

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA**

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C., noviembre treinta de dos mil veintidós.

Proceso : Impugnación de actos de asamblea
Radicación : 25899-31-03-002-2022-00501-01.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 25 de marzo de 2022 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá, por el que se negó la medida cautelar solicitada.

ANTECEDENTES

1. Mauro Fregonese Iannini, en su calidad de accionante de la sociedad Fábrica de Productos y Alimentos Rialto S.A.S., interpuso demanda pretendiendo la impugnación de la decisión adoptada el 20 de agosto de 2021 en reunión extraordinaria de accionistas, consignada en el acta No 040 de la mencionada sociedad.

De lo obrante en el expediente y lo narrado por el demandante, se tiene que aquella fue fundada en 1983 por su padre Graziano Fregonese, siendo únicos socios desde los años 2000 el actor y su hermana Sandra, con un porcentaje de acciones correspondiente al 75% y 25% de las 80.000 acciones que componen el capital social

El 1 de abril de 2019 se reunió en asamblea extraordinaria la junta de accionistas con el fin de nombrar nuevo representante legal, para lo que se levantó el acta No. 036 y una vez verificado el quórum con la presencia de los dos únicos socios, se nombró a Álvaro Alfredo Contreras Garay y Miryam Cansino como representantes legales principal y suplente, quienes aceptaron el cargo.

En la misma fecha se levantó el acta No. 037 para la venta y cesión de acciones ordinaria de manos de los señores Fregonese Iannini a la empresa Operaciones de Renting S.A.S, y a Álvaro Alfredo Contreras, quedando cada uno con un porcentaje de 40% y 60% respectivamente. Y aunque tal propuesta fue aprobada por unanimidad, de acuerdo con lo indicado por el demandante, tales trámites nunca fueron efectivos y, por tanto, el negocio no se llevó a cabo.

Señala el señor Fregonese, sin que de ello obre prueba en el expediente, que igualmente se suscribió el acta No. 038 el 27 de julio de 2021, en la que como “socio mayoritario” y en representación de su hermana, removió de la representación legal a Álvaro Alfredo Contreras, designándose a sí mismo en el cargo como principal y a su abogado Juan Simón Vázquez Pérez como suplente, lo que fue inscrito en la Cámara de Comercio el 18 de agosto siguiente.

Álvaro Alfredo Contreras recurrió en reposición y subsidiaria apelación dicho acto de registro el 3 de septiembre de 2021, alegando que quien lo inscribió no ostenta legitimación para hacerlo, toda vez que el acto en el que fue nombrado como representante legal es fraudulento y ajeno a la realidad, comoquiera que Fregonese Iannini enajenó sus acciones y no le corresponde derecho alguno sobre la sociedad.

Pese a lo anterior, el demandante acudió a las instalaciones físicas de la sociedad a comunicar el supuesto cambio en la representación legal, manifestando haber sido agredido física y

verbalmente por Álvaro Alfredo Contreras y Leonardo Bello, quienes afirmaban ser los únicos accionistas y se negaron a entregar o exhibir los libros de comercio.

Por ello, el señor Fregonese formuló querrela ante la Inspección de Policía de Cajicá, denunciando las amenazas de las que fue víctima con ocasión de las diferencias surgidas por la venta de las acciones, tras lo que el 20 de agosto de 2021 tuvo lugar una reunión extraordinaria de accionistas a la que no se convocó al demandante, en la que se levantó el acta objeto de la litis, reconociendo a los señores Contreras Garay y Cancino Cardoso como accionistas y representantes legales.

Igualmente, se discutieron las actuaciones cometidas por Fragonese Iannini, al nombrarse como representante legal sin tener facultad alguna para ello, disponiendo instaurar denuncia penal ante la Fiscalía por los actos de suplantación desplegados por aquel.

A su vez, el 27 de agosto de 2021 el demandante elevó denuncia en contra de Contreras Garay y Cancino Cardoso por los presuntos delitos de fraude procesal en concurso ideal homogéneo con falsedad en documento privado consumado, abuso de confianza y administración desleal por los hechos referidos.

El 8 de septiembre siguiente la Inspección Primera de Policía de Cajicá emitió requerimiento policivo, ordenando a Álvaro Alfredo Contreras Garay y Leonardo Bello que adecúen sus comportamientos a la Ley 1801 de 2016, so pena de imponerles multas, quedando además inscrita en el registro mercantil el acta No. 40 el 14 de septiembre.

Por lo anterior, pidió declarar ineficaz de pleno derecho la decisión señalada, contenida en el acta No. 40 del 20 de agosto de 2021 dictada por la asamblea general de accionistas de la sociedad Fábrica de Productos y Alimentos Rialto S.A.S o, de manera subsidiaria, decretar la nulidad de la misma.

Para asegurar dicha pretensión, se solicitaron como medidas cautelares la suspensión provisional del acto acusado y que se ordene a la Cámara de Comercio de Bogotá que se abstenga de inscribir cualquier modificación en el registro mercantil de la sociedad hasta que se emita sentencia.

2. El auto apelado

Admitida la demanda, el 25 de marzo de 2022, se negó la cautela deprecada, pues no observó la jueza de primer grado que el acto cuestionado implicara violación de las disposiciones invocadas por el actor. Asimismo, estimó que la medida solicitada para ordenar a la Cámara de Comercio abstenerse de inscribir actos mercantiles no es propia del proceso de impugnación, a más de ser innecesaria y desproporcionada.

3. La apelación

Inconforme el actor recurre en apelación insistiendo en que existe una evidente violación a las disposiciones invocadas en la demanda, pues la Ley 1258 de 2008 exige que la asamblea delibere con uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas, siendo necesario para que una determinación prospere el voto favorable de “un número singular o plural de accionistas que represente cuando menos la mitad más una de las acciones presentes”.

Pero que aquí la decisión se adoptó por personas que fueron removidas de la representación legal de la sociedad, quienes se adjudicaron ilegalmente la calidad de accionistas, lo que considera que se demuestra con el libro de accionistas, los documentos de transformación societaria y la denuncia presentada ante la Fiscalía.

Añade que la ley procesal permite al fallador tomar medidas cautelares innominadas, por lo que no resulta razonable que se niegue la solicitada con base en no ser ésta propia de los juicios de impugnación de actos, ya que se trata de un juicio declarativo en el que resultan procedentes las primeras, más cuando se advierte que los demandados han alterado caprichosamente el registro mercantil de la sociedad, arrogándose una condición que no les corresponde.

CONSIDERACIONES

1. Sabido es que las medidas cautelares tienen como objeto lograr la efectividad de la sentencia que en el proceso se emita, resolviendo el conflicto que antecede al debate. En el sistema procesal colombiano, las cautelas encuentran su regulación actual en el Código General del Proceso. Estas medidas se fundamentan en la necesidad de prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas o los bienes, de manera que se pueda asegurar la ejecución del fallo correspondiente.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que la finalidad de las medidas cautelares es “garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado”¹.

Ahora bien, debe precisarse que dada la incertidumbre que envuelve a los procesos declarativos, por estar discutido todavía el derecho reclamado, el legislador diseñó un régimen de medidas cautelares más restringido, pues aunque es cierto que “es necesario asegurar la satisfacción del derecho y de garantizar el cumplimiento de la sentencia, (...) en este tipo de juicios es la sentencia la que define el mérito de la pretensión”².

Además de la inscripción de la demanda en los procesos pertinentes, es claro que el literal (c) de dicho canon contempla una serie de medidas cautelares o atípicas, “que además de no ser viables de oficio, sólo pueden imponerse por el juez en ciertos procedimientos para proteger derechos litigiosos, prevenir daños o asegurar la efectividad de las pretensiones, dentro de parámetros que para su imposición, son claramente delineados por el legislador”³.

Tal disposición indica que el juez debe apreciar la “legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho”, así como la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

Y al respecto, se ha dicho que al momento de evaluar la procedencia de la cautela innominada, al fallador le corresponde determinar si la amenaza al derecho reclamado es probable o si la lesión es verídica, a la luz de las pruebas obrantes en el expediente⁴, esto es, que sin prejuzgar el fondo del asunto, debe realizar una valoración provisional que permita identificar si existen indicios favorables que respalden la pretensión de la parte actora y si el no adoptar la medida respectiva, implicará la producción de perjuicios irreversibles en el objeto del litigio.

Ahora bien, tratándose los procesos de impugnación de actas de asambleas, socios o juntas directivas, el artículo 382 del estatuto procesal prevé la medida que puede ser adoptada en este tipo de asuntos, consistente en la suspensión provisional de los efectos de la decisión

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-172 del 11 de abril de 2016. Referencia: Expediente T 5.257.454. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

² ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. Las Medidas Cautelares en el Código General del Proceso. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2014, pág. 55.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-835 del 20 de noviembre de 2013. Referencia: Expediente D-9626. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

⁴ .Op. cit., ÁLVAREZ GÓMEZ, págs. 88 y 89.

cuestionada, la cual persigue evitar los perjuicios que puedan ocasionarse mientras se dicta la sentencia definitiva.

Respecto de esta cautela, se tiene que es de naturaleza anticipatoria en tanto que produce una alteración temporal en la situación que se presenta⁵, siendo imperativo que el juez valore si efectivamente existe una contrariedad entre el acto cuestionado y la normatividad invocada por el demandante.

Es decir, que para la prosperidad de la suspensión provisional no basta con la manifestación del extremo actor de ser la determinación controvertida violatoria de las disposiciones legales o reglamentarias que reclama, sino que el juez debe verificar que exista una manifiesta ilegalidad en el acto, que surja evidente de la comparación de las disposiciones y de las pruebas aportadas con la demanda.

2. En el presente caso, se debate la legalidad del acta de asamblea general de accionistas No. 040 de la sociedad Fábrica de Productos y Alimentos Rialto S.A.S, en la que, tras advertir que en el acta No. 037 del 1° de abril de 2019 se definieron como accionantes la sociedad Operaciones de Renting S.A.S. y Álvaro Alfredo Contreras en la cantidad de 32.000 y 48.000 acciones cada una, para un porcentaje de 40% y 60% respectivamente.

Que estando reunido el quórum deliberatorio y decisivo, se designó como representante legal principal al señor Contreras Garay y a María Teresa Cancino Cardozo como suplente.

Aduce el accionante que tal decisión fue ilegítima, comoquiera que el contrato de venta y cesión de acciones no se concretó, a más de haber relevado de la representación legal al señor Contreras y denunciado penal y policivamente al mismo por la usurpación de tales funciones, quien se atribuyó la calidad de accionante sin tener derecho a ello.

Empero, como se observa de las actas y demás documentos anexos, no es clara la situación relativa al contrato de venta y cesión de las acciones de los hermanos Fregonese, pues aunque el demandante señala que los compradores no cancelaron el precio convenido, por lo que el acta No. 37 no fue inscrita, ni se le entregaron al señor Contreras los títulos correspondientes, no se allegaron pruebas que permitan la corroboración preliminar de tal versión.

En efecto, el acta No. 38 en la que se indicó haber recuperado la representación de la sociedad y formalizado el fracaso de dicho negocio, tal documento no obra en el expediente, así como tampoco el libro de accionantes que fácilmente permitiría la revisión de las decisiones asamblearias, estando ausente igualmente la constancia del registro de las contradictorias determinaciones que se observan de manera sumaria.

Así las cosas, al no existir certeza sobre la verdadera titularidad real de las acciones sociales, toda vez que de los documentos allegados con el libelo no se logra, de modo previo, identificar que le asista razón a alguno de los extremos procesales y, al contrario, hay una abierta contradicción entre el acto impugnado y el derecho alegado.

Y como es obvio que la suspensión provisional sólo tiene lugar cuando se detecta a primera vista y sin necesidad de mayor argumentación adicional, una infracción directa de la disposición invocada, pero como aquí no se advierte de manera ostensible una infracción del régimen comercial y de sociedades y, por el contrario, lo que sí se observa es que ha existido una disputa entre el demandante y el presunto accionista Álvaro Alfredo Contreras sobre la enajenación y titularidad de las acciones de la sociedad, cuestión que no puede resolverse vía medidas cautelares, sin permitir ni el debate probatorio ni el ejercicio del derecho a la defensa de los accionistas de la sociedad Fábrica de Productos y Alimentos Rialto S.A.S.

⁵ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Lecciones de Derecho Procesal, tomo 2, sexta edición. Bogotá: Esaju, 2017, pág. 558.

Lo mismo debe decirse respecto de la cautela innominada solicitada, pues adicional a la incertidumbre que envuelve la titularidad de las acciones de la referida sociedad, se han tramitado varias acciones judiciales, administrativas, recursos y querellas que no hacen sino profundizar esa circunstancia, resultando en que no se cumplan los requisitos de necesidad, proporcionalidad y efectividad que rigen estas medidas.

En virtud de lo anterior no se logra tener un grado de certeza razonable para la imposición de la medida cautelar, toda vez que, de los actos judiciales y administrativos adelantados, como denuncias, querellas y reposiciones, se desprende un nivel de incertidumbre que hace desproporcionado el decreto de medidas cautelares, lo que conlleva, en consecuencia, a la confirmación del auto apelado.

En conclusión, la medida solicitada equivale a la decisión anticipada del proceso y ello requiere un análisis de fondo del material probatorio que se recaude en el proceso de acreditar los hechos invocados y la respuesta que a los mismos otorguen los interesados convocados, de cara a las normativas que regulan la materia y no puede entonces abordarse a este momento procesal por no evidenciarse que se reúnan las exigencias de los artículos 382 y 590 del C.G.P., es decir, una manifiesta y patente ilegalidad del acto cuestionado, abriéndose paso entonces la confirmación el auto apelado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala de Decisión Civil-Familia.

RESUELVE

CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá el 25 de marzo de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Sin costas por no aparecer causadas.

Notifíquese y devuélvase,



JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Magistrado