mayoritario o el tercero ejercen influencia determinante sobre la conducción de los negocios sociales, de manera que podrían celebrarse operaciones lesivas para la compañía y en favor de dicho sujeto o de una persona vinculada. También podría ocurrir que, ante la muerte o ausencia del administrador formal, algún familiar, empleado o el accionista controlante se haga cargo de los negocios sociales y tome decisiones inherentes a la administración de la compañía. Esta persona podría, entonces, apropiarse indebidamente de recursos sociales y disponer de activos de la compañía para beneficio propio. En casos como estos, tales sujetos podrían ser potenciales administradores de hecho y ser declarados responsables por los daños y perjuicios que causen.

En síntesis, pues, la labor de identificación de un administrador de hecho debe partir, como ya se dijo, de la verificación de los dos supuestos generales que trae el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, esto es, que se trate de un sujeto que no ostenta formalmente la calidad de administrador social en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995, pero se inmiscuye en una actividad positiva de gestión, administración o direc-

23 A Parias Garzón, Aspectos Relevantes de la SAS en los Grupos Empresariales. En: FH Reyes Villamizar, La SAS y su Influencia en América Latina, 10 Años de un Modelo Exitoso (2018, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 239.

24 Id. 240

25 En la sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016 se indicó que, “[e]n otros países, uno de los principales medios de defensa de los intereses de las minorías suele encontrarse en la consagración, por vía legal o jurisprudencial, de un deber de lealtad a cargo de los accionistas mayoritarios. 51 Bajo este principio de conducta, la apropiación irregular de activos sociales puede ser juzgada como un acto desleal frente a los demás asociados, en forma tal que un controlante vencido en juicio estará obligado a indemnizar los perjuicios derivados de la expropiación. En Colombia es posible encontrar un deber de similar entidad en el postulado de la buena fe a que aluden los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. Este principio ha sido interpretado en el sentido de imponerles a las partes de un contrato el deber de comportarse lealmente en el transcurso de la ejecución de ese negocio”.

ción de la sociedad. Aunque el primero de los supuestos no alberga mayor dificultad, el segundo de ellos implica un sustancial análisis tendiente a dilucidar cuándo se ha desplegado una actividad positiva de la referida naturaleza.

Sobre el particular, lo primero que debe decirse es que la actividad puede consistir en una influencia determinante sobre las actuaciones u omisiones del administrador formal, o en el ejercicio directo de actuaciones relativas al cargo pese a la existencia de un administrador formal o ante su ausencia permanente. Ahora bien, en la medida en que debe tratarse de una actividad “positiva”, el análisis debe concentrarse, para cada caso, en el acto o actos efectivamente realizados por el sujeto y en los efectos que, por acción u omisión, en el marco de esa actuación concreta, pueden derivarse respecto de la sociedad, los asociados o terceros.

Así, por ejemplo, aunque en el caso analizado por esta Superintendencia en sede administrativa se concluyó la calidad de administrador de hecho de una persona a quien se le sancionó por incurrir en la celebración de operaciones en conflicto de interés, no por ello podría hacerse exigible el cumplimiento genérico de otras funciones inherentes al cargo de administrador. En el marco de las actuaciones reprochadas a este sujeto, entonces, no podría hacerse también responsable por no convocar a las reuniones ordinarias del máximo órgano social, por abstenerse de preparar los estados financieros de fin de ejercicio o por no adelantar actuaciones orientadas a explotar el objeto social, entre otras —tales funciones corresponden, genéricamente, al administrador formal, cuya responsabilidad no se excluye por el hecho de que exista un administrador de hecho—. En cambio, por tratarse de una omisión relativa a la actuación reprochada al sujeto sancionado por esta Superintendencia, sí se cuestionó el hecho de que las operaciones viciadas por conflicto de interés no hubieran sido puestas en consideración del máximo órgano social a efectos de ser autorizadas.

A lo anterior debe agregarse que la actividad de gestión, administración o dirección habrá de ser autónoma, vale decir, no sujeta a las instrucciones de otro órgano social. Por el contrario, si el administrador de hecho coexiste con un administrador formal, es este último el que podría perder su autonomía, ya sea porque el administrador de hecho influye determinantemente sobre su gestión, o porque simplemente realiza actividades de administración sin consultarlo con aquel.

También debe considerarse que, tal y como lo señala Reyes Villamizar, es fundamental tener en cuenta que “no toda actividad desplegada por terceros no administradores puede dar lugar a la declaratoria de administrador de hecho. Así, el despliegue de la actividad inherente a asesores, consultores y profesionales externos contratados por la sociedad, y aun la de accionistas mayoritarios o sociedades matrices, no debe constituirlos *per se* en administradores de facto, aunque deban adoptar determinaciones de dirección o gestión de ciertos asuntos en razón de los derechos que les confiere su poder frente a la sociedad. Debe tratarse, por tanto, de actos que han de trascender esas funciones legítimas para asumir el carácter de verdadera intromisión en los asuntos de la sociedad”.²⁶

26 FH Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, 3ª Ed. (2014, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 181.

Efectuadas las anteriores precisiones, el Despacho examinará si María Carolina Martínez Flórez reviste la calidad de administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S. por virtud de las actuaciones que le han sido endilgadas.

2. Acerca de la calidad de administradora de hecho de María Carolina Martínez Flórez

En la demanda se puso de presente que, a partir de la muerte de Rafael Alfredo Martínez Rodríguez —anterior representante legal y único accionista de Rafael Martínez S.A.S.— el 17 de noviembre de 2014, María Carolina Martínez Flórez se hizo cargo de los negocios sociales y tomó activos de la sociedad bajo su administración. En esa medida, ante la falta de un representante legal formal —la representante legal suplente también falleció—, el demandante considera que la señora Martínez Flórez funge como administradora de hecho y que, en tal condición, debe responder por la infracción a sus deberes.

Para comenzar, el Despacho pudo constatar que, al momento del fallecimiento del señor Martínez Rodríguez, la compañía era propietaria de un inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria n.º 50N-491390 y de un vehículo de placas ZZW 706, identificado con el n.º CT560053418. Igualmente, para ese entonces, uno de los negocios principales de la sociedad consistía en el arrendamiento de varios apartamentos en los que se dividía dicho inmueble.

Pues bien, una vez revisadas las pruebas practicadas durante el proceso, es claro que la demandada reconoció que, desde el fallecimiento del señor Martínez Rodríguez, ha estado al frente de la gestión de los negocios de la compañía. En sus palabras, ello ocurrió “por voluntad de él y, adicionalmente, [porque] alguien tenía que encargarse de los temas, ya que al momento de fallecer mi padre, estaban arrendados los apartamentos y alguien tiene que hacerse cargo”. A su vez, agregó que lo hizo “primero porque viv[ie] en la casa y segundo porque a todas luces Sebastián [Martínez Arango], siendo menor de edad, no está capacitado para manejar un tema de este estilo”. Así mismo, sobre los rendimientos económicos provenientes del arrendamiento de los apartamentos de la compañía, la demandada afirmó durante la misma audiencia que, en efecto, los recibía, que no se consignaban a ninguna cuenta y que no los utilizaba para gastos personales sino que, más bien, los reinvertía en actividades propias de la sociedad. Igualmente, aseguró que la actividad de la compañía, según el certificado de existencia y representación legal, es el arrendamiento de bienes. Por otra parte, señaló que, efectivamente, en ocasiones disponía del vehículo de propiedad de Rafael Martínez S.A.S., pero no para beneficio propio, sino cuando se requería reparar algún inmueble de la compañía o, incluso, para hacerle mantenimiento.

De igual forma, el testimonio de Rosana Vivas Cabra —quien prestaba servicios al señor Martínez Flórez y actualmente se los presta a la compañía y a la demandada— también apunta a que es la señora Martínez Flórez quien se hace cargo de la gestión de los negocios de la sociedad, esto es, la administración de los contratos de arrendamiento celebrados sobre el inmueble de propiedad de Rafael Martínez S.A.S. En efecto, la testigo manifestó que el señor Martínez Rodríguez administraba dicho activo antes de su fallecimiento, pero cuando se le preguntó sobre quién lo hacía actualmente, respondió: “la señora María Caro-

lina [Martínez]”. Así mismo, señaló que la demandada destinaba los dineros provenientes de los arrendamientos para el mantenimiento del mismo inmueble.²⁷

Ahora bien, de acuerdo con los estatutos de Rafael Martínez S.A.S., en desarrollo de su objeto social esta compañía puede “adquirir, enajenar, gravar, administrar, tomar y dar en arrendamiento toda clase de bienes muebles o inmuebles [...]”. Igualmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9 estatutario, los representantes legales “[pueden] celebrar y ejecutar libremente, sin limitación alguna, todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen con la existencia y funcionamiento de la sociedad [...]”. A su vez, según consta en los contratos de arrendamiento presentados por la demandada, María Carolina Martínez Flórez actúa como arrendadora de algunos apartamentos que hacen parte del bien inmueble de propiedad de la compañía.

En este punto, el Despacho debe señalar que, aunque en tales documentos la señora Martínez Flórez firma como “arrendador y poseedor” de los apartamentos, lo cierto es que, a partir de las declaraciones de la demandada durante el proceso, no parece claro cómo podría ser poseedora de dichos inmuebles. En verdad, la demandada reconoció que los bienes eran de propiedad de Rafael Martínez S.A.S., lo cual también pudo ser constatado en el certificado de libertad y tradición respectivo. Adicionalmente, la señora Martínez Flórez sostuvo que los ingresos percibidos de los arrendamientos en cuestión eran reinvertidos en gastos de la compañía. En sus palabras, estos recursos se destinan “al mantenimiento de la casa, al pago de servicios públicos, al mantenimiento de la camioneta, al pago de impuestos”. Igualmente, afirmó que en ocasiones quedan saldos, cuyo monto se conserva para los gastos en que eventualmente se requiera incurrir. En sus palabras, “de esos dineros se hacen reparaciones de los apartamentos, si hay que cambiar cosas, en fin. Con eso se responde netamente al tema arrendatario”. En este sentido, no parece claro cómo, si la demandada era la supuesta poseedora de dichos activos, señaló que destinaba los ingresos correspondientes al pago de gastos de la compañía y no a los propios.

Por otra parte, el Despacho encontró que en el 2016 la señora Martínez Flórez tramitó la renovación de la matrícula mercantil de la compañía ante la Cámara de Comercio de Bogotá.²⁸ Adicionalmente, los documentos que reposan en el expediente dan cuenta del pago del impuesto del vehículo automotor de placa ZZW 706 de forma posterior al fallecimiento de Rafael Martínez Rodríguez. De igual manera, la señora Martínez Flórez también ha pagado el impuesto predial del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria n.º 50N-491390. Finalmente, el Despacho también pudo verificar que la demandante ha pagado servicios públicos relativos al inmueble antes mencionado.

Lo anterior es suficiente para concluir que, ante la muerte del representante legal principal, y la falta de un suplente, la señora Martínez Flórez ha realizado, *de facto*, actuaciones positivas de administración y gestión propias de un administrador social. En verdad, sin revestir la condición de administradora formal de Rafael Martínez S.A.S., ni reportar ninguna otra calidad distinta a la de accionista de la compañía, la señora Martínez Flórez asumió el

27 En particular, sostuvo que se destinaban para “arreglar los apartamentos, arreglar el jardín, cosas de la casa”.

28 Ciertamente, cuando se le indagó acerca de si había renovado la matrícula mercantil de Rafael Martínez S.A.S., contestó: “en alguna ocasión lo hice [...] bajo el direccionamiento de [...] quien era mi abogado en esa época”. Así mismo, sostuvo que en aquella oportunidad se presentó ante la Cámara de Comercio de Bogotá como representante legal de la compañía.

principal negocio de explotación de la sociedad, vale decir, el arrendamiento de sus apartamentos. Dicha actividad, por supuesto, se encuentra prevista dentro del objeto social, de acuerdo con la información consignada en el registro mercantil. La demandada, igualmente, reconoció realizar actuaciones orientadas a la conservación de los bienes sociales, y ha estado al frente de trámites relacionados con el pago de impuestos y servicios públicos.

Así las cosas, el Despacho declarará que María Carolina Martínez Flórez, en efecto, reviste la calidad de administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S., en los términos del párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008.

3. Acerca de las infracciones al régimen de deberes de los administradores

A continuación, el Despacho examinará cada uno de los cargos formulados en contra de María Carolina Martínez Flórez, con el fin de determinar si, en su calidad de administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S., se produjeron infracciones al régimen de deberes de los administradores, a la luz de lo establecido en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

A. Sobre las infracciones al deber de lealtad

Según se afirma en la demanda, la señora Martínez Flórez infringió el deber general de lealtad al haberse “abrog[ado] la titularidad del cobro de la renta mensual, la realización y desarrollo de los contratos de arrendamiento y ha[ber] ocupado parte del inmueble para la vivienda de ella y su familia [...]”. Por su parte, el apoderado de la demandada, al contestar la demanda, sostuvo: “[n]o es cierto, es una manifestación subjetiva del demandante a la cual me opongo; que se pruebe”.

En este punto, debe recordarse que, por virtud del deber general de lealtad, les corresponde a los administradores sociales actuar en el mejor interés de la compañía. De ahí que, en diversas oportunidades, este Despacho haya señalado que tales funcionarios infringen ese deber cuando distraen, para beneficio propio, activos que les han sido confiados para adelantar la gestión de los negocios de una sociedad.

En el caso bajo estudio, el Despacho encontró que María Carolina Martínez Flórez, en su condición de administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S., utilizó de manera indebida los recursos sociales. En verdad, la propia demandada ha reconocido expresamente que reside en uno de los apartamentos en que se encuentra dividido el bien inmueble de la sociedad y que no cancela ninguna suma por concepto de arrendamiento de ese inmueble. Así mismo, pese a que la señora Martínez Flórez sostuvo que las rentas percibidas por el arrendamiento del inmueble de la sociedad eran reinvertidas en el referido bien, lo cierto es que no se tiene suficiente certeza sobre la destinación dada a tales ingresos.²⁹ De una parte, tal y como se ha reconocido en el proceso, así como también se ha puesto de presente por los distintos peritos que intervinieron en su curso, la contabilidad de la compañía es insuficiente para arribar a conclusiones con fundamento en sus libros contables. Por otro lado, la señora Martínez Flórez tampoco ha logrado acreditar que, en efecto, todos

²⁹ En verdad, pese a que el Despacho requirió a la demandada para que aportara copia de los soportes de la destinación dada al dinero percibido por concepto de cánones de arrendamiento del inmueble, únicamente fue aportado el libro mayor y balances de la sociedad, el cual, debe decirse, se encuentra casi sin diligenciar.

los dineros percibidos de los contratos de arrendamiento hayan sido efectivamente entregados a Rafael Martínez S.A.S. o, en su defecto, reinvertidos para el desarrollo de su objeto social. Además, respecto del vehículo propiedad de la sociedad, la testigo Rosana Vivas Cabra —cuya declaración fue solicitada como prueba por la misma demandada—, sostuvo que “la señora [María Carolina Martínez] lo usa para salir [...], para el servicio de ella. Yo veo que ella lo usa es para ella. Para salir”.

Así las cosas, el Despacho debe concluir que las actuaciones antes reseñadas configuran una infracción al deber de lealtad. Por un lado, la señora Martínez Flórez reconoció que se beneficia personalmente de uno de los apartamentos de la compañía y uno de los testimonios practicados apunta a que ha usado el vehículo en beneficio propio. Al respecto, debe decirse que los posibles acuerdos informales que hayan existido entre la demandada y su padre sobre el uso de los activos sociales, no obstan para que se desconozca que tales activos son de propiedad de la compañía y que, en esa medida, no pueden ser usufructuados por una de sus accionistas sin que medie un negocio jurídico debidamente celebrado y autorizado por la sociedad. Como ello no se acreditó, para el Despacho es claro que se trató de una utilización o apropiación indebida de activos y recursos sociales. Por otro lado, al haber decidido hacerse cargo de los negocios de la compañía, la demandada debió también llevar la contabilidad sobre tales asuntos de acuerdo con las normas aplicables.³⁰ De haber procedido de esa manera, habría sido posible constatar con absoluta precisión el destino que se le dio a los ingresos percibidos por concepto de los contratos de arrendamiento celebrados. En el marco de la infracción reprochada a la demandada como administradora de hecho, entonces, puede también concluirse que ha abstenido de velar por el estricto cumplimiento de las normas legales en materia contable y que no ha procurado la rendición de cuentas sobre estos negocios jurídicos al máximo órgano social.

De otra parte, pese a que en la demanda se ha hecho referencia a supuestas operaciones celebradas en conflicto de interés por la señora Martínez Flórez, el Despacho no encontró configurada dicha conducta. En verdad, la labor probatoria no estuvo encaminada a acreditar que la demandada participó en la celebración de negocios jurídicos consigo misma, con personas vinculadas o en los que tuviera un interés económico significativo. En este sentido, más allá de la apropiación indebida de recursos a que se ha hecho referencia, el Despacho considera que no se encuentra acreditada la celebración de operaciones en conflicto de interés.

B. Sobre las demás infracciones invocadas en la demanda

En la demanda también se ha puesto de presente que, “desde el fallecimiento de Rafael Martínez [Rodríguez], único accionista de la compañía [...], [María Carolina Martínez Flórez] se negó a suministrar información sobre los activos sociales, negó el acceso al [demandante] al inmueble, [le] negó toda relación con los inquilinos de los bienes, no ha rendido cuentas de su gestión, ni ha presentado estados financieros que permitan conocer la suer-

30 Según las conclusiones expuestas en uno de los dictámenes periciales aportados por la demandada, “no existe contabilidad bajo los marcos normativos actuales con posterioridad al año 2014 y los anteriores a esta fecha, lo que impide que me pueda pronunciar sobre su situación financiera, lo que conlleva a expresar nuevamente que los documentos analizados no son suficientes para una prueba contable”. Allí también se indicó que “no se pudo establecer erogaciones actuales o en años pasados para el cuidado, mantenimiento y cumplimientos formales, legales por la custodia de activos o para el desarrollo de su objeto social”.

te de la compañía [...]”. Adicionalmente, se ha cuestionado que la demandada no haya inscrito la participación accionaria del demandante en el libro de registro de accionistas, que no se hayan repartido utilidades, ni se haya convocado a reuniones del máximo órgano social.

Con todo, debe recordarse que, como se explicó en el acápite precedente, no es posible exigir a la demandada, en su calidad de administradora de hecho, el cumplimiento genérico de todas las obligaciones a cargo de un administrador social. En el marco de las actividades positivas de gestión y administración acreditadas —la gestión sobre los contratos de arrendamiento de activos de la compañía y la utilización del vehículo—, le era únicamente exigible llevar la contabilidad y rendir cuentas sobre tales asuntos al máximo órgano social. No obstante, no podría declarársele responsable por no convocar a las reuniones ordinarias del máximo órgano social, no preparar estados financieros de fin de ejercicio, no preparar ni someter a aprobación un proyecto de distribución de utilidades o no inscribir al demandante en el libro de registro de accionistas. Tales funciones genéricas corresponden a un administrador formal.

Ahora bien, aunque es claro que el representante legal de la compañía falleció y que tampoco se cuenta con un suplente, ello no obsta para que sus dos accionistas celebren una reunión de quórum universal en los términos del artículo 182 del Código de Comercio, o para que se celebre una reunión por derecho propio según lo establecido en el artículo 429 del mismo código. A través de ambas vías legales, es posible que la demandada rinda cuentas como gestora de los negocios sociales que decidió asumir, que los accionistas discutan sobre las utilidades que haya percibido la sociedad e, incluso, que se designe un representante legal que reconstruya la contabilidad histórica de la compañía, prepare estados financieros y proyectos de distribución de utilidades, convoque a reuniones asamblearias, permita el ejercicio del derecho de inspección, efectúe las anotaciones que correspondan en el libro de registro de accionistas y, en general, cumpla con las funciones inherentes a su cargo. De cualquier manera, debido a lo anterior, este Despacho compulsará copias a la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia a efectos de que se realicen las actuaciones que correspondan, de ser ello procedente.

Por lo demás, respecto de haberle negado al demandante el acceso al inmueble de la sociedad y tener una relación con los inquilinos de dicho bien, lo cierto es que lo estrictamente exigible a la demandada, en su calidad de administradora de hecho, era no apropiarse indebidamente de recursos ni activos sociales, llevar debida e íntegramente la contabilidad de la compañía en cuanto a los negocios cuya gestión asumió y rendir cuentas de su gestión por tales actuaciones. Sin embargo, no parece claro cómo, a partir de las reglas que componen el régimen societario, corresponda al administrador permitir que los accionistas se inmiscuyan directamente en la gestión de los asuntos sociales.

Por las razones expuestas, el Despacho únicamente declarará que la demandada, en su calidad de administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S., infringió su deber de lealtad al apropiarse y utilizar indebidamente los recursos y activos sociales, así como al no velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales relativas a su obligación de llevar debidamente la contabilidad de la compañía sobre tales asuntos, ni rendir cuentas sobre los negocios sociales cuya gestión decidió asumir.

4. Acerca de los perjuicios reclamados en la demanda

Aunque se ha acreditado que María Carolina Martínez Flórez infringió ciertos deberes a su cargo como administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S., es pertinente señalar que tales infracciones no dan lugar, automáticamente, a la indemnización de perjuicios solicitada por el demandante. Para tales efectos, es indispensable que se compruebe la existencia de un detrimento patrimonial que sea imputable, en forma directa, a las actuaciones positivas de gestión y administración de la demandada que fueron censuradas. Esos perjuicios, además, deben haberse causado en forma directa al patrimonio de quien los reclama, pues de lo contrario, esta persona carecería de legitimación en la causa para solicitar su reconocimiento. Es decir que la simple verificación de infracciones a los deberes de los administradores no exonera al demandante de la carga de acreditar, detalladamente, la relación entre los incumplimientos y los perjuicios que se solicitan, así como su generación directa.

En el presente proceso, el apoderado del demandante solicitó el reconocimiento de perjuicios a título de daño emergente y lucro cesante. El daño emergente consiste en el 50% de los ingresos generados por los arrendamientos del bien inmueble de propiedad de Rafael Martínez S.A.S., así como en los perjuicios derivados del uso del vehículo de la sociedad. Por su parte, como lucro cesante se solicitó la actualización de las sumas causadas por tales conceptos a la fecha, junto con los intereses moratorios desde la presentación de la demanda. Así mismo, de forma subsidiaria, se ha solicitado el pago de los mismos perjuicios pero en favor de Rafael Martínez S.A.S.

A pesar de lo anterior, el Despacho desestimarás las pretensiones de condena. Por un lado, los perjuicios derivados de las actuaciones censuradas se causaron directamente a la compañía. Ciertamente, la utilización y apropiación indebida de recursos sociales genera impacto directo al patrimonio de la sociedad y, apenas indirectamente, a los accionistas. Lo propio ocurre en relación con la infracción al deber de llevar la contabilidad social en debida forma y de rendir cuentas.³¹ En este sentido, no debe perderse de vista que, como lo ha explicado esta Delegatura en varias oportunidades, “los asociados oprimidos no podrían solicitar una indemnización a título personal con base en el daño irrogado al patrimonio social, puesto que se trataría de perjuicios indirectos, cuya reclamación es inviable en nuestro sistema”.³²

31 Sobre el particular, debe resaltarse que el artículo 56 del Decreto 2649 de 1993 exige que los hechos económicos se registren en libros, con fundamento en comprobantes debidamente soportados. En igual sentido, el artículo 123 del mismo decreto prevé que estos hechos “deben documentarse mediante soportes, de origen interno o externo, debidamente fechados y autorizados por quienes intervengan en ellos o los elaboren”, los cuales “deben adherirse a los comprobantes contables o, dejando constancia en estos de tal circunstancia, conservarse archivados en orden cronológico”. De otra parte, según los términos del artículo 37 de la Ley 1258 de 2008, “tanto los estados financieros de propósito general o especial, como los informes de gestión y demás cuentas sociales deberán ser presentadas por el representante legal a consideración de la asamblea general de accionistas para su aprobación”.

32 Cfr., por ejemplo, la sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016. Así mismo, en palabras de Suescún Melo, “si se produjo un daño a la sociedad afectando directamente su patrimonio y esta afectación golpeó consecuentemente al accionista, sólo habrá una acción social y no podrá ejercerse ninguna acción individual por parte de los accionistas, pues la acción sólo corresponde a la persona jurídica que es la que ha sufrido el perjuicio, debiendo ejercer esa acción a través de sus representantes. En efecto, el accionista, por el solo hecho de serlo, no tiene facultad de representar a la sociedad y las acciones sociales han de ser ejercidas por los mandatarios de la persona jurídica”. J Suescún Melo, Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo II (1996, Bogotá D.C., Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes) 320.

Ahora bien, tampoco puede considerarse que los perjuicios al demandante provienen de los dividendos que habría recibido si se hubieran distribuido las utilidades percibidas por concepto de los contratos de arrendamiento en cuestión. Sobre el particular, este Despacho también se ha manifestado en el sentido de que no es posible ordenar el pago de dividendos por determinada suma, si el máximo órgano social no se ha pronunciado sobre la distribución de utilidades. Al respecto, Reyes Villamizar ha sostenido que “para poder determinar cuál será el monto de utilidades que recibirá cada socio o accionista en un ejercicio social, es preciso cumplir un procedimiento de naturaleza contable mediante el cual se le restan a las ganancias obtenidas por la sociedad una serie de rubros definidos en la ley y en los estatutos sociales”.³³ Con base en lo anterior, es precisamente que el máximo órgano social, con fundamento en el artículo 155 del Código de Comercio, se pronuncia sobre las utilidades repartibles, según un proyecto de distribución sometido a su consideración por el representante legal. La determinación de tales montos, o la decisión de no distribuir dividendos ante la inexistencia de utilidades repartibles, sin embargo, es un asunto del resorte eminentemente interno de la sociedad que no corresponde definir al Despacho.³⁴

En esa medida, tampoco podría declararse responsable a la demandada por esta circunstancia, toda vez que en el presente caso la asamblea general de accionistas de Rafael Martínez S.A.S. ni siquiera se ha pronunciado sobre distribución de utilidades alguna. Aunque ello parece obedecer a que la compañía no cuenta con un representante legal formalmente designado que convoque a la reunión, la ley prevé ciertos mecanismos para que los asociados se reúnan sin necesidad de convocatoria, como ya se indicó previamente. En cualquier caso, este Despacho compulsará copias a la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia para que adopte las medidas que correspondan.

Por las razones expuestas, no es procedente ordenar una indemnización de perjuicios a favor del demandante con base en las actuaciones censuradas.

De otra parte, aunque la indemnización de perjuicios también ha sido solicitada a favor de la sociedad, lo cierto es que la única vía prevista en la ley para tales efectos es la acción social de responsabilidad, sujeta en todos los casos a su aprobación por parte del máximo órgano social en los términos del artículo 25 de la Ley 222 de 1995. En el presente proceso, sin embargo, no se acreditó que se hubiera impartido dicha aprobación, de manera que habrá de concluirse que el demandante carece de legitimación en la causa para solicitar el reconocimiento de perjuicios a favor de la compañía.

[...]

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

33 FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tomo I, 3ª Ed. (2017, Bogotá D.C., Editorial Temis) 557.

34 En palabras de Martínez Neira, “[la realización de las utilidades] depende del interés colectivo de la sociedad, expresado en la asamblea de accionistas, la que puede optar —con las mayorías de ley— por no distribuir las o incrementar las reservas patrimoniales o apropiarse partidas para readquirir acciones de la misma sociedad [...]”. NH Martínez Neira, *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, 1ª Ed. (2010, Buenos Aires, AbeledoPerrot S.A.) 230.

Resuelve

Primero. Declarar que María Carolina Martínez Flórez es administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S. desde el 17 de noviembre de 2014, según los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo. Declarar que María Carolina Martínez Flórez, en su calidad de administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S., incumplió el deber general de lealtad consagrado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el deber específico previsto en el numeral 2 del mismo artículo.

Tercero. Declarar que Sebastián Agustín Martínez Arango carece de legitimación en la causa para solicitar el pago de perjuicios a favor de Rafael Martínez S.A.S.

Cuarto. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Quinto. Oficiar a la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades, a efectos de que realice las actuaciones de carácter administrativo que correspondan según las consideraciones expuestas en esta sentencia, de ser ello procedente.

Sexto. Condenar en costas a la demandada y fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

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

Sentencia n.º 2019-01-171111 del 29 de abril de 2019

Partes	Nora Lucía Ríos Sáenz y Carlos Alfredo Ríos Sáenz contra Alfredo José Ríos Azcarate y otros
Asunto	Responsabilidad de los administradores. Operaciones viciadas por conflicto de interés.

Consideraciones del Despacho

1. Hechos

Previo al análisis de las pruebas recaudadas en el curso del presente proceso, es preciso aludir brevemente a los antecedentes fácticos que dieron lugar a la presentación de esta demanda.

La compañía Ara Limitada fue constituida mediante escritura pública n.º 1594 del 27 de diciembre de 1976 de la Notaría Segunda del Circuito de Buga por Alfredo José Ríos Azcarate y sus hijos Nora Lucía Ríos Sáenz, Carlos Alfredo Ríos Sáenz y Luz Helena Ríos Sáenz. Posteriormente y por escritura pública n.º 804 otorgada el 6 de julio de 1977 por la Notaría Segunda de Cali, la señora Nohora Sáenz Salcedo, fue vinculada en calidad de socia.

En la reunión de Junta de Socios del 28 de agosto de 2014 y según consta en el acta n.º 29, se aprobó la “venta del carro [con placas] n.º CWS 013 BMW campero azul monaco metalizado particular a la señora Diana María Salgado”. No obstante lo anterior, la compraventa se llevó a cabo con la señora Maria Lucero Salazar sin la debida autorización del máximo órgano social.

Posteriormente en el año 2016, época en la que el señor Ríos Azcarate era el representante legal de Ara Limitada., mediante documento del 23 de agosto de 2016, éste cedió a su favor “el contrato de cuentas en participación celebrado el 28 de [abril] de 2011 entre Manuelita S.A. y Ara Ltda.

De igual forma, transfirió a su nombre —a título de compraventa— los bienes inmuebles de propiedad de la sociedad, denominados “Lote de Terreno rural n.º 2 “Santa Mónica Dos”, ubicado en la vereda el Zanjón Hondo del Municipio de Buga, distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 373-99535 [y] Lote de Terreno urbano distinguido como Lote B junto con su casa de habitación de dos pisos, ubicado en la Carrera 14 No. 1 - 37 de la ciudad de Buga, distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 373-16957”. Lo anterior, según consta en escritura pública n.º 1434 del 24 de agosto de 2016 de la Notaría Veintidós de Cali.

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, el Despacho entrará a analizar cada uno de los cargos formulados en contra del señor Alfredo José Ríos Azcarate.

2. Acerca de la calidad de administrador de Alfredo José Ríos Azcarate

Según las pruebas consultadas por el Despacho, Alfredo José Ríos Azcarate ejerció el cargo de representante legal desde el mes de diciembre de 1976. Sin embargo y según consta en acta n.º 30 del 12 de marzo de 2015, el señor Carlos Alfredo Ríos Sáenz fue nombrado como nuevo gerente cargo que ocupó hasta que esta Superintendencia profirió la sentencia n.º 800-000071 del 03 de agosto de 2016, mediante la cual este Despacho resolvió, entre otros, [advertir la ineficacia respecto de las decisiones adoptadas por la junta de socios de Ara Ltda. durante las reuniones celebradas el 12 de marzo (...) de 2015, según consta en [acta] n.º 30].

Así pues, los elementos probatorios descritos en el párrafo anterior son suficientes para que el Despacho pueda concluir que el Alfredo José Ríos Azcarate ejerció, efectivamente, el cargo de administrador de Ara Limitada a partir del 3 de agosto de 2016, fecha en la cual cobró ejecutoria la sentencia que declaró ineficaz el acto mediante el cual se habría aprobado su reemplazo. En consecuencia, durante su gestión como representante legal de la compañía, el señor Ríos Azcarate se encontraba sujeto al régimen de deberes y responsabilidades contenido en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995.

3. Acerca del conflicto de interés en la compraventa de los bienes inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias n.º 373-99535 y 373-16957 de la oficina de instrumentos públicos de Guadalajara de Buga

Tal como se indicó previamente, en agosto del 2016 el señor Alfredo José Ríos, en su calidad de administrador, transfirió a su nombre —a título de compraventa— los inmuebles de propiedad de Ara Limitada denominados “Lote B” y “Santa Monica Dos”. En criterio de los demandantes, se habría violado el régimen colombiano en materia de conflicto de interés, toda vez que el señor Ríos Azcarate debía contar con una autorización del máximo órgano social para poder, en su calidad de representante legal, transferir la propiedad de los referidos inmuebles a su nombre.

Por su parte, en su defensa las apoderadas de los señores Alfredo José Ríos Azcarate y Maria Lucero Salazar Castillo, manifestaron que fue cierta la compraventa realizada por el señor Ríos Azcarate sobre los predios aquí referidos, sin embargo, dichas actuaciones surgieron debido a “la inminente necesidad que tenía el señor ALFREDO JOSÉ RÍOS AZCÁRATE de sobrevivir por su propia cuenta.” Declara que con los “frutos civiles y naturales del predio distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 373-99535, han logrado sobrevivir” igualmente y basado en su aparente situación precaria, indica que [este] se vio obligado “a vender la casa distinguida con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 373-16957”. Respecto del pago de los referidos bienes, manifiesta que se hizo una dación en pago de “una deuda a cargo de Ara Limitada y a favor de Alfredo José Ríos Azcarate”.

Para empezar y a la luz de lo previsto por numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, el Despacho debe advertir que la participación de los administradores 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, constituye una violación al deber de lealtad, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley

222 de 1995. Y es que, en caso de no obtener la anuencia del máximo órgano social para la participación en operaciones viciadas por esta clase de conflictos, tales negocios jurídicos deberán ser objeto de revisión judicial. Sobre el particular, esta Delegatura ha precisado en diversos pronunciamientos que, “existen circunstancias que podrían llevar al Despacho a examinar las decisiones que tomen los administradores en la gestión de los negocios sociales [este] 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”.¹

Por otro lado, el artículo 4° del Decreto 1925 de 2009, prevé que a través de proceso judicial se podrá obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados, en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Además, una vez 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 vista de que se ha invocado una presunta infracción al régimen colombiano de conflicto de interés, el Despacho estima pertinente precisar que en la legislación colombiana no existe una definición legal que permita determinar cuándo se produce un conflicto de esta naturaleza en el contexto societario.² Este vacío es bastante problemático para los administradores en tanto tales sujetos no cuentan con absoluta claridad acerca de las hipótesis que pueden dar lugar a un conflicto de tal naturaleza. 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.³ Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido.

Así, pues, para resolver la controversia suscitada entre las partes, se hace necesario establecer si el señor Ríos Azcarate en su calidad de representante legal de Ara Ltda., estaba incurrido en un conflicto de interés al momento de realizar la compraventa de los bienes inmuebles “Lote B” y “Santa Mónica Dos” de propiedad de Ara Limitada a sí mismo.

Por lo demás, con motivo de las referidas compraventas, el señor Ríos Azcárate en su calidad de representante legal estaba obligado legalmente a velar por los mejores intereses de la sociedad. Al mismo tiempo, es evidente que el demandado contaba con importantes incentivos para salvaguardar sus propios intereses y el traspasar los bienes a su nombre, lo que da lugar a que se presente la hipótesis regulada en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Esta circunstancia, de acuerdo con las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, es suficiente para comprometer el juicio objetivo de las per-

1 Cfr. Superintendencia de Sociedades, auto n.° 800-5205 del 9 de abril de 2014.

2 Si bien en la legislación colombiana no se ha definido la expresión “conflicto de interés”, en la doctrina especializada pueden encontrarse algunas aclaraciones relevantes. Cfr. por ejemplo, a FH Reyes Villamizar, SAS La Sociedad Por Acciones Simplificada, 3a Ed. (2013, Bogotá D.C., Editorial Legis) 161 y a NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario. Regulación Comercial y Bursátil de los Contratos Societarios, 2ª Ed. (2014, Bogotá, Editorial Legis) 193.

3 Id.

sonas que tienen a su cargo la administración de una compañía. En este sentido, el señor Ríos Azcarate, estaba obligado a obtener la autorización a la que hace el referido artículo.

No obstante lo anterior, de los documentos que obran en el expediente no existe acta del máximo órgano social de la compañía en la que conste la autorización al señor Ríos Azcarate para celebrar dichos negocios. Lo anterior fue constatado por la señora Nora Lucia Ríos y Carlos Alfredo Ríos en su calidad de socios de Ara Limitada al momento de rendir su interrogatorio de parte.

En este orden de ideas, es evidente que las actuaciones infringieron las reglas previstas en nuestro ordenamiento en materia de conflictos de interés, por lo que este Despacho decretará la nulidad absoluta de todos los actos por cuya virtud adquirió el dominio sobre los inmuebles antes referidos. En consecuencia, quedará obligado a restituirle Ara Ltda. la propiedad sobre los bienes inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias n.º 373-99535 y 373-16957. Con esta orden se busca darle cumplimiento a lo previsto en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 en el sentido de restituir “las cosas a su estado anterior”. Ha de aclararse que en el presente caso no existirán restituciones mutuas,⁴ por cuanto tal y como quedó comprobado, Ara Ltda. nunca recibió el pago del precio pactado tal como lo afirmaron los demandantes y el señor Carlos Arturo García, quien era contador para de compañía para el momento de los hechos, en sus declaraciones del 26 de abril de 2019.

Por lo demás, si bien se argumenta que hubo una dación en pago por unos pagarés emitidos por Ara Limitada a favor del señor Ríos Azcarate, no obra en el expediente prueba que demuestre la existencia de los pagarés ni de alguna deuda por parte de la sociedad en favor del referido señor que pudiera dar origen a estos. Por otro lado, el señor Carlos Arturo García, contador de la sociedad para el 2016, manifestó en su declaración, que no existió ninguna deuda a favor del señor Ríos Azcarate y que nunca tuvo conocimiento de la expedición de los referidos pagarés. En ese orden de ideas, no habrá lugar a restituciones mutuas. No sobra precisar que aun cuando se fuera a realizar una dación en pago por la posible existencia de una deuda de Ara Limitada a Favor de Alfredo José Ríos Azcarate, esta decisión también debía ser aprobada por la Junta de Socios.

Finalmente, en el evento en que no se hiciera posible la restitución del bien identificado con folio de matrícula inmobiliaria n.º 37316957 de la oficina de instrumentos públicos de Guadalajara de Buga, por haber sido transferido a terceros que puedan ser considerados como poseedores de buena fe, este Despacho condenará al pago del valor equivalente del bien respectivo por parte Alfredo José Ríos Azcarate.

4. Acerca del conflicto de interés en la venta del vehículo de placa CWS013

Los demandantes han controvertido la celebración de la venta del automotor de placas CWS 013, marca B.M.W., modelo 2010, efectuada por Ara Ltda. a favor de Maria Lucero Salazar Castillo. Al respecto, no es claro para el Despacho las situaciones de tiempo modo

4 Cfr. Código de Comercio, artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

y lugar que dieron origen a la citada compraventa, pues no denota la demanda hechos concretos –facticos ni jurídicos– que le sirvan de fundamento a la citada pretensión.

No obstante, una vez revisadas las pruebas disponibles, el Despacho pudo establecer que mediante acta n.º 29 del 28 de agosto de 2014, el máximo órgano social de Ara Limitada, otorgó autorización para efectuar la venta del vehículo en cuestión, a favor de Diana Maria Salgado Salazar. Sin embargo, para este Despacho es claro, tal y como se aprecia en el Certificado de Tradición expedido por la Secretaria de Tránsito y Transporte del Municipio de Santiago de Cali, que el señor Ríos Azcarate efectuó el traspaso de la propiedad del vehículo de placas CWS013, a favor de Maria Lucero Salazar Castillo, su esposa desde el año 2014 y que según manifestaciones obtenidas en audiencia del 26 de abril de 2019, rendidas por el señor Carlos Arturo García, el dinero generado por dicha compraventa nunca ingreso a las cuentas de la sociedad.

A la luz de las anteriores consideraciones, y aunque el máximo órgano social adoptó la decisión que venderle el carro a Diana Maria Salgado, lo cierto es que este negocio no se llevó a cabo. Si el señor Ríos Azcarate, en representación de Ara Limitada, quería venderle el carro a María Lucero Salazar, debió contar con una autorización expresa del máximo órgano social para este negocio.

Como se manifestó en el punto anterior, y en atención a que este Despacho debe buscar establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada, para el Despacho es claro con motivo de las referidas compraventas, el señor Ríos Azcarate en su calidad de representante legal estaba obligado legalmente a velar por los mejores intereses de la sociedad. Al mismo tiempo, es evidente que el demandado contaba con importantes incentivos para salvaguardar sus propios intereses y el de su esposa, lo que da lugar a que se presente la hipótesis regulada en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Esta circunstancia, de acuerdo con las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, es suficiente para comprometer el juicio objetivo de las personas que tienen a su cargo la administración de una compañía. En este sentido, el señor Ríos Azcarate estaba obligado a obtener la autorización a la que hace referencia el referido artículo.

Ante este escenario y atendiendo los mandatos normativos establecidos, se evidencia que la operación reseñada si representó un conflicto de interés, por lo que el Despacho declarara la nulidad absoluta solicitada por los demandantes.

5. Acerca del conflicto de interés en la cesión del contrato de cuentas en participación celebrado entre Manuelita S.A. y Ara Limitada

Sobre este punto se pone de presente que según lo establecido en el hecho vigésimo sexto de la reforma de la demanda, el cual fue aceptado por Alfredo José Ríos Azcarate en la correspondiente contestación, “el señor Alfredo José Ríos Azcarate tuvo a bien cederse a sí mismo mediante documento privado suscrito el 23 de agosto de 2016, e igualmente sin autorización de la Junta de Socios, el contrato de cuentas en participación celebrado el 28 de abril de 2011 entre Manuelita S.A. y Ara Limitada”. De igual forma, la señora María Lucero Salazar, al rendir su interrogatorio, manifestó que dicho contrato se había cedido y que, en virtud de este, se le consignaba a su cuenta una suma de aproximadamente seis millones de pesos mensuales.

Así las cosas, como se ha venido manifestando a lo largo de la presente sentencia, y en atención a que este Despacho debe buscar establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada, para el Despacho es claro con motivo de la referida cesión, que el señor Ríos Azcárate en su calidad de representante legal estaba obligado legalmente a velar por los mejores intereses de la sociedad. Al mismo tiempo, es evidente que el demandado contaba con importantes incentivos para salvaguardar sus propios intereses y el de su esposa, lo que da lugar a que se presente la hipótesis regulada en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Esta circunstancia, de acuerdo con las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, es suficiente para comprometer el juicio objetivo de las personas que tienen a su cargo la administración de una compañía. En este sentido, el señor Ríos Azcarate estaba obligado a obtener la autorización a la que hace referencia el referido artículo.

No obstante lo anterior, debe advertirse que dentro de las pretensiones de la demanda no se encuentra la de declarar el conflicto de interés en esta operación ni la nulidad de este acto de cesión, por lo cual el Despacho no se podrá pronunciar sobre los mismos.

6. De la indemnización de perjuicios

Aunque en la demanda se ha solicitado una indemnización de perjuicios a favor de Ara Ltda., los cuales se han tasado en la suma de \$2.155.356.000, y cuya prueba se fundaría en la escritura pública n.º 1434 del 24 de agosto de 2016 de la Notaria 22 de Cali, las reglas vigentes en materia de responsabilidad de administradores no le permiten al Despacho decretar la indemnización reclamada. Ello obedece a que las conductas cuestionadas por los demandantes, tuvieron la virtualidad de lesionar en forma directa el patrimonio de Ara Ltda. y apenas indirectamente el de sus socios.

En este sentido, no debe perderse de vista que, como lo ha explicado esta Delegatura en varias oportunidades, “los asociados oprimidos no podrían solicitar una indemnización a título personal con base en el daño irrogado al patrimonio social, puesto que se trataría de perjuicios indirectos, cuya reclamación es inviable en nuestro sistema”.⁵ Es así como, “si se produjo un daño a la sociedad afectando directamente su patrimonio y esta afectación golpeó consecuentemente al socio, sólo habrá una acción social y no podrá ejercerse ninguna acción individual por parte de los accionistas, pues la acción sólo corresponde a la persona jurídica que es la que ha sufrido el perjuicio, debiendo ejercer esa acción a través de sus representantes. En efecto, el socio, por el solo hecho de serlo, no tiene facultad de representar a la sociedad y las acciones sociales han de ser ejercidas por los mandatarios de la persona jurídica. Y tampoco puede el accionista actuar en su propio nombre, pues se

5 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016. Así mismo, en palabras de Suescún Melo, “si se produjo un daño a la sociedad afectando directamente su patrimonio y esta afectación golpeó consecuentemente al accionista, sólo habrá una acción social y no podrá ejercerse ninguna acción individual por parte de los accionistas, pues la acción sólo corresponde a la persona jurídica que es la que ha sufrido el perjuicio, debiendo ejercer esa acción a través de sus representantes. En efecto, el accionista, por el solo hecho de serlo, no tiene facultad de representar a la sociedad y las acciones sociales han de ser ejercidas por los mandatarios de la persona jurídica”. Cfr. J. Suescún Melo, Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo II, N.º 76 Serie Biblioteca Cámara de Comercio de Bogotá (1996, Bogotá D.C., Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes) 320.

trataría del ejercicio de una acción individual que sólo se le otorga cuando el perjuicio que ha experimentado es personal, particular y no social”.⁶

Ahora bien, tampoco puede considerarse que los perjuicios sufridos por los demandantes provengan de los dividendos que habrían recibido si la compañía no hubiera sufrido pérdidas con ocasión de los contratos celebrados por su exrepresentante legal en detrimento del patrimonio de la sociedad. En efecto, tales perjuicios habrían impactado directamente las utilidades de la compañía, y apenas indirectamente los dividendos de los asociados. A ello debe sumarse que no es posible concluir con certeza que tales perjuicios se hayan producido, pues las sumas repartibles a título de dividendos resultan, necesariamente, de una decisión del máximo órgano social, con sujeción a las reglas sobre la materia. En esa medida, es posible que se reparta apenas una porción de las utilidades generadas o, simplemente, que se apruebe una retención de tales sumas. En otras palabras, la infracción al deber del administrador que fue acreditada en el proceso afecta directamente el patrimonio de la compañía y esta afectación podría golpear, consecuencial pero indirectamente, el patrimonio de los accionistas mediante la pérdida del valor intrínseco de su acción.⁷

A la luz de las anteriores consideraciones, se desestimarán las pretensiones tercera, cuarta, quinta y sexta de la demanda.

Finalmente, el despacho encuentra necesario hacer referencia sobre las manifestaciones hechas por la apoderada Alfredo José Ríos Azcarate y Maria Lucero Salazar Castillo, respecto a la improcedencia de la nulidad absoluta de los actos celebrados en conflicto de interés.

Ha indicado la apoderada de los demandados que el demandante debió solicitar la nulidad relativa de los contratos, por cuanto según sus manifestaciones, los actos ejecutados por el señor Alfredo José Ríos Azcarate, podrían sanearse por la ratificación de las partes, en dicho sentido y debido a que los demandantes no plantearon sus pretensiones bajo este contexto normativo, solicita sean rechazadas todas y cada una de las pretensiones planteadas.

Como primera medida, es importante aclarar que las pretensiones elevadas en el presente litigio, como ya se ha dicho, buscan controvertir la responsabilidad de Alfredo José Ríos Azcarate por el incumplimiento de los deberes que le corresponden como administrador de Ara Ltda. En razón de lo anterior, el Despacho establece con claridad cuáles son las normas que predica el demandante se han visto violadas con las actuaciones del señor Ríos Azcarate, en particular, lo reglamentado por el numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995 en concordancia con lo dispuesto por el artículo 4° del Decreto 1925 de 2009, el cual prevé que a través de proceso judicial se podrá obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados, en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, además reglamenta, que una vez declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior.

6 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016. También Cfr. J. Suescún Melo, Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo II, N.º 76 Serie Biblioteca Cámara de Comercio de Bogotá (1996, Bogotá D.C., Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes) 320.

7 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016 y Sentencia 800-26 del 13 de abril de 2016.

Así las cosas, resulta claro que las normas aplicables en el presente litigio, refieren lo especial y no lo general, pues como se ha dicho en jurisprudencia aplicable “la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”,⁸ en consecuencia, y atendiendo las especialísimas facultades que la ley le ha otorgado a esta jurisdicción, este Despacho no accederá a la petición planteada.

[...]

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

Resuelve

Primero. Declarar que Alfredo José Ríos Azcarate, actuó en conflicto de interés, incumpliendo el deber consagrado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, al transferir a su favor el dominio de los bienes inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias n° 373-99535 y 373-16957 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Guadalajara de Buga.

Segundo. Declarar la nulidad absoluta de los contratos de compraventa de los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias n° 373-99535 y 373-16957 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Guadalajara de Buga contenidos en la Escritura Pública n.° 1434 celebrados el 24 de agosto de 2016 de la notaria veintidós del circulo de Cali.

Tercero. Disponer la cancelación del registro de la escritura pública de venta 1434 del 24 de agosto de 2016 en los folios de matrícula de los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias n° 373-99535 y 373-16957 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Guadalajara de Buga.

Cuarto. De no ser posible la restitución del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria n.° 373-16957 de la oficina de instrumentos públicos de Buga, ordenarle a Alfredo José Ríos Azcarate, el pago del valor equivalente del bien respectivo, según los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia, junto con los intereses bancarios corrientes calculados desde la fecha de celebración del respectivo contrato de compraventa y hasta la fecha de su pago.

Quinto. Declarar que Alfredo José Ríos Azcarate, actuó en conflicto de interés, incumpliendo el deber consagrado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, al transferir a nombre de Maria Lucero Salazar Castillo el vehículo de placa CWS 013.

Sexto. Declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa del vehículo identificados con placa CWS 013, cuyo traspasó se realizó el 26 de agosto de 2014.

Séptimo. Oficiar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Guadalajara de Buga, a efectos de que realice las anotaciones pertinentes en el certificado de tradición

⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-005-96 del 18 de enero de 1996, M.P Jose Gregorio Hernandez Galindo.

y libertad de los bienes inmuebles identificados con folios de matrícula n.º 373-99535 y 37316957.

Octavo. Oficiar a la Notaría Veintidós del círculo de Cali para que cancele la Escritura Pública n.º 1434 celebrados el 24 de agosto de 2016.

Noveno. Oficiar a la secretaria de tránsito y transporte del municipio de Santiago de Cali para que cancele el traspaso del vehículo con placas CWS 013 que hizo Ara Limitada a María Lucero Salazar realizado el 26 de agosto de 2014.

Décimo. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Décimo primero. Condenar en costas a la parte demandada y fijar como agencias en derecho a favor del demandante, la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

Sentencia n.º 2019-01-289510 del 29 de julio de 2019

Partes	La Mesa de los Señores SDLR Sucursal Colombia contra Eric Rene Lassure y otros
Asunto	Responsabilidad de los administradores. Deberes de los administradores. Operaciones viciadas por conflicto de interés. Desvío de recursos.

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante este Despacho está orientada a controvertir la responsabilidad de Eric Rene Lassure, Georges Albedin y Dominique Dorison, por la infracción de los deberes que le correspondían como antiguos administradores de La Mesa de Los Señores SDLR Sucursal Colombia. 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, la demandante sostuvo que existieron presuntas irregularidades relacionadas con el manejo de la contabilidad, gastos excesivos personales y de representación, pagos injustificados por concepto de honorarios y las presuntas operaciones de mutuo celebradas por los administradores, no autorizadas por la sociedad matriz. Por otro lado, manifiesta que los señores Lassure, Albedin y Dorison, incurrieron en actos de competencia, en violación directa de la prohibición contemplada en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 al constituir una compañía con el mismo objeto social de la sociedad demandante. Adicionalmente y como consecuencia de lo anterior, pretende que se declare la nulidad absoluta de las operaciones celebradas sin el cumplimiento de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la citada ley. De igual forma solicita se declare la nulidad de las actas 1 del 31 de marzo de 2014, y 9 del 31 de mayo de 2014. También, pretende se condene a pagar los correspondientes intereses moratorios, sobre las posibles condenas impuestas. Solicita la inhabilidad para ejercer el comercio de los demandados y finalmente requiere se ordene a los antiguos administradores, presentar la información financiera y contable debidamente soportada durante los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014.

Por los anteriores incumplimientos, la asamblea general ordinaria de socios de La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores SARL) aprobó la acción social de responsabilidad en contra de los demandados, durante la reunión ordinaria celebrada el 5 de enero de 2015.

Por su parte, el apoderado del señor Eric Rene Lassure afirmó que no es cierto “que las actividades relacionadas con la administración, dirección y gerencia, (...) requerían de la autorización de la casa matriz para [ser desarrolladas] ya que [existía] un poder otorgado directamente por la casa matriz y el gerente [Franck Jean Claude Daval]”. En dicho sentido el poder otorgado “inicialmente facilitaba el cumplimiento de actividades para el desarrollo de la [sociedad] lo que permitía el cumplimiento de obligaciones, pagos, gastos, ventas, comisiones para el buen desarrollo de la entidad [no obstante] (sic) se rendía informe al gerente general de la casa matriz quien también [avalaba] los gastos.” Con respecto

a los estados financieros de los años “2009, 2010, 2011, 2012 y 2013” manifiesta que los mismos fueron conocidos por el contador y el revisor fiscal y aprobados por la asamblea general ordinaria de accionistas. Para el año 2014 “no tuvo la oportunidad de presentar informes por su destitución irregular”. El apoderado manifestó que el señor Lassure actuó bajo las normas legales, contables, comerciales y civiles vigentes en Colombia.

Por otro lado, el apoderado del señor Georges Albendin, a lo largo del escrito de contestación de la demanda, afirmó que su poderdante es accionista de La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores SARL) y que nunca ejerció el cargo de representante legal de la sucursal. Señaló que fue cierto que al señor Albendin “le fue conferido un poder por parte del señor Eric Lassure pero el ejercicio del poder no [implicaba] funciones de gerente y representante legal”. A su vez, indicó que en su calidad de accionista de La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores) participaba “en el comité oficial denominado CODIR (Comité de Dirección) donde los socios colaboraban con la sociedad en los asuntos de su conocimiento y experiencia”. De igual manera, expuso que los estados financieros eran responsabilidad de la administración y “su poderdante solo ejerció un mandato limitado mas no la representación legal de la entidad”.

En la contestación de la demanda el apoderado del señor Dominique Dorison, manifestó que, su poderdante “nunca fue representante legal de la demandante, ni estuvo a cargo de temas contables ni fue responsable de los estados financieros.”. Indica que el señor Dorison “ingresó como accionista de [La Table Des Seigneurs SARL], sociedad de nacionalidad francesa propietaria de la sucursal [La Mesa de Los Señores SDRL Sucursal Colombia] el día 12 marzo de 2012”, indicando que su nombramiento no “fue legalmente hecho y registrado en la cámara de comercio por lo tanto nunca pudo ejercer el cargo de Gerente de la sucursal [La Mesa De Los Señores SDRL Sucursal Colombia]”, además, manifestó que no recibió remuneración, utilidad o beneficio económico por parte de la sucursal.

Finalmente, en lo que respecta a la Parte de Los Ángeles S.A.S expuso algunas manifestaciones frente los cargos expuestos por el demandante, los cuales serán tenidos en cuenta a la hora de efectuar el análisis del cargo respectivo.

Dicho esto, el Despacho encuentra pertinente, en primer lugar, resolver la tacha propuesta por el apoderado de la demandante, en audiencia del 23 de agosto de 2018, para luego examinar la calidad de administrador que detenta cada uno de los demandados, con el fin de verificar la aplicabilidad o no del régimen de deberes y responsabilidades a que están sometidos los administradores, de conformidad con lo establecido por el artículo 22 de la ley 222 de 1995.¹

1 “En efecto, por tratarse de normas de carácter restrictivo, es natural que su aplicación no pueda hacerse extensiva por vía analógica a las personas que no están señaladas de forma expresa como sujetos de dicha regulación. Ello significa, así mismo, que los demás funcionarios responderán por los perjuicios que ocasione su actuación, de acuerdo con los principios que gobiernan el régimen general de la responsabilidad”. Cfr. FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 3ª Ed. (2016, Bogotá D.C., Editorial Temis) 670.

I. Acerca de la calidad de administrador de los demandados

1. Del señor Eric Rene Lassure

Según las pruebas consultadas por el Despacho, Eric Rene Lassure fue designado como representante legal en de la Mesa de Los Señores Sucursal Colombia el 9 de marzo de 2009, por la asamblea general ordinaria de accionistas de La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores SARL), la cual fue elevada a escritura pública n.º 0437 del de la Notaría 77 del Circulo de Bogotá. Igualmente, se pudo corroborar que el demandado tuvo a su cargo la gestión administrativa de la compañía, entre los años 2009 y 2014, hasta la fecha de la inscripción de su remoción definitiva, el 18 de diciembre de 2014.²

Así pues, los elementos probatorios descritos en el párrafo anterior son suficientes para que el Despacho pueda concluir que el demandado ejerció, efectivamente, el cargo de administrador de la Mesa de Los Señores Sucursal Colombia. En consecuencia, durante el término de su gestión como representante legal de la compañía, el señor Lassure se encontraba sujeto al régimen de deberes y responsabilidades contenido en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995.

2. Del señor Georges Albedin

Para determinar la calidad que detenta el señor Albedin, y establecer si le es o no aplicable el estatuto de los administradores, es preciso formular algunas consideraciones sobre la materia.

De acuerdo con la norma mercantil, y expresamente por el artículo 263 del código de Comercio, las sucursales están definidas como establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

Bajo este contexto, debe decirse que la sucursal nacional o extranjera, no es un ente autónomo distinto de la matriz, por cuanto no goza de personería jurídica independiente. Es así como las sucursales de sociedades extranjeras, que se incorporen al país para ejercer las actividades previstas en su objeto, por estar sometidas a la vigilancia de un ente gubernamental, deberán en su formación y funcionamiento, ajustarse a las leyes y decretos que regulan la actividad comercial. Valga anotar que la apertura de una sucursal no se reduce a la simple organización de un establecimiento de comercio, sino que requiere del cumplimiento de las normas señaladas de manera especial en el Título VIII del Libro Segundo del Código de Comercio.³

Ahora, bajo los parámetros establecidos por el artículo 263 le corresponde a este Despacho determinar si el mandato otorgado al señor Albedin, se enmarca dentro de las facultades otorgadas para representar la sucursal. La normatividad comercial define el contra-

2 Durante la asamblea general ordinaria de accionistas de La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores SARL) del 8 de diciembre de 2014, se revocó el nombramiento del señor Eric Lassure al cargo de representante legal. Tal decisión fue ratificada en asamblea del 5 de enero de 2015. A partir del 18 de diciembre de 2014, fue inscrita ante la Cámara de Comercio de Bogotá la revocatoria de su cargo.

3 Cfr. Superintendencia de Sociedades, oficio n.º 220-144806 del 26 de septiembre de 2018.

to de mandato como aquel “contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra” (Art. 1262). Como contrato, supone un acuerdo de voluntades entre el mandante y el mandatario, con o sin representación del mandante (artículo 1262, Inc. 2º del C. de Co.), en el entendido que el mismo “comprenderá los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento.” (Art. 1263 siguiente). En armonía con lo anterior el artículo 1332 del estatuto comercial, define la preposición como una forma de mandato “que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo”. La norma denomina a este tipo mandato “*Factor*”. Así las cosas, la figura Jurídica denominada factor, es ejercida por el encargado de la administración del establecimiento de comercio, con base en un contrato de mandato, denominado preposición.⁴ Así y una vez analizadas la estructura normativa que rige la materia discutida, el Despacho procedió a verificar el poder otorgado por Eric Lassure a Georges Albendin, elevado a escritura pública n.º 02249 del 9 de octubre de 2012 e inscrita en el registro mercantil, encontrando que el mandato fue otorgado para que representara a la sucursal de la sociedad a cuyo nombre actuaba, en todo lo concerniente a los asuntos que allí se detallaron, además de otorgar facultades de forma ilimitada, pues lo autorizó para “representar a la poderdante en todos los asuntos en que ésta [interviniera] directa o indirectamente, de manera que en ningún caso [quedarán] sin representación los negocios del interés de ésta”. Tales actos fueron materializados, como consta en documento dirigido al Banco de Bogotá, en el que elevó solicitud en calidad de representante legal de La Mesa de Los Señores SCLR Sucursal Colombia, hecho corroborado por el señor Albendin en interrogatorio de parte rendido en audiencia del 23 de agosto de 2018, así como en escrito denominado “Memorando de Información” en el que, conjuntamente con el señor Eric Lassure, proporcionó algunas instrucciones en calidad de gerente.

Por lo que este Despacho concluye, con base en los supuestos generales contenidos en el artículo 263 del Código de Comercio, que el señor Georges Albendin detento formalmente la calidad de administrador social, en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995, pues se inmiscuyo en una actividad tangible de gestión, administración o dirección de la sucursal. En esta medida procederá la aplicación del régimen de deberes y responsabilidades contenido en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995.

3. Del señor Dominique Dorison

Para establecer si el señor Dorison ha incumplido los deberes legales que le corresponden, es necesario examinar la calidad con la que el demandado actuó en curso de los actos que se le imputan, con el fin de determinar si, en su posible calidad de administrador, se produjeron infracciones al régimen de deberes de los administradores, a la luz de lo establecido en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

4 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia n.º SC11815-2016 del 6 de septiembre de 2016, M.P. Margarita Cabello Blanco, en la que expresó “por lo demás, en relación con los establecimientos de comercio de las sociedades, es de resaltar que sus administradores pueden ostentar, en virtud de la ley, poderes de representación de la sociedad titular de aquellos, que es el caso que se presenta con las sucursales, en donde, a voces del artículo 263 del Código de Comercio, y a diferencia de las agencias, el administrador tiene facultades para representar a la sociedad, advirtiéndose allí que “cuando en los estatutos no se determinen las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgárseles un poder por escritura pública o documento legalmente reconocido, que se inscribirá en el registro mercantil. A falta de dicho poder, se presumirá que tendrán las mismas atribuciones de los administradores de la principal”.

De acuerdo con las normas comerciales las sucursales son administradas por mandatarios con facultades para representar a la sociedad. A su turno la norma expresa que cuando no se “determinen las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgárseles un poder por escritura pública o documento legalmente reconocido, que se inscribirá en el registro mercantil. A falta de dicho poder se presumirá que tendrán las mismas atribuciones de los administradores de la principal”.⁵

Bajo los anteriores preceptos, este Despacho analizó el contenido probatorio allegado, encontrando que a folio 155 reposa la certificación suscrita por el señor Dorison quien firma en calidad de representante legal suplente, así como la existencia del acta n.º 9, emitida por la “asamblea extraordinaria general de accionistas La Mesa De Los Señores SDRL Sucursal Colombia” en la que se designa al señor Dorison en calidad de gerente general de la misma. No obstante lo anterior, el Despacho no evidencia que se hubiesen integrado los requisitos necesarios para determinar que el demandado actuó en calidad de mandatario o representante legal de la sucursal, pues no consta en el expediente documento que así lo acredite, ni poder que confiera dichas facultades.

En lo relacionado con el acta n.º 9, y una vez analizadas las conclusiones expuestas en el dictamen pericial decretado por este Despacho en audiencia celebrada el 2 de agosto de 2018, se determinó que la firma puesta en el documento analizado “era de autoría anónima” pues “[la] rúbrica manuscrita legible en documento sobre la leyenda Dominique Dorison en documento folio 1707 de fecha 03-05-2014 del proceso 2016-800-00067, no [pertenece] al normal y consciente desenvolvimiento manuscritural de Dominique Frederic Albert Dorison Cédula de extranjería 232126”. Por lo anterior este Despacho concluye entonces que la aceptación al cargo que se aduce en la demanda, no tendría validez, pues la actuación que dio lugar a dicho manuscrito, sería inexistente. Además, el Despacho advierte que la fecha de creación fue anterior a la aparente designación que se cita en este caso.

Así las cosas, las circunstancias previamente expuestas permiten concluir al Despacho que el señor Dominique Dorison no ejerció la calidad de administrador de La Mesa De Los Señores Sucursal Colombia, por lo que no procederá el análisis de los cargos a él imputados, ni la aplicación de las sanciones propias por las posibles actuaciones que como administrador hubieran podido irrogarse, de conformidad con lo establecido en las disposiciones propias del artículo 23 de la ley 222 de 1995.⁶

Atendiendo los anteriores presupuestos y por sustracción de materia, el Despacho se abstendrá de emitir pronunciamiento alguno frente a las excepciones de mérito propuestas por el apoderado del señor Dominique Dorison.

4. Infracciones al régimen de responsabilidad de los administradores

A continuación, el Despacho procederá a examinar cada uno de los cargos formulados en contra de Eric Rene Lassure y Georges Albedin, con el fin de determinar si se produjeron

5 Cfr. Código de Comercio, artículo 263.

6 Acerca de la acción social de responsabilidad que se refiere el artículo 25 de la ley 222 de 1995 “Por medio de esta clase de acciones [...] se procura restituir el patrimonio de la sociedad, cuando a éste lo ha diezmado la acción u omisión de sus administradores”. Cfr. FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 3ª Ed. (2016, Bogotá D.C., Temis) 556.

infracciones al régimen de responsabilidad de los administradores, conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

A. Acerca de las infracciones al deber de cuidado

(i) Acerca de los incumplimientos de disposiciones legales contables

Según se indica en la demanda, la firma Ernst & Young Audit S.A.S analizó una muestra de 291 transacciones, con respecto al período comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 30 de junio de 2014, con hallazgos de transacciones registradas en la contabilidad y que no se encontraban autorizadas por la casa matriz, por un valor total de mil cuatrocientos treinta y dos millones trescientos once mil novecientos cincuenta y siete pesos (\$1.432.311.957). Bajo este contexto, señala “que el numeral 6 del dictamen del revisor fiscal sobre los estados financieros de 2014, arroja que “los saldos iniciales 2014 registrados en contabilidad presentan diferencia respecto a los saldos año 2013 y estados financieros firmados y certificados”.⁷

De igual forma el demandante manifiesta que se registró una cartera sin soporte por valor de “ciento veinticinco millones cincuenta y dos mil quinientos cuarenta y tres pesos (\$125.052.543)”⁸ y que los mencionados hechos reflejan “la pésima gestión” de los administradores. Además, indica, que existieron saldos a favor de carácter tributario, sin embargo, al no solicitar su devolución “la empresa tuvo que asumirlo como perdida”. Establece que varias circunstancias generaron que para el año 2014, la revisora fiscal designada realizara varios ajustes sobre la contabilidad, los cuales ascendieron a “mil cuatrocientos sesenta y cuatro millones ochocientos setenta y siete mil seis pesos (\$1.464.877.006)”.⁹

Manifiesta que el dictamen del revisor fiscal, determinó entre otros: (i) hallazgos en “el rubro “otras cuentas por cobrar cuenta 13809501 de 2013” por valor de \$93,853,031, el cual correspondía en su mayoría a gastos de representación, contabilizados como activos de la empresa. (ii) faltantes de inventario “por valor de [trescientos dos millones cuatrocientos treinta y dos mil setecientos (sic) ocho pesos] (\$302.432.70)” no soportados. (iii) ajustes para el año 2014 por \$29.077.266, “este valor se ajustó contra costos y gastos de ejercicios anteriores”, puesto que no disponía de soportes válidos. (iv) ajustes por valor de \$38.726.562 correspondiente a los “valores pagados por anticipado por concepto de registros invima”.

También se puso de presente que “[en] materia contable en los años 2011, 2012, 2013 y 2014 [existieron] gastos diferidos que de acuerdo con las normas contables no eran diferibles, lo cual hoy en día ha afectado de manera contundente los Estados Financieros

7 Hecho 7 literal C i de la demanda

8 Sobre este particular, el informe presentado por la revisora fiscal Ana Milena López, expresó “La sociedad realiza ventas a crédito, durante el año 2014 se dio de baja cartera por valor de \$125.052.543 por que en algunos casos los clientes fueron liquidados, en otros casos por mora, estos castigos se realizaron sin contar con los soportes de gestión de cobro pertinentes”. El informe también muestra la provisión calculada en la cartera que supera los 360 días de vencida por valor de \$20.015.815.

9 Hecho 7 literal C iv de la demanda. Los ajustes relacionados en el dictamen emitido por la revisora fiscal, fueron efectuados durante el año 2014 por conceptos que no correspondían al periodo contable o no contaban con soportes legales válidos, entre ellos se incluyeron: amortización diferidos, inventario en consignación, castigo de cartera, otras cuentas por cobrar, activos fijos, gastos representación, mejoras tienda, costos catas, salvo a favor IVA año 2011.

de 2014 respecto de los gastos que no hacen parte del período (...), específicamente en lo relacionado con el tratamiento de los gastos diferidos de que trata el Decreto 2650 de 1993”. Asimismo se ha cuestionado la inexistencia del pago del impuesto de industria y comercio –ICA-, así como la falta de soportes de la presentación de la “declaración informativa de precios de transferencia”.

Manifiesta, que a causa de las irregularidades contables encontradas para los periodos 2013 y 2014, “existe un alto riesgo de ser sancionados por las administraciones de (sic) Impuestos Nacionales y Territoriales, así como por las demás autoridades colombianas de vigilancia y supervisión”.

Finalmente, narra que los señores Eric Lassure y George Albendin manipularon las cuentas y los Estados Financieros correspondientes al año 2012, pues presentaban dos alternativas, con amplias diferencias en las cifras presentadas.

A juicio del apoderado del señor Eric Lassure, el informe presentado por la firma “[Ernst & Young Audit S.A.S] (...) no constituye una auditoria o revisión a los estados financieros o las transacciones de [La Mesa De Los Señores SDLR] por lo tanto son muestreos mas no un informe de fondo sobre la real situación financiera. Es por esta “[r]azón por la cual no podrá emitir juicio alguno hasta tanto los mismos no sean verificados por un perito. Además, indica que la “[revisora fiscal fue nombrada a partir del 01 de junio del 2014 y figura en un acta n° 09 la cual tiene fecha del 31 de mayo del 2014 (...) que tiene sus firmas que no corresponden a los titulares]”. Respecto las irregularidades contables, de los periodos 2013 y 2014, manifiesta que no fue cierto, puesto que los informes para el año 2013, fueron avalados por el revisor fiscal y el contador y aprobados sin ninguna irregularidad por la asamblea general de accionistas en Francia. Para el periodo 2014, declara no tener conocimiento puesto que no se hizo entrega de los mismos. Finalmente indica “que siempre existió una [organización] un control, una contabilidad un [contador] quien reviso la contabilidad y [el revisor fiscal] quien avalo el proceder de [su] protegido”.

Por su parte, el apoderado del señor Georges Albendin, afirma “que los estados financieros a 31 de diciembre de 2013 no solo fueron auditados sin salvedades, sino que además fueron conocidos por todos los accionistas y presentados para su aprobación, tal como consta en el correo electrónico enviado por el Señor Franck Daval a todos los accionistas”. Igualmente manifiesta, respecto el cobro de cartera, que no es cierto pues el señor Dorison no vendía a clientes en mora, ni tampoco tenía a cargo la cartera.

Indica que, conjuntamente “los administradores Eric Lassure y Gaelle Millet, junto con los socios de la sociedad Dominique Dorison y Georges Albendin y en comunicación con Franck Daval se hicieron esfuerzos de recuperación de cartera, se establecieron comités de seguimiento y la misma Gaelle Millet impuso reglas de despacho a clientes morosos” en prueba de ello adjunta correos electrónicos que así lo demostrarían. Además, en su criterio, considera que los “estados financieros son responsabilidad de la administración y su poderdante solo ejerció un mandato limitado mas no la representación legal de la entidad”.

Manifiesta que varios de los valores mencionados ocurrieron con anterioridad al año 2011, fecha en la cual su representado no era socio de la compañía. Finalmente ratifica que “los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2013 fueron presentados a los socios,

la contabilidad estaba al día y con base en eso se hicieron los estados financieros de la casa matriz por parte de los contadores franceses”.

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”.

A su turno el artículo 13 de la citada ley, sobre el principio de asociación, señala: “Se deben asociar con los ingresos devengados en cada período los costos y gastos incurridos para producir tales ingresos, registrando unos y otros simultáneamente en las cuentas de resultados. (...) Cuando una partida no se pueda asociar con un ingreso, costo o gasto, correlativo y se concluya que no generará beneficios o sacrificios económicos en otros períodos, debe registrarse en las cuentas de resultados en el período corriente”.

De otra parte, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 les 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”.¹⁰

Pues bien, una vez analizadas las pruebas disponibles en el expediente, el Despacho advierte que en efecto, existieron gastos de ejercicios anteriores no reconocidos en la contabilidad.¹¹ En verdad, para el año 2014, se incluyó en la contabilidad la suma de \$1.648.322.978,¹² que correspondieron a los costos y gastos del ejercicio contable del año 2013 y posiblemente de ejercicios anteriores. Dicho esto, la administración de la sociedad omitió reconocer en la contabilidad costos y gastos en la suma referida, que incidían significativamente en los resultados del ejercicio contable del año 2013 y periodos anteriores.

Así mismo el Despacho encuentra probado que, los administradores violaron el deber de diligencia descrito en el artículo 23 de la ley 222 de 1995, al no proceder con el cobro de cartera respectivo. De esto, da cuenta el informe ofrecido por la revisora fiscal en donde expresa, que “durante el año 2014 se dio de baja cartera por valor de \$125.052.543”. En la misma medida lo describe el diagnóstico emitido por la firma Prose, en donde se indicó que no existía un “procedimiento de cobro de cartera” que el proceso se realizaba de “vez en cuando” por una funcionaria encargada. El diagnóstico determinó que no existían “políticas de crédito, prácticamente se [daba] crédito a los clientes sin tener un comité de

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

11 Notas a los Estados Financieros a cierre de ejercicio de 2014. Nota 24 Gastos no Operacionales a cierre de ejercicio 2014. Folio 326 del cuadro n.º 2 de los anexos de la demanda.

12 Estado de resultados del 1 de enero al 31 de diciembre de 2013 y 2014. Folio 346. “Diversos”

aprobación el cual [estudiara] la situación financiera de cada uno y de allí se [determinará] la capacidad de crédito que se le [podría] dar al igual que el monto a aprobar”.¹³

Ahora bien, en lo relacionado con los saldos a favor de IVA, el Despacho pudo comprobar con base en el dictamen rendido por la revisora fiscal¹⁴ que a “31 de diciembre de 2014 la sociedad [registraba] un saldo a favor de \$106.219.000 que [correspondía] a saldos a favor en renta” para los periodos 2011, 2012, 2013, sin embargo “debido a las inconsistencias en la contabilidad y por falta de soportes estos saldos no proceden para solicitar en devolución”. De lo anterior, el Despacho puede concluir que los administradores no dieron cumplimiento a su deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias, pues además de no contar con los documentos de soporte respectivos, no aplicaron los beneficios tributarios con los que contaba la sociedad.

Por otro lado y en relación con los cargos elevados a través de los literales cvi, cvii, cviii, ix, el Despacho pudo corroborar, de acuerdo con el dictamen presentado por la revisora fiscal, que las operaciones reconocidas en la contabilidad carecen de soportes legales válidos, y por lo tanto, la contabilidad no se llevaba conforme a las normas legales y a la técnica contable. Además, se estableció que en “diciembre de 2014 se realizaron ajustes a la cuenta diferidos, puesto que la compañía registro gastos de periodos anteriores los cuales no se asocian al ingreso del periodo correspondiente, no se aplicó uno de los principios de contabilidad, “principio de Asociación”” los cuales ascendieron a la suma de \$1.025.729.229. Dicha apreciación fue analizada a través del informe realizado por la firma auditora Ernst & Young Audit S.A.S, la cual identificó, que 49 transacciones por \$131.308.178, tomadas durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 al 30 de junio de 2014, fueron registradas como mayor valor en los cargos diferidos. Además de no cumplir con las obligaciones tributarias de conformidad con las evidencias plasmadas en los numerales 21 y 23 del citado dictamen fiscal.

Concluye el Despacho que, de esta manera, además de no contar con los soportes legales respectivos, los administradores omitieron la exposición de datos contables que influían notablemente en la realidad financiera de la sucursal, riesgosa para quienes quisieran contratar o asociarse con aquella. Téngase en cuenta que el artículo 48 del Decreto 2649 de 1993, en armonía con lo indicado en el artículo 12 y 17 de la misma norma, señala que los hechos económicos, deben ser reconocidos en el período en el cual se realicen y que cuando quiera que existan dificultades, para medir de manera confiable y verificable un hecho económico realizado, se debe optar por registrar la alternativa que tenga menos probabilidades de sobrestimar los activos y los ingresos, o de subestimar los pasivos y los gastos, pues de otra forma se estaría ante una información falaz y no acorde a la realidad frente terceros.

13 29 Nota 1 Folio 444 de la demanda. Diagnostico emitido por la firma auditora PROSE. Nelly Largo al rendir su testimonio manifestó la existencia de un comité de cartera que reportaba semanalmente la información, no obstante lo anterior los informes emitidos, tanto por la revisora fiscal como por la firma Prose, demostrarían que en efecto los administradores incumplieron su gestión al permitir el vencimiento de la cartera.

14 30 La asamblea general ordinaria de La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores SARL) del 29 de junio de 2015, a través de la resolución novena, aprobó el nombramiento de Ana Milena López Molina con tarjeta profesional n.º 129378 – T, como Revisora Fiscal de La Mesa de Los Señores SCLR Sucursal Colombia, a partir del 10 de octubre de 2014.

Por otro lado, sobre la falta de soportes contables, revisadas las pruebas obrantes en el expediente, en especial de lo consignado en el dictamen del revisor fiscal, numerales 15 y 16 del informe, el Despacho encuentra que en efecto, los antiguos administradores violaron las exigencias legales en materia contable, pues según el informe presentado, no se evidenciaron conciliaciones de periodos anteriores, lo que generó la imposibilidad de ajustarlos con la diferencia de cambio, pues no se contaba con el histórico de movimientos adecuados y soportados para realizarlo, a su vez, evidenció, la dificultad de verificar las obligaciones con personas naturales, pues carecían de soportes válidos.

Dicho lo anterior, es claro para el Despacho que la información financiera del año 2013 y periodos anteriores, reflejada en los estados financieros suministrados por la sucursal, no mostraba la realidad económica y financiera al cierre del respectivo ejercicio, por lo que esta no cumplía con las cualidades de la información contable, de conformidad con lo indicado en el artículo 4 del decreto 2649 de 1993.¹⁵

Por lo tanto, los antiguos administradores, Eric Lassure y Georges Albendin, faltaron a sus deberes de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en armonía con lo indicado en los artículos 1, 2, 13, 53 y 54 del Decreto 2649 de 1993 y lo citado en el artículo 6 de la Ley 43 de 1990.

En vista de lo descrito, este Despacho ordenará a los antiguos administradores Eric Lassure y Georges Albendin, presenten la información financiera y contable debidamente soportada, correspondiente a los cierres de ejercicio 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013.

(ii) Acerca de la capitalización de la sucursal

El apoderado de la demandante manifiesta, que los señores Lassure y Albendin se constituyeron en asamblea para realizar la “capitalización de la sucursal”, tal y como consta en acta n.º 1, registrada ante la Cámara de Comercio de Bogotá, contrariando lo establecido en los estatutos, así como la creación del acta n.º 9 pues dichas decisiones le corresponden exclusivamente al máximo órgano social a cargo de la sociedad matriz domiciliada en Francia.

En su defensa, el apoderado del señor Lassure manifiesta que no cierto pues en ningún momento su “protegido actuó sin el aval del [gerente] de la [casa matriz]”, por su parte, el apoderado del señor Albendin, aclara “que fue una decisión acordada con los accionistas incluyendo a Franck Daval quien [otorgó] el poder para iniciar esta acción. Expresa que tanto el señor Franck Daval como la señora Gaele Millet, no solo estaban al tanto, sino que eran los encargados de efectuar tal capitalización. Como prueba de esto, adjunta correos electrónicos que demostrarían la existencia de tales acuerdos.

En primer lugar y de acuerdo a lo establecido en el artículo 469 del Código de Comercio, son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio

15 Cualidades de la información contable. Para poder satisfacer adecuadamente sus objetivos, la información contable debe ser comprensible y útil. En ciertos casos se requiere, además, que la información sea comparable. La información es comprensible cuando es clara y fácil de entender. La información es útil cuando es pertinente y confiable. La información es pertinente cuando posee valor de realimentación, valor de predicción y es oportuna. La información es confiable cuando es neutral, verificable y en la medida en la cual represente fielmente los hechos económicos. La información es comparable cuando ha sido preparada sobre bases uniformes.

principal en el exterior y, a su turno el artículo 471 ídem, señala que para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual deberá protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes.

Queda claro entonces, que a la luz de la legislación mercantil nacional, las sucursales no tienen personería jurídica independiente, pues su esencia es la de ser un establecimiento de comercio a las cuales se les aplica la regulación propia de la sociedad comercial, por tal razón no es independiente ni puede tomar decisiones distintas a la de su matriz o desligarse de la sociedad extranjera para transformarse en una sociedad, pues se insiste no tiene autonomía ni independencia jurídica distinta de la de su matriz.¹⁶

Pues bien, efectivamente consta en el expediente las actas n.º 1 y 9, que demuestran, la toma de algunas decisiones aprobadas tanto por la casa matriz, como por la sucursal en Colombia. Sin embargo, de entrada, deberá indicarse, que este Despacho no cuenta con facultades para determinar la validez y eficacia de las decisiones que se discuten, consignadas a través del acta n.º 1, pues atendiendo las facultades propias otorgadas por la Ley a esta Superintendencia no es posible establecer si se han contrariado los preceptos establecidos en las normas, pues dicha actuación vulneraría el principio de territorialidad de la ley, al aplicar normas a los actos generados fuera de Colombia. Ese propósito, estará a cargo de las normas que rigen la materia en el país de su constitución, quienes podrán determinar si lo plasmado en el acta n.º 1, tiene o no validez jurídica.

Ahora, a luz de la legislación mercantil, este Despacho debe expresar que considerará inexistente el acta n.º 9, pues como se ha dicho, la sucursal no cuenta con autonomía ni independencia jurídica distinta de la de su matriz para actuar.¹⁷ Sería inadecuado efectuar análisis sobre actos jurídicos que no pueden ser evaluados a la luz de la normatividad vigente.

Finalmente, no podrá perderse de vista la conclusiones otorgadas por el dictamen pericial, realizado sobre las firmas de los señores Eric Lassure y Dominique Dorison, consignadas en el acta de la reunión de la Mesa de Los Señores SCLR Sucursal Colombia celebrada el 31 de mayo de 2014, que finalmente determinó que las firmas puestas en el documento analizado eran de autoría anónima, pues indico que las rúbricas manuscritas legibles en los documentos objeto de análisis no pertenecían al normal y consciente desenvolvimiento manuscritural de Eric Rene Lassure ni de Dominique Frederic Albert Dorison.

Así las cosas, sobre este punto el Despacho no encuentra que los señores Eric Lassure y Georges Albedin, hayan violado sus deberes como administradores, previsto en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, si se tiene en cuenta que corresponden a deci-

16 Cfr. Superintendencia de Sociedades, oficio n.º 220-054732 del 18 de abril de 2018.

17 Cfr. Superintendencia de Sociedades, oficio n.º 220-144776 del 09 de septiembre de 2014, en el cual expresó: “A la sociedad extranjera se le habilita para actuar en el territorio nacional haciendo uso de una sucursal, por tal razón esta no es independiente ni puede tomar decisiones distintas a la de su matriz o desligarse de la sociedad extranjera para transformarse en una sociedad, pues se insiste no tiene autonomía ni independencia jurídica distinta de la de su matriz.”

siones tomadas por la sociedad extranjera –casa matriz–, imposibles de ser juzgadas por este Despacho.

(iii) Acerca de la existencia de cheques en blanco¹⁸

Se afirmó en la demanda que los señores Eric Lassure y Georges Albendin incumplieron su deber de cuidado toda vez que “dejaron cheques en blanco sin custodia alguna”.

En respuesta a este cargo, el apoderado del señor George Albendin manifestó que “[por] motivos de viaje, en alguna ocasión el Sr Albendin [habría dejado] unos cheques en blanco pero conservados en lugar seguro bajo la custodia de la administración de la sociedad. Lo anterior, fue corroborado por la señora Nelly Largo, auxiliar contable de La Mesa de Los Señores SCLR Sucursal Colombia, al rendir su testimonio, toda vez que manifestó que los cheques “nunca fueron usados y fueron entregados a la señora Gaelle Millet cuando se le entregó todo lo relacionado con los bancos”.¹⁹

Pues bien, analizados las pruebas que obran en el expediente, se evidencia que a folios 387 a 392 reposan seis cheques en blanco (cinco de ellos emitidos por el Banco Davivienda y uno por el Banco de Bogotá), firmados por los señores Eric Lassure y Georges Albendin. Sin embargo, el Despacho no encontró pruebas que puedan imputar algún tipo de responsabilidad a ellos, pues aunque se evidencia la existencia de los cheques mencionados, no se puede establecer con algún grado de certeza, de qué forma los administradores habrían violado los deberes que rigen su actuar, pues no se cuenta con material probatorio que permita concluir que los cheques efectivamente estuvieron sin custodia, en manos de terceros o que hubieran sido cobrado y se hubiera causado un perjuicio para la compañía.

(iv) Acerca de la situación laboral de varios empleados

Argumenta la demandante que, verificada la situación laboral de los empleados de la sucursal, se encontró que la vinculación de la mayoría de estos no cumplía con las normas legales.

Ahora bien, en consideración a lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso, ‘incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. [...] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba’. Conforme a lo anterior, correspondía a los demandados demostrar que la sucursal cumplía con las normas laborales en lo relativo con la contratación de empleados. No obstante lo anterior, el Despacho no encontró prueba dentro del expediente que desvirtuara lo manifestado en la demanda.

En vista de lo anterior, y en consideración a que es deber de los administradores responder sobre hechos que deban conocer en ejercicio de su labor, el Despacho tendrá por cierto el que los demandados incumplieron el deber previsto en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 al no cumplir con la obligación de vigilar el acatamiento de las normas laborales correspondientes.

18 Hecho 10 de la demanda-

19 Por su parte, el apoderado del señor Eric Lassure indicó que en acta de entrega a la señora Gaelle Millet los mismos fueron devueltos.

(v) Acerca de los contratos de mutuo

Según se narra en la demanda, los señores Eric Lassure y Georges Albendin, celebraron varios contratos de mutuo “sin las formalidades legales requeridas en estos negocios, los cuales se pactaron bajo condiciones económicas no favorables para la sucursal”.

Por su lado, el apoderado del señor Lassure, manifestó “que los contratos realizados se hicieron con el apoyo del revisor fiscal y del contador cumpliendo con las normas colombianas”. Por otra parte, el apoderado del señor Albendin, prefirió no emitir pronunciamiento pues indica que son afirmaciones generales. Sin embargo, agregó, que “[esos] préstamos figuran en la contabilidad de la sociedad tal como lo verifica el informe de E&Y.”

En Sentencia n.º 800-52 del 1 de septiembre de 2014 este Despacho manifestó que “[...] 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”.

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.²⁰

Así mismo, según se indicó en la sentencia n.º 800-85 del 8 de julio de 2015 -aunque la deferencia de los jueces cobija 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”. No obstante, este precepto judicial los administradores cuentan 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’.

Realizadas las anteriores precisiones, corresponde ahora examinar si los señores Lassure y Albendin celebraron los contratos de mutuo de manera abusiva o negligente.

20 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 801-72 del 11 de diciembre de 2013.

Encuentra el Despacho que, en efecto, el señor Lassure en nombre y representación de La Mesa de Los Señores SDLR Sucursal Colombia celebró contrato de mutuo con Raymond Charles, Abel François, Marie Aubourg, Alberto Preciado y Arcesio Perdomo según se describe en la siguiente tabla:²¹

Tabla n.º 1. Cuenta contable 21950501 - préstamos de persona natural

Ref.	Concepto	Valor
D.1	Alberto Preciado - Inversiones Dartá S.A.S.	61.724.999
D.2	Arcesio Perdomo	38.000.000
D.3	Raymond Auborg - Francois Marie Raymond Charles Abel	60.000.000
Saldo según registros contables al 31/12/2014		\$159.724.999

En efecto, el informe Ernst & Young Audit S.A.S demostró que la sucursal efectuó varios abonos a las deudas adquiridas, y el ingreso del dinero a las cuentas bancarias de La Mesa de Los Señores SDLR Sucursal Colombia, respecto de los préstamos realizados por Alberto Preciado y Raymond Aubourg - Francois Marie Raymond Charles Abel. Y, aunque no se logró demostrar que los dineros prestados por Arcesio Perdomo ingresaron a las cuentas de la sucursal, tampoco existen pruebas que permitan desvirtuar tal presunción, pues el informe se limita a establecer que no fue posible verificar el ingreso del dinero a las cuentas, pues los extractos bancarios no estaban disponibles.

Bajo este contexto, el Despacho también pudo corroborar que la sociedad matriz La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores SARL), otorgó al señor Lassure en su calidad de representante legal, amplias facultades a efectos de asumir todas las obligaciones necesarias en Colombia dentro del marco del desarrollo de las operaciones vinculadas al objeto social de la casa matriz La Table des Seigneurs (La Mesa de los Señores). El Despacho observa que, en el presente caso, no existe una relación de causalidad entre las conductas censuradas y las actuaciones de los administradores, pues correspondieron a los actos propios de su cargo, que no pueden ser censurables por el Despacho.

En este sentido, el Despacho no encuentra que Eric Lassure y Georges Albendin hayan violado sus deberes como administradores. Adicionalmente, no se demostró en forma alguna que existieran sobrecostos que hubieran generado pérdidas significativas para la compañía por la gestión de los administradores.

(vi) Sobre los gastos adicionales para el posicionamiento de los productos

En la demanda se afirma que, se encontraron gastos adicionales tales como “viajes, fiestas, gastos de restaurantes y catas que excedían el costo normal de tales eventos, pues no guardaban proporcionalidad alguna con el giro ordinario de los negocios, generando así un detrimento patrimonial, tal y como lo muestra la comparación financiera de los años 2013 y 2014”.

²¹ Informe Ernst & Young Audit S.A.S. Acápite D2. Arcesio Perdomo.

A juicio del mandatario del señor Lassure, de acuerdo al poder otorgado a su representado, se desarrollaron actividades de la sucursal que generaron gastos los cuales eran reportados anualmente a la sociedad matriz.

Por su parte, el apoderado del señor Georges Albendin ha afirmado que su representado no recibió sumas distintas a las reconocidas por los gastos de viaje, a causa de la promoción de vinos que realizaba, indica que existieron eventos que permitieron el posicionamiento de la marca, tales como participación en expovinos durante los años 2012 y 2013, eventos el Clubes como el Nogal, Fundación Colombianitos, Club Los Lagartos, Museo del Chico, entre otros. Indica que correspondió a un esfuerzo para posicionar a la sociedad.

Cabe precisar, como se mencionó en el punto anterior, que se debe respetar la autonomía de los administradores en la toma de decisiones y no podría entrar este Despacho a cuestionar sus actuaciones salvo que se evidencia un actuar ilegal, abusivo o negligente por parte de estos.

Ahora bien, en el informe presentado por Ernst & Young Audit S.A.S, se pudo establecer, a través de los registros contables, la existencia de partidas tales como “Celebraciones y fiestas”, “Catas y eventos”, “Almuerzos y cenas”, que efectivamente evidenciaron un gasto notable por parte de los administradores. Sin embargo, téngase en cuenta que el objeto social²² de La Mesa de Los Señores SDLR Sucursal Colombia, podía llevar al señor Lassure a efectuar las actuaciones que evidencia el informe. Este Despacho no puede desconocer la realización de actividades para el mercadeo, comercialización y posicionamiento de una marca. Por lo anterior, no considera que los antiguos administradores hayan incurrido en actos negligentes, que vayan más allá de aquellos que se puedan desplegar en desarrollo de su actividad, pues de otra forma se estaría cercenando la posibilidad al administrador de acceder a las herramientas propias del mercado, para el mejor desarrollo del objeto social a su cargo.

Además, deberá tenerse en cuenta lo expresado por la asamblea general ordinaria de La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores SARL) del 29 de junio de 2015, en la que a través de la resolución quinta, indicó: “[la] asamblea general recuerda el principio según el cual el reembolso de los gastos de los socios, de los gerentes o de los representantes legales o de sus delegados de la Sociedad y de la Sucursal Colombiana especialmente de transporte, traslado (viajes), alimentación, está condicionado a la presentación de los documentos justificativos suficientes y debe limitarse estrictamente a los gastos necesarios para el buen funcionamiento de la Sociedad y de la Sucursal Colombiana y por el interés social de la empresa.”

Así las cosas, sobre este punto el Despacho no encuentra que los antiguos administradores hayan violado la regla establecida en el numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995.

22 Tomado del Certificado de Existencia y Representación Legal de La Mesa de Los Señores SDLR Sucursal Colombia. Objeto social: La asamblea general decide que la sucursal en Colombia tendrá el mismo objeto social que la sociedad francesa, es decir: el negocio al por mayor, al semi por mayor y al detal, la importación/exportación, la promoción comercial y la distribución de vinos, licores, productos alimenticios y agroalimenticios, la actividad de agente comercial, y en general, todas las operaciones financieras, comerciales, industriales, agrícolas, civiles, inmobiliarias o mobiliarias, que puedan relacionarse directa o indirectamente con uno de los objetos especificados o con todo objeto similar o conexo o de naturaleza que favorezca el desarrollo del patrimonio social.

B. Acerca de las infracciones al deber de Lealtad

(i) Acerca de la apropiación indebida de recursos

Según se narra en la demanda, los señores Lassure y Albendin “se asignaron remuneraciones u otros tipos de beneficios sin previo acuerdo de la casa matriz”, y que “se pagaron conceptos tales como honorarios, rodamiento, asesoría en venta, o comisiones sin aval”. Así mismo, manifestó el demandante que “el señor [Lassure] autorizó el pago, con recursos de la sucursal, de su seguro de vida y aparentemente el de su hijo” durante los años 2013, 2014 y 2015 por valor de \$7.359.080.

Por su parte, el apoderado del señor Lassure manifiesto que no son ciertos los cargos que se le imputan, pues a través del artículo 12 del estatuto de la sociedad, se acordó la remuneración de sus funciones. Así las cosas, el referido artículo 12 establece que “cada uno de los gerentes [tendría] derecho a un salario que es fijado por decisión ordinaria de los socios, así (sic) como el reintegro de los gastos de representación y viajes”. Respecto de la póliza, afirmó, que “se crearon para efectos de cubrir y respaldar un préstamo bancario”.

Por otro lado, el demandante manifestó que se pagó al señor Lassure, por concepto salario, una suma de \$10.000.000 mensuales durante el año 2014. No obstante lo anterior, una vez revisado el material probatorio, el Despacho no encontró prueba de esta afirmación, por el contrario, solo encontró una carta firmada por Dominique Dorison, en la que se expresa que el señor Lassure, posee un contrato por prestación de servicios, desde el 1° de enero de 2013 y por un periodo de seis meses, con una remuneración de \$60.000.000 millones de pesos. Por otro lado, y a pesar de que consta en el plenario documento expedido por Bruce Roger Angel Vargas y Luz Adriana Reyes Amado, Auxiliares Contables, en el que afirman que se efectuaban descuentos a seguridad social, para el Despacho no es del todo claro, cuál fue la base de cotización sobre la cual el señor Lassure habría efectuado sus aportes.

Lo cierto es que no obra prueba en el expediente en la que conste una autorización del máximo órgano social de la casa matriz que hubiese aprobado remuneraciones a favor del señor Lassure. Esta situación fue confirmada con el interrogatorio rendido por Gaelle Millet, quien manifestó que los estatutos de constitución indicaban que no habría honorarios para la gerencia hasta que se aprobaran por la asamblea de la casa matriz. De igual forma, puso de presente que, sin autorización de la asamblea de La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores SARL), los señores ‘Georges Albendin y Dominique Dorison (...) aceptaron pagar (...) apartamento, curso de violín de su hijo, apartamento para la novia en Cartagena, gastos de restaurante, mercado, pero nunca se fijó un salario”.

A pesar de que en el interrogatorio rendido por el señor Lassure, manifestó que la remuneración a él otorgada fue decidida conjuntamente con el señor Daval, no existe prueba de ello en el expediente, ni documento del máximo órgano social que así lo acredite. En efecto el informe elaborado por Ernst & Young Audit S.A.S.²³ reflejó el registro de unos ho-

23 Informe Ernst & Young Audit S.A.S. Acápites C.4 Honorarios.

norarios por pagar, a favor de los señores Eric Lassure y George Albendin, por un valor de \$42.500.000.²⁴

Por otro lado, y respecto del pago de la póliza de seguro de vida del señor Lassure, en efecto el Despacho pudo establecer que consta en el expediente el extracto de la cuenta corriente expedida por el Banco Corpbanca así como las cartas emitidas por la misma entidad del 27 de enero de 2015 en las que se establece que la sucursal La Mesa de Los Señores SCLR Sucursal Colombia, efectuó el pago de las pólizas n.º 43-9000017373 y 43-90017374 a nombre del señor Eric Lassure. El Despacho también logró establecer, una vez consultados los extractos bancarios, así como las notas de contabilidad de la sucursal y las cartas emitidas por la financiera, que el valor de dicho pago ascendió a la suma de \$6.060.920.²⁵ Se debe poner de presente que aunque en interrogatorio de Eric Lassure²⁶ este manifestó que la póliza habría sido adquirida pues así lo exigía la sociedad, lo cierto es que no existe prueba de tal afirmación que permita concluir que los referidos pagos habrían sido autorizados por la sociedad matriz.

Respecto las remuneraciones percibidas por el señor Albendin, el Despacho pudo constatar que en efecto, desde enero y hasta mayo de 2013, se incluyeron en la contabilidad honorarios a su favor por un valor total de \$17.500.000.²⁷

Hasta aquí, el Despacho no encontró prueba de la autorización del máximo órgano social de La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores SARL), para que los antiguos administradores de la sucursal señores Eric Lassure y George Albendin pudieran recibir las remuneraciones que se describen, ni del pago de la póliza, por lo que el Despacho concluye que incumplieron el deber previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Por otro lado, manifestó el apoderado de la demandante que los señores Lassure y Albendin, autorizaron el pago de gastos personales que no tenían relación alguna con el objeto social de la sucursal. Los pagos consistían en cosas “tales como el colegio del hijo del señor Lassure, terapias [...] gastos personales, arriendo de un apartamento”.²⁸

Una vez verificado el material probatorio, el Despacho no encontró prueba que permitiera establecer que el máximo órgano social de La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los

24 La demandante trae a colación un extracto de los libros auxiliares en el cual sustenta sus afirmaciones relacionadas con que en la contabilidad existieron pagos referidos por un total de doscientos sesenta y cuatro millones seiscientos veintidós mil sesenta y seis pesos (\$264.622.066) a favor del señor Eric Lassure y ciento noventa y cuatro millones ochocientos once mil trescientos cincuenta y nueve pesos (\$194.811.359) a favor del señor Georges Albendin. Sin embargo, dichos cargos están relacionados con la violación su deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias, estudiado en el acápite “Acerca de los incumplimientos a las disposiciones legales contables” de esta sentencia.

25 El 27 de enero de 2016 el Banco Corpbanca emitió respuesta en la que informo que los dos cobros del 28 de noviembre de 2015 por valor de \$1.300.000 correspondían a la renovación automática de las pólizas de vida. Por lo que se tomara en cuenta el único valor discriminado, pues no se hace referencia que el mismo corresponda al valor de cada póliza sino a un valor unificado.

26 Cfr. Audiencia celebrada el 23 de agosto de 2018,

27 Así se lee en el acápite C.4 del informe presentado por la firma auditora Ernst & Young Audit S.A.S,

28 Como ejemplo, el apoderado pone de presente los hallazgos descritos en el informe de la firma Ernst and Young, en el que se refieren los siguientes gastos personales sin autorización de la casa matriz “gastos por ciento cincuenta y cinco millones ciento setenta y siete mil setecientos cuatro pesos (\$155.177.704) para el señor [Eric Lassure] y sesenta millones ochocientos cuatro mil doscientos ocho pesos (\$60.804.208) para el señor [Georges Albendin]”. Además, expresó que la sucursal asumió impuestos sobre los honorarios, sueldos o comisiones a cargo de los señores Lassure y Albendin.

Señores SARL), hubiese autorizado la designación de recursos destinados a gastos netamente personales. Así, al verificar la auditoria presentada por Ernst & Young Audit S.A.S., se estableció, que la información tomada de los registros contables permitía evidenciar un consumo personal en el año 2013 por un valor total de \$2.881.964 detallados en los acápite A.4 y C.3 del informe, denominado “Consumo personal”.

También se demostró que los registros contables reflejaron las siguientes partidas, a nombre de los señores Eric Lassure y Georges Albedin. Para mayor claridad, en la siguiente tabla se puede verificar la forma en la cual se reportaron los referidos pagos.

Tabla n.º 2. Gastos personales Eric Lassure y Georges Albedin

Referencia	Tipo de hallazgo	N.º de transacciones	Monto en \$COP
G.1	Eric Lassure		
G.1.1.	Gastos apartamento	20	36.000.000
G.1.2.	Terapias Etienne	10	4.660.565
G.1.3.	Gastos personales	11	15.285.931
G.1.4.	Pagos colegio	19	24.681.730
G.1.5.	Ajustes y reclasificaciones	1	59.586.000
G.2.	Georges Albedin		
G.2.1.	Sin documentación	4	50.868.488

En conclusión, el Despacho advierte que las operaciones descritas constituyeron una apropiación indebida de recursos por parte de los antiguos administradores de La Mesa de Los Señores SCLR Sucursal Colombia, en clara violación al artículo 23 numeral 7 de la ley 222 de 1995, al no existir soporte o justificación para dichos desembolsos. En verdad, esta conducta constituye una violación al deber general de lealtad a cargo de los señores Lassure y Albedin. 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.

El Despacho, advierte, respecto del cargo elevado a través del numeral 7 literal x de la demanda, que la prueba aportada para sustentar tal pretensión, consignada en el informe Ernst & Young Audit S.A.S, literal G.2.1 no reflejó que se hubiesen pagado impuestos a cargo de la sociedad y en beneficio personal de los señores Eric Lassure y Georges Albedin. Tampoco lo constató el dictamen de la revisora fiscal, quien a través numeral 17 de su informe, únicamente dictaminó que no contaban con soportes legales válidos, temas ya tratados a través del literal A acápite i de esta sentencia.

Así las cosas, se declarará la responsabilidad de los señores Lassure y Albedin por la apropiación indebida de recursos y se ordenará restituir a la sociedad las sumas descritas en la Tabla n.º 2 indexadas desde la fecha en que se indica fueron pagadas en el informe de Ernst & Young Audit S.A.S hasta la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

(ii) Acerca de los actos de competencia²⁹

De conformidad con lo descrito en la demanda, los señores Eric Lassure y Georges Alben-din constituyeron la sociedad La Parte de Los Ángeles S.A.S. y que esta “tenía el mismo local, el mismo personal y tres socios de la casa matriz de La Mesa de los Señores SDRL Sucursal Colombia”. Adicionalmente, manifiesta que el domicilio “en el cual se llevaba a cabo el desarrollo y la administración de las actividades propias de las dos empresas [co-rrespondían a] las mismas oficinas y consecuentemente el mismo personal” por lo que la demandante asumía “los arriendos, las nóminas y los gastos de adecuación de la tienda”.

Establece el apoderado de la demandante que al momento de la constitución de La Parte de los Ángeles S.A.S. se registraron como activos bienes que en realidad eran de propiedad de la sucursal, además de indicar que los demandados no tenían autorización del máxi-mo órgano social de la casa matriz La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores SARL) para constituirla ni para utilizar los recursos propios de la sucursal.

Por su parte el apoderado del señor Eric Lassure manifiesta que La Parte de los Ángeles S.A.S. fue creada con autorización del Señor Franck Daval. Respecto de los pagos efec-tuados sin aval de la casa matriz, expresó que el “poder otorgado inicialmente facilitaba el cumplimiento de actividades para el desarrollo de la [sociedad] lo que permitía (sic) el cumplimiento de obligaciones, (sic) pagos gastos, ventas, comisiones para el buen desa-rrollo de la entidad [no obstante] al poder otorgado se rendía informe al [gerente general de la casa matriz] quien también avalaba (sic) los gastos.”. Igualmente indica que la empresa fue creada “como una estrategia financiera para ampliar la cobertura en ventas y que cada acto que se realizo fue con la aprobación directa del gerente”.

Finalmente, manifiesta que su poderdante no tiene conocimiento de la supuesta deuda que se refiere la demanda pues “los dineros utilizados regresaron a [La Mesa De Los Se-ñores SDRL Sucursal Colombia] cuando se cambiaron las normas de manejo del IVA es de anotar que se hizo un traslado de valores con el aval del [revisor fiscal y contador]”.

Por su lado, el apoderado del señor Alben-din ha indicado que la sociedad matriz autorizó la creación de La Parte de los Ángeles S.A.S. Manifestó igualmente, que “en la misma es-critura de conformación de la sucursal se autorizó su creación”. Por otro lado, afirma que los señores Franck Daval, Gaele Millet y Alexandre Petit, tenían pleno conocimiento de su creación, pues conocían de su constitución, finalidad y operación de la misma. (ibíd.) Ex-presó que los “negocios se hacían (sic) y se administraban conjuntamente”. Por lo tanto, no existía (sic) competencia desleal.

Por su parte el apoderado de La Parte de los Ángeles S.A.S., afirmo que si bien la sucursal fue constituida por los señores Eric Lassure, Dominique Dorison y George Alben-din, ins-crita en la Cámara de Comercio el 20 de septiembre de 2013, la “sociedad fue constitui-da con el pleno conocimiento tanto de la casa matriz de [La Mesa De Los Señores SDRL Sucursal Colombia] (en adelante [La Mesa De Los Señores] o LMDLS) esto es [La Table Des Seigneurs SARL], así como de los accionistas de esta, tal y como se comprueba con lo estipulado en la Resolución Séptima de la escritura pública n.º 437 del 31 de marzo

29 Hecho 5.3 literal a, b (parcial), c y d 26/36.

de 2009 de la Notaria 77 de Bogotá, mediante la cual se crea [La Mesa De Los Señores SDRL Sucursal Colombia]”

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 que “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 La Mesa de Los Señores SDLR Sucursal Colombia y La Parte de los Ángeles S.A.S. tienen objetos sociales similares. Ambas compañías se dedican a la distribución de vinos y licores importados y/o nacionales, productos alimenticios y agroalimenticios. Sin embargo, debe destacarse que La Parte de los Ángeles S.A.S. contempló una función adicional, relacionada con las capacitaciones en vinos y champag-ne y catas de vino.

Así pues, revisado el contenido del expediente el Despacho pudo evidenciar, según consta en certificado de existencia y representación legal, que a través de documento privado, del 12 de septiembre de 2013, inscrita el 23 de septiembre de 2013, se constituyó la sociedad comercial denominada La Parte de Los Ángeles S.A.S.

Por otro lado, en interrogatorio rendido por el señor Eric Lassure, se estableció que participó en la creación de la empresa con la aprobación del señor Frank Daval. Indicó que este último no ingresó como socio por temas de trámites con su documento de identificación. Por su parte, el señor Georges Albendin, manifestó que habría sido una herramienta “inventada” para poder facturar con IVA. Indicó que en el año 2012 la tienda fue inaugurada, evento al cual asistió el señor Franck Daval, manifestación coadyuvada por la señora Nelly Largo, quien en su testimonio afirmó, que el señor Daval habría asistido al lanzamiento. A su turno, en testimonio rendido por Fredy Machete, Contador Público de la Sucursal desde agosto de 2013 y hasta mayo de 2014, se pudo establecer que La Parte de los Ángeles S.A.S., se habría creado con fines fiscales o tributarios para efectos de IVA, específicamente, para la comercialización de los vinos y su aporte tributario. Por su parte, en testimonio rendido por el señor Franck Daval, este expresó que le habrían propuesto la creación de otra sociedad para distribuir directamente las catas por cuestiones tributarias, con respecto a las tasas de IVA, aclarando de después de este acontecimiento no tuvo conocimiento de este proyecto. Manifestó que en la auditoria se reveló la creación de esta sociedad.

Aunado a lo anterior, se logró establecer el cruce de varios correos electrónicos, en donde se evidencia que los socios de la compañía tuvieron conocimiento de la creación de La Parte de los Ángeles S.A.S. En consecuencia, su constitución no habría correspondido a celebración de operaciones en competencia con la sociedad demandante, pues se logró

establecer que eran reportados a La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores SARL), los movimientos de la misma.

En consecuencia, el Despacho considera que los antiguos administradores no incumplieron 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.

(iii) De la creación de la nueva empresa

De acuerdo con el apoderado de la demandante, el señor Lassure infringió los deberes inherentes a su cargo, pues constituyó una nueva sociedad “competidora de la sucursal La Mesa de Los Señores SDRL Sucursal Colombia”.

Al respecto, manifiesta el apoderado del señor Lassure, que no es cierto pues su “protegido hasta el momento no ha constituido una empresa ni existe ningún contrato de exclusividad que se haya vulnerado”.

Sea lo primero advertir, que el Despacho no cuenta con material probatorio que permita establecer qué tipo de sociedad habría sido creada por el señor Lassure. Pues al verificar el contenido de la pretensión, así como las pruebas que la sustentan, no se cuenta con datos mínimos que permita establecer su existencia y el objetivo de su creación. Se menciona que se ha ofrecido un portafolio a varios clientes, pero el mismo no reposa en el expediente.

En este orden, frente al asunto controvertido, no es posible arribar a conclusiones basadas en apreciaciones de los demandantes, sin contar con suficientes pruebas que permita determinar al Despacho que dichas actuaciones confluyeran en contraposición de lo establecido en el numeral 7 de la ley 222 de 1995. Así las cosas, sobre este punto en particular, este Despacho no puede concluir que el demandado haya celebrado operaciones en competencia con la sociedad.

(iv) Acerca de las operaciones celebradas en conflicto de interés

Según se afirma en la demanda, el señor Eric Lassure, celebró actos en conflicto de interés “pues actuó en beneficio personal, sin la autorización de la Asamblea General de Socios o Junta de Socios [de La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores SARL)]”. Dentro de los actos controvertidos se encuentra, por un lado, la consignación a cuentas bancarias a nombre del señor Eric Lassure y, por otro lado, la solicitud a Macrofinanciera “de un cambio de banco para realizar las transferencias a una cuenta de Bancolombia, identificada con el N.º 300953500, cuenta en la cual el señor [Lassure] y [Dorison] tenían acceso”.

Por su parte, respecto el primer cargo, el señor Lassure confirmó dichas circunstancias, indicando que fue cierta la transferencia, pues este dinero correspondía a su pago mensual. En lo relacionado con el cambio de cuentas solicitado a Macrofinanciera, negó tal apreciación, manifestando que no fue cierta debido a que “no tenía (sic) el manejo bancario pues el mismo fue entregado a la señora [Gaelle Millet]”.

En este punto, es preciso aludir brevemente a pronunciamientos emitidos por este Despacho sobre las reglas colombianas en materia de conflicto de interés. En el caso Luque Torres

Ltda. en Liquidación, por ejemplo, el Despacho precisó que “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”. En el mismo caso, esta Delegatura puntualizó que “puede presentarse un conflicto cuando el administrador tiene un interés económico que sea lo suficientemente significativo como para menoscabar su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su cargo. Ello podría presentarse si el administrador contrata directamente con la sociedad en la que ejerce sus funciones o es accionista de una compañía que contrata con la sociedad”.³⁰

El Despacho pudo constatar la carta de instrucciones firmada el 25 de junio de 2013, en la que el señor Lassure, solicitó, en nombre de La Mesa de Los Señores SDLR Sucursal Colombia, transferir US\$4.125.83, a la cuenta corriente n.º FR7610107003070012701394379, indicándose como beneficiario La Table Des Seigneurs SARL., cuando él era el titular. En su defensa, el señor Lassure, adjunto correo electrónico del 25 de junio de 2013, enviado a las cuentas de correo electrónico breddirect-courrier@bred.fr y frdaval@wanadoo.fr, en el que aparentemente el señor Lassure, informaba acerca de la transferencia realizada.

El Despacho también constato, la existencia de la carta firmada por el señor Lassure en calidad de representante legal de La Mesa de Los Señores SDLR Sucursal Colombia, del 17 de diciembre de 2014, remitida a Macrofinanciera, en la que solicitaba “cambio de banco para transferencias a cuenta corriente n.º 300953500-51 de Bancolombia”. También se pudo establecer, según documento expedido por Bancolombia el 20 de diciembre de 2014, que la La Mesa de Los Señores SDLR Sucursal Colombia, era la titular de cuenta corriente n.º 300-953500-51.

En este punto, de entrada, debe concluir el Despacho que, se evidenció un conflicto de interés respecto de las operaciones que habría efectuado el señor Lassure, al transferir US\$4.125.83, a la cuenta corriente n.º FR7610107003070012701394379, que se encontraba a su nombre. Sobre los requerimientos solicitados a Macrofinanciera, este Despacho no emitirá juicio, pues no se cuenta con suficiente material probatorio que permita establecer que el señor Lassure habría actuado en conflicto de interés, pues dichas actuaciones corresponderían al normal desarrollo de su gestión, aunado a que la cuenta corriente referida, se encontraba a nombre de la sucursal, tal como lo demostró el documento emitido por Bancolombia del 20 de diciembre de 2014.

Dicho lo anterior, y sobre los actos ejercidos en conflicto de interés, deberá decirse que, aunque el Despacho no pudo establecer, por falta de documentos que así lo acreditara, que tales operaciones se incluían en la contabilidad de La Mesa de Los Señores SDLR Sucursal Colombia, ello no es suficiente para agotar el trámite al que alude el citado numeral 7. En efecto, no consta en el expediente actas emitidas por La Table Des Seigneurs SARL (La Mesa de Los Señores SARL) que dieran cuenta de que en aquellas oportunidades el máximo órgano social,

30 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-52 del 1 de septiembre de 2014.

hubiera autorizado tales operaciones. Sobre el particular, este Despacho ha señalado que, “a la luz de lo establecido por el referido numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, la autorización por parte del máximo órgano social para que un administrador participe (...) en actos respecto de los cuales exista un conflicto de interés, debe ser expresa”.³¹ Es decir que no basta simplemente con que se someta a consideración de los asociados la celebración de determinada operación, sino que debe revelarse el posible conflicto y solicitarse la autorización específica para dicho fin. Para tal efecto, por supuesto, resulta indispensable informar a los asociados acerca de los detalles relevantes de la operación. En el presente caso, sin embargo, las escasas actas allegadas, no dan cuenta de que se hubiera solicitado expresamente autorización para celebrar una operación en conflicto de interés, ni de que se hubiera informado suficientemente a los asociados acerca de los detalles importantes de esta.

En síntesis, pues, al encontrarse inmerso el señor Eric Lassure, en actividades que le representaba un conflicto de interés, sin contar con la aludida autorización asamblearia, para el Despacho es suficientemente claro que incurrió en una violación patente del deber general de “obrar [...] con lealtad” y del deber específico de “abstenerse de participar [...] en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses”, según lo ha determinado el artículo 7 de la ley 222 de 1995.

5. Acerca de la nulidad de los actos suscritos

Según el criterio de la demandante, debe declararse la nulidad absoluta de varias de las decisiones aprobadas por La Mesa de Los Señores SCLR Sucursal Colombia, decisiones contenidas en actas n.º 1 del 31 de mayo de 2014 y 9 del 31 de marzo de 2014, por cuanto se afirmó, que las referidas determinaciones “contrariaron los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995”.

Bajo los criterios descritos, y sin desconocer, que a lo largo del análisis realizado por el Despacho, los antiguos administradores Eric Lassure y Georges Albendin, violaron las normas descritas por el artículo 23 de la ley 222 de 1995, al adoptar algunas decisiones en contravención de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, está claro, que la sucursal no contaba con autonomía ni independencia jurídica distinta de la de su matriz para actuar. Sería, entonces, inadecuado efectuar análisis sobre actos jurídicos que no pueden ser evaluados a la luz de la normatividad vigente y aplicable al caso, pues dichos actos deberán ser juzgados, bajo las leyes del país donde se hubiese constituido su matriz. Sería inadecuado efectuar análisis sobre actos jurídicos que no pueden ser evaluados a la luz de la normatividad colombiana.

Ahora, como se ha dicho a lo largo de este escrito, no podrán perderse de vista las conclusiones otorgadas por el dictamen pericial, realizado sobre las firmas de los señores Eric Lassure y Dominique Dorison, consignadas en el acta celebrada el 31 de mayo de 2014 de la Mesa de Los Señores SCLR Sucursal Colombia y sus anexos, que finalmente determinó que las firmas puestas en el documento analizado eran de autoría anónima, pues indicó que las rúbricas manuscritas legibles en los documentos objeto de análisis no pertenecían al normal y consciente desenvolvimiento manuscritural de Eric Rene Lassure ni de Dominique Frederic Albert Dorison.

31 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 820-21 del 9 de marzo de 2018.

Bajo los anteriores términos, este Despacho se abstendrá de resolver sobre la nulidad planteada, a la luz de las normas comerciales que rigen la materia. Sin embargo, y toda vez que los demandantes solicitaron al Despacho la posibilidad de oficiar a la Fiscalía General de la Nación “sobre los hechos probados en la presente acción, para que de ser necesario, se inicie la acción penal respectiva en contra de los señores [Eric Rene Lassure, Georges Albendin y Dominique Dorison]”, este Despacho estima necesario remitirle una copia del expediente a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que esa entidad estudie si se han presentado hechos punibles, relacionados con la creación del acta n.º 9.

6. Acerca de la inhabilidad para ejercer el comercio

El Despacho considera necesario efectuar algunas precisiones sobre la inhabilidad para ejercer el comercio solicitada por la demandante. 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”.³² En este orden de ideas, aunque los antiguos administradores, señores Eric Lassure y Georges Albendín, infringieron los deberes descritos el numeral 2 y la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1993, el Despacho no ha encontrado motivo alguno para concluir que las conductas examinadas en este proceso ameriten imponer la drástica sanción estudiada.

7. Acerca de los perjuicios reclamados en la demanda

Los demandantes han solicitado el reconocimiento de perjuicios por \$3.149.026.720, en virtud de los daños sufridos por la sucursal a causa de las actuaciones ejercidas por los señores Eric Lassure y Georges Albendin. En este punto, deberá recordarse, que tales actuaciones no dan lugar, automáticamente, a la indemnización de perjuicios solicitados por la demandante. Para tales efectos, es indispensable que se compruebe la existencia de un detrimento patrimonial que sea imputable, en forma específica, a las acciones u omisiones del demandado que fueron censuradas. Es decir, que la simple verificación de infracciones a los deberes de los administradores, no exonera a la demandante de la carga de acreditar, detalladamente, la relación entre los incumplimientos y los perjuicios que se solicitan.

Sin embargo, y a pesar de que esa tasación de perjuicios fue controvertida por La Parte de Los Ángeles S.A.S, lo cierto es que a lo largo del proceso, logró demostrarse que algunos de los perjuicios alegados, fueron causados en detrimento de la sucursal. No obstante, el Despacho observa que, en el presente caso, no existe una relación de causalidad entre algunas de las conductas censuradas y los correspondientes perjuicios solicitados. En verdad, las pérdidas atribuidas o retornos esperados de una compañía se basan en la manera en que el administrador gestione los negocios sociales.

En consecuencia, el Despacho condenará a los señores Eric Lassure y Georges Albendin a resarcirle a La Mesa de Los Señores SDLR Sucursal Colombia, únicamente los perjuicios derivados de las infracciones declaradas en esta sentencia, de conformidad con la tasa-

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

ción realizada en la demanda cuyo monto asciende a \$277.525.568, más US\$4.125.83, calculados en pesos a la TRM de la fecha de ejecución de esta sentencia. Dicho valor corresponde a (i) los dineros otorgados por los pagos de honorarios (ii) el valor de la póliza del seguro de vida (iii) consumos personales (vi) gastos personales (v) por las operaciones celebradas en conflicto de interés, los cuales deberán ser pagados de la siguiente forma:

Tabla n.º 3. Perjuicios Eric Lassure

Nombre	Concepto	Monto en \$COP
Eric Lassure	Pago honorarios	\$60.000.000 ⁶⁴
	Póliza seguro de vida	\$6.060.920 ⁶⁵
	Consumos personales	\$1.440.982 ⁶⁶
	Gastos personales	\$140.214.226 ⁶⁷
	Operaciones celebradas en conflicto de interés	US\$4.125.83 ⁶⁸
	Total	\$207.716.128

Tabla n.º 4. Perjuicios Georges Albedin

Nombre	Concepto	Monto en \$COP
Georges Albedin	Pago honorarios	\$17.500.000 ⁶⁹
	Consumos personales	\$1.440.982 ⁷⁰
	Gastos personales	\$50.868.488 ⁷¹
	Total	\$69.809.470

Las sumas descritas en las Tablas n.º 3 y 4, deberán ser indexadas desde la fecha en que se indica en el informe de Informe Ernst & Young Audit S.A.S., fueron pagadas, hasta la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

[...]

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

Resuelve

Primero. Declarar que Eric Lassure y George Albedin incumplieron los deberes de lealtad y cuidado que les corresponden como administradores de La Mesa de Los Señores SDRL Sucursal Colombia, en los términos de los numerales 2º y 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Segundo. Condenar a Eric Lassure a pagar a La Mesa de Los Señores SDRL Sucursal Colombia, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de a \$207.716.128, más US\$4.125.83 calculados en pesos a la TRM a la fecha de

ejecución de esta sentencia, por los perjuicios derivados de la infracción de sus deberes como administrador de la sucursal.

Tercero. Condenar George Albendin a pagar a La Mesa de Los Señores SDRL Sucursal Colombia, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de \$69.809.470 por los perjuicios derivados de la infracción de sus deberes como administrador de la sucursal.

Cuarto. Ordenar que las sumas descritas en los numerales segundo y tercero, se indexen conforme a lo establecido en la parte motiva de esta Sentencia.

Quinto. En consecuencia, la suma referida en los numerales segundo y tercero 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.

Sexto. Ordenar a los antiguos administradores Eric Lassure y Georges Albendin, presenten la información financiera y contable debidamente soportada, correspondiente a los cierres de ejercicio 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013.

Séptimo. Declarar que las actuaciones u omisiones estudiadas en esta providencia respecto de Dominique Dorison, en su condición de accionista de La Table Des Seigneurs SARL, no implican la responsabilidad a su cargo.

Octavo. Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación.

Noveno. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Décimo. Condenar en costas a los señores Eric Lassure y Georges Albendin y fijar como agencias en derecho a favor de la sociedad demandante una suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere a los veintinueve días del mes de julio de dos mil diecinueve y se notifica por estado.

Sentencia n.º 2019-01-372391 del 15 de octubre de 2019

Partes	Harold Botero Hoyos y otros contra Juan Carlos Alonso de Celada Correa y otros
Asunto	Desestimación de la personalidad jurídica. Inoponibilidad de la personalidad jurídica de una compañía. Abuso de la forma asociativa para evadir órdenes judiciales.

I. Hechos

Antes de analizar los argumentos formulados por las partes, es necesario realizar un recuento de los antecedentes fácticos más relevantes para efectos del presente litigio. Con el propósito de estudiar la abundante información recolectada a lo largo del proceso, el Despacho considera pertinente hacer referencia, por una parte, a las negociaciones celebradas alrededor del proyecto inmobiliario sobre el inmueble “La Esmeralda” de propiedad de Juan Carlos Alonso de Celada Correa. Por otra parte, se presentará un resumen de los principales hechos en torno a los procesos judiciales iniciados por los demandantes en contra del señor Alonso de Celada Correa.

1. El proyecto inmobiliario sobre el inmueble “La Esmeralda”

El 27 de julio de 2015, Juan Carlos Alonso de Celada Correa y Condival S.A.S. suscribieron un acuerdo de entendimiento, por virtud del cual el señor Alonso de Celada se obligó a transferir el inmueble “La Esmeralda”, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 50N-20563075, a un patrimonio autónomo de administración representado por Fiduciaria Bogotá S.A.¹ La transferencia en mención constituiría el punto de partida para el desarrollo de un importante proyecto inmobiliario en el municipio de El Rosal, Cundinamarca. Con ocasión del aludido acuerdo de entendimiento, el 18 de septiembre de 2015, Fiduciaria Bogotá S.A. y Juan Carlos Alonso de Celada Correa, en calidad de fideicomitente y beneficiario, suscribieron el contrato de fiducia mercantil n.º 3-1-56610, contenido en la escritura pública n.º 3.311 de la Notaría 44 de Bogotá. Dicho contrato de fiducia mercantil dio lugar a la constitución del patrimonio autónomo denominado “Fideicomiso La Esmeralda – Fidubogotá S.A.” (en adelante, Fideicomiso La Esmeralda). Como obligación del contrato, las partes acordaron que, a más tardar dentro de los seis meses siguientes a su firma, se suscribiría un otrosí para vincular a Condival S.A.S. como beneficiario del patrimonio autónomo a que se ha hecho referencia. Esta modificación buscaría asegurar, de mejor manera, la destinación del inmueble “La Esmeralda” al desarrollo del proyecto inmobiliario en cuestión.

1 Como lo explicó la apoderada de JAC la Esmeralda S.A.S., Juan Carlos Alonso de Celada Correa y Condival S.A.S. “conviniere que con el ánimo de asegurar el desarrollo del lote, y permitir la futura vinculación de inversionistas al eventual proyecto inmobiliario, en un típico esquema de desarrollo urbanístico Juan Carlos de Celada (sic) aporaría el inmueble a una fiducia, bajo el esquema de parqueo, y Condival a su vez iniciaría las gestiones necesarias para establecer las posibilidades de su desarrollo [...]”.

El 28 de junio de 2017, Juan Carlos Alonso de Celada, en su condición de propietario del inmueble “La Esmeralda”, y Condival S.A.S., en calidad de entidad promotora, suscribieron un contrato con el fin de definir los términos para el desarrollo del referido proyecto inmobiliario. De acuerdo con las cláusulas de este contrato, el señor Alonso de Celada Correa —fideicomitente dentro del contrato de fiducia mercantil— se obligó a transferir a Condival S.A.S. el inmueble antes mencionado, a través de la cesión gradual de los respectivos derechos fiduciarios. Como contraprestación, esta última compañía debía pagar determinadas sumas de dinero al demandado. En esa oportunidad, las partes de este contrato establecieron que el valor del inmueble correspondería a \$17.235.310.000.² De cualquier manera, al momento de suscribir el contrato, Juan Carlos Alonso de Celada Correa ya había recibido cuantiosas sumas de dinero principalmente por la exclusividad concedida a Condival S.A.S.

2. Los procesos judiciales iniciados en contra de Juan Carlos Alonso de Celada Correa y la constitución de JAC La Esmeralda S.A.S.

De manera simultánea a la ejecución del contrato para el desarrollo del proyecto inmobiliario, entre las partes de este proceso acontecieron una serie de situaciones que dieron lugar a tres procesos judiciales en contra de Juan Carlos Alonso de Celada Correa. Los dos primeros se tratan de procesos ejecutivos iniciados por Harold Botero Hoyos y Gilma Hoyos Carrillo. El tercero, por su parte, corresponde a un proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio católico entre Carolina Botero Hoyos y Juan Carlos Alonso de Celada Correa.

A. Procesos ejecutivos iniciados por Harold Botero Hoyos y Gilma Hoyos Carrillo

El 10 de febrero de 2014, Juan Carlos Alonso de Celada Correa suscribió el pagaré n.º 1 a favor de Harold Botero Hoyos, con ocasión de un contrato de mutuo celebrado previamente por esas mismas partes. De acuerdo con el contenido del mencionado título valor, el señor Alonso de Celada Correa se obligó a pagarle a Harold Botero Hoyos la suma de \$500.000.000, más los respectivos intereses remuneratorios. Según el pagaré en comento, esta obligación se haría exigible el 1º de junio de 2017.

Debido al incumplimiento de la obligación referida en el párrafo anterior, el 10 de julio de 2017, Harold Botero Hoyos interpuso una demanda ejecutiva en contra de Juan Carlos Alonso de Celada ante los jueces civiles del circuito de Bogotá D.C. Tras su reparto, la demanda en cuestión le correspondió al Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá D.C. bajo el radicado n.º 2017-409. Una semana después, el 19 de julio de 2017, se notificó por estado el auto por cuya virtud se inadmitió la demanda. En esa misma fecha, el demandado confirió poder a su abogado para que lo representara en el curso de ese proceso judicial. Después de presentarse el correspondiente escrito de subsanación, el 18 de septiembre de 2017 se libró mandamiento ejecutivo contra Juan Carlos Alonso de Celada.

2 Lo anterior se encontraba sujeto a la adopción de un plan parcial por parte de la autoridad competente, en el que se definiera lo relativo al aprovechamiento del inmueble. Según el acápite de definiciones del contrato para el desarrollo del proyecto inmobiliario, el plan parcial es el “instrumento mediante el cual se desarrolla y complementan las disposiciones del Plan de Ordenamiento Territorial, para áreas determinadas en el suelo de expansión urbana. Será el acto administrativo en que se adopte el *Plan Parcial* en el que se definirán y aprobarán por parte de la autoridad competente, aspectos tales como el aprovechamiento del inmueble, el suministro, ampliación o mejoramiento del espacio público, la calidad del entorno, los mecanismos para garantizar el reparto equitativo de las cargas y los beneficios; los usos específicos del suelo [...], entre otros”.

El 25 de septiembre de 2017 se radicó la primera solicitud de medidas cautelares dentro del proceso ejecutivo n.º 2017-409. En ella, el señor Botero Hoyos solicitó el embargo de los derechos fiduciarios que poseía Juan Carlos Alonso de Celada sobre el Fideicomiso La Esmeralda. No obstante, tan sólo hasta el 18 de enero de 2018, el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá D.C. accedió al decreto de las mencionadas medidas cautelares.

En esa misma fecha, 18 de enero de 2018, el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá D.C. decidió acumular a este trámite judicial el proceso ejecutivo iniciado por Gilma Hoyos Carrillo en contra de Juan Carlos Alonso de Celada Correa. La precitada demanda ejecutiva se presentó, a su vez, por el incumplimiento de la obligación contenida en el pagaré n.º 001 del 20 de agosto de 2015. De conformidad con este título valor, el señor Alonso de Celada Correa se habría comprometido a pagar la suma de \$651.000.000 a favor de la señora Hoyos Carrillo el 20 de septiembre de 2015.

El embargo de los derechos fiduciarios sobre el Fideicomiso La Esmeralda no pudo perfeccionarse, toda vez que, según lo informado por Fiduciaria Bogotá S.A., estos bienes ahora se encontraban en cabeza de una compañía denominada JAC La Esmeralda S.A.S.³ Desde ese momento, esa sociedad reviste la calidad de fideicomitente dentro del contrato de fiducia mercantil por virtud del cual se constituyó el Fideicomiso La Esmeralda. En vista de ello, durante los meses de febrero y agosto de 2018, así como marzo de 2019, Harold Botero Hoyos y Gilma Hoyos Carrillo presentaron nuevas solicitudes de medidas cautelares encaminadas a que se decretara el embargo de los derechos, acreencias, cuentas por cobrar y acciones de que fuera titular el señor Alonso de Celada en JAC La Esmeralda S.A.S. Así, pues, mediante autos del 21 de febrero de 2018 y 26 de marzo de 2019, el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá D.C. accedió al decreto de tales medidas cautelares.

De acuerdo con la totalidad de las pruebas recaudadas, a la fecha de esta sentencia, los mandamientos ejecutivos en contra del señor Alonso de Celada Correa y las providencias que ordenan seguir adelante con la ejecución se encuentran en firme.

B. Proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio católico entre Carolina Botero Hoyos y Juan Carlos Alonso de Celada Correa

En febrero de 2005, Carolina Botero Hoyos y Juan Carlos Alonso de Celada Correa contrajeron matrimonio católico. El 18 de agosto de 2017, la señora Botero Hoyos interpuso una demanda de cesación de efectos civiles de dicho matrimonio, la cual fue admitida el 19 de septiembre de ese mismo año por el Juzgado 10 de Familia de Bogotá D.C. bajo el radicado n.º 2017-860.

Dentro de ese proceso judicial, el apoderado de Carolina Botero Hoyos también solicitó, entre otras medidas, el embargo de los derechos fiduciarios de propiedad del señor Alonso de Celada Correa sobre el Fideicomiso La Esmeralda. Mediante auto del 24 de noviembre de 2017, el Juzgado 10 de Familia de Bogotá D.C. accedió a dicha solicitud. No obstante, a

3 Con ocasión del embargo decretado en el marco del proceso de divorcio iniciado por Carolina Botero Hoyos sobre los derechos fiduciarios de propiedad de Juan Carlos Alonso de Celada Correa, Fiduciaria Bogotá S.A. comunicó al Juzgado 10 de Familia de Bogotá D.C., mediante oficio radicado el 26 de enero de 2018, que el señor Alonso de Celada Correa no era titular de esos bienes. Así mismo, a través de comunicación del 3 de abril de 2018, Fiduciaria Bogotá S.A. informó acerca de esta situación al Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá S.A.

través de comunicación radicada el 26 de enero de 2018, Fiduciaria Bogotá S.A. informó al Juzgado 10 de Familia de Bogotá D.C. que no le era posible atender la orden impartida, por cuanto el señor Alonso de Celada Correa “no ostenta derechos fiduciarios en el fideicomiso LA ESMERALDA, o vínculo contractual alguno en calidad de FIDEICOMITENTE en dicho fideicomiso”.

Ante la respuesta emitida por Fiduciaria Bogotá S.A., el 30 de enero de 2018, el Juzgado 10 de Familia de Bogotá D.C. decretó medidas cautelares adicionales, tales como el embargo de las acciones que Juan Carlos Alonso de Celada Correa ostentaba en el capital suscrito de JAC La Esmeralda S.A.S. y “el [...] de las cuentas por cobrar (créditos) en favor de [ese] demandado y a cargo de [esta] sociedad [...]”.⁴

C. Constitución de JAC La Esmeralda S.A.S.

La sociedad JAC La Esmeralda S.A.S. fue constituida por documento privado del 19 de julio de 2017 e inscrito en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá el 23 de agosto de 2017. Al momento de constitución, Juan Carlos Alonso de Celada Correa ostentaba el 100% de las acciones en que se dividía el capital suscrito de esta compañía.

Unas semanas más tarde, el 12 de septiembre de 2017, Juan Carlos Alonso de Celada transfirió, a título de aporte en especie, los derechos fiduciarios sobre el Fideicomiso La Esmeralda por un valor de \$220.205.000, con motivo de una operación de capitalización aprobada por el máximo órgano social de JAC La Esmeralda S.A.S. En virtud de ello, el señor Alonso de Celada Correa recibió 220.205 acciones.

Para el momento en que se efectuó el referido aporte en especie, Juan Carlos Alonso de Celada era titular del 94.60% de los derechos fiduciarios sobre el Fideicomiso La Esmeralda. El 5.40% restante había sido transferido a Condival S.A.S. por medio de un contrato de cesión de derechos fiduciarios celebrado el 24 de julio de 2017.

El 24 de octubre de 2017, Juan Carlos Alonso de Celada Correa transfirió 6.621 acciones a Manuel Francisco García Conti. A continuación se presenta un cuadro con información acerca de la actual distribución del capital de JAC La Esmeralda S.A.S.:

Tabla n.º 1. Información acerca de JAC La Esmeralda S.A.S.

Composición actual del capital	
Accionista	Porcentaje de participación
Juan Carlos Alonso de Celada Correa	97%
Manuel Francisco García Conti	3%
Total	100%

⁴ Según la información que obra en el expediente, el embargo decretado por el Juzgado 10 de Familia de Bogotá D.C. se encuentra inscrito en el libro de registro de accionistas de JAC La Esmeralda S.A.S.

Todo lo anterior le sirvió de base a Harold Alberto Botero Hoyos, Carolina Botero Hoyos y Gilma Hoyos Carrillo para presentar, el 12 de marzo de 2018, una demanda ante este Despacho en contra de Juan Carlos Alonso de Celada Correa, JAC La Esmeralda S.A.S. y Condival S.A.S.

II. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante este Despacho está orientada a que se declare que Juan Carlos Alonso de Celada Correa se valió de JAC La Esmeralda S.A.S. para causar un perjuicio a los demandantes, en los términos del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008. En criterio del apoderado de los demandantes, Juan Carlos Alonso de Celada habría utilizado el beneficio de la personificación jurídica independiente respecto de JAC La Esmeralda S.A.S. para sustraer de su patrimonio personal ciertos bienes que debían destinarse al pago de unas obligaciones a favor de los demandantes. En particular, se ha dicho que los bienes en cuestión corresponden a los derechos fiduciarios que poseía el señor Alonso de Celada Correa en el Fideicomiso La Esmeralda.

Como consecuencia de lo anterior, los demandantes han solicitado que se declare la inoponibilidad de la personalidad jurídica de JAC La Esmeralda S.A.S., la nulidad del acto de constitución de esta compañía y la responsabilidad solidaria de JAC La Esmeralda S.A.S. frente a las obligaciones adquiridas por parte del señor Alonso de Celada. Finalmente, los demandantes han pedido que se decrete la nulidad del acto jurídico por medio del cual Juan Carlos Alonso de Celada transfirió a JAC La Esmeralda S.A.S. los derechos fiduciarios que tenía en el Fideicomiso La Esmeralda y, en consecuencia, se efectúen las restituciones a que haya lugar.

Por su parte, la apoderada de Juan Carlos Alonso de Celada Correa presentó diversos argumentos de defensa durante la etapa de alegatos de conclusión. Según la apoderada, Carolina Botero Hoyos siempre tuvo conocimiento acerca de los negocios del demandado, pues “siempre ha participado activamente en los negocios de la sociedad conyugal, se lucró de los mismos, no ha venido siendo víctima del señor Juan Carlos puesto que ella ha tenido participación activa en los mismos [...]. La condición del negocio permaneció estable y productivo (sic), conforme a los lineamientos de un contrato conocido por ella”. Así mismo, la referida apoderada sostuvo que las obligaciones dinerarias a que hacen referencia los demandantes fueron contraídas por Carolina Botero Hoyos y Juan Carlos Alonso de Celada durante la vigencia de la sociedad conyugal.

Otro de los argumentos de la apoderada del señor Alonso de Celada Correa se relaciona con el hecho de que la constitución de JAC La Esmeralda S.A.S. se trató de una simple operación dentro del giro ordinario de los negocios de su poderdante, por virtud de la cual se mantuvo incólume su situación patrimonial. Los derechos fiduciarios sobre el Fideicomiso La Esmeralda, a su vez, “no se han sustraído del patrimonio del señor Alonso de Celada Correa, por cuanto aparece demostrado, a través de las sendas documentales, que los mismos permanecen en el patrimonio del [demandado], dentro de la sociedad JAC La Esmeralda en donde él es accionista mayoritario”.

También es relevante traer a colación las siguientes manifestaciones de la misma apoderada, presentadas durante la audiencia judicial celebrada el 8 de octubre de 2019: “No existe acto defraudatorio que se le pueda endilgar a mi mandante cuando dentro de la ne-

gociación sostenida con los acreedores Gilma y Harold ofrece como garantía la suscripción de un título valor pagaré, una garantía aceptada por los demandantes [...] dentro de la presente actuación, quienes en la actualidad pudieron hacer efectiva la misma [...]. Con la señora Carolina, por el contrario, existe una vía judicial para acordar el trámite propio de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Se aclara [...] que la emisión de un título valor en garantía no limita la administración y la disposición de los bienes de propiedad del deudor [...]. El patrimonio del deudor, [...] constituido en acciones, sigue constituyendo la prenda general de los acreedores”.

La apoderada de JAC la Esmeralda S.A.S. manifestó, en la contestación de la demanda, que la constitución de la compañía obedeció a un fin legítimo, “por razones de conveniencia comercial, personal y fiscal”. Al respecto, la apoderada de esta compañía demandada explicó que la decisión de aportar la totalidad de los derechos fiduciarios a favor de JAC la Esmeralda S.A.S. se debió a la necesidad de gestionar los recursos obtenidos por la ejecución del proyecto inmobiliario. En palabras de la apoderada de JAC la Esmeralda S.A.S., el señor Alonso de Celada habría decidido, por recomendación de expertos contables y tributarios, constituir esta sociedad para que “recibiera actualmente los dineros recibidos de parte de Condival y a futuro los que recibiera con ocasión del desarrollo del inmueble”.

Finalmente, en los alegatos de conclusión, el apoderado de Condival S.A.S. sostuvo lo siguiente: “Condival siempre ha hecho negocios, en su momento, con Juan Carlos de Celada como dueño de los derechos fiduciarios, del inmueble primero, después de derechos fiduciarios y después con la JAC que es la propietaria. A ella simplemente le informan de la constitución de la JAC, que es la nueva titular de los derechos fiduciarios para lo que le corresponde en su relación contractual. Nada más [...]. Eso para reiterar que Condival es un tercero totalmente lejano e incidental en todo lo que ha pasado acá. No tiene nada que ver con el trasfondo de esto que [...] son digamos los problemas en relación con la liquidación de la sociedad conyugal de Carolina Botero y Juan Carlos de Celada, nunca tuvo nada que ver con eso. Ha honrado al pie de la letra lo que se le ha dicho en los contratos a que se ha comprometido y pues mal se haría en tomar alguna decisión que pueda perjudicar una (sic) persona que ha ejecutado un contrato de absolutamente buena fe”.

Así las cosas, para poder emitir un pronunciamiento de fondo en el presente proceso, el Despacho hará referencia, en primer término, a las distintas medidas judiciales que el ordenamiento societario ha previsto para sancionar el abuso de las personas jurídicas societarias. Una vez concluido ese estudio, será preciso determinar si JAC La Esmeralda S.A.S. fue utilizada con un propósito que se separa del fin para el cual fueron concebidas las formas asociativas.

1. La desestimación y la inoponibilidad de la personalidad jurídica

El uso irregular de las formas asociativas —uno de los asuntos más debatidos en el derecho societario—, así como las soluciones disponibles para remediar este problema, han sido estudiados en diversas oportunidades por esta Delegatura. En primer lugar, es relevante traer a colación lo expresado en el auto n.º 801-017366 del 10 de diciembre de 2012 sobre el abuso de la figura societaria. Así, en los términos de la aludida providencia, “el mayor uso de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad trajo consigo un correlativo incremento en el abuso de esta figura. En lugar de proscribir su uso, se concluyó que, ante la

importancia que revestía la sociedad de capital, era necesario desarrollar mecanismos de protección para hacerle frente a quienes se propusieran usarla de manera ilegítima”.

En ese mismo auto, el Despacho también se refirió a las diferentes medidas de fiscalización judicial, *ex ante* y *ex post*, que permiten reducir el riesgo de abuso de la persona jurídica societaria. En cuanto a las primeras, este Despacho explicó cómo los estrictos requisitos para la constitución de sociedades —por ejemplo, la escritura pública y la capitalización mínima— fueron incluidos en la legislación de varios países para lograr el objetivo en mención. Sin embargo, este Despacho también precisó que, además de incrementar el costo de operación para los empresarios, tales requisitos podrían no ser suficientes para mitigar de forma eficiente el riesgo de abuso de la sociedad de capital. De ahí que la tendencia en las jurisdicciones más avanzadas esté orientada hacia la reducción de los trámites requeridos para la constitución de compañías.

“Una segunda aproximación al problema del abuso de la sociedad de capital buscó promover medidas de fiscalización judicial para controvertir, *ex post*, las actuaciones indebidas de los empresarios. Esta solución tiene la ventaja de imponerle altos costos solamente a los sujetos que, con su conducta, desborden la finalidad para la cual fue diseñada la aludida figura societaria”.⁵ Una de tales medidas consiste en la denominada desestimación de la personalidad jurídica, mediante la cual las autoridades judiciales pueden hacer extensiva a los asociados la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas, en hipótesis de fraude o abuso.⁶ Esta sanción resulta procedente, por ejemplo, cuando se logre demostrar que se utilizó una persona jurídica societaria para defraudar los intereses de los acreedores. Así, en el caso de RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group S.A.S., el Despacho suspendió una transferencia de activos aparentemente encaminada a hacer imposible el cobro de unas sumas de dinero a cargo de la sociedad demandada. Según lo expuesto en el auto n.º 801-16441 del 3 de octubre de 2013, “a pesar de que en nuestro sistema legal es factible realizar donaciones, no parece aceptable que, mediante un acto de naturaleza gratuita, se reduzca el patrimonio de una compañía en forma tal que a los acreedores sociales les resulte imposible cobrar las obligaciones insolutas a su cargo [...]. [E]xiste, además, el agravante de que la propiedad sobre el activo objeto de la donación parece haber sido un factor determinante en la decisión de RCN Televisión S.A. y el Consorcio de Canales Nacionales Privados de contratar con Media Consulting Group S.A.S.”.

Esta entidad también ha negado en diversas oportunidades pretensiones orientadas a extender a los asociados de una compañía la responsabilidad por pasivos sociales insolutos. La razón estriba principalmente en la dificultad de verificar, con suficiente certeza, la utilización de la figura societaria para evadir fraudulentamente el pago de la correspondiente obligación. Así, en el caso de Caracol Televisión S.A. contra Affinity Network S.A.S. en Liquidación y Héctor Fajardo, se estudió la posibilidad de que la compañía demandada hubiese sido utilizada para hacer inviable el pago de una obligación a favor de la demandante, a través de la constitución y posterior cancelación de un fideicomiso civil, la venta de los bienes fideicomitados y la enajenación de otros activos. Con todo, el Despacho des-

5 Cfr. Superintendencia de Sociedades, auto n.º 801-017366 del 10 de diciembre de 2012.

6 En otras palabras, al desconocer el sistema de limitación de responsabilidad, se produce la llamada “perforación” o “descorrimiento del velo societario”, cuyo resultado es permitir la intercomunicación patrimonial entre uno o varios de los asociados y la compañía. FH Reyes Villamizar, S.A.S. La Sociedad Por Acciones Simplificada, 4ª Ed. (2018, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 147.

estimó las pretensiones de la demanda al encontrar que “la labor probatoria para acreditar que el demandado se valió de Affinity Network S.A.S. para hacer inviable el pago de la obligación en comento y, con ello, defraudar los intereses de la sociedad demandante, fue apenas exigua”.⁷

Una segunda medida de fiscalización *ex post* consiste en declarar inoponible la personalidad jurídica de una compañía para hacerle frente al abuso de las formas asociativas. Esta medida sería procedente cuando se utiliza a la sociedad para eximirse del cumplimiento de alguna restricción legal o para acceder a prerrogativas que le estarían vedadas a una persona natural. La inoponibilidad está prevista entonces para desconocer temporalmente el atributo de la personalidad jurídica independiente.

En el caso de Mónica Colombia S.A.S., la Delegatura censuró la interposición de compañías para evadir limitaciones previstas en el régimen legal en materia de Incentivos a la Capitalización Rural. Según se expresó en la sentencia n.º 800-55 del 16 de octubre de 2013, “el Despacho no permitirá, bajo ninguna circunstancia, que los empresarios se refugien detrás de personas jurídicas societarias para eximirse del cumplimiento de aquellas normas que consideren inconvenientes o desatinadas. En el presente caso, un análisis del trasfondo real de la operación del Grupo Empresarial Mónica Colombia da cuenta de la intención manifiesta de evadir restricciones legales vigentes. En verdad, las pruebas disponibles le permiten al Despacho concluir que la estructura del Grupo Empresarial Mónica Colombia no obedeció a una finalidad legítima de negocios, sino que ese artificioso entramado societario fue, precisamente, el instrumento que permitió burlar las limitaciones contempladas para el otorgamiento de Incentivos a la Capitalización Rural. Es decir que, a pesar de conocer el alcance de las restricciones anotadas, los accionistas de Mónica Colombia S.A.S. recurrieron a la figura de la interposición societaria con la finalidad específica de evadir los topes legales correspondientes [...]. Por haberse acreditado que [las sociedades interpuestas] sirvieron de herramienta para consumir una infracción legal, el Despacho le imputará a Mónica Colombia S.A.S. las actuaciones adelantadas por aquellas compañías para acceder al programa de ICRs”.

Como consecuencia de la utilización ilegítima de las sociedades involucradas en aquel caso, el Despacho declaró la inoponibilidad de la personalidad jurídica de las compañías en cuestión y, con fundamento en la facultad contemplada en el literal d) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, anuló los actos que condujeron a la violación de las diversas restricciones legales.⁸

En el auto n.º 801-017366 del 10 de diciembre de 2012, este Despacho también consideró la posibilidad de invocar la inoponibilidad de la personalidad jurídica para contrarrestar el uso irregular de personas jurídicas societarias. En esa providencia, el Despacho decidió decretar una medida cautelar al encontrar “múltiples indicios que apunta[ban] al posible abuso del tipo de la S.A.S. —perpetrado [...] mediante la constitución en masa de sociedades unipersonales infracapitalizadas— con el propósito de alterar los resultados en las elecciones de la junta directiva de [una cámara de comercio]”.

7 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-29 del 20 de abril de 2017.

8 En los términos del referido artículo 24, esta entidad puede decretar “la nulidad de los actos defraudatorios [...] cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley”.

En los casos antes citados, pues, se estudió la posibilidad de que detrás de actuaciones tan habituales, como la constitución de compañías, pudiera esconderse el ánimo reprochable de violar la ley.

Por lo demás, esta Superintendencia se ha pronunciado acerca del carácter extraordinario de cualquier sanción que apunte a desconocer los atributos propios de las personas jurídicas societarias. Por ejemplo, en la sentencia n.º 801-15 del 15 de marzo de 2013, se afirmó que la extensión de responsabilidad, en hipótesis de desestimación, “tan solo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria [...]. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario”.

2. El caso presentado ante el Despacho

A. Acerca de los procesos ejecutivos iniciados por Harold Botero Hoyos y Gilma Hoyos Carrillo

El objetivo de los demandantes Harold Botero Hoyos y Gilma Hoyos Carrillo es procurar el pago de dos obligaciones insolutas a cargo de Juan Carlos Alonso de Celada Correa. A pesar de ello, según se ha afirmado en la demanda, la transferencia de los derechos fiduciarios sobre el Fideicomiso La Esmeralda a JAC La Esmeralda S.A.S. y, posteriormente, a Condi-val S.A.S. ha impedido la práctica de medidas cautelares dentro del proceso ejecutivo n.º 2017-409, así como el cobro efectivo de tales obligaciones.

En este punto debe recordarse que la desestimación o la inoponibilidad de la personalidad jurídica de una sociedad son medidas verdaderamente excepcionales. Por este motivo, las circunstancias que podrían justificar la intervención de los jueces en esta clase de asuntos deben analizarse en cada caso en particular, con el fin de determinar si las condiciones específicas del conflicto ameritan la aplicación de una de las sanciones mencionadas. Así, pues, debe advertirse que el Despacho ha encontrado una serie de indicios que dan cuenta de que, en efecto, Juan Carlos Alonso de Celada Correa se valió de la personalidad jurídica independiente de JAC La Esmeralda S.A.S. para fines contrarios al ordenamiento jurídico. Cada uno de estos indicios será examinado a continuación.

El primero entonces de tales indicios obedece a la coincidencia entre el momento de constitución de JAC La Esmeralda S.A.S. y el inicio del proceso ejecutivo n.º 2017-409, promovido por Harold Botero Hoyos en contra de Juan Carlos Alonso de Celada. Quedó demostrado, en ese sentido, que JAC La Esmeralda S.A.S. se constituyó el 23 de agosto de 2017, vale decir, cuando ya se encontraba en curso el proceso ejecutivo en mención, pero aún no se había proferido el mandamiento ejecutivo ni se habían decretado medidas cautelares. En todo caso, no puede perderse de vista que el mismo día en que se inadmitió la demanda ejecutiva, Juan Carlos Alonso de Celada Correa otorgó un poder a su abogado para que lo representara en dicho proceso y, con solo un par de horas de diferencia, el mencionado demandado suscribió el acto de constitución de JAC La Esmeralda S.A.S., en calidad de único accionista. Estas circunstancias podrían llevar a pensar que el señor Alonso de Celada buscaba anticiparse al decreto

de medidas cautelares sobre los derechos fiduciarios, así como a los eventuales resultados del proceso ejecutivo. No obstante, las circunstancias descritas con anterioridad no son suficientes, por sí solas, para concluir que el propósito de la constitución de JAC La Esmeralda S.A.S. fue precisamente sustraer los bienes a que se ha hecho referencia.

El segundo indicio que merece la atención de este Despacho se encuentra relacionado con el aporte de los derechos fiduciarios sobre el Fideicomiso La Esmeralda a JAC La Esmeralda S.A.S. De acuerdo con las pruebas recaudadas a lo largo del proceso, el 24 de julio de 2017, Juan Carlos Alonso de Celada Correa transfirió directamente a Condival S.A.S. el 5.40% de los derechos fiduciarios, según lo acordado en el contrato para el desarrollo del proyecto inmobiliario celebrado el 28 de junio de 2017. Sin embargo, algunas semanas después —el 12 de septiembre de 2017—, el demandado cedió sorpresivamente el 94.60% restante a favor de JAC La Esmeralda S.A.S.⁹

Tras examinar el contenido de los documentos de cesión, este Despacho pudo establecer que la transferencia de los derechos fiduciarios a favor de JAC La Esmeralda S.A.S. fue el resultado de una operación de capitalización aprobada de manera intempestiva. De conformidad con el texto del acta n.º 1, en la que se da cuenta de lo acontecido durante la reunión del 11 de septiembre de 2017, esta decisión se aprobó sin mayores justificaciones. Ciertamente, en esa oportunidad simplemente se determinó que el señor Alonso de Celada Correa suscribiría 220.205 acciones por un valor total de \$220.205.000, las cuales debían ser pagadas “de contado a la firma de esta acta, a más tardar el 12 de octubre de 2017, mediante la cesión de la posición contractual del fideicomitente que ostenta el accionista único en el contrato de fiducia mercantil de administración N° 3-1-56610 Fideicomiso la Esmeralda- Fidubogotá S.A.”.

La operación antes descrita parecería corresponder a un mero aporte social, por virtud del cual Juan Carlos Alonso de Celada Correa suscribió nuevas acciones en el capital de JAC La Esmeralda S.A.S. Esta situación llevaría a pensar, en principio, que en el patrimonio de Juan Carlos Alonso de Celada simplemente se registró el cambio de unos activos —los derechos fiduciarios en cuestión— por acciones en la mencionada sociedad. Sin embargo, aunque es cierto que para ese momento aún no existían limitaciones sobre los bienes del demandado que impidieran su libre disposición, llama la atención que el señor Alonso de Celada haya decidido aportar precisamente los bienes más significativos que permitirían cautelar los intereses de los demandantes dentro del proceso ejecutivo n.º 2017-409. Esta situación adquiere más relevancia si se tiene en cuenta que, durante el curso del proceso, no se aportaron elementos probatorios que dieran cuenta de la necesidad de conseguir nuevos recursos para el fondo social de JAC La Esmeralda S.A.S.

A lo anterior debe sumársele, en tercer lugar, la particular situación financiera de JAC La Esmeralda S.A.S. Al examinar los estados financieros para los ejercicios 2017 y 2018,¹⁰ el Despacho encontró que, en ningún momento, la compañía demandada obtuvo ingresos

9 En este punto vale la pena poner de presente que, según la información que obra en el expediente, JAC La Esmeralda S.A.S. actualmente es titular del 91.12% de los derechos fiduciarios sobre el Fideicomiso La Esmeralda, mientras que Condival S.A.S. tan solo posee una participación del 8.88%. Esto da cuenta de que se han realizado transferencias posteriores.

10 El Despacho también decretó como prueba el balance general y el estado de resultados de JAC La Esmeralda S.A.S. para el mes de enero de 2019. Sin embargo, la compañía demandada nunca entregó la información requerida.

—operacionales y no operacionales—, más allá de unos cuantos intereses y rendimientos financieros. Las pruebas recaudadas, por el contrario, dan cuenta de que la sociedad demandada tan solo incurrió en gastos no operacionales y generó algunas pérdidas al final de esos ejercicios. Además, dichas pruebas permiten evidenciar que una parte de los recursos que ingresaban a la compañía, con ocasión de los pagos que efectuaba Condival S.A.S. por el desarrollo del proyecto inmobiliario,¹¹ se destinaban a gastos personales del demandado. A modo de ejemplo, se encontraron compras en establecimientos de comercio como Yanuba, Surtifruver, Almacenes Éxito, así como el pago de servicios públicos domiciliarios.

Adicionalmente, se observó que los activos más significativos de JAC La Esmeralda S.A.S., además de los derechos fiduciarios sobre el Fideicomiso La Esmeralda, fueron las cuentas por cobrar al asociado Juan Carlos Alonso de Celada Correa para los años 2017 y 2018. Mientras que en el primer ejercicio dicha suma correspondía a \$188.223.042, para el 2018 este monto ascendía a \$667.360.240. Es decir que, el señor Alonso de Celada habría tenido acceso a recursos líquidos de la compañía diferentes de los dividendos que le hubieran podido corresponder al final de cada ejercicio social.

Después de analizar en conjunto los indicios presentados, este Despacho puede concluir que Juan Carlos Alonso de Celada Correa realizó el aporte de los derechos fiduciarios a JAC La Esmeralda S.A.S. con un fin que va más allá de la conformación del capital de esa compañía para desarrollar su objeto social. Una operación, en principio habitual y legítima —la capitalización mediante la emisión y suscripción de nuevas acciones y el pago de las acciones correspondientes—, se convirtió en una estrategia que le permitió al accionista controlante de JAC La Esmeralda S.A.S. evadir obligaciones contractuales insolutas.

Ciertamente, al haber aportado los derechos fiduciarios a JAC La Esmeralda S.A.S., el demandado impidió que sus acreedores pudieran cobrar, de manera más efectiva, las obligaciones a su cargo. Y aunque llegara a pensarse que un embargo sobre las acciones suscritas en el capital de JAC La Esmeralda S.A.S. cumpliría con esa misma finalidad, no puede perderse de vista que la distracción reiterada de los recursos sociales por parte del demandado pudo haber tenido un impacto directo sobre el valor de las acciones. De ahí que para este Despacho resulte cuestionable la efectividad de una medida cautelar consistente en el embargo de un activo cuyo valor se ha visto notablemente perjudicado por las conductas irregulares de su titular. Poca utilidad tendría entonces embargar, e incluso adjudicar, las acciones de una compañía que ha perdido valor debido a la sustracción irregular de recursos por parte de su accionista mayoritario.

B. Acerca del proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio católico iniciado por Carolina Botero Hoyos

La demandante Carolina Botero Hoyos manifestó que “por medio de la constitución y el aporte de los derechos fiduciarios a la sociedad JAC La Esmeralda S.A.S., el señor Juan Carlos Alonso de Celada Correa evitó que los derechos fiduciarios [...] formasen parte de la

11 La información registrada en los extractos de las cuentas bancarias de JAC La Esmeralda S.A.S. concuerda con los documentos aportados por el representante legal de Condival S.A.S. durante su interrogatorio de parte. En dichos documentos se registra la totalidad de los pagos efectuados con ocasión del proyecto inmobiliario sobre el inmueble La Esmeralda, entre ellos, los correspondientes a las cesiones parciales de derechos fiduciarios efectuadas entre agosto de 2015 y agosto de 2019.

sociedad conyugal para efectos de [su] liquidación [...] en el marco del proceso de divorcio adelantado ante el Juzgado 10 de Familia de Bogotá”.

Pues bien, tras una revisión del expediente del proceso n.º 2017-860, el Despacho pudo observar que, con el aporte de los derechos fiduciarios a JAC La Esmeralda S.A.S., tampoco fue posible practicar el embargo que había sido decretado como medida cautelar dentro del aludido proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio católico entre los señores Botero Hoyos y Alonso de Celada. Por tal motivo, ante la solicitud de Carolina Botero Hoyos, el Juzgado 10 de Familia de Bogotá D.C. ordenó el embargo de las acciones que Juan Carlos Alonso de Celada Correa ostentaba en el capital de JAC La Esmeralda S.A.S. No obstante, en vista de que la sustracción de cuantiosos recursos sociales por parte del accionista controlante de JAC La Esmeralda S.A.S pudo haber impactado significativamente el valor de las acciones, la sociedad conyugal en cuestión podría haberse visto perjudicada, en razón a que, como lo explicó el Juzgado 10 de Familia de Bogotá D.C., tales acciones “ser[ían] objeto de gananciales”.

En esa medida, también es válido concluir que JAC La Esmeralda S.A.S. fue utilizada indebidamente para evadir las decisiones judiciales adoptadas por el Juzgado 10 de Familia de Bogotá D.C. dentro del proceso n.º 2017-860.

C. Acerca de las consecuencias derivadas del uso indebido de JAC La Esmeralda S.A.S.

La hipótesis de fraude descrita en los acápites precedentes, a todas luces, debe ser sancionada por esta Superintendencia. En efecto, es claro que el uso indebido de la personalidad jurídica independiente para evadir órdenes judiciales y hacer nugatorio el cobro de obligaciones, corresponde a un supuesto de interposición societaria que inexorablemente debe ser sancionado a través de la inoponibilidad de la personalidad jurídica. En este punto debe decirse que, aunque este Despacho se ha referido principalmente al uso indebido de la sociedad para eximirse del cumplimiento de algún precepto legal, el abuso de la forma asociativa para evadir órdenes judiciales tampoco se ajusta al ordenamiento jurídico vigente en Colombia. De ahí que, una interpretación en sentido amplio de lo que se considera “fraude a la ley” en los términos del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, cobije las órdenes impartidas por autoridades judiciales.

Así, pues, comoquiera que se ha presentado una interposición indebida, este Despacho declarará la nulidad del aporte de los derechos fiduciarios sobre el Fideicomiso La Esmeralda a JAC La Esmeralda S.A.S. por parte de Juan Carlos Alonso de Celada Correa. Como ya se explicó, el aporte de los referidos derechos fiduciarios, junto con la reiterada desviación de los recursos sociales, fue lo que en realidad dificultó el cumplimiento efectivo de las órdenes judiciales. La simple constitución de la compañía, por el contrario, no habría tenido la entidad suficiente para frustrar el cumplimiento de tales decisiones.¹²

12 Como lo ha sostenido este Despacho en reiteradas oportunidades, “es perfectamente legítimo [...] constituir una compañía con el propósito expreso de acceder al beneficio de limitación de responsabilidad, en forma tal que los asociados no comprometan su patrimonio personal más allá del monto de sus aportes al fondo social”. Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-55 del 16 de octubre de 2013.

Ahora bien, teniendo en cuenta que, con posterioridad a la fecha en que se realizó el aporte, se efectuaron cesiones parciales a favor de Condival S.A.S., solamente deberá restituirse el porcentaje de derechos fiduciarios que, a la fecha de esta providencia, se encuentren en cabeza de JAC La Esmeralda S.A.S. La razón estriba en que el Despacho no encontró que Condival S.A.S. hubiese participado en la estrategia de Juan Carlos Alonso de Celada Correa para evadir las órdenes impartidas por los diversos despachos judiciales. Por el contrario, las pruebas disponibles apuntan a que la transferencia a favor de Condival S.A.S. se efectuó con fundamento en las obligaciones previstas en el contrato de desarrollo del proyecto inmobiliario, cuya validez y legitimidad no se han controvertido en este proceso.

No obstante, JAC La Esmeralda S.A.S. también deberá reintegrar al patrimonio de Juan Carlos Alonso de Celada Correa los dineros percibidos con ocasión de las cesiones parciales de derechos fiduciarios a favor de Condival S.A.S. celebradas a partir de octubre de 2017.¹³

[...]

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

Resuelve

Primero. Declarar que Juan Carlos Alonso de Celada Correa utilizó a JAC La Esmeralda S.A.S. para evadir el cumplimiento de las órdenes judiciales impartidas por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ejecutivo n.º 2017-409, así como por el Juzgado 10 de Familia de Bogotá D.C. en el proceso de cesación de los efectos civiles del matrimonio católico n.º 2017-860.

Segundo. Declarar inoponible la personalidad jurídica de JAC La Esmeralda S.A.S.

Tercero. Declarar la nulidad absoluta del aporte de los derechos fiduciarios sobre el “Fideicomiso La Esmeralda – Fidubogotá S.A.” realizado por Juan Carlos Alonso de Celada Correa a favor de JAC La Esmeralda S.A.S. el 12 de septiembre de 2017.

Cuarto. Ordenarle a JAC La Esmeralda S.A.S. que, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de esta providencia, le restituya a Juan Carlos Alonso de Celada Correa el 91,12% de los derechos fiduciarios sobre el “Fideicomiso La Esmeralda – Fidubogotá S.A.”.

Quinto. Ordenarle a JAC La Esmeralda S.A.S. que, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de esta providencia, le restituya a Juan Carlos Alonso de Celada Correa los dineros percibidos con ocasión de las cesiones parciales de derechos fiduciarios sobre el “Fideicomiso La Esmeralda – Fidubogotá S.A.” celebradas a partir de octubre de 2017 a favor de Condival S.A.S., actualizados con base en la variación del Índice de Precios al

13 Según la información que obra en el expediente, JAC La Esmeralda S.A.S. cedió directamente, a favor de Condival S.A.S., el 3.48% de los derechos fiduciarios sobre el Fideicomiso La Esmeralda. El valor equivalente a este porcentaje de derechos fiduciarios deberá ser restituido a Juan Carlos Alonso de Celada Correa, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, ocurrida en el lapso comprendido entre la fecha de las cesiones y la de ejecutoria de la sentencia.

Consumidor, ocurrida en el lapso comprendido entre la fecha de las cesiones y la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Sexta. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Séptima. Ordenarle al representante legal de JAC La Esmeralda S.A.S. que adopte las medidas necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en esta sentencia.

Octava. Condenar en costas a Juan Carlos Alonso de Celada Correa y JAC La Esmeralda S.A.S. y fijar como agencias en derecho, a favor de los demandantes, la suma de \$70.000.000.

La anterior providencia se profiere a los quince días del mes de octubre de dos mil diecinueve y se notifica por estado.

Sentencia n.º 2020-01-270914 del 17 de junio de 2020

Partes	Raúl Fernando Moreno Cardoso contra Ahren S.A.S.
Asunto	Reconocimiento oficioso de la inexistencia de una decisión social.

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante este Despacho, está orientada a que se reconozcan los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia respecto de las decisiones adoptadas en la reunión de asamblea extraordinaria de accionistas de Ahren S.A.S. celebrada el 30 de noviembre de 2017 y que constan en el acta n.º 003. Conforme a lo expresado en la demanda, el demandante no asistió a la referida asamblea, por lo tanto, las decisiones adoptadas serían ineficaces por falta de convocatoria, así como por falta de quórum.

Por su parte, el demandado afirma en el escrito de contestación que la reunión fue válidamente celebrada el 30 de noviembre de 2017, además, aduce que la ley comercial y los estatutos de la sociedad “estructuran la posibilidad de realizar reuniones por comunicación simultánea o sucesiva y por consentimiento escrito en los términos previstos en la ley”. Por otro lado, el apoderado del demandado afirma que “[E]s falso que el demandante no recibiera su convocatoria a la Asamblea, puesto que la misma fue realizada de manera verbal por parte de mi poderdante, el día 15 de noviembre de 2017, en razón a la confianza existente entre los accionistas.”

Para resolver el caso sometido a consideración de este Despacho, se debe poner de presente que, en el acta n.º 003 del 30 de noviembre de 2017 se dejó constancia que se encontraba el 100% de las acciones suscritas presentes, por lo cual, parecería que las mismas fueron adoptadas en el marco de una reunión universal a la luz de lo dispuesto en el artículo 182 del Código de Comercio.¹

Ahora bien, una vez revisadas las pruebas que obran en el expediente, el Despacho pudo corroborar que el señor Moreno Cardoso, el día de la supuesta celebración de la asamblea extraordinaria de Ahren S.A.S. (30 de noviembre de 2017), se encontraba en su lugar de trabajo en la Autopista Medellín Km 7.5 Celta Trade Park Bodega 32, en Cota Cundinamarca. En verdad, una vez revisado el reporte de ingresos y egresos del edificio en el mencionado día se puede observar que el demandante ingresó a las 7:32 a.m. teniendo 25 movimientos al interior del edificio, siendo el último a las 5:17 p.m., razón por la cual, se hace imposible que Raúl Moreno Cardoso se encontrara al mismo tiempo en la sede principal de Ahren S.A.S., la cual, según el certificado de existencia y representación legal de la sociedad, es en la calle 118 n.º 5-51 Piso 2. Dicho lo anterior, se hace evidente

1 Cfr. Código de Comercio, artículo 182, inciso 2: “La junta de socios o la asamblea se reunirá válidamente cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocatoria, cuando se hallare representada la totalidad de los asociados.”

que el demandante no participó en la reunión asamblearia del 30 de noviembre de 2017 a las 8.00 a.m.²

Por otro lado, una vez desvirtuado el supuesto bajo el cual la reunión asamblearia de Ahren S.A.S. se habría hecho bajo el marco de una reunión universal, se pudo constatar que tampoco se realizó una convocatoria toda vez que, en el interrogatorio oficioso realizado al señor Chaparro en su calidad de representante legal de Ahren S.A.S., este manifestó que “nosotros con el señor Moreno en esta sociedad nunca hicimos nada formal nunca nos mandábamos ni citaciones ni papelitos [...] nunca se hizo nada en papeles ni una citación por escrito”. No obstante lo anterior, una vez revisados los estatutos de Ahren S.A.S. se puede evidenciar que en el artículo 21 se establece que la asamblea general de accionistas “podrá ser convocada a cualquier reunión por ella misma o por el representante legal de la sociedad, mediante comunicación escrita dirigida a cada accionista con una antelación mínima de cinco (5) días hábiles.” Así, pues, se hace evidente que para la celebración de la reunión de asamblea extraordinaria de accionistas de Ahren S.A.S. no se realizó una convocatoria en debida forma.

No obstante lo anterior, se debe poner de presente que, si bien se cumplen los presupuestos que conllevarían a aplicar la sanción de ineficacia de las decisiones presuntamente adoptadas el 30 de noviembre de 2017, este Despacho, una vez analizado el material probatorio que obra en el expediente, encuentra que lo procedente es advertir la inexistencia de las mismas por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, cabe precisar que la doctrina se ha pronunciado respecto de la más común de las decisiones asamblearias inexistentes como “aquella que se registra como tal, pero que no corresponde a una reunión formal de socios, como que estos jamás han deliberado ni decidido sobre algo en particular, no obstante lo cual documentan el acto falaz en un acta espuria que, como tal, da cuenta y razón de decisiones que no han sido adoptadas”.³ De igual forma, se ha dicho que para probar que una decisión es inexistente “hay que acreditar la falsedad del documento que las contiene, de suerte que se establezca la ausencia de la voluntad social”.⁴

En esa medida, se debe poner de presente que el liquidador y socio de Ahren S.A.S., Miguel Ángel Chaparro Pinzón, al interrogarlo este Despacho sobre si la reunión efectivamente existió, este confesó que “te puedo decir que no porque realmente no recuerdo pudo haber sido un día antes dos días antes no me acuerdo”. Por otro lado manifestó que jamás hicieron una reunión de accionistas en los años que duró la empresa.

Así, pues, para el Despacho es evidente que la reunión de Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Ahren S.A.S. no existió⁵, razón por la cual, el Despacho debe declarar de oficio

2 De igual forma, en el interrogatorio oficioso practicado por el Despacho al demandante se declaró que “yo ese día el 30 de noviembre me encontraba trabajando en Claro y pues yo tengo las pruebas de los registros de la hora de ingreso y las veces por donde circulé en las instalaciones de esta empresa y pues presencialmente nunca podría haber estado [...] además quedan en el km 7.5 vía Siberia pues tampoco es lógico mi desplazamiento hasta las instalaciones de la dirección donde se realizó la reunión [...]” Cfr. Audiencia del 17 de febrero de 2020, minuto 8:39-9:45.

3 NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario, 2ª Edición (2014, Bogotá D.C., Editorial Legis) 347.

4 Id.

5 En ese mismo sentido, el Despacho encuentra que se ha desvirtuado la presunción de validez de las actas dispuesta por el inciso 2º del artículo 189 del Código de Comercio, toda vez que, se ha demostrado la falsedad del acta n.º 003 del 30 de noviembre de 2017.

la inexistencia de las decisiones adoptadas en la reunión del 30 de noviembre de 2017. En ese sentido, aunque se habrían probado los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia por la falta de quórum y convocatoria, lo que en derecho corresponde, es advertir la inexistencia en atención a que quedó demostrado que no se celebró una reunión social en los términos legales ni estatutarios.

En efecto, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, “la citada forma de ineficacia —la inexistencia— opera, por regla general, de pleno derecho, en el sentido de que cuando uno de los motivos a través de los cuales se le concibe brota en forma diamantina u ostensible, se produce automáticamente, *ipso iure*, *sin necesidad de un fallo judicial que la declare*”.⁶ De igual forma, la doctrina se ha manifestado sobre la posibilidad de declarar la inexistencia de oficio; así, Martínez Neira ha hecho referencia a la ineficacia por inexistencia, la cual puede y debe ser reconocida de oficio por el juez.⁷

A la luz de las anteriores consideraciones, se ha acreditado que la reunión del 30 de noviembre de 2017 que consta en el acta n.º 003 nunca existió, por lo cual, deberán corregirse los efectos indebidos que alcanzaron a producir las decisiones inexistentes a que se ha hecho referencia, incluida la decisión de liquidar Ahren S.A.S. y la designación de Miguel Ángel Chaparro Pinzón como liquidador de la sociedad. Por ello, se le oficiará a la Cámara de Comercio de Bogotá, a fin de que se adopten las medidas pertinentes para darle cumplimiento a lo expresado en esta sentencia.

Por lo demás, el Despacho advierte una posible falsedad en documento (acta n.º 003 del 30 de noviembre de 2017) y le remitirá una copia del expediente de este proceso a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que se tomen las medidas que correspondan.

[...]

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

Resuelve

Primero. Negar las pretensiones de la demanda.

Segundo. Advertir la inexistencia de las decisiones adoptadas por Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Ahren S.A.S., durante la denominada reunión celebrada el 30 de noviembre de 2017.

Tercero. Oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá a fin de que se efectúen las anotaciones que correspondan en el registro mercantil de Ahren S.A.S. y se dé cumplimiento a esta sentencia.

6 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia n.º 1999-01651 del 13 de diciembre de 2013, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda.

7 NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario, 2ª Edición (2014, Bogotá D.C., Editorial Legis) 381 a 383.

Cuarto. Remitir una copia del expediente de este proceso a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que se tomen las medidas que correspondan.

Quinto. Abstenerse de proferir una condena en costas.

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

Sentencia n.º 2020-01-271819 del 17 de junio de 2020

Partes	Empresa de Servicios de Florencia S.A. E.S.P. – Servaf S.A. E.S.P. contra Municipio de Florencia y otros
Asunto	Actos de competencia.

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho tiene como propósito principal que se declare que el Municipio de Florencia, Andrés Mauricio Perdomo Lara, Brenda Magaly Restrepo Plazas, Víctor Hugo Preciado Buitrago y Juan Francisco Barrios Medina, en su calidad de administradores de Servaf S.A. E.S.P., incumplieron los deberes previstos en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, consistentes en abstenerse de celebrar actos en conflicto de interés y participar en operaciones que impliquen competencia con la sociedad.

Según se narra en la demanda, el Municipio de Florencia, Andrés Mauricio Perdomo Lara, Brenda Magaly Restrepo Plazas, Víctor Hugo Preciado Buitrago y Juan Francisco Barrios Medina participaron en la constitución y etapa pre-operativa de Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P., compañía que tiene un objeto social similar al de Servaf S.A. E.S.P., consistente en la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en el Municipio de Florencia.

Como consecuencia de lo anterior, se solicitó la declaratoria de nulidad del acto de constitución de Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P., con la consecuente declaratoria de disolución de dicha compañía y una indemnización de perjuicios. Sobre este último punto, basta simplemente recordar que la presente demanda no fue iniciada al amparo de una acción social de responsabilidad, por lo que para las partes ha quedado suficientemente claro que el Despacho no podría ordenar una indemnización de perjuicios en caso de encontrar probadas las actuaciones censuradas.

1. Acerca del deber de abstenerse de participar en actos que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad

Uno de los principales medios de defensa de los intereses de la sociedad y, correlativamente, de sus asociados, suele encontrarse en la consagración, por vía legal o jurisprudencial, de un deber general de lealtad a cargo de los administradores sociales. Bajo tal principio, estos funcionarios deben actuar en el mejor interés de la compañía, de manera que les corresponde privilegiar el interés social sobre el propio o de terceros.

En el régimen societario colombiano, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 consagra los principios generales de conducta a los que deben someterse los administradores sociales, así como los deberes legales específicos que se derivan de su cargo. Según las voces de la aludida disposición, “[l]os administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados”. Así, pues, la consagración legal

de estos estándares impone a los jueces la exigencia de establecer, a partir de rigurosos análisis, si se han producido actuaciones censurables a la luz de los deberes de los administradores. En efecto, conforme lo ha señalado esta Delegatura en múltiples oportunidades, las autoridades judiciales no deben inmiscuirse en la gestión interna de los asuntos internos de una compañía, a menos que se acredite la existencia de actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. Es claro, entonces, que de verificarse alguna de estas circunstancias, se justifica un cercano escrutinio de la gestión de los administradores sociales.

Dentro de los mencionados deberes legales específicos se encuentran los previstos en el numeral 7 del citado artículo 23, cuya desatención implica una infracción al deber general de lealtad y, por tanto, justifican la intervención judicial. Al tenor de la citada disposición, 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”. A su vez, el artículo 5 de Decreto 1925 de 2009 establece la sanción de nulidad absoluta del acto contrario a estos deberes cuando no se ha impartido la precitada autorización, sin perder de vista la posibilidad de procurar una indemnización de los perjuicios derivados de la conducta de los administradores en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

A. Conflictos de interés

Esta Delegatura ha precisado que, como en el ordenamiento jurídico colombiano no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de un conflicto de interés en el ámbito societario, “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”. Para tal efecto, “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”. De esta manera, es necesario acreditar que estas circunstancias “representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido”.¹

En este sentido, el Despacho ha hecho referencia al conflicto de interés que surge cuando el administrador o una persona vinculada a este sujeto celebra operaciones con la compañía en la que aquel ejerce sus funciones.² Igualmente, se ha estudiado el conflicto que se presenta cuando un mismo sujeto es administrador de dos compañías que contratan entre sí,³ o cuando se celebran operaciones entre sociedades controladas por el mismo sujeto o con partes vinculadas.⁴ Así mismo, se ha analizado el conflicto que ocurre cuando el administrador de una compañía reviste también la calidad de accionista significativo en otra sociedad que contrata con aquella.⁵ Esta Delegatura, incluso, se ha referido a situaciones en las que el administrador incurso en un conflicto no participa, en ninguna calidad, en la celebración del respectivo negocio jurídico y, aun así, este último puede estar viciado por

1 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-52 del 1 de septiembre de 2014. Cfr. también la sentencia n.º 800-133 del 15 de octubre de 2015.

2 Id.

3 Cfr. Superintendencia de Sociedades, auto n.º 801-7259 del 19 de mayo de 2014.

4 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-142 del 10 de noviembre de 2015.

5 Cfr. Superintendencia de Sociedades, auto n.º 800-15368 del 17 de noviembre de 2015.

conflicto de interés.⁶ Por lo demás, este Despacho ya ha estudiado distintas hipótesis en las que un administrador cuenta con un interés económico significativo en una operación determinada, de tal forma que resulta menoscabada su capacidad de cumplir, de forma objetiva, las funciones propias de su cargo.⁷

En síntesis, pues, este Despacho ha concluido la existencia de conflictos de interés a partir de diferentes hipótesis fácticas en las que el administrador o sus vinculados —como sus parientes— participan en actos en los que es parte la sociedad en la que aquel ejerce sus funciones, o cuando él o sus vinculados cuentan con un interés económico sustancial en la correspondiente operación.

B. Actos de competencia

Los administradores sociales reciben un encargo de confianza por cuya virtud sus esfuerzos deben estar permanentemente encaminados en la procura del mejor interés de la sociedad en la que ejercen sus funciones. Tales sujetos, entonces, no podrían sacar provecho subjetivo de tan plausible encargo a expensas del bienestar social, ni adelantar o promover actuaciones que impacten negativamente en los intereses de la compañía.

De ahí que, en desarrollo del deber general de lealtad, les está prohibido a los administradores sociales participar, directa o indirectamente, en actos u operaciones que impliquen competencia con la sociedad. Se trata del deber de no competir, de acuerdo con el cual son reprochables las actuaciones promovidas por el administrador tendientes a que este sujeto o algún vinculado concurren con la compañía en la explotación de una actividad económica dentro de un mismo mercado. Ciertamente, resulta inaceptable que el mencionado funcionario, al que se le ha confiado la gestión leal de la compañía y se le ha revelado información privilegiada, promueva actos orientados a la explotación, independiente o paralela, de una actividad económica de interés y al alcance de la sociedad.

Para establecer, entonces, si el administrador incurrió en actos de competencia, deberá examinarse si las actividades desplegadas o promovidas por esta persona están orientadas a competirle a la sociedad en la que ejerce sus funciones, vale decir, a concurrir con esta última en la explotación de una actividad económica de su interés y a su alcance. Para tal efecto, será relevante analizar el objeto social y la línea de negocios de la compañía.

2. Acerca de las circunstancias fácticas que dieron lugar a la presente controversia

Servaf S.A. E.S.P. fue constituida el 24 de julio de 1992 mediante escritura pública n.º 2109, inscrita el 28 de julio de 1992 en el registro mercantil, tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal. De conformidad con dicho documento, para abril de 2018 el objeto social de esta compañía era la “gestión, administración y prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo”.

6 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-52 del 1 de septiembre de 2014.

7 Id.

Servaf S.A. E.S.P. tiene 165 accionistas, entre los cuales está el Municipio de Florencia con el 48,87% de la participación accionaria, según consta en las certificaciones del director financiero de la compañía expedidas el 27 de abril de 2018.

El 18 de enero de 1993, Servaf S.A. E.S.P. celebró un contrato de administración de servicios públicos con el Municipio de Florencia. El aludido contrato tenía por objeto “la gestión y administración de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado del Municipio de Florencia” y su duración era de 25 años. De acuerdo con el mencionado término de duración, entonces, la fecha de terminación del contrato sería el 18 de enero de 2018. Posteriormente, las partes celebraron una modificación al mencionado acto jurídico, el 16 de diciembre de 1994, con el fin de ajustar sus disposiciones a la Ley 142 de 1994.

El 23 de agosto de 2017, antes de que concluyera el término de duración del negocio jurídico, el Municipio de Florencia celebró el contrato de consultoría n.º 20170008 con Selfinver Banca de Inversiones Ltda., “para la elaboración de estudios técnicos, comerciales, legales y financieros para la definición de una alternativa en la prestación del servicios de agua potable y saneamiento básico del Municipio de Florencia”, tal y como consta en el estudio entregado por la mencionada firma y en el proyecto de acuerdo n.º 1 del 17 de enero de 2018.

El 13 de enero de 2018, Servaf S.A. E.S.P. y el Municipio de Florencia celebraron una modificación al contrato de administración de servicios públicos, mediante el cual prorrogaron su término de duración hasta el 4 de marzo de 2018, es decir, por 45 días calendario. Lo anterior, según la decisión de la junta directiva de la compañía en el sentido de abstenerse de prorrogarlo por un término superior.

Mientras tanto, y una vez conocido el estudio de consultoría contratado con Selfinver Banca de Inversiones Ltda., el 17 de enero de 2018 el alcalde del Municipio de Florencia, Andrés Mauricio Perdomo Lara, presentó el proyecto de acuerdo n.º 1 ante el Concejo Municipal de Florencia y mediante decretos n.º 0005 y 0020 del 17 de enero de 2018 convocó a dicho cuerpo colegiado con el fin de que le autorizaran la constitución de “una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial”. Fue así como, mediante acuerdo municipal n.º 2018001 del 26 de enero de 2017, el Concejo Municipal autorizó al alcalde para la “creación, organización y operación de una empresa de servicios públicos oficial, la cual se denominará ‘Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P.’”.

Posteriormente, Víctor Hugo Preciado Buitrago, en calidad de “Alcalde Encargado del municipio de Florencia”, suscribió la escritura pública n.º 0497 del 28 de febrero de 2018, en la que reposa el contrato de sociedad de Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P., la cual se inscribió en el registro mercantil el 5 de marzo de 2018. De conformidad con dicho documento, la siguiente es la composición accionaria de esta nueva compañía desde el momento de su constitución.

Tabla n.º 1. Composición accionaria de Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P.

Accionistas	N.º acciones	Porcentaje de participación
Municipio de Florencia	11.469	99,99%
Unidad para la Promoción y del Empleo y la Productividad –UPEP–	1	0,01%
Total	11.470	100%

De acuerdo con los estatutos y el certificado de existencia y representación legal, el objeto social de Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P. consiste en “la prestación de servicios públicos de acueducto y alcantarillado, y actividades complementarias en el Municipio de Florencia”.

Dichos documentos también dan cuenta de que Juan Francisco Barrios Medina fungió como representante legal de la nueva compañía desde el momento de su constitución, el 5 de marzo de 2018, hasta el 19 de febrero de 2020, fecha en la que se inscribió su renuncia al cargo en el registro mercantil, sin que a la fecha se haya nombrado un nuevo representante legal. Así mismo, tales documentos acreditan que Brenda Magaly Restrepo Plazas, en su calidad de secretaria de la Gerencia de Desarrollo Económico y Hábitat de Florencia, fungió en el cargo de miembro principal de la junta directiva de la aludida sociedad desde el momento de su constitución.

Ante dichas circunstancias, el 26 de febrero de 2018 Servaf S.A. E.S.P., a través de su representante legal, Carlos Enrique Serrano Morales, así como Abimael Torres Losada, Germán Calderón Horta y Deyanira Rivera Salgado, presentaron una recusación en contra el alcalde Andrés Perdomo Lara y su equipo de gobierno, por conflicto de interés. Dicha recusación fue negada por la Procuraduría Regional de Caquetá mediante auto del 11 abril de 2019.

Durante la fijación del objeto del litigio, el apoderado de la demandante informó que Servaf S.A. E.S.P. continúa con la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en el Municipio de Florencia, al paso que Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P. no ha podido iniciar operaciones al no tener la infraestructura ni la concesión del derecho de aguas superficiales necesarios para prestar el servicio de acueducto.

3. Acerca de la calidad de administradores de los demandados en Servaf S.A. E.S.P.

De acuerdo con en el acta n.º 48 de la sesión asamblearia del 27 de octubre de 2016, los accionistas de Servaf S.A. E.S.P. nombraron la junta directiva, órgano que quedó conformado como se expone en la siguiente tabla y permaneció durante el 2018.

Tabla n.º 2. Conformación de la junta directiva de Servaf S.A. E.S.P. según los nombramientos efectuados el 27 de octubre de 2016

Renglón	Miembros principales	Miembros suplentes
Primero	Alcalde de Florencia	Gerencia de Infraestructura
Segundo	Secretaria de Obras	Secretaria de Ambiente
Tercero	Gerente de Desarrollo Económico	José David Garzón Riveros
Cuarto	Rodolfo Straub Cadena	Abimael Torres Losada
Quinto	Germán Calderón Horta	Herminia Calderón Horta
Sexto	Carlos Enrique Serrano Morales	Carlos Enrique Serrano Arciniegas
Séptimo	Deyanira Rivera Salgado	Julio César Hurtado

A su vez, debe señalarse que Andrés Mauricio Perdomo Lara fungió como alcalde del Municipio de Florencia entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2019, tal y como fue confirmado durante su interrogatorio de parte.

En el caso de Víctor Hugo Preciado Buitrago, el Decreto 89 del 9 de febrero de 2018, expedido por la alcaldía de Florencia, y el acta de posesión del 12 de febrero de 2018, dan cuenta de que era el secretario del despacho de la Gerencia de Obras Públicas de Florencia desde esta última fecha. Adicionalmente, según el Decreto 0146 del 26 de febrero de 2018, el aludido demandado fungió como alcalde encargado del Municipio de Florencia entre el 27 de febrero de 2018 y el 4 de marzo de 2018 y el acta n.º 02 del 27 de febrero de 2018 acredita la posesión en tal cargo.

Por su parte, respecto de Brenda Magaly Restrepo Plazas, las resoluciones n.º 722 del 18 de julio de 2017 y 1032 de julio de 2018, proferidas por la alcaldía de Florencia, dan cuenta de que era la secretaria del despacho de la Gerencia de Desarrollo Económico y de Hábitat de Florencia entre el 18 de julio de 2017 y el 9 de julio de 2018.

Por último, Juan Francisco Barrios Medina fue removido del cargo de representante legal principal el 5 de enero de 2018,⁸ según consta en el acta n.º 381 de la junta directiva de Servaf S.A. E.S.P., relativa a la reunión iniciada el 4 de enero de 2018 y culminada el 5 de enero de 2018. Así mismo, a través del Registro Único Empresarial y Social –RUES–, el Despacho verificó que la remoción del aludido demandado fue inscrita en el registro mercantil apenas hasta 16 de marzo de 2018.

En esa medida, es importante aclarar que en varios de los renglones de la junta directiva no fueron designadas personas naturales en particular, sino que se hizo referencia a cargos concretos adscritos a la alcaldía del Municipio. De lo anterior es posible concluir, tal y como también lo precisaron algunas de las personas que declararon en el proceso, que su ejercicio como miembros de dicho órgano se encontraba circunscrito a su designación y permanencia en el cargo correspondiente. Es el caso de Andrés Mauricio Perdomo Lara como alcalde del Municipio de Florencia, de Víctor Hugo Preciado Buitrago como secreta-

8 Al respecto, es relevante mencionar que el máximo órgano de Servaf S.A. E.S.P. removió al señor Barrios Medina del cargo de representante legal principal en la reunión que inició el 5 de enero de 2018 y dicha remoción fue inscrita en el registro mercantil el 16 de marzo de 2018. No debe perderse de vista que, tal y como lo dispone el artículo 164 del Código de Comercio, la inscripción de los representantes legales en el registro mercantil es constitutiva. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-621 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

rio de obras y alcalde encargado y de Brenda Magaly Restrepo Plazas como secretaria del despacho de la Gerencia de Desarrollo Económico y de Hábitat. De ahí que las pretensiones de la demanda hayan sido también dirigidas en contra de ellos como administradores de Servaf S.A. E.S.P. Por lo demás, en el caso de Juan Francisco Barrios Medina, la demandante busca que se examine su conducta en calidad de antiguo representante legal principal de la compañía.

4. Acerca del caso concreto

Según se expresa en la demanda, el Municipio de Florencia y quien era su alcalde, Andrés Mauricio Perdomo Lara, infringieron los deberes previstos en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, al realizar actos tendientes a la constitución de Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P., con el mismo objeto social que el de Servaf S.A. E.S.P., sin obtener la autorización de la asamblea general de accionistas de esta última. En esta misma línea, se ha solicitado que se examine la conducta de Víctor Hugo Preciado Buitrago, pues a pesar de ser miembro de la junta directiva de Servaf S.A. E.S.P. y alcalde encargado del Municipio de Florencia, suscribió la escritura pública de constitución de Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P. En el caso de Brenda Magaly, se ha cuestionado el hecho de que, pese a ser miembro de la junta directiva de Servaf S.A. E.S.P., aceptó su nombramiento como miembro de la junta directiva de la nueva sociedad. Por último, respecto de Juan Francisco Barrios Medina, se ha indicado que infringió sus deberes al aceptar ser el representante legal de Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P., cuando también era miembro de la junta directiva de Servaf S.A. E.S.P.

En este sentido, la demandante ha puesto de presente que el señor Perdomo Lara, en su calidad de alcalde del Municipio de Florencia, presentó un proyecto de acuerdo ante el Concejo Municipal de Florencia, mediante el cual solicitó autorización para la constitución de una sociedad de carácter oficial que prestaría el servicio de acueducto y alcantarillado en el Municipio. Adicionalmente, se ha indicado que, tras obtener la aludida autorización, se constituyó Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P., en la que el Municipio tiene el 99,99% de la participación accionaria.

Pues bien, el estudio presentado por Selfinver Banca de Inversiones Ltda., y el interrogatorio de parte de Andrés Mauricio Perdomo Lara, dan cuenta de que el proyecto de acuerdo n.º 1 fue presentado el 17 de enero de 2018 ante el Concejo Municipal de Florencia debido a la inminente terminación del contrato de administración de servicios públicos que el Municipio había celebrado con Servaf S.A. E.S.P. y de su prórroga, prevista para 4 de marzo de 2018. Según las pruebas en mención, el señor Perdomo Lara, como alcalde del Municipio de Florencia, buscó alternativas para garantizar la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en el aludido Municipio. Lo anterior fue también asegurado por los demás demandados durante su interrogatorio de parte.

El referido estudio arrojó tres alternativas para la prestación del servicio público. La primera consistió en la constitución de una sociedad por acciones simplificada de carácter oficial que prestaría el servicio asesorada por una empresa de servicios públicos domiciliarios a la cual le tercerizaría de manera temporal la operación, opción que no requería licitación pública. La segunda alternativa consistió en la contratación de un operador especializado en el marco del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, con el fin de que prestara el servicio con

independencia técnica y financiera. Finalmente, la tercera alternativa consistió en la realizar una convocatoria pública para la conformación de una sociedad de economía mixta, en la cual alguno de sus accionistas fuera quien asumiera la prestación del servicio público.

Adicionalmente, en el estudio se definieron varios criterios para la escogencia de la mejor alternativa, tales como: (i) garantía para la prestación del servicio en el mediano y largo plazo,⁹ (ii) facilidad para la consecución de recursos de créditos para el POIR,¹⁰ (iii) utilización de los excedentes operativos y la reinversión de las utilidades para la financiación del POIR¹¹ y (iv) flexibilidad para adecuar el esquema frente a futuros cambios imprevistos.¹²

Así, luego de que se realizara el análisis correspondiente, el estudio reportó que la alternativa que cumplía en mejor medida con los precitados criterios era la primera, consistente en la creación de una compañía pública. Lo anterior, debido a que ofrecía una mayor posibilidad de reinvertir utilidades para financiar mejoras en la calidad y ampliación del servicio y, por otro lado, atendía de mejor manera los cambios imprevistos que podían presentarse en el Municipio de Florencia, como aquellos reflejados en la población y en el orden público. En verdad, para la firma consultora y según las razones expuestas, dicha alternativa era la que guardaba mejor correspondencia con la prioridad atender las necesidades colectivas que debía garantizar el Municipio.

La siguiente tabla tomada del estudio presenta cada una de las alternativas con una calificación de uno a cuatro, siendo uno el que cumple en mejor medida con los criterios antes mencionados y cuatro el que los cumple en menor medida.

Tabla n.º 3. Alternativas y criterios de selección

	Empresa pública	Operador especializado	Empresa mixta convocatoria	Empresa mixta prórroga
Garantía de estabilidad de la prestación	3	1	2	4
Créditos para el POIR	3	1	2	4
Reinversión de utilidades	1	4	2	3
Flexibilidad del esquema	1	4	2	3

Según declaró el señor Perdomo Lara, en el estudio también se analizó la posibilidad de prorrogar el contrato de administración de servicios públicos con Servaf S.A. E.S.P., pero la recomendación efectuada por los consultores fue la constitución de una sociedad. Sobre el particular, en el estudio consta que se analizaron varias normas del régimen de contratación estatal y sentencias del Consejo de Estado, según las cuales los “contratos adi-

9 Según el estudio, este criterio consiste en la prestación de los servicios públicos con calidad y de manera permanente, de manera que las personas que decidan establecer su residencia puedan contar con servicios públicos de calidad a precios razonables.

10 De acuerdo con el estudio, este criterio consiste en la facilidad para conseguir a corto plazo créditos para ejecutar las obras que requiere el Municipio de Florencia para garantizar la prestación del servicio, como son el saneamiento de sus corrientes superficiales y la expansión de la oferta de prestación de los servicios.

11 De conformidad con el estudio, este criterio consiste en la posibilidad de efectuar reinversión permanente de las utilidades para mejorar la calidad del servicio.

12 Según el estudio, este criterio consiste en la posibilidad de atender a corto plazo los cambios imprevistos en el programa de prestación del servicio, ante cambios importantes como inmigraciones o alteración del orden público.

cionales” deben regirse por la ley bajo la cual se celebró el contrato principal, que para el caso concreto era el Decreto Ley 222 de 1983, el cual consagraba la posibilidad de prorrogar contratos de manera excepcional cuando exista autorización expresa consagrada en la ley. Al respecto, la firma consultora indicó: “[e]n nuestro concepto es[a] prórroga solo es viable a muy corto plazo y solo para efectos de garantizar los menores traumatismos en la transición a un nuevo operador del servicio o prestador dependiendo de la opción que se defina y por ende no es una alternativa que garantice a largo plazo la prestación del servicio, ni grandes inversiones toda vez que por las mismas limitaciones de orden legal no podría comprometerse a inversiones mayores en plazos tan cortos como los que pueden darse dentro de una prórroga de un contrato”.

En este sentido, el señor Perdomo Lara explicó que, una vez examinado el estudio mencionado, la primera alternativa, consistente en la constitución de una sociedad por acciones simplificada de carácter oficial, era la opción más rentable social y financieramente para el Municipio de Florencia como garante de la prestación de servicios públicos. Al respecto, señaló que durante su administración el Municipio adelantó obras para canalizar dos fuentes hídricas que beneficiaron a más de cinco mil familias, las cuales se financiaron con recursos municipales en atención a que Servaf S.A. E.S.P. manifestaba no tener la capacidad financiera para ejecutar dichas obras. Este tipo de circunstancias, por ejemplo, se habrían tenido en cuenta en el estudio de consultoría para determinar que la constitución de una sociedad pública era la opción más conveniente para el Municipio de Florencia.

Fue así como finalmente se constituyó Empresa de Servicios Públicos Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P., compañía que, a la fecha, no ha hecho más que realizar actuaciones de naturaleza pre-operativa y de orden administrativo para efectos de poder prestar en algún momento los servicios públicos en comento. Según han explicado los demandados, la razón primordial por la que la aludida sociedad no ha explotado su objeto social estriba en que Servaf S.A. E.S.P. no ha devuelto la infraestructura necesaria para el efecto, la cual, a su juicio, es de propiedad del Municipio. Además, se ha indicado que la sociedad demandante cuenta en este momento con la concesión del derecho de aguas superficiales. La definición de tales controversias, sobre las que no le corresponde a este Despacho pronunciarse, se encuentra en curso según explicaron los demandados.

Mientras tanto, la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en Florencia sigue encontrándose en cabeza de Servaf S.A. E.S.P., a pesar de que jurídicamente el contrato de administración ya terminó. Ciertamente, según las actas n.º 384, 385 y 388 de la junta directiva de esta compañía, correspondientes a las reuniones del 8 y 14 de febrero y 5 de marzo de 2018, los miembros de dicho órgano no pudieron ponerse de acuerdo para aprobar una prórroga por más de 45 días, de manera que el contrato parece haber terminado el 4 de marzo de 2018.

A partir de las consideraciones expuestas, así como del análisis de las pruebas practicadas, el Despacho considera que los demandados no incurrieron en conductas censurables a la luz de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Para comenzar, la presentación del proyecto de acuerdo ante el Concejo Municipal, junto con la posterior constitución de Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P., son actuaciones que tuvieron como antecedente el estudio técnico contratado por el Municipio

de Florencia ante la necesidad de establecer la vía adecuada para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado. En efecto, la prestación de tales servicios estaba a cargo Servaf S.A. E.S.P. en virtud de un contrato de administración celebrado con el Municipio, cuya fecha de terminación se aproximaba. La constitución de Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P. fue entonces el resultado de la recomendación técnica proveniente de una consultoría externa contratada para tales efectos, de la autorización emitida por el Concejo Municipal, así como del criterio objetivo del Municipio a través de su alcalde.

A lo anterior debe agregarse una circunstancia de innegable relevancia, y es que la constitución de la nueva sociedad tuvo lugar el 5 de marzo de 2018, de forma posterior a que ocurriera la fecha de terminación del contrato de administración el 4 de marzo de 2018.¹³ En este sentido, es claro que la actividad principal de Servaf S.A. E.S.P., consistente en la explotación del mencionado contrato, estaba contractualmente prevista para concluir el 4 de marzo de 2018, de manera que las actuaciones adelantadas por la alcaldía de Florencia no tendrían como efecto, precisamente, despojar a Servaf S.A. E.S.P. de esa actividad, ni mucho menos competirle, pues la prestación de servicios públicos por parte de Empresa Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P. iniciaría una vez concluido el término de duración del contrato de administración.

En otras palabras, aunque el Municipio de Florencia tuviera la calidad de miembro de junta directiva de Servaf S.A. E.S.P. y hubiera promovido la constitución de una nueva compañía con objeto social similar al de la primera, recibiendo el 99,99% de la participación accionaria, ese acto no tuvo la virtualidad de representarle competencia a Servaf S.A. E.S.P. por las siguientes razones: (i) contractualmente, la actividad principal de Servaf S.A. E.S.P. habría de concluir el 4 de marzo de 2018, sin que del contrato de administración se desprenda para aquella el derecho a una necesaria prórroga o renovación; (ii) la constitución de la nueva compañía y su operación fue prevista para una fecha posterior a la fecha de terminación del contrato de administración celebrado con Servaf S.A. E.S.P.; (iii) aunque Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P. sea un potencial ejecutor de la misma actividad de la primera compañía, por razones de orden público-administrativo sobre las que no le corresponde a este Despacho pronunciarse, a la fecha esa compañía no ha podido explotar su objeto social; (iv) si lo explotara, luego de que se definan controversias relativas a la infraestructura y los permisos necesarios para el efecto, ello implicaría que Servaf S.A. E.S.P. deje de explotar una actividad amparada en un contrato terminado hace varios meses, de manera que, bajo las circunstancias que rodean esta controversia, tampoco sería viable que las dos compañías concurrieran en la prestación de los mismos servicios como competidoras.

De otra parte, el Despacho tampoco encontró configurado un conflicto de interés en cabeza del Municipio de Florencia, ni de su alcalde o alguno de los demás demandados al promover o participar en la constitución de Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P. En la medida en que los derechos de la primera sociedad en relación con la ejecución del contrato de administración de servicios públicos habrían de concluir, en cabeza del Municipio no confluyeron dos intereses contrapuestos con la constitución de la nueva compañía

¹³ Sobre este punto, no debe perderse de vista que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1258 de 2008, las sociedades por acciones simplificadas quedan constituidas a partir de la inscripción de su documento de constitución en el registro mercantil.

de forma posterior a la terminación de dicho contrato. Adicionalmente, para adoptar dicha decisión, el alcalde se asesoró de una firma consultora independiente que, por cierto, determinó que no era siquiera viable jurídicamente prorrogar a largo plazo la vigencia del contrato de administración con Servaf S.A. E.S.P. Sobre el particular, el señor Perdomo Lara señaló que, de haber celebrado una renovación o prórroga del mencionado contrato como lo pretendía la demandante, habría incurrido en una celebración indebida de contratos.

Por lo demás, el Despacho tampoco considera que la constitución de Empresas Públicas Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P. le haya representado al señor Perdomo Lara, o a cualquiera de los demandados en este proceso, un interés económico subjetivo que pudiera viciar su juicio objetivo para actuar de la manera en que lo hicieron. Tampoco puede ello afirmarse respecto del Municipio de Florencia, pues, aunque recibió el 99.99% de la participación accionaria en la nueva compañía, esto tuvo como propósito materializar una alternativa determinada objetivamente por un tercero en el marco de los deberes legales y constitucionales que le corresponden al aludido Municipio en relación con la prestación de servicios públicos. Además, como insistentemente se ha dicho, ello no ocurrió durante la vigencia del contrato de administración celebrado con Servaf S.A. E.S.P.

Sobre este punto, no sobra hacer alusión a lo decidido por la Procuraduría Regional de Caquetá mediante providencia del 11 de abril de 2019 al resolver la recusación en contra del señor Perdomo Lara, a cuyo tenor “[n]o se evidencia de la de la prueba documental arriada a la petición del recusante ningún tipo de interés particular del señor A[ndrés] M[auricio] P[erdomo] L[ara] como persona natural como tampoco del equipo de colaboradores que hacen parte de la [j]unta [d]irectiva de S[ervaf] S.A. E.S.P. [...] sin que se evidencie prueba tangible del presunto interés particular – privado de tales servidores públicos, como tampoco de la presencia de relaciones personales de negocio, parentesco o afectividad que hagan presumir la falta de independencia e imparcialidad en aras del beneficio directo o de terceras personas”. Por esta razón, la aludida entidad decidió “denegar la recusación promovida por el señor Álvaro Torres Cadena en contra del señor Andrés Mauricio Perdomo Lara en calidad de [a]lcalde del Municipio de Florencia de los sus funcionarios y delegados de la Alcaldía de Florencia [...]”.

Por lo demás, las mismas razones ya expuestas permiten concluir que los señores Brenda Magaly Restrepo Plazas, Juan Francisco Barrios Medina y Víctor Hugo Preciado Buitrago, por el hecho de haber aceptado ejercer los cargos de administradores en Empresas de Servicios Públicos Aguas de Florencia S.A.S. E.S.P. —y en el caso del señor Preciado Buitrago también por haber suscrito el acto de constitución—, tampoco incurrieron en actos de competencia ni en conflictos de interés. En verdad, estos actos no tuvieron la virtualidad de despojar a Servaf S.A. E.S.P. de su actividad económica principal representada en la explotación de un contrato de administración que habría de concluir, así como tampoco estuvieron orientados a concurrir con esta compañía en la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en Florencia, ni estuvieron encaminados a la satisfacción de un interés personal.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho desestimará las pretensiones de la demanda.

[...]

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

Resuelve

Primero. Desestimar las pretensiones de la demanda.

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

La anterior providencia se profiere a los diecisiete días del mes de junio de dos mil veinte y se notifica por estado.

Sentencia n.º 2020-01-543527 del 14 de octubre de 2020

Partes	Espumas de Polietileno (Polylon) S.A. contra Loplast S.A.S. y otros
Asunto	Desestimación de la personalidad jurídica. Extensión de responsabilidad a los asociados por obligaciones sociales insolutas.

I. Hechos

Antes de analizar los argumentos formulados por las partes, es necesario realizar un recuento de los antecedentes fácticos más relevantes para efectos del presente litigio. Con el propósito de estudiar la información recolectada a lo largo del proceso, el Despacho considera pertinente hacer referencia, en primer lugar, a la constitución de Loplast S.A.S. y Cardiovascular S.A.S. En segundo lugar, se hará mención al proceso de competencia desleal iniciado por Polylon S.A. en contra de Loplast S.A.S. ante la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2010. Finalmente, se presentará un resumen de las principales operaciones celebradas entre los demandados de este proceso para la época en que la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió el mencionado proceso judicial.

1. La constitución de Loplast S.A.S. y Cardiovascular S.A.S.

La sociedad López Brokate S. en C. fue constituida mediante escritura pública n.º 2.763, otorgada el 16 de diciembre de 1999 en la Notaría n.º 7 del Círculo de Barranquilla e inscrita en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de esa misma ciudad el 23 de febrero de 2000, principalmente para “manufactura y transformación de resinas plásticas en productos rígidos y flexibles de uso industrial y de consumo masivo, su distribución y comercialización”. Al momento de crearse la sociedad, Raúl Eduardo López Morad ocupó la posición de gestor, al paso que su esposa, Dayana Margarita Brokate Salzedo, y sus hijos, Raúl Fernando, Laura y Alejandro, recibieron cuotas sociales en calidad de comanditarios.

En el año 2006, los asociados de la compañía aprobaron su transformación en una sociedad anónima, bajo la denominación de Loplast S.A. Desde esa misma reunión se designó a Raúl Eduardo López Morad como representante legal de esta compañía. En la siguiente tabla se presenta la composición del capital de Loplast S.A.:

Tabla n.º 1. Composición del capital de Loplast S.A. (2012)

Accionista	Acciones suscritas y pagadas
Raúl López Morad	190.000
Dayana Brokate Salzedo	190.000
Raúl López Brokate	40.000
Laura López Brokate	40.000
Alejandro López Brokate	40.000
Total	500.000

El 30 de marzo de 2015, durante una reunión de la asamblea general de accionistas de la compañía, se adoptó el tipo de la sociedad por acciones simplificada, mediante una transformación. En el acta n.º 15 se señala que, “[e]scuchada la anterior propuesta de transformación de la sociedad, escuchados los nuevos estatutos que ésta adoptaría como resultado de dicha transformación [...], la asamblea aprueba por unanimidad de los votos presentes estos [...] puntos”. Esta determinación fue inscrita en el registro mercantil el 22 de octubre de 2015.

Por su parte, mediante escritura pública n.º 700, otorgada el 30 de marzo de 2000 también en la Notaría n.º 7 del Círculo de Barranquilla e inscrita en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de esa ciudad el 19 de mayo de 2000, se constituyó la sociedad Cardiovascular Ltda. para “la prestación y asistencia médica en todos los campos de la salud humana, a toda clase de personas naturales, la realización de diagnósticos médicos, en especial los diagnósticos cardiológicos, invasivos y no invasivos. Toda clase de intervenciones quirúrgicas, y la asistencia tan[to] operativa como postoperativa, lo mismo que la prestación del servicio de anestesia de sus diversas modalidades”.

Algunos años después, durante una reunión de la junta de socios de esta última compañía celebrada el 12 de marzo de 2010, los socios aprobaron su transformación en una sociedad por acciones simplificada. En dicha reunión, Raúl Eduardo López Morad y Dayana Margarita Brokate Salzedo fueron designados como representantes legales principal y suplente, respectivamente. En la tabla n.º 2 se presenta la composición del capital de Cardiovascular S.A.S. hasta el 30 de mayo de 2012:

Tabla n.º 2. Composición del capital de Cardiovascular S.A.S. hasta el 30 de mayo de 2012

Accionista	Acciones suscritas y pagadas
Raúl López Morad	3.000
Dayana Brokate Salzedo	2.000
Total	5.000

El 30 de mayo de 2012, el máximo órgano social de Cardiovascular S.A.S. aprobó ciertas reformas estatutarias. En primer lugar, la asamblea general de accionistas adoptó la determinación de ampliar el objeto social de Cardiovascular S.A.S., con el fin de que esta sociedad, además de realizar las actividades de la práctica médica previstas desde su constitución, pudiera “formar parte de otras sociedades en Colombia o en el exterior, cualquiera sea el objeto social de éstas”.¹ En segundo lugar, se aumentó el capital autorizado de Cardiovascular S.A.S. “en cuantía de mil quinientos millones de pesos (\$1.500'000.000.00) de manera tal que el capital social autorizado qued[ó] [...] en la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000'000.000.00), dividido en veinte mil (20.000) acciones ordinarias nominativas de valor nominal de cien mil pesos (\$100.000,00) cada una”. Finalmente, se aprobó el aumento del capital suscrito mediante la emisión y colocación de 15.000 accio-

1 Una reforma estatutaria similar se aprobó durante la reunión de la asamblea general de accionistas del 19 de junio de 2012. En esa oportunidad se decidió que Cardiovascular S.A.S. también podría “otorgar garantías y avales de toda clase, incluidas la prenda y la hipoteca, para amparar y responder por obligaciones de sus socios, de sociedades de las que sea socia y de terceros en general”.

nes ordinarias sin sujeción al derecho de preferencia, conforme se definió en el correspondiente reglamento de colocación de acciones.

En la tabla n.º 3 se presenta la composición del capital de Cardiovascular S.A.S. con posterioridad a la capitalización aprobada durante la reunión asamblearia del 30 de mayo de 2012:

Tabla n.º 3. Composición del capital de Cardiovascular S.A.S. con posterioridad al 30 de mayo de 2012

Accionista	Acciones suscritas y pagadas
Raúl López Morad	3.426
Dayana Brokate Salzedo	2.318
Raúl López Brokate	48
Laura López Brokate	48
Alejandro López Brokate	48
Total	5.888

2. El proceso judicial iniciado por Polylon S.A. en contra de Loplast S.A.S.

El 29 de octubre de 2010, Polylon S.A. interpuso una acción de competencia desleal en contra de Loplast S.A.S., la cual fue admitida el 5 de noviembre de 2010 por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio bajo el expediente n.º 10-134822. En ejercicio de la acción antes mencionada, Polylon S.A. solicitó, entre otros, que se declarara que Loplast S.A.S. incurrió en los actos de competencia desleal a que aluden los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15 y 17 de la Ley 256 de 1996 y, en consecuencia, se le condenara a pagar la suma de \$8.398.873.820, a título de indemnización de perjuicios.

Una vez adelantadas las correspondientes etapas del proceso judicial en comento, mediante sentencia n.º 3289 del 29 de junio de 2012, se resolvió que Loplast S.A.S. incurrió en los actos de competencia desleal de desorganización, confusión y explotación de la reputación ajena. En vista de ello, la Superintendencia de Industria y Comercio condenó a Loplast S.A.S. a pagar a favor de Polylon S.A., dentro del término de 10 días siguientes a la ejecutoria de dicha providencia, la suma de \$930.620.574. Vencido ese término, el mencionado Despacho estableció que Loplast S.A.S. debía reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual.

Posteriormente, a través del recurso de apelación, Loplast S.A.S. controvertió la decisión precitada en el párrafo precedente. El 6 de diciembre de 2013, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó en su totalidad la sentencia proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. Los negocios jurídicos controvertidos por Polylon S.A.

De manera simultánea al proceso de competencia desleal reseñado en el acápite precedente, entre los demandados de este proceso acontecieron una serie de operaciones que

han sido cuestionadas por Polylon S.A. Así, el 19 de junio de 2012, Loplast S.A.S. suscribió 1.184 acciones en el capital suscrito de Cardiovascular S.A.S. por un precio equivalente a \$1.184.000.000. Para pagar estas acciones, Loplast S.A.S. transferiría a Cardiovascular S.A.S. el derecho de dominio sobre una serie de maquinarias y equipos, cuyo valor se estableció en la suma de \$600.000.000,² así como determinadas facturas derivadas del desarrollo de su objeto social por la suma, a su vez, de \$584.000.000. Las partes de dicho negocio jurídico acordaron que “\$118.400.000 se contabilizarán como aumento de capital suscrito [...] y el saldo, o sea \$1.056.000.000, se contabilizarán como prima en colocación de acciones, de conformidad con lo expuesto en el reglamento de suscripción y colocación de acciones [...]”. Con ocasión de esta operación, Loplast S.A.S. habría adquirido la condición de accionista en Cardiovascular S.A.S.³

Un día después, el 20 de junio de 2012, Loplast S.A.S. celebró un contrato de promesa de compraventa de acciones con Platesa S.A.S. —una nueva sociedad constituida por Cardiovascular S.A.S. el 30 de mayo de 2012, para “[m]anufacturar y transformar resinas plásticas en productos rígidos y flexibles de uso industrial y de consumo masivo, así como la distribución y comercialización de éstos”—. Por virtud de ese negocio jurídico, Loplast S.A.S. se obligó a venderle a Platesa S.A.S. las 1.184 acciones que ostentaba en el capital suscrito de Cardiovascular S.A.S., “siempre que en dicha fecha [Platesa S.A.S.] haya logrado obtener aportes a su patrimonio provenientes de sociedades extranjeras, sea ya como capital, prima en colocación de acciones o combinación de éstos en cualquier proporción, por valor mínimo de setecientos millones de pesos (\$700'000.000.00)”. De conformidad con el contrato de promesa de compraventa de acciones en cuestión, Platesa S.A.S. se habría comprometido a pagar la suma de \$1.184.000.000 “en dos contados, en cualquier día a partir de la suscripción del presente contrato y a más tardar el día seis (6) de julio de 2012, así: un anticipo de \$600.000.000 a más tardar el día 25 de junio de 2012 y el saldo de \$584.000.000 a más tardar el día 5 de julio de 2012” (id.). Desde esa época, Platesa S.A.S. es titular de 1.184 acciones en el capital suscrito de Cardiovascular S.A.S. A continuación se presenta una nueva tabla con la distribución del capital de Cardiovascular S.A.S. tras la celebración de la compraventa de acciones entre Loplast S.A.S. y Platesa S.A.S.

-
- 2 Al tenor de lo previsto en el acta n.º 14, correspondiente a la reunión de la asamblea general de accionistas de Cardiovascular S.A.S. del 19 de junio de 2020, “para determinar el valor de los bienes muebles a entregar, LOPLAST explica el valor que tienen los bienes en los libros contables y estados financieros a 31 de mayo de 2012, con fundamento en lo cual las partes determinaron que la suma de \$600'000.000.00 es el valor comercial apropiado, teniendo presente, además, el estado físico y de funcionamiento actual de los bienes, valor al que son recibidos los bienes por LA SOCIEDAD como pago de las acciones suscritas”.
 - 3 En esta misma reunión, el máximo órgano social de Cardiovascular S.A.S. aprobó “que los socios anteriores y los nuevos puedan transferir sin sujeción al derecho de preferencia, a otros socios o a terceros, las acciones de las que sean titulares y que hayan sido adquiridas en fechas anteriores o que adquieran hasta el día de hoy”.

Tabla n.º 4. Composición del capital de Cardiovascular S.A.S. a julio de 2012

Accionista	Acciones suscritas y pagadas
Raúl López Morad	3.426
Dayana Brokate Salzedo	2.318
Platesa S.A.S.	1.184
Raúl López Brokate	48
Laura López Brokate	48
Alejandro López Brokate	48
Total	7.072

El mismo 20 de junio de 2012, Cardiovascular S.A.S. se comprometió a transferir, a título de aporte en especie, las maquinarias, equipos y facturas provenientes de Loplast S.A.S. por un valor de \$1.184.000.000, así como a pagar la suma de \$600.000.000, con motivo de una operación de capitalización aprobada por el máximo órgano social de Platesa S.A.S. En virtud de ello, Cardiovascular S.A.S. recibió 8.920 acciones en el capital de Platesa S.A.S. Según la información que obra en el acta n.º 1, correspondiente a la reunión asamblearia de Platesa S.A.S. del 20 de junio de 2012, el 0.5% del valor total de esta capitalización, “o sea la suma de \$8.920.000 ingresará como aumento de capital, a razón de 8.920 acciones ordinarias nominativas de \$1.000.00 cada una, mientras que el saldo de \$1.775.080.000 ingresará como prima en colocación de acciones. Es decir, que cada acción se suscribe al precio de \$200.000.00, a pesar de su valor nominal de \$1.000.00 cada una”.

En la reunión de la asamblea general de accionistas de Platesa S.A.S. del 20 de junio de 2020, también se aprobó un reglamento para la emisión y colocación, sin sujeción al derecho de preferencia, de 700.000 acciones ordinarias en el capital de la compañía, “de modo que estas acciones sean ofrecidas, en una o varias colocaciones, a cualquier tercero interesado, quienes podrán suscribirlas en la cantidad y proporción que deseen”.⁴ En atención a ello, en julio de 2012, Denaro S.A. suscribió 154.943 acciones en el capital suscrito de Platesa S.A.S. En la tabla n.º 5 se presenta la nueva composición del capital de Platesa S.A.S.

Tabla n.º 5. Composición del capital de Platesa S.A.S. a julio de 2012

Accionista	Acciones suscritas y pagadas
Cardiovascular S.A.S.	8.921
Denaro S.A.	154.943
Total	163.864

4 Según el reglamento en mención, las acciones descritas en el texto principal “tienen un valor nominal actual de mil pesos (\$1.000.00) cada una, pero serán vendidas al valor de diez mil pesos (\$10.000.00) cada una, de los cuales \$1.000,00 ingresarán y se contabilizarán como aumento de capital y \$9.000.00 como prima en colocación de acciones. Esta suma deberá pagarse en dinero su totalidad, al momento de suscripción de las acciones”.

En los meses de junio y julio de 2012 también se celebraron las dos operaciones que se indican a continuación. El 1° de junio de 2020, Loplast S.A.S. celebró un contrato de compraventa, por cuya virtud le vendió a Cardiovascular S.A.S. el inmueble identificado, en aquel entonces, con el folio de matrícula inmobiliaria n.° 040-179536 por valor de \$130.000.000, conforme consta en la escritura pública n.° 2046.⁵ Posteriormente, el 6 de julio de 2012, Loplast S.A.S. le vendió a un antiguo trabajador de la compañía, Luis Felipe Patrón Noches, un vehículo de su propiedad, identificado con las placas UYT 491.

Todo lo anterior le sirvió de base a Polylyon S.A. para presentar, el 3 de noviembre de 2016, una demanda ante este Despacho en contra de Loplast S.A.S., Cardiovascular S.A.S., Platesa S.A.S., Raúl Eduardo López Morad, Dayana Margarita Brokate Salzedo, Orlando Ariza Paba y Luis Felipe Patrón Noches.

II. Consideraciones del Despacho

El proceso sometido a consideración de este Despacho está orientado a establecer si se han perpetrado actuaciones fraudulentas que justifiquen la desestimación de la personalidad jurídica de Loplast S.A.S., Cardiovascular S.A.S. y Platesa S.A.S. Polylyon S.A., quien invoca su condición de acreedora de Loplast S.A.S, considera que Raúl Eduardo López Morad y Dayana Margarita Brokate Salzedo promovieron diversos actos encaminados a evadir el pago de una importante obligación insoluta a su favor. En opinión del apoderado del demandante, “[l]os hechos narrados dan fe de que el señor RAÚL EDUARDO LOPEZ MORAD y la señora DAYANA MARGARITA BROKATE SALZEDO, en su calidad de socios y administradores, coadyuvados por el señor ORLANDO ARIZA PABA, contador del grupo de empresas, utilizando para sus propósitos a las sociedades PLATESA S.A.S. y CARDIOVASCULAR S.A.S. realizaron ex profeso una serie de maniobras fraudulentas y a sabiendas, todas constitutivas de actos defraudatorios encaminados a insolventar a la sociedad LOPLAST S.A.S. para así hacer imposible el cobro de la obligación nacida de la condena impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio”.

Como consecuencia de lo anterior, la demandante ha solicitado que se declare solidariamente responsables a Raúl Eduardo López Morad y a Dayana Margarita Brokate Salzedo en el pago del pasivo a favor de Polylyon S.A. Del mismo modo, se ha pedido la declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y, en consecuencia, se efectúen las restituciones a que haya lugar.

Por su parte, los demandados presentaron diversos argumentos de defensa a lo largo del proceso. Para comenzar, sostuvieron que ninguno de los actos controvertidos estuvo realmente encaminado a reducir el patrimonio de Loplast S.A.S. y a deteriorar de forma intencionada la prenda general de los acreedores sociales. Según lo expresado por los demandados, Loplast S.A.S. “disminuyó su actividad empresarial a partir del año 2012, y también sus activos, en forma simultánea destinó todos los recursos que recibió a pagar las obligaciones a su cargo que entonces eran claras, expresas y exigibles”.

⁵ De conformidad con el certificado de libertad y tradición del bien inmueble en mención, debido a un traslado de matrícula, dicho bien actualmente se identifica con el folio de matrícula inmobiliaria n.° 041-54412 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Soledad, Atlántico.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la obligación insoluta a favor de Polylon S.A., se adujo que, a pesar de no encontrarse en firme la decisión adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del proceso de competencia desleal a que se hizo referencia en el capítulo precedente, Loplast S.A.S. intentó promover un acuerdo para el pago de dicha acreencia. Según lo expresado por el apoderado de la mayoría de los demandados durante la fijación del objeto del litigio, “respecto a esta obligación en particular, fue Loplast, y no Polylon, quien buscó a la apoderada en ese caso o vinculada a la sociedad que llevaba el caso de competencia desleal para proponerle un arreglo, a través de un entonces asesor instruido por el representante legal de Loplast, y la señora, según comentó en su momento el asesor, le dijo que no estaban interesados [...], no había intención de ningún arreglo con respecto al tema de la competencia desleal que todavía no estaba decidida en segunda instancia. Entonces digamos que fue Loplast quien buscó cumplir con una sentencia no ejecutoriada [...]”. De ahí que, en opinión del apoderado en mención, tampoco sea válido pensar que las operaciones cuestionadas en la demanda se encontraban orientadas a defraudar los intereses de la demandante.

También es relevante anotar que, conforme a lo indicado por el apoderado de la mayoría de los demandados, en ningún momento Polylon S.A. habría intentado cobrar la obligación a su favor.⁶ Tanto es así que, a juicio del apoderado en mención, habría operado el fenómeno jurídico de la prescripción respecto del derecho de cobro de la mencionada obligación insoluta a favor de Polylon S.A. Sobre este particular, debe traerse a colación el siguiente argumento presentado durante los alegatos de conclusión: “aunque vivía el derecho cuando se inició la acción y fue notificada de esta acción, cuando ya ahora se va a fallar, no existe el derecho por actos del demandante, porque él decidió, a *motu proprio*, que la mala apariencia del derecho era suficiente para no ejercer el derecho [...]. Aquí el derecho material de crédito que supuestamente es la causa, según claramente se indica en la demanda y en su competencia, en su juramento estimatorio de este proceso, desapareció [...]. Podrá iniciar cualquier otro proceso, pero éste o el ejecutivo ya no los puede iniciar [...]. Derecho a crédito como tal, ya no lo tiene”.

Otro de los argumentos de los demandados se relaciona con las razones que habrían llevado a reducir la actividad comercial de Loplast S.A.S. En palabras del apoderado de esta sociedad: “Desde el principio, desde que se contestó la demanda, claramente se dijo que habían tres motivos que llevaron a Loplast, a sus socios, a tomar las decisiones que tomaron [...], cada uno de ellos comprobados fehacientemente en este proceso [...]. [En primer lugar,] se explicó que había un motivo comercial de nombre, en el sentido de que la familia de unos de mis representados, desafortunadamente incurrió en unas dificultades económicas, quizás no manejadas de la mejor forma y además que hay un caso de homonimia, en cuanto a los nombres, porque el nombre del representante y el dueño de esa sociedad, es el mismo nombre que el señor Raúl López Morad porque es su señor padre [...], porque estaban en el mismo lugar de negocios, en el mismo ámbito de negocios [...]. El segundo motivo es que, [...] a pesar de que la sociedad iba bien, resulta que la sociedad tenía unas realidades que le dificultaban el futuro. Las realidades eran primero Plasticaribe, segundo tenía la situación comercial con Polylon y no me refiero al proceso [...], me refiero al hos-

6 De acuerdo con lo expresado durante la fijación del objeto del litigio, “luego de proferida la sentencia de segunda instancia nunca [...] la sociedad Polylon, ni siquiera a nivel persuasivo, ni siquiera a nivel coactivo, ejerció ninguna acción de cobro y a la fecha no hemos sido notificado de ningún mandamiento de pago proferido por autoridad competente con respecto a eso [...]”.

tigamiento comercial que aquí ya fue probado en el proceso [...]. Habían [entonces] unas conversaciones para que se hiciera una inversión por parte de extranjeros en la sociedad. Y obviamente con estas dos dificultades que hemos hablado [...], no es fácil que alguien invierta en una sociedad [...]. Un tercer motivo, que también ha sido claramente establecido en este proceso, es el motivo consistente en los actos de hostigamiento de parte de la sociedad Polylon”.

Por lo demás, se recordó que Cardiovascular S.A.S., Platesa S.A.S. y Orlando Ariza Paba no tienen vínculos con la sociedad demandante, ni tampoco revisten la condición de accionistas o administradores de Loplast S.A.S.

Así las cosas, para poder emitir un pronunciamiento de fondo en el presente proceso, el Despacho hará referencia, en primer término, a una de las medidas judiciales previstas en el ordenamiento societario para sancionar el abuso de las personas jurídicas societarias, a saber, la desestimación de la personalidad jurídica. Una vez concluido ese estudio, será preciso determinar si en este caso se han perpetrado actuaciones fraudulentas que justifiquen la adopción de esa medida judicial.

1. La desestimación de la personalidad jurídica

El uso irregular de las formas asociativas —uno de los asuntos más debatidos en el derecho societario—, así como los mecanismos disponibles para hacerle frente a este problema, han sido estudiados en diversas oportunidades por esta Delegatura. En primer lugar, es relevante traer a colación lo expresado en el auto n.º 801-017366 del 10 de diciembre de 2012 sobre el abuso de la figura societaria. Así, en los términos de la aludida providencia, “el mayor uso de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad trajo consigo un correlativo incremento en el abuso de esta figura. En lugar de proscribir su uso, se concluyó que, ante la importancia que revestía la sociedad de capital, era necesario desarrollar mecanismos de protección para hacerle frente a quienes se propusieran usarla de manera ilegítima”.

En ese mismo auto, el Despacho también se refirió a las diferentes medidas de fiscalización judicial, *ex ante* y *ex post*, que permiten reducir el riesgo de abuso de la persona jurídica societaria. En cuanto a las primeras, este Despacho explicó cómo los estrictos requisitos para la constitución de sociedades —por ejemplo, la escritura pública y la capitalización mínima— fueron incluidos en la legislación de varios países para lograr el objetivo en mención. Sin embargo, este Despacho también precisó que, además de incrementar el costo de operación para los empresarios, tales requisitos podrían no ser suficientes para mitigar de forma eficiente el riesgo de abuso de la sociedad de capital. De ahí que entonces la tendencia en las jurisdicciones más avanzadas esté orientada hacia la reducción de los trámites requeridos para la constitución de compañías.

“Una segunda aproximación al problema del abuso de la sociedad de capital buscó promover medidas de fiscalización judicial para controvertir, *ex post*, las actuaciones indebidas de los empresarios. Esta solución tiene la ventaja de imponerle altos costos solamente a los sujetos que, con su conducta, desborden la finalidad para la cual fue diseñada la aludida figura societaria”.⁷ Claro que estas medidas también les imponen a los jueces una exigen-

7 Cfr. Superintendencia de Sociedades, auto n.º 801-017366 del 10 de diciembre de 2012.

cia de primer orden, vale decir, la necesidad de llevar a cabo un cuidadoso análisis acerca de la procedencia de la correspondiente sanción. Ello significa que, por obvias razones, la efectividad de las aludidas medidas de fiscalización depende principalmente del adecuado ejercicio de la función judicial.

Una de tales medidas consiste en la denominada desestimación de la personalidad jurídica, mediante la cual las autoridades judiciales pueden hacer extensiva a los asociados la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas, en hipótesis de fraude o abuso. Otra aplicación de esta misma medida podría llevar a la inoponibilidad de la personificación jurídica societaria, cuando esta se ha usado con el fin de violar una disposición legal.⁸

En esta oportunidad, sin embargo, el Despacho se ocupará de estudiar tan solo la primera de las aplicaciones de la desestimación de la personalidad jurídica precitadas en el párrafo precedente, vale decir, la extensión de la responsabilidad para aquellos socios o accionistas que el juez determine.⁹ Y es que ésta se trata de la figura invocada por el apoderado de Polylon S.A., para quien dicha sociedad fue víctima de un fraude perpetrado con el fin de evadir el pago de una obligación a su favor.

La figura en comento, pues, consiste en la extensión de responsabilidad a los asociados de una compañía en hipótesis de fraude o abuso societario en contra de los acreedores e incluso de los mismos accionistas. No obstante, esta sanción no implica el desconocimiento absoluto de la personalidad jurídica de la sociedad ni la pérdida de todos los atributos que se desprenden de la diferenciación entre los asociados y la compañía. En palabras de Reyes Villamizar, “[e]l llamado descorrimiento del velo societario implica tan solo desconocer el sistema de limitación de responsabilidad de los asociados, esto es, permitir una intercomunicación patrimonial entre alguno o algunos de los accionistas (por lo general quienes detentan control) y la compañía”.¹⁰

8 En un reciente pronunciamiento, este Despacho explicó que el uso indebido de la personalidad jurídica independiente para evadir ordenes judiciales y hacer nugatorio el cobro de obligaciones, también corresponde a un supuesto de interposición societaria que, sin lugar a dudas, debe ser sancionado a través de la inoponibilidad de la personalidad jurídica. En los términos de la sentencia n.º 2019-01-372391 del 15 de octubre de 2019, “aunque este Despacho se ha referido principalmente al uso indebido de la sociedad para eximirse del cumplimiento de algún precepto legal, el abuso de la forma asociativa para evadir ordenes judiciales tampoco se ajusta al ordenamiento jurídico vigente en Colombia. De ahí que, una interpretación en sentido amplio de lo que se considera ‘fraude a la ley’ en los términos del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, cobije las órdenes impartidas por autoridades judiciales” (negrilla fuera de texto).

9 En cualquier caso, debe decirse que la inoponibilidad de la personalidad jurídica de una compañía ha sido analizada por este Despacho en diversas oportunidades. Véase, por ejemplo, la sentencia n.º 800-55 del 16 de octubre de 2013 y el auto n.º 801-017366 del 10 de diciembre de 2012. En los casos antes citados se estudió la posibilidad de que detrás de actuaciones tan habituales, como la constitución de compañías, pudiera esconderse el ánimo reprochable de violar la ley.

10 FH Reyes Villamizar, S.A.S. La Sociedad Por Acciones Simplificada, 4ª Ed. (2018, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 147.

A. La desestimación de la personalidad jurídica a través de la modalidad de extensión de responsabilidad en el derecho comparado

Esta modalidad de desestimación, prevalente en los Estados Unidos,¹¹ ha sido desarrollada por vía de un amplio acervo jurisprudencial, en el cual las cortes de ese país han establecido —aunque no de forma unánime— algunos presupuestos para determinar si es procedente aplicar la aludida sanción. Como lo explica Reyes Villamizar, “a pesar de los múltiples antecedentes judiciales sobre el tema, no existen unas pautas uniformes o unas causales específicas que puedan invocarse de manera constante para imponer la sanción estudiada. La decisión, en la práctica, dependerá siempre del criterio del funcionario judicial”.¹² Sin embargo, la doctrina norteamericana ha hecho el intento de recoger algunas de las circunstancias o criterios comunes en los procesos de desestimación de la personificación jurídica de la sociedad.¹³ Dentro de los presupuestos concernientes pueden encontrarse las operaciones celebradas con el socio controlante o mayoritario, la violación de formalidades legales y estatutarias, la confusión de patrimonios y negocios, el fraude a los socios o acreedores y la infracapitalización de la sociedad.¹⁴ Por su parte, Dobson ha señalado que “los indicios que han sido considerados relevantes para estos supuestos son la existencia de una sociedad de un solo socio, la capitalización insuficiente de la sociedad para los fines a los cuales está dispuesta, la falta del cumplimiento de formalidades en la vida de la sociedad, la existencia de traspasos de fondos entre la sociedad y la persona dominante, la falta de vida social por ausencia de asambleas y reuniones, la ausencia de contabilidad y la falta de emisión de las acciones”.¹⁵

También deben destacarse los importantes desarrollos que se han presentado en el Estado de California en materia de desestimación de la personalidad jurídica. Los jueces de ese Estado han aplicado la señalada figura cuando encuentran probados al menos dos presupuestos. En primer lugar, debe demostrarse que existe tal coincidencia entre los intereses de una sociedad y su controlante, que no pueda predicarse una verdadera separación patrimonial entre uno y otro.¹⁶ Para estos efectos, los jueces californianos han desarrollado algunos criterios auxiliares que les permiten identificar aquellos casos en los que se presenta una coincidencia absoluta de intereses entre una o varias sociedades y sus controlantes. Entre tales criterios auxiliares, pueden encontrarse los siguientes: (i) Simetría en las participaciones de capital, (ii) identidad entre los administradores y trabajadores de las sociedades controladas, (iii) carencia de activos sociales y (iv) homogeneidad en los domicilios sociales registrados.¹⁷ En segundo lugar, es preciso acreditar que, de no aplicarse la desestimación, se produciría un resultado injusto o se validaría una actuación fraudulenta. Se

11 “Aunque en la mayoría de los casos estadounidenses en materia de desestimación se ha llegado a la extensión de responsabilidad a los accionistas, esta aplicación de la figura rara vez se presenta en el Reino Unido”. Cfr. TK Cheng, *The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the US Corporate Veil Doctrines* (2011) 34 BOSTON COLL INT & COMP L REV 2. 344. Existen múltiples antecedentes judiciales, emitidos por cortes británicas, en los que se considera inoponible la personificación jurídica independiente de una compañía, en casos de interposición. En ese país, se ha considerado que la sanción en comento tiene una estrecha relación con la desestimación de la personalidad jurídica. Cfr. por ejemplo, los casos de *Prest v Petrodel Resources Ud & Ors* [2013] UKSC 34 y *Atlas Maritime Co SA v Avalon Maritime Ud (No 1)* [1991]4 All ER 769.

12 FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea* (2013, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 212.

13 Id. 213.

14 Id. 214 a 219.

15 J Dobson, *El Abuso de la personalidad Jurídica* (1985, Buenos Aires, Ediciones De Palma).

16 Cfr. JJ Hagan, *The Alter-Ego Doctrine Exception in California Corporate Law* (2007) Hagan Law Firm Report 2.

17 Id.

trata, a todas luces, de un elemento fundamental en cualquier análisis relativo a la desestimación de la personalidad jurídica, por cuanto permite establecer si el abuso de la figura societaria reviste tal magnitud, que es justificada la aplicación de la sanción en comento.

Para el caso bajo estudio, vale la pena señalar que en la jurisprudencia societaria comparada se ha analizado en detalle la defraudación de acreedores que se produce mediante el traslado malintencionado de los negocios de una compañía a otra. En España, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Navarra formuló las siguientes consideraciones en una sentencia del 7 de noviembre de 2000: “Obranava S.L., no es sino una continuación de la anterior sociedad Construcciones Corellanas S.L, y que se constituyó por los mismos socios de la anterior, procediéndose a la disolución de la anterior sociedad y a la continuación de la misma actividad, con el mismo objeto social, los mismos socios y la misma actividad, prescindiéndose de las obligaciones asumidas por la anterior sociedad [...] tal separación de personalidades jurídicas constituye, en el presente caso, una ficción mediante la que se pretende el nacimiento de una nueva sociedad, constituida por los mismos socios, con el mismo objeto social y el mismo ámbito de actuación, pero tratando de prescindirse, sin embargo, de la totalidad de las obligaciones asumidas por la sociedad anterior y no afrontadas al tiempo de la constitución de la nueva sociedad”.¹⁸ En Estados Unidos, en el caso de *K.C. Roofing Center v. On Top Roofing Inc.*, una corte del estado de Kansas consideró procedente la desestimación ante las actuaciones de un demandado que, para eludir el pago de obligaciones sociales, “puso en marcha algo similar a un juego de trile, en el que transfería la actividad comercial de una compañía a otra a medida que se hacían exigibles las deudas con sus acreedores [...]”, justificando su actuación en la necesidad de un “nuevo inicio” para su negocio.¹⁹

B. La desestimación de la personalidad jurídica a través de la modalidad de extensión de responsabilidad en Colombia

La desestimación de la personalidad jurídica ha sido reconocida explícitamente en el ordenamiento societario colombiano. Entre nosotros, el fundamento para la aplicación de esta figura también puede encontrarse en la necesidad de evitar el abuso de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad.²⁰ Así, pues, diversas leyes promulgadas en el país establecen causales de extensión de responsabilidad en hipótesis claramente definidas.²¹ La principal norma en esta materia puede encontrarse en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, a cuyo tenor “cuando se utilice a la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieran reali-

18 R de Ángel Yagüez, *La doctrina del levantamiento del velo: De la persona jurídica en la jurisprudencia*, 5ª Ed. (2006, Madrid, Ed. Civitas) 770 a 772. También pueden consultarse las siguientes afirmaciones de la Audiencia Provincial de Cantabria en una sentencia del 23 de mayo de 2001: “La operación de auténtica sustitución societaria [...] aparentemente se ajusta a derecho pero [...] tiene como objetivo una evidente finalidad de organizar una especie de sucesión empresarial sui generis [...] lo que en realidad se ha producido ha sido la sustitución de una sociedad por otra o, lo que es lo mismo, la continuidad de una sociedad en crisis bajo un ropaje jurídico diferente, pero evitando a los acreedores originarios” (id., 778).

19 Cfr. *K.C. Roofing Center v. On Top Roofing Inc.* 807 S.W.2d 545 (1991).

20 FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tomo I, 3a Ed. (2016, Bogotá D.C., Editorial Temis S.A.) 261 a 267. El citado autor presenta una descripción detallada acerca de los orígenes de la desestimación de la personalidad jurídica, así como de su aplicación en el contexto colombiano.

21 NH Martínez Neira, *Cátedra de sociedades. Régimen comercial y bursátil* (2020, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 520 a 530.

zados, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”.

La desestimación de la personalidad jurídica también ha sido estudiada por algunas de las principales autoridades judiciales colombianas. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha reconocido la aplicación de esta figura en el país, bajo las dos modalidades analizadas arriba. En la sentencia n.º C-865 de 2004, esa Corte se expresó de la siguiente forma acerca de la posibilidad de hacerle extensiva a los accionistas la responsabilidad por las obligaciones sociales: “Cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido. Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o ‘disregard of the legal entity’ o ‘piercing the corporate veil’ cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación”. La Corte Constitucional también reconoció, en la misma sentencia, que la figura de la desestimación podía emplearse en el sentido de hacer inoponible la personificación jurídica societaria “cuando se pretende utilizar la sociedad como medio para adelantar actividades prohibidas a una persona natural”.²²

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de agosto de 1999, aludió a la desestimación de la personalidad jurídica en los siguientes términos: “Pese a que la personalidad es un privilegio que la ley le otorga a la sociedad exclusivamente para el fin concreto y determinado que se propuso al momento de su creación, cuando en su desarrollo práctico propicia abusos y fraudes se hace necesario prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella. Es así como la doctrina ha elaborado la teoría del levantamiento del velo de la sociedad o *lifting the veil*, conocida también en el derecho anglosajón como *disregard of legal entity*, que son medios instrumentales o técnicas de aplicación de los tribunales, cuando la personalidad jurídica es utilizada para lograr fines ajenos a aquellos para los cuales se creó, caso en el cual debe prescindirse de tal persona y tomar en consideración los hombres y los intereses que detrás de ella se esconden. [...] Este abuso tiene lugar cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y en general para defraudar”.²³

Dicho esto, debe ponerse de presente que esta Superintendencia, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, ya ha censurado el uso de personas jurídicas societarias para defraudar los intereses de los acreedores de una compañía. En el caso de RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group S.A.S., por ejemplo, se suspendió una transferencia

22 El ejemplo citado en la sentencia C-865 de 2004 alude a hipótesis en las que “se ha usado a las sociedades de personas para desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para las personas naturales en materia de contratación estatal”.

23 Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

de activos aparentemente encaminada a hacer imposible el cobro de unas sumas de dinero a cargo de la sociedad demandada. Según lo expuesto en el auto n.º 801-16441 del 3 de octubre de 2013, “a pesar de que en nuestro sistema legal es factible realizar donaciones, no parece aceptable que, mediante un acto de naturaleza gratuita, se reduzca el patrimonio de una compañía en forma tal que a los acreedores sociales les resulte imposible cobrar las obligaciones insolutas a su cargo. [...] existe, además, el agravante de que la propiedad sobre el activo objeto de la donación parece haber sido un factor determinante en la decisión de RCN Televisión S.A. y el Consorcio de Canales Nacionales Privados de contratar con Media Consulting Group S.A.S.”.

En todo caso, esta Delegatura ha sido enfática en señalar que, “por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario”.²⁴

Bajo ese entendido, esta entidad también ha negado en diversas oportunidades pretensiones orientadas a extender a los asociados de una compañía la responsabilidad por pasivos sociales insolutos. La razón estriba principalmente en la dificultad de verificar, con suficiente certeza, la utilización de la figura societaria para evadir fraudulentamente el pago de la correspondiente obligación. En el caso de Caracol Televisión S.A. contra Affinity Network S.A.S. en Liquidación y Héctor Fajardo, se estudió la posibilidad de que la compañía demandada hubiese sido utilizada para hacer inviable el pago de una obligación a favor de la demandante, a través de la constitución y posterior cancelación de un fideicomiso civil, la venta de los bienes fideicomitidos y la enajenación de otros activos. Con todo, el Despacho desestimó las pretensiones de la demanda al encontrar que “la labor probatoria para acreditar que el demandado se valió de Affinity Network S.A.S. para hacer inviable el pago de la obligación en comento y, con ello, defraudar los intereses de la sociedad demandante, fue apenas exigua”.²⁵

En cuanto al caso bajo estudio, es necesario traer a colación lo dicho recientemente en el caso de Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite (Fedepalma) contra Compañía Inmobiliaria Geve S.A.S. y otros, en el cual esta Delegatura reiteró la posibilidad de que, en hipótesis de fraude a la ley o a terceros, la responsabilidad por los perjuicios causados podrá hacerse extensiva a aquellos accionistas o administradores que hubiesen abusado de la figura societaria con fines defraudatorios.

En esa oportunidad, el Despacho analizó el supuesto traslado malintencionado de los negocios sociales con el fin de defraudar a los acreedores de una sociedad. Al respecto se indicó: “Otra de las actuaciones a las cuales debe hacerse frente para evitar el abuso de las personas jurídicas societarias, es la utilización de las sociedades para defraudar acreedores, como ocurre en el caso del traslado malintencionado de negocios o activos de una compañía a otra, o a una persona natural, con el fin de evitar el pago de una obligación e imposibilitar su cobro por parte de los acreedores. En ese sentido, es procedente hacer extensiva la responsabilidad por los perjuicios causados con la ausencia de pago de una

24 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 801-15 del 15 de marzo de 2013.

25 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-29 del 20 de abril de 2017.

obligación insoluta, a aquellos accionistas o administradores que hubieren abusado de la figura jurídica societaria para eximirse de su cumplimiento. Así pues, este Despacho en otras oportunidades ha puesto de presente diferentes indicios que evidenciarían la utilización indebida de una sociedad, en eventos de extensión de responsabilidad. Entre dichos indicios se encuentran i) la pérdida de capacidad patrimonial de la sociedad para atender una obligación insoluta, ii) el traslado de negocios o bienes necesarios para el desarrollo del objeto social de una sociedad a otra que desarrolla un objeto social similar, iii) la identidad de clientes en ambas sociedades, iv) la identidad de trabajadores en ambas sociedades, v) la identidad de accionistas en ambas sociedades, vi) la coincidencia de los lugares de operación de ambas sociedades, vii) la extracción irregular de activos por parte de los accionistas controlantes, viii) la enajenación de activos a título gratuito o por valores irrisorios, y, ix) la malversación de fondos relacionada con supuestos actos fraudulentos”.²⁶

A partir de tales criterios el Despacho concluyó que, efectivamente, “se utilizó el beneficio de limitación de responsabilidad de la personalidad jurídica de Compañía Inmobiliaria Geve S.A.S. de manera fraudulenta por parte de sus accionistas únicos y de su representante legal”. Ello toda vez que, “revisados los elementos de juicio obrantes en el expediente, el Despacho encontró acreditada la pérdida de capacidad patrimonial de la sociedad para cumplir con la obligación dispuesta en el artículo 2.11.2.6 del Decreto 1071 del 2015. Dicha circunstancia habría ocurrido por dos vías, la primera, con la extracción irregular de activos y recursos de la compañía por parte de su único accionista, y la segunda a través del traslado de su único negocio a favor de Ana María Lacouture Solano”.²⁷

A la luz de lo anterior, debe concluirse que la desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. No obstante, es claro que la citada sanción tan sólo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. Para que prospere, entonces, una acción de esta naturaleza, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. De cualquier manera, en vista de la complejidad de la desestimación y la severidad de sus efectos, no parece prudente fijar, en abstracto, una lista de requisitos que sirvan para establecer la procedencia de esta sanción en nuestro ordenamiento. Los presupuestos requeridos para el efecto sólo podrán obtenerse luego de un cuidadoso proceso de decantación judicial, en el que, a partir de múltiples pronunciamientos, se conciban pautas debidamente ajustadas a las realidades del sistema colombiano.²⁸

2. El caso presentado ante el Despacho

Polygon S.A., en su calidad de demandante, le ha puesto de presente a este Despacho que Raúl Eduardo López Morad y Dayana Margarita Brokate Salzedo defraudaron sus intereses, mediante la celebración de sendas operaciones encaminadas a marchitar el patrimonio de Loplast S.A.S., “con el fin último de eludir su responsabilidad derivada del proceso de competencia desleal adelantado ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio”. En este orden de ideas, el Despacho debe

²⁶ Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 2019-01-301633 del 9 de agosto de 2019.

²⁷ Id.

²⁸ A pesar de los múltiples pronunciamientos citados en esta sentencia, no parecen existir aún criterios que permitan establecer, con certeza suficiente, cuándo debe imponerse la sanción estudiada en nuestro sistema.

examinar si las operaciones en cuestión constituyeron una utilización indebida de la figura societaria para hacer inviable el pago de la correspondiente obligación.

Como ya se explicó, la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad es una medida verdaderamente excepcional. Por este motivo, las circunstancias que podrían justificar la intervención de los jueces en esta clase de asuntos deben analizarse en cada caso en particular, con el fin de determinar si las condiciones específicas del conflicto ameritan la aplicación de una de las sanciones más gravosas que contempla el régimen societario colombiano. Así, pues, debe advertirse que el Despacho ha encontrado una serie de indicios que, considerados conjuntamente, podrían dar cuenta de la actuaciones supuestamente defraudatorias de los intereses de Polylyon S.A.

El primero de tales indicios obedece a la intempestiva suscripción de 1.184 acciones por parte de Loplast S.A.S. en el capital de una compañía dedicada principalmente al desarrollo de actividades de la práctica médica, vale decir, Cardiovascular S.A.S.²⁹ Debe recordarse, en ese sentido, que Loplast S.A.S. es una sociedad cuya actividad económica se encuentra relacionada con la producción, distribución y comercialización de formas básicas de plástico. Según lo manifestado por el propio representante legal durante la fijación del objeto del litigio, a través de Loplast S.A.S. “iniciamos a hacer botellas de PET, son estas botellas donde se envasa el agua, el aceite [...]. [Posteriormente] empecé a hacer bolsas plásticas, iniciamos el negocio de bolsas plásticas con mi familia que estaba en el mismo negocio y fue creciendo. Luego [...] entramos en la línea de vasos plásticos. Estábamos en aquella área e iniciamos la producción de vasos plásticos. A los dos años aproximadamente o tres años, iniciamos producción de vasos y contenedores de icopor. En ese momento, Loplast se dedicaba a esas tres líneas”.

Aunque se pensara que la capitalización anteriormente descrita corresponde a una decisión dentro del giro ordinario de los negocios sociales, llama la atención que dicha operación se haya celebrado entre compañías controladas por los integrantes de la familia López Brokate, en particular por Raúl Eduardo López Morad y Dayana Margarita Brokate Salzedo,³⁰ así como que el pago de estas acciones se haya realizado precisamente con los activos productivos —maquinarias y equipos— y los activos que generan liquidez —facturas derivadas del desarrollo del objeto social— de una compañía que no se encontraba en estado de disolución. Esta situación adquiere más relevancia si se tiene en cuenta que Cardiovascular S.A.S. habría recibido, como pago por las acciones suscritas, bienes que difícilmente podrían facilitar el desarrollo de su objeto social.

El segundo de los indicios tiene que ver con el hecho de que tan solo un día después de haberse aprobado la capitalización en comento —el 20 de junio de 2012—, Cardiovascular S.A.S., en su calidad de accionista único de Platesa S.A.S., resolvió aumentar el capital suscrito de esta sociedad, mediante la suscripción de nuevas acciones que, en su mayoría,

29 De conformidad con lo consignado en el acta n.º 14, en la que consta lo sucedido durante la reunión de la asamblea general de accionistas de Cardiovascular S.A.S. celebrada el 19 de junio de 2012, la operación de capitalización bajo análisis se aprobó sin mayores justificaciones. Ciertamente, según el documento en mención, Loplast S.A.S. aceptó suscribir 1.184 acciones en Cardiovascular S.A.S., tras el mero ofrecimiento de “hasta diez mil (10.000) acciones ordinarias de dicha sociedad al precio de un millón (\$1 ‘000.000.00) cada una”. Anudado a ello, durante el curso del proceso, no se probó que una decisión de semejante naturaleza hubiese sido sometida a consideración del máximo órgano de Loplast S.A.S.

30 Véase, para mejor referencia, las tablas n.º 1 y 3 del acápite de hechos de esta sentencia.

se pagaron con los mismos activos provenientes de Loplast S.A.S. En efecto, ante la pregunta formulada por el Despacho acerca de la identidad de los bienes que habrían sido utilizados para pagar las acciones suscritas por Loplast S.A.S. en el capital de Cardiovascular S.A.S. y, a su vez, por esta última sociedad en el capital de Platesa S.A.S., el representante legal de Loplast S.A.S. y de Cardiovascular S.A.S. contestó lo siguiente: “los bienes, si se refiere a las maquinas y a la cartera, sí efectivamente eran las mismas maquinas y cartera [con las] que Loplast había suscrito las acciones en Cardiovascular S.A.S.”.

La precitada operación podría llevar a pensar que desde un inicio se buscaba transferir importantes activos de propiedad de Loplast S.A.S., tales como las maquinarias y equipos, a favor de Platesa S.A.S., con el fin de que esta última sociedad continuara con el desarrollo o explotación de los negocios sociales de Loplast S.A.S. Y es que, como fue afirmado en varias oportunidades por el mismo señor López Morad, para el año 2012 se había tomado la determinación de disminuir la actividad comercial a cargo de Loplast S.A.S.³¹

Pues bien, las pruebas recaudadas en el proceso dan cuenta de que el fin último de estas operaciones era el traslado de los negocios de Loplast S.A.S. hacia Platesa S.A.S. Quedó probado, en primer lugar, que Platesa S.A.S. se constituyó para desarrollar actividades bastante similares a las que integran el objeto social de Loplast S.A.S. En verdad, dichas compañías prestan servicios relacionados principalmente con la producción de resinas plásticas. En segundo lugar, se observó una importante coincidencia en las direcciones físicas donde tales sociedades desarrollan su operación. En tercer lugar, se estableció que Platesa S.A.S. adelanta su actividad social con un alto porcentaje de los antiguos clientes y trabajadores de Loplast S.A.S. Así, para mediados de septiembre de 2012, el 81% de los trabajadores de Platesa S.A.S. habían integrado la nómina de Loplast S.A.S. En esa misma línea, para finales de 2012, la identidad de los trabajadores ascendía a un 90%. Por su parte, se encontró que 126 de los 193 clientes que tenía Platesa S.A.S. para el año 2012, también hacían parte de la clientela de Loplast S.A.S.³² Finalmente, después de revisar los estados financieros de Loplast S.A.S. y Platesa S.A.S. correspondientes a los ejercicios 2011 a 2015, este Despacho observó una marcada disminución en los ingresos operacionales y utilidades operacionales de Loplast S.A.S., al tiempo que un notorio aumento de estos mismos rubros respecto de Platesa S.A.S. En la tabla n.º 6 se presenta esta relación:

31 En palabras de Raúl Eduardo López Morad, “Loplast necesitaba dinero, básicamente estaba disminuyendo su actividad comercial y necesitaba pagar sus pasivos. Además de eso, Loplast, al disminuir su actividad comercial, no sabíamos muy bien en ese momento [...] si íbamos a parar completamente la actividad comercial o se iba a acabar el negocio, que se iba a cerrar. Decidimos tentativamente que Cardiovascular tomara esos bienes mientras pensábamos exactamente qué se iba a hacer [...]”.

32 Esta identidad entre los clientes de Loplast S.A.S. y Platesa S.A.S. no pierde vigencia por las explicaciones formuladas por la representante legal de esta última sociedad durante la práctica de su interrogatorio de parte. Y es que esta explicación, a pesar de parecer razonable, no resulta suficiente para justificar esta coincidencia.

Tabla n.º 6. Ingresos operacionales y utilidades operacionales de Loplast S.A.S. y Platesa S.A.S. (2012 a 2015)

Año	Loplast S.A.S.		Platesa S.A.S	
	Ingresos operacionales	Utilidad operacional	Ingresos operaciones	Utilidad operacional
2011	\$7.859.324.141,25	\$802.790.016	No aplica	No aplica
2012	\$4.595.854.905,34	\$612.543.296	\$6.040.958.722	\$720,320,552
2013	0	\$-62.386.083	\$12.188.029.758,81	\$1.150.457.989,71
2014	0	\$-28.554.081	\$11.928.553.470,66	\$1.156.726.351,11
2015	\$71.804.418,00	\$-10.194.013,00	\$10.444.479.783,92	\$550.068.773,55
2016	0	\$-31.726.215	\$7.947.749.801,73	\$322.372.857,89

Ahora bien, la información disponible apunta a que el traslado de las actividades de Loplast S.A.S. hacia Platesa S.A.S. estuvo orientado por la necesidad de crear las condiciones necesarias para permitir la inversión de una sociedad extranjera en el desarrollo de estos negocios.³³ De acuerdo con las explicaciones dadas por el representante legal de Loplast S.A.S., las circunstancias que al parecer rodeaban a esta compañía —en particular el vínculo con Plasticaribe S.A.S. en Reorganización y sus accionistas—³⁴ podrían comprometer su credibilidad ante un potencial inversionista. De ahí que pareciera razonable el diseño de una

33 A lo largo del proceso se allegaron varias pruebas que dan cuenta de las negociaciones con el inversionista en cuestión para el desarrollo de los negocios de Loplast S.A.S. En primer lugar, al tenor de lo previsto en el acta n.º 11, correspondiente a la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Loplast S.A.S. celebrada el 30 de marzo de 2012, “[e]l gerente informa el interés que existe por parte de un grupo de inversionistas extranjeros para asociarse con la sociedad, bajo el esquema que sea aplicable, a fin de participar en esta actividad comercial. Ante lo anterior, recomienda que se distribuyan las utilidades existentes, por cuanto los socios actuales nunca han recibido dividendos y porque, además, si en virtud del proceso de reorganización ceden o disminuyen su participación actual, lo justo y apropiado es que obtengan el rendimiento de su inversión”. En segundo lugar, según lo explicado por la señora Brokate Salzedo, “desde hace mucho tiempo veníamos teniendo conversaciones con un grupo que maneja inversionistas, un grupo de inversionistas que estaba buscando en qué invertir. Los tuvimos como quien dice en caliente, a punto de cerrar un negocio importante y bueno, se presentaron una cantidad de problemas hace muchos años, me imagino que el representante legal de Loplast les habrá comentado, y luego volvieron a buscarlo, volvieron a buscarlos pero ponían una serie de condiciones que eran [...] complicadas porque teníamos que desligar el nombre de Raúl López por motivos que ya conocen y bueno después de muchas conversaciones y de cumplir con sus condiciones, aquí estamos”. Finalmente, a juicio del señor López Morad, “[e]l accionista mayoritario de Platesa es una empresa extranjera [que ante] una oportunidad de negocio, invirtió. Así de sencillo. De hecho, si usted ve las actas de Loplast del año 2011, ya existía un interés de un inversor extranjero porque [...] este negocio de espuma, era muy llamativo en aquella época. Muy, muy llamativo. Inversores extranjeros, con los cuales nosotros hemos tenido algunos negocios, o Loplast ha tenido algunos negocios [...]. Esos inversionistas querían invertir en Loplast. Está en las actas del 2011. Obviamente no quisieron invertir en Loplast. Primero, como había dicho, por las situaciones de Plasticaribe, la empresa de mis padres había entrado en Ley 1116 a finales del 2011. Fue todo un descalabro para nosotros, para Loplast fue terrorífico. Luego la persecución descarnada que tenía Polylon. Un inversor extranjero no va a entrar en una empresa que ustedes habían contaminado y que mi familia también había contaminado. No podía, no podía [...]”.

34 Al tenor de lo indicado por Raúl López Morad: “mis padres tienen una empresa muy grande, se llama Plasticaribe S.A.S. [...] En septiembre del año 2011, Plasticaribe, que era una de las empresas de plásticos más grandes de Colombia, entra en Ley 1116, dejando pasivos por \$36.000.000.000. Desafortunadamente mi padre que tiene mi mismo nombre no lo hizo bien [...] no lo hizo correctamente. Loplast se vio severamente afectado con eso [...] porque los proveedores de materias primas son los mismos, los proveedores de caja de cartón son los mismos, de tinta son los mismos, todos los proveedores de materia prima a los cuales les compra Loplast [...] todos nos quitaron el crédito, suspendí los créditos [...]. Bancolombia que había sido mi principal apoyo, mi principal socio y un apoyo siempre, la gerente, muy amiga mía, me llama y me dice, Raúl me da pena decirte, te hemos apoyado siempre, pero tu nombre no pasa un comité en Medellín. Desafortunadamente lo que le quedó debiendo la empresa de tu padre a Bancolombia es una cifra demasiado alta. Aunque no eres socio de Plasticaribe, eres hijo de los dueños de Plasticaribe, lo cual comentamos, que tomes una decisión, que mires qué vas a hacer con la actividad comercial de Loplast, porque Bancolombia no te puede seguir cubriendo [...]”.

estructura societaria sofisticada para trasladar los negocios a una nueva compañía sin relación directa con Loplast S.A.S.³⁵

No obstante, lo que sí puede considerarse como una actuación reprochable a la luz del ordenamiento societario vigente es que, a través de la puesta en marcha de esa estructura societaria, Loplast S.A.S. se haya sustraído del cumplimiento de su obligación con Polylyon S.A. En verdad, el material probatorio en el expediente apunta a que Loplast S.A.S. decidió no pagar la condena impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante sentencia n.º 3289 del 29 de junio de 2012 por considerar que se trataba “de la injusticia más grande del mundo”.³⁶ Tanto es así que este pasivo ni siquiera se registró en la contabilidad de Loplast S.A.S. Por una parte, así lo afirmó el representante legal durante el interrogatorio oficioso. En criterio del señor López Morad: “No, se lo puedo garantizar, ya lo acabo de recordar, no está esa acreencia”. Esto concuerda, además, con lo afirmado por el revisor fiscal de Loplast S.A.S., Orlando Ariza Paba. De otra parte, los estados financieros correspondientes a los ejercicios 2012, 2013, 2014 y 2015 confirman la falta de registro de la respectiva condena como un pasivo de la sociedad.³⁷

A la luz de las anteriores consideraciones, este Despacho puede concluir que los accionistas demandados, Raúl Eduardo López Morad y Dayana Margarita Brokate Salzedo, defraudaron intencionalmente los intereses de Polylyon S.A. en medio de la ejecución de una estructura societaria encaminada a la reorganización de los negocios de Loplast S.A.S.

Ahora bien, si en gracia de discusión llegase a pensarse que el patrimonio de Loplast S.A.S. no se vio afectado por las operaciones descritas, en tanto en cuanto esta compañía tan solo habría realizado una sustitución de activos —primero maquinaria, equipos y facturas por acciones en el capital de Cardiovascular S.A.S. y, posteriormente, estas acciones por dinero en efectivo presuntamente proveniente de Platesa S.A.S.—, lo cierto es que las acciones que habría suscrito en el capital de Cardiovascular S.A.S. salieron del patrimonio de Loplast S.A.S. sin que se recibiera una contraprestación. Y ello es así, por cuanto los títulos en comento fueron transferidos a favor de Platesa S.A.S. con ocasión de la celebración de una compraventa de acciones cuyo precio nunca se pagó. En efecto, según la información consignada en el contrato de promesa de compraventa de acciones suscrito entre Loplast S.A.S. y Platesa S.A.S. el 20 de junio de 2012, esta última sociedad se habría obligado a pagar la suma de \$1.184.000.000 “en dos contados, en cualquier día a partir de la suscripción del presente contrato y a más tardar el día seis (6) de julio de 2012, así: un anticipo de \$600.000.000 a más tardar el día 25 de junio de 2012 y el saldo de \$584.000.000 a más tardar el día 5 de julio de 2012”. En ese sentido, de acuerdo con lo manifestado por

35 En este punto vale la pena recordar que, conforme se acreditó en el proceso, Platesa S.A.S. fue constituida por Cardiovascular S.A.S., una sociedad controlada por los demandados Raúl Eduardo López Morad y Dayana Margarita López Brokate.

36 Así, de acuerdo con lo indicado por el representante legal de esta sociedad durante la audiencia inicial, “tampoco iba a salir yo Polylyon, señores, les voy a pagar la totalidad de la deuda. Porque me parecía la injusticia mas grande del mundo. Que esperé yo, un proceso ejecutivo y [en] ese proceso ejecutivo tratar de llegar a un acuerdo con ellos, pero ellos no les intereso iniciar un proceso ejecutivo”.

37 El Despacho pudo establecer que desde el año 2013 tan solo se registró, como una cuenta de orden, la suma de \$900.000.000 como consecuencia “de una demanda de la firma Polylyon S.A. por competencia desleal” (se resalta). En todo caso, no debe perderse de vista que, desde diciembre de 2013, la condena impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio —correspondiente a “la suma de \$930.620.574. Pasado este término, Loplast S.A.S. deberá reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual”— se encontraba en firme. Es decir que, desde ese momento, los respectivos valores debieron registrarse como un pasivo de la sociedad.

el representante legal de Loplast S.A.S., el precio de estas acciones se habría pagado en efectivo directamente a la sociedad vendedora.³⁸ Sin embargo, al revisar los movimientos de las cuentas que hacen parte del activo de Loplast S.A.S. durante los meses de junio y julio de 2012, el Despacho no observó los débitos correspondientes a las sumas pactadas en el contrato de promesa de compraventa. Lo que sí se encontró registrado, por el contrario, fue el crédito derivado de la enajenación de 1.184 acciones a favor de Platesa S.A.S.³⁹

Es entonces suficientemente claro que el conjunto de operaciones anotadas en los párrafos precedentes disminuyó drásticamente el patrimonio de Loplast S.A.S. al punto que imposibilitó el pago de la condena a favor de Polylon S.A.⁴⁰

Por lo demás, es pertinente advertir que, en lo que respecta a la transferencia del inmueble identificado, en aquel entonces, con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 040-179536 a favor de Cardiovascular S.A.S., así como la del vehículo identificado con las placas UYT 491 a Luis Felipe Patrón Noches, la labor probatoria de la demandante no fue suficiente para establecer que tales operaciones tuvieron el propósito de afectar la prenda general de los acreedores de Loplast S.A.S. Es por ello por lo que el Despacho no puede concluir que se trataron de actos defraudatorios en los términos del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008.

3. Consecuencias de la celebración de actos defraudatorios

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho desestimará la personalidad jurídica de Loplast S.A.S. y declarará solidariamente responsables a Raúl Eduardo López Morad —accionista y representante legal de la sociedad— y a Dayana Margarita Brokate Salzedo —accionista de la sociedad— en el pago de la condena impuesta a Loplast S.A.S. por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante sentencia n.º 3289 del 29 de junio de 2012.⁴¹ En ese orden de ideas, se ordenará a los aludidos asociados que le paguen a Polylon S.A. el valor de dicha condena, vale decir, la suma de \$930.620.574, junto con los intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual que se hayan causado tras el vencimiento del plazo de 10 días fijado en la referida

38 A juicio del aludido administrador, “Platesa paga posteriormente esas acciones y el dinero lo utiliza Loplast para pagar sus pasivos. Es una compra de acciones que hace Platesa a Cardiovascular, que al final eran las acciones de Loplast y ese dinero se le entregó a Loplast con los cuales pagó su pasivo”.

39 Aunque el apoderado de la mayoría de los demandados hizo alusión, durante los alegatos de conclusión, a unos supuestos movimientos en la cuenta de activos de Loplast S.A.S. que demostrarían el pago de las 1.184 acciones por parte de Platesa S.A.S., lo cierto es que esos movimientos tan solo corresponden al registro del crédito aludido en el texto principal. En este punto debe anotarse que para el Despacho llama la atención las contradicciones en los argumentos del referido apoderado respecto del pago de tales acciones. A pesar de que en un primer momento sostuvo que el dinero efectivamente ingresó, tal y como lo demostrarían los ya mencionados movimientos en la cuenta de activos, posteriormente afirmó que el correspondiente dinero habría sido transferido directamente a algunos proveedores de Loplast S.A.S., razón por la cual no era posible encontrar el ingreso y el registro en las referidas cuentas del activo. Estas inconsistencias reafirman el convencimiento del Despacho sobre la falta de pago de las acciones.

40 A la luz de lo establecido en los correspondientes estados financieros de Loplast S.A.S., el patrimonio de esta compañía para el ejercicio 2011 correspondía a la suma de \$1.813.730.116, para el 2012 de \$220.576.116, para el 2013 de \$203.045.021, para el 2014 de \$169.053.549 y, finalmente, para el 2015 de \$158.327.759.

41 Durante los alegatos de conclusión, el apoderado de la mayoría de los demandados sostuvo que no es posible aplicar la sanción de desestimación de la personalidad jurídica respecto de sociedades diferentes del tipo de la SAS, como lo era Loplast S.A.S. para el momento en que se habrían celebrado los actos defraudatorios. Sin embargo, debe recordarse que la Ley 1564 de 2012 O Código General del Proceso extendió la regulación de la desestimación de la personalidad jurídica a todos los tipos de sociedad sujetos a la fiscalización de la Superintendencia de Sociedades.

sentencia n.º 3289 y hasta la fecha en que se haga efectivo este pago.⁴² Este valor deberá pagarse dentro del término de 10 días, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Por lo demás, el Despacho desestimarás las demás pretensiones de la demanda. En este punto debe decirse que este Despacho no desestimarás la personalidad jurídica de Cardiovascular S.A.S., ni la de Platesa S.A.S. comoquiera que en el curso de este proceso no se probó que dichas sociedades hubiesen sido utilizadas por sus accionistas o administradores en fraude a la ley o perjuicios de terceros en los términos del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008. De igual manera no se declarará la nulidad de las actuaciones por virtud de las cuales se defraudaron los intereses de Polylon S.A., en vista de que este Despacho accedió a declarar la responsabilidad solidaria de los señores López Morad y Brokate Salzedo en el pago de la condena impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio.

[...]

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

Resuelve

Primero. Desestimar la personalidad jurídica de Loplast S.A.S. en los términos del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008.

Segundo. Declarar solidariamente responsables a Raúl Eduardo López Morad y Dayana Margarita Brokate Salzedo en el pago de la condena impuesta a Loplast S.A.S. por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante sentencia n.º 3289 del 29 de junio de 2012.

Tercero. Ordenarle a Raúl Eduardo López Morad y a Dayana Margarita Brokate Salzedo que, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, le paguen a Espumas de Polietileno (Polylon) S.A. el valor de la condena impuesta por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante sentencia n.º 3289 del 29 de junio de 2012, vale decir, la suma de \$930.620.574, junto con los intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual que se hayan causado tras el vencimiento del plazo de 10 días fijado en esta última providencia y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

Cuarto. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Quinto. Abstenerse de proferir una condena en costas.

La anterior providencia se profiere a los catorce días del mes de octubre de dos mil veinte y se notifica por estado.

42 Finalmente, este Despacho no puede aceptar el argumento del demandado sobre la prescripción del derecho de cobro en cabeza de Polylon S.A. Y es que, en los términos del artículo 2356 del Código Civil, el fenómeno jurídico de la prescripción habría operado únicamente respecto de la acción ejecutiva. La acción ordinaria, por el contrario, tiene un término de 10 años.

Sentencia n.º 2020-01-605927 del 20 de noviembre de 2020

Partes	Air Medical Group S.A.S. en Liquidación contra MG Medical Group S.A.S. y Martha Ligia Montoya Núñez
Asunto	Efectos restitutivos especiales de la nulidad por conflicto de interés.

Consideraciones del Despacho

La demanda sometida a consideración de este Despacho busca que se declare la nulidad absoluta del contrato de afiliación y explotación comercial de aeronave celebrado el 1º de diciembre de 2014, entre Air Medical Group S.A.S. en Liquidación y MG Medical Group S.A.S. por ser, en criterio de la demandante, una operación violatoria del régimen colombiano de conflictos de interés. Según se afirma en la demanda, Martha Ligia Montoya Núñez, en su calidad de representante legal de la compañía demandante, suscribió el referido contrato con MG Medical Group S.A.S., sociedad en la que también ostenta la calidad de administradora y accionista, sin haber solicitado la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Así mismo, se asegura que Adriana Marcela Montoya Núñez, suscriptora del aludido contrato en representación de la sociedad demandada, es la hermana de Martha Ligia Montoya Nuñez.

Por su parte, al contestar la demanda, el apoderado de las demandadas indicó que operó el fenómeno jurídico de prescripción, pues han pasado más de cinco años entre la suscripción del contrato controvertido y la presentación de la demanda. Por otro lado, precisó que ante la inexistencia de intereses contrapuestos al celebrar la operación, no se configuró conflicto de interés, figura que en todo caso no está definida en la ley. De cualquier manera, señaló que el contrato controvertido fue puesto en consideración del máximo órgano social de Air Medical Group S.A.S. en Liquidación, tal y como consta en las actas de las sesiones asamblearias celebradas el 30 de abril y 13 de julio de 2015. También precisó que el contrato celebrado generó beneficios, pues permitió mantener vigente el certificado de operación, reducir gastos y costos y dejar a la aeronave en condiciones de operación. Finalmente, señaló que Air Medical Group S.A.S. en Liquidación carece de capacidad legal según lo prevé el artículo 222 del Código de Comercio, por cuanto se encuentra en estado de liquidación. En síntesis, propuso como excepciones la prescripción, la falta de “causa petendi”, la ausencia de una lectura armónica y teleológica de la norma que se invoca, la ausencia de conflicto de interés, la ausencia de perjuicios y falta de capacidad legal por parte de Air Medical Group S.A.S. en Liquidación.

Antes de analizar el caso concreto, debe indicarse que en el presente proceso no ha operado la prescripción de cinco años a que alude el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, por cuanto el contrato cuestionado fue suscrito el 1º de diciembre de 2014, de manera que la demanda podía presentarse hasta el 1º de diciembre de 2019, y fue presentada el 29 de noviembre de 2019, esto es, oportunamente. También debe decirse que la sociedad demandante cuenta con capacidad legal para iniciar esta acción judicial, pues al encontrarse en liquidación debe, por conducto de su liquidador, “concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la disolución” y “obtener la restitución de los bienes sociales que

estén en poder de los asociados o de terceros, a medida que se haga exigible su entrega, lo mismo que restituir las cosas de que la sociedad no sea propietaria”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238 del Código de Comercio.

Dicho lo anterior, es preciso hacer referencia al régimen colombiano en materia de conflictos de interés de los administradores sociales, para posteriormente examinar la controversia puesta en consideración del Despacho.

1. Acerca del régimen de conflictos de interés

Según las voces del 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.

Es así como, si bien en Colombia no se ha previsto una definición legal de conflictos de interés, la jurisprudencia sí ha establecido importantes criterios analíticos para identificar la existencia de conflictos de esa naturaleza. Según se indicó en la sentencia n.º 800-52 del 1 de septiembre de 2014, proferida en el caso de Luque Torres Ltda., “[e]n Colombia no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario. Mientras subsista este vacío, les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido [...]”.

Bajo el mencionado precepto, el Despacho se ha referido al conflicto de interés que puede surgir cuando un mismo sujeto es administrador de dos compañías que contratan entre sí.¹ En la medida en que le corresponde perseguir el mejor interés de las dos sociedades en las que ejerce sus funciones, su objetividad podría verse comprometida en la respectiva operación. Dicha objetividad no solo podría comprometerse cuando es el mismo sujeto quien funge como administrador de las dos compañías, sino también cuando una persona vinculada a aquel participa en el negocio jurídico en que sea parte la sociedad en la que ejerce sus funciones.

De esta manera, y en línea con lo que acaba de mencionarse, este Despacho ha censurado la conducta de administradores que celebran operaciones con personas con las que tienen vínculos estrechos suficientes para restarles objetividad. Según se ha señalado, “podría existir un conflicto de interés si un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la respectiva operación. Si existe un cercano vínculo de parentesco, como cuando los padres del administrador contratan con la sociedad, habrá

1 Cfr. Superintendencia de Sociedades, auto n.º 801-7259 del 19 de mayo de 2014.

fuerzas indicios acerca de la presencia de un conflicto”.² Bajo esta línea, se han censurado operaciones celebradas directamente con el pariente o cónyuge del administrador,³ o con la compañía en la que su pariente o cónyuge funge como administrador o cuenta con un interés económico subjetivo.⁴

Por otro lado, este Despacho ha hecho uso de la regla del numeral 7 cuando el administrador celebra negocios jurídicos de diversa índole con compañías en las que reviste también la calidad de accionista. Esa participación accionaria debe ser, en todo caso, de suficiente entidad como para generarle un interés económico significativo al administrador mencionado y, en esa medida, restarle objetividad.⁵

De igual manera, esta Delegatura también ha hecho alusión a existencia de posibles conflictos de interés en operaciones celebradas entre sociedades controladas por el mismo sujeto. En estas hipótesis, el conflicto encuentra sustento en la influencia que puede ejercer el accionista controlante sobre los administradores de tales compañías.⁶

Así mismo, el Despacho ha hecho referencia a situaciones en las que el administrador incurso en un conflicto no participa, en ninguna calidad, en la celebración del respectivo negocio jurídico y, aun así, este último puede estar viciado de conflicto de interés.⁷ Es el caso de un miembro de junta directiva de una sociedad que celebra un contrato con otra compañía en la que este sujeto es accionista con una participación significativa en el capital. Aunque el contrato no deba ser examinado o autorizado por ese órgano social, es posible que el miembro de junta directiva incida o instigue al representante legal de la primera sociedad sobre los términos de la negociación, pues cuenta con un interés económico sustancial en la otra.

Sobre este último punto, debe señalarse que el Despacho ya ha estudiado también distintas hipótesis en las que un administrador cuenta con un interés económico significativo en una operación determinada y esta circunstancia resulta suficiente para nublar su juicio objetivo. Al respecto, se ha señalado que “puede presentarse un conflicto cuando el administrador tenga un interés económico que sea lo suficientemente significativo como para menoscabar su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su cargo. Ello podría presentarse si el administrador [...] es accionista de una compañía que contrata con la sociedad [en la que ejerce sus funciones]”.⁸

En síntesis, pues, este Despacho ha concluido la existencia de conflictos de interés a partir de diferentes hipótesis fácticas en las que el administrador o sus vinculados —como sus parientes— participan en actos en los que es parte la sociedad en la que aquel ejerce sus funciones, o cuando él o sus vinculados cuentan con un interés económico sustancial en la correspondiente operación.

2 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-52 del 1 de septiembre de 2014.

3 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-29 del 14 de mayo de 2014.

4 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-35 del 2 de mayo de 2017.

5 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-26 del 13 de abril de 2016 y sentencia n.º 800-43 del 5 de junio de 2017.

6 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-142 del 10 de noviembre de 2015.

7 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-52 del 1 de septiembre de 2014.

8 Id.

Ahora bien, esta Delegatura también ha anotado que “existe consenso en torno a la idea de que las operaciones viciadas por conflictos de interés no son necesariamente contrarias al interés social. En compañías cerradas, la proscripción absoluta de operaciones con accionistas o administradores podría, incluso, ser nociva para la gestión de los negocios de la sociedad. Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el caso de SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Daniel Correa, en el cual este Despacho examinó diversos contratos de mutuo celebrados entre la sociedad demandante y sus antiguos administradores. En vista de la frágil situación financiera de SAC Estructuras Metálicas S.A., los referidos funcionarios decidieron obtener créditos bancarios a título personal, para luego prestarle tales recursos a la compañía. Según lo expresado por esta entidad en la [s]entencia [n.º] 801-035 del 9 de julio de 2013, ‘los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A. [...] es factible que las operaciones viciadas por un conflicto de interés le reporten importantes beneficios a una sociedad, como en efecto parece haber ocurrido en el presente caso’”.⁹ En esta oportunidad se indicó, de todas formas, que aunque las operaciones celebradas en conflicto de interés sin autorización del máximo órgano social no hayan generado ningún perjuicio a la sociedad, deben ser declaradas nulas en los términos del artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 si no se surtió el procedimiento legal para el efecto. Sin embargo, se señaló también que, en este evento, al no encontrarse acreditados perjuicios a la sociedad, no es viable procurar una indemnización.¹⁰

Por lo demás, es relevante mencionar que basta con que existan circunstancias que representen un riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido, para que este sujeto deba adelantar el procedimiento previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. De ahí que, aunque el administrador pueda tener intenciones loables en la realidad, el solo hecho de que exista el riesgo en mención por circunstancias como las descritas en los párrafos anteriores, obliga a este funcionario a solicitarle autorización al máximo órgano social.

Finalmente, 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’”.¹¹

2. Acerca del caso concreto

Tras una revisión de las pruebas practicadas, el Despacho pudo establecer que el 1 de diciembre de 2014 se celebró un contrato de afiliación y explotación comercial de aeronave

⁹ Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-29 del 14 de mayo de 2014.

¹⁰ Debe recordarse, en todo caso, que una indemnización destinada a resarcir el patrimonio de la compañía únicamente puede perseguirse a través de la acción social de responsabilidad.

¹¹ Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-134 del 20 de octubre de 2015.

entre Air Medical Group S.A.S. en Liquidación y MG Medical Group S.A.S. Dicho negocio jurídico fue suscrito por Martha Ligia Montoya Núñez en calidad de representante legal de Air Medical Group S.A.S. en Liquidación y por Adriana Marcela Montoya Núñez en representación de MG Medical Group S.A.S., quienes se encuentran relacionadas por un vínculo de parentesco según fue confirmado por la demandada en su interrogatorio de parte, ya que son hermanas. Adicionalmente, el certificado de existencia y representación legal de MG Medical Group S.A.S., el contrato controvertido y la contestación de la demanda dan cuenta de que Martha Ligia Montoya Núñez era administradora de ambas compañías para la fecha y contaba con una participación accionaria en MG Medical Group S.A.S., correspondiente al 50%, según indicó durante su interrogatorio.

Las anteriores circunstancias, independientemente de las intenciones que haya podido tener la demandada, hacían necesario surtir el procedimiento previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En verdad, al suscribir el negocio jurídico con MG Medical Group S.A.S., confluían en cabeza de Martha Ligia Montoya Núñez dos intereses contrapuestos, pues como administradora de ambas compañías tenía la obligación legal de velar por los mejores intereses de las dos. Además, la demandada contaba con un interés económico sustancial en MG Medical Group S.A.S., sociedad en la que su hermana —a su vez suscriptora del contrato controvertido— también fungía como administradora y en la que tenía participación accionaria. De ahí que pudiera contar con incentivos para promover condiciones contractuales que favorecieran a esta última compañía, la cual tendría a su cargo la explotación comercial, control técnico y operacional de la aeronave. De esta forma, Martha Ligia Montoya Núñez, al no estar en posición satisfacer tales intereses simultáneamente, habría quedado incurso en un conflicto de interés.

A pesar de lo anterior, no se acreditó que el máximo órgano social hubiera impartido la autorización a que hace referencia el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, de manera previa a la celebración de la operación. Ahora bien, según el apoderado de las demandadas, la operación sí se puso en conocimiento del máximo órgano de Air Medical Group S.A.S. en Liquidación en unas reuniones posteriores.¹² Sin embargo, una vez examinadas las actas del 30 de abril y 13 de julio de 2015, en las que constan tales sesiones, el Despacho no encontró que se hubiese aprobado una autorización para ratificar dicha operación, en los términos del mencionado numeral 7. Debe recordarse que para que una autorización de dicha naturaleza se entienda aprobada, no basta simplemente con mencionar el negocio en el curso de una reunión, sino que se requiere el cumplimiento de todos los requisitos previstos en el citado numeral. El administrador conflictuado debe entonces revelar el posible conflicto, las circunstancias que darían lugar a aquel, el detalle preciso de la operación, entre otros, y el máximo órgano social debe deliberar y votar para dar su autorización, con un quórum y una mayoría que deben calcularse una vez excluida la participación del administrador si fuere también asociado, y siempre que dicha operación no

12 En la jurisprudencia de este Despacho se ha reconocido la posibilidad de ratificar operaciones celebradas en conflicto de interés de forma posterior a su perfeccionamiento. Aunque esta hipótesis no ha sido consagrada expresamente en la ley, la posibilidad de emitir autorizaciones ex post es coherente con las reglas previstas en nuestro ordenamiento en materia de saneamiento de la nulidad absoluta por ratificación. Más importante aún, no tendría sentido prohibirles a los accionistas —los principales interesados en salvaguardar el patrimonio social— convalidar operaciones que, en su criterio, resulten beneficiosas para la sociedad. Claro que, para que pueda sanearse la nulidad absoluta derivada de la violación del régimen de conflictos de interés, la ratificación que se haga deberá ir acompañada de la autorización de la asamblea general de accionistas, impartida en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222.

perjudique los intereses de la sociedad. Tan particular es la propuesta y la decisión correspondiente, que este Despacho ha señalado, por ejemplo, que “la simple mención del [...] contrato en los informes de gestión presentados ante la asamblea general de accionistas no suple la necesidad de surtir el trámite contemplado en el numeral 7 del artículo 23”.¹³

Así las cosas, aunque en el acta de la reunión del 13 de julio de 2015 sí consta que se dio a conocer la operación, allí no aparece que se haya revelado la información en los términos antes descritos, y lo cierto es que Luis Carlos Niño Bernal, en su condición de representante legal de Fly By S.A.S., que a su vez es accionista paritaria en la sociedad demandante, manifestó su inconformidad respecto de los términos en los cuales se habría celebrado el contrato de afiliación y explotación comercial sobre la aeronave HK 4924. En todo caso, ni siquiera parece haberse votado una autorización para celebrar la referida operación en conflicto de interés.

De otra parte, durante su interrogatorio de parte la señora Montoya Núñez manifestó que la autorización se habría impartido en una reunión social celebrada el 5 de marzo de 2014, consignada en el acta n.º 4. Sin embargo, una vez revisado el contenido del acta mencionada, se pudo determinar que no contiene una decisión adoptada por el máximo órgano de la compañía demandante que tuviera por objeto autorizar a Martha Ligia Montoya Núñez para que celebrara el contrato de afiliación y explotación comercial de aeronave con MG Medical Group S.A.S. Por lo demás, luego de revisado el libro de actas de asamblea general de accionistas de Air Medical Group S.A.S. en Liquidación, tampoco se pudo constatar que se hubiera impartido la autorización de que trata el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 en ninguna otra reunión.

Por lo anteriormente expuesto, se declarará la nulidad absoluta del contrato de afiliación y explotación comercial de aeronave celebrado el 1 de diciembre de 2014, entre Air Medical Group S.A.S. en Liquidación y MG Medical Group S.A.S. Ahora bien, en cuanto a las restituciones mutuas, es necesario realizar las siguientes precisiones.

En la sentencia n.º 820-83 del 13 de septiembre de 2016, esta Superintendencia señaló: “aun cuando la figura de restituciones mutuas permite ‘la restauración completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato anulado’, lo cierto es que su aplicación encuentra ciertos límites delineados por la propia ley y la jurisprudencia [...]”. Por ejemplo, como se indicó en esa oportunidad, “dado que las operaciones de alquiler declaradas nulas en el presente caso implicaron la ejecución sucesiva de prestaciones, es claro que este Despacho no habrá de emitir órdenes que tiendan a restituir a las partes al estado en que se encontraban antes de los negocios. De acuerdo con la doctrina más autorizada en la materia, ‘[en] los contratos de ejecución sucesiva no hay lugar a restituir las prestaciones cumplidas y en especial las prestaciones ejecutadas no susceptibles de devolución [...]’. Frente a esa situación, la respuesta elemental ha sido la de circunscribir los efectos de la nulidad a la eliminación del vínculo, considerar consolidados los hechos cumplidos y dar por extinguidas las obligaciones pendientes”.¹⁴

13 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-29 del 14 de mayo de 2014.

14 F Hiestrosa, Tratado de las Obligaciones II, Tomo II (2015, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia) 793. Véase, también, FH Toscano López, La Pretensión de Nulidad de Contratos Civiles y Mercantiles en Colombia, en Revista de Derecho Privado n.º 23 (2012), Universidad Externado de Colombia.

La postura expresada en la precitada sentencia coincide con los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia. En criterio de esa Corporación, las restituciones mutuas “resultan admisibles sin ningún cuestionamiento en aquellos eventos en los que las obligaciones fueron de ejecución instantánea, como las de dar, en contratos de compraventa, permuta, etc., puesto que podrán restituirse las cosas recibidas, por un lado, y los dineros pagados, por el otro, sin perjuicio de lo que corresponda por concepto de frutos, mejoras, corrección monetaria, etc., según el caso; pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse; en palabras de la doctrina: ‘naturalmente es imposible para los contratos de ejecución sucesiva, por lo menos para aquellos que son verdaderos contratos de ejecución sucesiva, hacer producir a la nulidad un efecto retroactivo. En efecto, desde el día de la celebración del contrato hasta el día de su anulación declarada judicialmente, es posible que el contrato se haya ejecutado sobre la base de la apariencia de su validez, que no está conforme con la realidad. Pero no es posible borrar para el pasado la ejecución de ciertas obligaciones creadas por un contrato de ejecución sucesiva’”.¹⁵

Pues bien, en el caso concreto, el apoderado de la demandante ha señalado enfáticamente que, a su juicio, las restituciones a cargo de MG Medical Group S.A.S. son dos: (i) la devolución de la aeronave en el mismo estado en que se encontraba para la fecha en que se entregó, es decir, con las condiciones de aeronavegabilidad —mismas condiciones físicas y operativas al momento de la suscripción del mencionado contrato— y (ii) las ganancias obtenidas con ocasión de la explotación de la aeronave durante la vigencia del negocio jurídico, correspondientes a las utilidades que recibió MG Medical Group S.A.S. por ese concepto. En criterio del aludido apoderado, esta última restitución encuentra fundamento en lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009, a cuyo tenor, “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 este orden de ideas, lo primero que debe señalarse es que, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia, las prestaciones propias del contrato de tracto sucesivo, como es el de afiliación y explotación comercial de aeronave estudiado en este proceso,¹⁶ no son susceptibles de restitución. Para el caso concreto, según el texto del referido negocio jurídico, Air Medical Group S.A.S. en Liquidación, en calidad de afiliado propietario, se obligó a permitirle a MG Medical Group S.A.S., en calidad de operador explotador, la tenencia para la explotación de la aeronave mencionada, a cambio de que esta última le pagara un canon mensual de \$1.500.000. En este sentido, no puede exigírsele a Air Medical Group S.A.S.

15 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de agosto de 1993, expediente n.º 2985., M.P. Nicolás Bechara Simancas.

16 Se trata, en síntesis, de un contrato de arrendamiento de aeronave que implica la transferencia de la calidad de explotador. Al respecto, el artículo 1851 del Código de Comercio dispone que, “[e]l explotador de una aeronave la persona inscrita como propietaria de la misma en el registro aeronáutico. El propietario podrá transferir la calidad de explotador mediante acto aprobado por la autoridad aeronáutica e inscrito en el registro aeronáutico nacional”. Por su parte, el artículo 1890 del mismo código precisa que, “[e]l arrendamiento o locación de aeronaves podrá llevarse a cabo con o sin tripulación, pero en todo caso la dirección de ésta queda a cargo del arrendatario. El arrendatario tendrá la calidad de explotador y, como tal, los derechos y obligaciones de éste, cuando tal calidad le sea reconocida por la autoridad aeronáutica”.

en Liquidación que devuelva el valor de los cánones que haya percibido, ni a MG Medical Group S.A.S. que restituya la concesión que se le hizo durante la vigencia del contrato para aprovechar el bien. Ciertamente, se trata de hechos causados y consolidados periódicamente, de manera que no es posible volver al estado anterior deshaciendo una permisión de un uso y goce que se materializó en el tiempo.

Con todo, respecto de las dos restituciones concretas invocadas por el apoderado de la demandante, el Despacho estima necesario realizar las siguientes observaciones.

En primer lugar, es claro que por virtud de la declaración de nulidad del contrato antes descrito, el negocio jurídico habrá de terminar. Sobre este punto, es necesario señalar que según la cláusula sexta del contrato, su vigencia se pactó por cinco años y, en caso de que alguna de las partes no diera preaviso con un año de antelación a la fecha de su terminación, se entendería prorrogado por otros cinco años. Debido a que en el expediente no se encuentra probado que alguna de las partes hubiera dado el mencionado preaviso, el Despacho entiende que operó la prórroga. Así, pues, por virtud de la declaración de nulidad, MG Medical Group S.A.S. deberá restituir el bien bajo su tenencia garantizando las condiciones de “aeronavegabilidad” en que lo recibió, si ello fue así. Lo anterior, por supuesto, considerando que hay un posible desgaste propio del simple paso del tiempo que habría tenido que en todo caso asumir la propietaria si no lo hubiera entregado. En esa medida, si el activo todavía tuviera vida útil, deberá devolverse en las condiciones físicas y operativas en que se recibió.

Para tales efectos, el Despacho decretó un dictamen pericial en los términos solicitados por Air Medical Group S.A.S. en Liquidación y le concedió un término a esta compañía para aportarlo. El propósito de la prueba era determinar el estado en el que se encontraba la aeronave para la fecha de celebración del contrato controvertido —1 de diciembre de 2014— y el valor de los costos y gastos que se requieren para ponerla en las mismas condiciones técnicas y operativas que tenía a esa fecha. Sin embargo, según el mencionado dictamen, el experto fue contratado para realizar la valuación de la aeronave “con el propósito de determinar su valor ajustado de mercado” para la fecha de elaboración del estudio. A partir del documento, entonces, no es posible establecer en qué estado se encontraba la aeronave para el 1 de diciembre de 2014, ni el valor concreto de los costos en que habría de incurrirse para dejarla en condiciones técnicas y operativas como las que tenía.

Ahora bien, en el punto 3.2. del informe, sobre “programa de mantenimiento y estado general”, se indicó que “[e]n el momento de la inspección, la aeronave se encontraba no aeronavegable debido al vencimiento de [ciertos] documentos / eventos”. “No obstante lo anterior, la aeronave se encuentra con todos sus componentes instalados, incluyendo motores, hélices e instrumentos de aviónica”. Aunado a ello, también se señaló que el exterior del fuselaje así como su pintura se encontraban en un estado promedio, estado que también fue determinado para las alas que, según el informe, tenían erosiones en la pintura pero esto no influía en la integridad de la estructura de la aeronave o en la seguridad de los vuelos. Por otro lado, respecto del estabilizador horizontal y vertical y de los trenes de aterrizaje, se indicó que se encontraban en buen estado pero que las llantas estaban próximas a ser cambiadas. Del interior de la aeronave, se afirmó que la cabina de pilotos y pasajeros se encontraban en estado por debajo del promedio, pues la tapicería y los cinturones estaban deteriorados. Sin embargo, se indicó que los equipos de aviónica se encontraban

instalados y las ventanas frontales y laterales estaban en buen estado. Los motores fueron encontrados instalados, con todos los accesorios y en buenas condiciones externas. Finalmente, se encontró que las hélices estaban instaladas y en buenas condiciones “libres de daños, escapes o impactos”.

De otra parte, en el punto 4.3. del documento, en el que se hace referencia a “ajustes y condiciones específicas de la aeronave”, se indicó que para llevarla a condición de vuelo se requiere realizar actividades de mantenimiento —Overhaul de los dos motores, servicio de 1000 Horas, pruebas de sistema Pitot-estático, altimetría y transpondedores: septiembre 2020, ELT/Batería ELT, septiembre de 2019, Jeppesen, ATP y Aerotech Publication, vendidos desde 2019 y actualización de base de datos Garmin G430 GPS/NAV (GNS430)—, así como cumplir con ciertos trámites y actualizar documentación —Inspección anual de la Aerocivil de Colombia (último FIAA 31 DIC 2018), Certificación antinarcóticos, certificado de matrícula: 01 Dic 201 y póliza de seguro todo riesgo—.

Durante la audiencia celebrada el 20 de noviembre de 2020 se surtió la contradicción del dictamen pericial. En esa oportunidad, el perito Jovani Idrobo Mondragón confirmó al Despacho que el propósito del estudio fue establecer el valor de mercado de la aeronave para la fecha de su elaboración. En esa medida, aseguró que el alcance del dictamen no comprendió la determinación del estado en el que se encontraba la aeronave para el 1 de diciembre de 2014 y, en consecuencia, tampoco se estableció el valor de los gastos necesarios para ponerla en las mismas condiciones técnicas y operativas que tenía a esa fecha. En todo caso, sí indicó que en el documento, en el numeral 4.3.1., aparecen los requerimientos técnicos y documentales que deben satisfacerse para poner la aeronave en condición de aeronavegabilidad o de vuelo. No obstante, también señaló que el alcance del dictamen no comprendió la determinación del valor de los costos concretos necesarios para ello.

En este orden de ideas, debe decirse que en este proceso no se acreditó el estado en que se entregó la aeronave a MG Medical Group S.A.S. al momento de la celebración del contrato. No se aportó, por ejemplo, un acta de entrega, ni el informe pericial hace referencia al punto. En esa medida, pese a lo indicado en el numeral 4.3.1. del dictamen, mal haría el Despacho en ordenar la entrega del bien con documentos y trámites al día para operación, y con condiciones específicas de mantenimiento, si no se tiene conocimiento de que tales requerimientos se encontraban satisfechos para el momento de la entrega. En verdad, es posible que la aeronave no se hubiera entregado en condiciones de vuelo y que haya sido la misma sociedad tenedora la que hubiera asumido los costos para garantizar aeronavegabilidad. A esto debe sumarse que en el informe pericial tampoco se concluye de manera clara y fehaciente a qué monto equivalen los costos en que habría de incurrirse para poner la aeronave en condiciones de vuelo.¹⁷

Ahora bien, durante la contradicción de la prueba, el perito indicó que la determinación del estado de los motores sí se puede determinar para el 2014 y realizar un contraste con su estado al momento de la elaboración del estudio, así como establecer costos —se mencionó un denominado prorrateo—. Sin embargo, lo cierto es que este análisis no aparece

17 Si bien se aportó una cotización, allí no es claro que los conceptos correspondan estrictamente con los indicados en el numeral 4.3.1. del dictamen. Al respecto, el perito señaló que correspondían únicamente a las adecuaciones del motor. En todo caso, no es posible identificar si la aeronave requiere de estas adecuaciones o mantenimiento para estar como se encontraba a 1° de diciembre de 2014, como ya se dijo.

en el dictamen aportado, y tampoco le corresponde a este Despacho efectuarlo si la información presentada no es suficiente —ni siquiera se sabe cuántas horas de vuelo tenía la aeronave para el 1 de diciembre de 2014—. En todo caso, al tratarse de un contrato de tracto sucesivo, como se dirá a continuación, este Despacho no puede ordenar que se entregue la aeronave como si nunca se hubiera utilizado, pues se entiende que los derechos y obligaciones adquiridos quedaron consolidados en el tiempo —al margen de que se hayan presentado incumplimientos, o que las condiciones hayan sido fijadas de manera lesiva, como dice el apoderado de la demandante, asuntos que podrían que ser discutidos por virtud de otras acciones judiciales, como aquellas relacionadas con el incumplimiento de contratos, o aquellas que buscan el resarcimiento de los perjuicios derivados de la conducta del administrador—.

Así las cosas, la orden del Despacho será general, de manera que, por virtud de la declaración de nulidad, MG Medical Group S.A.S. deberá entregar la aeronave en las condiciones físicas y operativas en las que la recibió.

En segundo lugar, respecto de las utilidades o la ganancia que percibió MG Medical Group S.A.S. por la explotación de la aeronave, es preciso señalar que la solicitud en comento no corresponde, propiamente, a una restitución a la que se pueda acceder con ocasión de la nulidad del contrato bajo estudio. Por un lado, se trata de un contrato de tracto sucesivo cuyas prestaciones debían irse cumpliendo periódicamente, por lo que MG Medical Group S.A.S. no podría devolver el uso y goce efectivo del bien. Por otro lado, Air Medical Group S.A.S. en Liquidación no necesariamente habría podido explotar la aeronave en la forma en que lo hizo MG Medical Group S.A.S. —ambulancia aérea— si no se hubiera celebrado el contrato de afiliación y explotación.

Ahora bien, el apoderado de la demandante ha hecho énfasis en el carácter ilegal y lesivo del contrato, con el que, a su juicio, se ha favorecido únicamente a MG Medical Group S.A.S. En esta línea, en la demanda se afirma que “el canon de arrendamiento [se pactó] por una suma irrisoria de un millón quinientos mil pesos m/cte (\$1.500.000) mensuales, de los cuales no se ha cancelado un solo canon”.

Sobre el particular, debe decirse que, en efecto, la celebración de operaciones en conflicto de interés sin el cumplimiento de los requisitos legales configura una infracción a los deberes de los administradores censurada por el ordenamiento jurídico. En verdad, la distracción de recursos sociales mediante este tipo de operaciones constituye uno de los principales mecanismos de expropiación a la sociedad y sus asociados. Para hacerle frente a lo anterior, se ha previsto la posibilidad de iniciar acciones sociales de responsabilidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, en caso de que la compañía busque un resarcimiento de perjuicios. De igual manera, el Decreto 1925 de 2009 contempla la posibilidad de solicitar la declaración de nulidad de la operación, con las correspondientes restituciones mutuas, “lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada” (se resalta). A través de esta última alternativa, prevista como un efecto especial de la nulidad de este tipo actos, se busca reprender la obtención del provecho ilegítimo percibido por el hecho de haberse celebrado la operación en conflicto de interés —sin que se trate, propiamente, de una indemnización de perjuicios—. En este sentido, el reintegro no es de cualquier ganancia, sino del rédito que obtuvo la parte contractual con ocasión de las condiciones pactadas ventajosa e ilegítimamente a

su favor en el negocio, justamente, por virtud de la posición de conflicto del administrador que influyó o participó en la operación. Ciertamente, de no haber mediado conflicto de interés, lo esperado sería que en el contrato se hubieran estipulado prestaciones recíprocas mutuamente equivalentes para las partes, o, por lo menos, condiciones no desfavorables para la sociedad en la que el administrador ejerce sus funciones.

A partir de lo anterior, la ganancia a que alude la citada disposición, para el caso concreto, podría corresponder al mayor valor que habría tenido que pagar MG Medical Group S.A.S. por canon de explotación, si el contrato de afiliación y explotación comercial de aeronave se hubiera celebrado, en condiciones de mercado, con cualquier otro sujeto, sin que hubiera mediado conflicto de interés. Lo anterior, sin embargo, no se encuentra acreditado en el expediente.

Por lo demás, el presunto impago de los cánones de explotación, así como las posibles mejoras y gastos de mantenimiento en los que haya incurrido MG Medical Group S.A.S. durante la vigencia del contrato en comento, son asuntos que deben examinarse a la luz de las reglas relativas al cumplimiento de contratos, según lo que las partes haya pactado sobre el particular.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho declarará la nulidad del contrato de afiliación y explotación comercial de aeronave celebrado en conflicto de interés entre Air Medical Group S.A.S. en Liquidación y MG Medical Group S.A.S. el 1 de diciembre de 2014. Los efectos de la referida sanción deberán circunscribirse a la consolidación de los hechos cumplidos, la extinción de obligaciones a futuro, y la entrega formal de la aeronave HK 4924 marca Piper Modelo PA-34-200T en las condiciones físicas y operativas en las que fue recibida por MG Medical Group S.A.S. Como ya se dijo, no puede desconocerse que los bienes pierden valor y sufren un desgaste natural por el simple paso del tiempo. Esto no significa, sin embargo, que la aeronave, que aún tiene vida útil, no pueda entregarse en las condiciones físicas y operativas en que fue recibida. Si bien lo anterior no fue acreditado al Despacho, puede ser objeto de determinación entre los interesados.

[...]

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

Resuelve

Primero. Declarar la nulidad absoluta del contrato de afiliación y explotación comercial de aeronave celebrado en conflicto de interés entre Air Medical Group S.A.S. en Liquidación y MG Medical Group S.A.S. el 1 de diciembre de 2014.

Segundo. Ordenarle a MG Medical Group S.A.S. que haga entrega formal de la aeronave HK 4924 marca Piper Modelo PA-34-200T a Air Medical Group S.A.S. en Liquidación en las condiciones físicas y operativas en las que la recibió con ocasión del contrato de afiliación y explotación comercial celebrado el 1 de diciembre de 2014. Para estos efectos, deberá, a su vez, elaborar y poner a disposición de Air Medical Group S.A.S. en Liquidación un informe en el que se describan las condiciones en las que se entrega el bien.

Tercero. Abstenerse de ordenar las restituciones mutuas solicitadas en los términos de las pretensiones 2 y 3 de la demanda.

Cuarto. Condenar en costas a las demandadas y fijar como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere a los veinte días del mes de noviembre de dos mil veinte y se notifica en estrados.

Sentencia n.º 2020-01-631139 del 10 de diciembre de 2020

Partes	Jairo Alberto Parrado Jiménez contra Confortrans S.A.S. y Consuelo de los Ángeles Martínez Ramírez
Asunto	Ineficacia. Facultades del representante legal suplente para convocar a reuniones del máximo órgano social.

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho, está orientada principalmente a que se reconozcan los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia de las decisiones adoptadas por el máximo órgano social de Confortrans S.A.S. en reunión extraordinaria el 11 de diciembre de 2019 y que constan en el acta “Sin número de la misma fecha” puesto que las mencionadas decisiones se adoptaron contrariando lo dispuesto por el artículo 186 del Código de Comercio, el artículo 20 de la ley 1258 de 2008 en concordancia con el artículo 190 del Código de Comercio.

De manera subsidiaria, se pretende que se reconozcan los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia de las mencionadas decisiones por contrariar el artículo 425 del Código de Comercio en concordancia con los artículos 433 y 897 del mismo Código. Como pretensión segunda subsidiaria se pretende que se declare que las mencionadas decisiones del 11 de diciembre de 2019 se adoptaron en un ejercicio de abuso del derecho de voto y como consecuencia se solicita que sean declaradas nulas por violar el artículo 43 de la ley 1258 del 2008.

Por su parte, las demandadas se oponen a la totalidad de pretensiones pues afirman que el “artículo 25 de la Ley 222 de 1995, es claro en cuanto a la acción de responsabilidad social de los administradores puede ser adoptada, aunque no conste en el orden del día y la decisión de iniciar dicha acción implica la remoción del administrador.”. Además, indican que “el artículo 19 de los estatutos sociales establece que, si bien la asamblea deliberará de acuerdo con el orden del día previsto en la convocatoria, “con todo, los accionistas podrán proponer modificaciones a las resoluciones sometidas a su aprobación y en cualquier momento proponer la revocatoria del representante legal””.

Una vez planteado el caso sometido a consideración de este Despacho, se realizarán las siguientes precisiones:

1. Sobre los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia

En este punto, el Despacho entrará a analizar si la reunión del 11 de diciembre de 2019 contrarió lo dispuesto en los artículos 186 y 190 del Código de Comercio y el artículo 20 de la Ley 1258 de 2008, así como la infracción a los artículos 425, 433 y 897 del Código de Comercio. Lo anterior toda vez que, en las pretensiones principales y primeras subsidiarias, se afirma que son aquellas normas las que fueron violadas en la mencionada reunión y, como

consecuencia, se solicita que se declare el reconocimiento de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia.

A. Sobre la convocatoria

Al respecto, se manifiesta en la demanda que “Llama poderosamente la atención que la convocatoria la firma la señora CONSUELO DE LOS ANGELES MARTINEZ RAMIREZ como representante legal SUPLENTE de la compañía USURPANDO las funciones del señor JAIRO ALBERTO PARRADO JIMENEZ, pues este último seguía ejerciendo la representación legal PRINCIPAL de la sociedad, pues en ningún momento tuvo falta temporal ni mucho menos absoluta, por lo tanto, la señora Consuelo NO podía ejercer funciones de representación legal en el momento y mucho menos convocar la asamblea, lo anterior de acuerdo a lo consagrado en la Ley y en los Estatutos Sociales de CONFORTRANS SAS, como se expondrá más adelante.”

Este Despacho pudo corroborar que efectivamente la convocatoria la realizó la señora Consuelo de los Ángeles Martínez Ramírez en su calidad de representante legal suplente el 15 de noviembre de 2019, en la cual, se convoca a una reunión del máximo órgano social para el 26 de noviembre de 2019 a las 10:00 a.m. e igualmente se indica que de no llevarse a cabo se realizará reunión de segunda convocatoria el 11 de diciembre de 2019 en el domicilio principal de la sociedad. Esta información fue corroborada por el testigo Andrés Leonardo Garzón en la audiencia del 10 de diciembre de 2020.

Ahora bien, una vez revisados los estatutos sociales de la demandada, se encuentra que el artículo 28 dispone que “La sociedad será gerenciada, administrada y representada legalmente ante terceros por el representante legal (o su suplente en las faltas temporales o absolutas), quien no tendrá restricciones de contratación por razón de la naturaleza ni de la cuantía de los actos que celebre. [...]” (subrayado fuera de texto).

En ese sentido, el demandante acreditó que él era quien ejercía la representación legal principal de Confortrans S.A.S. y que según manifestó en la audiencia inicial el siempre ejerció la representación legal de la compañía. Además, se aportaron pruebas que demuestran que el señor Parrado Jiménez nunca dejó de ejercer sus funciones de administración. En verdad, obra en el expediente una comunicación remitida por el demandante a la demandada donde se manifiesta que no asiste a la reunión convocada por la señora Consuelo Martínez pues “todo el personal está concentrado preparando la RECERTIFICACIÓN EN LAS NORMAS ISO, me es imposible atender tal convocatoria, y en consecuencia será en la asamblea general ordinaria que debe celebrarse antes del 30 de marzo del 2020 donde le puedan desarrollar y tratar los temas societarios que sean del caso.” Por otro lado, la señora Consuelo Martínez, al rendir su interrogatorio de parte, manifestó que ella siempre ejerció funciones administrativas, pero en ningún momento manifestó que haya ejercido funciones en su calidad de representante legal suplente. Aunado a lo anterior, en el testimonio rendido por el señor Andrés Garzón, este manifestó que el señor Jairo Alberto Parrado ejercía sus funciones como administrador pero que no cumplía a cabalidad con estas. En verdad, este Despacho no encontró pruebas dentro del expediente que acreditaran una falta temporal o absoluta del señor Parrado en su calidad de representante legal. Las inconformidades presentadas por la señora Consuelo Martínez en cuanto a la gestión del representante legal suplente, no significa que hubiera quedado habilitada, en forma automática, para actuar como representante legal de la compañía.

De otra parte, se debe poner de presente que la parte demandada no acreditó que la convocatoria realizada para la reunión del 26 de noviembre de 2019 y de segunda convocatoria para el 11 de diciembre de 2019 se hubiera realizado ante una falta temporal o absoluta del señor Jairo Parrado Jiménez. Cabe precisar que la doctrina ha manifestado que “El acto jurídico de citación a los socios para ejercer el derecho a deliberar y decidir debe cumplir con los elementos esenciales propios de su naturaleza, a riesgo de reputarse inexistente. Se trata de elementos sin los cuales el aviso no cumple su cometido de poner a los asociados en condiciones eficaces de conocer de la existencia de una reunión asamblearia, para que puedan ejercer sus derechos políticos”.¹ Así pues, este Despacho advierte que la convocatoria realizada por la señora Consuelo Martínez en su calidad de representante legal suplente se realizó en indebida forma toda vez que no se encontraba facultada para hacerlo y, en consecuencia, esta Superintendencia encuentra que las decisiones adoptadas en la reunión del 11 de diciembre de 2019 y que constan en el acta de la misma fecha son ineficaces por vicios en la convocatoria de conformidad con lo dispuesto por los artículos 186 y 190 del Código de Comercio.

Aunado a lo anterior, la doctrina ha manifestado respecto de la convocatoria que “Esta facultad es de carácter instrumental tratándose de los administradores, habida cuenta de que deben gozar de las atribuciones necesarias para garantizar que el desarrollo del objeto social se cumpla cabalmente y puedan citar al máximo órgano social para que fije directrices a la compañía o soliciten las aprobaciones o autorizaciones que demande el giro ordinario de los negocios”.² Así, como ya se manifestó en líneas anteriores, la señora Consuelo Martínez no se encontraba en el ejercicio de sus funciones como representante legal suplente de la compañía, pues no existió una falta temporal o absoluta del demandante, por lo cual, no contaba con la atribución estatutaria para realizar una convocatoria a reunión del máximo órgano social de Confortrans S.A.S.

Por último, a pesar de que en la contestación de la demanda se manifiesta que “Asimismo, en lo que tiene que ver con la acción social de responsabilidad, en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, es claro en cuanto a la acción de responsabilidad social de los administradores puede ser adoptada, aunque no conste en el orden del día y la decisión de iniciar dicha acción implica la remoción del administrador.”, lo cierto es que, el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 faculta a los accionistas para realizar la convocatoria a reunión del máximo órgano social para deliberar sobre el inicio de una acción social de responsabilidad, más no para el análisis de los estados financieros, de la situación financiera y de los documentos sometidos a derecho de inspección, tal y como consta en la convocatoria del 15 de noviembre de 2019 realizada por la señora Consuelo Martínez Ramírez.

En ese sentido, la reunión que se llevó a cabo el 11 de diciembre de 2019 no se realizó bajo el amparo de lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, toda vez que, la convocatoria no fue realizada por la señora Consuelo Martínez en su calidad de accionista sino de representante legal suplente y, de otra parte, el orden del día contenido en la mencionada convocatoria en nada hacía referencia al inicio de una acción social de responsabilidad en contra del administrador.

1 NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario, 2ª Ed. (2014, Bogotá D.C., Editorial Legis) 311.
2 Id. 318.

Así, pues, debe tenerse en cuenta que, esta facultad especial de convocar que ha otorgado al legislador a los accionistas tiene como única finalidad deliberar sobre el inicio de una acción social de responsabilidad, por lo cual, así debe mencionarse en el orden del día, toda vez que, a pesar de que el artículo 425 del Código de Comercio prevé la remoción de los administradores en reunión extraordinaria, lo cierto es que, si se hubiera tratado de una reunión a la luz del citado artículo, esta debió ser convocada directamente por las personas u órganos que legal y estatutariamente se encuentren facultados para hacerlo, situación que, no es la que ocurrió en el presente caso pues la reunión extraordinaria tuvo un defecto en la convocatoria al ser realizada por la representante legal suplente sin que contara con la facultad para hacerlo.

A la luz de las anteriores consideraciones, este Despacho declarará que se han configurado los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia respecto de las decisiones adoptadas por la asamblea de accionistas de Confortrans S.A.S. el 11 de diciembre de 2019 y que dichas decisiones no produjeron efectos jurídicos. En consecuencia, se ordenará enviar las comunicaciones necesarias para que se dé cumplimiento a la presente sentencia.

B. Sobre las pretensiones primeras subsidiarias

En este punto, se solicita al Despacho que se reconozcan los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia de las decisiones adoptadas el 11 de diciembre de 2019 puesto que “se hicieron en violación del artículo 425 del código de comercio y 20 de la ley 1258 de 2008, en concordancia con el artículo 433 y 897 del código de comercio.”

Al respecto y toda vez que, este Despacho mediante el análisis de las pretensiones principales de la demanda ha declarado que se han configurado los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia por defectos en la convocatoria, este Despacho no entrará a analizar si la reunión del 11 de diciembre de 2019 cumplió o no con lo dispuesto por el artículo 425 del Código de Comercio, toda vez que, como ya se manifestó en el punto anterior, este artículo es aplicable a las reuniones extraordinarias que sean legalmente instauradas, esto es, con estricto apego a lo dispuesto por la Ley y por los estatutos de una compañía en materia de convocatoria, quórum y domicilio, situación que, no ocurrió en el presente proceso respecto de la convocatoria a la reunión del 11 de diciembre de 2019.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho desestimaré las pretensiones primeras subsidiarias, toda vez que, al prosperar las pretensiones principales de la demanda, no pueden prosperar estas pretensiones subsidiarias, toda vez que, para el análisis de las mismas se requiere de una reunión asamblearia constituida y convocada conforme a la Ley y los estatutos, situación que no ocurrió en el presente proceso.

2. Sobre el ejercicio abusivo del derecho de voto

Sobre este punto se manifiesta en la demanda que “Según se ha explicado en el capítulo correspondiente, y según se puede desprender de los hechos y las pruebas de estos, existieron multiplicidad de conflictos de CONSUELO DE LOS ANGELES MARTINEZ RAMIREZ intereses o motivos que llevaron a tomar la decisión de la Demandada señora Consuelo de abrogarse ABUSIVAMENTE la posición de representante legal principal para convocar, votando en una asamblea ficticia ÚNICAMENTE para nombrarse a ella misma como representante legal principal, sin llevar a cabo los lineamientos que se habían establecido en los es-

tatutos sociales para tales fines, y en últimas tomarse el control de CONFORTRANS S.A.S., de la anterior manera tomar decisiones únicamente que le benefician a ella, en contravía de los intereses de la compañía y en contra de mi prohijado, generando un daño injustificado.”

Este Despacho desestimaré las pretensiones segundas subsidiarias, toda vez que, como ya se manifestó en el análisis de las pretensiones principales, la reunión del 11 de diciembre de 2019 fue indebidamente convocada lo cual acarrea que las decisiones adoptadas en la mencionada reunión sean ineficaces. En ese sentido y toda vez que la reunión no se constituyó con arreglo a las disposiciones legales y estatutarias mal haría este Despacho en analizar si existió un ejercicio abusivo del derecho de voto, pues para que este derecho político en cabeza de los accionistas sea ejercido, es necesario que exista una reunión que cumpla con los presupuestos de eficacia en materia de convocatoria, quórum y domicilio, situación que, no fue lo que ocurrió en el presente proceso conforme a lo ya expresado por este Despacho.

A la luz de las anteriores consideraciones, este Despacho desestimaré las pretensiones segundas subsidiarias toda vez que, la reunión del 11 de diciembre de 2019 no fue debidamente convocada, por lo cual, no hay lugar a analizar el ejercicio del derecho de voto de las decisiones adoptadas en dicha reunión pues se declarará que dichas decisiones nunca produjeron efectos jurídicos, en los términos de los artículos 186 y 190 del Código de Comercio.

[...]

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

Resuelve

Primero. Declarar que se han configurado los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia respecto de las decisiones adoptadas en reunión del 11 de diciembre de 2019 de Confortrans S.A.S. y que constan en acta de la misma fecha y que dichas decisiones no produjeron efectos jurídicos.

Segundo. Como consecuencia de lo expresado en el numeral anterior, ordenarle al representante legal de Confortrans S.A.S. que adopte las medidas necesarias para darle cumplimiento a lo resuelto en esta sentencia.

Tercero. Oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá a fin de que se efectúen las anotaciones que correspondan en el registro mercantil de Confortrans S.A.S. y se dé cumplimiento a esta sentencia.

Cuarto. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Quinto. Condenar en costas a las demandadas y fijar como agencias en derecho a favor de Jairo Alberto Parrado Jiménez una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

Sentencia n.º 2021-01-061146 del 2 de marzo de 2021

Partes	William de Jesús Ramírez González contra Olga Lucía Acevedo Moreno y Golpeautos Colisiones S.A.S.
Asunto	Abuso de paridad. Ejercicio abusivo del derecho de voto por el bloqueo de la acción social de responsabilidad.

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante este Despacho busca controvertir, por abusiva, la conducta de Olga Lucía Acevedo Moreno, accionista titular del 50% de las acciones en que se divide el capital suscrito de Golpeautos Colisiones S.A.S. Para el efecto, el demandante ha sostenido que, en el curso de una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada el 10 de diciembre de 2018, se propuso iniciar una acción social de responsabilidad en contra de la señora Acevedo Moreno, quien también revistió la condición de representante legal de Golpeautos Colisiones S.A.S. entre los años 2014 y 2018. Según lo expresado en la demanda, esta propuesta se fundamentó principalmente en “la posible violación de las normas que componen el régimen legal de los administradores, particularmente frente a la celebración de actos de competencia, conflicto de intereses, desviación de recursos, manejo irregular de la contabilidad y de libros oficiales”. No obstante, la referida propuesta de iniciar una acción social de responsabilidad fue rechazada por la accionista demandada.

1. Acerca del ejercicio abusivo del derecho de voto

Lo primero que debe decirse es que esta Delegatura ha defendido, con empeño, la idea de que los empresarios deben contar con la más amplia discreción para gestionar los negocios de una compañía, sin temer la intromisión indebida de los jueces. A partir de esta idea, este Despacho ha desestimado numerosas pretensiones judiciales formuladas en contra del ejercicio legítimo de los derechos de un accionista. En las respectivas sentencias quedó claro que esta Superintendencia no interferirá con la potestad decisoria de un asociado, por el simple hecho de que las decisiones aprobadas en una reunión asamblearia hayan sido contrarias a los intereses subjetivos de uno o varios accionistas.¹

Así como esta entidad ha defendido la precitada autonomía empresarial, también se ha dicho que esa libertad de configuración encuentra un límite certero en la necesidad de salvaguardar los derechos de todos los asociados. En verdad, esta Superintendencia ha intervenido decididamente, hasta en las esferas más íntimas de una compañía, para proteger a los accionistas que podrían verse oprimidos mediante el ejercicio de los derechos políticos atados a las acciones de otros asociados. En el contexto del abuso del derecho de voto, por ejemplo, este Despacho ha reprendido la conducta indebida de accionistas en la remoción

¹ Cfr., por ejemplo, las sentencias n.º 800-78 del 14 de noviembre de 2014, 801-81 del 20 de noviembre de 2014, 800-50 del 8 de mayo de 2015, 800-54 del 14 de mayo de 2015 y 800-25 del 4 de abril de 2016.

de administradores,² la emisión primaria de acciones,³ la retención de utilidades,⁴ la capitalización de dividendos,⁵ la enajenación global de activos⁶ y la creación de juntas directivas.⁷ En todos estos casos, a partir de vigorosos debates probatorios, pudo desentrañarse la intención lesiva detrás de determinaciones sociales en apariencia legítimas. Y es que, como lo ha expresado esta Delegatura a lo largo de múltiples pronunciamientos, el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a un asociado o procurar una ventaja injusta. Es así como, cuando se aporten pruebas que apunten al ejercicio irregular del derecho de voto, el Despacho analizará con detenimiento las actuaciones de los accionistas, a fin de establecer si se produjo una actuación censurable.

En los casos mencionados anteriormente, este Despacho también hizo alusión a los presupuestos que deben acreditarse para controvertir actuaciones potencialmente abusivas. Así, conforme a lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, un demandante que invoque la utilización irregular del derecho de voto le corresponde la exigente carga de probar que el ejercicio de esa prerrogativa le irrogó perjuicios a la compañía o a alguno de los accionistas o que sirvió para obtener una ventaja injustificada. Asimismo, es indispensable acreditar que el derecho de voto fue ejercido con el propósito de generar esos efectos ilegítimos. En el precitado artículo se anota, además, que la actuación reprochable de un asociado puede producirse “tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad”.

En lo que respecta concretamente al abuso de paridad, debe decirse que en el caso de Sares Ltda. se analizó esta forma de abuso del derecho de voto. En los términos de la sentencia n.º 800-54 del 14 de mayo de 2015, “[l]a tercera modalidad de abuso del derecho de voto contemplada en el artículo 43 de la Ley 1258 se presenta en sociedades en las que el capital está distribuido simétricamente entre dos bloques accionarios. En estas hipótesis, ninguno de los grupos contará con suficientes votos para configurar una mayoría decisoria en el máximo órgano social. Ello quiere decir que cada bloque tendrá un derecho de veto respecto de todas las propuestas sometidas a consideración de la asamblea o junta de socios. La actuación abusiva se produce cuando un asociado se vale de la posibilidad de obstruir la toma de decisiones, con el propósito de causar un daño u obtener una ventaja injustificada. El abuso de paridad se asemeja entonces al abuso de minoría, en la medida en que, en ambas hipótesis, un asociado emplea en forma malintencionada su derecho de veto”.⁸

2. Acerca del ejercicio abusivo del derecho de voto por el bloqueo de la acción social de responsabilidad

Como ya se dijo, William de Jesús Ramírez González considera que Olga Lucía Acevedo Moreno actuó en forma abusiva al bloquear el inicio de una acción social de responsabilidad en su contra durante la reunión asamblearia de Golpeautos Colisiones S.A.S. del 10 de diciembre de 2018.

2 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-73 del 19 de diciembre de 2013.

3 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-20 del 27 de febrero de 2014.

4 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-44 del 18 de julio de 2014.

5 Cfr. Superintendencia de Sociedades, auto n.º 800-2730 del 17 de febrero de 2015.

6 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-119 del 17 de septiembre de 2015.

7 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-46 del 11 de mayo de 2016.

8 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-54 del 14 de mayo de 2015.

En este punto es preciso formular algunas consideraciones acerca de la acción social de responsabilidad consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. Así, pues, lo primero que debe advertirse es que esta acción es el principal mecanismo que prevé nuestro ordenamiento para hacer efectiva la responsabilidad de los administradores que han violado los deberes legales a su cargo. Al invocar entonces esta vía judicial, una compañía puede reclamarles a sus administradores los perjuicios derivados de las infracciones en cuestión. Para ello, el precitado artículo 25 de la Ley 222 de 1995 señala que “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 responsabilidad de los administradores, de modo que la acción correspondiente se interponga tan sólo cuando obedezca a los mejores intereses de la sociedad”.⁹

Para este Despacho es claro, sin embargo, que la regla del artículo 25 ha hecho inviable, en la práctica, el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Como se ha explicado en múltiples oportunidades, “[e]n compañías cerradas, la gestión de la empresa social suele estar a cargo del accionista controlante, quien podrá ocupar cargos en la administración o delegarles tal función a personas de su confianza. En estos casos, será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad bajo el sistema de autorización previsto en el citado artículo 25. En verdad, la decisión de presentar la acción respectiva dependerá del voto del accionista controlante, vale decir, la persona que tiene a su cargo, en forma directa o indirecta, la administración de la sociedad. Es entonces poco probable que el controlante decida tramitar un proceso judicial en contra de sí mismo o, incluso, en contra de las personas que ha designado para ocupar cargos en la administración. La probabilidad de que se inicie una acción social de responsabilidad es aún menor si los perjuicios que justifican la demanda provienen de una operación que favoreció en forma exclusiva al asociado controlante.

“Las circunstancias antes descritas pueden tener un impacto sustancial sobre los intereses económicos de los accionistas minoritarios. Ello se debe a que la acción social de responsabilidad es el único medio previsto en el ordenamiento colombiano para resarcir los perjuicios sufridos por una compañía como consecuencia de la violación de los deberes de los administradores. Puede pensarse entonces en lo que ocurriría si una compañía sufre cuantiosos perjuicios debido a que los administradores dispusieron de recursos sociales para sufragar gastos personales de los accionistas mayoritarios o celebraron operaciones viciadas por conflicto de interés en beneficio del controlante. El asociado minoritario que acuda a la asamblea para proponer que se tramite una acción social de responsabilidad probablemente se enfrentará a un obstáculo infranqueable, es decir, el voto negativo del mayoritario. En este caso, el minoritario tampoco podrá recurrir a la acción individual regulada en el último inciso del artículo 25 de la Ley 222, por cuanto los perjuicios correspondientes le fueron irrogados a la sociedad. Es claro, pues, que el sistema de autorización previsto para iniciar acciones sociales de responsabilidad puede dejar a los minoritarios indefensos ante la extracción de recursos sociales concertada entre el accionista controlante y los administradores”.¹⁰

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*, 8ª Ed. (2008, Londres, Sweet & Maxwell) 605 a 606). Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-54 del 14 de mayo de 2015.

10 Id.

A pesar de los problemas de la acción social, este Despacho ha puesto de presente que los aludidos accionistas minoritarios cuentan con diferentes vías judiciales para defender sus intereses. Y es que no tendría mayor sentido que los administradores pudieran infringir libremente sus deberes legales sólo porque el controlante se rehusó a aprobar la acción social y los minoritarios no están legitimados para demandar individualmente. Para remediar esta injusta situación, un minoritario expropiado por controlantes y administradores puede recurrir, por lo menos, a la acción de abuso del derecho de voto.¹¹ Ciertamente, en aquellos eventos en los que el controlante hubiera bloqueado la aprobación de una acción social de responsabilidad, con el propósito de encubrir la desviación irregular de recursos sociales, el minoritario podrá intentar ante este Despacho una acción de abuso del derecho de voto para controvertir la conducta de aquel asociado. A través de esta vía judicial, el minoritario oprimido podrá obtener una indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta reprochable del controlante. Según lo explicó esta Superintendencia en el ya mencionado caso de Sares Ltda., “cuando se hubiere negado la posibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad para encubrir las actuaciones irregulares de un administrador o proteger la desviación de recursos sociales a favor del accionista mayoritario [...] la decisión de rechazar la acción social correspondería a una finalidad que no es tolerada por el ordenamiento colombiano. Debe reiterarse, en este sentido, que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para provocar daños, ni para que un accionista se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados”.¹² En el caso estudiado, este Despacho concluyó que efectivamente se había producido una actuación abusiva, tal y como puede apreciarse en el siguiente extracto de la sentencia n.º 800-54 del 14 de mayo de 2015: “El Despacho no encontró una justificación legítima para que Construcciones Orbi S.A. hubiera rechazado la acción social propuesta por Jovalco S.A.S. en abril de 2013. Por el contrario, los elementos de juicio disponibles apuntan a que Construcciones Orbi S.A. se valió de su derecho de voto para encubrir la distracción de activos de Sares Ltda., a favor de personas vinculadas a aquella compañía, mediante actuaciones que infringieron el régimen colombiano en materia de conflictos de interés. Así, al hacer imposible la aprobación de la acción social propuesta por Jovalco S.A.S., Construcciones Orbi S.A. obstruyó, para beneficio de sus propios accionistas y administradores, la única vía judicial disponible en nuestro ordenamiento para reclamar los perjuicios posiblemente sufridos por Sares Ltda. Esta actuación, a todas luces censurable, encaja dentro de los presupuestos contemplados en la Ley 1258 de 2008 para la configuración del abuso del derecho de voto [...]”.

11 Otro de los medios de defensa disponibles actualmente para que un minoritario pueda hacerle frente a la expropiación concertada entre un accionista controlante y los administradores sociales es la acción de nulidad absoluta por violación del régimen de conflictos de interés, con base en lo establecido en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009. Así, pues, al solicitar la declaración judicial de la nulidad en cuestión, un accionista minoritario podría lograr resarcir los perjuicios sufridos por la compañía y, consecuentemente, restablecer su propio patrimonio. Un minoritario oprimido también podría controvertir la responsabilidad del accionista que violó el deber de comportarse con lealtad frente a las personas que ostentan esa misma calidad al interior de una compañía. Así, por ejemplo, el mayoritario que se apropia irregularmente de recursos sociales actúa en forma desleal frente a los demás asociados. En una acción como la indicada, ese controlante podrá entonces ser obligado a resarcir los perjuicios que se deriven de sus actuaciones irregulares. Para una mejor comprensión, véase la sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016.

12 En el caso mencionado, este Despacho encontró que, al hacer imposible la aprobación de la acción social, el controlante obstruyó, en beneficio propio, la única vía judicial disponible en nuestro ordenamiento para reclamar los perjuicios posiblemente sufridos por la compañía. Según se expresó en la sentencia n.º 800-54 del 14 de mayo de 2015, “esta actuación, a todas luces censurable, encaja dentro de los presupuestos contemplados en la Ley 1258 de 2008 para la configuración del abuso del derecho de voto [...]”.

Lo expresado con anterioridad coincide, precisamente, con el caso traído ante este Despacho por parte de William de Jesús Ramírez González. En efecto, el señor Ramírez González considera que Olga Lucía Acevedo Moreno votó en contra de la propuesta de iniciar una acción social de responsabilidad para evitar que se censurara judicialmente su propia conducta como representante legal de Golpeautos Colisiones S.A.S. En palabras de la apoderada del demandante, “[e]n la mencionada reunión no pudo aprobarse el inicio de la acción social de responsabilidad, debido al ejercicio abusivo del derecho al voto de paridad, vetando la posibilidad de iniciar la misma para someter al conocimiento de una autoridad los manejos de la administradora y representante legal Olga Lucía Acevedo Moreno”.

Así las cosas, después de examinar las pruebas recaudadas durante el proceso, el Despacho pudo concluir que la señora Acevedo Moreno infringió su deber general de diligencia, específicamente, al no velar por el cumplimiento de las normas legales y estatutarias. Por un lado, debido a una serie de irregularidades en la cotización al sistema general de pensiones respecto del trabajador Richard Álvarez —compañero permanente de la demandada—, la compañía incumplió la legislación laboral y de seguridad social, puesto que las contribuciones parafiscales acerca de dicho contrato laboral se calcularon sobre una base menor al salario que efectivamente se le pagaba al señor Álvarez.¹³ Por otro lado, la aludida administradora incumplió su deber de llevar los libros de comercio debidamente. Así, ante la pregunta formulada por el Despacho acerca del libro de actas de la sociedad, la señora Acevedo Moreno contestó lo siguiente: “ah bueno, ¿por qué no hay actas firmadas? Porque siempre, la contadora o el abogado, eran los que hacían de presidente y secretario de la asamblea y nunca presentaban, pues, asentada esa acta, no la presentaban asentada. Igual como confiábamos en eso y en lo que hablábamos y había testigos de lo que

13 En todo caso, este Despacho estima pertinente advertir que las pruebas disponibles no dan cuenta de la efectiva imposición de una multa o sanción por parte de alguna autoridad con ocasión a esta irregularidad. Por tal motivo, aunque en la demanda se solicitó el pago de \$191.520.717 a título de perjuicio por este hecho en particular, lo cierto es que hasta el momento no puede concluirse que esta infracción haya causado un detrimento cuantificable.

se había hablado en la reunión, que presentábamos balances, presentábamos todos los estados financieros, pues lo veíamos muy normal”.¹⁴

Aunado a lo anterior, el Despacho pudo evidenciar un incumplimiento del deber general de lealtad y del deber específico de “abstenerse de participar [...] en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses”. Para comenzar, el material probatorio disponible da cuenta de la celebración de una operación de mutuo entre Golpeautos Colisiones S.A.S. y Golpeautos S.A.S., en calidad de mutuante y mutuaría, respectivamente, por la suma de \$117.144.515. Según la información disponible en el expediente, dicho contrato de mutuo estaría viciado por un conflicto de interés, en razón a que se trata de un negocio jurídico celebrado con una compañía vinculada a la administradora demandada. En efecto, durante su interrogatorio de parte, la señora Acevedo Moreno informó su condición de accionista de Golpeautos S.A.S. y, al revisar el certificado de existencia y representación de esta última sociedad, el Despacho observó que su compañero permanente, esto es, el señor Richard Álvarez, ocupa el cargo de representante legal. Es entonces suficientemente claro que, al momento de celebrar el contrato bajo estudio, en cabeza de la representante legal de Golpeautos Colisiones S.A.S. coexistían dos intereses contrapuestos, a saber, el interés de la compañía mutuante que debía proteger por expresa disposición del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el interés económico derivado de su calidad de

14 Además de lo manifestado en el texto principal, el demandante puso de presente que la representante legal nunca convocó a reuniones de la asamblea general de accionistas, no permitió al demandante el ejercicio del derecho de inspección, ni tampoco informó al máximo órgano social sobre la situación financiera de la compañía. Pese a ello, en el curso del proceso, el Despacho no encontró pruebas que soportaran las afirmaciones a que se ha hecho referencia. Por el contrario, la administradora demandada aportó una grabación de audio de una sesión asamblearia en la que, incluso, se encontraba presente el demandante. Asimismo, en la demanda se afirmó que Olga Lucía Acevedo Moreno se abstuvo de realizar los esfuerzos conducentes para el adecuado desarrollo del objeto social. Ello, por cuanto la señora Acevedo Moreno habría dejado de pagar el canon de arrendamiento de la bodega en la que funcionaba Golpeautos Colisiones S.A.S. y porque en los estados financieros de la sociedad aparecían numerosas cuentas por pagar a diversos proveedores. En cuanto a lo primero, el Despacho encontró que el contrato de arrendamiento de la bodega no fue celebrado por Golpeautos Colisiones S.A.S., sino por R&G Formaletas Metálicas S.A.S. —compañía en la que William de Jesús González Ramírez ostenta la condición de accionista—, en calidad de arrendataria. En ese sentido, no pareciera que Golpeautos Colisiones S.A.S. estuviera obligada a pagar los cánones adeudados, pues, en verdad, no se probó que tuviese vínculo contractual con el arrendador del inmueble ni con R&G Formaletas Metálicas S.A.S. De ahí que no es posible concluir que, al no pagar estas sumas, la representante legal incumplió su deber de cuidado. Por otro lado, en lo relativo a las cuentas por pagar, el Despacho no encontró que se tratase de operaciones ajenas al giro ordinario de los negocios de la sociedad, de acuerdo con el informe de auditoría aportado, sino que, por el contrario, obedecería a una serie de pasivos debidamente registrados en la contabilidad. Aunado a lo anterior, el demandante ha invocado unas irregularidades de carácter contable relacionadas con “las cotizaciones SIPO que no están facturadas oficialmente”. Pues bien, aunque el demandante aportó una relación de las presuntas cotizaciones SIPO generadas durante el año 2016, con su correspondiente orden y fecha de pago, dentro del presente proceso no se allegaron los soportes como tal de esa información —por ejemplo, las ordenes o las facturas—, ni se pidió el testimonio de algunos de los supuestos clientes. Por lo tanto, el Despacho no cuenta con material probatorio que le permita verificar la existencia de la irregularidad anotada, ni la invocada falta de ingreso de los dineros señalados en el documento en cuestión a las cuentas de Golpeautos Colisiones S.A.S. Finalmente, el demandante hizo alusión a unos préstamos que efectuó a Golpeautos Colisiones S.A.S. para cubrir obligaciones sociales. Si bien es cierto que se celebraron las operaciones de mutuo en cuestión, no puede perderse de vista que se trata de decisiones que el señor Ramírez González tomó de forma autónoma. Esto, sin perjuicio de que tales préstamos deben corresponder a una cuenta por pagar a cargo de Golpeautos Colisiones S.A.S.

accionista de la sociedad mutuaría.¹⁵ Por este motivo, era necesario que la administradora obtuviera la autorización de la asamblea general de accionistas de Golpeautos Colisiones S.A.S. para suscribir el contrato controvertido. No obstante, esta situación no se acreditó durante la etapa probatoria.

Además, el Despacho pudo advertir que Olga Lucía Acevedo Moreno se apropió indebidamente de recursos sociales a través del uso del dinero que reposaba en la cuenta de ahorros de Golpeautos Colisiones S.A.S., para sus gastos personales. En el expediente reposan, por ejemplo, los extractos de dicha cuenta bancaria, según los cuales la suma de \$25.819.586 se utilizó para efectuar pagos por fuera del giro ordinario de los negocios sociales. Entre las referidas transacciones se encuentran el pago de servicios públicos domiciliarios de la vivienda de la señora Acevedo Moreno; pagos a proveedores de Artesanías Awa —un negocio de propiedad de la demandada—; gastos en clases de conducción tomadas por el hijo de la demandada, Felipe Álvarez Acevedo; los pagos de nómina a éste último por el manejo de las redes sociales de Golpeautos Colusiones S.A.S; el pago de la matrícula escolar del hijo de la demandada en el colegio Gimnasio Internacional; una estadía en el hotel San José Plaza; los servicios de televisión por cable de DirectTV de la residencia de la administradora; intereses producto de un préstamo adquirido a título personal por la demandada de una tercera persona; así como pagos realizados a la empresa Tour Vacation Hoteles. Para justificar estas erogaciones, la señora Acevedo aseguró lo que se cita a continuación: “ella [la secretaria de la compañía] me hacía los pagos de mi nómina, yo le decía págame allí, págame DirecTV, págame el colegio del hijo. Entonces ella, como ella manejaba mi plata, pues tenía relacionados mis gastos. Pero contablemente, como lo pueden ver en la contabilidad, no hay ningún gasto mío personal. O sea, eran contabilidades muy aparte y, es más, lo que me llevaba a mí la secretaria no era una contabilidad, era solo un registro de en qué se gastó mi nómina”.

15 Existen ya varias sentencias en las que se ha detectado un conflicto de la naturaleza indicada cuando el administrador contrata directamente con la sociedad en la que ocupa ese cargo. Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014. Este Despacho también ha aclarado que existe un conflicto de interés cuando el administrador esté obligado a velar por los intereses de dos compañías que contratan entre sí. Cfr. Superintendencia de Sociedades, auto n.º 801-7259 del 19 de mayo de 2014. Algo similar ocurrirá cuando el administrador cuente con un interés económico en operaciones celebradas por la compañía en la que ejerce sus funciones. Cfr. Superintendencia de Sociedades, auto n.º 800-15368 del 17 de noviembre de 2015. Por lo demás, en varios pronunciamientos se ha dicho que la celebración de contratos con los accionistas mayoritarios le representa un manifiesto conflicto de interés a los administradores que participaron en el respectivo negocio. Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-142 del 9 de noviembre de 2015. Este Despacho se ha pronunciado ya acerca de la necesidad de fiscalizar rigurosamente las operaciones celebradas entre una compañía y aquellas personas que, como en el caso de los accionistas controlantes, puedan tener alguna influencia sobre la gestión de los negocios sociales (related party transactions). Este especial escrutinio se justifica por la posibilidad de que tales personas, conocidas en la doctrina comparada como “partes vinculadas”, se valgan de su ascendencia sobre la sociedad para extraer prerrogativas económicas inmerecidas en el curso de una relación contractual (L Enriques, *Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal)* (2015) 16 EUR BUSS ORG L REV 1). En la venta de activos sociales a un accionista controlante, por ejemplo, los administradores podrían verse alentados a fijar un precio irrisorio, aunque con ello se perjudique el patrimonio de la sociedad. Como ya se explicó, la potestad que suele tener el controlante de remover a los administradores en cualquier momento hace que tales funcionarios se muestren dispuestos a acatar las órdenes del asociado mayoritario. Por los anteriores motivos, tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea se ha procurado que los jueces puedan escudriñar cuidadosamente los contratos suscritos entre una compañía y su accionista controlante, así como todas aquellas operaciones celebradas entre dos sociedades sujetas al control de una misma persona (cfr., por ejemplo, el Capítulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (Model Business Corporation Act) estadounidense).

Sin embargo, comoquiera que no se acreditó la legalización de estos gastos con el fin de que se tuvieran legítimamente como parte del pago de la nómina, debe entenderse que se trató del uso injustificado de recursos sociales para fines personales. En verdad, como lo ha reiterado este Despacho, “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”.¹⁶

Parece entonces bastante claro que, durante el tiempo que ocupó el cargo de representante legal de Golpeautos Colisiones S.A.S., Olga Lucía Acevedo Moreno habría infringido varias de las pautas de conducta previstas en la Ley 222 de 1995 para los administradores sociales. De ahí que, sin lugar a dudas, existían suficientes méritos para que se aprobara iniciar una acción social de responsabilidad en contra de la señora Acevedo Moreno. Con todo, la accionista demandada votó en contra de la acción social durante la reunión asamblearia del 10 de diciembre de 2018, sin ni siquiera invocar alguna razón que justificara su contundente oposición a la propuesta presentada por William de Jesús Ramírez González. Así, según la información consignada en el acta n.º 8, correspondiente a la sesión del 10 de diciembre de 2018, en dicha oportunidad “[s]e somete a consideración de los accionistas el inicio de la acción social de responsabilidad en contra de la señora Olga Lucía Acevedo Moreno quien fungió como administradora de la sociedad GOLPEAUTOS COLISIONES S.A.S., desde su constitución el 8 de septiembre de 2014 y hasta el 1 de abril de 2018. Se procedió a preguntarle a la señora Olga Lucía Acevedo Moreno, accionista de la sociedad y titular del 50% del capital social si aprueba o no el inicio de la acción social de responsabilidad en su contra, a lo que responde de forma negativa”. En todo caso, las infracciones descritas con anterioridad son suficientes para que el Despacho pueda concluir que Olga Lucía Acevedo Moreno realmente se valió de su derecho de voto para encubrir la sustracción de cuantiosos recursos sociales y exonerarse de responsabilidad por la violación de los deberes legales a su cargo.

16 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-85 del 8 de julio de 2015. Véase, también, la sentencia n.º 801-34 del 11 de junio de 2014. En la demanda también se ha afirmado que la señora Acevedo Moreno celebró las siguientes operaciones en exceso de sus facultades y sin autorización del máximo órgano social: “1. Una imposición arbitraria de su salario, la cual nunca fue discutida ni aprobada por el máximo órgano social 2. Una imposición arbitraria de salario para su compañero permanente o cónyuge Richard Álvarez [...]”. Al respecto, debe decirse que las pruebas recaudadas apuntan a que los vínculos laborales de la señora Acevedo y Richard Álvarez con Golpeautos Colisiones S.A.S. siempre fueron conocidos y consentidos por el demandante. En efecto, de acuerdo con lo manifestado por el demandante durante la audiencia celebrada el 17 de septiembre de 2020, “yo no decidí ser socio de Olga porque el negocio me lo plantearon muy distinto. Yo en ningún momento me senté con la señora Olga a hablar sobre el taller. El que propuso el negocio fue el señor Richard Álvarez, que me propuso una cosa muy distinta a la versión que acaba de dar la señora Olga”. Mal podría entonces el Despacho exigirle a la administradora que, nuevamente, solicitara la autorización de la asamblea general de accionistas, cuando este órgano social únicamente se encuentra conformado por Olga Lucía Acevedo Moreno y William de Jesús Ramírez González. Por su parte, en lo que tiene que ver con el aumento de los salarios de la demandada y del señor Álvarez podría, efectivamente, configurarse un conflicto de interés, toda vez que se trataría de actos que benefician directamente a la administradora demandada y a su compañero permanente, por lo que su juicio objetivo, que debería estar orientado a velar por los intereses de la sociedad, pudo haberse visto nublado para ese momento. Con todo, durante la etapa probatoria no se recaudaron pruebas que dieran cuenta de los aumentos del salario en comento. De ahí que, en cuanto a este cargo, no es posible concluir que Olga Lucía Acevedo incumplió el deber de lealtad. Por lo demás, en la demanda se traído a colación el pago de gastos personales del compañero permanente de la administradora demandada con recursos de Golpeautos Colisiones S.A.S. Sobre el particular, el Despacho encontró que la suma de esos pagos no supera el monto que se le debían reconocer al señor Álvarez por concepto de salarios durante el mismo periodo. En verdad, al comparar los dineros que debieron pagarse a Richard Álvarez por concepto de salario según el contrato laboral aportado por la accionista demandada, con los pagos descritos en el informe de auditoría presentado por el demandante a noviembre de 2018, se pudo evidenciar que los pagos en mención no exceden la suma que correspondería al total de los salarios devengados. Bajo este entendido, no se trataría de gastos injustificados o de una apropiación indebida de recursos sociales, sino de dinero que, al fin y al cabo, deviene de los servicios prestados por Richard Álvarez a Golpeautos Colisiones S.A.S.

En vista entonces de que no se hallaron razones legítimas que justificaran el rechazo de la acción social de responsabilidad en contra de la accionista demandada, este Despacho debe concluir que en el presente proceso se configuró un abuso de paridad. Y ello es así, por cuanto el bloqueo de la acción social de responsabilidad en contra del administrador que incurrió en actuaciones reprochables, sin lugar a dudas, obstruye la única vía judicial disponible en nuestro ordenamiento para que la sociedad reclame perjuicios. “Esta actuación, a todas luces censurable, encaja dentro de los presupuestos contemplados en la Ley 1258 de 2008 para la configuración del abuso del derecho de voto por paridad”.¹⁷

3. Acerca de las consecuencias derivadas del ejercicio abusivo del derecho de voto

Este Despacho decretará la nulidad absoluta de la decisión adoptada durante la reunión de la asamblea general de accionistas de Golpeautos Colisiones S.A.S. del 10 de diciembre de 2018, en el sentido de no dar inicio a la acción social de responsabilidad en contra de Olga Lucía Acevedo Moreno, conforme se solicitó en la primera pretensión de la demanda. En este punto es pertinente advertir que no por esta declaración puede pensarse que la acción social de responsabilidad fue entonces aprobada durante la mencionada sesión asamblearia. Para ello sería indispensable el voto afirmativo de la mayoría de las acciones representadas en la respectiva reunión, según lo exige el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.¹⁸

Adicionalmente, se decretará una indemnización de los perjuicios sufridos por el demandante debido a la imposibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad en contra de la señora Acevedo Moreno. Para el efecto, este Despacho formulará algunas consideraciones acerca de los perjuicios en cuestión. En ese sentido, lo primero que debe decirse es que, en compañías cerradas como Golpeautos Colisiones S.A.S., suele ocurrir que los asociados ocupen cargos en la administración social y, en virtud de ello, reciban una remuneración. Aunque esa participación puede facilitar el desarrollo de los negocios sociales, lo cierto es que también puede convertirse en una estrategia para expropiar a los accionistas que fueron marginados de la administración. Ciertamente, “la remuneración derivada de estos vínculos también les permite a los accionistas recibir anticipadamente una porción de los flujos de efectivo generados por la sociedad, sin que sea necesario esperar al pago de dividendos. Es incluso habitual que las utilidades de un ejercicio se distribuyan íntegramente por vía de salarios y honorarios, una práctica tan difundida entre los empresarios que en la doctrina especializada se le conoce como el pago de ‘dividendos de facto’”.¹⁹

17 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-54 del 14 de mayo de 2015.

18 Aunque este Despacho ha sido enfático en que al declarar el abuso del derecho de voto en situación de paridad no puede concluirse que la decisión bloqueada se entiende aprobada, lo cierto es que hay supuestos de hecho que ameritan una revisión de esta postura. Así, ante la injusta situación a la que se ve expuesto un asociado por el bloqueo de la acción social de responsabilidad, podría pensarse en la posibilidad de anular el voto impartido de forma abusiva, para impedir que esos votos ilegítimamente encaminados a frustrar el inicio de tal acción sean tenidos en cuenta para efectos de determinar la voluntad social. Y es que, en la hipótesis en la que el control de la compañía se encuentra en cabeza del administrador que, a su vez, cuenta con la posibilidad de vetar la adopción de decisiones contrarias a sus intereses personales, los demás asociados se hallan especialmente desprotegidos. De ahí que se justifique una decidida intervención judicial que proteja el ánimo de lucro subjetivo que llevó a los accionistas no controlantes a adquirir una participación en el fondo social. En el presente caso, sin embargo, el demandante no presentó una pretensión en ese sentido.

19 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-46 del 11 de mayo de 2018.

En esa medida, los asociados que fueron excluidos de la administración podrían llegar a verse privados de un verdadero retorno por su inversión en la compañía. Y es que, “[s]i la totalidad de las utilidades sociales se reparte por vía de salarios y honorarios, no quedarán recursos para el pago de dividendos al final del ejercicio”.²⁰ Aunque este Despacho se ha referido principalmente a la mencionada expropiación por vía de salarios y honorarios, resulta igualmente reprochable esta injusta situación a través de la celebración de operaciones de diversa naturaleza con partes vinculadas y la apropiación indebida de recursos sociales por parte de los asociados que ocupan cargos en la administración. Al respecto, es menester señalar que las reglas que componen el ordenamiento colombiano bajo ninguna circunstancia pueden interpretarse en el sentido de condonar la apropiación de activos sociales, a cualquier título, por parte de esos administradores, 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 el derecho a la tutela judicial efectiva de los asociados oprimidos y el interés económico que, en ultimas, los llevó a adquirir una participación en el capital social.

En esas hipótesis resulta entonces justificable la intromisión del Despacho en los asuntos internos de la sociedad para remediar la situación de opresión en la que se encuentran los asociados que no reciben los denominados “dividendos de facto”.

En el presente caso, las pruebas recaudadas apuntan a que Olga Lucía Acevedo Moreno se valió de su potestad de administradora de Golpeautos Colisiones S.A.S. para privar a William de Jesús Ramírez González de un retorno sobre su inversión en la compañía. Esta expropiación del accionista demandante se consumó, por un lado, mediante la celebración de contratos de mutuo viciados por un conflicto de interés con Golpeautos S.A.S. y, por el otro, a través de la apropiación indebida de recursos sociales para beneficio personal. Al disponer de los flujos de caja de Golpeautos Colisiones S.A.S. para operaciones que no guardan relación alguna con la gestión de los negocios de esta compañía, se vieron frustradas las expectativas económicas del señor Ramírez González.

Así las cosas, el Despacho condenará a Olga Lucía Acevedo Moreno a pagarle al demandante la suma de \$71.482.050. Para llegar a esta conclusión, las sumas del juramento estimatorio relacionadas con la celebración de operaciones de mutuo con Golpeautos S.A.S. y con la apropiación indebida de recursos sociales para beneficio de la señora Acevedo Moreno se multiplicaron por la participación del demandante en el capital social (50%).

Finalmente, en vista de las supuestas irregularidades en las denominadas cotizaciones SIPO, el Despacho oficiará a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a fin de que se tomen las medidas que correspondan.

[...]

20 Id. En el caso de CDA El Arauco S.A.S., este Despacho sostuvo lo siguiente: “Al final del ejercicio, merced al incremento de los gastos operativos, el controlante habrá consumido una porción leonina de los excedentes de caja generados por la sociedad, de suerte que, al momento de determinar las utilidades repartibles, al minoritario le corresponderá un dividendo exiguo. El minoritario se verá entonces forzado a ver ‘cómo el controlante y sus familiares viven a sus anchas, a expensas del patrimonio social [...], mientras que a él se le priva de un verdadero retorno por su inversión en la compañía”.

En mérito de lo expuesto, la Directora de Jurisdicción Societaria II, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Declarar que Olga Lucía Acevedo Moreno ejerció su derecho de voto en forma abusiva al bloquear el inicio de la acción social de responsabilidad en su contra, durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Golpeautos Colisiones S.A.S. celebrada el 10 de diciembre de 2018.

Segundo. Declarar la nulidad de la decisión adoptada por la asamblea general de accionistas de Golpeautos Colisiones S.A.S. durante la reunión celebrada el 10 de diciembre de 2018, en el sentido de no aprobar el inicio de una acción social de responsabilidad en contra de Olga Lucía Acevedo Moreno.

Tercero. Condenar a Olga Lucía Acevedo Moreno a pagarle a William de Jesús Ramírez González la suma de \$71.482.050, a título de perjuicios por el ejercicio abusivo del derecho de voto, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Cuarto. Informarle a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales acerca de las irregularidades contables descritas en esta sentencia, a fin de que se tomen las medidas que correspondan.

Quinto. Abstenerse de proferir una condena en costas.

La anterior providencia se profiere a los dos días del mes de marzo de dos mil veintiuno y se notifica en estrados.

Sentencia n.º 2021-01-363596 del 13 de mayo de 2021

Partes	José Helí Ovalles Sogamoso contra Comercializadora AAA Productos S.A.S. y James Alexander Álvarez Andrade
Asunto	Desestimación de la personalidad jurídica en hipótesis de operaciones con el controlante y confusión de patrimonios y negocios.

Consideraciones del Despacho

La demanda sometida a consideración de este Despacho busca que se determine si James Alexander Álvarez Andrade perpetró un fraude de naturaleza societaria que justifique la desestimación de la personalidad jurídica de Comercializadora AAA Productos S.A.S. En sustento de ello, se afirma que el señor Álvarez Andrade, único accionista y representante legal de la aludida compañía, ha realizado maniobras fraudulentas tendientes a evadir el pago de una obligación social a favor de José Helí Ovalles Sogamoso.

En particular, se ha dicho que el 10 de julio de 2018 el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta libró mandamiento de pago en contra de Comercializadora AAA Productos S.A.S. y a favor del señor Ovalles Sogamoso por la suma total de \$455.000.000, por concepto de capital más intereses de plazo y mora. Así mismo, se aduce que en la mencionada providencia el juzgado ordenó el embargo y posterior secuestro de un bien inmueble y un establecimiento de comercio de propiedad de la sociedad, así como la retención de sumas dinerarias en bancos. No obstante, se ha puesto de presente que, mientras se adelantaba el trámite para la práctica de las medidas cautelares, el inmueble en mención, que era el principal activo social que le servía de respaldo a la obligación en comento, le fue transferido a James Alexander Álvarez Andrade con el propósito primordial de defraudar los intereses del demandante. Como consecuencia de lo anterior, se solicitó la extensión de responsabilidad en el pago de perjuicios al señor Álvarez Andrade, así como la nulidad de la transferencia del referido inmueble.

Por su parte, en el escrito de contestación se hizo énfasis en que el señor Ovalles Sogamoso no ha cumplido con la carga probatoria que le corresponde, pues se limitó a asegurar la realización de supuestos actos defraudatorios sin acreditar que tuvieran tal condición. Así mismo, se ha señalado que el demandante pretende, en realidad, una doble indemnización por la misma causa, pues ya inició un proceso ejecutivo orientado a obtener el pago de la obligación insoluble que también ha sido invocada en el presente proceso.

1. La desestimación de la personalidad jurídica en hipótesis de operaciones con el controlante y confusión de patrimonios

La desestimación de la personalidad jurídica constituye un valioso mecanismo, con efectos ex post, que permite hacerle frente al fraude societario. Aunque la limitación de responsabilidad y la personificación jurídica independiente son, sin duda, llamativos incentivos para que los empresarios decidan gestionar sus negocios a través de una sociedad,

tales atributos también pueden servir para la obtención de resultados manifiestamente ilegítimos. De ahí que el abuso de la forma asociativa deba ser fuertemente reprobado por el régimen jurídico societario, para cuyo efecto será indispensable un adecuado y cuidadoso escrutinio judicial.

En Colombia, la acción de desestimación de la personalidad jurídica se encuentra especialmente regulada en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, a cuyo tenor, “cuando se utilice a la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieran realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”. Esta Delegatura ha sido enfática en sostener que la aplicación de la aludida sanción debe ser verdaderamente excepcional y requiere la satisfacción de una alta carga probatoria. En verdad, a la luz de la disposición citada, la medida implica la derogatoria temporal de los atributos societarios antes mencionados.

Así, por ejemplo, en hipótesis de fraude a terceros con abuso del beneficio de limitación de responsabilidad, las autoridades judiciales pueden hacerle extensiva a los asociados de una compañía la responsabilidad por obligaciones sociales insolutas. Deberá tratarse, por supuesto, de un verdadero fraude de naturaleza societaria, como cuando el asociado, ante la presión de cobro por deudas de la compañía, promueve el traslado, a su nombre o a favor de sujetos vinculados, de los activos sociales sin el reconocimiento de una contraprestación regular, amparado en que, por virtud de la separación de patrimonios, los acreedores de la sociedad no podrán buscar su responsabilidad directa ni perseguir el activo mencionado. En casos como el descrito, el asociado no habría obtenido el aludido resultado injusto, de no ser por el aprovechamiento ilegítimo del beneficio de limitación de responsabilidad.¹ Por otra parte, en hipótesis de interposición societaria, es posible considerar inoponible la personalidad jurídica independiente de una sociedad cuando este atributo ha sido usado con el fin de soslayar una restricción legal o contractual, o para acceder a beneficios que le estarían vedados a la persona natural. En estos eventos, es posible imputar directamente las actuaciones fraudulentas a los asociados involucrados.

Ahora bien, aunque no existen criterios específicos y uniformes que permitan concluir, de manera indefectible, un abuso de la forma asociativa en todos los casos, la jurisprudencia y la doctrina especializada sí se han referido a ciertos supuestos que podrían apuntar a ello. Esta Superintendencia, por ejemplo, ha hecho alusión a la creación de estructuras societa-

1 Esta Delegatura ya ha censurado el uso de personas jurídicas societarias para defraudar los intereses de los acreedores sociales. En el caso de RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group S.A.S., por ejemplo, se suspendió una transferencia de activos aparentemente encaminada a hacer imposible el cobro de unas sumas de dinero a cargo de la sociedad demandada. Según lo expuesto en el auto n.º 801-16441 del 3 de octubre de 2013, “a pesar de que en nuestro sistema legal es factible realizar donaciones, no parece aceptable que, mediante un acto de naturaleza gratuita, se reduzca el patrimonio de una compañía en forma tal que a los acreedores sociales les resulte imposible cobrar las obligaciones insolutas a su cargo. [...] existe, además, el agravante de que la propiedad sobre el activo objeto de la donación parece haber sido un factor determinante en la decisión de RCN Televisión S.A. y el Consorcio de Canales Nacionales Privados de contratar con Media Consulting Group S.A.S.”. De igual manera, en la sentencia n.º 2020-01-543527 del 14 de octubre de 2020, proferida en el caso de Polylon S.A. contra Loplast S.A.S. y otros, esta Superintendencia extendió responsabilidad a los accionistas de una compañía cuyos activos y negocios fueron trasladados, mediante operaciones entre vinculados y sin contraprestación real alguna, a otra sociedad recientemente constituida, con un objeto social similar al de la primera, con iguales instalaciones físicas, negocios, trabajadores y clientes, y vinculada a los controlantes de la inicial. En el caso mencionado, esta Delegatura concluyó que se “defraudaron intencionalmente los intereses de Polylon S.A. en medio de la ejecución de una estructura societaria encaminada a la reorganización de los negocios de Loplast S.A.S”.

rias complejas sin que exista una justificación discernible, de lo que podría desprenderse una fuerte sospecha sobre intenciones defraudatorias de la ley o de los intereses de terceros. De igual manera, se ha censurado la constitución en masa de sociedades unipersonales infracapitalizadas, con administradores que coinciden, de un solo empleado y con las más exóticas pero no del todo desarrolladas actividades previstas en su objeto social, con el fin de multiplicar beneficios derivados de interponer distintas personas jurídicas. Así mismo, este Despacho se ha referido a las operaciones entre partes vinculadas, que incluyen el traslado de activos y negocios, con el propósito de desmejorar sustancialmente el patrimonio social y frustrar expectativas económicas de terceros. Incluso, se han estudiado hipótesis en las que es el asociado el que desmejora su propio patrimonio al transferirlo a una compañía vinculada, a efectos de evadir obligaciones personales con otros sujetos. Por lo demás, esta Delegatura ha hecho referencia, en general, a circunstancias como la falta de una contraprestación real, la coincidencia de sujetos y denominaciones sociales y la similitud en el funcionamiento de órganos internos de compañías involucradas en fraudes.²

En igual sentido, la doctrina especializada ha recogido varias de estas situaciones tras el estudio de supuestos fácticos que han dado lugar a la desestimación de la personalidad jurídica en distintos países. Así, pues, se ha dicho que “los indicios que han sido considerados relevantes para estos supuestos son la existencia de una sociedad de un solo socio, la capitalización insuficiente de la sociedad para los fines a los cuales está dispuesta, la falta del cumplimiento de formalidades en la vida de la sociedad, la existencia de traspasos de fondos entre la sociedad y la persona dominante, la falta de vida social por ausencia de asambleas y reuniones, la ausencia de contabilidad y la falta de emisión de las acciones”.³ En nuestra doctrina nacional, igualmente, se ha hecho alusión a varios de tales indicios, a su vez, recogidos de la doctrina norteamericana. Entre ellos, se encuentran las operaciones que implican un conflicto de interés (self-dealing transactions), la violación de formalidades legales y estatutarias (break-down of procedures), la confusión de patrimonios y negocios (commingling of assets and business), el fraude a los socios o a los acreedores (fraud) y la infracapitalización de la sociedad o del grupo empresarial (undercapitalization).⁴

-
- 2 Cfr., en tales sentidos, las siguientes providencias de la Superintendencia de Sociedades: sentencia n.º 800-55 del 16 de octubre de 2013, proferida en el caso de Finagro contra Monicol S.A.S. y otros; auto n.º 801-16441 del 3 de octubre de 2013, proferido dentro del caso RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group S.A.S.; sentencia n.º 2019-01-301633 del 9 de agosto de 2019, proferida en el caso de Fedepalma contra Compañía Inmobiliaria Geve S.A.S. y otros; sentencia n.º 2019-01-308880 del 16 de agosto de 2019, proferida en el caso de Jeffrey William Merriman contra Perú Mix S.A.S. y otros; sentencia n.º 2020-01-543527 del 14 de octubre de 2020, proferida en el caso de Polylon S.A. contra Loplast S.A.S. y otros; sentencia n.º 2019-01-372391 del 15 de octubre de 2019, proferida en el proceso de Harold Alberto Botero Hoyos y otros contra Juan Carlos Alonso de Celada Correa y otros.
 - 3 J Dobson, *El abuso de la Personalidad Jurídica* (1985, Buenos Aires, Ediciones De Palma).
 - 4 FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea* (2013, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 214 a 219.

Por ser relevante para el caso bajo estudio, resulta necesario hacer referencia a la celebración de operaciones con el asociado controlante como indicio de fraude societario,⁵ así como a la confusión de patrimonios. Podría pensarse que, en sociedades con tendencia a la concentración de capital, el mayoritario podría no solo comportarse de manera desleal con el minoritario, sino que también podría promover situaciones de oportunismo en el contexto de las relaciones de la sociedad con los terceros —conocido como el tercer problema de agencia en el derecho societario—. Así, pues, al no existir una verdadera separación entre la titularidad del capital y el control al interior de la compañía,⁶ el asociado controlante podría influir en el administrador —cuando no se trata del mismo sujeto— para distraer los bienes que le sirven de respaldo a las obligaciones sociales.

Tal distracción ilegítima podría ser tan evidente como una simple transferencia de activos y recursos sociales al patrimonio del mismo controlante (*asset-stripping o siphoning funds*) —o de algún vinculado—, sin contrapartida contable ni contraprestación real alguna, en un momento cercano a la exigibilidad de la obligación o ante la gestión de cobro promovida por el acreedor respecto de un pasivo ya exigible.⁷ Si a lo anterior se agregan otra serie de situaciones que bosquejen un irrespeto cotidiano por la forma jurídica —como la constante y común confusión entre el patrimonio de la sociedad y el del controlante, la inexistencia de contabilidad o el desorden en los libros contables y societarios, o la inoperancia de los órganos sociales—, podría desentrañarse con mayor facilidad la intención lesiva tras la transferencia en cuestión. Pero las maniobras fraudulentas podrían ser también menos evidentes, como cuando la apariencia documental apunta a que el negocio mencionado tiene una trazabilidad contable, de tal manera que, a primera vista, podría pensarse que la operación está justificada como una dación en pago a favor del receptor del activo social, sumado a que la cuenta por pagar aparece, en efecto, registrada en la contabilidad social. Sin embargo, como consecuencia de un estudio riguroso de las pruebas, logra desentrañarse la realidad de los hechos, entre otras cosas, la inexistencia de una obligación de la compañía a favor del aludido sujeto que recibió el activo, la posible alteración de la documentación contable y, finalmente, la ausencia de una justificación real para realizar la transferencia en cuestión, más allá de la efectiva distracción de activos sociales para defraudar los intereses de los verdaderos acreedores de la compañía. En situaciones como estas, entonces, parece claro que debería soslayarse de manera excepcional el beneficio de limitación de responsabilidad, dado el abuso manifiesto de esta prerrogativa.

En sociedades unipersonales pueden llegar a ser frecuentes las operaciones entre la compañía y su único accionista. A través de este tipo de compañías, el empresario individual,

5 Sobre este punto, es necesario precisar que, bajo el régimen societario colombiano, las operaciones con el controlante pueden ser censuradas a la luz de las normas sobre conflictos de interés de los administradores sociales. En verdad, cuando el administrador representa a la compañía en la celebración de una operación con el asociado controlante —que puede ser el mismo sujeto u otro distinto de quien podría depender el cargo de aquel—, su discernimiento objetivo podría verse comprometido, por lo que debería contar con la autorización del máximo órgano social, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Con todo, si la sociedad cuenta con un único accionista, que además funge como representante legal, es ilusorio pensar que esta persona vaya a negarse a autorizar una operación a su favor. No debe perderse de vista que, según el parágrafo del artículo 22 de la Ley 1258 de 2008, “[e]n las sociedades con accionista único las determinaciones que le correspondan a la asamblea serán adoptadas por aquel”. A ello debe necesariamente agregarse que, por las circunstancias descritas, la eventual autorización u operación en conflicto de interés no encontrarán oposición alguna, al menos al interior de la compañía. De ahí que, en excepcionales hipótesis de fraude societario, la acción de desestimación de la personalidad jurídica pueda ser la herramienta adecuada para que los terceros afectados controviertan este tipo de conductas.

6 AA Berle & GC Means, *The Modern Corporation and Private Property* (1932).

7 PL Davies y S Worthington, *Principles of Modern Company Law*, 10ª Ed. (2016, Londres, Thompson Reuters) 196.

sin necesidad de inmiscuir a otros sujetos en el negocio, puede explotar una actividad económica por conducto de una persona jurídica independiente, de tal manera que su patrimonio personal no se ve comprometido. La limitación de responsabilidad por medio de estos vehículos es, entonces, un propósito legítimo en sí mismo.⁸ Con todo, si el empresario opta por administrar de esta manera sus negocios, debe entonces ser también absolutamente respetuoso por la forma jurídica que escogió. En esa medida, por ejemplo, si la sociedad en comento explota su actividad, los ingresos y gastos operacionales deben necesariamente componer el patrimonio social, con independencia de la órbita del empresario individual. De ahí que resulten reprochables conductas que tiendan a desconocer esta separación mediante la intercomunicación patrimonios, como cuando el aludido sujeto, antes que esperarse a recibir el retorno de su inversión mediante las reglas formales para el reparto de dividendos, se apropia directamente de los recursos sociales y los destina a sus fines y propósitos personales. O como cuando el empresario utiliza la compañía para celebrar negocios con terceros y les presenta una realidad patrimonial que les genera confianza, pero ante el fracaso de los negocios sociales y el riesgo de perder los activos dispuestos para la sociedad por el mismo accionista, se los transfiere sin contraprestación alguna, como si siempre los hubiera entendido suyos. De advertirse fraude en estas operaciones con el controlante, es claro que deben ser objeto de censura.

En la doctrina especializada se ha dicho, sobre este particular, que “mientras menor sea el número de accionistas, mayores son las posibilidades de que se decida judicialmente una extensión de responsabilidad”.⁹ En la misma línea, se ha indicado que los jueces norteamericanos han aplicado dicha sanción en sociedades cerradas y con mayor frecuencia en contra de accionistas individuales, que respecto de grupos de ellos. De ahí que el criterio relativo al control sea relevante en este tipo de análisis (principle of control, exclusive control).¹⁰ Esto se debe a que, como ya se dijo, entre más se concentra el capital en pocos o un solo accionista, más acceso tienen tales personas a la gestión de los negocios y activos sociales, en posible desmedro de los intereses de terceros. Por lo demás, la jurisprudencia estadounidense también ha hecho alusión a la expresión *alter ego* para referirse al aprovechamiento indebido de la figura societaria por el asociado controlante. En este sentido, se ha dicho que cuando la sociedad está controlada a tal punto que se ve como el *alter ego* o un simple instrumento de su accionista, la forma asociativa debe desconocerse en interés de la justicia.¹¹ Para tales efectos, se ha hecho mención a la influencia del controlante en los asuntos societarios, a la utilización de los activos sociales como propios y a la unidad de intereses y propiedad (*unity of interests and ownership*).¹²

8 Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley 1258 de 2008, “[l]a sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley [-relativo a la desestimación de la personalidad jurídica-], el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad”.

9 FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea* (2013, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 211.

10 RB Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, (1991, 76 Cornell Law Review) 1046 y SF Halabi, *Veil-Piercing's Procedure* (2015, 67 Rutgers Law Review) 7, 10. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2490647>. Cfr., también, *Winner Acceptance Corp. v. Return on Capital Corp.*, 2008 WL 5352063 (Del. Ch. 2008).

11 *In re Silicone Gel Breast Implants Products Liability Litigation*, 887 F.Supp.1447 (N.D. Ala. 1995).

12 Cfr. *Roman Catholic Archbishop of San Francisco v. Sheffield*, 15 Cal.App.3d 405, 93 Cal.Rptr. 338 (1971). Cfr. también, *Sea-Land Services, Inc. v. Pepper Source*, 941 F.2d 519 (7th Cir. Ill. 1991).

En síntesis, pues, existen indicios que, analizados en su conjunto, pueden apuntar a un abuso de la forma asociativa. Ante sospechas de fraude societario, las operaciones con el controlante merecen especial atención, particularmente si se verifica la ausencia de una justificación discernible para realizarlas, la inexistencia de una contraprestación real, una posible intercomunicación de patrimonios o confusión de negocios y el cobro inminente de la obligación social por parte del tercero afectado.

Una vez formuladas las anteriores precisiones, debe ahora abordarse el estudio de los hechos sometidos a consideración del Despacho.

2. El caso sometido a consideración del Despacho

Según las pruebas aportadas al expediente, José Helí Ovalles Sogamoso inició ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta un proceso ejecutivo en contra de Comercializadora AAA Productos S.A.S. al cual le correspondió el número 54-001-31-53-007-2018-00212 00. El 10 de julio de 2018 se libró mandamiento de pago y se decretaron unas medidas cautelares, entre ellas, el embargo y posterior secuestro del bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria n.º 260-45960 de propiedad de Comercializadora AAA Productos S.A.S., correspondiente a la oficina 404 del Edificio Ovni ubicado en la calle 10 AV. 2 esquina de Cúcuta. Con el fin de hacer efectivas las medidas cautelares, el Juzgado expidió el oficio n.º J7CVLCTOCUC//2018-4203 del 1 de agosto de 2018, en el que le comunicó sobre el particular a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cúcuta. De igual manera, emitió los oficios tendientes a comunicar las medidas cautelares decretadas sobre las cuentas bancarias que tenía Comercializadora AAA Productos S.A.S. en Bancolombia S.A. y en el banco BBVA S.A., así como sobre el establecimiento de comercio denominado Comercializadora AAA, con matrícula mercantil n.º 96828.¹³

No obstante, mediante nota devolutiva del 6 de agosto de 2018, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cúcuta señaló que no era posible proceder con la práctica de las medidas cautelares comunicadas, en tanto la sociedad demandada no era propietaria del bien inmueble en mención. Fue así como el señor Ovalles Sogamoso se percató acerca de la venta del aludido activo por parte de Comercializadora AAA Productos S.A.S. a James Alexander Álvarez Andrade, su representante legal y único accionista. Dicho negocio jurídico se protocolizó mediante escritura pública n.º 1532 del 1 de agosto de 2018 y fue registrado ante la autoridad competente el 2 de agosto del mismo año. Respecto de las demás medidas cautelares, la Cámara de Comercio de Cúcuta solicitó corregir los datos del establecimiento de comercio y los bancos procedieron con el embargo de sumas de dinero.

13 El demandante aportó a este proceso, así como al ejecutivo n.º 2018-00212, los pagarés n.º 08 del 18 de agosto de 2016, 09 del 25 de agosto de 2016 y 10 del 2 de septiembre de 2016, con fundamento en los cuales el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta libró mandamiento de pago en contra de Comercializadora AAA Productos S.A.S. el 10 de julio de 2018. En dichos títulos valores consta una obligación a cargo de la aludida compañía y a favor de José Helí Ovalles Sogamoso por la suma de \$455.000.000, la cual debía ser cancelada dentro del año siguiente junto con los intereses de plazo pactados al 2,7% mes vencido, so pena de generarse los correspondientes intereses de mora. Sin embargo, debido al incumplimiento en el pago por parte de la sociedad, se inició el proceso ejecutivo mencionado, en el que, el 13 de noviembre de 2020, se profirió sentencia de primera instancia con la orden seguir adelante con la ejecución y se declararon no probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada. La anterior providencia fue confirmada, en segunda instancia, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante fallo del 3 de mayo de 2021.

Debido a las circunstancias anteriormente descritas, y a efectos de salvaguardar el objeto del litigio, el demandante solicitó el decreto de nuevas medidas cautelares. En este sentido, mediante auto del 28 de agosto de 2018, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta decretó el embargo y secuestro de los bienes muebles —semovientes, bovinos y equinos— que presuntamente eran de propiedad de Comercializadora AAA Productos S.A.S. y que se encontraban ubicados en las fincas “La Pedregosa y el Cacao” de la vereda Abejales en el municipio de Sardinata, Norte de Santander, y “La Caroní” de la vereda La Sabana en Cúcuta. Sin embargo, el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), mediante comunicación n.º 33182100929 del 6 de septiembre de 2018, indicó que Comercializadora AAA Productos S.A.S. no aparecía en el “Sistema de Información de Guías de Movilización Animal” (SIGMA) como propietaria de los semovientes en cuestión, sino James Alexander Álvarez Andrade. Debido a ello, tampoco se pudo practicar esta medida cautelar.

Pues bien, durante la audiencia celebrada el 27 de abril de 2021, José Helí Ovalles Sogamoso y James Alexander Álvarez Andrade dieron sus versiones sobre el origen de la relación comercial que dio lugar a la entrega de recursos por parte del primero. Por una parte, el demandante explicó que tanto él como el señor Álvarez Andrade son ganaderos y, en atención a dicha ocupación, han realizado negocios de compra y venta de ganado. Así mismo, precisó que el demandado lo contactó para que emprendieran negocios en Venezuela, pero que no aceptó dicha propuesta al no tener suficiente relación con la actividad a la que cotidianamente se dedicaba. Debido a lo anterior, explicó que, entonces, James Alexander Álvarez Andrade le pidió que le entregara una suma dineraria “alquilada a intereses” y que se la consignara a una cuenta que el demandado le indicara. Para estos efectos, aseguró que el señor Álvarez Andrade le “firmó unos pagarés pagando un interés”. De igual forma, el señor Ovalles Sogamoso indicó que, al pasar un término aproximado de cinco meses, requirió al señor Álvarez Andrade con el objetivo de cobrarle y la respuesta siempre era: “no se preocupe, no se preocupe, yo tengo una garantía por pagarle”. Sin embargo, finalmente le confirmó que no tenía dinero efectivo para satisfacer la obligación insoluta, por lo cual le ofreció la finca denominada “Caroní”. No obstante, señaló que no se logró ningún acuerdo al respecto, por cuanto dicho bien inmueble se encontraba hipotecado para cumplir con otra obligación a cargo del señor Álvarez Andrade. En este entendido, el demandante manifestó que le pidió a su abogada que iniciara las acciones judiciales pertinentes a fin de procurar el pago de la obligación contenida en los pagarés n.º 08 del 18 de agosto, 09 del 25 de agosto y 10 del 2 de septiembre de 2016 y se reunió en múltiples ocasiones con el demandado a fin de lograr un acuerdo que pusiera fin al conflicto suscitado, sin obtener un resultado satisfactorio. Finalmente, confirmó que siempre ha requerido al demandado para que cumpla con su obligación.

Por otra parte, el demandado señaló que su relación con el demandante tuvo lugar con ocasión de un negocio de exportación de manteca hacia Venezuela propuesto por el señor Álvarez Andrade. Al respecto, afirmó lo siguiente: “yo le dije que hiciéramos una sociedad, él colocaba la plata [...]. Los documentos, los permisos estaban a nombre de la Comercializadora que era la empresa exportadora de Colombia. Él accedió, los pagarés se le elaboraron ese día, se le entregaron, la secretaria se los entregó y posteriormente él empezó a depositar la plata [...]”. De igual manera, el señor Álvarez Andrade aseguró que la devolución del dinero entregado por José Helí Ovalles Sogamoso dependía directamente de que se realizara el pago de la mercancía exportada, así que, “como nunca han pagado esa exportación, por

eso el señor Ovalles no ha recibido los recursos”. Por lo demás, el demandado señaló que las actividades económicas desarrolladas por él como persona natural y por Comercializadora AAA Productos S.A.S. son distintas, pues la sociedad fue constituida únicamente para realizar actos de exportación. Finalmente, explicó que se encuentra actualmente sometido a un trámite de insolvencia de persona natural debido a que tuvo que asumir deudas de Comercializadora AAA Productos S.A.S. y “prestarle a la compañía plata”.

Ahora bien, en lo relacionado con la transferencia controvertida, el Despacho pudo constatar que, en efecto, en la escritura pública n.º 1532 del 1 de agosto de 2018 se protocolizó un contrato de compraventa por cuya virtud Comercializadora AAA Productos S.A.S., por conducto del mismo señor Álvarez Andrade, le transfirió a este último el bien inmueble a que se ha hecho referencia. Con fundamento en el material probatorio que fue posteriormente aportado al proceso, también fue posible comprobar que el 19 de octubre de 2018 el activo le fue transferido a Diana Fabiola Botia Villamizar a título de compraventa, quien, a su vez, el 26 de diciembre de 2019 escrituró en venta el mismo bien a Sociedad Hijos Álvarez y Calderón Ltda., en la que James Alexander Álvarez Andrade es titular del 99% del capital social. Esta información reposa en el certificado de libertad y tradición del inmueble, así como en el certificado de existencia y representación legal de esta última compañía.

Frente a la primera transferencia, controvertida en este proceso, el Despacho encontró que en la escritura pública n.º 1532 del 1 de agosto de 2018 consta que se acordó el precio de \$79.300.000 y que el dinero “fue cancelado en efectivo a la firma del [...] contrato”. La operación, entonces, tuvo lugar unos días después de que se librara mandamiento de pago en contra de la aludida compañía y, exactamente, el mismo día en que el juzgado emitió el oficio para comunicar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos sobre la medida cautelar de embargo. Sobre el particular, el demandante señaló que el señor Álvarez Andrade se transfirió el referido inmueble con el fin de evadir el cumplimiento de la obligación que la compañía tenía con aquel, y que estaba enterado de que se habían decretado medidas cautelares en el proceso. Por su parte, el demandado explicó, inicialmente por escrito a través de los documentos aportados, que el bien inmueble había sido transferido como abono a una deuda que Comercializadora AAA Productos S.A.S. tenía con él. Posteriormente, durante su interrogatorio de parte, indicó que el negocio jurídico celebrado sobre el bien inmueble en cuestión se realizó porque la sociedad demandada no tenía flujo de efectivo y necesitaba cubrir las obligaciones laborales, pagar “los recibos” y la administración. Al respecto, explicó que “se le debía a Transportes Cóndor que tenía el parqueadero embargado, los fletes de la manteca que se había exportado para Venezuela con el negocio del señor Ovalles. [...] Yo le pregunté en ese entonces al contador y él me dijo, pues usted la única forma de tener recursos para pagar es cómprele el bien a la Comercializadora usted, usted tiene con qué comprarlo, pues cómprelo usted y paga las deudas. Entonces fue lo que yo hice, compré el bien inmueble de la Comercializadora para yo tener liquidez para pagar”. Así mismo, manifestó que, contrario a lo señalado por la apoderada del demandante, él no se había enterado del proceso ejecutivo que cursaba en contra de Comercializadora AAA Productos S.A.S. y que se realizó la venta del bien inmueble sin conocer esta situación.

Pues bien, a efectos de establecer si James Alexander Álvarez Andrade realizó maniobras tendientes a perpetrar un fraude de naturaleza societaria al haber transferido a su propio patrimonio, a título de compraventa, el bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria

n.º 260-45960 que era de propiedad de Comercializadora AAA Productos S.A.S., se requirió a los demandados para que remitieran la documentación financiera, contable y societaria de la compañía. Esta información les fue solicitada en dos ocasiones, esto es, mediante autos n.º 2021-01-087374 del 19 de marzo y 2021-01-120313 del 12 de abril de 2021, pese a lo cual no fue remitida oportunamente. Posteriormente, el 16 de abril de 2021, el apoderado de los demandados indicó que no se había percatado de los requerimientos y solicitó un plazo adicional. Fue así como, aunque los autos en mención habían sido notificados en debida forma, el Despacho resolvió, mediante auto n.º 2021-01-159007 de ese mismo día, acceder a dicha solicitud.

Con todo, tras la revisión de la documentación finalmente aportada, el Despacho se percató, por un lado, de que se encontraba incompleta, pues no se aportaron los extractos bancarios de la compañía ni los soportes que dieran cuenta del pago del precio que se pactó por la venta del inmueble en cuestión. La razón parece haber sido, según se indicó con anterioridad, que la transferencia únicamente habría dado lugar a cruces contables debido a otras operaciones entre el demandado y la compañía que, por cierto, tampoco se explicaron de manera clara. Por otro lado, se aportaron estados financieros en formato de Microsoft Excel, sin firmas de representante legal y contador, así como los libros contables en documentos informales y sin soportes. Respecto de esta situación, James Alexander Álvarez Andrade señaló durante su interrogatorio de parte que los documentos presentados no se encontraban firmados por la contadora ni por el representante legal “porque eso no requiere tal vez eso” y, seguidamente, sostuvo que él no estaba al tanto de la contabilidad pues no dominaba esos temas. Aunado a ello, ante la pregunta del Despacho sobre si tales documentos fueron elaborados, justamente, debido al requerimiento efectuado por esta Delegatura, el demandado respondió de manera afirmativa en un momento, pero después pareciera haber indicado que ya estaban elaborados y solo los pidió a la contadora.

De cualquier manera, el Despacho examinó la información aportada con el propósito de identificar, especialmente, registros contables relacionados con operaciones entre la compañía y su accionista —de tal forma que pudiera hallarse alguna explicación a la transferencia controvertida—. Fue así como se encontró que en los balances generales de 2016 y 2017 aparece una cuenta por cobrar a accionistas por un valor de \$25.714.000, de los cuales no se aportó ningún soporte. Esa presunta deuda a cargo del demandado y a favor de la compañía, sin embargo, ya no aparece relacionada en el balance general de 2018, al parecer, debido a que, según se anotó en el libro auxiliar del mismo año, la obligación se concilió el 31 de diciembre. Al respecto, el señor Álvarez Andrade explicó lo siguiente: “me imagino que ese fue el saldo que quedó después de haber hecho el ingreso de la plata de la venta de la oficina”. Sin embargo, no es claro cómo podría tratarse de un saldo que haya quedado a favor de la compañía luego de haberse efectuado el traspaso en cuestión, pues el demandado ya había dicho por escrito que el inmueble le había sido transferido como abono a una deuda que la compañía tenía con él, pasivo que, al parecer, ascendía \$80.000.000. En esa medida, si la compañía le adeudaba esta última suma al demandado y le pagó con la transferencia del inmueble cuyo precio se pactó en \$79.300.000, no es claro cómo pudo quedar un saldo a favor de la sociedad por \$25.714.000. Sobre este primer punto, entonces, la explicación del demandado no fue precisa.

Por otra parte, al revisar el libro diario de 2018 se encontró que, el 2 de febrero de ese año, aparece registrado un préstamo realizado por el único accionista a la sociedad por un valor

de \$80.000.0000. No obstante, la contabilidad no permite identificar el destino dado a tales recursos. Al ser interrogado sobre el particular, el señor Álvarez Andrade adujo que seguramente el aludido monto podía explicarse por las deudas que tenía la compañía con él. Durante su declaración aseguró varias veces que en ocasiones se hacía cargo de obligaciones de la sociedad con su propio patrimonio, por ejemplo, mediante pagos del día a día que realizaba cuando la compañía no tenía el dinero disponible. En sus palabras, “yo siempre le inyectaba, le inyectaba y le inyectaba dinero [a Comercializadora AAA Productos S.A.S.]”. Así mismo, al contestar a la pregunta realizada por el Despacho referente a cómo diferenciaba los bienes de la compañía de los propios, señaló: “si llega el recibo de la luz o llega el recibo del condominio y eso, y la empresa no tiene, pues qué hago yo, hago un pagaré y saco y pago. Qué puedo hacer. Como Alexander Álvarez tengo plata en el bolsillo, saco plata de mi bolsillo, tomen vayan y paguen y yo firmo un recibo [...]. Yo mismo me firmo un recibo, no, pues es de la Comercializadora. A lo último todo eso se suma y se dice, no, la Comercializadora le debe tanto”. En este orden de ideas, de las inexactas explicaciones del demandado, pareciera entenderse que el préstamo que habría dado origen al pasivo social no correspondió a la entrega de los recursos en un solo contado, sino a la sumatoria de todos esos pagos asumidos por aquel y, según manifestó, con la venta del inmueble se hizo un cruce contable para entender saldada esta deuda. Sin embargo, lo cierto es que el señor Álvarez Andrade también manifestó que con el dinero que presuntamente habría recibido la sociedad por concepto de la venta del activo se pagaron obligaciones tributarias, laborales y, en general, aquellas que surgían por concepto de administración y servicios.

Aunado a lo anterior, el Despacho también se percató de que, en el mismo libro diario de 2018, se anotó que el 1 de agosto de 2018 se realizó un movimiento contable de “socios” por un valor de \$79.300.000, el cual, según el único comprobante de contabilidad inicialmente aportado, corresponde a la venta y traslado del inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria n.º 260-45960 como “abono a deuda”. Sin embargo, pese a que el comprobante contiene tres firmas distintas de quien elabora, revisa y finalmente firma, no fue posible establecer a quién corresponden aquellas, en principio. Durante su interrogatorio de parte, el señor Álvarez Andrade tampoco supo explicar con precisión de quién eran esas firmas. En verdad, sus indicaciones sobre el particular fueron absolutamente vagas y se notó inseguro al señalar el nombre de las personas encargadas de realizar la contabilidad en Comercializadora AAA Productos S.A.S. Incluso, llegó a señalar, sin que tampoco pareciera muy claro, que una de las firmas era la suya. En ese punto de la audiencia, por cierto, el Despacho advirtió una irregularidad evidente que de inmediato hizo saber al demandado, pues una de las personas que se encontraba en el recinto en el que este último rendía su declaración virtual, le estaba suministrando las respuestas. Luego de sucedido el reprochable impase, el señor Álvarez Andrade finalmente concluyó que quienes elaboraban la contabilidad eran Kelly Viviana Pérez (secretaria), Lyda Zoraida López (contadora) y Sonia Tamayo (auxiliar de contaduría).

Debido a las imprecisiones en la declaración del demandado sobre este particular, y con el fin de esclarecer lo relacionado con la supresión de la cuenta por pagar por \$25.714.000, el registro de un pasivo social por \$80.000.0000 y el movimiento contable por \$79.300.000 por venta de activos anotado como “abono a deuda”, el Despacho decretó unas pruebas de oficio durante la audiencia celebrada el 27 de abril de 2021. En este sentido, se requirió a los demandados para que aportaran todos los soportes que dieran cuenta de la entrega de los \$80.000.000 a la compañía, del destino que se le dio

a estos recursos y las declaraciones y pago de impuestos de renta e ICA de la sociedad y el señor Álvarez Andrade. Además, entre otras pruebas, se decretaron los testimonios de Lyda Zoraida López y Sonia Tamayo.

Entre los documentos aportados con ocasión de este requerimiento, el Despacho encontró el recibo de caja n.º 18-0005 del 2 de febrero de 2018, según el cual el señor Álvarez Andrade le entregó a Kelly Viviana Pérez B., en efectivo, la suma de \$80.000.000 por concepto de “préstamo pago proveedores”. Pareciera entonces que este documento se aportó a fin de acreditar el presunto préstamo a la compañía por ese monto y en la fecha indicada. Sin embargo, cuando el demandado declaró, olvidó por completo esta significativa entrega de recursos, pues ninguna mención hizo al respecto. Por el contrario, y como se anotó líneas arriba, una de las imprecisas versiones que sostuvo fue que la obligación podría tener sustento en pagos que debía hacer la compañía pero que él asumía con recursos propios en distintos momentos, lo cual habría generado el pasivo a su favor por los \$80.000.000. Según lo que señaló el demandado en audiencia, entonces, nunca se entregó la totalidad de dicho monto, y mucho menos en efectivo, a una persona concreta, lo cual parece ser abiertamente contradictorio con la información consignada en el recibo de caja recientemente aportado.

A lo anterior debe agregarse una llamativa inconsistencia más, relacionada con otra de las versiones que sostuvo el demandado en audiencia, en contraste con otro de los documentos aportados ante el último requerimiento. Como ya se indicó, el señor Álvarez Andrade había señalado que con la venta de la oficina también se buscaba atender a obligaciones que tenía la sociedad con terceros, especialmente por una deuda con “Transportes Cóndor”. Debido a esta versión, por cierto contradictoria con aquella relativa al “abono a deuda” antes señalada, el Despacho requirió al demandado para que acreditara el destino dado a los \$80.000.000 que dieron lugar al aludido pasivo social a su favor. Fue así como se aportó una factura de venta expedida por Arrocería Agua Clara S.A.S. el 21 de febrero de 2018, en la que aparece una obligación adquirida por Comercializadora AAA Productos S.A.S. por la suma de \$87.665.000. Con todo, si los recursos se destinaron al pago de esta obligación —lo cual tampoco puede concluirse únicamente a partir de dicha factura—, parece que el demandado también olvidó manifestarlo cuando declaró, pues, como ya se indicó, se refería insistentemente a “Transportes Cóndor”. De cualquier manera, no sobra poner de presente que esta última obligación, por el monto indicado, no aparece registrada en los libros aportados.

Por lo demás, frente a los testimonios decretados, el 4 de mayo de 2021 el apoderado de los demandados manifestó “bajo la gravedad de juramento” lo siguiente: “de acuerdo a información suministrada por mi representado el señor James Alexander Álvarez Andrade, no fue posible establecer contacto con las señoras Lyda Zoraida López y Sonia Tamayo, con ocasión a que no atendieron sus llamados, ni mensajes”. Extrañamente, el 7 de mayo de 2021 la apoderada del demandante señaló que Lyda Zoraida López es actualmente la cónyuge o la compañera permanente del padre del abogado Sergio David Matamoros Rueda, el mismo apoderado que había hecho la afirmación anterior. Lo cierto es, en todo caso, que durante la audiencia celebrada el 13 de mayo de 2021 finalmente fue posible practicar el testimonio de la señora López, pero no el de la señora Tamayo.

De acuerdo con lo indicado por la aludida testigo, su conocimiento sobre los hechos relativos a este proceso se circunscribe, únicamente, a lo que evidenciaba en los documentos

que hacían parte de la contabilidad social, ya que señaló que fungió como contadora tanto de la sociedad como del señor Álvarez Andrade desde el 2017 hasta el 2020. En este sentido, manifestó que le fue puesta de presente la escritura pública n.º 1532 del 1 de agosto de 2018, mediante la cual se protocolizó el contrato de compraventa de la oficina a que se ha hecho referencia, y que el registro contable se realizó, en efecto, como abono a la deuda que la compañía tenía con el demandado. Respecto de ese pasivo, confirmó que, efectivamente, se trataba de la obligación registrada en la contabilidad social por \$80.000.000 a favor del señor Álvarez Andrade. Sobre este punto, la contadora manifestó que en la compañía sí son frecuentes las operaciones con su único accionista, especialmente aquellas “en efectivo”, pues adujo que cuando los recursos sociales no eran suficientes, el señor Álvarez Andrade pagaba a terceros con su propio patrimonio, al sentirse comprometido con ello. Según su declaración, esto solía ocurrir en relación con el pago de mercancías con ocasión del negocio de exportación a cargo de la compañía. De ahí que, en su opinión, la deuda de la sociedad por los \$80.000.000 a favor del demandado podría obedecer a todos estos desembolsos que hacía este último. Por lo demás, señaló que alrededor del 90% del activo de la compañía se componía de cuentas por cobrar o “clientes” y que, como activo fijo, la sociedad tenía el inmueble cuya transferencia se ha controvertido.

3. Conclusiones

Las consideraciones antes expuestas le permiten al Despacho concluir que la transferencia, a título de compraventa, del bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria n.º 260-45960, correspondiente a la oficina 404 del Edificio Ovni de Cúcuta, por parte de Comercializadora AAA Productos S.A.S. a favor de James Alexander Álvarez Andrade, su único accionista y representante legal, corresponde a un acto defraudatorio en perjuicio de los intereses de José Helí Ovalles Sogamoso, a la luz de lo establecido en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008.

Ciertamente, la operación versó sobre el único activo social representativo que podría servirle de respaldo, al menos parcialmente, a la obligación invocada por el señor Ovalles Sogamoso. Aunque es claro que una compañía endeudada puede disponer de su patrimonio, el inmueble en mención habría sido transferido al señor Álvarez Andrade, titular del 100% del capital suscrito, sin que se hubiera probado el reconocimiento de una contraprestación real y, además, de manera simultánea al trámite que buscaba proteger el bien mediante una medida cautelar decretada.

Por una parte, en el texto de la escritura pública n.º 1532 del 1 de agosto de 2018 se indicó expresamente que el precio, pactado en \$79.300.000, se había pagado en efectivo para esa fecha. Por otra parte, sin embargo, el demandado señaló que la transferencia se había efectuado como “abono” a una deuda a cargo de la compañía y a su favor, de lo que se entiende que no se pagó el aludido precio en efectivo como se había indicado en la escritura. En sustento de ello, y luego de que el Despacho insistiera en el requerimiento de información inicialmente realizado, el demandado aportó la información contable y financiera de la compañía en documentos informales, sin firmas ni soportes. Con todo, a partir de esta documentación tampoco fue posible encontrarle alguna explicación discernible a la transferencia del referido activo, pues si bien se había inscrito en los libros sociales un pasivo por \$80.000.000 a favor del señor Álvarez Andrade con una fecha anterior a la celebración de la venta controvertida, no se anexaron los soportes contables que dieran cuenta de ello. Ade-

más, las explicaciones que el demandado ofreció sobre este asunto fueron inverosímiles, confusas e inconsistentes. Por un lado, adujo que la deuda obedecía a distintos pagos que cotidianamente asumía por obligaciones de la sociedad. Por otro lado, no obstante, remitió un recibo de caja según el cual habría entregado, en efectivo, el total de los \$80.000.000 a Kelly Viviana Pérez. El aludido documento, extrañamente, tan solo fue aportado hasta el 4 de mayo de 2021, con ocasión de una nueva orden del Despacho, pese a que era parte de la contabilidad requerida en un principio. A esto debe agregarse que el demandado nunca mencionó esta supuesta entrega del total de los \$80.000.000 en efectivo, sino que, como ya se dijo, justificó la deuda en distintos pagos que asumía por obligaciones sociales. Como si lo anterior fuera poco, pese a que el señor Álvarez Andrade ya había asegurado que la venta tuvo lugar como “abono” a la deuda que la compañía tenía con él —como si tratara realmente una dación en pago—, durante su interrogatorio de parte señaló que el negocio buscó la obtención de liquidez para que la sociedad pudiera cumplir con sus obligaciones.

En este orden de ideas, las pruebas practicadas en el curso del proceso apuntan a que el negocio jurídico en cuestión se celebró entre Comercializadora AAA Productos S.A.S. —representada por James Alexander Álvarez Andrade—, en su condición de vendedora de un inmueble, y su único accionista —el mismo señor Álvarez Andrade—, en su calidad de comprador del activo, sin que se verificara el pago en efectivo del precio por parte de este último, pese a lo anotado en la correspondiente escritura pública. Tampoco se verificó el reconocimiento de alguna contraprestación en favor de la compañía por este concepto, y mucho menos se probó que la operación tuviera como propósito pagar un pasivo social a favor del demandado. Por el contrario, el Despacho pudo constatar que el activo le fue transferido al señor Álvarez Andrade poco tiempo después de que el demandante iniciara el proceso ejecutivo orientado a obtener el pago del monto que le adeudaba la compañía y, exactamente, el mismo día en que se emitieron los oficios para efectos de practicar la medida cautelar de embargo sobre ese inmueble.

En este sentido, el Despacho no le encontró ninguna otra explicación al negocio jurídico cuestionado, más que el de eludir el cumplimiento de la obligación invocada por el demandante en este proceso. La maniobra consistió, entonces, en la transferencia de un activo representativo de propiedad de la compañía a favor de su único accionista, sin contraprestación alguna, poco antes de que se lograra practicar la medida cautelar de embargo sobre aquel, con ocasión del cobro forzoso de una obligación por parte de un acreedor social. Así, pues, debido a que el señor Álvarez Andrade logró extraer del patrimonio de la sociedad el aludido activo en circunstancias reprochables como la descrita, y comoquiera que el beneficio de limitación de responsabilidad le impide al señor Ovalles Sogamoso perseguir un activo que inmediatamente pasó a componer el patrimonio del único accionista de la compañía, se produjo un resultado injusto. En otras palabras, la separación de patrimonios y el beneficio de limitación de responsabilidad propio de las sociedades de capital, permitieron al demandado, en este caso concreto, evadir la práctica de un embargo ya decretado respecto de un activo que era de propiedad de Comercializadora AAA Productos S.A.S., medida cautelar que, de haberse practicado, habría facilitado el pago de la obligación invocada por el demandante. La conclusión enunciada se refuerza aún más, si se tiene en cuenta que, según el certificado de libertad y tradición vigente del inmueble referido, su propietaria actual es Sociedad Hijos Álvarez y Calderón Ltda., en la que James Alexander Álvarez Andrade es propietario del 99% del capital social, según consta en el certificado de existencia y representación legal de la mencionada sociedad.

A lo anterior deben necesariamente agregarse otras circunstancias que parecen apuntar al desconocimiento de la forma jurídica de Comercializadora AAA Productos S.A.S. en la práctica. Ciertamente, a partir de lo señalado por el señor Álvarez Andrade y la testigo Lyda Zoraida López, pareciera que varias operaciones de la compañía, concretamente los pagos que debe hacer por obligaciones con terceros, en ocasiones se financian con los recursos de su único accionista. El demandado, además, parece asumir esta circunstancia como si fuera parte de la normalidad. Aunado a ello, en el presente proceso quedó demostrado que la compañía le transfirió al señor Álvarez Andrade, por conducto de él mismo, un inmueble social sin que se pagara el precio pactado en la forma indicada en la respectiva escritura pública. El paradero de este inmueble, a su vez, terminó siendo el patrimonio de otra sociedad completamente controlada por el mismo demandado. También es relevante recordar que el demandante aseguró, muy naturalmente, lo siguiente: “es uno mismo, siempre he negociado con él, con él siempre he negociado, con él 100%, la gente siempre negocia es con él, no con Basán ni con [Comercializadora AAA Productos S.A.S.], es con él, es lo mismo, todo es lo mismo, todo, la plata se les paga a las mismas personas, todo es lo mismo, 100% lo mismo, él no ha cambiado nada, simplemente eliminé la AAA para no pagarme, eso es todo, eso es todo, es lo mismo, los mismos carros, los mismos empleados, la misma finca, el mismo ganado, todo es igual, todo es igual”. Tales circunstancias, entonces, apuntan a que el patrimonio y los negocios de la sociedad y su único accionista se confunden.

Adicionalmente, la contabilidad social no se lleva de manera organizada ni se ajusta a la ley, a lo que se suma que el señor Álvarez Andrade, quien también funge como representante legal de la compañía, ni siquiera la conoce suficientemente. No debe perderse de vista que, aunque Comercializadora AAA Productos S.A.S. sea una sociedad unipersonal, esto no significa, bajo ninguna circunstancia, que puedan pretermitirse formalidades legales. Menos aún si esta última celebra operaciones con su único accionista, caso en el cual este sujeto debería asumir un mayor compromiso por mantener los libros ordenados y ajustados a la ley, con todos los soportes respectivos, de tal manera que pueda comprobar la transparencia de tales operaciones.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho considera que cuenta con los elementos de juicio suficientes para desestimar la personalidad jurídica de Comercializadora AAA Productos S.A.S.

4. Consecuencias de la desestimación

El demandante ha solicitado que se condene a James Alexander Álvarez Andrade por la suma de \$601.896.461, a título de indemnización de perjuicios. De igual manera, ha solicitado la declaración de nulidad del contrato de compraventa contenido en la escritura pública n.º 1532 del 1 de agosto de 2018.

Con todo, el Despacho no puede acceder a condenar al señor Álvarez Andrade por la totalidad de la indemnización de perjuicios solicitada. Esto se debe a que el único acto defraudatorio probado y cuya validez se ha controvertido en este proceso es el referido contrato de compraventa. En la medida en que dicho negocio jurídico versó sobre un inmueble cuyo precio se pactó en \$79.300.000, y comoquiera que en este proceso no se probó que ese monto fuera distinto al valor real del activo transferido, el Despacho

únicamente condenará al demandado a pagarle al demandante, como indemnización de perjuicios, la mencionada suma indexada a valor presente. En consecuencia, el monto de la condena será de \$86.056.072, que corresponden a los \$79.300.000 indexados desde agosto de 2018 —cuando se celebró el contrato en cuestión y debió pagarse el precio pactado según aparece en la respectiva escritura pública—, hasta la fecha en que se profiere esta sentencia.¹⁴

Sobre este punto, no sobra poner de presente que la labor probatoria del demandante para acreditar otros actos defraudatorios, con certeza y bajo la carga que le exige la acción judicial iniciada, fue exigua. Respecto de los semovientes, por ejemplo, nunca se acreditó que hubieran sido alguna vez de propiedad de Comercializadora AAA Productos S.A.S., por lo que no le servían de respaldo a la obligación social invocada. De ahí que el Despacho no pueda extender responsabilidad al demandado más allá del acto defraudatorio probado.

Por otra parte, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 y el literal d) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, se declarará la nulidad absoluta del contrato de compraventa protocolizado mediante escritura pública n.º 1532 del 1 de agosto de 2018. En esa medida, correspondería ordenar las restituciones mutuas por cuya virtud, en principio, el demandado habría de devolver al patrimonio de la sociedad el bien objeto de la compraventa. Sin embargo, lo cierto es que, según el respectivo certificado de libertad y tradición aportado, dicho activo fue posteriormente transferido a Diana Fabiola Botia Villamizar, quien a su vez lo transfirió a Sociedad Hijos Álvarez y Calderón Ltda. No obstante, se desconoce si tales personas son de mala fe, de tal forma que los efectos restitutivos de la declaración de nulidad pudieran hacerse extensivos. Además, tampoco se encuentran vinculadas al proceso, pues el negocio jurídico controvertido fue celebrado, estrictamente, entre Comercializadora AAA Productos S.A.S. y el señor Álvarez Andrade. Así, aunque podría dudarse de la buena fe de los posteriores adquirentes, en especial al haberse constatado que el mismo James Alexander Álvarez Andrade es titular del 99% del capital de la compañía actualmente propietaria del bien, este Despacho, por las razones antedichas, no puede pronunciarse sobre este asunto ni extenderles a tales sujetos los potenciales efectos restitutivos de la nulidad que será declarada. En consecuencia, el Despacho se circunscribirá a declarar la sanción y le corresponderá al interesado iniciar las acciones legales pertinentes a efectos de perseguir el activo en comento, si es su voluntad.¹⁵

Por lo demás, es necesario señalar que la indemnización de perjuicios que será reconocida en este proceso obedece a que se acreditó que el señor Álvarez Andrade abusó de personalidad jurídica de Comercializadora AAA Productos S.A.S. Es, por tanto, una extensión de responsabilidad al único accionista de la compañía a la luz del precitado artículo 42. Por el contrario, el proceso ejecutivo iniciado en contra de Comercializadora AAA Productos S.A.S. tiene un fundamento distinto, pues deriva del impago de una obligación

14 Para indexar los \$79.300.000 se utilizó el IPC de agosto de 2018 y de abril de 2021. No fue posible utilizar el IPC de mayo de 2021 en atención a que las entidades encargadas de establecerlo no lo han certificado a la fecha de esta providencia. Así, la indexación se obtuvo de la siguiente manera: $Ra = Rh$ índice final (IPC del mes de abril de 2021 = 107,76%) | índice inicial (IPC del mes de agosto de 2018 = 99,30%) | $\$79.300.000 \times (107,76\% / 99,30\%) = \$86.056.072$

15 Esta medida, junto con la indemnización de perjuicios que se ordenará, no es excesiva en el presente caso. Ello se debe a que el monto de la obligación invocada apenas será recuperado de manera parcial por parte del demandante. En este sentido, como se ha dicho, se podrían iniciar las acciones legales pertinentes para perseguir el bien objeto del contrato cuya nulidad será declarada, a efectos de satisfacer expectativas económicas, si fuera el caso.

clara, expresa y exigible en cabeza de la compañía. En este último caso, es entonces esta última la que debe pagar dicha obligación por virtud de un cobro forzoso que dio lugar al mandamiento ejecutivo mencionado, más no como consecuencia de un acto defraudatorio como el acreditado en este proceso. A esto debe agregarse que, en cualquier caso, la indemnización ordenada en este proceso es por un monto significativamente inferior al de la obligación invocada por el demandante. Esta precisión se efectúa en atención a la excepción de mérito formulada por el apoderado de los demandados, para quien el señor Álvarez Andrade busca lucrarse dos veces por la misma causa.

[...]

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

Resuelve

Primero. Desestimar la personalidad jurídica de Comercializadora AAA Productos S.A.S., en los términos del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008.

Segundo. Declarar responsable a James Alexander Álvarez Andrade por los perjuicios ocasionados al demandante, derivados de la realización de actos defraudatorios por conducto de Comercializadora AAA Productos S.A.S., concretamente, la celebración del contrato de compraventa contenido en la escritura pública n.º 1532 del 1 de agosto de 2018.

Tercero. Condenar a James Alexander Álvarez Andrade a pagarle a José Helí Ovalles Sogamoso, dentro de los 20 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de \$86.056.072.

Cuarto. Declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa protocolizado mediante escritura pública n.º 1532 del 1 de agosto de 2018, celebrado entre Comercializadora AAA Productos S.A.S. y James Alexander Álvarez Andrade.

Quinto. Desestimar las excepciones de mérito formuladas por los demandados.

Sexto. Condenar en costas a los demandados y fijar como agencias en derecho a favor del demandante una suma equivalente a \$12.908.411.

Séptimo. Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, a efectos de que se investigue la posible comisión de conductas punibles por parte de James Alexander Álvarez Andrade, particularmente en lo relacionado con la información consignada en los documentos aportados al proceso y según las consideraciones expuestas en esta sentencia.

La anterior providencia se profiere a los trece días del mes de mayo de dos mil veintiuno y se notifica en estrados.

Sentencia n.º 2021-01-377931 del 1 de junio de 2021

Partes	Inversiones Floreana Ltda. y Finanzas & Empresas Consultores S.A.S. contra Productos Minerales Calcáreos (Promical) S.A.
Asunto	Capacidad de las sociedades previstas en el Código de Comercio.

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare la nulidad de algunas de las decisiones adoptadas por la junta directiva de Promical S.A. durante la reunión celebrada el 24 de marzo de 2020. Se pretende, en particular, controvertir la validez de las autorizaciones impartidas al representante legal de la sociedad demandada para el desarrollo de un importante proyecto sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 001-707449, según consta en el punto del siete del acta n.º 84. Para fundamentar sus pretensiones de nulidad, las demandantes han sostenido principalmente que las autorizaciones en cuestión “desconoce[n] el postulado contenido en el artículo 99 del Código de Comercio y constituye[n] una extralimitación al objeto social de PROMICAL”. Según se menciona en la demanda, “la empresa o actividad que prevé el objeto de PROMICAL gira, en su integridad, en torno a la explotación y comercialización de minerales no metálicos”. Sin embargo, las decisiones controvertidas estarían relacionadas con el desarrollo de un proyecto inmobiliario que no guarda relación “ni de lejos, con la empresa o actividad societaria”.

Por su parte, la apoderada de la sociedad demandada ha puesto de presente que “[l]a forma como [las] demandante[s] ha[n] descrito el objeto social de PROMICAL S.A. [...] constituye [...] una cita deliberadamente inexacta”. Ello por cuanto no se habría tenido en cuenta la totalidad de lo previsto en el artículo cuarto de los estatutos sociales. En palabras de la referida apoderada, “es suficiente leer completamente el artículo cuarto de los estatutos sociales para comprender que el objeto social no se limita a la narración parcializada que presentaron los demandantes”. De ahí que, a su juicio, “no se contraviene el artículo 99 del Código de Comercio, pues las demás actividades contempladas dentro del objeto social no exigen estatutariamente la relación con los negocios de minerales no metálicos”.

Adicionalmente, la apoderada de la demandada ha indicado que, en el pasado, la asamblea general de accionistas habría autorizado la participación de la compañía en negocios que no se encontraban “relacionados con minerales no metálicos pero que resultaban aptos para obtener fondos y otros activos necesarios para el desarrollo de la empresa”. En ese sentido, la apoderada de Promical S.A. ha señalado que, en lo que respecta al desarrollo de proyectos inmobiliarios, para el 31 de octubre de 2013, “el balance de la sociedad [...] evidenciaba que existían construcciones de inmuebles en curso por \$3'731.566.592 y construcciones y edificaciones por valor de \$1'227.515.313”. Igualmente, esta apoderada adujo que “en el año 2019 PROMICAL S.A. recibió ingresos por los negocios de minerales no metálicos equivalentes a \$1'071.513.439, mientras que por los negocios inmobiliarios recibió \$5'258.831.697. Los ingresos por negocios inmobiliarios representaron cuatro (4) veces los ingresos por los negocios de minerales no metálicos. Entre tan-

to, para el año 2020, la empresa recibió ingresos por los negocios de minerales no metálicos equivalentes a \$948.661.580, mientras que por los negocios inmobiliarios recibió \$5'359.482.133. En el año de la pandemia, los ingresos por negocios inmobiliarios representaron cinco (5) veces los ingresos por los negocios de minerales no metálicos. Claramente los negocios inmobiliarios soportaron a la empresa durante el atípico año 2020”.

Para resolver la controversia antes descrita, lo primero que debe decirse es que, para los tipos sociales previstos en el Código de Comercio, se ha consagrado la necesidad de establecer, con bastante precisión, las actividades económicas dentro de su objeto social. En ese sentido, el numeral 4 del artículo 110 del Código de Comercio ha sido enfático en señalar que en los estatutos sociales debe efectuarse una “enunciación clara y completa de las actividades principales” que la sociedad pretende desarrollar. Inclusive, el precitado artículo señala que “[s]erá ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél”.¹

La importancia de individualizar las actividades en cuestión obedece, básicamente, al hecho de que la capacidad de una compañía —entendida como la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones— se limita a lo pactado por los asociados en los estatutos sociales. Ciertamente, el artículo 99 del Código de Comercio ha dispuesto que “[l]a capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto”. En esta misma norma también se ha consagrado que en el objeto social “[s]e entenderán incluidos [...] los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”.

A partir de lo establecido en el precitado artículo 99, la doctrina societaria más especializada ha advertido que el objeto social de una compañía se halla conformado por actividades principales y secundarias. Las primeras, a juicio de Martínez Neira, “constituyen la verdadera empresa, o sea, la actividad o actividades económicas cuya explotación habrá de constituir el giro de los negocios sociales. Son el nervio del contrato social, cuya explotación económica será la que haga realidad el ánimo de lucro que vincula a los socios en el [desarrollo] de la empresa”.² De ahí que sea indispensable su detallada enunciación en el texto de los estatutos sociales. Las segundas actividades, en criterio de Reyes Villamizar, “le sirven a la sociedad como medio para cumplir la finalidad con-

1 En palabras de Martínez Neira, “[b]ajo el epígrafe ‘especialidad del objeto’, de rancia estirpe francesa, se conoce el principio según el cual este tiene que enunciarse específicamente a través del señalamiento de una o varias actividades civiles o comerciales, pero sin que le sea dable a los socios convenir un objeto que se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada. Así se estatuye en el numeral 4 del artículo 110 del Código de Comercio”. NH Martínez Neira, *Cátedra de Derecho Contractual Societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*, 2ª Ed. (2014, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 172.

2 Id. 170.

sistente en el emprendimiento económico previsto en el objeto social principal”.³ Estas últimas actividades, por su parte, no requieren estar enlistadas expresamente en el objeto social “porque es entendido que toda sociedad necesita realizar una multiplicidad de actividades indeterminadas pero conexas, para poder cumplir su objeto principal”.⁴ Así, por ejemplo, en ejercicio de las actividades secundarias se podrán “efectuar adquisiciones y enajenaciones de toda clase de bienes, girar, aceptar o negociar toda suerte de títulos valores, realizar operaciones pasivas y activas de mutuo, participar en licitaciones públicas, realizar múltiples modalidades de contratos y operaciones financieras, invertir sus recursos en otras entidades que tengan objetos afines o complementarios y, en general, celebrar todos los actos, contratos y operaciones que sirvan de medio para cumplir las actividades previstas en el objeto principal”.⁵

Dicho lo anterior, tras una revisión de las pruebas recaudadas durante el curso del presente proceso, este Despacho pudo observar que, el 7 de febrero de 2013, Fiduciaria Bancolombia S.A. y Promical S.A. celebraron un contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía, contenido en la escritura pública n.º 235, por virtud del cual esta última compañía se comprometió a transferir al correspondiente patrimonio autónomo el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 001-707449. Esto, “con el propósito de garantizar el pago de las obligaciones contraídas y/o que llegue a contraer [Promical S.A.] de manera conjunta, solidaria o separada con LOS ACREEDORES GARANTIZADOS”, vale decir, Bancolombia S.A. y Leasing Bancolombia S.A. Compañía de Financiamiento. Del mismo modo, el Despacho pudo evidenciar que, el 24 de marzo de 2020, la junta directiva de Promical S.A. celebró una reunión, previa convocatoria efectuada por el representante legal de la sociedad. Según la información que obra en el

3 FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 3ª Ed. (2016, Bogotá D.C., Editorial Temis S.A.) 296. La Superintendencia de Sociedades, en múltiples conceptos, ha hecho alusión a tres clases de actos que puede realizar una compañía dentro de su capacidad: “a) Los actos que se encuentran determinados en las actividades principales previstas en el objeto social; b) Los que se relacionen directamente con las actividades principales y c) Los que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legales y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”. Cfr. Superintendencia de Sociedades, oficio n.º 220-14108 del 28 de febrero de 2003. Véase, también, los oficios n.º 220-030115 del 15 de junio de 2005, 220-066247 del 23 de mayo de 2011, 220-064295 del 6 de junio de 2013, 220-087485 del 10 de junio de 2014 y 220-060372 del 30 de abril de 2018. Esta división devendría, precisamente, del tenor literal del artículo 99 del Código de Comercio. En cualquier caso, es pertinente señalar que tanto los actos comprendidos en el literal b), como los establecidos en el literal c), se consideran actividades secundarias del objeto social. De acuerdo con Martínez Neira, la diferencia podría radicar en que los del mencionado literal b) son “todos aquellos actos que por su conexión con las actividades principales permit[en] su cumplida realización. Por ejemplo, la circunstancia de que el objeto de una empresa se circunscriba a la construcción no significa en manera alguna que esta no pueda celebrar contratos, arrendamientos, hipotecas, emisión de bonos, etc., en cuanto tales actos estén dirigidos a hacer viable el ejercicio de la empresa social. Por eso se habla de los actos conexos”. NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios, 2ª Ed. (2014, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 171. Al paso que los actos del literal c) o actos complementarios “se extienden a los que hacen posible que la sociedad ejerza sus derechos y cumpla con sus obligaciones como persona jurídica; de lo contrario, su existencia como ente moral sería imposible. En este caso, los actos no tienen que ser necesariamente conexos a las actividades principales que constituyen el objeto. Pero la sociedad tiene capacidad para ejecutarlos en razón a que dicha atribución nace del propio reconocimiento de la existencia de la persona, distinta de los socios individualmente considerados, para hacerla viable”. Id.

4 FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, 3ª Ed. (2016, Bogotá D.C., Editorial Temis S.A.) 296.

5 Id. Esta Superintendencia también ha señalado varios ejemplos de actividades secundarias que forman parte del objeto social de una compañía. En opinión de esta entidad, tales actividades pueden consistir en “conferir poderes para que la representen ante la justicia ordinaria o administrativa y demandar por los perjuicios que se le hayan causado [...], la adquisición o arrendamiento de los bienes inmuebles necesarios para montar sus instalaciones, la compra de equipo de oficina, la propaganda de sus productos y la relación de orden laboral con sus empleados” Cfr. Superintendencia de Sociedades, oficio AN-0891 del 23 de abril de 1987.

acta n.º 84, durante la sesión a que se ha hecho referencia se presentaron los aspectos físicos, ambientales y financieros de un proyecto inmobiliario que se desarrollaría sobre el inmueble transferido al referido patrimonio autónomo. De acuerdo con los anexos del acta en mención, este proyecto inmobiliario, cuyo costo total asciende a la suma de \$57.704.023.354 —incluido el valor del inmueble en comento—, comprendería la construcción de un importante número de locales industriales, comerciales y oficinas que, posteriormente, serían arrendados a terceros.

Este Despacho también pudo establecer que, una vez expuestos los anotados aspectos, la junta directiva autorizó al representante legal de Promical S.A. “para suscribir todos los documentos que se requieran con la finalidad de modificar el objeto y naturaleza del contrato de fiducia mercantil celebrado con FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO P.A. PROMICAL, y negociar con BANCOLOMBIA S.A. como Acreedor Garantizado los términos para liberar el inmueble afecto de la ‘Fiducia en garantía’, bien sea reemplazándolos por otros inmuebles o cualquier otro esquema que permita liberar o desafectar el inmueble para los fines del desarrollo del proyecto inmobiliario. Lo anterior sin perjuicio de continuar con todos los demás trámites y celebración de contratos relativos al proyecto inmobiliario”. En esa misma oportunidad, este órgano autorizó al representante legal de Promical S.A. para que suscribiera “todos los contratos y actos legales sin límite de cuantía tendientes a llevar a cabo la inversión directa o indirecta en el proyecto inmobiliario anteriormente presentado”.

En este punto debe decirse que las autorizaciones impartidas por la junta directiva de Promical S.A. al representante legal de la sociedad para el desarrollo del proyecto inmobiliario bajo análisis se encuentran por fuera de la órbita del objeto social. Y ello es así, por cuanto la capacidad de la compañía demandada se circunscribe a desarrollar actividades relacionadas con la industria de productos minerales no metálicos. En efecto, de acuerdo con las actividades que han sido individualizadas en el objeto social de Promical S.A., los negocios que tal compañía se propuso acometer se relacionan únicamente con los minerales no metálicos.⁶ De ahí que la participación en un proyecto de inversión como el que ha sido analizado en la reunión de la junta directiva del 24 de marzo de 2020, a todas luces, escapa de las actividades principales que fueron convenidas por los accionistas en los estatutos sociales.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que este proyecto inmobiliario tampoco podría ser considerado como una actividad secundaria de la compañía. La razón estriba en que, conforme a las explicaciones formuladas en los párrafos precedentes, este Despacho no encuentra que el proyecto descrito guarde relación de medio a fin con las actividades establecidas como negocios principales de Promical S.A. En otras palabras, para el caso en concreto, las autorizaciones impartidas para el desarrollo del mencionado proyecto

6 “El objeto principal de la sociedad será: inversiones, explotación, elaboración, trituración, procesamiento y mercadeo de productos minerales no metálicos para usos industriales, agrarios, farmacéuticos, etc.; posesión a cualquier título legal de minas de minerales no metálicos y su negociación en los términos legales; la administración, negociación y posesión de establecimientos comerciales dedicados a la negociación de productos minerales no metálicos, sus derivados y subproductos; la importación y exportación de productos derivados de la industria de minerales no metálicos y de los relacionados directamente con la misma. El aporte de capital en cualquier clase de sociedades, pudiendo ser socia de la misma; negocios de sus bienes, muebles o inmuebles; en general, la sociedad podrá ejecutar toda clase de actos, comerciales o civiles, relacionados con su objeto social dentro de las normas legales”.

inmobiliario difícilmente podrían tener “una causa o razón teleológica directa en relación con las actividades previstas en el objeto principal”.⁷ La participación en un proyecto de semejante naturaleza, por el contrario, podría implicar una modificación de las actividades que constituyen el giro ordinario de los negocios sociales, de conformidad con lo pactado en los estatutos de Promical S.A.

Así las cosas, las autorizaciones impartidas durante la reunión del 24 de marzo de 2020 en exceso de la capacidad de Promical S.A. se declararán nulas.

La conclusión expresada con anterioridad no pierde vigencia por el hecho de que, en otras ocasiones, Promical S.A. haya participado en proyectos similares que supuestamente habrían contado con la autorización del máximo órgano social. Ello obedece a que una sociedad de alguno de los tipos previstos en el Código de Comercio únicamente está facultada para realizar las actividades señaladas de forma clara, expresa y anticipada en su objeto social (se resalta). Sin perjuicio de ello, no sobra indicar que las normas societarias vigentes permiten que los asociados de una compañía como Promical S.A. estipulen diversas actividades de explotación económica, debidamente individualizadas, dentro del objeto social principal. Para el efecto, bastará la aprobación de una reforma estatutaria, con las mayorías respectivas.

[...]

En mérito de lo expuesto, la Directora de Jurisdicción Societaria II, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Declarar la nulidad absoluta de las decisiones contenidas en el punto siete del acta n.º 84, correspondiente a la reunión de la junta directiva de Productos Minerales Calcáreos S.A. celebrada el 24 de marzo de 2020.

Segundo. Ordenarle al representante legal de Productos Minerales Calcáreos S.A. que adopte las medidas necesarias para darle cumplimiento a lo resuelto en esta sentencia.

Tercero. Condenar en costas a la demandada y fijar como agencias en derecho a favor de las demandantes, una suma equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere el primer día del mes de junio de dos mil veintiuno y se notifica por estado.

⁷ Cfr. Superintendencia de Sociedades, resolución n.º 360-1498 del 31 de julio de 1997.

Sentencia n.º 2021-01-504014 del 11 de agosto de 2021

Partes	Pedro Antonio Junca Garzón contra Carlos Humberto Vargas Cediel
Asunto	Alcance y elementos de los acuerdos de accionistas con especial análisis en el caso de la SAS.

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho tiene como propósito que se declare el incumplimiento de un acuerdo de accionistas celebrado entre Pedro Antonio Junca Garzón y Carlos Humberto Vargas Cediel el 29 de octubre de 2012. A juicio del demandante, el señor Vargas Cediel incumplió las prestaciones a su cargo bajo el señalado acuerdo, razón por la cual ha solicitado que se impartan las órdenes tendientes a obtener su ejecución específica.

Según se expresa en la demanda, los señores Vargas Cediel y Junca Garzón, accionistas de Manufacturas y Prefabricados del Oriente S.A.S., celebraron un acuerdo por cuya virtud se obligaron a pagar, en partes iguales, el total de los cánones del contrato de leasing financiero n.º 120707 hasta completar las condiciones para ejercer la opción de compra sobre el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria n.º 232-41879. Al respecto, se ha señalado que, con ocasión del acuerdo de accionistas, el señor Junca Garzón, quien fungió como locatario, se obligó a transferir el bien a Manufacturas y Prefabricados del Oriente S.A.S. una vez ejercida dicha opción, pues allí se desarrolla la actividad de la compañía. Sin embargo, se afirma que el demandado nunca ha cumplido con el pago del 50% de los cánones causados a la fecha de presentación de la demanda, de los cuales se ha hecho cargo el demandante. De ahí que se haya solicitado que se ordene al señor Vargas Cediel que pague el monto adeudado al señor Junca Garzón, así como el que está todavía pendiente de pago a la entidad financiera, obligación que asciende a la suma total de \$246.000.000.

Por su parte, en la contestación de la demanda se señaló, por un lado, que el directo obligado bajo el contrato de leasing n.º 120707 es Pedro Antonio Junca Garzón, pues el demandado no fue quien lo suscribió. Por otro lado, se indicó que el 30 de octubre de 2015 las partes acordaron verbalmente compensar la deuda que el señor Vargas Cediel tenía a favor del demandante con ocasión del acuerdo contenido en el acta n.º 1, con otra obligación por \$120.261.000 que, a su vez, tenía el demandante a favor del demandado. En esa medida, se entenderían cumplidas y extinguidas ambas obligaciones. Por último, se adujo que desde el 29 de mayo de 2016 el demandado no tiene la calidad de accionista de Manufacturas y Prefabricados del Oriente S.A.S., pues en esa fecha vendió la totalidad de sus acciones al señor Junca Garzón. A juicio del señor Vargas Cediel, al tener actualmente el demandante la calidad de único accionista de la compañía, es también el único obligado a cumplir con el mencionado contrato de leasing y con el acuerdo contenido en el acta n.º 1. En este sentido, se invocó la figura de la “confusión”, regulada en el artículo 1724 del Código Civil, por cuya virtud, a juicio del demandado, desde que se celebró la aludida venta, el señor Junca Garzón “adquirió todos los derechos, así como también adquirió todas las obligaciones societarias”, lo que implica que obtuvo simultáneamente las

condiciones de acreedor y deudor de las obligaciones recíprocas consignadas en el acta n.º 1. Por las razones expuestas, el demandado considera que el demandante pretende cobrar lo no debido y que, de cualquier manera, este no es el escenario para procurar dicho pago, sino que debió iniciar un proceso ejecutivo.

Por lo demás, durante la fijación del objeto del litigio, el apoderado del señor Vargas Cediell sostuvo que el documento que se pretende hacer valer como acuerdo de accionistas fue firmado con anterioridad a la fecha de constitución de la sociedad. De ahí que, a su juicio, no puede considerarse como un acuerdo de dicha naturaleza respecto de cual este Despacho tenga facultades para pronunciarse.

1. Los acuerdos de accionistas en el Derecho Societario

Esta Superintendencia ha hecho énfasis la importante función económica que cumplen los acuerdos de accionistas. Ciertamente, tales convenios permiten a todos los asociados, o a algunos de ellos, configurar, ex ante, sus relaciones en cuanto a asuntos que no necesariamente son regulados en los estatutos sociales. De esta forma, los sujetos que han decidido invertir sus recursos en la sociedad pueden anticiparse a eventuales situaciones a efectos de establecer cómo afrontarlas, así como a posibles riesgos para buscar la manera de distribuirlos. En la doctrina especializada se ha señalado que “los pactos de accionistas son actos jurídicos, como que constituyen acuerdos de voluntad entre los socios de una compañía encaminados a producir ciertos efectos jurídicos, relativos a la determinación de sus relaciones entre sí o al ejercicio de sus derechos y obligaciones”.¹

En el ordenamiento jurídico colombiano los acuerdos privados de accionistas surten plenos efectos bajo tres regímenes diferentes. Por un lado, las reglas previstas para las sociedades por acciones simplificadas admiten la celebración de acuerdos entre accionistas, aunque tengan la calidad de administradores, sobre toda clase de asuntos lícitos, los cuales deberán ser acatados por la sociedad siempre que se observen los requisitos del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008. Por otro lado, en los demás tipos societarios, tales convenios pueden ser celebrados por asociados que no tengan la calidad de administradores, sobre asuntos relativos a su representación y al sentido de su voto en las reuniones del máximo órgano social, y sus efectos serán vinculantes para la compañía en la medida en que se cumplan los requisitos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995. Por lo demás, tanto en las sociedades por acciones simplificadas como en los tipos regulados en el Código de Comercio, los acuerdos que no se ciñan a los requisitos especiales de los artículos 24 de la Ley 1258 o 70 de la Ley 222, respectivamente, sólo tendrán efectos entre las partes que los suscribieron y se rigen por las reglas generales en materia de contratos.²

Para el caso en estudio, resulta relevante analizar los referidos acuerdos bajo el régimen de las sociedades por acciones simplificadas. Conforme fue señalado, el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 suprimió algunas de las restricciones previstas en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 para los tipos societarios regulados en el Código de Comercio. Ciertamente, cuando se trata de una SAS, la existencia del acuerdo a la luz del mencionado

1 NH Martínez Neira, Cátedra de Sociedades, Régimen Comercial y Bursátil, 1ª Ed. (2020, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 146.

2 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 801-16 del 23 abril 2013, caso Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros.

artículo 24 depende, por un lado, de que haya sido celebrado por sujetos que ostenten la condición de accionistas o, incluso, suscrito por quienes tienen vocación de serlo y se obliguen posteriormente bajo esa futura condición. Por otro lado, el objeto del acuerdo debe referirse a cualquier asunto lícito que, por su naturaleza, esté relacionado con la sociedad. De otra parte, su oponibilidad frente a la compañía, en lo que le corresponda, depende de su depósito en las oficinas en las que funcione la administración social, a lo que debe agregarse que el término de duración no puede ser superior a diez años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen los diez años. De no cumplirse con estos requisitos, el respectivo acuerdo sólo tendrá efectos entre quienes lo celebraron.

En este orden de ideas, resulta pertinente referirse a cada uno de los requisitos antedichos, vale decir, aquellos de orden subjetivo y objetivo, así como a la exigencia del depósito.

Por un lado, frente al requisito subjetivo, en las sociedades por acciones simplificadas, como se ha dicho, los aludidos acuerdos pueden ser celebrados por accionistas así tengan también la calidad de administradores. De igual manera, debe señalarse que dichos sujetos pueden tener, al momento de suscribir el convenio, apenas una vocación de ser accionistas. Ciertamente, este Despacho no encuentra obstáculo para que futuros accionistas celebren estos acuerdos en la etapa pre-constitutiva de la sociedad con el fin de regular la relación entre ellos, así como con la compañía, una vez esta última sea constituida. Al respecto, en la doctrina especializada se ha señalado que “pueden existir diversos momentos de suscripción de un pacto parasocial, y uno de ellos es con anterioridad a la constitución de la sociedad”.³ En verdad, bajo esta hipótesis, puede entenderse que tales pactos se materializan como acuerdos de accionistas exigibles conforme al artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, una vez la compañía es constituida y sus suscriptores adquieren la calidad de accionistas. Antes de que ello ocurra, parece claro que las obligaciones respecto de tales personas se rigen por las reglas generales aplicables a los contratos.

En esta misma línea, el pacto parasocial pierde su naturaleza de acuerdo de accionistas a la luz del referido artículo 24, para extinguirse o volverse un simple acuerdo privado frente a alguno o varios de sus suscriptores, cuando estos sujetos pierden la condición de accionistas —ya sea porque ceden la totalidad de su participación, ejercen el derecho de retiro o son excluidos, entra otras posibles situaciones—. Ciertamente, debido a que las prestaciones pactadas, por esencia, tienen que ver con sus derechos, intereses y relaciones en el contexto de la sociedad, si dicha condición desaparece, lo propio es también que el acuerdo pierda tal naturaleza, al menos para respectivo suscriptor. En efecto, debido a que las obligaciones pactadas en los acuerdos de accionistas recaen, todas o algunas de ellas, sobre accionistas, les resultan exigibles bajo el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 mientras tengan dicha condición. Una vez la persona pierde esa calidad, habrá de examinarse si las obligaciones pactadas se extinguen o deben cumplirse al amparo de las reglas generales de los contratos.

Sobre este punto, si se pensara, por ejemplo, en los acuerdos de voto, es claro que no podría exigírsele al antiguo accionista que vote en determinado sentido durante reuniones asam-

3 J Feliu Rey, *Los Pactos Parasociales en las Sociedades de Capital No Cotizadas* (2012, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales) 214.

blearias celebradas en un momento en el que ya no es titular de acciones. Así mismo, si se pactara una cláusula de adhesión (tag along) o de arrastre (drag along), tampoco podría obligarse a un antiguo accionista, quien alguna vez tuvo el derecho o la obligación de vender sus acciones bajo las mismas condiciones en las que vendería otro suscriptor, a que enajene alícuotas de las que ya no es propietario. Lo propio podría decirse en el caso de acuerdos sobre representación de acciones, aportes adicionales y capitalizaciones, entre otros.

Por otro lado, frente al requisito objetivo, el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 dispone que los acuerdos de accionistas pueden versar “sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito”. Por la naturaleza de los acuerdos bajo estudio, conforme fue señalado en líneas anteriores, este Despacho considera que su alcance comprende entonces cualquier prestación lícita relativa a la configuración de las relaciones, derechos e intereses de los accionistas en el contexto de la sociedad.

Al respecto, esta Superintendencia, en sede administrativa, ha señalado, por un lado, que “dichos acuerdos podrán versar sobre cualquier asunto lícito y su utilidad estriba en poder conformar alianzas que funcionen paralelamente a los estatutos, sin contrariarlos”.⁴ Por otro lado, se ha indicado que, “[c]onsecuente con el criterio de autonomía de la voluntad privada que prima en este nuevo tipo societario al dejar a la libre determinación de los asociados la adopción de la mayor parte de las reglas que habrán de regir la sociedad y las relaciones de los accionistas con ella, el acuerdo entre accionistas puede versar sobre diversidad de asuntos, con la limitación única de tratarse de asuntos lícitos. Por ello, acuerdos para definir conductas de los accionistas en las reuniones de la asamblea, o para establecer cualquier tipo de reglas en materia de administración, o para el ejercicio de derechos relacionados con la sociedad o en fin para cualquier otro asunto, como los que de manera enunciativa relaciona la propia ley, son temas de los que pueden entre otros ocuparse los referidos acuerdos a la luz de la ley [...]”.⁵

Por su parte, el Comité de Derecho Societario de la Asociación de la Barra de la Ciudad de Nueva York, en 2010, realizó un reporte sobre las estipulaciones más comunes incluidas en los acuerdos de accionistas de compañías cerradas constituidas en Delaware y Nueva York. A la luz de dicho reporte, los siguientes son los aspectos que usualmente son regulados en estos pactos: (i) reglas sobre nombramiento, remoción, facultades, comités, quórum y mayorías en la junta directiva, (ii) oportunidades de negocio, (iii) nombramiento y remoción de representantes legales, (iv) derechos de voto, (v) derecho de inspección, (vi) restricciones a la transferencia de acciones, (vii) mecanismos de resolución de bloqueos en las votaciones, (viii) derecho de preferencia, (ix) modificación y terminación del acuerdo de accionistas y (x) ley aplicable al acuerdo.⁶

Adicionalmente, en la doctrina societaria también se ha señalado que los acuerdos de accionistas pueden ser de tres tipos, esto es, pactos de retribución, pactos de relación o pactos de organización. Los pactos de retribución buscan “procurar o atribuir ventajas a la pro-

4 Superintendencia de Sociedades, oficio n.º 220-149844 del 10 de noviembre de 2015.

5 Superintendencia de Sociedades, oficio n.º 220-120050 del 30 de septiembre de 2009.

6 Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, The Enforceability and Effectiveness of Typical Shareholder Agreement Provisions, The Business Lawyer Review, vol. 65 (2010) 1153 a 1203.

pia sociedad”, como, por ejemplo, obligaciones de financiación adicional por parte de los asociados.⁷ Los pactos de relación están encaminados a regular las relaciones recíprocas de los accionistas de manera directa y sin mediación de la sociedad.⁸ Por último, los pactos de organización “expresan la voluntad de los socios de reglamentar la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones dentro la sociedad”.⁹

Por lo demás, en el caso de los acuerdos parasociales suscritos de manera previa a la constitución de la sociedad, en la doctrina española se ha señalado que su finalidad es establecer “con anterioridad en el contrato los elementos organizativos y sociales de la futura constitución de la sociedad. Por este motivo, es típico incorporar en el pacto todos los elementos integrantes de la sociedad, desde los estatutos, el periodo del ejercicio social, hasta la composición del órgano de administración, al igual que los contratos satélites. Igualmente, es posible establecer los diferentes periodos donde se van a llevar a cabo nuevas inversiones al capital, supeditadas al cumplimiento de determinados hitos, así como prever los diferentes mecanismos de salida de los socios”.¹⁰ A su turno, en la doctrina especializada también se ha puesto de presente que los pactos parasociales “son una herramienta para generar incentivos ex ante para llevar a cabo inversiones y participar en estructuras de joint venture o procesos escalonados de adquisición”.¹¹ Bajo dicho entendimiento, parece claro que tales acuerdos pueden ser suscritos futuros asociados.

Finalmente, frente al requisito de depósito, en el caso del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., esta Superintendencia sostuvo que, “[a]demás de asegurar que tanto la compañía como los accionistas no suscriptores conozcan el contenido y los alcances del acuerdo, [el mencionado requisito] apunta, en criterio de la doctrina, a ‘determinar el momento desde el cual el convenio resultará oponible a la sociedad’¹²”.¹³ En esa misma oportunidad, esta Delegatura concluyó que la transcripción de un acuerdo de accionistas en un acta de la junta directiva de la compañía, así como la presencia de todos los administradores y accionistas durante la referida sesión, daba cuenta de la intención de las partes de cumplir con el requisito del depósito del convenio en las oficinas de la administración de la sociedad, para darle plenos efectos jurídicos a sus estipulaciones. En la sentencia n.º 801-16 del 23 abril 2013 se expresó que, “[a]l reposar el texto de las cláusulas del acuerdo en las oficinas principales de administración de la compañía y por haberse suscrito el convenio en presencia de la totalidad de accionistas y administradores—quienes tuvieron pleno conocimiento del alcance y finalidad de los pactos allí contenidos—el Despacho debe concluir que se cumplió con el requisito del depósito a que alude el artículo 70 de la Ley 222 de 1995”.¹⁴

7 Paz-Ares Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*, Actualidad Jurídica Uría y Méndez n.º 5 (2003), 1 a 2.

8 *Id.*, 2.

9 *Id.*

10 J Feliu Rey, *Los Pactos Parasociales en las Sociedades de Capital No Cotizadas* (2012, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales) 214.

11 D Laguado Giraldo, *Derecho Societario Contemporáneo*, 1ª Ed. (2021, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibañez) 95.

12 FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tomo I, 2ª Ed. (2006, Bogotá D.C., Editorial Temis) 545.

13 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 801-16 del 23 abril 2013, caso Proedinsa Calle & Cía. S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros.

14 *Id.*

2. El caso puesto en consideración del Despacho

El 29 de octubre de 2012, Pedro Antonio Junca Garzón y Carlos Vargas Cediell celebraron un acuerdo, cuyas estipulaciones fueron consignadas en un documento denominado “primera reunión de asamblea general de la sociedad Manufacturas y Prefabricados del Oriente S.A.S”. Según dicho documento, a la indicada reunión comparecieron ambos señores, a quienes se les enunció como “accionistas presentes”, titulares, cada uno, del 50% de las acciones que componían el capital de la aludida sociedad. Allí también consta que se dio apertura a una señalada sesión de “asamblea general de accionistas”, en cuyo punto tercero del orden del día se trató la “declaración de los socios sobre bienes que harán parte de los activos de la sociedad”. En el punto mencionado aparecen las estipulaciones del siguiente contenido:

“En primer lugar, que el lote rural 2, con casa, ubicado en el municipio de Acacías, departamento del Meta, identificado con folio de matrícula inmobiliaria n.º 232-41879 de Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Acacías-Meta, formará parte integral de los activos de la sociedad MANUFACTURAS Y PREFABRICADOS DEL ORIENTE S.A.S., en el entendido que en la actualidad existe sobre éste el contrato de arrendamiento financiero leasing n.º 120707, suscrito con la sociedad financiera Leasing Banco Colombia S.A., figurando como locatario el señor PEDRO ANTONIO JUNCA GARZÓN, identificado con cédula de ciudadanía n.º 80.351.868.

”En segundo lugar, teniendo en cuenta que el contrato de arrendamiento financiero leasing n.º 120707, suscrito con la sociedad financiera Leasing Banco Colombia S.A. tiene una periodicidad de pago de cánones de arrendamiento en un total de 120 meses, al cabo de los cuales el locatario PEDRO ANTONIO JUNCA GARZÓN, identificado con cédula de ciudadanía n.º 80.351.868, tendrá la posibilidad de opción de compra del mencionado inmueble por el 10% de su valor, es razón por la cual, cada uno de los aquí presentes aportará el 50% del valor pactado en el contrato de arrendamiento financiero leasing n.º 12707 para cubrir el valor total de la mencionada opción de compra.

“En tercer lugar, una vez que el bien inmueble mencionado esté en propiedad del señor PEDRO ANTONIO JUNCA GARZÓN, identificado con cédula de ciudadanía n.º 80.351.868, éste deberá transferir su dominio o propiedad a favor de la sociedad MANUFACTURAS Y PREFABRICADOS DEL ORIENTE S.A.S. en un plazo máximo de dos meses.

“En cuarto lugar, que hasta completar el pago de cada uno de los 120 cánones de arrendamiento financiero leasing n.º 120707, suscrito con la sociedad financiera Leasing Banco Colombia S.A., estos pagos serán cubiertos en proporción del 50%, valor que será aportado por cada uno de los socios que se encuentran presentes en esta asamblea general”.

Lo anterior, según se indicó en el documento, fue aprobado por los señores Junca Garzón y Vargas Cediell, quienes también lo suscribieron con reconocimiento ante la Notaría

Única de Funza, Cundinamarca. Bajo sus firmas, se anotaron las calidades de “socio[s] fundador[es]”, “representante[s] legal[es]” y dignatarios de la reunión.

El Despacho también pudo verificar que, en efecto, entre Pedro Antonio Junca Garzón, como locatario, y Leasing Bancolombia S.A. Compañía de Financiamiento, se celebró, el 26 de enero de 2011, el contrato de leasing financiero n.º 120707, sobre el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria n.º 232-41879, según los términos indicados en el acuerdo antes mencionado.

Por lo demás, el 2 de noviembre de 2012, fue finalmente constituida Manufacturas y Prefabricados del Oriente S.A.S., tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal. Sus dos accionistas para ese momento fueron, en efecto, los señores Junca Garzón y Vargas Cediél.

Dicho lo anterior, es preciso determinar si, a la luz de lo señalado en el acápite anterior, el 29 de octubre de 2012 se celebró un acuerdo de accionistas en los términos del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 y si, en esa medida, le corresponde a este Despacho declarar su incumplimiento y ordenar su ejecución específica.

A. El acuerdo celebrado el 29 de octubre de 2012

(i) Requisito subjetivo

Luego de examinar el acuerdo antes transcrito, el Despacho considera que se cumple con el requisito subjetivo ya explicado. Esto se debe, en primer lugar, a que el convenio fue celebrado entre futuros accionistas, quienes, posteriormente, constituyeron Manufacturas y Prefabricados del Oriente S.A.S. Tales sujetos, entonces, tenían apenas la vocación de ser accionistas al momento de la suscripción de dicho documento, condición que obtuvieron, efectivamente, cuatro días después, una vez se constituyó la sociedad. Además, fueron los mismos señores Junca Garzón y Vargas Cediél quienes adquirieron las obligaciones pactadas —a su vez exigibles cuando obtuvieron la calidad de accionistas—, esto es, el pago en partes iguales de los cánones del contrato de leasing financiero sobre un inmueble que sería transferido por el locatario, el señor Junca Garzón, a la sociedad, dentro de los dos meses siguientes a que se ejerciera la opción de compra.

En este sentido, pese a que el demandado afirmó durante la fijación del objeto del litigio que no celebró el acuerdo en calidad de accionista o representante legal, lo cierto es que sí lo suscribió bajo la certeza de que tendría tales condiciones —conforme consta en el mismo documento—, las cuales, en efecto, adquirió una vez constituida la compañía y le fueron exigibles las obligaciones. Por lo demás, vale la pena anotar que tal fue la intención de los señores Junca Garzón y Vargas Cediél de obligarse como accionistas de la sociedad, que bajo sus firmas en el referido documento aparecen las respectivas calidades de “socio[s] fundador[es]”.

De otra parte, debe también señalarse que el aludido requisito subjetivo dejó de verificarse cuando el demandado vendió sus acciones al demandante, pues, con ocasión de ello, aquel dejó de tener la condición de accionista de Manufacturas y Prefabricados del Orien-

te S.A.S. Ciertamente, en el expediente reposa el contrato de compraventa de acciones celebrado el 29 de mayo de 2016 entre los señores Vargas Cediél y Junca Garzón. Según consta en dicho documento, el primero le vendió al segundo la totalidad de sus acciones por un valor de \$900.000.000. Aunque al proceso no se aportó el libro de registro de acciones, el Despacho no puede desconocer las estipulaciones contenidas en dicho contrato, que, además, está suscrito y reconocido por ambas partes.

En verdad, al tenor del artículo 406 del Código de Comercio, “[l]a enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; más para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante”. Así, pues, es claro que, para que surjan obligaciones entre el enajenante y el adquirente, basta con que exista acuerdo de voluntades respecto de los elementos esenciales del contrato de enajenación de acciones. En palabras de Martínez Neira, “[d]ebe quedar perfectamente claro que la existencia de la compraventa de acciones no depende del registro”.¹⁵ Así mismo, Reyes Villamizar ha señalado que el aludido contrato es “eminente consensual, que produce la relación jurídica que media entre el tradente y el adquirente, con sus correspondientes derechos y obligaciones, desde que ambos manifiesten su consentimiento, en cualquier forma idónea para ello; y que es un contrato que puede probarse por cualquiera de los medios previstos por la legislación procesal civil, ya que la libertad de prueba es una consecuencia apenas lógica del carácter simplemente consensual de un contrato, por regla general”.¹⁶

Ahora bien, aunque este Despacho no desconoce que la inscripción de la operación en el libro de registro de accionistas es indispensable para que la sociedad y los terceros reconozcan dicha condición a determinado sujeto, lo cierto es que al expediente únicamente se aportó el contrato en comento. Sobre el libro señalado, requerido a ambas partes, el señor Vargas Cediél aseguró inicialmente que se encontraba en poder del demandante, a lo que este último manifestó que, por el contrario, nunca le fue entregado por aquel cuando dejó la representación legal de la compañía. Para el caso bajo estudio no podría entonces, por esta circunstancia, entenderse que los señores Junca Garzón y Vargas Cediél no fueron accionistas, pues hay documentos que apuntan a ello. Bajo la misma lógica, tampoco podría pensarse necesariamente que el señor Vargas Cediél sigue teniendo tal calidad, pues se aportó y se reconoció el mencionado contrato de compraventa de acciones. Además, no hay pruebas adicionales en el expediente que den cuenta de que todavía se le reconoce al demandado dicha condición, como, por ejemplo, una convocatoria a reuniones asamblearias o un reparto de dividendos con posterioridad al 29 de mayo de 2016. De ahí que, ante la ausencia del libro de registro de accionistas y la existencia de otros elementos de juicio, el Despacho deba tener por cierto que, si bien ambos señores fueron accionistas desde el momento de la constitución de la compañía, por virtud del contrato de compraventa aportado, en el que aparecen pactados sus elementos esenciales y se evidencia la intención de comprar y vender, el señor Vargas Cediél vendió sus acciones al señor Junca Garzón el 29 de mayo de 2016.

Por lo demás, no sobra simplemente señalar que, contrario a lo sugerido por la apoderada del demandante durante sus alegatos de conclusión, la enajenación de acciones no es un

15 NH Martínez Neira, Cátedra de Sociedades, Régimen Comercial y Bursátil, 1ª Ed. (2020, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 615.

16 FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, 3ª Ed. (2016, Bogotá D.C., Editorial Temis) 479.

acto sujeto a registro mercantil, por lo que no se requiere una inscripción de esa naturaleza para el perfeccionamiento del contrato. También es preciso recordarle que, por el carácter consensual del contrato, tampoco es necesario el endoso de un título para que se pueda concluir su existencia.¹⁷ De igual manera, no puede aceptarse lo señalado por aludida apoderada, en el sentido de no reconocer dicha venta en la medida en que estaba condicionada al cumplimiento del acuerdo de accionistas. En verdad, en el contrato aportado no aparece ningún pacto sobre el particular, ni se menciona siquiera el acuerdo celebrado el 29 de octubre de 2012. Finalmente, también debe decirse que, si bien el señor Junca Garzón afirmó durante su interrogatorio de parte que no ha recibido las acciones por parte del demandado, pese a haber pagado el precio a través de una dación en pago de un bien inmueble por \$900.000.000, lo cierto es que el posible incumplimiento del señor Vargas Cediél en la entrega de las acciones no le resta efectos a un contrato de compraventa debidamente celebrado y tampoco es un asunto que haga parte de este litigio.

Debido a lo anterior, para este caso concreto, el Despacho considera que el requisito subjetivo para entender celebrado un acuerdo de accionistas en los términos del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, exigible ante esta Delegatura, se cumplió entre el 2 de noviembre de 2012 —fecha en la que se constituyó la compañía y los señores Junca Garzón y Vargas Cediél adquirieron la condición de accionistas— y el 29 de mayo de 2016 —fecha en que se celebró el contrato de compraventa de acciones por virtud del cual el señor Vargas Cediél las enajenó al señor Junca Garzón—.

(ii) Requisito objetivo

El Despacho también pudo constatar que el acuerdo cumple con el requisito objetivo, pues se refiere a un asunto comprendido dentro del alcance de los acuerdos de accionistas bajo el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008. En verdad, las estipulaciones allí contenidas buscan la distribución, entre los dos accionistas de Manufacturas y Prefabricados del Oriente S.A.S., de las cargas económicas derivadas de un contrato de leasing financiero sobre un inmueble que, según también se pactó, se transferiría al patrimonio de la sociedad una vez ejercida la opción de compra por parte del locatario, uno de ellos. Así también lo explicó el señor Junca Garzón durante la fijación del objeto del litigio, quien, además, aseguró que en el inmueble se construyó la bodega en la que opera la compañía.

Tales prestaciones son lícitas, no contravienen los estatutos sociales, están estrechamente relacionadas con los intereses económicos de sus suscriptores, así como con los de la compañía, pues del cumplimiento del acuerdo depende que ingrese un activo al patrimonio social. Por lo demás, este tipo de asuntos han sido reconocidos por la doctrina especializada como aquellos a los que puede referirse un acuerdo de accionistas, según se explicó con anterioridad.

17 Al respecto, Martínez Neira señala que “el título traslativo de las acciones sigue siendo consensual, pero el registro es un requisito de oponibilidad frente a la sociedad y a los demás terceros”. NH Martínez Neira, *Catedra de Derecho Contractual Societario*, 2ª Ed. (2014, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 602 y 603.

(iii) Depósito

Por lo último, el Despacho también considera que el referido acuerdo cumplió con el requisito de depósito. Ciertamente, aunque para la fecha de suscripción del acuerdo la sociedad todavía no estaba formalmente constituida, los futuros accionistas decidieron dejar constancia del pacto en un documento denominado “primera reunión de asamblea general de la sociedad Manufacturas y Prefabricados del Oriente S.A.S.”. Como se señaló antes, este documento fue suscrito por los señores Junca Garzón y Vargas Cediél, bajo cuyas firmas se anotaron las calidades de “socio[s] fundador[es]”, “representante[s] legal[es]” y dignatarios de la reunión. Aunado a lo anterior, en la contestación de la demanda se afirmó que dicho documento se encontraba asentado en el “libro de accionistas” de la sociedad. Así mismo, durante la fijación del objeto del litigio, el señor Junca Garzón manifestó que el acta reposaba en el libro de actas de la asamblea general de accionistas. Por lo demás, la declaración del señor Vargas Cediél y el documento en el que reposa el acuerdo apuntan a que el demandado, quien fue representante legal principal de la sociedad para el momento de su constitución, conocía convenio paraestatutario.

De lo anterior puede entenderse que la intención de quienes celebraron el acuerdo de accionistas fue otorgarle plenos efectos frente a la compañía, que se vería favorecida con lo pactado. En verdad, el convenio reposa en un documento relativo a la sociedad y era plenamente conocido por los accionistas y representantes legales. De ahí que el Despacho encuentre acreditado el requisito de depósito y su finalidad.

(iv) Conclusión

En vista de que se acreditaron los requisitos previstos en el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 en cuanto a la celebración de acuerdos de accionistas, este Despacho debe concluir que, en efecto, entre Pedro Antonio Junca Garzón y Carlos Humberto Vargas Cediél se celebró un acuerdo de esa naturaleza. En esa medida, este Despacho es competente para conocer del asunto y, para el caso bajo estudio, reconocer su incumplimiento y ordenar su ejecución específica.

En todo caso, según lo anotado en líneas anteriores, el convenio está llamado a surtir plenos efectos como acuerdo de accionistas a la luz del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 y, por tanto, ser exigible ante esta Delegatura, mientras ambos suscriptores ostentaron la condición de accionistas.

B. Incumplimiento y ejecución específica del acuerdo de accionistas

Conforme a lo indicado, le corresponde a este Despacho examinar si el acuerdo de accionistas celebrado entre los señores Junca Garzón y Vargas Cediél fue incumplido mientras tales sujetos ostentaron la condición de accionistas, esto es, entre el 2 de noviembre de 2012, fecha en que fue constituida la sociedad, hasta el 29 de mayo de 2016, fecha en que el primero vendió sus acciones al segundo. No obstante, debe también tenerse en cuenta que en la contestación de la demanda se alegó la prescripción, por lo que debe dársele aplicación al término de cinco años previsto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995. En ese sentido, debido a que la demanda se presentó el 21 de julio de 2020, el Despacho declarará prescrito el derecho a reclamar, vía acción judicial, el cumplimiento

de las obligaciones específicas del acuerdo de accionistas, consistentes en el pago del 50% del total de los cánones del contrato de leasing financiero n.º 120707 causados con anterioridad al 21 de julio de 2015.¹⁸

En este orden de ideas, el Despacho únicamente puede examinar si las obligaciones pactadas en el acuerdo se incumplieron entre el 21 de julio de 2015 y el 29 de mayo de 2016. De constatarse lo anterior, correspondería impartir las órdenes de pago respectivas.

Pues bien, una vez examinado el material probatorio disponible, el Despacho considera que el demandado no acreditó haber cumplido con los pagos que le correspondían por el referido concepto. Sobre este punto, en la contestación de la demanda se afirmó que el 15 de abril de 2015 los señores Junca Garzón y Vargas Cediél acordaron verbalmente compensar el pago de los montos adeudados por este último, con una supuesta deuda que el demandante tenía con él por la suma de \$120.261.000. Para tal efecto, se aportaron los cheques n.º A-6003538 del 5 de septiembre de 2012 por \$35.000.000, A-8198288 del 25 de septiembre de 2012 por \$20.000.000 y A-6003525 del 2 de agosto de 2012 por \$50.000.000, expedidos de la cuenta del Carlos Humberto Vargas Cediél a favor de Pedro Antonio Junca Garzón, así como el cheque n.º A-6003531 del 6 de agosto de 2012 por \$10.000.000, expedido de esa misma cuenta a favor de Mario Fernando Parada Niño y endosado al señor Junca Garzón. Sin embargo, el Despacho no encontró constancia documental que diera cuenta de que dichos pagos se efectuaron a efectos de cumplir con las obligaciones pactadas en el convenio, ni de que se hubiera acordado una compensación en la forma indicada.

Contrario a ello, durante la fijación del objeto del litigio y su interrogatorio de parte, el señor Junca Garzón aseguró que esa suma de dinero no fue recibida a título de préstamo, sino que fue una inversión que el demandado realizó para construir la bodega de propiedad de la compañía, para cuyo efecto el demandante también señaló que invirtió recursos. Adicionalmente sostuvo que nunca llegó a un acuerdo verbal con el demandado para compensar o cruzar deudas.

En ese sentido, no es posible concluir que las obligaciones incluidas en el pacto paraestatutario a cargo del señor Vargas Cediél se encuentren extinguidas por compensación con la referida suma de dinero como lo pretende el demandado. En verdad, existe discrepancia entre las partes sobre ello y no se dejó constancia escrita al respecto, por lo que no le corresponde a este Despacho declarar que se celebró dicho acuerdo verbal ni entender compensadas obligaciones. Además de que no es el objeto de este proceso, tal asunto excede las facultades jurisdiccionales de esta Delegatura. En esa misma línea, tampoco es de recibo lo manifestado por el demandado durante la fijación del objeto del litigio, en el sentido de que las cuotas de leasing se pagaron con los intereses generados sobre el dinero prestado al demandante.

18 En efecto, las obligaciones pactadas bajo el acuerdo de accionistas debían ser cumplidas periódica y sucesivamente. Al respecto, en sentencia del 8 de julio de 2005, la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Cartagena, con magistrado ponente Jorge Tirado Hernández, declaró la prescripción de la acción cambiaria respecto unas cuotas vencidas entre el 17 de noviembre de 1995, fecha del pagaré, y el 17 de noviembre de 1998, fecha en que se cumplió el término legal de prescripción de la acción. Lo anterior, según se indicó, “si se tiene en cuenta que el mandamiento de pago fue notificado al ejecutado el 25 de agosto de 2001, deteniéndose así, en ésta fecha, el vehículo prescriptivo respecto de los instalamentos pactados para vencerse con posterioridad a aquella fecha (17 de noviembre de 1998)”.

Dicho lo anterior, el Despacho pudo verificar que, según el estado de cuenta expedido Bancolombia S.A. respecto del mencionado contrato de leasing, entre el 21 de julio de 2015 y el 29 de mayo de 2016 se causaron cánones mensuales por la suma total de \$39.942.899, la cual fue asumida por el señor Junca Garzón. Lo anterior, pese a que le correspondía al señor Vargas Cediell pagar el 50%, vale decir, \$19.971.450.

Tabla. Cánones del contrato de leasing n.º 120707 causados entre el 21 de julio de 2015 y el 29 de mayo de 2016

N.º de cuota	Fecha de vencimiento	Cuota completa ¹⁹	50% de la cuota
50	15-ago-15	\$3.928.708	\$1.964.354
51	15-sep-15	\$3.928.708	\$1.964.354
52	15-oct-15	\$3.935.804	\$1.967.902
53	15-nov-15	\$3.935.804	\$1.967.902
54	15-dic-15	\$3.935.804	\$1.967.902
55	15-ene-16	\$4.013.093	\$2.006.547
56	15-feb-16	\$4.013.093	\$2.006.547
57	15-mar-16	\$4.013.093	\$2.006.547
58	15-abr-16	\$4.119.396 ²⁰	\$2.059.698
59	15-may-16	\$4.119.396 ²¹	\$2.059.698
Total	\$39.942.899	\$19.971.450	

A la luz de las consideraciones expuestas, el Despacho declarará que Carlos Humberto Vargas Cediell incumplió el acuerdo de accionistas celebrado con Pedro Antonio Junca Garzón, el cual fue suscrito el 29 de octubre de 2012, respecto del pago del 50% de los cánones mensuales identificados con los números 50 a 59 dentro del estado de cuenta del contrato de leasing financiero n.º 120707, vencidos entre el 21 de julio de 2015 y el 29 de mayo de 2016, por la suma de \$19.971.450. En consecuencia, se le ordenará a Carlos Humberto Vargas Cediell que, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, pague dicha suma a Pedro Antonio Junca Garzón.

[...]

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

19 Esta casilla resulta de la sumatoria de los valores correspondientes al capital, intereses y el seguro de las cuotas de cada mes.

20 En abril de 2016 Leasing Bancolombia S.A. cobró una suma de \$2.554 por concepto de intereses de mora. Sin embargo, este valor no fue tenido en cuenta, pues es el interés de mora pagado por el demandante por retardo en la cancelación de la cuota n.º 58 del contrato de leasing 120707.

21 En mayo de 2016 Leasing Bancolombia S.A. cobró una suma de \$8.589 por concepto de intereses de mora. Sin embargo, este valor no fue tenido en cuenta, pues es el interés de mora pagado por el demandante por su retardo en la cancelación de la cuota n.º 58 del contrato de leasing 120707.

Resuelve

Primero. Declarar que Carlos Humberto Vargas Cediél incumplió el acuerdo de accionistas celebrado con Pedro Antonio Junca Garzón, suscrito el 29 de octubre de 2012, respecto del pago del 50% de los cánones mensuales causados entre el 21 de julio de 2015 y el 29 de mayo de 2016 con ocasión del contrato de leasing financiero n.º 120707 celebrado entre Pedro Antonio Junca Garzón y Leasing Bancolombia S.A. Compañía de Financiamiento.

Segundo. Ordenarle a Carlos Humberto Vargas Cediél que, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, a pague a Pedro Antonio Junca Garzón la suma de \$19.971.450, correspondiente al 50% del monto total de los cánones mensuales causados entre el 21 de julio de 2015 y el 29 de mayo de 2016 con ocasión del contrato de leasing financiero n.º 120707.

Tercero. Declarar la prescripción respecto de las pretensiones orientadas a obtener la ejecución de las obligaciones específicas pactadas en el acuerdo de accionistas suscrito el 29 de octubre de 2012 por Pedro Junca Garzón y Carlos Humberto Vargas Cediél, en relación con el pago de los cánones del contrato de leasing financiero n.º 120702 causados con anterioridad al 21 de julio de 2015.

Cuarto. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Quinto. Abstenerse de proferir una condena en costas.

La anterior providencia se profiere a los once días del mes de agosto de dos mil veintiuno y se notifica por estado.

Sentencia n.º 2021-01-561264 del 16 de septiembre de 2021

Partes	José Antonio Trujillo de los Ríos contra Tamy Colombia S.A.S. y Diego Parra Pérez
Asunto	Improcedencia de la desestimación de la personalidad jurídica por el simple incumplimiento de obligaciones contractuales.

Consideraciones del Despacho

El proceso sometido a consideración de esta Delegatura está orientado a establecer si se han perpetrado actuaciones fraudulentas que justifiquen la desestimación de la personalidad jurídica de Tamy Colombia S.A.S. Como consecuencia de esta sanción, el demandante ha solicitado que se declare la nulidad de los actos defraudatorios en cuestión, así como que se ordene el pago de una indemnización de perjuicios a su favor.

Para sustentar las peticiones descritas en el párrafo precedente, el demandante ha señalado que, en julio de 2018, asistió a una feria de franquicias denominada FANYF, a la que también se hizo presente Diego Parra Pérez en representación de Tamy Colombia S.A.S. En la mencionada feria, el señor Parra Pérez le habría indicado al demandante que esta última sociedad era la representante en Colombia de una marca de dulces española denominada FINI. En esa oportunidad, el señor Parra Pérez le habría explicado al demandante que el modelo de negocio de la sociedad consistía básicamente en la comercialización de dulces marca FINI en centros comerciales del territorio colombiano.

Tras esa explicación, el señor Trujillo de los Ríos habría manifestado su interés en invertir en el negocio antes descrito. En esa medida, Diego Parra Pérez habría señalado que la inversión en comento consistiría principalmente en “[l]a apertura de un punto de venta de los dulces de la marca FINI en burbuja ubicada en el Centro Comercial Mall Plaza de la ciudad de Manizales. El derecho a percibir el 50% de las utilidades netas que generaría la actividad comercial del punto de ventas referido. La devolución de los dineros correspondientes a la inversión realizada en un periodo de un año”.

En vista de lo anterior, el señor Trujillo de los Ríos habría transferido la suma de \$59.000.000 a Tamy Colombia S.A.S, como supuesta representante de la marca FINI en el país. Con ocasión de dicha transferencia, entre estas partes se habría suscrito un contrato de inversión. Junto con el contrato de inversión, Diego Parra Pérez habría entregado al demandante “[u]n documento donde constaba información sobre los supuestos puntos de venta de dulces FINI en territorio colombiano y los valores correspondientes a los productos vendidos y los costos de inversión en la franquicia”. Por último, el demandante sostiene que el señor Parra Pérez le habría remitido un documento denominado otrosí al contrato de inversión, por virtud del cual “se establecía que si el inversionista quería adquirir el punto de venta que sería instalado en el Centro Comercial Mall Plaza, éste tendría un costo total de (\$118.560.890)”.

Transcurridos algunos meses desde la suscripción del contrato y al ver que la sociedad demandada no adelantaba las gestiones que habían sido pactadas, el demandante habría enviado varios requerimientos de incumplimiento a Tamy Colombia S.A.S. No obstante, según se afirma en la demanda, dichos requerimientos nunca fueron contestados por los demandados. Igualmente, al realizar un seguimiento de las actividades de Tamy Colombia S.A.S., el demandante habría advertido varias irregularidades en la operación de la sociedad. Por un lado, Tamy Colombia S.A.S. no sería la licenciataria de franquicias ni habría recibido ningún tipo de mandato que le permitiese ofrecer los productos de FINI y, por el otro, Tamy Colombia S.A.S. no habría realizado apertura de ningún establecimiento de comercio en el territorio colombiano para la comercialización de los productos de la marca en mención.

Para poder, entonces, emitir un pronunciamiento de fondo en el presente proceso, el Despacho hará referencia, en primer término, a las distintas medidas judiciales que el ordenamiento societario ha previsto para sancionar el abuso de las personas jurídicas societarias. Una vez concluido ese estudio, será preciso determinar si Tamy Colombia S.A.S. fue utilizada con un propósito que se separa del fin para el cual fueron concebidas las formas asociativas.

1. La desestimación de la personalidad jurídica

En Colombia, la acción de desestimación de la personalidad jurídica se encuentra regulada en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, a cuyo tenor “cuando se utilice a la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieran realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”. Ahora bien, esta Delegatura ha sido enfática en sostener que la aplicación de esta sanción debe ser verdaderamente excepcional y requiere la satisfacción de una altísima carga probatoria. Y ello es así, por cuanto la medida a que se ha hecho referencia podría conducir a la derogatoria temporal de los beneficios de personalidad jurídica independiente y limitación de la responsabilidad, dos de las prerrogativas más importantes en el ámbito del derecho societario.

Bajo este entendido, como ya lo ha explicado este Despacho en múltiples oportunidades, esta figura tiene dos aplicaciones primordiales. La primera consiste en declarar inoponible la personalidad jurídica de una compañía para hacerle frente al abuso de las formas asociativas. Esta medida sería procedente cuando se utiliza a la sociedad para eximirse del cumplimiento de alguna restricción legal o de una orden judicial. La inoponibilidad está prevista, entonces, para desconocer temporalmente el atributo de la personalidad jurídica independiente.

Así, por ejemplo, en la sentencia n.º 800-55 del 16 de octubre de 2013, el Despacho censuró la interposición de compañías para evadir limitaciones contempladas en el régimen legal en materia de Incentivos a la Capitalización Rural. En esa oportunidad, este Despacho señaló que los empresarios no pueden refugiarse detrás de sociedades para burlar aquellas normas que consideren inconvenientes o desatinadas. Del mismo modo, en la sentencia n.º 2019-01-372391 del 15 de octubre de 2019, esta Delegatura analizó el caso en el cual

el aporte de ciertos bienes a una sociedad, más allá de buscar integrar el capital de la compañía, obedeció al propósito del accionista controlante de evadir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y órdenes judiciales. En los pronunciamientos antes citados se estudió la posibilidad de que detrás de actuaciones tan habituales como la constitución de compañías pudiera esconderse el ánimo reprochable de violar la ley.

La segunda aplicación de la desestimación puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad. Bajo esta modalidad, las autoridades judiciales pueden hacer extensiva la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas a los accionistas de una compañía en hipótesis de fraude o abuso. Esta sanción sería procedente, por ejemplo, cuando se utilice una persona jurídica societaria para defraudar los intereses de los acreedores sociales. Es así como, en el caso de RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group S.A.S., el Despacho suspendió una transferencia de activos encaminada a hacer imposible el cobro de unas sumas de dinero a cargo de la sociedad demandada. Según lo expuesto en el auto n.º 801-16441 del 3 de octubre de 2013, “a pesar de que en nuestro sistema legal es factible realizar donaciones, no parece aceptable que, mediante un acto de naturaleza gratuita, se reduzca el patrimonio de una compañía en forma tal que a los acreedores sociales les resulte imposible cobrar las obligaciones insolutas a su cargo. [...] [E]xiste, además, el agravante de que la propiedad sobre el activo objeto de la donación parece haber sido un factor determinante en la decisión de RCN Televisión S.A. y el Consorcio de Canales Nacionales Privados de contratar con Media Consulting Group S.A.S.”.

En todos estos casos, el Despacho fue enfático en resaltar que la desestimación tan solo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. Así, pues, aunque no existen criterios específicos y uniformes que permitan concluir, sin mayor esfuerzo, que se está ante un abuso de la forma asociativa, la jurisprudencia y la doctrina especializada se han referido a ciertos supuestos que podrían apuntar a ello. Esta Superintendencia, por ejemplo, ha hecho alusión a algunos de los indicios que sugieren la existencia de cierto ánimo de defraudar por parte de los accionistas demandados. Entre estos se encuentra la creación de estructuras societarias complejas sin que exista una justificación suficiente, de lo que podría desprenderse una fuerte sospecha sobre intenciones defraudatorias de la ley o de los intereses de terceros. De igual manera, se ha censurado la constitución en masa de sociedades unipersonales infracapitalizadas, con el fin de multiplicar beneficios derivados de interponer distintas personas jurídicas en actos y negocios entre privados. Este Despacho también se ha referido a las operaciones entre partes vinculadas, como el traslado de activos y negocios de una sociedad a otra, con el propósito de desmejorar sustancialmente el patrimonio social y frustrar las expectativas económicas de terceros. Incluso, se han estudiado hipótesis en las que es el asociado el que desmejora su propio patrimonio al transferirlo a una compañía vinculada, a efectos de evadir obligaciones personales con otros sujetos. Por lo demás, esta Delegatura ha hecho referencia, en general, a circunstancias como la falta de una contraprestación real en los negocios celebrados por la sociedad, la coincidencia de sujetos y denominaciones sociales y la similitud en el funcionamiento de órganos internos de compañías involucradas en actos fraudulentos.

Dicho esto, debe reiterarse que, para que prospere una acción de esta naturaleza, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para

los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Y no podría ser de otra forma, debido a la severidad de los efectos de las dos modalidades analizadas en párrafos anteriores.¹

2. El caso presentado ante el Despacho

Una vez revisado el material probatorio que obra dentro del expediente, debe decirse que las actuaciones debatidas en el presente proceso no le permiten a este Despacho decretar la desestimación de la personalidad jurídica de Tamy Colombia S.A.S. Ello obedece a que las pruebas recaudadas a lo largo del proceso no dan cuenta de un claro abuso de la figura societaria que conlleve a la imposición de esta sanción.² Los elementos probatorios apuntan, principalmente, al incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de inversión bajo estudio por parte de Tamy Colombia S.A.S. En este orden de ideas, debe recordarse que el incumplimiento contractual por parte de una sociedad no es suficiente, por sí solo, para justificar la desestimación de la personalidad jurídica. En criterio de la doctrina autorizada en materia de sociedades, “los jueces deben estar mucho menos dispuestos a desestimar la personalidad jurídica [...] cuando el acreedor contractual estuvo en capacidad de proteger sus intereses mediante la solicitud, por ejemplo, de una garantía personal por parte del accionista controlante de la compañía”.³ En igual sentido, la doctrina explica que lo anterior se debe a que los acreedores voluntarios tienen la posibilidad de ajustar, ex ante, las condiciones contractuales de manera tal que se compense el riesgo de un posible incumplimiento.⁴ En palabras de Reyes Villamizar, “las personas que de manera voluntaria celebran negocios jurídicos con una sociedad, lo hacen luego de valorar los riesgos y beneficios resultantes de esa relación. No parece razonable, por tanto, que puedan beneficiarse ante una contingencia de riesgo que han podido conocer con anterioridad”.⁵

Lo anterior no pierde vigencia por el hecho de que, según las pruebas que obran en el expediente, aparentemente existen algunas irregularidades respecto del funcionamiento de Tamy Colombia S.A.S. Ello, toda vez que las irregularidades en cuestión —relacionadas, principalmente, con el desconocimiento de la dirección física en la cual se ubican las oficinas de la compañía, con el hecho de que no se habría renovado la matrícula mercantil por el término de dos años y con la aparente falta de relación comercial entre Mall Plaza y Tamy Colombia S.A.S. para efectos de arrendar o venderle alguno de sus locales— tampoco permiten sostener, sin lugar a dudas, que el señor Parra Pérez se valió

1 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 801-15 del 15 de marzo de 2013.

2 Esta conclusión no desaparece con ocasión de lo previsto en el artículo 205 del Código General del Proceso acerca de la confesión presunta respecto de ciertos hechos contenidos en la demanda por la no comparecencia del citado a la audiencia en la que se practicaría su interrogatorio. Y es que no puede perderse de vista que, al margen de que este Despacho remitió a la nueva dirección de correo electrónico que obra en el registro mercantil de Tamy Colombia S.A.S. una comunicación por medio de la cual se le informó al señor Parra Pérez acerca del interrogatorio de parte que se había decretado a solicitud del demandante, formalmente los demandados no han sido notificados del auto admisorio de la demanda de la referencia. Su comparecencia al proceso, tal y como consta en el expediente, se ha hecho a través de curador ad litem.

De cualquier manera, si en gracia de discusión se pensara lo contrario, debe decirse que no se cuentan con suficientes pruebas que permitan evidenciar la utilización de la figura societaria para fines contrarios al ordenamiento jurídico. Inclusive, teniendo en cuenta la confesión presunta del artículo 205 del Código General del Proceso, este Despacho ni siquiera tiene certeza de cómo Diego Parra Pérez se habría valido, indebidamente, de los atributos de limitación de responsabilidad y personificación jurídica independiente.

3 S Bainbridge, *Corporate Law*, 3ª Ed. (2015, St. Paul, Foundation Press) 61.

4 FH Easterbrook & DR Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, (1996, Cambridge, Harvard University Press) 58.

5 FH Reyes Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario*, 2ª Ed. (2013, Bogotá D.C., Legis Editores S.A.) 92.

del beneficio de limitación de responsabilidad para defraudar los intereses del demandante.⁶ A una conclusión diferente se habría podido arribar si, por ejemplo, el demandante hubiese demostrado, con suficientes méritos, que Tamy Colombia S.A.S. no desarrolla las actividades previstas en su objeto social y, especialmente, que no representa la marca FINI en Colombia.

3. Conclusión

A pesar de que este Despacho ha resaltado que el abuso de la forma asociativa debe ser fuertemente reprendido por el régimen jurídico societario, esto requiere de un adecuado y cuidadoso escrutinio judicial, así como de una carga en materia probatoria reforzada por parte de quien pretenda que se imponga esta sanción. En este caso, sin embargo, dicha carga no se cumplió. En verdad, no se allegaron suficientes pruebas que le permitieran al Despacho comprobar que Diego Parra Pérez uso ilegítimamente a Tamy Colombia S.A.S. en los términos del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008. Por este motivo, se desestimarán las pretensiones de la demanda.

[...]

En mérito de lo expuesto, la Directora de Jurisdicción Societaria II, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Desestimar las pretensiones de la demanda.

Segundo. Abstenerse de proferir una condena en costas.

La anterior providencia se profiere a los dieciséis días del mes de septiembre de dos mil veintiuno y se notifica por estado.

6 Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio de las sanciones de orden administrativo que se puedan derivar de tales irregularidades, así como de las acciones por incumplimiento contractual que se puedan iniciar ante la jurisdicción civil.

Sentencia n.º 2021-01-692753 del 24 de noviembre de 2021

Partes	Inversiones Holmera Ltda. contra Ayde Matapi Yacuna y otros
Asunto	Impugnación de decisiones sociales. Fideicomiso civil y derecho de preferencia.

Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho, tiene como propósito que se declare no válido el negocio jurídico que consta en escritura pública n.º 323 del 24 de abril de 2015, mediante la cual se constituyó un fideicomiso civil sobre las cuotas sociales que posee Luis Carlos Castro Rojas en Inversiones Holmera Limitada en favor de Ayde Matapi Yacuna y Tomas Nimrod Castro Matapi. La demandante igualmente ha solicitado se oficie a la Notaría 58 de Bogotá, así como a la Cámara de Comercio de Bogotá para que se les informe acerca de la invalidez del precitado negocio jurídico.

Como sustento de sus pretensiones, se relató que mediante escritura pública n.º 915 del 27 de mayo de 1980, fue constituida la compañía Inversiones Holmera Ltda. Se dijo que, a través del precitado acto de constitución, fue incluido el procedimiento para la cesión de cuotas de la compañía, el cual se consagró desde el artículo octavo al décimo primero. Sin embargo, se narró que mediante escritura pública n.º 323 del 24 de abril de 2015 de la Notaría 58 de Bogotá D.C., el señor Luis Carlos Castro Rojas, constituyó un fideicomiso civil en favor de Ayde Matapi Yacuna y Tomas Nimrod Castro Matapi, que tenía como finalidad la cesión de las cuotas que el señor Castro poseía en Inversiones Holmera Ltda. Este acto fue registrado ante la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante acto administrativo n.º 02560284 del libro IX el 4 de marzo de 2020. Según se indica en la demanda, el referido documento habría quebrantado varias disposiciones legales y estatutarias en cuanto a la cesión de cuotas de la compañía, relacionadas con el derecho de preferencia, por lo que mediante escrito del 9 de marzo de 2020 Inversiones Holmera Ltda. interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación ante la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual fue denegado. No obstante, se narró que la segunda instancia fue concedida y tramitada por conducto de la Superintendencia de Industria y Comercio, quienes mediante Resolución n.º 29571 del 18 de junio de 2020, revocaron el acto administrativo n.º 02560284 del registro mercantil efectuado por la Cámara de Comercio de Bogotá.

Por su parte, el apoderado de Ayde Matapi Yacuna y Tomas Nimrod Castro Matapi, afirmó que, según lo dispone el artículo 793 al 822 del Código de Comercio, “el Fideicomiso Civil es el contrato que una persona suscribe sobre bienes de su propiedad y por el cual constituye una limitación de dominio [por lo que] mal podría como se pretende en la demanda hablarse que se está pretermitiendo una cesión de cuotas”. En sus palabras “se evidencia la confusión en dos conceptos jurídicos totalmente diferentes, en efecto la [cesión] es un contrato por el cual una parte, el cedente, enajena su derecho, legalmente cesible, en favor de otra, el cesionario, para que este la ejerza a su propio nombre y el [fideicomiso civil] tal y como se reitera es una [limitación al dominio]”, es este sentido,

“con la muerte del [señor Luis Carlos Castro Rojas, sus poderdantes señores Ayde Matapi Yacuna y Tomas Nimrod Castro Matapi] dejan de ser fideicomisarios o se constituyen directamente en socios con las mismas condiciones ostentadas por el [causante en la sociedad demandante]”. En criterio del referido apoderado “la [sociedad Inversiones Holmera Ltda., pretende desconocer sus obligaciones al negarse a [registrar la escritura pública en el libro de actas de la demandante]”.

Por otro lado, los demandados Myriam Castro Pulido, Oswaldo Castro Pulido, Amanda Castro Pulido, Olga Castro Pulido, Esperanza Castro Pulido, Ricardo Castro Pulido y Andrea Juliana Castro Osorio, no contestaron la demanda, por esta razón, de ser procedente, habrá de aplicarse la sanción procesal prevista en el artículo 97 del Código General del Proceso, en el sentido que podrán presumirse ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda. No obstante, si bien podría dar lugar a la aplicación de esta sanción, deberá tenerse en cuenta que, el material probatorio disponible podría ser suficiente para desvirtuar los actos controvertidos. Es decir, este tipo de sanciones no podría aplicarse, cuando existen elementos de prueba suficientes que desvirtúen la ocurrencia de las circunstancias fácticas narradas en la demanda.

Pues bien, para resolver la referida controversia, debe decirse que, como es sabido, las compañías de responsabilidad limitada pueden restringir la libertad contractual a la imposición al derecho de preferencia, trámite previsto en la ley según lo prevé el artículo 363 del Código de Comercio, según el cual “[s]alvo estipulación en contrario, el socio que pretenda ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás socios por conducto del representante legal de la compañía, quien les dará traslado inmediatamente, a fin de que dentro de los quince días siguientes, manifiesten si tienen interés en adquirirlas.” Esto significa que, si la pretensión del socio es ceder su participación, obligatoriamente deberá seguir previamente el trámite de la preferencia.

Ahora, una vez analizadas las pruebas disponibles en este expediente, en específico, los estatutos de Inversiones Holmera Limitada, encuentra el Despacho que el artículo noveno delimitó la negociación de las acciones al derecho de preferencia, al indicar que “el socio que pretenda ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás socios por conducto del representante legal de la compañía, quien les dará traslado inmediatamente y por escrito a fin de que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al traslado manifiesten que tiene interés en adquirirlas. En este orden de ideas y partiendo entonces de la base de que en los estatutos de Inversiones Holmera Limitada, se consagró el procedimiento estipulado por el artículo 363 del Código de Comercio para la cesión de cuotas, es viable ahora analizar la situación fáctica que ha sido puesta en consideración de este Despacho.

Así, se tiene que mediante escritura pública n.º 323 del 24 de abril de 2015 de la Notaría 58 de Bogotá D.C., en vida, el señor Luis Carlos Castro Rojas, constituyó un fideicomiso civil en favor de Ayde Matapi Yacuna y Tomas Nimrod Castro Matapi, cuya finalidad era precisamente la cesión de las cuotas que el señor Castro poseía en Inversiones Holmera Ltda., cesión que estaba sujeta al cumplimiento de cualquiera de las dos condiciones establecidas por el constituyente. Este acto, fue inscrito por la Cámara de Comercio Bogotá, mediante acto administrativo n.º 02560284 del libro IX el 4 de marzo de 2020.

Sin embargo, nótese que la voluntad de los asociados frente a la libre negociabilidad de las cuotas partes de la compañía, fue delimitada estatutariamente a través del derecho de preferencia, entonces, su acatamiento resultaba obligatorio para los socios que pretendían ceder su participación, independientemente el mecanismo jurídico utilizado. Para estos fines, la transferencia de la propiedad social, debería respetar el derecho de preferencia estipulado por Inversiones Holmera Ltda., situación que no logró ser comprobada en este caso, pues en aras de verificar si el querer social habría viabilizado la constitución del fideicomiso establecido por Luis Carlos Castro Rojas, se practicó el interrogatorio oficioso a la representante legal de la compañía, quien al preguntársele si tenía conocimiento del negocio jurídico constituido por el señor Castro, respondió: “la conocí este año, llamaron de la Cámara de Comercio, no conocía con anterioridad eso, y tengo entendido que la hicieron en el año 2015”. Al no contar con pruebas adicionales que desvirtuaran tales afirmaciones, concluye el Despacho que la compañía demandante tuvo conocimiento de la existencia de la fiducia civil, tiempo después de que el socio Luis Carlos Castro Rojas hubiese constituido el referido acto jurídico.

En esa medida, no era dable emplear una interpretación diferente a la correcta aplicación del procedimiento establecido por la compañía frente al derecho de preferencia, pues esa fue la voluntad social en los términos de las cláusulas estatutarias de la compañía demandante. Y es que según lo ha explicado la doctrina especializada, este fin encuentra sustento en que “[l]a sociedad de responsabilidad limitada es una sociedad híbrida, de capital frente a los terceros, pero en la que el intuitu personae domina el régimen interno del contrato. Por esta circunstancia, la adquisición de la calidad de socio está sujeta, por la naturaleza del contrato, a la aprobación de la junta de socios, a fin de preservar el carácter personalista y cerrado de la compañía de responsabilidad limitada”.¹

Ahora, aunque durante los alegatos de conclusión, el apoderado de Ayde Matapi Yacuna y Tomas Nimrod Castro Matapi manifestó que “el señor Luis Carlos Castro Rojas jamás violó ninguno de los estatutos de la escritura pública 915 del 27 de mayo de 1980 (...) por que en vida jamás vendió o enajenó las acciones de su propiedad y como eso no ocurrió, nunca las ofreció a los demás socios, como lo pretende hacer ver la parte actora. Sus acciones estuvieron en su poder hasta el último momento de su vida, cosa distinta fue su voluntad que una vez falleciera su intención fue que dichas acciones que ostentaba en Inversiones Holmera Ltda., pasarán a los aquí demandados, (...) a través del fideicomiso civil constituido a través de la escritura pública 323 del 24 de abril de 2015”, lo cierto es que, resultó bastante claro para el Despacho que la voluntad del socio Luis Carlos Castro Rojas era ceder su participación en Inversiones Holmera Ltda. a favor de Ayde Matapi Yacuna y Tomas Nimrod Castro Matapi, manifestación que intentó ser oficializada tal como lo demostraron los actos llevados a cabo ante la Cámara de Comercio de Bogotá, de donde surgió el acto administrativo n.º 02560284 del libro IX el 4 de marzo de 2020. Entonces si la voluntad del señor Castro estaba encaminada a ceder su participación, lo propio era atender la voluntad de los asociados, dando aplicación al derecho de preferencia, pues no resulta viable para el Despacho transferir acciones a título de fiducia civil sin agotar previamente el mencionado derecho.

1 Cfr. NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario, 2ª Ed. (2014, Bogotá, Legis Editores S.A.) 741.

Bajo las anteriores premisas, el Despacho procederá a declarar que la violación al derecho de preferencia comprobado en esta sentencia, materializado mediante escritura pública n.º 323 del 24 de abril de 2015 de la Notaria 58 de Bogotá D.C., no produce efectos jurídicos frente a la composición social de Inversiones Holmera Ltda. También se le oficiará a la Cámara de Comercio de Bogotá, a fin de que se inscriba esta sentencia en el registro mercantil que lleva esa entidad. Por lo demás, se oficiará a la Notaria 58 de Bogotá D.C. para informar sobre el contenido de esta Sentencia.

[...]

En mérito de lo expuesto, la Directora de Jurisdicción Societaria III, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Declarar que la violación al derecho de preferencia, materializado mediante escritura pública n.º 323 del 24 de abril de 2015 de la Notaria 58 de Bogotá D.C., no produce efectos jurídicos frente a la composición social de Inversiones Holmera Ltda.

Segundo. Oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá para que efectúe las anotaciones que correspondan en el registro mercantil a su cargo.

Tercero. Oficiar a la Notaria 58 de Bogotá D.C. para informar sobre el contenido de esta Sentencia.

Cuarto. Condenar en costas a Ayde Matapi Yacuna, Tomas Nimrod Castro Matapi, Myriam Castro Pulido, Oswaldo Castro Pulido, Amanda Castro Pulido, Olga Castro Pulido, Esperanza Castro Pulido, Ricardo Castro Pulido y Andrea Juliana Castro Osorio y fijar como agencias en derecho a favor de Inversiones Holmera Ltda., una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere a los veinticuatro días del mes de noviembre de dos mil veintiuno y se notifica por estado.

Autos procesos societarios

Auto n.º 2019-01-201128 del 16 de mayo de 2019

Partes	ASMC Inversiones S.A.S. y otros contra Distribuidora Cristal (Discristal) S.A. y otros
Asunto	Usurpación de oportunidades de negocio.

Consideraciones del Despacho

Este Despacho se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para establecer la procedencia de medidas cautelares en procesos societarios. Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma en los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar medidas cautelares, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de juicio disponibles, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico de los demandantes, según se expresa a continuación.

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

[...]

La demanda presentada ante el Despacho busca que se declare que Rubén Darío Salazar Restrepo (representante legal), Mónica Franco Ramos (miembro de junta directiva) y Elena María Franco Ramos (miembro de junta directiva), en calidad de administradores de Discristal S.A., infringieron los deberes generales de buena fe, lealtad y cuidado, así como los específicos previstos en los numerales 1, 2, 4, 5, 6 y 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Igualmente, se ha solicitado la declaración de nulidad de diversos contratos presuntamente celebrados en conflicto de interés y la sanción de inhabilidad para ejercer el comercio, dispuesta en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009.

Acerca del uso indebido de información privilegiada, trato inequitativo a los accionistas, infracción a disposiciones legales y estatutarias, actos de competencia y usurpación de oportunidades de negocios. Según se expresa en la demanda, al interior de Discristal S.A. existen dos bloques accionarios, uno de ellos compuesto por los accionistas minoritarios titulares del 31% de las acciones en circulación —de quienes hacen parte los demandantes—, y el otro conformado por los accionistas mayoritarios titulares del restante 69% —de quienes hacen parte varios de los demandados—. Los demandantes también han descrito el conflicto societario existente entre tales bloques, el cual, al parecer, se habría agudizado con ocasión de un laudo arbitral proferido a favor de los accionistas minoritarios.

En este contexto, los demandantes han puesto de presente que la actividad principal de la Discristal S.A. se venía cumpliendo, desde 1976, a través la ejecución de contratos de distribución y comercialización de productos de la Industria Licorera de Caldas (ILC) en Manizales. Es así como, en los últimos años, participaba en consorcio con Papeles y Negocios S.A. —cuyos accionistas hacen parte del bloque mayoritario de Discristal S.A.— en procesos lici-

tatorios para la adjudicación de tales negocios jurídicos. No obstante, se afirma que en marzo de 2011 concluyó la vigencia del contrato de distribución de Aguardiente Cristal y Ron Viejo de Caldas en Manizales, y que los administradores de Discristal S.A., ilegítimamente, resolvieron no presentarse a la invitación abierta n.º 013-2010, relativa a la siguiente vigencia. Habría sido así como, posteriormente, los administradores y accionistas mayoritarios de Discristal S.A. resolvieron conformar un nuevo consorcio entre distintas compañías adscritas a ellos —incluyendo a Papeles y Negocios S.A.—, denominado “Licores de Caldas”. De esta manera, entonces, habrían logrado la adjudicación del contrato al que se refería la invitación abierta antes mencionada, el cual habría sido suscrito el 16 de diciembre de 2010 por Mónica Franco Ramos en representación del aludido nuevo consorcio. Lo anterior, pese a que los accionistas minoritarios de Discristal S.A. habrían requerido insistentemente a los administradores para que, en ejercicio de sus funciones y en desarrollo del objeto social, presentaran a la compañía al proceso licitatorio. Según se expresa en la demanda, para este fin no era indispensable la celebración del consorcio con Papeles y Negocios S.A., pues la posibilidad de que Discristal S.A. se asociara con ASMC Inversiones S.A.S. —cuyos accionistas y administradores hacen parte del bloque minoritario— estaba puesta sobre la mesa.

A juicio de los demandantes, “[l]a adjudicación del contrato por parte de la ILC al Consorcio Licores de Caldas, constituye prueba elocuente de la clara intención de quienes integran el grupo de accionistas mayoritarios de apropiarse del único negocio que generaba ingresos líquidos a Discristal [...]”. “Otra clara prueba de la maniobra desplegada por el grupo de accionistas minoritarios para despojar a Discristal de la oportunidad de intervenir en la licitación [...] pero aprovechándose de la misma Discristal para lograr la adjudicación [...], la constituye el hecho de que en el trámite del referido proceso licitatorio uno de los consorciados: Papeles y Negocios S.A., manifestó tener la condición de socio de Discristal, con la finalidad de mostrar ante la ILC una mayor capacidad económica para la adjudicación del contrato [...]”. Todo lo anterior, consideran los demandantes, con la anuencia y participación de los administradores demandados.

De ahí que, según se indica en la demanda, los administradores de la compañía incurrieron, por acción y omisión, en comportamientos reprochables a la luz de sus deberes, pues se habrían abstenido de realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social, no habrían guardado y protegido la reserva comercial e industrial de la sociedad, habrían utilizado indebidamente información social privilegiada, habrían dado un trato inequitativo a los accionistas minoritarios —a quienes también se les habría vulnerado su derecho de inspección— y habrían incurrido en competencia y usurpación de oportunidades de negocio en perjuicio de los intereses sociales.

Pues bien, una vez examinada la información disponible en el expediente, el Despacho encontró varios indicios que apuntan a que los demandados, en efecto, pudieron haber incurrido en omisiones y actuaciones censurables a la luz de los deberes invocados en la demanda.

Para comenzar, según la certificación expedida por la ILC el 4 de noviembre de 2010, desde el 16 de mayo de 2003 hasta el 21 de abril de 2011, Discristal S.A., en consorcio con Papeles y Negocios S.A., fue adjudicatario del contrato de compraventa para la comercialización de productos.

Por otro lado, las comunicaciones dirigidas por Rodrigo Molina Grau —para ese entonces miembro de la junta directiva— a los administradores y accionistas mayoritarios de Dis-

crystal S.A. el 17, 20 y 24 de noviembre de 2010, también parecen indicar que Rubén Darío Salazar Restrepo, Mónica Franco Ramos y Elena María Franco Ramos, en su calidad de administradores, conocían acerca de la invitación n.º 013-2010 y de los requisitos que podría cumplir Discristal S.A. para participar en dicho proceso.

Así mismo, la comunicación enviada el 22 de noviembre de 2010 a Rodrigo Molina Grau por Humberto Franco Mejía —para ese entonces, accionista perteneciente al bloque mayoritario—, Ruben Darío Salazar Restrepo y Hernando Arbeláez Hurtado —administradores—, daría cuenta de que los administradores de Discristal S.A. se abstuvieron celebrar un contrato de consorcio para que la compañía participara en la licitación n.º 013-2010. Al parecer, la causa que generó la negativa fue el agudo conflicto intrasocietario suscitado entre los accionistas de la sociedad. Ciertamente, en la referida comunicación del 22 de noviembre se dejó constancia de que Discristal S.A. no podría participar de manera individual en la licitación y que tampoco se celebraría un contrato de consorcio con Papeles y Negocios S.A. ni con ASMC Inversiones S.A. para el efecto. Lo anterior, en atención a una demanda arbitral interpuesta por los ahora demandantes en contra de Discristal S.A. y los accionistas mayoritarios, la cual dio lugar a una condena a cargo de estos últimos. En la misma línea, el acta n.º 160 de la junta directiva también apunta a que los administradores se negaron celebrar un contrato de consorcio con alguna compañía a fin de permitir que Discristal S.A. participara en la licitación antedicha.

De otra parte, en el expediente reposa el contrato de compraventa para la comercialización de productos n.º 117-2010 del 16 de diciembre de 2010 y su prórroga, celebrado entre la ILC y el consorcio Licores de Caldas, y suscrito por Mónica Franco Ramos como representante del mencionado consorcio. Sobre el particular, en la demanda se afirma que la señora Franco Ramos habría cedido inicialmente parte de sus acciones en Discristal S.A. a favor de Papeles y Negocios S.A. con el fin de acreditar mayor capacidad económica ante la ILC. Por lo demás, el Despacho también encontró que, de forma posterior a la adjudicación del contrato al consorcio Licores de Caldas, la junta directiva habría aprobado la cesión de la agencia que dicha compañía tenía en Manizales a favor de Papeles y Negocios de S.A. Esta propuesta habría sido aprobada con el voto favorable de Rubén Darío Salazar y Hernando Arbeláez, según consta en el acta n.º 260.

Los elementos de juicio antes descritos apuntan, entonces, a que los administradores de Discristal S.A., en asocio con los denominados accionistas mayoritarios, pudieron haber infringido su deber de general de lealtad al valerse de información privilegiada para despojar a la compañía de una verdadera oportunidad de negocios e incurrir en actos de competencia. Ciertamente, en el marco de un conflicto intrasocietario, tales sujetos se habrían negado, sin razones aparentemente legítimas, a llevar a cabo los actos necesarios para que Discristal S.A., directamente o en asocio con otra compañía, fuera partícipe del proceso licitatorio n.º 013-2010, del que resultaría la adjudicación de la nueva vigencia de un contrato de compraventa para la comercialización de productos con la ILC que venía celebrándose con la compañía desde el 2003. A su vez, tales personas habrían estructurado, con compañías vinculadas a ellas, el consorcio Licores de Caldas, el cual se habría presentado finalmente a la aludida invitación abierta y habría resultado adjudicatario del mismo negocio jurídico antes mencionado. Para tal efecto, se afirma que los administradores demandados se valieron de la información privilegiada de la que disponían por virtud de su posición en Discristal S.A. Además, una de las compañías parte del consorcio Licores de Caldas, con la que antes se presentaba Discristal S.A. al proceso licitatorio, parece haber acreditado

su experiencia ante la Industria Licorera de Caldas con base en el consorcio que históricamente conformaba con Discristal S.A. para ese fin.

De ser ello cierto, existirían importantes indicios de que los administradores de Discristal S.A. pudieron haber incurrido en una apropiación ilegítima de una oportunidad de negocio que le habría podido pertenecer a la compañía. En primer lugar, el contrato de compraventa para la comercialización de productos se encontraba dentro de la línea de negocios de Discristal S.A. En segundo lugar, la compañía podría haber cumplido con los requisitos para participar en el trámite licitatorio si sus administradores hubieran al menos procurado llevar a cabo las actuaciones orientadas a ello. En tercer lugar, más allá de posibles intereses particulares de sus accionistas y administradores, Discristal S.A. parecía tener interés y expectativa en la respectiva operación. En cuarto lugar, los administradores de la compañía parecen haber tenido conocimiento de la oportunidad en mención mientras ejercían sus cargos en Discristal S.A., a lo que se suma que contaban con información privilegiada relacionada con el particular. Finalmente, el contrato antes referido habría sido adjudicado al consorcio conformado, en este contexto, por compañías vinculadas a los administradores y accionistas mayoritarios de Discristal S.A.

Al respecto, debe recordarse que el deber de lealtad les impone a los administradores sociales la exigencia de abstenerse de tomar para sí oportunidades de negocios que le corresponden a la compañía. En efecto, mal podría obrar con lealtad quien, en ejercicio de la administración social, conoce de un negocio al alcance de la sociedad y, pese a ello, lo distrae o desvía para beneficio propio. Bajo esta hipótesis, el sujeto se vale de su posición en la compañía, del contacto directo con la gestión encomendada y del conocimiento adquirido a lo largo del ejercicio de su cargo, para explotar una oportunidad de negocios que legítimamente le pertenecía a aquella y, por ende, le habría generado potenciales ingresos.¹

Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho se abstendrá de decretar medidas cautelares relacionadas con este asunto, pues en la demanda no se solicitó una indemnización de perjuicios y tampoco parece haberse aprobado una acción social de responsabilidad por parte del máximo órgano social de Discristal S.A.

[...]

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria I,

Resuelve

Negar la solicitud de medidas cautelares.

Notifíquese y cúmplase.

1 Cfr. Guth v. Loft, Inc., 5A. 2d 503, 511 (Del. Ch. 1939). Según el caso mencionado, estudiado por la Corte de Cancillería de Delaware, para establecer si la oportunidad le pertenecía a la sociedad y, por lo tanto, le estaba vedado tomarla al administrador, debe determinarse si: (i) la sociedad tenía capacidad financiera de explotarla (financial viability of the opportunity); (ii) la oportunidad estaba dentro de la línea de negocios de la compañía (opportunity in the corporation's line of business); (iii) la sociedad tenía un interés o expectativa en la oportunidad (interest or expectancy in the opportunity); (iv) al tomarla para sí, el administrador se puso en una posición contraria a sus deberes frente a la sociedad (inimicable position).

Auto n.º 2021-01-636432 del 27 de octubre de 2021

Partes	Edwin Andrés Quintero Salazar y Paula Andrea González Patiño contra Andrés Felipe Ossa Vélez y otros
Asunto	Exclusión forzosa de accionistas minoritarios mediante la liquidación intempestiva de una sociedad en marcha, con el simultáneo traslado del negocio a sociedades vinculadas al controlante.

Consideraciones del Despacho

Este Despacho se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para establecer la procedencia de medidas cautelares en procesos societarios. Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma en los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar medidas cautelares, es pertinente efectuar un análisis de los elementos de juicio disponibles a fin de establecer, entre otras cosas, las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico de los demandantes, según se expresa a continuación.

1. El caso presentado

La demanda presentada ante el Despacho busca que se declare responsable a Andrés Felipe Ossa Vélez por haber infringido los deberes que le correspondían en su calidad de administrador de Simetría Laboratorio de Estética Dental S.A.S. En particular, se ha invocado la transgresión de los deberes generales de lealtad y buena fe, así como también de los deberes específicos de abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada y de abstenerse de participar en actos que impliquen competencia con la sociedad o que puedan estar viciados por conflicto de interés. Adicionalmente, se ha solicitado que se declare la responsabilidad solidaria de Andrés Felipe Ossa Vélez, Leidy Yohana González Patiño y Martín Ossa González como accionistas mayoritarios de la aludida compañía, por participar y promover los mismos actos desleales cuestionados al representante legal, para cuyo efecto se invocó la disposición contenida en el artículo 4 del Decreto 1925 de 2009.

En sustento de lo anterior, Edwin Andrés Quintero Salazar y Paula Andrea González Patiño, titulares del 40% del capital suscrito de Simetría Laboratorio de Estética Dental S.A.S., han señalado que fueron “expulsa[dos] forzosamente” de la compañía como resultado de la imposición unilateral de su disolución y liquidación, decisiones aprobadas con los votos de los accionistas demandados, propietarios del restante 60% de las acciones en circulación, en las reuniones asamblearias celebradas el 25 y 29 de mayo de 2021, respectivamente. De igual manera, se puso de presente que, con anterioridad a tales sesiones, se celebró otra reunión el 10 de abril de 2021, a la que sí asistieron los demandantes y en la que los demandados, quienes hacen parte del mismo núcleo familiar, fueron categóricos en afirmar su interés de liquidar la compañía. La razón ofrecida, sin más, habría sido que el señor Ossa Vélez quería continuar con el exitoso ejercicio de su profesión como “laboralista dental” de manera independiente y autónoma, en su pro-

pio beneficio y de su familia, sin tener que consultar ni discutir sus asuntos con otros asociados. Según los demandantes, tales accionistas también manifestaron que no tenían la intención de comprarles sus acciones, pues como lo había mencionado el mismo señor Ossa Vélez, la compañía se había valorizado en los seis años de explotación de su actividad gracias a su propia labor, por lo que, al parecer, tampoco estaría dispuesto a reconocer un precio a los minoritarios por su participación. En aquella primera sesión, entonces, los demandados habrían anunciado que la decisión de liquidar la sociedad estaba prácticamente tomada, pues ellos eran titulares de la mayoría accionaria, y “que solo se iba a pagar el porcentaje de los equipos depreciados”.

Habría sido así como el 25 y 29 de mayo de 2021, respectivamente, la asamblea general de accionistas Simetría Laboratorio de Estética Dental S.A.S. aprobó formalmente, y sin la participación de los demandantes, la disolución y liquidación de la sociedad sin mayores justificaciones, pese a la rentabilidad del negocio. A lo anterior debe agregarse que, según los hechos narrados en la demanda, de manera casi simultánea a tales acontecimientos, el 5 de abril de 2021 Andrés Felipe Ossa Vélez y Leidy Yohana González Patiño constituyeron Veneers Dental Creation Lab S.A.S. “con el mismo objeto social de S[imetría], de lo que se colige que tenían todo previamente orquestado, la sociedad constituida, habían hecho renunciar a los trabajadores de Simetría para ponerlos a trabajar en la nueva sociedad, es decir [ya se habían hurtado] la empresa”.

De acuerdo con el texto de la demanda, los intereses patrimoniales de los demandantes fueron gravemente lesionados, “pues su participación pasaría del 40% al 0%, cuando lo pretendido por los demandados es pasar del 60% al 100%, con la apertura de un negocio igual, con los mismos clientes, trabajadores, proveedores y demás pero expulsándolos de su participación a los accionistas hoy demandantes con la liquidación de S[imetría]”. Es así como, en opinión del apoderado de los demandantes, “se configura una violación a los [d]eberes de los [a]dministradores de lealtad y buena fe, especialmente los regulados en los numerales 5 y 7 de la Ley 222 del 1995, y el artículo 1 y 4 del Decreto 1925 de 2.009, cuando el señor A[ndrés] F[elipe] O[ssa] V[élez] en su calidad de [r]epresentante [l]egal de la sociedad S[imetría] L[aboratorio] D[e] E[stética] D[ental] S.A.S., utiliza indebidamente la información privilegiada, efectúa actos de competencia en contra de la sociedad, (conflicto de interés) al participar y orquestar en interés personal y con su esposa la accionista L[eidy] Y[ohanna] G[onzález] P[atíños], (y no de la sociedad), la [d]isolución y [l]iquidación de la sociedad que administraba, para crear una empresa totalmente igual y trasladarle el [g]ood [w]ill, [k]now [h]ow, prestigio, experiencia, proveedores, trayectoria, reconocimiento en el mercado, confianza de los clientes, empleados, procesos y demás para de esta manera expulsar de la sociedad a los [d]emandantes y apropiarse del 100% del negocio”.

Así, pues, al considerarse afectados en sus intereses económicos con ocasión de la conducta de los demandados, los demandantes solicitaron el reconocimiento de una indemnización de perjuicios estimados en \$1.075.846.344, asociados al “valor del porcentaje de participación accionaria (valor de la empresa incluido su [g]ood [w]ill), más el valor dejado de percibir correspondiente al valor de las utilidades de la empresa, en su respectivo porcentaje de participación accionaria”.

2. La exclusión forzosa de asociados concertada entre el administrador y los accionistas mayoritarios

En los casos de Comercializadora GL S.A.S. y Embotelladora del Huila S.A., esta Delegatura estudió la exclusión forzosa de asociados (freezeout o squeeze-out), como resultado operaciones de diversa índole que buscan eliminar la participación de los minoritarios en el capital de una sociedad. Según se expresó en la sentencia n.º 800-119 del 17 de septiembre de 2015 y en el auto n.º 800-6317 del 25 de abril de 2016, “[e]n procesos de fusión, por ejemplo, es posible pactar que los accionistas minoritarios de una sociedad absorbida reciban dinero en efectivo en lugar de acciones en la absorbente.¹ En estas hipótesis, se producirá en la práctica un reembolso obligado de los aportes a los minoritarios, al valor establecido en la relación de canje prevista para la fusión”.² Así mismo, se indicó que “[l]a exclusión forzosa de minoritarios puede producirse también como resultado de una enajenación global de activos.³ Para tal efecto, el accionista mayoritario puede disponer que la totalidad de los activos sociales le sean enajenados a una compañía en la que tal sujeto sea propietario del 100% de las acciones en circulación.⁴ Una vez cumplida esta operación, el minoritario habrá pasado de detentar derechos económicos sobre una unidad productiva, a ser el titular de un porcentaje sobre las sumas dinerarias recibidas por la compañía vendedora. En ese momento podrá ordenarse la disolución de la sociedad enajenante, de modo que los asociados minoritarios reciban su cuota social de liquidación, calculada a partir del precio fijado para la cesión global de activos”.⁵

Este Despacho también señaló que, “[a]unque la exclusión forzosa de asociados es permitida en la mayoría de sistemas societarios contemporáneos, esta clase de operaciones representa un evidente riesgo para los intereses de los accionistas minoritarios.⁶ Como el accionista controlante suele fijar unilateralmente el precio al que habrá de reembolsarse la participación de los asociados excluidos —tanto en procesos de fusión como en enajenaciones globales aprobadas por la asamblea— es posible que los minoritarios reciban un valor irriso-

-
- 1 El Estado de Delaware en los Estados Unidos fue una de las primeras jurisdicciones en permitir que la contraprestación en procesos de fusión estuviera compuesta totalmente por dinero en efectivo. Esta innovación dio lugar a extensos debates judiciales, promovidos ante la Corte de Cancillería de ese Estado, respecto de la protección con que debían contar los asociados minoritarios excluidos de una compañía por virtud de un proceso de fusión. Para un recuento histórico de los principales antecedentes jurisprudenciales. Sobre la materia, cfr. a JH Choper, JC Coffee y RJ Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, 8ª Ed. (2013, Nueva York, Wolters Kluwer) 1068 a 1070.
 - 2 En palabras de Reyes, esta clase de operaciones “podría eventualmente permitir la liquidación parcial de la sociedad, mediante el reembolso de la participación de alguno o algunos de los accionistas”. FH Reyes Villamizar (2013) 285.
 - 3 Freezing Out Minority Shareholders (1961) 74 HARVARD L REV 8 (notes), 1632.
 - 4 En el caso de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., este Despacho hizo referencia a una modalidad de opresión de minoritarios conocida como la exclusión inducida. Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-44 del 18 de julio de 2014. Mientras que con la exclusión inducida los controlantes buscan persuadir al minoritario para que venda sus acciones a un precio irrisorio, en la exclusión forzosa los mayoritarios pueden deshacerse de la minoría mediante una simple decisión unilateral aprobada en la asamblea general de accionistas.
 - 5 MA Eisenberg y JD Cox (2010) 833. La exclusión forzosa puede cumplirse también mediante una operación que permita aumentar el valor nominal de las acciones (reverse stock split). M Venturuzzo (2010) 878.
 - 6 Para una descripción detallada de los perjuicios que podrían derivarse de la exclusión forzosa de minoritarios, cfr. a FH O’Neal y RB Thompson (2004) capítulos 3 a 6.

rio por sus acciones en la compañía.⁷ Por este motivo, el principal mecanismo de protección en hipótesis de exclusión forzosa suele ser la posibilidad de que los minoritarios acudan ante un juez para obtener una valoración de sus participaciones de capital.⁸ El respectivo proceso judicial estará orientado por la finalidad de determinar el precio justo que deberá recibir el minoritario excluido forzosamente. Para que las sumas que se le paguen al asociado excluido sean realmente justas, ‘el minoritario debe recibir un valor que lo recompense íntegramente por haber perdido su interés económico en una empresa en marcha [...]. La imperiosa labor de encontrar el precio justo les impone al juez y a los peritos la necesidad de sopesar una multiplicidad de factores que pueden incidir en la respectiva valoración, tales como el valor de mercado de las acciones, el valor en libros de los activos sociales, el valor de los dividendos y utilidades que podría generar la sociedad hacia el futuro [...]’.⁹

Pues bien, en el caso de Comercializadora GL S.A.S., la demandante, titular del 40% del capital suscrito, controvertió por abusiva una enajenación global de activos y pasivos aprobada en una reunión del máximo órgano social con los votos del demandado, propietario del restante 60% en el capital de la compañía, y quien fungía, a su vez, como representante legal principal. La operación se celebró a título gratuito a favor de una sociedad controlada por el mismo demandado. Esta Superintendencia señaló que, aunque los pasivos de Comercializadora GL S.A.S eran superiores a sus activos y, por tanto, su situación patrimonial era negativa conforme a su valor en libros, la cesión de activos y pasivos sin contraprestación alguna implicó, en todo caso, una lesión a los intereses económicos de la demandante. Esto se debió a que, a pesar de las dificultades financieras de la sociedad, sus negocios tenían una clara vocación de continuidad, lo que pudo evidenciarse en el hecho de que la compañía cesionaria continuó explotando los activos recibidos, en circunstancias similares, sin inconvenientes. En esa medida, la Superintendencia advirtió que las condiciones económicas de la enajenación global se habían determinado conforme a su valor de liquidación, pese a que la operación no buscaba simplemente facilitar la terminación del negocio sino permitir que el demandado continuara explotándolo sin compartir las utilidades con la demandante. Con ocasión de la aludida enajenación, entonces, la participación de la accionista minoritaria perdió todo su valor, al paso que el demandado conservó sus derechos económicos a través de la otra sociedad. Según esta Superintendencia, Comercializadora GL S.A.S. debió ser valorada a partir de sus flujos futuros, bajo el criterio de la empresa en marcha. Debido a que ello no ocurrió y, en consecuencia, el patrimonio de la accionista demandante resultó ilegítimamente menoscabado, la operación en comento fue censurada por este Despacho. En sus palabras, “cuando se pretenda llevar a cabo una enajenación global de activos como la analizada en este proceso, los accionistas mayoritarios tienen el deber de asegurar que la cesión se haga por un precio justo y que la compañía reciba una contraprestación adecuada”.

7 Durante los últimos 40 años, la Corte de Cancillería de Delaware se ha dado a la tarea de diseñar sofisticados criterios analíticos para valorar el impacto de las exclusiones forzosas sobre los accionistas minoritarios de compañías abiertas. Esta labor jurisprudencial ha sido tan influyente que ya existen incluso estudios empíricos que miden los efectos económicos que han tenido los sucesivos cambios de postura de la Corte de Cancillería en materia de exclusiones forzosas. Para un cuidadoso análisis sobre el particular, cfr. a F Restrepo y G Subramanian, *The Effect of Delaware Doctrine on Freezeout Structure and Outcomes: Evidence on the Unified Approach* (2013) Rock Center for Corporate Governance Working Paper n.º 153.

8 Uno de los principales antecedentes jurisprudenciales sobre fusiones con exclusión de accionistas puede encontrarse en el caso de *Weinberger contra UOP* 457 A.2d 701 (Del 1983). Para una explicación sobre este caso, cfr. a JH Choper y otros (2013) 1070 a 1081.

9 O’Kelley y RB Thompson, *Corporations and Other Business Associations: Cases and Materials*, 6ª Ed. (2010, Nueva York, Aspen Publishers) 739.

En aquella oportunidad, esta Superintendencia resaltó “la importancia de que la valoración de compañías se cumpla a partir de métodos que midan las expectativas económicas reales derivadas del desarrollo de la actividad social. Para el caso de aquellas sociedades cuyas operaciones tengan vocación de continuidad, el método más adecuado será aquél que permita apreciar los flujos de caja que podrían obtenerse a partir de la administración de los negocios sociales hacia el futuro.¹⁰ Esta valoración de una compañía como una empresa en marcha parte del supuesto según el cual los activos sociales continuarán siendo utilizados para el cumplimiento de las actividades a cargo de la sociedad.¹¹ Y es que, a diferencia del valor en libros, la valoración de flujos futuros de efectivo tiene en cuenta las sinergias generadas por la administración coordinada del conjunto de activos de propiedad de la compañía”.¹²

En una línea similar, en el caso de Embotelladora del Huila S.A., el accionista minoritario de la compañía impugnó la decisión de autorizar al representante legal para enajenarle cuantiosos activos, indispensables para desarrollar el objeto social, al accionista mayoritario de la sociedad. En aquella oportunidad, al analizar la probabilidad de éxito de la demanda en sede de medidas cautelares, la Superintendencia encontró indicios que apuntaban a que la operación en comento pudo haberse concebido a partir de una imposición unilateral del accionista mayoritario con el fin de proteger sus propios intereses y continuar con la distribución de los productos antes comercializados por Embotelladora del Huila S.A., pero esta vez sin el concurso del accionista demandante. En palabras de esta Delegatura, “[l]a exclusión podría entonces dar lugar a una fulminante expropiación de los accionistas minoritarios, quienes se verían forzados a renunciar a su participación en la compañía a cambio de una contraprestación exigua. Ante esta evidente situación de desprotección, los jueces se han dado a la tarea de examinar, con especial cuidado, las condiciones económicas pactadas para la exclusión forzosa de minoritarios”. Al respecto, este Despacho hizo alusión a la jurisprudencia societaria proferida en el Estado de Delaware, Estados Unidos, bajo la cual es factible celebrar negocios jurídicos con el único propósito de excluir a los minoritarios de la compañía. Ciertamente, los accionistas minoritarios de una sociedad constituida en ese Estado cuentan con suficientes mecanismos legales para proteger sus intereses ante una operación de la naturaleza indicada. Tales personas tienen la posibilidad de solicitar una indemnización de perjuicios con base en el incumplimiento de los deberes fiduciarios a cargo de los accionistas mayoritarios y administradores que consumaron la exclusión.¹³ Además, se describió la posibilidad que tienen los jueces de invertir la carga de la prueba para asignarla al controlante o administrador demandado, especialmente, cuando los minoritarios no han refrendado o no han tenido la oportunidad de refrendar la operación, o cuando esta no ha sido recomendada por comités independientes. Sobre el particular, se adujo que, “para salir victorioso en un proceso judicial de la naturaleza indicada, el controlante debe demostrar, categóricamente, que la operación se llevó cabo con sujeción a la más estricta ecuanimidad (entire fairness). La carga probatoria del demandado comienza por acreditar que el

10 Para una explicación de los denominados métodos dinámicos de valoración, cfr. a FH Reyes Villamizar, Derecho societario, Tomo II, 2ª Ed. (2006, Bogotá D.C., Editorial Temis) 285.

11 Esta modalidad de valoración busca entonces calcular la plusvalía que pueda generar una compañía al destinar un conjunto de bienes al desarrollo de sus actividades industriales o comerciales. S Bainbridge (2003) 198.

12 Id., 198 a 201. Para establecer el valor en marcha de una sociedad, pueden utilizarse diferentes métodos, incluido el del flujo de caja descontado, el cual “supone traer a valor presente las disponibilidades de efectivo proyectadas por la compañía, para luego aplicarles una tasa de descuento determinada”. FH Reyes (2006) 127.

13 JH Choper, JC Coffee y RJ Gilson, Cases and Materials on Corporations, 8ª Ed. (2013, Nueva York, Wolters Kluwer) 1070 a 1081.

minoritario recibió un precio justo, vale decir, ‘un valor que lo recompense íntegramente por haber perdido su interés económico en una empresa en marcha [...]’.¹⁴

Dicho lo anterior, el Despacho encuentra que, en el caso bajo estudio, el apoderado de Edwin Andrés Quintero Salazar y Paula Andrea González Patiño parece haber planteado la que podría considerarse como una tercera hipótesis de exclusión forzosa de asociados, como consecuencia de la imposición, de manera “abrupta”, de la disolución y liquidación de una sociedad rentable y en marcha por parte de los accionistas mayoritarios, quienes, simultáneamente, habrían promovido el traslado de la operación social a otra compañía vinculada a ellos, con el fin de explotar el mismo negocio pero sin la participación de los minoritarios, a quienes, pese a su exclusión, no les habría sido reconocida una contraprestación justa. En casos como el descrito, una sociedad cuya actividad de explotación económica tiene plena vocación de continuidad, se disuelve y se liquida en un momento determinado unilateralmente por el controlante, quien no busca simplemente terminar con un negocio próspero, sino continuar con su explotación pero sin el concurso del minoritario. Esta situación podría entonces asemejarse a las hipótesis descritas en los casos reseñados anteriormente, como cuando el controlante se propone la enajenación global de activos a su favor con similares propósitos y determina la contraprestación según el valor de liquidación de la compañía, o como cuando se aprueba una fusión con pago efectivo al minoritario al precio que tienen sus acciones según el valor en libros de la sociedad. Si la compañía se encontraba en marcha, las expectativas económicas del accionista minoritario se podrían quebrantar a tal punto que, además de perder su participación en el negocio, tampoco recibe, en compensación, el reconocimiento justo de su valor con base en los flujos de caja futuros que habría producido la sociedad.

Podría pensarse entonces que lo propio ocurre en casos de liquidaciones intempestivas de compañías rentables y prósperas, en los que el controlante y los administradores, conocedores cercanos de la información inherente al negocio, ven la oportunidad de mantener su explotación sin necesidad de compartir las utilidades con los minoritarios. En esa medida, en lugar de comprarles su participación a un precio adecuado, tales sujetos se proponen sencillamente liquidar la sociedad, lo que podría suponer que, bajo las reglas que rigen la liquidación privada de compañías, la expropiación al minoritario se facilita con el simple reconocimiento del remanente que quedó luego de que el liquidador hubiera pagado los pasivos sociales con los activos existentes. Así, mientras el minoritario recibe su modesta cuota social de liquidación, el controlante, con quien pactó inicialmente unas condiciones de asociación, se continúa lucrando del mismo negocio en marcha que empieza a explotar de manera independiente. Si a esto se suma que, con anterioridad a concretar la disolución y liquidación de la sociedad, los administradores en asocio con el controlante prepararon el traslado de operaciones a un nuevo vehículo destinado a continuar con dicha explotación independiente —por vías formales como cesiones directas, o informales como la suspensión premeditada de la actividad social para apropiarse por su cuenta de las oportunidades, clientes y negocios sociales—, la situación podría resultar aún más reprochable. Ciertamente, de ser este el caso, se produciría un impacto negativo sobre el

14 O’Kelley y RB Thompson, *Corporations and Other Business Associations: Cases and Materials*, 6ª Ed. (2010, Nueva York, Aspen Publishers) 739. “La imperiosa labor de encontrar el precio justo les impone al juez y a los peritos la necesidad de sopesar una multiplicidad de factores que pueden incidir en la respectiva valoración, tales como el valor de mercado de las acciones, el valor en libros de los activos sociales, el valor de los dividendos y utilidades que podría generar la sociedad hacia el futuro [...]”.

patrimonio social y, por tanto, sobre el remanente resultante del trámite de liquidación del que finalmente depende la cuota que recibiría el minoritario.

No debe perderse de vista que, como lo ha señalado este Despacho en otras oportunidades, “por virtud del postulado de la buena fe, los asociados tienen el deber de comportarse con lealtad frente a las personas que detentan esa misma calidad en una compañía [...]. Al constituir la expropiación de minoritarios una violación del deber de lealtad a cargo del controlante, este último podrá ser obligado a resarcir los perjuicios que se deriven de sus actuaciones irregulares”.¹⁵ Podría considerarse entonces que el mayoritario que promueve el traslado del negocio en marcha de una compañía a otra, para luego liquidar abruptamente la primera con el propósito de excluir a los accionistas minoritarios de tal negocio sin el reconocimiento de una contraprestación justa, actúa de manera desleal frente a estos últimos. En estos casos, la conducta del 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. Debe también recordarse que, “cuando el controlante se valga de su ascendencia sobre la sociedad para expropiar a los demás asociados, esta Superintendencia intervendrá enérgicamente para remediar esa situación injusta”.¹⁶

Lo propio debe señalarse respecto del administrador, persona que, en sociedades de capital concentrado, suele coincidir con el controlante o guardar con aquel una estrecha relación de dependencia. En este sentido, si la expropiación del accionista minoritario ha sido concertada con el administrador y se verifica, por tanto, la infracción a sus deberes con impacto negativo directo respecto de los intereses económicos de dicho accionista, este funcionario también debe ser llamado a responder. No debe olvidarse que, según ha sido precisado por esta Delegatura, bajo el deber general de lealtad, estos funcionarios deben actuar en el mejor interés de la compañía de manera que, ante determinada circunstancia, deben privilegiar el interés social —que comprende el de todos los asociados en su conjunto— sobre el propio o de terceros. Es decir, se espera que el administrador, al ejercer su cargo, logre marginar de la gestión social sus intereses estrictamente personales o los de sujetos vinculados. De ahí que, a la luz del precitado deber, sea posible censurar actos celebrados en conflicto de interés, actos de competencia, apropiaciones indebidas de recursos sociales, uso de información privilegiada de la sociedad con fines personales, entre otros. Así mismo, el deber general de buena fe parte de la exigencia de un comportamiento recto, honesto y transparente por parte de los administradores, en la persecución de los mejores intereses sociales. En otras palabras, por virtud del aludido deber, se espera de tales agentes “honestidad de intención en su proceder, esto es, libre de malas artes o subterfugios”.¹⁷

3. La conducta cuestionada al administrador y a los accionistas mayoritarios de Simetría Laboratorio de Estética Dental S.A.S.

Una vez revisado el material probatorio disponible en esta temprana etapa del proceso, el Despacho encontró que, según la información consignada en los estados financieros de Simetría Laboratorio de Estética Dental S.A.S., la compañía no parecía presentar dificultades financieras que apuntaran a la necesidad de considerar su disolución y liquidación

15 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 800-52 del 9 junio 2016, Carlos Hakim contra Gyptec S.A. y otros.

16 Id.

17 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de julio de 2021, radicado n.º 08001-31-03-005-2012-00109-01, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

en mayo de 2021. Por el contrario, en los estados financieros del 2015 al 2020 —aunque no están suscritos por el representante legal y el contador de la compañía—, parecen haberse incluido conclusiones bastante positivas en cuanto a los resultados del negocio.

A pesar de lo anterior, el certificado de existencia y representación legal de Simetría Laboratorio de Estética Dental S.A.S. da cuenta de que la sociedad se disolvió y se liquidó durante las reuniones asamblearias celebradas el 25 y 29 de mayo de 2021, respectivamente. En efecto, en la reunión social previa del 10 de abril de 2021, los accionistas mayoritarios habrían manifestado su intención de continuar con la explotación del negocio sin el concurso de los minoritarios, sin que la justificación radicara, precisamente, en dificultades financieras. Por el contrario, según el acta n.º 001 correspondiente a dicha sesión, pareciera que tales personas reconocían el éxito del negocio, al punto de que consideraron la conveniencia de explotarlo de manera independiente, rechazando la posibilidad de comprar las acciones de los demandantes. Según consta en el mencionado documento, los demandados anunciaron que se liquidaría la compañía con su aprobación mayoritaria porque el señor Ossa Vélez “tiene otros proyectos económicos de índole personal en su derecho del libre ejercicio de su profesión como laboratorista dental, y que no quiere sociedad sino completamente solo”. Además, allí se consignó que el demandado “informó que todos los empleados, a excepción de [Paula Andrea González], presentaron su renuncia y fueron liquidados conforme a la ley” y que “la empresa ya no está produciendo desde el fin del mes pasado”.

En el acta n.º 001 también se indicó que los demandantes manifestaron su desacuerdo con la liquidación de la compañía, por ser un negocio próspero, rentable y con prestigio. Además, según el documento, los demandantes interpretaron que, entonces, los demandados buscaban tomar “para sí mismos lo que le da valor real a la empresa, es decir, el negocio, y llevárselo, para de esa forma pasar de una participación en el negocio del 60% al 100%, mientras que E[dwin] A[ndrés] Q[uintero] y P[aula] A[ndrea] G[onzález] pasarían del 40% al 0% de un momento a otro [...], [lo cual les representaba] una afectación patrimonial grave [...] porque hicieron una inversión y construyeron un patrimonio que les ha generado unas utilidades, pero que dejarían de percibir”. De ahí que los demandantes hubieran sugerido que lo que los demandados “deb[ían] hacer, si deseab[an] quedarse con el 100% de un negocio del que tienen el 60%, e[ra] comprar el otro 40%”.

De otra parte, el Despacho también encontró que el 5 de abril de 2021 se inscribió en el registro mercantil el acto constitutivo de Veneers Dental Creation Lab S.A.S.,¹⁸ unos días antes de la reunión del 10 de abril de 2021. Dicha sociedad comprende las mismas actividades dentro de su objeto social si se le compara con el objeto de Simetría Laboratorio de Estética Dental S.A.S. Adicionalmente, de acuerdo con el documento privado de constitución de Veneers Dental Creation Lab S.A.S., la totalidad del capital suscrito se dividió en partes iguales entre Andrés Felipe Ossa Vélez y Leidy Yohana González Patiño, quienes, además, en dicho acto fueron nombrados como representante legal principal y suplente, respectivamente. Lo anterior no solo apunta a que los propósitos comunicados a los minoritarios en la reunión del 10 de abril de 2021 estaban planeados y ya se empezaban a materializar, sino que también a que, al parecer, el señor Ossa Vélez fungió simultáneamente como representante legal de dos sociedades que podrían ser competidoras entre sí.

18 El Despacho pudo verificar esta información en el Certificado de Existencia y Representación Legal obtenido a través del acceso privado del Registro Único Empresarial.

Ahora bien, el Despacho no cuenta con precisión en este momento acerca del valor que recibieron los demandantes con ocasión del trámite de liquidación. Sin embargo, debido al avalúo técnico que presentaron para tasar sus perjuicios según la valoración de la compañía con base en el método de flujo de caja neto descontado, parece claro que tales personas consideran que no recibieron el valor justo. Además, como ya se indicó, la información aportada al expediente apunta a que los demandados se negaron a comprar las acciones de los demandantes y, en su lugar, optaron por liquidar la sociedad. La razón podría ser, como el mismo señor Ossa Vélez lo habría manifestado en la reunión del 10 de abril de 2021, que la intención de los demandantes al proponer la venta de sus acciones era beneficiarse de la valorización de la compañía en el tiempo.¹⁹ Ello parecería indicar que los demandados sabían que comprar las acciones de los demandantes podría implicar reconocerles un valor superior por su participación, en comparación con el que les correspondería si simplemente se liquidaba la compañía en dicho momento.

4. Las medidas cautelares que serán decretadas

Aunque todavía no se tiene plena certeza sobre responsabilidad de los demandados como administrador y accionistas de la compañía por infringir sus deberes con ocasión de las actuaciones reprochadas en la demanda, existe una importante probabilidad de éxito de las pretensiones según lo señalado en los párrafos precedentes y, en todo caso, las medidas cautelares solicitadas son las llamadas a decretarse en procesos de naturaleza declarativa como el presente. Así, pues, previo pago de una caución, esta Delegatura decretaría (i) la inscripción de la demanda en el libro de registro de accionistas de Veneers Dental Creation Lab S.A.S. sobre las acciones de los demandados, (ii) la inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria n.º 290-102850 y (iii) la inscripción de la demanda sobre el vehículo automotor identificado con placas IGR 373, en caso de que actualmente tales bienes sean de propiedad de Andrés Felipe Ossa Vélez o de Leidy Yohana González Patiño.

En vista de que el monto de los perjuicios estimados en la demanda asciende a \$1.075.846.344, este Despacho fijará una caución por la suma \$215.169.269, correspondiente al 20% de dicho monto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 590 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la Directora de Jurisdicción Societaria I,

Resuelve

Fijar una caución por la suma de \$215.169.269, la cual deberá ser prestada por los demandantes bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los diez días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto de las medidas cautelares aquí descritas estará sujeto a la condición de que los demandantes presten correctamente la caución a que se ha hecho referencia.

Notifíquese y cúmplase.

¹⁹ Al expediente también se aportó el acta de la reunión asamblearia que se habría celebrado el 27 de abril de 2021, aunque sin firmas. En dicho documento aparece que, después de estudiar un avalúo autorizado en la reunión del 10 de abril de 2021, los demandantes no estuvieron de acuerdo con el resultado y los demandados finalmente se ratificaron en que su intención no era comprar las acciones de los demandantes.

Auto n.º 2020-01-502273 del 8 de septiembre de 2020

Partes	Empresa de Servicios de Florencia S.A. E.S.P. – Servaf S.A. E.S.P.
Asunto	“Ausencia temporal material” del representante legal principal que habilita al suplente para actuar.

Consideraciones del Despacho

El apoderado de todos los demandados —a excepción del señor Garzón Riveros— ha solicitado al Despacho revocar el auto n.º 2020-01-448687 del 21 de agosto de 2020, para que, por un lado, se declaren probadas las excepciones previas de cláusula compromisoria e indebida representación de la demandante y, por otro lado, se dé por terminado el presente proceso y se levanten las medidas cautelares decretadas.

En atención a los motivos de inconformidad de los recurrentes, el Despacho estima necesario formular las siguientes consideraciones.

Acerca de la indebida representación de la sociedad demandante

El aludido apoderado considera que el Despacho debió precisar si existía una ausencia temporal o definitiva del representante legal principal de Servaf S.A. E.S.P. para el momento en el que el representante legal suplente de la sociedad otorgó poder para iniciar la presente acción. A su juicio, tal y como lo ha precisado esta Superintendencia en sede administrativa, la capacidad para que el suplente ejerza su cargo únicamente surge cuando el principal no puede ejercer la representación de la compañía. En este sentido, más que una ausencia material, señala que se requiere de una verdadera imposibilidad para que este último desempeñe sus funciones, salvo que el máximo órgano social lo autorice expresamente para el efecto.

En opinión del referido apoderado, sin embargo, dicha imposibilidad del principal no se encuentra acreditada y no puede concluirse a partir del “conflicto de interés en el que [aquel] puede verse incurso”, posición que avalaría una usurpación de funciones y equivaldría a una imposición de requisitos adicionales que la ley no consagra para calificar una indebida o debida representación. De aceptarse lo anterior, además, se afirma que se vulnerarían los derechos de Carlos Enrique Serrano Arciniegas, en calidad de representante legal principal de Servaf S.A. E.S.P.

[...]

Para comenzar, es necesario precisar que, según la doctrina societaria especializada, “[s]e ha entendido con buen criterio, que el suplente está legitimado para actuar en cualquier tiempo y se presume que cuando lo hace, el principal está en imposibilidad de actuar”.¹ Dicha presunción no ha sido desvirtuada respecto del acto asumido por el representante legal suplente de Servaf S.A. E.S.P. consistente en conferir poder para iniciar la demanda que dio lugar a este

1 FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, tomo I, 3ª Ed. (2016, Bogotá D.C., Editorial Temis) 689.

proceso. Tal y como claramente se indicó en el auto recurrido, en el presente caso se produjo una ausencia temporal material de Carlos Enrique Serano Arciniegas para representar a la compañía en la presentación de una demanda cuyo propósito es controvertir decisiones que dieron lugar a su propio nombramiento (se resalta). Este Despacho no puede simplemente desconocer que, al encontrarse comprometidos los intereses del representante legal principal, este sujeto podría verse persuadido para no presentar una demanda de esta naturaleza. En esa medida, impedirle al representante legal suplente que actúe ante dicha “ausencia temporal material” del principal, podría equivaler a impedirle a la compañía proteger sus propios intereses en la legalidad, en caso de que, en efecto, las decisiones controvertidas adolezcan de defectos.

La ausencia del principal en este caso es, entonces, temporal por estar relacionada con un momento en el tiempo —ausencia para otorgar poder para la presentación de una demanda y representar a la compañía mientras dura el presente proceso—, y material por referirse a un asunto específico en el que se comprometen directamente sus intereses personales —la demanda busca controvertir decisiones sociales que dieron lugar a su propio nombramiento como representante legal principal de la compañía— (se resalta).

A lo anterior debe sumarse que, si se admitiera la postura de los recurrentes, el señor Serrano Arciniegas estaría en los dos extremos procesales, lo cual daría lugar a una colusión procesal. Por esta razón, también puede afirmarse que el representante legal principal se encontraba en imposibilidad procesal de representar los intereses de la sociedad demandante en el presente trámite (se resalta). De ahí que este Despacho haya proferido el auto n.º 2020-01-194961 del 21 de mayo de 2020 —el cual no fue recurrido—, en el que se ordenó que fuera el representante legal suplente el que representara los intereses de Servaf S.A. E.S.P. en este proceso.

Por las razones expuestas, no era necesario que la asamblea general de accionistas impartiera una autorización al suplente para actuar al iniciar este proceso y representar a la compañía, pues el principal se encontraba en ausencia temporal material e imposibilidad procesal para el efecto, en los términos ya indicados.

[...]

Por lo demás, debe decirse que con la decisión recurrida no se están violando los derechos del señor Serrano Arciniegas, ni se está avalando la usurpación de funciones por parte del representante legal suplente, como tampoco se están añadiendo requisitos no previstos en la norma para determinar si existe o no una indebida representación de la compañía demandante. Sencillamente, ante las circunstancias descritas, este Despacho dio aplicación a los deberes dispuestos en el artículo 42 del Código General del Proceso, para garantizar no solo la rectitud y la dignidad de la justicia, sino también los derechos de las partes a la igualdad y lealtad procesal, a la defensa, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso. Todo lo anterior fue abordado en el auto recurrido y ha quedado absolutamente claro en las decisiones adoptadas por este Despacho.

[...]

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria I,

Resuelve

Primero. Confirmar el auto n.º 2020-01-448687 del 21 de agosto de 2020.

Segundo. Negar las solicitudes presentadas por el apoderado de todos los demandados a excepción del señor Garzón Riveros.

Notifíquese y cúmplase.

Sentencias procesos especiales

Sentencia n.º 2019-01-325382 de 5 de septiembre de 2019

Partes	Departamento de Caldas Contra Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
	Asunto Artículo 38 de la Ley 550 de 1999.

Consideraciones del Despacho

De acuerdo con lo previsto en el párrafo 3 del artículo 390 del Código General del Proceso, el juez podrá dictar sentencia escrita vencido el término de traslado de la demanda sin necesidad de convocar audiencia, si las pruebas aportadas con la demanda y su contestación fueren suficientes para resolver de fondo el litigio y no hubiere más pruebas por decretar y practicar, como ocurre en el caso en estudio.

El artículo 38 de la Ley 550 de 1999 –cláusula treinta y nueve del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos del Departamento de Caldas– establece la posibilidad de demandar el incumplimiento de alguna obligación a cargo del acreedor, ante la Superintendencia de Sociedades.

En el caso en estudio, las deudas causadas hasta el 30 de septiembre de 2012, forman parte del acuerdo y serán pagadas en los términos del mismo.

De acuerdo con lo expuesto, la deuda incluida a favor de Porvenir S.A. –fusionada con Horizonte S.A.– y a cargo del Departamento de Caldas, fue aceptada parcialmente pues, algunas sumas pretendidas se determinaron como improcedentes, pagos extemporáneos y saldos por depurar. Por ello, según la cláusula cuarta y el párrafo primero de la cláusula décima del acuerdo, se tuvo como crédito condicional.

En consecuencia quedó pactado y, por consiguiente, se derivó para la demandada la obligación de conciliar con el Departamento de Caldas la información relacionada con afiliados, aportes y demás conceptos a cargo del departamento. Esto, con el fin de revisar las liquidaciones y depurar las novedades para establecer la suma realmente adeudada hasta el 30 de septiembre de 2012.

En relación con la deuda presunta de aportes pensionales, la Superintendencia Financiera mediante Concepto 2011012824-001 de 13 de abril de 2011 estableció “que en su momento, el Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos del Instituto de Seguros Sociales (Decreto 2655 de 1988), señalaba que en aquellos eventos en los cuales resultaba imposible la determinación del monto que se adeudaba por concepto de pago de aportes a dicho Instituto, éste podía elaborar una liquidación de la obligación con base en los registros históricos de pagos, la cual se denominaba “deuda presunta o estimada”.

A partir de ahí, la deuda presunta se ha definido como aquella liquidación elaborada por la administradora de fondos de pensiones de manera transitoria o provisional, más no defini-

tiva, originada por la omisión del empleador en el pago oportuno a los aportes al Sistema General de Pensiones o en el reporte de novedades a su cargo, o por inconsistencias en el pago la cual, dada su naturaleza, puede ser aclarada y/o corregida. Como consecuencia de ello, objeto de depuración.

Según lo expuesto, la depuración de deudas en el sistema general de pensiones puede entenderse como el procedimiento o análisis que realizan ambos extremos involucrados (Fondo de pensiones y empleador) a los saldos, cuentas o rubros correspondientes a cotizaciones por pensión, encaminados a corregir o ajustar las inconsistencias presentadas y/o a verificar a través de documentos, que los valores allí indicados reflejan la realidad de los mismos para establecer una deuda real.

Por lo anterior, si bien los artículos 22 y 161 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 7, 9 y 39 del Decreto Reglamentario 1406 de 1999, establecen que la obligación de realizar la autoliquidación de la deuda corresponde al empleador, en el caso en estudio el proceso de depuración de la deuda, se insiste, debe ser realizado íntegramente tanto por el departamento (el empleador) como por Porvenir S.A.

En el caso en estudio, el Departamento probó haber enviado en numerosas oportunidades evidencias de planillas de pago y listados de personal a Porvenir, para cumplir con la obligación de conciliar y depurar la deuda presunta establecida en el Acuerdo.

A su vez, obran múltiples comunicaciones en las que el departamento le indicó al fondo de pensiones los motivos por los que no era procedente el cobro de diferentes aportes o intereses, justificados principalmente en que: El cobro de determinados aportes pertenecía a personas que nunca tuvieron relación laboral con el departamento; no hacían parte de la nómina directa del mismo; se desvincularon previamente al cobro de los aportes adeudados o se realizó el pago efectivo de los mismos en el término previsto por la ley.

En consecuencia, está probado que el demandante adelantó la gestión propia para depurar la deuda e incluso manifestó “la necesidad de la presencia de un asesor” de la administradora y convocó a mesas de trabajo.

Por su parte, la conducta omisiva de Porvenir S.A. frente a las múltiples solicitudes realizadas por el Departamento de Caldas, desde febrero de 2013, demuestra que efectivamente la demandada no cumplió con la obligación de conciliar las sumas objeto del Acuerdo de Reestructuración.

En este orden, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar.

Como se señaló en numerales anteriores, como la depuración de la deuda presunta corresponde a ambas partes interesadas, se ordenará tanto a Porvenir S.A. como al Departamento de Caldas que, de manera conjunta e inmediata, inicien el proceso de depuración y conciliación para establecer la deuda real, en el marco de lo dispuesto en el acuerdo de reestructuración, dentro del término de dos meses contados a partir de la notificación de esta providencia.

Finalmente, dada la naturaleza de cada una de las partes intervinientes y los derechos pensionales que involucra la obligación objeto de estudio, cabe recordar que la Corte Constitucional advirtió que “la defensa del patrimonio público como derecho colectivo, debe ser observado por todas las autoridades estatales, incluso por parte de las autoridades judiciales, quienes emiten providencias que pueden generar la intervención del erario público, y ésta debe estar plenamente justificada en material probatorio suficiente y acorde con las circunstancias de cada caso concreto”.¹

[...]

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

Resuelve

Primero. Reconocer personería a la doctora Carmen Eugenia Cardona León identificada con cédula de ciudadanía 30.291.118 y tarjeta profesional 55.114 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada del Departamento de Caldas, en los términos y para los fines consignados en el poder allegado mediante memorial 2019-01-279581 de 19 de julio de 2019.

Segundo. Estimar las pretensiones de la demanda.

Tercero. Ordenar a las partes involucradas adelantar de manera conjunta e inmediata el proceso de depuración de la deuda, dentro de marco del acuerdo de reestructuración de pasivos del Departamento de Caldas, para lo cual se concederá un término de dos meses contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente providencia.

Cuarto. Condenar en costas a la demandada. Fijar como agencias en derecho la suma de un salario mínimo mensual vigente que pagará la demandada a favor del demandante.

La anterior providencia se profiere a los cinco días del mes de septiembre de dos mil diecinueve y se notifica por estado.

1 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-444 del 11 de julio de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia n.º 2021-01-544315 de 7 de septiembre de 2021

Partes	Carlos Roberto Cubides Olarte y Carcubi S.A.S. contra Adriana Cubides Acosta y CRM S.A.S. en Reorganización
Asunto	Artículo 74 de la Ley 1116 de 2006. Simulación, insuficiencia de activos, recompensa, frutos.

Consideraciones del Despacho

1. Elementos de la acción de simulación concursal

Para que prospere una acción de Simulación, los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006, establecen unos requisitos de procedencia:

- (i) Que la demanda sea propuesta por cualquiera de los acreedores, el promotor o el liquidador del concursado, o de oficio en caso de daciones en pago y actos a título gratuito.
- (ii) Que no haya operado la caducidad, de 6 meses a partir de la ejecutoria de la calificación y graduación de créditos.
- (iii) Que el acto debe haberse celebrado dentro del periodo de sospecha, que oscila entre los 18, 24 y 6 meses anteriores al inicio del proceso concursal respectivo.
- (iv) Que el acto o negocio simulado haya sido realizado por el deudor.
- (v) Que los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos.
- (vi) Que el acto o negocio simulado haya perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de pagos y
- (vii) Que no aparezca que el adquirente haya obrado de buena fe.

2. Legitimación en la causa por activa

En primera medida tenemos la legitimación en la causa por activa y sobre este requisito atinente a la legitimación es claro para este despacho que se cumple que tanto el señor Carlos Cubides como la sociedad Carcubi son acreedores de la hoy concursada. Si bien se mencionaba que la acreencia puede haber sido posterior, no por lo menos este despacho puede desconocer todos los derechos de ley accesorios que tiene un acreedor en este tipo de procesos.

Quien se considera con la calidad de acreedor independiente de la fecha de que se volviera acreedor, no puede ocurrir que bajo el artículo 28 de la Ley 1116 existan cesiones de crédito y esos cesionarios también son titulares de todos los derechos, privilegios,

acciones y accesorios, que no es el caso, pero a manera de ejemplo se tiene en cuenta. De manera que se cumple este criterio.

3. Caducidad

En segunda medida, sobre la caducidad, no ha operado la caducidad de la acción por cuanto no se ha llevado a cabo dentro del proceso de reorganización, siquiera la audiencia de calificación y graduación de créditos y derechos de voto y aprobación de inventario valorado.

4. Periodo de Sospecha

Sobre el siguiente elemento, tenemos lo siguiente: Periodo de sospecha, es de resaltar que pese a las tratativas que se pudieren adelantar entre las partes para el negocio objeto de esta acción, para el despacho prima la fecha de traspaso del vehículo, pues es la que determina el momento en que el activo cambia de propiedad y sale de las arcas de la concursada para ingresar a las del comprador.

Ahora bien, para el presente caso, se tiene que las pretensiones están enfocadas a que se declare la simulación del acto, por lo cual cabe preguntarse si ¿en caso de prosperidad de la acción, es decir que se considere que el acto simulado debería considerarse que el acto es también gratuito y aplicar un periodo de sospecha distinto?

Sobre este punto, para este despacho, es de conocimiento que el traspaso tuvo origen en un contrato de compraventa, que fue el documento que se le enrostró a la autoridad competente a fin de que se realizara el traspaso, en otras palabras, es por un contrato de compraventa que se dio origen a registrar formalmente el cambio de propiedad del vehículo de CRM S.A.S. para que ingresara a las arcas de Adriana Cubides.

Es a raíz de la compraventa (y no por ejemplo a raíz de una dación en pago declarada ante autoridad) que se realizó el traspaso como supuesto acto o negocio declarado ante la autoridad de tránsito competente y es a partir de ese acto que el despacho emprende el análisis por el traspaso de los vehículos como acto oneroso.

De ahí también la diferencia, que el despacho, cuando estudia la simulación en las acciones de la Ley 1116, no se detiene a revisar si la simulación es absoluta o relativa de lo cual, por lo menos, en la última, podría concluirse en la relativa, la existencia de una donación como acto gratuito, sino que se concentra en estudiar el acto declarado, sea gratuito u oneroso, en este caso oneroso, se concentra en declarar la simulación y se concentra en ordenar la cancelación de los registros correspondientes de llegar a prosperar la acción conforme los precisos términos de los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006.

En ese orden de ideas respecto a si los actos jurídicos, objeto del proceso, esto es, los actos de compraventa de los vehículos de placas THY480, THY478 Y SWK034 se encuentran o no dentro del periodo de sospecha previsto en la Ley 1116 de 2006, es preciso observar no solo la fecha de inicio del proceso de reorganización de la concursada, la cual data del 11 de abril de 2019 según auto 460003022, sino de la fecha de traspaso de cada uno de los vehículos en mención para lo cual procederá a señalarse lo siguiente:

“En relación con los vehículos de placas THY480 y THY478 se observa que los actos se encuentran por fuera del periodo de sospecha, por cuanto el traspaso de cada uno de ellos se realizó el 10 de octubre de 2017, es decir, 18 meses y 1 día antes del inicio del proceso concursal.

En consecuencia, se declara la prosperidad parcial de la excepción denominada “inexistencia de las casuales contenidas en el artículo 64 de la Ley 1116 de 2006, para la procedencia de la acción revocatoria, por no encontrarse la solicitud de simulación dentro del término de sospecha”. Exclusivamente, con respecto a los vehículos con placas THY480 y THY478, en ese orden no procederá el despacho a realizar mayor análisis de los demás requisitos en lo que a estos actos concierne.

Respecto al vehículo de placa SWK034, encuentra el despacho que sí se cumple el requisito en estudio toda vez que el traspaso se realizó el 15 de julio de 2018 según consta en el certificado de tradición n.º 6705 del 15 de noviembre de 2019, allegado con la demanda.

Por otra parte, que los documentos allegados y en especial el certificado de tradición del vehículo de placa SWK034 se observa que el mismo era de la concursada CRM S.A.S. hoy en reorganización, y fue traspasada a Adriana Cubides.

5. La insuficiencia de activos

Respecto a la insuficiencia de activos, sobre este criterio tenemos lo siguiente, teniendo en cuenta que la deudora CRM está en proceso de reorganización, es pertinente hacer las siguientes consideraciones:

El proceso de insolvencia está tradicionalmente integrado por dos tipos de procesos, el recuperatorio y el liquidatorio. En las diferentes leyes y decretos que han regulado los procesos concursales, las acciones revocatorias y de simulación han tenido un tratamiento diferente dependiendo de si estamos en presencia de un proceso recuperatorio o liquidatorio.

Es así como la acción revocatoria y de simulación ha sido regulada en artículo 49 del Decreto 2264 de 1969 para el proceso liquidatorio en el artículo del Decreto 350 de 1989 para el concordato preventivo. En el artículo 146 de la Ley 222 de 1995 para el proceso concordatario y en el artículo 183 de la misma Ley para el proceso liquidatorio.

Finalmente, la Ley 1116 de 2006 en un solo artículo previó la acción revocatoria y de simulación tanto para los procesos de reorganización como de liquidación judicial, y en el artículo 74 señaló, ya conocemos: “Durante el trámite del proceso de insolvencia, podrá demandarse, (proceso de insolvencia en general, sigue diciendo) cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos, y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos”.

De lo anterior es importante extractar que, en los procesos recuperatorios, llámese concordato, acuerdo de reestructuración o acuerdo de reorganización, el elemento de la insuficiencia de activos no siempre ha estado presente en las acciones revocatorias y de simulación. Aún más, ni siquiera lo previó el Decreto 2264 de 1969.

Por el contrario, en los procesos liquidatorios, quiebra, liquidación obligatoria, liquidación judicial, la insuficiencia de bienes siempre ha sido un elemento esencial y no resiste ninguna discusión porque la liquidación lleva implícito este elemento.

Sin embargo, en los procesos recuperatorios, hoy denominados reorganización, la condición de que exista insuficiencia de bienes, requiere un análisis especial, tal como se señaló por este despacho en fallo contenido en el radicado n.º 2020-01-279752 del 19 de junio de 2020¹ Corporación Internacional de Factoraje S.A., Intercorp S.A. contra Molino Procesar S.A. en reorganización y otros, expediente 2016-480-00065.

Téngase en cuenta para el efecto que, si bien es cierto que el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 expresamente hace referencia a este elemento dentro de las gestiones revocatorias y de simulación concursal, tanto para procesos de liquidación como en reorganización también lo es que tenerlo en cuenta de manera literal como argumento decisivo para desvirtuar tales acciones en procesos de reorganización no resulta imperativo dada la naturaleza y finalidad de esta clase de procesos. Aspecto este que lleva a estudiarlo de manera contextualizada en cada caso particular.

Obsérvese además, que tratándose de procesos de reorganización en principio es factible pensar que no necesariamente hay insuficiencia de activos para responder por la totalidad de las obligaciones, sino que existe la posibilidad de una recuperación y viabilidad de la empresa, máxime cuando, en casos como el que nos ocupa, no se ha llevado a cabo la audiencia de calificación y graduación de créditos y derechos de voto y aprobación de inventario valorado, y por ende no existe certeza respecto del monto de las acreencias y de los inventarios existentes, razón por la cual este despacho en atención a la posición adoptada por la Superintendencia en el proceso contenido en el radicado n.º 2020-01-279752 de 19 de junio de 2020,² expediente 2016-480-00065 (Corporación Internacional de Factoraje S.A. C. Molinos Procesar S.A.), no tendrá en cuenta el requisito de la insuficiencia de activos para este caso como argumento decisivo para desvirtuar o no la acción concursal que hoy nos ocupa, máxime cuando la información aportada por Adriana Cubides, representante legal de la concursada en la radicación n.º 2021-01-450704 del 14 de julio de 2021 es borrosa e ilegible en algunas partes.

Ahora bien, en el hipotético escenario de considerar que es imperativo este requisito en procesos de reorganización, el cual como ya se indicó no lo es, en reorganizaciones, es de resaltar que Adriana Cubides en el interrogatorio manifestó que los pasivos ascendían a \$6.101.615.000 y los activos ascendían a \$5.860.071.568, lo cual denota que había menos pasivos que activos.

Por la anterior circunstancia se continuará con el análisis de los demás requisitos.

1 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 2020-01-279752 del 19 de junio de 2020.

2 Id.

6. En cuanto al requisito conforme al cual no aparezca que el tercero que haya adquirido los bienes a título oneroso haya obrado de buena fe

7. En cuanto al perjuicio que el acto o negocio demandado haya causado a cualquiera de los acreedores “o” afectado el orden de prelación de pagos

Estos dos criterios los vamos a estudiar en conjunto de la siguiente manera:

En primera medida, de la redacción del artículo 74 de la Ley de Insolvencia se observa que junto con la insuficiencia patrimonial debe configurarse uno cualquiera de los presupuestos bajo análisis, es decir que el acto o negocio realizado por el deudor haya causado un perjuicio a cualquiera de los acreedores del deudor o en su defecto haya afectado el orden de prelación de créditos.

Por su parte, respecto de la buena fe como presupuesto necesario para la prosperidad o no de las acciones concursales, previstas en el artículo 74 de la Ley 1116, procederá a hacerse el estudio que corresponde teniendo en cuenta que el extremo pasivo formuló la excepción “[d]el principio de la buena fe y su presunción”, alegando para ello que la buena fe se presume.

En consecuencia, se analizará también no solo el criterio sino la misma excepción formulada.

En relación con la presencia de la buena fe o no en los adquirentes del bien y sobre la afectación de los acreedores o de la prelación de pagos con el acto, ha de tenerse en cuenta que para actos como el que nos ocupa, la referida buena fe es la objetiva, calificada o buena fe creadora de derechos.

En sentencia C-527 de 2013, la H. Corte Constitucional al considerar la constitucionalidad parcial del artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, refirió que con la norma atacada no se desconoce el principio de la presunción de la buena fe, sino que puede ser interpretado en armonía con otros principios y normas. Señala así que:

“...Esto se explica debido a que la buena fe no es un postulado constitucional absoluto, sino que puede ser interpretado –y por ende restringido- en armonía con otros principios o derechos aplicables en el marco de las relaciones jurídicas.”

“...En otras palabras, la buena fe no implica que para regular determinados asuntos las autoridades públicas siempre deban partir del actuar bondadoso y el cumplimiento voluntario de las obligaciones por parte de los particulares. Por el contrario, resulta comprensible que con el propósito de proteger otros principios igualmente importantes, como la seguridad jurídica, el interés general o la salvaguarda de los derechos de terceros, el Legislador o la autoridad correspondiente impongan algunas medidas tendientes a prevenir actuaciones contrarias a Derecho, cuyas consecuencias sean jurídicamente inadmisibles.”

“Así, bajo el supuesto válido de que la crisis empresarial no ocurre repentinamente, sino que es el resultado de un proceso que toma algún tiempo, la carga probatoria exigida se proyecta entonces como una forma legítima de evitar los efectos perversos de aquellos actos dispositivos del deudor, deliberadamente conscientes para no honrar sus compromi-

sos o que son el resultado de angustiosas y desesperadas decisiones en época de crisis, cuando terminan por desencadenar situaciones asimétricas injustas respecto de uno, varios o todos los acreedores.”

En lo que se refiere de manera específica al art. 74 de la ley 1116 de 2006, la “Corte reconoce que la norma bajo examen en realidad invierte la carga probatoria al establecer que la extinción de los actos celebrados tendrá lugar cuando, habiéndose cumplido los presupuestos allí señalados, “no aparezca que el adquirente arrendatario o comodatario obró de buena fe”, radicando en cabeza de estos últimos la obligación de demostrar las condiciones bajo las cuales se desarrollaron los negociales impugnados, lo que naturalmente habrá de ser evaluado de acuerdo con las especificidades de cada caso. Pero ello no ocurre porque necesariamente se presume que su conducta fue indebida o fraudulenta, sino porque en virtud de la carga dinámica de la prueba son ellos quienes están mejor posicionados para ilustrar al juez del concurso respecto de la conducta en torno a cada uno de los actos mercantiles desplegados, lo cual es compatible con la jurisprudencia constitucional decantada sobre el particular.

Adicionalmente este Despacho sostuvo lo siguiente:³

“Para que el tercero adquirente pueda enervar la acción revocatoria y proteger de esta forma sus derechos, tiene que evidenciarse que su actuación se ajustó a sus deberes y que se obró exento de culpa. En efecto: “(...) la buena fé creadora de derechos o buena fé exenta de culpa (la que es interpretada por la máxima romana “Error communis facit jus”) exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fé simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad: y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria. La buena fe simple exige tan solo conciencia, la buena fe cualificada o creadora de derechos, exige conciencia y certeza”⁴¿Cómo se acreditan estos supuestos? “28. Según el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”. De manera similar, el artículo 769 del Código Civil prevé que “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria” y el artículo 835 del Código de Comercio que “Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa”.

Para efectos de fallar el presente caso, el Despacho considera necesario determinar en qué consiste la referida presunción de buena fe y cuáles son sus alcances en materia probatoria. “29. Se trata, como su mismo nombre lo indica, una especie de presunción, que debe ser analizada y aplicada de acuerdo con las reglas generales aplicables a esta clase de prueba. Entre otras, se debe recordar que, al igual que los indicios, las presunciones son juicios de inferencia lógica, que requieren que se pruebe un hecho (indicador) para inferir, con base en él otro hecho (indicado); pero este juicio, que proviene de las reglas de la experiencia en los indicios, en las presunciones es dado por el ordenamiento positivo. Por ello afirma la doctrina que toda “presunción exige la previa prueba de los hechos que le sirven de base”.⁵

3 Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.º 400-000056 del 20 de mayo de 2015.

4 Id.

5 H Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II. (2006, Bogotá D.C., Temis) 682.

Continúa el despacho sobre el mismo tema.

“En el caso de la presunción de buena fe ¿cuáles son los hechos que les sirven de base, que deben estar probado en el proceso? La actitud diligente de quien la alega por todas las actuaciones que le correspondían en aras de crearse una certeza razonable acerca de la situación en la que se encontraba, solo quien ha obrado con la diligencia que le corresponde emplear puede alegar que obró de buena fe creadora de derechos y la carga de probar dicha diligencia corresponde a quien alega haber obrado de buena fe, pues según dispone el inciso 3.º del artículo 1604 la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”.

También hay que tener en cuenta conforme el artículo 167 del Código General del proceso, que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

En el caso que nos ocupa, tenemos que la adquirente del vehículo de placas SWK034, esto es Adriana Cubides se limitó a afirmar que obró de buena fe al momento de consentir la celebración del negocio de compraventa más no probó una actitud diligente en la adquisición de tal bien, y una actitud libre de todo manto de duda en su actuar.

En efecto, no obra en el acervo probatorio demostración sobre la adquisición del vehículo de placas SWK034 más cuando solo se afirma que el mismo se pagó con el producido del vehículo, allegando una certificación de contadora de manera extemporánea y que además dista de las pruebas solicitadas por este despacho. Ahora bien, solo en el hipotético caso de considerar que dicha prueba con los demás documentos allegados fuere solicitada por este despacho, y además allegada en tiempo, es de resaltar que la misma carece de contundencia para demostrar el pago del mencionado vehículo, pues no fue posible verificar los asientos contables que dieran cuenta de la supuesta compra del vehículo de placas SWK034.

En efecto:

(i) Este despacho no pudo contrastar, pese a haberlo solicitado, soportes contables de las supuestas consignaciones que se mencionan en la certificación RC3287, RC3288 del 13 de mayo de 2019, consignaciones RC3315 del 31 de marzo de 2020 y consignaciones RC3316, RC3322, RC3326, RC3331 y RC3330 supuestamente producidas entre el 11 de mayo y 26 de agosto de 2020, consignaciones RC3332, RC3338, RC3339, RC3342, RC3350, RC3351, RC3352, RC3353, RC3354, RC3355, RC3357, de esa ya nos vamos a referir y RC3360 supuestamente producidas entre el 5 de septiembre de 2020 y el 30 de diciembre de 2020.

En ese sentido, pese a que la certificación de la contadora hace referencia a dichas consignaciones, no tuvo la oportunidad este despacho, pese a otorgarla de oficio, contrastar dichos documentos mencionados en la certificación.

(ii) A su vez, el único asiento contable de consignación allegado es el correspondiente al n.º RC3357 del 2 de enero de 2021 por valor de \$3.300.000. Dicho asiento no concuerda con los valores que la contadora Vila Isabel Pernet certificaró en el mencionado documento. En efecto, la contadora hace referencia a dos consignaciones en su

certificación con n.º RC3357 de fecha 4 de diciembre de 2020, ambos y por valores de \$2.450.000 y otros por \$480.000 pesos respectivamente. Valores que distan del valor mencionado en el único asiento contable allegado.

(iii) No pudo verificar este despacho, pese a haberlo solicitado, igualmente el soporte contable de los supuestos valores por producción de vehículo entre septiembre de 2017 a diciembre de 2020.

(iv) Tampoco pudo verificarse el soporte contable de las supuestas denominadas consignación avance tarjeta crédito C005107 y C005113 del 18 de octubre a 8 de noviembre de 2018.

(v) Si bien el acto revisado refiere a la venta del vehículo con placas SWK034 revisando la venta en conjunto no pudo tampoco verificar este despacho pese a haberlo solicitado el soporte contable del supuesto anticipo RC626 y RC627 por \$60.000.000 de pesos. Ahora bien, mencionaba en la certificación, llama la atención del despacho que el mencionado anticipo de \$60.000.000, según la certificación, ocurrió el 9 de julio de 2017, esto es un mes antes de la asamblea del 11 de agosto de 2017, donde la señora Adriana Cubides apenas estaba planteando su interés a la mencionada sociedad de comprar los camiones, y entre ellos el camión SWK034, además de los otros dos vehículos que no corresponde en este momento referir.

Todo lo anterior solo denota inconsistencias entre la certificación aportada a este proceso con los asientos contables y demás documentos allegados.

Contrario a lo anterior lo que sí evidenció este despacho del acto objeto de simulación, es que hay un indicio afectivo entre los participantes de la reprochada compraventa del vehículo SWK034.⁶

Todo ese indicio afectivo, aunado a la falta de pruebas en cuanto al pago del vehículo en mención, conlleva a dar por probadas este requisito, el cual debía ser desvirtuado en virtud del principio de carga dinámica de la prueba y de lo ya expuesto.

Ahora bien, respecto a la existencia de un perjuicio de los acreedores o afectación de la prelación de crédito ha sido criterio de la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia y ahora de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, considerar que existen actos o negocios realizados por el deudor en los que se causa daño en su historia patrimonial pero no necesariamente un perjuicio para los acreedores. Es el caso por ejemplo de negocios en los que se sustituyen unos activos por otros, respetando en ellos las reglas mínimas de conmutatividad en negocios onerosos.

6 En efecto, Adriana Cubides era accionista de CRM S.A.S. hasta el año 2016. Es hija del gerente y representante legal de CRM S.A.S. para ese entonces Guillermo Cubides y, era una persona que había ocupado diferentes cargos en dicha empresa, aspecto que conllevaba a una mayor diligencia en su actuar. Como ya lo mencioné, el despacho tiene conocimiento que Adriana Cubides era accionista de CRM S.A.S. hasta el año 2016, pero también pudo verificarse que después continuó vinculada en cargos en dicha entidad, y no por menos también vale la pena mencionar que los traspasos se hicieron antes de terminar de pagarse los vehículos. Lo cual no ocurre en la práctica comercial salvo que el negocio se haga entre allegados.

Sobre el perjuicio que se cause a los acreedores con los actos o negocios demandados en virtud de las acciones revocatorias y/o de simulación concursales, nuestro ordenamiento no exige que sea calificado, es decir que la acreencia insoluta sea de un monto o cuantía determinada o de cierta categoría o en relación con un acreedor determinado, y esto es así porque el régimen de insolvencia se basa en principios establecidos en el artículo 4 de la Ley 1116 de 2006, dentro de los que se encuentra el principio de universalidad, igualdad, eficiencia, información, entre otros.

En el caso que nos ocupa, tenemos que con la salida de varios bienes que se encontraban dentro del patrimonio de la concursada, entre ellos la del vehículo con placas SWK034 se disminuye de manera natural la prenda general de los acreedores y por ende su esfera patrimonial, no obstante, es necesario establecer si se causó perjuicio, que sigue el artículo 74 de la mentada ley.

Para tal efecto, en virtud del principio de carga dinámica de la prueba al que se refiere el artículo 167 del Código General del Proceso, y en línea con la inversión de la carga de la prueba, de la buena fe ya descrita con el criterio anterior, que para este punto se concentraba en la importancia de la demostración en el pago, traducido en la evidencia de la sustitución de un activo fijo por un activo líquido, el despacho decretó una serie de pruebas de oficio a fin de determinar entre otras cosas si existió o no conmutabilidad en los negocios de compraventa demandados y por ende si se generó o no un perjuicio a los acreedores o si lo que hubo fue simplemente una sustitución de activos.

No obstante lo anterior, las acá demandadas sociedad CRM S.A.S en reorganización y Adriana Cubides no lograron demostrar la conmutabilidad del negocio por todo lo ya expuesto respecto a las pruebas allegadas y las inconsistencias encontradas y mucho menos se demostró el beneficio que la venta del vehículo de placas SWK034 le haya reportado a la concursada.

Sobre este punto, pregunta al despacho Adriana Cubides sobre ¿a quién se le había hecho los pagos entre otros del vehículo SWK034? Señaló que, con ocasión de los embargos a CRM, los consignó a la cuenta de María Fernanda Cubides, hermana de Adriana, denotando que los dineros nunca ingresaron a las arcas de CRM S.A.S. en reorganización y confirmando la falta de conmutatividad del negocio.⁷

Obsérvese para el efecto adicionalmente que, ni Adriana Cubides ni la sociedad CRM S.A.S. en reorganización aportaron la información requerida por el despacho en varios aspectos tales como, por ejemplo, para el caso de CRM, soportes contables relativos a los negocios jurídicos objeto de la controversia, incluyendo, pero sin limitarse a: Registros contables y financieros del año 2015 donde se refleja la amortización de los dineros producto de la venta de los 3 vehículos objeto de la controversia.

Estados Financieros y notas a los Estados Financieros del ejercicio de los años 2015 a 2021, donde se refleje la amortización de la venta de los vehículos objeto de la controversia.

7 A pregunta del despacho se le señaló: Preguntado: ¿A qué cuenta consignó? Adriana Cubides: "Se hizo a una cuenta de Bancolombia, las cuentas de la compañía siguen embargadas y ha funcionado con una cuenta de ahorros de uno de los socios, para poder girarle anticipos y pagos a los acreedores, a la nómina a todo eso. La cuenta a la que se ha consignado es una cuenta de Bancolombia, de Ahorros". Preguntado: ¿De quién es la cuenta? Adriana Cubides: "María Fernanda Cubides". Preguntado: ¿Sólo a esa cuenta? Adriana Cubides "si".

Aquí me detengo sobre este punto, pues ha de indicarse que mediante radicación 202101438770 del 6 de junio de 2021 se aportó copia del estado de situación financiera de CRM S.A.S. con cierre al 31 de diciembre de 2020, no obstante, ello no refleja la amortización de la venta de vehículos objeto de compraventa y tampoco se aportaron las notas a los estados financieros tras haberlas solicitado.

Entre otros, se solicitó también a Adriana Cubides, por ejemplo, los documentos sobre el traspaso, los soportes de los pagos realizados por el comprador del vehículo con placas THY480 Adriana Cubides desde julio de 2020 hasta la fecha final de dichos pagos por valor de \$272.000.000, estas pruebas sobre los otros actos sobre los que ya nos referiremos, la prueba por informe, la copia de las cuentas o producido de los tres vehículos desde octubre de 2017 a la fecha de hoy, donde se evidencian los valores líquidos quedan descontados de la deuda de CRM, el soporte de la consignaciones realizadas por Adriana Cubides durante el año 2020 a la cuenta de Bancolombia de María Fernanda Cubides.

Aquí cumple señalar que la señora Adriana Cubides únicamente allegó la certificación expedida por la contadora de la sociedad CRM S.A.S. tal como se evidencia en el contenido de la radicación 202102017614 del 6 de junio de 2021, de la cual también se cuestiona el despacho el motivo por el cual no fueron aportados todos los soportes contables los como ya se indicó anteriormente.

En ese orden, el despacho encuentra que la mencionada prueba no fue presentada en la oportunidad, pues no fue aportada ni con la contestación de la demanda ni oportunamente con el cumplimiento de la orden que había dado este despacho como consecuencia del decreto de una prueba de oficio y segundo que en el hipotético caso de considerarse que la prueba hubiera sido aportada oportunamente, que no pasó, la misma no es prueba contundente para demostrar los pagos realizados por todo lo anteriormente expuesto ya en este fallo.

Por último y no menos importante y viene también con la buena fe, es de resaltar que, por la cercanía entre las partes, la señora Adriana Cubides conocía del mal estado de los negocios de CRM S.A.S.

Nuevamente ante la misma pregunta ya mencionada del despacho sobre a quién le había hecho los pagos, entre otros del vehículo SWK034, señaló Adriana Cubides que con ocasión de los embargos a CRM los consignó a la cuenta de María Fernanda Cubides y vuelvo y refiero la prueba en el sentido de que a la pregunta que cuánto consignó, Adriana respondió: “Se hizo a una cuenta Bancolombia, las cuentas de la compañía siguen embargadas y ha funcionado con una cuenta de ahorros de uno de los socios”.

En ese sentido Adriana Cubides conocía que la sociedad CRM S.A.S. estaba en problemas económicos dado que las cuentas de la sociedad se encontraban embargadas.

En consecuencia y toda vez que el vehículo SWK034 se encuentra demostrado la totalidad de los elementos de la acción se procederá a acceder a las pretensiones decretadas únicamente en virtud de este vehículo.

[...]

Recompensa

Sobre la recompensa, el parágrafo del artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, prescribe que “...en el evento en que la ley prospere total o parcialmente, el acreedor demandante tendrá derecho a que la sentencia le reconozca a título de recompensa una suma equivalente al 40% del total del bien recuperado para el patrimonio del deudor o del beneficio que directa o indirectamente se reporte”.

La revocatoria de simulación del negocio tiene como única finalidad la reconstitución del patrimonio, del deudor como prenda general de los acreedores, por ello la recompensa está prevista como un premio o reconocimiento a quien obtiene un ingreso efectivo que incrementa la masa que respalda las acreencias, siempre y cuando lo haya rogado en la demanda.

En este caso, encuentra el despacho que efectivamente la recompensa fue solicitada por la parte demandante en las pretensiones de la demanda y que en consecuencia se reconocerá a la parte demandante y a título de recompensa el 40% del valor que llegue a corresponder al vehículo de placas SWK034 una vez realizada la audiencia de resolución de objeciones a los proyectos de calificación y graduación de créditos y aprobación de inventario valorado que para efectos se realice dentro del proceso de reorganización de la sociedad CRM S.A.S. para lo cual se pondrá en conocimiento a la Dirección de Reorganizaciones.

Por todo lo expuesto se desestiman las demás excepciones formuladas en la contestación de la demanda que guardan íntima relación con lo ya expuesto en este despacho en el análisis realizado.

En mérito de lo expuesto, el Director de Procesos Especiales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve

Primero: Declarar probada parcialmente la excepción denominada “inexistencia de las causales contenidas en el art. 74 de la ley 1116 de 2006 para la procedencia de la acción revocatoria por no encontrarse la solicitud de simulación dentro del término de sospecha.” en relación con los vehículos de placas THY480 y THY478.

Segundo: Declarar la prosperidad parcial de las pretensiones sobre simulación del acto celebrado respecto del vehículo de placas SWK034.

Tercero: Como consecuencia de lo anterior se ordena la cancelación de la inscripción de los derechos que tenga Adriana Cubides sobre el vehículo de placas SWK034, y en su lugar se ordena inscribir a la sociedad CRM SAS en reorganización como nuevo titular de los derechos que le correspondan. Para el efecto se ordena al Grupo de Apoyo Judicial librar las comunicaciones y oficios a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cundinamarca.

Cuarto: No imponer condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva.

Quinto: Reconocer a título de recompensa a favor de la parte demandante y a cargo de la sociedad demandada CRM SAS en reorganización, el 40% del valor que llegue a corres-

ponder al vehículo de placas SWK034, una vez realizada la audiencia de resolución de objeciones a los proyectos graduación y calificación de créditos e inventario valorado aprobación del inventario que para el efecto se realice dentro del proceso de reorganización de la sociedad CRM SAS.

Sexto: Remitir a la Dirección de Procesos de Reorganización II copia la presente decisión para lo pertinente.

Séptimo: Declarar terminado el proceso y ordenar el archivo del expediente

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

[...]

Adición: Frutos

[...]

Pese a que el despacho no encuentra que se hubieren rogado los frutos en las pretensiones de la demanda, a diferencia de la recompensa, los frutos si proceden de oficio legalmente cuando prosperan las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, revisada la demanda inicial y su reforma en especial, se tiene que, en el juramento estimatorio, el demandante estimó: “Daño emergente son \$322.381.159 con 19 centavos”.

Es de resaltar que el daño emergente es un concepto distinto a los frutos, por lo cual el despacho no encuentra estimado el valor de frutos correspondiente. Máxime cuando en la reforma a la demanda, en el acápite 3: “Requisitos de procedibilidad de la acción”, el demandante indicó lo siguiente: “3.1.2. Por otra parte, la sociedad CRM S.A.S. en las sumarias del proceso de reorganización, en la carpeta n.º 1 5 sobre la graduación de acreencias y derechos de voto, manifiesta que en los créditos de quinta clase que figuran a nombre de mis representados, uno por valor de \$144.859.786 con 81 centavos, y otro a nombre de la empresa Carcubi S.A.S por valor de \$167.521.372 con 38 centavos, para un total de \$322.381.159 pesos con 19 centavos”, lo cual da cuenta de la calidad de acreedor.

El valor señalado por el demandante en este acápite de la demanda de \$322.381.159 pesos con 19 centavos, obedece a los créditos que tenían los demandantes en reorganización, valor que se incluyó como daño emergente en la demanda, pese a ser obligaciones del concurso que, por obvias razones, del principio de universalidad no son posibles de atender.

Pero refiriéndose al tema de considerar que ese valor de daño emergente es el valor de frutos, no se puede ni siquiera considerar que se trató de un error involuntario o mecanográfico del demandante.

Ahora bien, solo de llegar a considerar que el valor estimado y no objetado hace prueba de su monto conforme el artículo 206 del Código General del Proceso o valiéndose de otros documentos que hubieren en el acervo probatorio, este despacho no tiene presente que se trate de un valor escueto sin mayor fundamento, el apoderado debió de hacer un esfuerzo por indicar lógica y razonadamente, el por qué de esa suma, el cómo calculó los valores que pretendió hacer valer como frutos, no indicó qué circunstancias, operaciones matemáticas u opinión técnica contribuyó para estimar dicho valor. Es una carga adicional por naturaleza de la prueba que será soporte para la tasación de perjuicios en el evento en que las pretensiones salieren avanti, como pasó.

En palabras del Tribunal Superior de Bogotá, el juramento estimatorio: “...deberá hacerse bajo una carga de buen criterio, de prudencia, de medida y de equilibrio en la apreciación conforme a la razón recordándole los deberes de lealtad y de buena fe con que deben obrar las partes y sus apoderados, motivaciones sobre las cuales se exige que le demandante obre con sensatez y rigor al momento de hacer su reclamo a la justicia en especial en cuanto atañe a la existencia y la cuantía de los perjuicios sufridos y los frutos reclamados”.

En ese sentido este despacho no tiene certeza del acervo probatorio sobre la cuantía de los frutos que pretende sean reconocidos, por lo cual la sentencia se adicionará de la siguiente forma, adiciónese el resuelve del fallo así:

Octavo: Niéguese los frutos por las razones expuestas en la parte motiva de la adición al fallo.

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

Autos procesos especiales

Auto n.º 2019-01-316613 del 27 de agosto de 2019

Partes	María Cristina Calle Salinas contra Productos Químicos Panamericanos S.A. en Reorganización e Inversiones ASSG S.A.S.
Asunto	Artículo 74 de la Ley 1116 de 2006. Nulidad del artículo 121 del Código General del Proceso.

Consideraciones del Despacho

El artículo 121 del CGP dispone que “salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda” (...).

Señala además que “vencido el respectivo término previsto en el inciso anterior sin haberse dictado la providencia correspondiente, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al juez o magistrado que le sigue en turno” (...).

Conforme lo previsto en el parágrafo único del citado artículo, dicha norma se aplicará también a las autoridades administrativas cuando ejerzan funciones jurisdiccionales.

No obstante lo anterior, basta con hacer una lectura integral de la norma en cuestión para determinar que su aplicación requiere de varios componentes, entre ellos, el conteo de términos y que exista una competencia preventiva y no privativa pues, es claro que, en el primer evento es posible enviar el expediente a otro Despacho judicial para que continúe conociendo del respectivo asunto, mientras que en el segundo, es imposible hacer dicha remisión dadas las características propias de la competencia privativa, tal como procederá a explicarse.

A fin de dar claridad al presente asunto, es menester establecer qué es competencia preventiva o acumulativa y qué, competencia privativa.

La primera es aquella que compete a dos o más jueces, indistintamente, para que conozcan de un determinado asunto, de los cuales el que se anticipa previene a los otros del conocimiento del mismo, es decir, los inhibe para tal efecto.

Dicho en otras palabras, cuando existen varios jueces competentes para conocer de ese asunto, la ley le otorga al demandante la facultad de elegir ante quien desea presentar la demanda y, una vez el primero conoce del asunto, previene el conocimiento a los demás jueces que se privan de conocerlo.

La segunda, por su parte, es aquella competencia atribuida por la ley a un Juez o Tribunal específico para el conocimiento de determinado asunto con prohibición o exclusión de todos los demás.

En la doctrina se le conoce como competencia única, y su consecuencia inmediata es que los demás jueces quedan excluidos de la posibilidad de conocer de la materia por expreso mandato legal.

De conformidad con el artículo 116 inciso 3° de la Constitución Política, excepcionalmente algunas autoridades administrativas ejercen funciones jurisdiccionales en materias precisas determinadas por la ley; es así, como el artículo 6° de la Ley 1116 de 2006 otorga funciones jurisdiccionales a esta entidad, para conocer de manera privativa como juez del concurso del régimen judicial de insolvencia de todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciantes.

En desarrollo del mentado artículo 116, se expidieron entre otros la ley 1116 de 2006 y el decreto 1023 de 2012, mediante los cuales se estableció el régimen de insolvencia empresarial; se atribuyeron funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades y se modificó su estructura interna, de acuerdo con los lineamientos allí previstos.

El Superintendente de Sociedades en uso de las atribuciones legales, reglamentarias y en especial las conferidas por el artículo 115 de la Ley 489 de 1998 y los numerales 15 y 20 del artículo 8 del Decreto 1023 de 2012, procedió mediante Resolución 500-000924 de 17 de marzo de 2015, a modificar la estructura interna de la Superintendencia a través de la creación de grupos internos de trabajo, asignando funciones a cada uno, y fue así como en los artículos 26 y 27 numeral 26.10 de la citada resolución, creó el grupo de procesos especiales adscrito al Despacho del Superintendente Delgado para Procedimientos de Insolvencia, el cual tiene dentro de sus funciones, la de resolver las acciones revocatorias o de simulación de los actos o negocios realizados por el deudor bajo los supuestos de que trata el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006.

El artículo 74 de la citada ley dispone que, durante el trámite del proceso de insolvencia podrá demandarse ante el Juez del concurso la revocación o simulación de los actos o negocios allí previstos realizados por el deudor, cuando los mismos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos.

Los artículos 74 y 75 de la Ley 1116 de 2006 habilitan a la Superintendencia de Sociedades para que declare la revocatoria o la simulación de ciertos “actos o negocios realizados por el deudor” cuando se cumplen los supuestos allí establecidos. Por ello, la competencia para conocer de las acciones concursales asiste única y exclusivamente al Juez del Concurso (sentencia 480-000093 del 28 de julio de 2015).

Conforme a lo antes señalado es claro concluir que, aún en el evento que se dieran todos y cada uno de los presupuestos previstos al artículo 121 del CGP, no es posible para casos como el que nos ocupa dar aplicación a dicho precepto por cuanto al tenor de lo dispuesto

en los artículos 74 y 75 de la ley 1116 de 2006, y artículos 26 y 27 numeral 26.10 de la Resolución 500-000924 de 17 de marzo de 2015, éste Despacho tiene competencia privativa para conocer de las acciones revocatorias concursales aspecto éste que, de suyo, conlleva a la imposibilidad de decretar la falta de competencia en los términos previstos en la norma en comento.

En consecuencia, y en atención a los argumentos antes expuestos, se denegará por improcedente la petición elevada por Inversiones ASSG S.A.S.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Procesos Especiales,

Resuelve

Negar por improcedente la petición atinente a dar aplicación al artículo 121 del CGP.

Notifíquese.

Auto n.º 2020-01-122977 del 5 de abril de 2020

Partes	Interventor de Estraval S.A. y otros y Administrador de Bienes de Juan Carlos Bastidas Alemán en Liquidación Judicial contra Mercantil Colpatría, Camila Pacheco Mejía y otros
Asunto	Representante legal y administrador de bienes de la intervención.

Consideraciones del Despacho

El artículo 9 del decreto 4334 de 2008 dispone que, en los procesos de intervención, el agente interventor tendrá a su cargo la representación legal de las personas jurídicas, o la administración de los bienes de la persona natural, y la realización de los actos derivados de la intervención que no estén asignados a otra autoridad.

Tal como se observa de la redacción de la norma, es claro que por la naturaleza del proceso de intervención y la diferencia existente entre personas naturales y jurídicas, el agente interventor asume calidades diferentes dependiendo de la clase de sujeto materia de intervención. Es así como respecto de las personas jurídicas asume la representación legal de las mismas para todos los efectos, mientras que para personas naturales únicamente para la administración de los bienes.

Para dar claridad al tema en mención es preciso partir del concepto de capacidad, que es la aptitud que tiene un individuo para asumir derechos y obligaciones por sí mismo, sin depender de otro.

En el caso de las personas jurídicas es claro que, dada su naturaleza, siempre necesitan de un representante legal que, respecto de los procesos de intervención, será el agente interventor.

Para el caso de personas naturales el asunto varía ostensiblemente por cuanto, en principio, “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces” conforme lo dispuesto en el art. 1503 del CC.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el hecho de que una persona natural sea sujeto de alguna de las medidas de intervención judicial previstas en el decreto 4334 de 2008, no conlleva que la misma pierda su capacidad jurídica de manera total y, por ende, requiera de un representante legal, como al parecer lo entendieron tanto el apoderado judicial de las sociedades demandantes del proceso acumulado como el agente interventor de Técnicas Financieras S.A. en liquidación judicial como medida de intervención y “administrador de bienes” de Juan Carlos Bastidas Alemán.

Téngase en cuenta que, para estos efectos, la persona natural intervenida continúa siendo capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones (se puede casar, divorciar, celebrar ciertos contratos, etc.). Por esta razón, la intervención solo “limita” su capacidad en lo concerniente a la administración de sus bienes, razón por la cual el agente interventor actúa solo como administrador de los mismos en esta clase de procesos.

Conforme a lo anterior, es claro que el agente interventor, Luis Fernando Alvarado Ortiz, no es el representante legal de Juan Carlos Bastidas Alemán. Por consiguiente, no es posible tener por notificado al intervenido Bastidas Alemán por intermedio del agente interventor, como tampoco lo es, tener en cuenta el escrito de contestación de demanda allegado por el citado interventor a nombre de Juan Carlos Bastidas Alemán. Lo anterior, se reitera, porque la figura de administrador de bienes es distinta a la de representante legal.

En caso contrario, tendríamos que el agente interventor, interesado en obtener la restitución de bienes, sería quien defendería los intereses del señor Bastidas, quien tendría un interés contrario, generando una situación contraria al derecho de defensa y contradicción que este podría tener.

En consecuencia, se ordenará a la parte actora del proceso acá acumulado, que adelante los trámites pertinentes para surtir la notificación de Juan Carlos Bastidas Alemán.

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

Resuelve

Primero. No tener por notificado al intervenido Juan Carlos Bastidas Alemán, por intermedio del agente interventor en calidad de administrador de sus bienes.

Segundo. No tener en cuenta el escrito de contestación presentado por el agente interventor, Luis Fernando Alvarado, en nombre de Juan Carlos Bastidas Alemán.

Tercero. Ordenar a la parte demandante del proceso acumulado (2018-480-00057) que proceda con la notificación del señor Juan Carlos Bastidas Alemán en los términos de ley.

Notifíquese.

Índice de Jurisprudencia

Jurisprudencia Nacional

Corte Constitucional

Sentencia C-005 de 1996: 36
Sentencia C-621 de 2003: 88
Sentencia C-865 de 2004: 105, 106
Sentencia C-527 de 2013: 221
Sentencia T-444 de 2013: 215

Corte Suprema de Justicia

Sentencia del 18 de agosto de 1993: 121
Sentencia del 13 de diciembre de 2013: 81
Sentencia del 6 de septiembre de 2016: 42
Sentencia del 7 de julio de 2021: 203

Consejo de Estado

Sentencia del 19 de agosto de 1999: 106

Tribunal Superior de Cartagena

Sentencia del 8 de julio de 2005: 176

Tribunal Superior de Cúcuta

Sentencia del 3 de mayo de 2021: 150

Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta

Sentencia del 13 de noviembre de 2020: 150

Superintendencia de Industria y Comercio

Sentencia n.º 3289 del 29 de junio de 2012: 97, 111, 113

Superintendencia de Sociedades

Sentencia n.º 801-15 del 15 de marzo de 2013: 73, 107, 184
Sentencia n.º 801-16 del 23 de abril de 2013: 168, 171
Sentencia n.º 801-35 del 9 de julio de 2013: 118
Sentencia n.º 800-55 del 16 de octubre de 2013: 72,76,103,147,182
Sentencia n.º 801-72 del 11 de diciembre de 2013: 51
Sentencia n.º 800-73 del 19 de diciembre de 2013: 134
Sentencia n.º 800-20 del 27 de febrero de 2014: 134
Sentencia n.º 800-29 del 14 de mayo de 2014: 117, 118, 120
Sentencia n.º 801-34 del 11 de junio de 2014: 140
Sentencia n.º 800-44 del 18 de julio de 2014: 134, 199
Sentencia n.º 800-52 del 1 de septiembre de 2014: 51, 60, 84, 85, 116, 117
Sentencia n.º 800-78 del 14 de noviembre de 2014: 134
Sentencia n.º 801-81 del 20 de noviembre de 2014: 134
Sentencia n.º 800-50 del 08 de mayo de 2015: 134

Sentencia n.º 800-54 del 14 de mayo de 2015: 133, 134, 136, 141
Sentencia n.º 400-56 del 20 de mayo de 2015: 222
Sentencia n.º 800-85 del 08 de julio de 2015: 51, 140
Sentencia n.º 480-93 del 28 de julio de 2015: 234
Sentencia n.º 800-119 del 17 de septiembre de 2015: 134, 199
Sentencia n.º 800-133 del 15 de octubre de 2015: 84
Sentencia n.º 800-134 del 20 de octubre de 2015: 118
Sentencia n.º 800-142 del 10 de noviembre de 2015: 84, 117
Sentencia n.º 800-25 del 4 de abril de 2016: 133
Sentencia n.º 800-26 del 13 de abril de 2016: 35, 117
Sentencia n.º 800-46 del 11 de mayo de 2016: 134
Sentencia n.º 800-52 del 9 de junio de 2016: 18, 25, 34, 35, 136
Sentencia n.º 800-71 del 03 de agosto de 2016: 30
Sentencia n.º 820-83 del 13 de septiembre de 2016: 120
Sentencia n.º 800-29 del 20 de abril de 2017: 72, 107
Sentencia n.º 800-35 del 2 de mayo de 2017: 117
Sentencia n.º 800-43 del 5 de junio de 2017: 117
Sentencia n.º 820-78 del 11 de agosto de 2017: 16
Sentencia n.º 800-107 del 27 de octubre de 2017: 58
Sentencia n.º 820-21 del 9 de marzo de 2018: 61
Sentencia n.º 800-46 del 11 de mayo de 2018: 141
Sentencia n.º 2018-01-504337 del 28 de noviembre de 2018: 17
Sentencia n.º 2019-01-301633 del 9 de agosto de 2019: 107, 147
Sentencia n.º 2019-01-308880 del 16 de agosto de 2019: 147
Sentencia n.º 2019-01-372391 del 15 de octubre de 2019: 65, 103, 147, 182
Sentencia n.º 2020-01-279752 del 19 de junio de 2020: 220
Sentencia n.º 2020-01-543527 del 14 de octubre de 2020: 85, 146, 147

Jurisprudencia Extranjera

Audiencia Provincial de Cantabria

Sentencia del 23 de mayo de 2011: 105

Audiencia Provincial de La Coruña

Sentencia del 6 de julio de 2011: 15

Audiencia Provincial de La Rioja

Sentencia del 5 de enero de 2011: 15

Audiencia Provincial de Málaga

Sentencia del 8 de marzo de 2005: 15, 16

Audiencia Provincial de Valencia

Sentencia del 31 de enero de 2007: 15

Tribunal Supremo Español

Sentencia del 26 de mayo de 1998: 15

Sentencia del 24 de septiembre de 2001: 15

Atlas Maritime Co SA v. Avalon Maritime Ud [1991]: 103

Bishop Macram Max Gassis v. Corkery [2014]: 14

Guth v. Loft [1939]: 196

Hockessin Community Center, Inc. v. Swift [2012]: 14

K.C. Roofing Center v. On Top Roofing Inc. [1991]: 105

Prest v. Petrodel Resources Ud & Ors [2013]: 103

Prickett v. Am. Steel & Pump Corp. [1969]: 14

Roman Catholic Archbishop of San Francisco v. Sheffield [1971]: 149

Sea-Land Services, Inc. v. Pepper Source [191]: 149

Weinberger V. UOP [1983]: 200

Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc. [1976]: 13

Winner Acceptance Corp. v. Return on Capital Corp. [2008]: 149

Índice de Autores

Armour: 13, 14
Bainbridge: 15, 184, 201
Berle: 148
Coffee: 199, 201
Corporation Law Committee of the
Association of the Bar of the City of New York: 170
Cheng: 103
Choper: 199, 200, 201
Cox: 199
Davies: 13, 14, 135, 148
Devis Echandía: 223
Dobson: 104, 147
Easterbrook: 184
Eisenberg: 199
Enriques: 13, 14, 139
Feliu Rey: 169, 171
Fischel: 184
Gilson: 199, 201
Girgado Perandones: 15
Hagan: 104, 147
Halabi: 149
Harvard: 184, 199
Hansmann: 13, 14
Herting: 13, 14
Hinestrosa Forero: 14
Hopt: 13, 14
Kanda: 13, 14
Kraakman: 13, 14
Laguado Giraldo: 171
Martínez Neira: 26, 31, 80, 81, 105, 129, 162,
163, 168, 174
Means: 148
Moore: 14
Mortimore: 16
O'Kelley: 200, 202
O'Neal: 199
Parias Garzón: 18
Pargendler: 13, 14
Paz-Ares: 171
Restrepo: 200, 203
Reyes Villamizar: 12, 15, 16, 18, 19, 26, 31, 40,
43, 46, 71, 103, 104, 105, 149, 162, 163, 171,
199, 201, 207
Ringe: 13, 14
Sealy: 14
Subramanian: 200
Suescún Melo: 25, 34, 35
Thompson: 148, 149, 199, 200,
202
Toscano López: 120
Ventoruzzo: 199
Worthington: 15, 148

Índice Analítico de Materias por Sentencia

Procesos societarios

Sentencia n.º 2019-01-075549 del 26 de marzo de 2019

Acción social de responsabilidad/ Procedencia
Administradores / Criterios para identificarlos
Administradores / De hecho
Administradores / Deberes
Administradores / En grupos empresariales
Administradores / En sociedades de familia
Administradores / Lealtad
Administradores / Rendición de cuentas
Conflicto de intereses/ Administrador
Pruebas / Perjuicios
Sociedad / Utilidades

Sentencia n.º 2019-01-372391 del 15 de octubre de 2019

Abuso del derecho / Responsabilidad
Desestimación de la personalidad jurídica / Abuso en la constitución de la sociedad
Desestimación de la personalidad jurídica / Causales
Desestimación de la personalidad jurídica / Efectos
Desestimación de la personalidad jurídica / Procedencia
Desestimación de la personalidad jurídica / Sanción
Derechos del asociado / Abuso
Inoponibilidad / Condiciones
Inoponibilidad / Ocurrencia

Sentencia n.º 2019-01-171111 del 29 de abril de 2019

Acción social de responsabilidad/ Procedencia
Administradores / Actos de competencia
Administradores / Deberes
Administradores / Lealtad
Administradores / Responsabilidad
Conflicto de intereses/ Administrador
Conflicto de intereses / Autorización
Conflicto de intereses/ Prohibiciones
Conflicto de intereses / Sanción
Nulidad absoluta / Efectos de la declaratoria frente a las partes del contrato anulado

Sentencia n.º 2019-01-289510 del 29 de julio de 2019

Acción social de responsabilidad / Procedencia
Acción social de responsabilidad / Requisitos
Administradores / Actos de competencia
Administradores / Business judgement rule
Administradores / Deberes
Administradores / Diligencia

Administradores / Inhabilidades
Administradores / Lealtad
Administradores / Responsabilidad
Competencia con la sociedad / Administradores
Competencia con la sociedad / Noción
Conflicto de intereses / Administradores
Conflicto de intereses / Autorización
Conflicto de intereses / Criterios para identificarlos
Conflicto de intereses / Noción
Conflicto de intereses / Perjuicios
Contabilidad / Comprobantes
Contabilidad / Efectos
Establecimiento de comercio / Sucursales
Factor / Preposición
Representación / De sucursales de sociedad extranjera
Sociedad extranjera / Constitución
Sociedad extranjera / Efectos
Sucursales / Factor

Sentencia n.º 2020-01-270914 del 17 de junio de 2020

Actas / Falsedad
Asamblea general de accionistas / Reuniones universales
Inexistencia / Causales
Inexistencia / Declaración
Inexistencia / Noción
Inexistencia / Procedencia
Reuniones societarias / Convocatoria

Sentencia n.º 2020-01-271819 del 17 de junio de 2020

Administradores / Actos de competencia
Administradores / Business judgement rule
Administradores / Deberes
Administradores / Criterio de discrecionalidad empresarial
Administradores / Lealtad
Administradores / Información privilegiada
Administradores / Responsabilidad
Conflicto de intereses / Administradores
Conflicto de intereses / Criterios para identificarlos
Conflicto de intereses / Noción
Conflicto de intereses / Responsabilidad
Conflicto de intereses / Sanción
Sociedad / Actos de competencia

Sentencia n.º 2020-01-543527 del 14 de octubre de 2020

Desestimación de la personalidad jurídica / Abuso en la constitución de la sociedad
Desestimación de la personalidad jurídica / Causales
Desestimación de la personalidad jurídica / Condiciones
Desestimación de la personalidad jurídica / Consecuencias

Desestimación de la personalidad jurídica / Efectos
Desestimación de la personalidad jurídica / Procedencia
Desestimación de la personalidad jurídica / Prueba
Desestimación de la personalidad jurídica / Requisitos
Desestimación de la personalidad jurídica / Responsabilidad
Desestimación de la personalidad jurídica / Sanción
Sociedad / Compraventa de acciones
Sociedad / Desestimación de la personalidad jurídica

Sentencia n.º 2020-01-605927 del 20 de noviembre de 2020

Administradores / Conflicto de intereses
Caducidad / Conteo
Caducidad / De la acción
Conflicto de intereses / Administradores
Conflicto de intereses / Autorización
Conflicto de intereses / Criterios para identificarlos
Conflicto de intereses / Efectos
Conflicto de intereses / Noción
Conflicto de intereses / Sanción
Conflicto de intereses / Procedimientos
Contrato / De ejecución sucesiva
Contrato / Resolución
Impugnación de decisiones sociales / Caducidad
Liquidación privada de la sociedad / Acciones contra el liquidador
Liquidación privada de la sociedad / Obligaciones litigiosas
Nulidad absoluta / Restituciones mutuas

Sentencia n.º 2020-01-631139 del 10 de diciembre de 2020

Administradores / Suplentes
Asamblea general de accionistas / Convocatoria
Ineficacia / Supuestos
Ineficacia / En decisiones sociales
Reuniones societarias / Convocatoria
Reuniones societarias / Extraordinarias
Testigos / Sospechosos
Testigos / Valoración
Testigos / Tacha

Sentencia n.º 2021-01-061146 del 2 de marzo de 2021

Abuso del derecho / Indemnización de perjuicios
Abuso del derecho / Responsabilidad
Abuso en las decisiones societarias / Carga probatoria
Abuso en las decisiones societarias / Configuración
Abuso en las decisiones societarias / Indemnización
Abuso en las decisiones societarias / Responsabilidad
Abuso en las decisiones societarias / Abuso de la paridad
Acción social de responsabilidad / Procedencia
Acción social de responsabilidad / Requisitos

Administradores / Acción individual de responsabilidad
Administradores / Acción social de responsabilidad
Administradores / Business judgment rule
Administradores / Conflicto de intereses
Administradores / Criterio de discrecionalidad empresarial
Administradores / Deberes
Administradores / Diligencia
Administradores / Responsabilidad
Asamblea general de accionistas / Abuso de la paridad
Asamblea general de accionistas / Abuso del derecho de voto
Asamblea general de accionistas / Decisiones nulas
Conflicto de intereses / Administradores
Conflicto de intereses / Autorización
Conflicto de intereses / Responsabilidad
Conflicto de intereses / Sanción
Sociedad por acciones simplificada / Abuso de la paridad
Sociedad por acciones simplificada / Abuso del derecho de voto
Sociedad por acciones simplificada / Decisiones nulas
Sociedad por acciones simplificada / Responsabilidad de los administradores

Sentencia n.º 2021-01-363596 del 13 de mayo de 2021

Acreeedores / Derechos
Acreeencias sociales / Pago
Acreeencias sociales / Reconocimiento
Administradores / Conflicto de intereses
Compraventa / De inmuebles
Compraventa / Nulidad
Compraventa / Restituciones mutuas
Conflicto de intereses / Criterios para identificarlos
Desestimación de la personalidad jurídica / Causales
Desestimación de la personalidad jurídica / Consecuencias
Desestimación de la personalidad jurídica / Efectos
Desestimación de la personalidad jurídica / Indemnización de perjuicios
Desestimación de la personalidad jurídica / Procedencia
Desestimación de la personalidad jurídica / Prueba
Desestimación de la personalidad jurídica / Requisitos
Desestimación de la personalidad jurídica / Responsabilidad
Desestimación de la personalidad jurídica / Sanción
Levantamiento del velo corporativo
Sociedad / Controlante

Sentencia n.º 2021-01-377931 del 1º de junio de 2021

Constitución de sociedad / Estatutos societarios
Estatutos societarios / Contenido
Estatutos societarios / Formalidad
Estatutos societarios / Noción
Estatutos societarios / Obligatoriedad
Junta directiva / Decisiones

Junta directiva / Decisiones nulas
Nulidad absoluta / Causales
Nulidad absoluta / De las decisiones sociales
Nulidad absoluta / Noción
Nulidad absoluta / Normatividad
Nulidad absoluta / Por ir contra expresa prohibición
Objeto social / Ámbito
Sociedad / Estatutos societarios
Sociedad / Objeto social

Sentencia n.º 2021-01-504014 del 11 de agosto de 2021

Acuerdos entre accionistas / Depósito
Acuerdos entre accionistas / Efectos
Acuerdos entre accionistas / Ejecución judicial
Acuerdos entre accionistas / Previos
Compensación / Como modo de extinguir obligaciones
Enajenación de acciones / Contrato
Enajenación de acciones / Efectos frente a la sociedad y a terceros
Enajenación de acciones / Inscripción en el libro de registro de acciones
Enajenación de acciones / Perfeccionamiento
Sociedad por acciones simplificada /Acuerdos de accionistas
Prescripción / Como excepción

Sentencia n.º 2021-01-561264 del 16 de septiembre de 2021

Confesión / Ficta o presunta
Desestimación de la personalidad jurídica / Abuso en la constitución de la sociedad
Desestimación de la personalidad jurídica / Condiciones
Desestimación de la personalidad jurídica / Consecuencias
Desestimación de la personalidad jurídica / Procedencia
Desestimación de la personalidad jurídica / Prueba
Interrogatorio / Confesión ficta
Obligaciones / Incumplimiento

Sentencia n.º 2021-01-692753 del 24 de noviembre de 2021

Cesión de cuotas / Derecho de preferencia
Cesión de cuotas / Efectos
Cesión de cuotas / En la sociedad limitada
Demanda / Falta de contestación
Sociedad de responsabilidad limitada / Cesión de cuotas sociales
Sociedad de responsabilidad limitada / Derecho de preferencia en la negociación

Procesos especiales

Sentencia n.º 2019-01-325382 de 5 de septiembre de 2019

Acuerdo de reestructuración / Incumplimiento de acreedores
Acuerdo de reestructuración / Inventario de acreencias
Inventario de acreencias / Acreencias ciertas

Inventario de acreencias / Acreencias condicionales
Inventario de acreencias / Acreencias extemporáneas
Inventario de acreencias / Acreencias rechazadas
Inventario de acreencias / Conciliación de obligaciones
Inventario de acreencias / Depuración de acreencias
Inventario de acreencias / Deuda presunta

Sentencia n.º 2021-01-544315 de 7 de septiembre de 2021

Buena fe / En la celebración
Daños / Juramento estimatorio
Frutos / Solicitud
Juramento estimatorio / Carencia de prueba del perjuicio
Juramento estimatorio / Como carga procesal
Juramento estimatorio / Como prueba de la cuantía
Simulación / Acción concursal
Simulación / Buena fe
Simulación / Caducidad
Simulación / Celebración
Simulación / Clases
Simulación / Daño
Simulación / En proceso liquidatorio
Simulación / En proceso de reorganización
Simulación / Insuficiencia de activos
Simulación / Legitimación
Simulación / Periodo de sospecha
Simulación / Perjuicio
Simulación / Prelación de créditos
Simulación / Prueba
Simulación / Recompensa
Simulación / Requisitos
Patrimonio del deudor / Insuficiencia de bienes