Digitally signed by MANTILLA GOMEZ CARLOS GERARDO
Date: 2023.03.17 17:01:13 -05:00
Reason: Firma Digital
Location: Colombia

Al contestar cite el No. 2023-01-140768

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Tipo: Salida Fecha: 17/03/2023 05:01:01 PM
Trámite: 140046 - SOLICITUDES
Sociedad: 701117373 - PEREZ ROJAS GONZALO Exp. 0
Remitente: 800 - DELEGATURA PARA PROCEDIMIENTOS MERCAN
Destino: 4151 - ARCHIVO APOYO JUDICIAL
Folios: 13 Anexos: NO
Tipo Documental: AUTO Consecutivo: 800-003934

AUTO

Superintendencia de Sociedades **Bogotá D.C.**

En sus escritos cite siempre el siguiente número: 2023-800-00075

Partes
Campbelltown S. de R.L.

contra

Grupo Nutresa S.A., Grupo Argos. S.A., Grupo Sura S.A., Inversiones y Construcciones Estratégicas S.A.S., Gonzalo Alberto Pérez, Jorge Mario Velásquez y Ricardo Jaramillo

Trámite
Proceso verbal

Número de proceso
2023-800-00075

I. ANTECEDENTE

El 7 de marzo de 2023 Campbelltown S. de R.L. presentó la demanda de la referencia y, en esa misma oportunidad, se solicitó el decreto de medidas cautelares.

II. 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 la demandante, según se expresa a continuación.

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por la demandante. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el Artículo 590 del Código General del Proceso. La apariencia

de buen derecho ha sido referida a "la carga de acreditar de forma provisional e indiciaria, que la pretensión principal presenta visos de poder prosperar; [es preciso establecer] una probabilidad cualificada de éxito de la pretensión que se pretende cautelar".[1]

El análisis preliminar a que se ha hecho referencia no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.[2] Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que en el momento de dictar sentencia, el juez llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares. En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para haber aceptado o rechazado la medida. En criterio de Bejarano Guzmán, "no se trata de una decisión de fondo sino preliminar, que por supuesto puede ser modificada en la sentencia que le ponga fin al proceso [...] si el juez no decreta la suspensión provisional [...], en modo alguno ello significa que la sentencia será adversa al demandante, pues las pruebas recaudadas en el proceso pueden contribuir a cambiar la decisión que se adopte en la sentencia".[3]

Con fundamento en las anteriores precisiones, se analizará la solicitud formulada en la demanda, con el fin de estimar si el demandante ha demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar.

Con fundamento en las anteriores precisiones, resulta necesario realizar una breve anotación en relación con las medidas cautelares innominadas. Posteriormente, se analizará la probabilidad de éxito de las pretensiones formuladas por la demandante.

1. Acerca de las medidas cautelares innominadas

Esta Delegatura en reiteradas oportunidades ha accedido al decreto y ha ordenado la práctica de medidas cautelares innominadas, vale decir, aquellas medidas que no se encuentran expresamente consagradas en la ley. Debe recordarse que, por virtud de lo previsto en el literal c) del artículo 590 del Código General del Proceso, es completamente viable acceder al decreto de cautelas innominadas teniendo en cuenta que los procesos adelantados ante este Despacho son declarativos. Igualmente, es posible ordenar el decreto de tales medidas cuando se considere que la solicitud de medidas cautelares nominadas no es suficiente para proteger el derecho en litigio. Lo anterior, por supuesto, atendiendo a los criterios de ponderación y razonabilidad a los que hace alusión el inciso tercero del literal b) del numeral 1 del artículo 590 del citado Código. Es así como esta Delegatura, en varios pronunciamientos, ha proferido decisiones encaminadas al decreto de medidas cautelares innominadas sujetas a caución, dentro de las cuales se destacan, por

[1] J Garnica Martín, Medidas Cautelares en el Proceso de Impugnación de Acuerdos Sociales en Órganos de la Sociedad de Capital, Tomo I (2008, Valencia, Tirant Lo Blanch) 580.

[2] En opinión de Garnica Martín, el análisis preliminar requerido para establecer la apariencia de buen derecho "no tiene por qué significar que el juez que ha emitido un juicio previo haya perdido su imparcialidad: ambos juicios versan sobre lo mismo, pero no se emiten a partir de los mismos elementos probatorios, por lo que no es difícil que pueda cambiar la visión del juez que dictó medidas cautelares sobre el asunto cuando dicta sentencia" (2008) 580.

[3] R Bejarano Guzmán, Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales, 5ª Edición (2011, Bogotá, Editonal Temis) 167.

ejemplo, la suspensión de decisiones adoptadas por una junta directiva relacionadas con las autorizaciones impartidas al representante legal de la compañía demandada para el desarrollo de un importante proyecto inmobiliario,[4] la orden a un administrador de abstenerse de participar en actos que impliquen un conflicto de interés,[5] entre otras.

Medidas cautelares como las descritas en el párrafo precedente, analizadas en conjunto con la probabilidad de éxito de las pretensiones de la demanda, así como del interés para actuar de la demandante, revisten de plena efectividad para la protección del derecho material.

2. Acerca de las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

Como se mencionó en los acápites precedentes, corresponde al Despacho, en este punto, analizar las solicitudes finalmente formuladas en la demanda, a fin de estimar si se ha demostrado que las pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar.

A. Sobre las pretensiones formuladas por Campbelltown S. de R.L.

La demanda presentada ante el Despacho busca que se declare que Gonzalo Alberto Pérez, Ricardo Jaramillo y Jorge Mario Velásquez, en su calidad de representantes legales de Grupo de Inversiones Suramericana S.A., Inversiones y Construcciones Estratégicas S.A.S. (en adelante "IC Estratégicas") y Grupo Argos S.A., respectivamente, estaban inmersos en un conflicto de interés, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, al manifestar el voto de las referidas compañías en el marco de la reunión asamblearia de Grupo Nutresa S.A. celebrada el 1º de julio de 2022. Lo anterior, por cuanto los referidos administradores no habrían obtenido la autorización de que trata la citada disposición.

En consecuencia, se ha solicitado que se declare la nulidad del acto jurídico desplegado por los representantes legales demandados, consistente en manifestar el voto de las sociedades a que representaban en la reunión en comento, para elegir miembros independientes de la junta directiva de Grupo Nutresa S.A., vale decir, Grupo de Inversiones Suramericana S.A., Inversiones y Construcciones Estratégicas S.A.S. y Grupo Argos S.A.

De forma subsidiaria, Campbelltown S. de R.L. ha solicitado que se declare la nulidad del acto jurídico de votar para elegir miembros independientes de la junta directiva de Grupo Nutresa S.A., desplegado por Grupo de Inversiones Suramericana S.A., Inversiones y Construcciones Estratégicas S.A.S. y Grupo Argos S.A., durante la reunión asamblearia de Grupo Nutresa S.A., también con ocasión de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. De no prosperar las mencionadas pretensiones, se ha solicitado que se reconozcan los presupuestos fácticos que dan lugar a la sanción de ineficacia del acto jurídico

[4] Cfr. Superintendencia de Sociedades, auto n.°. 2020-01-607387 del 23 de enero de 2020, proferido dentro del proceso n.° 2020-800-00174, iniciado por Inversiones Floreana Ltda. y Finanzas & Empresa Consultores S.A.S. contra Productos Minerales Calcáreos (Promical) S.A.

[5] Cfr. Superintendencia de Sociedades, auto n.° 2021-01-388171 del 4 de junio de 2021, proferido dentro del proceso n.° 2021-800-00046, iniciado por Claudio Darío Jiménez Segura contra Intermarcali S.A., Marcali Internacional S.A., Markia S.A., Inversiones Kuzuca S.A.S., Euro Marcali S.A.S., Marcela Jiménez Fajardo, Laura Marcela Bayona Jiménez y Carlos Roberto Bayona Jiménez.

desplegado por Grupo de Inversiones Suramericana S.A., Inversiones y Construcciones Estratégicas S.A.S. y Grupo Argos S.A. consistente en votar durante la reunión asamblearia en cuestión, para elegir los miembros independientes de la junta directiva de Grupo Nutresa S.A. Esto, de conformidad con lo establecido en el artículo 262 del Código de Comercio.

En la demanda también se formuló la misma solicitud de nulidad, pero respecto de los actos jurídicos desplegados por Gonzalo Alberto Pérez, Ricardo Jaramillo y Jorge Mario Velásquez, consistentes a votar para elegir miembros patrimoniales –no independientes– de la junta directiva de Grupo Nutresa S.A. De igual forma, se solicitó de forma subsidiaria la declaración de nulidad del acto jurídico de votar desplegado por Grupo de Inversiones Suramericana S.A., Inversiones y Construcciones Estratégicas S.A.S. y Grupo Argos S.A., para elegir miembros patrimoniales de la referida junta directiva. En igual sentido, se ha solicitado que, en últimas, se reconozcan los presupuestos fácticos que dan lugar a la sanción de ineficacia del acto jurídico desplegado por Grupo de Inversiones Suramericana S.A., Inversiones y Construcciones Estratégicas S.A.S. y Grupo Argos S.A. consistente en votar durante la reunión asamblearia en cuestión, para elegir los miembros patrimoniales de la junta directiva de Grupo Nutresa S.A., según lo dispuesto en el artículo 262 del Código de Comercio

Adicionalmente, se ha solicitado que se reconozcan los presupuestos fácticos que dan lugar a la sanción de ineficacia respecto de la decisión adoptada por la asamblea general de accionistas de Grupo Nutresa S.A., consistente en elegir a Andrés Arango Botero como miembro independiente de la junta directiva de la referida compañía, por virtud de lo dispuesto en los artículos 427 y 433 del Código de Comercio. Aunado a lo anterior, de forma subsidiaria, se ha solicitado que se declare que durante la reunión del 1º de julio de 2022, la asamblea general de accionistas de Grupo Nutresa S.A. no eligió a Andrés Arango Botero como miembro independiente de la junta directiva de Grupo Nutresa S.A.

Finalmente, en la demanda se busca que se reconozcan los presupuestos fácticos que dan lugar a la sanción de ineficacia respecto de la decisión adoptada por la asamblea general de accionistas de Grupo Nutresa S.A., consistente en elegir a Luis Felipe Hoyos Vieira y/o a Jesús Vallejo Mejía como miembros patrimoniales de la junta directiva de la referida compañía, por virtud de lo dispuesto en los artículos 427 y 433 del Código de Comercio. Además, de forma subsidiaria, se ha solicitado que se declare que durante la reunión del 1º de julio de 2022, la asamblea general de accionistas de Grupo Nutresa S.A. no eligió a Luis Felipe Hoyos Vieira y/o a Jesús Vallejo Mejía como miembros independientes de la junta directiva de Grupo Nutresa S.A.

B. Sobre el régimen colombiano de conflictos de intereses

En Colombia no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario. Dicho vacío es problemático para los administradores sociales, debido a que estos funcionarios no cuentan con absoluta claridad acerca de las hipótesis que pueden dar lugar a un conflicto de interés. Tal incertidumbre, sumada a las severas sanciones por la violación del deber contenido en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 —incluida la posible inhabilidad para ejercer el comercio, en los términos del Decreto 1925 de 2009 incorporado al Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015— puede tener un efecto desalentador sobre la gestión de los administradores. No obstante, mientras subsista dicho vacío, les corresponderá a los jueces establecer si el administrador cuenta con un interés personal que pueda nublar su juicio

objetivo en el curso de una operación determinada y, en consecuencia, lo propio es activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

En el caso de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., esta Superintendencia reconoció el efecto nocivo que pueden tener los conflictos de intereses sobre la gestión de los administradores.[6] En verdad, las reglas consagradas en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009 les imponen a estos sujetos la necesidad de obtener la autorización del máximo órgano social para participar en operaciones viciadas por esta clase de conflictos. Si los administradores obtienen la mencionada autorización, sus actuaciones quedan a salvo de cualquier escrutinio judicial.[7] De lo contrario, deberán aplicarse las diversas consecuencias contempladas para el incumplimiento de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, cuyo alcance va desde la nulidad del respectivo negocio jurídico hasta la responsabilidad de los administradores por los perjuicios que sufra la sociedad.

Esta Delegatura se ha pronunciado, a lo largo de copiosa jurisprudencia, acerca de distintas hipótesis fácticas que dan lugar a la configuración de conflictos de interés en cabeza de los administradores sociales. Conforme se ha señalado desde las primeras sentencias proferidas sobre la materia, el análisis inicial que realice el juez siempre "[...] 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 [...]".[8]

Es así como este Despacho se ha referido al conflicto de interés que puede surgir cuando un mismo sujeto es administrador de dos compañías que contratan entre sí.[9] En la medida en que le corresponde al administrador perseguir el mejor interés de las dos sociedades en las que ejerce sus funciones, por lo que su objetividad podría verse comprometida en la respectiva operación. Dicha objetividad no solo podría menguarse 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 otra parte, esta Delegatura también ha hecho alusión a la 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.[10] Bajo la misma lógica, la celebración de operaciones entre el asociado controlante y la compañía, representada por el respectivo administrador, supone que este sujeto está inmerso en un conflicto de interés. Ciertamente, la relación de dependencia que existe entre administradores y controlantes es de suficiente

[6] Cfr Superintendencia de Sociedades, sentencia n.° 800-029 del 14 de mayo de 2014.

[7] Con todo, en el numeral 7 del artículo 23 se ha establecido que "la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad". Esta disposición parece permitir la revisión judicial de negocios jurídicos, aunque hayan sido aprobados por una mayoría de los accionistas que no tengan un interés en la operación. Claro que, en estos casos, al demandante le corresponderá la elevada carga probatoria de demostrar que la operación controvertida es perjudicial para la compañía, a pesar de haber sido aprobada por los principales interesados en proteger el patrimonio social.

[8] Cfr Superintendencia de Sociedades, sentencia n.° 800-52 del 1 de septiembre de 2014.

[9] Cfr Superintendencia de Sociedades, auto n.° 801-7259 del 19 de mayo de 2014.

[10] Cfr Superintendencia de Sociedades, sentencia n.° 800-142 del 10 de noviembre de 2015.

entidad como para comprometer el juicio objetivo de aquellos funcionarios en el curso de una operación determinada.[11]

Adicionalmente, 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".[12]

Así, pues, este Despacho ha concluido la existencia de conflictos de intereses a partir de diferentes hipótesis fácticas en las que el administrador o sus vinculados participan en actos en los que es parte la sociedad en la que aquel ejerce sus funciones; o cuando dicho funcionario o sus vinculados cuentan con un interés económico sustancial en la correspondiente operación. No debe perderse de vista que, la simple existencia de relaciones afectivas o de confianza suele ser insuficiente por sí sola —es decir, sin que además confluyan lazos de parentesco— para que se configure un conflicto de interés. Aunque parece claro que aquellos vínculos sí pueden llegar a nublar el juicio de un administrador, las dificultades conceptuales que representa la materia han llevado a que, en otros sistemas, se regulen principalmente aquellos conflictos de interés que se desprenden de una relación de contenido económico o de lazos formales de afinidad y consanguinidad.[13] En todo caso, no puede descartarse del todo la posibilidad de que un demandante diligente logre acreditar vínculos afectivos o de confianza que puedan comprometer el buen juicio de un administrador.

Por último, resulta importante mencionar que 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 prevé expresamente en el Decreto 1925 de 2009. En el artículo 5 del mencionado Decreto se establece, 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".[14]

[11] Cfr Superintendencia de Sociedades, sentencia n ° 800-52 del 1 de septiembre de 2014

[12] Id

[13] Cfr El numeral 4 del comentario oficial al artículo 8 60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital, así como a A Palmiter y F Partnoy (2010) 633

[14] Cfr Sentencia n ° 800-134 del 20 de octubre de 2015

C. Sobre la elección de los miembros de la junta directiva de Grupo Nutresa S.A. durante la reunión asamblearia del 1º de julio de 2022

Según se afirma en la demanda, el 1º de julio de 2022 se celebró la reunión de la asamblea general de accionistas de Grupo Nutresa S.A.[15] En la mencionada reunión, entre otras determinaciones, el máximo órgano social eligió los miembros de la junta directiva de la compañía. Durante la referida deliberación, se encontraban presentes la totalidad de las acciones en que se divide el capital social de Grupo Nutresa S.A.

Para la elección de los tres miembros independientes de la junta directiva de Grupo Nutresa S.A., se sometieron a consideración dos planchas. La primera, propuesta por Grupo Sura S.A., se compuso por Jaime Alberto Palacio, Andrés Arango y Maximiliano Londoño. La segunda, propuesta por Nugil S.A.S., se compuso por Christian Murrle, Luis Eduardo Nieto y Ángela María Tafur. Así, pues, en aplicación del sistema de cuociente electoral y una vez se registraron los resultados del escrutinio, de la plancha propuesta por el Grupo Sura S.A. se eligieron dos escaños y, por su parte, de la plancha propuesta por Nugil S.A., se eligió un escaño.

Ahora bien, respecto de la elección de los cuatro miembros no independientes de la junta directiva de la mencionada sociedad, también se sometieron a consideración dos planchas. La primera, propuesta por Grupo Sura S.A., se compuso por Juan Constantino Martínez, Luis Felipe Hoyos, Jesús Vallejo y Maximiliano Londoño. La segunda, propuesta por Nugil S.A.S., se compuso por Ricardo Fandiño, Ricardo Díaz Romero y Eloy Alfaro Boyd. Así, pues, en aplicación del sistema de cuociente electoral y una vez se registraron los resultados del escrutinio, de la plancha propuesta por el Grupo Sura S.A. se eligieron tres escaños y, por su parte, de la plancha propuesta por Nugil S.A., se eligió un escaño.

D. Sobre el conflicto de interés en que estaban inmersos los representantes legales de Grupo de Inversiones Suramericana S.A., Inversiones y Construcciones Estratégicas S.A.S. y Grupo Argos S.A.

En criterio de la demandante, los representantes legales de Grupo Sura S.A. y de IC Estratégicas S.A.S. –en calidad de filial de Grupo Sura S.A.–, estaban inmersos en un conflicto de intereses al manifestar el voto de tales compañías, durante la reunión asamblearia de Grupo Nutresa S.A. celebrada el 1º de julio de 2022, por diversas razones.

La primera está relacionada con el hecho de que los cargos de los representantes legales de las referidas compañías demandadas "dependen, indirectamente, de la junta directiva de Grupo Nutresa S.A. Así, los referidos representantes votaron para elegir a quienes, en últimas, determinan o tienen una incidencia sobre su permanencia en el cargo de representantes legales".[16]

Lo anterior encuentra sustento en que, el represente legal del Grupo Sura S.A. tiene injerencia en la elección de la junta directiva de Grupo Nutresa S.A. y, a su vez, el representante legal de Grupo Nutresa S.A. es elegido por el aludido órgano social. Por su parte, el representante legal de Grupo Nutresa S.A. participa en la elección de la junta directiva de Grupo Sura S.A., quien elige a su representante legal. En esa medida, "[el voto del representante legal de Sura en la reunión asamblearia

[15] Vid Anexo AAW de la radicación n.º 2023-01-120609 del 7 de marzo de 2023.

[16] Vid Folio 14 de la radicación n.º 2023-01-137238 del 16 de marzo de 2023

tiene el evidente interés de –circularmente– mantenerse en su cargo de administrador]".[17]

Adicionalmente, el conflicto de interés traído a colación por la demandante se fundamenta en que "[l]os candidatos a la junta directiva de Grupo Nutresa, respaldados por los representantes legales de Grupo Sura son primos hermanos de dos directores de esta última sociedad. Esos dos directores de Grupo Sura, por lo demás, participan en el Comité de Compensación de Sura, encargado de la remuneración de la alta gerencia, de la que hacen parte los representantes legales de Grupo Sura y de IC Estratégicas".[18]

Sobre el particular se adujo que, Jaime Alberto Palacio y Juan Constantino Martínez, quienes fueron propuestos como cabeza de lista en las planchas presentadas para la designación de los miembros de junta directiva de Grupo Nutresa S.A., son primos hermanos de Luis Javier Zuluaga Palacio y Sebastián Orjuela Martínez quienes, hasta el 1° de julio de 2022, fueron miembros de la junta directiva de Grupo Sura S.A.

De otra parte, respecto del conflicto de intereses en que estaba inmerso el representante legal de Grupo Argos S.A., al votar durante la elección de la junta directiva de Grupo Nutresa S.A., la demandante afirmó que "[l]a designación, remuneración y eventual remoción de todos los representantes legales de Grupo Argos dependen entonces, indirectamente, de la conformación de la junta directiva de Grupo Nutresa".[19]

Lo anterior, en razón a que "el conflicto de intereses al que se enfrentan los administradores de Grupo Argos al desplegar actos que puedan tener una incidencia sobre el resultado de la elección de la junta directiva de Grupo Nutresa: existe el riesgo de que esos administradores, al ocuparse de un asunto relativo a la referida elección, no actúen motivados por los mejores intereses de los accionistas de la sociedad que representan o por los mejores intereses de la misma sociedad, sino impulsados por el propósito de elegir miembros que garanticen su permanencia en el cargo".[20]

Así las cosas, de las pruebas que obran en el expediente, el Despacho pudo observar que el juicio objetivo de los representantes legales de Grupo Sura S.A., IC Estratégicas S.A.S. y Grupo Argos S.A., pudo haber estado comprometido durante la elección de los miembros de junta directiva de Grupo Nutresa S.A. efectuada en la reunión asamblearia del 1º de julio de 2022. Esto, por cuanto pareciera que la permanencia de tales sujetos en los referidos cargos, así como su remuneración, las bonificaciones correspondientes y demás incentivos, podrían verse alterados con ocasión de la elección de los miembros de la referida junta directiva.

La razón de lo anterior estriba en que, de las pruebas aportadas con la demanda, pareciera que la situación accionaria de Grupo Sura S.A. y Grupo Argos S.A. podría impactar en la designación de los miembros que componen los órganos de administración de Grupo Nutresa S.A. De comprobarse lo anterior, podrían confluir en cabeza de los administradores demandados, dos intereses contrapuestos, vale

[17] Vid. Folio 16 de la radicación n.º 2023-01-137238 del 16 de marzo de 2023.

[18] Id.

[19] Vid. Folio 24 de la radicación n.º 2023-01-137238 del 16 de marzo de 2023.

[20] Id.

decir, su interés personal en mantener las condiciones de su cargo además de su permanencia en éste y, de otra parte, el interés de la compañía que ese funcionario debe proteger por disposición del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Mientras que el interés de la compañía es que la elección de los miembros de la junta directiva culmine con la designación de los sujetos con las mejores calidades, el interés personal del administrador que estaría votando por quienes tienen injerencia en las condiciones y la permanencia en su cargo, apuntaría en un sentido distinto. Así, en esta etapa procesal, parece ser que los representantes legales demandados no podían satisfacer ambos objetivos al momento de manifestar el voto de Grupo Sura S.A., IC Estratégicas S.A.S. y Grupo Argos S.A. durante la reunión asamblearia de Grupo Nutresa S.A. celebrada el 1° de julio de 2022.

En este punto, debe ponerse de presente que, si bien en este caso los votos manifestados con ocasión de los mencionados intereses contrapuestos en cabeza de los representantes legales demandados, coincidencialmente resultaron en la elección de la plancha propuesta por Grupo Sura S.A., lo cierto es que ello no obsta para que se hubiera configurado un posible conflicto de intereses en cabeza de tales demandados, por cuya virtud se hubiese hecho necesaria la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Lo anterior, comoquiera que al margen del resultado obtenido en la reunión del 1° de julio de 2022, antes de manifestar el sentido del voto, pareciera que los representantes legales de Grupo Sura S.A., IC Estratégicas S.A.S. y Grupo Argos S.A., sí debían revelar el conflicto de intereses en que estaban inmersos al deliberar sobre la conformación de la junta directiva de Grupo Nutresa S.A. En ese sentido, no debe perderse de vista que, aunque los actos celebrados en conflicto de intereses no hubiesen generado perjuicios a la sociedad, ello no significa que no debía cumplirse con el procedimiento legal a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Sobre el particular, esta Delegatura 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 [...]. 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.°] 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'".[21]

En esa oportunidad se indicó, de todas formas, que aunque las operaciones celebradas en conflicto de intereses sin autorización del máximo órgano social no habían generado ningún perjuicio a la sociedad, debían ser declaradas nulas en los términos del artículo 5 del Decreto 1925 de 2009, pues no se había surtido el procedimiento legal para el efecto. En esta hipótesis, entonces, no se obtiene una indemnización de perjuicios, pero sí las restituciones mutuas propias de la declaración de nulidad.[22] Por lo demás, y en esta línea, es relevante mencionar que

[21] Cfr. Superintendencia de Sociedades, sentencia n.° 800-29 del 14 de mayo de 2014.

[22] 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.

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. En otras palabras, 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.

Resulta importante advertir que la falta de autorización de la asamblea general de accionistas de Grupo Sura S.A., IC Estratégicas S.A.S. y Grupo Argos S.A. a sus respectivos representantes legales, al tenor del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, obedece a una negación indefinida tal como lo menciona el apoderado de la demandante, en concordancia con el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso. Con todo, durante el curso del proceso, los demandados podrán acreditar circunstancias que desvirtúen lo establecido la negación indefinida en comento.

Así las cosas, de corroborarse la ausencia de autorización por parte de la asamblea general de accionistas de las compañías demandadas, podría eventualmente verse afectado el acto jurídico desplegado por tales administradores durante la reunión asamblearia del 1° de julio de 2022. No obstante, dependiendo del acervo probatorio que se logre recaudar a lo largo del proceso, este Despacho se pronunciará de fondo respecto de la sanción societaria que corresponda aplicar.

En esa medida, lo mencionado en los párrafos precedentes daría lugar, al menos en esta temprana etapa del proceso, a la probabilidad de éxito de algunas de las pretensiones formuladas por la demandante que justificaría el decreto de una medida cautelar. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En esa medida, para los efectos de este auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

3. El interés económico de la demandante

Tras una revisión del expediente, este Despacho pudo constatar que Campbelltown S. de R.L., en calidad de usufructuaria de acciones de Grupo Nutresa S.A., cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso.[23]

4. La medida cautelar que será decretada

La demandante ha solicitado que este Despacho decrete, como medidas cautelares dentro del presente proceso, en primer lugar, que se ordene a los representantes legales de Grupo Sura S.A., IC Estratégicas S.A.S. y Grupo Argos S.A. que se abstengan de votar en nombre y representación de tales sociedades en reuniones de la asamblea general de accionistas de Grupo Nutresa S.A., sobre asuntos relacionados con la elección de la junta directiva de la referida compañía, salvo

[23] Según lo expresado en el auto n.° 800–4336 del 22 de marzo de 2013, el denominado "interés económico del demandante" conjuga varios de los elementos a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso, incluidos el interés para obrar y la necesidad de la medida cautelar solicitada

autorización previa de su respectiva asamblea general de accionistas, de conformidad con el numeral 7 de la Ley 222 de 1995.

En segundo lugar, se ha solicitado que a falta de las autorizaciones a que alude el párrafo precedente, "se ordene a Grupo Nutresa S.A. descontar las acciones de esas sociedades, de forma tal que el quórum deliberativo y decisorio durante la asamblea general de accionistas de Grupo Nutresa, en puntos relativos a elección de la junta directiva, se calculen sobre la base del resto de las acciones presentes y representadas en las (sic) respectiva asamblea de accionistas".[24]

Adicionalmente, la demandante solicitó que "mientras persistan los presupuestos que han dado lugar a los conflictos de interés, en razón de las participaciones recíprocas entre Grupo Sura, Grupo Argos y Grupo Nutresa, se ordene a Grupo Sura, IC Estratégicas y Grupo Argos abstenerse de votar, directa o indirectamente, incluso a través de sus subordinadas, en las reuniones de la asamblea general de accionistas de Grupo Nutresa".[25]

De otra parte, se solicitó que "mientras persistan los presupuestos que han dado lugar a los conflictos de interés, en razón de las participaciones recíprocas entre Grupo Sura, Grupo Argos y Grupo Nutresa, se ordene a Grupo Nutresa descontar las acciones de Grupo Sura, IC Estratégicas y Grupo Argos, durante las reuniones de la asamblea general de accionistas de Grupo Nutresa, de forma tal que el quórum y las mayorías se calculen sobre la base de las demás acciones presentes y representadas en las respectiva asamblea de accionistas".[26]

Aunado a lo anterior, la demandante solicitó que "mientras persistan las participaciones recíprocas entre Grupo Sura, Grupo Argos y Grupo Nutresa, contrarias al artículo 262 del Código de Comercio, se ordene a Grupo Sura, IC Estratégicas y Grupo Argos abstenerse de votar, directa o indirectamente, incluido a través de sus subordinadas, en las reuniones de la asamblea general de accionistas de Grupo Nutresa".[27]

Finalmente, se ha solicitado que "mientras persistan las participaciones recíprocas entre Grupo Sura, Grupo Argos y Grupo Nutresa, contrarias al artículo 262 del Código de Comercio, se ordene a Grupo Nutresa descontar las acciones de Grupo Sura, IC Estratégicas y Grupo Argos, durante las reuniones de la asamblea general de accionistas de Grupo Nutresa, de forma tal que el quórum y las mayorías se calculen sobre la base de las demás acciones presentes y representadas en las respectiva asamblea de accionistas".[28]

Sobre el particular, debe decirse que este Despacho únicamente decretará la medida cautelar consistente en ordenarle a los representantes legales de Grupo Sura S.A., IC Estratégicas S.A.S. y Grupo Argos S.A. que se abstengan de votar en nombre y representación de tales sociedades en reuniones de la asamblea general de accionistas de Grupo Nutresa S.A., sobre asuntos relacionados con la elección de la junta directiva de la referida compañía, salvo autorización previa de su

[24] Vid. Folio 4 de la radicación n.º 2023-01-120619 del 7 de marzo de 2023.

[25] Id.

[26] Id.

[27] Id.

[28] Vid. Folio 5 de la radicación n.º 2023-01-120619 del 7 de marzo de 2023.

respectiva asamblea general de accionistas, de conformidad con el numeral 7 de la Ley 222 de 1995.

Y es que, si bien la demandante ha acreditado las posibilidades de éxito de algunas de sus pretensiones, lo cierto es que la cautela descrita en el párrafo precedente, además de ser congruente con los hechos y pretensiones formulados en la demanda, permitirá cumplir con los fines del artículo 590 del Código General del Proceso. Debe recordarse, en ese sentido, que este Despacho cuenta con la facultad de establecer el alcance de la medida cautelar, determinar su duración y "podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada", en los términos del citado artículo 590 del Código General del Proceso. En otras palabras, el Despacho considera que una cautela como la descrita es proporcional, efectiva y procedente para proteger el derecho objeto del presente litigio.

5. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar descrita en el acápite precedente, deberá prestarse una caución en los términos previstos en el Código General del Proceso. Si bien en el artículo 590 del citado código se establece que la caución debe ser "equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda", en el caso bajo estudio, la demandante no les ha asignado un valor económico a sus pretensiones. No obstante, la misma norma también dispone que "el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable". Así pues, este Despacho cuenta con alguna discreción para fijar la cuantía correspondiente a la caución, sin que ello implique que sea determinada en forma arbitraria.

De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional, "en la mayoría de los casos [el legislador] ha dejado [la] determinación [de la cuantía de la caución] a la discrecionalidad de los jueces responsables de su aplicación, bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad".[29] Ello quiere decir que la suma que se fije para el efecto deberá, en todos los casos, obtenerse como resultado de un cuidadoso análisis.

Así, pues, teniendo en cuenta que la medida cautelar que sería decretada podría generar traumatismos relacionados directamente con la administración de Grupo Nutresa S.A., el Despacho considera que una caución de $460.123.458.oo sería suficiente para cumplir con la exigencia del artículo 590 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles,

RESUELVE

Fijar una caución por la suma de $460.123.458.oo, la cual deberá ser prestada por la demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto

[29] Cfr. Sentencia C-523 de 2009.

de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que la demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Gerardo Mantilla G.

CARLOS GERARDO MANTILLA GÓMEZ
Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles

TRD: