



Al servicio de la Justicia y de la Paz Social

JOSÉ GILDARDO RAMÍREZ GIRALDO
Magistrado

Referencia: VERBAL – IMPUGNACION DE ACTAS DE ASAMBLEA
Demandante: DANIEL URIBE MEJIA
Demandado: OTTO NICOLAS BULA BULA
Decisión: Confirma auto
Radicado: 05001 31 03 016 2021 00053 01
Auto Nro.: 040

DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA UNITARIA DE DECISIÓN

Medellín, veintiséis de abril de dos mil veintitrés

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada y demandante en reconvención en contra de la providencia emitida el 22 de agosto de 2022 por el JUZGADO DIECISÉIS CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN, mediante la cual SE NEGÓ EL DECRETÓ UNA MEDIDA CAUTELAR.

ANTECEDENTES

Dentro del proceso de la referencia, mediante auto del 23 de agosto de 2022 se admitió la demanda de reconvención presentada por el demandado Otto Nicolás Bula Bula en contra de Daniel y Esteban Uribe Mejía, negándose la medida cautelar solicitada. Esta hacía referencia a: (i) Se mantenga la medida de embargo sobre los inmuebles con matrículas inmobiliarias 148-10290, 148-17084, 148-04293 y 148-33594 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sahagún (Córdoba); (ii) Suspensa la calidad de representante legal y liquidador que ostenta el señor Francisco de Paula Serna Hurtado respecto de la sociedad INVERSIONES ASERTA S.A.S. designando en su reemplazo un auxiliar de la justicia en calidad de depositario o administrador provisional, completamente ajeno a las partes de este proceso, con el fin de asegurar el cumplimiento de las condiciones previstas en el literal c) del artículo

590 del CGP, previniendo más daños futuros mientras se decide la Litis planteada. Frente a dicha decisión el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, negándose el horizontal y concediendo el de alzada.

Como fundamento de su disenso sostuvo que las cautelas innominadas se justifican en la necesidad de proteger el derecho objeto del litigio, impedir su infracción, evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión; reiteró que en la demanda principal se pretende la declaración de inexistencia de ciertas reuniones extraordinarias de la asamblea general de accionistas de la sociedad Inversiones Aserta S.A.S., como las decisiones tomadas por ellas y también la inscripción correspondiente a las decisiones que dan cuentas las actas y libros reseñados; manifestó que la demanda de reconvención pretende la declaración de inexistencia de una nota de endoso colocado en un título representativo del millón de acciones en que se divide el capital suscrito y pagado de la sociedad indicada, así como la declaratoria de ineficacia de cualquier otro título accionario expedido a los demandantes principales, los actos y decisiones contenidos en actas de reuniones conformadas por estos dos últimos y la inscripción en la cámara de comercio; refirió que independientemente de una u otra pretensión el derecho objeto del litigio no es otro distinto que la titularidad de las acciones de la citada compañía en consecuencia es esta la justificación del decreto de las medidas cautelares, razón por la cual en diversas oportunidades se expusieron las razones por las cuales procedía la medida cautelar relativa a la suspensión del señor Serna Hurtado como representante de la sociedad Inversiones Aserta S.A.S. Por lo anterior solicitó se reponga el auto impugnado y se decreten las medidas solicitadas.

Corrido el respectivo traslado a la parte contraria y siendo la oportunidad para resolver, a ello se procede previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. A las medidas cautelares se les ha concebido como actos o instrumentos propios del proceso mediante los cuales el juez está en condiciones de adoptar las actuaciones necesarias, en orden a garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso. Tienen entonces, un carácter típicamente instrumental y provisional en cuanto a su vigencia, aunado a su naturaleza jurisdiccional respecto del acto del juez conductor del proceso.

Es así como en el régimen jurídico, las cautelas están concebidas como un instrumento legal que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluya la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.

Para ello los estatutos procedimentales han establecido en su orden cuáles medidas son procedentes, en qué forma deben realizarse y de acuerdo al trámite procesal su viabilidad y pertinencia.

Dispone el literal C del Art. 590 del C. General del Proceso que: *"En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustracción o revocatoria de las medidas cautelares: (...) c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las*

consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.”

En punto al tema para decretar las medidas innominadas conforme lo dispone la normatividad en cita, se le imponen al Juez unas cargas al momento de discernir tales cautelas, que sintetiza el tratadista expone Jairo Parra Quijano, así:

- i) Apreciar la legitimación o interés para actuar de las partes.
- ii) Apreciar la Existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Es decir. el peligro en la demora (periculum in mora). Al indicar que el juez tendrá en cuenta la **necesidad** ha de entenderse que exista riesgo que requiere pronta atención, que sea **efectiva** para cumplir cualquiera de los eventos plasmados en el inciso primero del literal c) del artículo en comentario, y además tendrá en cuenta la **proporcionalidad** de la medida, es decir, hacer una ponderación teniendo en cuenta dos extremos opuestos: por un lado los derechos del demandado que todavía no ha sido vencido en juicio y, por otro, los del demandante que enfrenta el riesgo que cuando se produzca la sentencia, esta resulte completamente inútil, porque el daño fatalmente se produjo.
- iii) Además, tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho (fumus boni juris), es decir, siendo el derecho del demandante más probable que el del demandado. La verosimilitud depende del contenido del derecho material de la “alegación”, el cual debe ser identificado con base en la tutela pretendida y en los fundamentos invocados para su obtención.

De otro lado, dispone el inciso 2º del Art. 382 ejusdem reza: *"En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale."*

La prescripción transcrita, permite distinguir, que la medida cautelar, además de ser discrecional para el demandante, también lo es, que al momento de su decreto el Juez debe desplazarse dentro del margen de violación que surja del examen de la probanza aportada y de ahí entonces, que sea imprescindible que se ostente lo que doctrinariamente ha sido denominado como la apariencia del buen derecho, por cuyo reclamo aboga; requisito al que se suma el presupuesto axial de evitar la consumación de perjuicios graves.

Entonces, para que esta medida proceda es necesario que el juez evalúe la legitimación de las partes, la existencia de amenaza o de vulneración de un derecho y la apariencia de buen derecho; y en tal sentido quien solicite la medida deberá esmerarse por sustentarla adecuadamente y aportar los elementos de juicio que le ofrezcan apariencia de buen derecho a sus pretensiones, lo que estimula la actividad probatoria extraprocesal del interesado¹.

La Jurisprudencia² definió la apariencia de buen derecho como *"...se basa en la probabilidad o verosimilitud del derecho alegado por el actor en su demanda³", o en otros términos, que "tenga probabilidad de ser tutelable en el ordenamiento jurídico⁴".*

1 ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique, "CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO" 2012, Ed. ESSAJU, Pág. 612

2 Sentencia Tribunal Superior de Bogotá, 28 de julio de 2015. M.P. Luis Roberto Suarez Gonzalez. Exp. 01-2014-77389-01

3 Barahona Vilar Silvia, Competencia Desleal, Tiran Lo Blanch Tratados, Valencia, 2008, Pág. 1943

4 Ulate Chacón Enrique, "Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares en el Ámbito Constitucional, Comunitario e Internacional", Revista de Ciencias Jurídicas, N.º 114, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, Setiembre -Diciembre 2007.

Sobre el tema la Jurisprudencia extranjera⁵ indicó: *"Las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo de su verosimilitud, ya que el juicio de veracidad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar que es otra que atender a aquello que no excede el marco hipotético, dentro del cual agota su virtualidad."*⁶ *"De allí que para decretarlas no se requiera una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido no un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya índole y extensión han de ser dilucidado con posterioridad, bastando que a través de un estudio prudente sea dado percibir un fumus bonis iuris en el peticionante."*⁷

2. En el caso *sub judice*, pretende la parte demandada y demandante en reconvención que *"1. Se mantenga la medida de embargo sobre los inmuebles con matrículas inmobiliarias 148-10290, 148-34563, 148-04293 y 148-33594 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sahagún (Córdoba). 2, (...) SUSPENDA la calidad de representante legal y liquidador que ostenta el señor Francisco de Paula Serna Hurtado respecto de la sociedad INVERSIONES ASERTA S.A.S, designando en su reemplazo un auxiliar de la justicia en calidad de depositario o administrador provisional, completamente ajeno a las partes de este proceso, con el fin de asegurar el cumplimiento de las condiciones previstas en el literal c) del artículo 590 del CGP, previniendo más daños futuros mientras se decide la Litis planteada."*

Dicha medida fue negada por el Juez de conocimiento mediante proveído del 23 de agosto de 2022 indicando que: *"Ahora bien, como medida cautelar, solicita el demandante en reconvención; la suspensión de la calidad de representante legal y liquidador que ostenta el señor Francisco de Paula Serna Hurtado, respecto de la Sociedad Inversiones Aserta S.A.S, designando en su reemplazo un auxiliar de la justicia, en calidad de depositario o administrador provisional. Al efecto, se remite al apoderado, al auto de fecha 27 de julio pasado, en virtud del cual, se resolvió el recurso de reposición y en consecuencia la solicitud*

5 CFCA, 1ª, 12-9-95, "Mongues c/UBA". Publicado en Revista de Derecho Procesal, 1. Medidas Cuatelares. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, Pág. 406

6 CSJN, 30-5-95 "Biliarda S A c/Mendoza, Prov. De S/Acción Declarativa" Buenos Aires. Argentina.

7 CFCA, 1ª, 12-9-95, "Mongues c/UBA". Publicado en Revista de Derecho Procesal, 1. Medidas Cuatelares. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, Pág. 406.

de adición del referido auto, en los mismos términos de la medida que acá se solicita: "...En atención a lo anterior, solicita que la medida cautelar se adicione o complemente, suspendiendo la calidad de representante legal que ostenta el señor Francisco, designando en su reemplazo un auxiliar de la justicia que en calidad de depositario o administrador provisional, completamente ajeno a las partes del proceso, prevenga daños futuros, mientras se decide la litis."

En efecto dentro de la demanda principal se decretó como medida cautelar del 8 de abril de 2021:

Por ser procedente la medida cautelar que solicita la parte demandante y por obrar caución para el efecto en archivo número 09, al tenor del numeral 1, literal c del artículo 590 del C.G.P; se ordena la suspensión de los siguientes actos societarios demandados:

a) Del acto del 20 de enero de 2020, que se hizo constar en un acta numerada como la 2, removiendo la persona del liquidador de entonces, Francisco De Paula Serna Hurtado y nombrando a Jeiner Stiven Muñoz Ortiz, acto éste que se registró en la Cámara De Comercio De Medellín, el 4 de marzo de 2020.

b) Del acto de fecha 6 de julio de 2020 que se hizo constar en un acta numerada como 1, reactivando la sociedad; revocando al liquidador Jeiner Stiven Muñoz Ortiz y nombrando como representante legal a Gildardo Hernán Pérez Molina, acto éste que se registró en la Cámara De Comercio De Medellín, el 6 de julio de 2020.

c) La inscripción de libros de actas y accionistas obtenida por petición suscrita por Jeiner Stiven Muñoz Ortiz, presentada el 25 de junio de 2020 a La Cámara De Comercio De Medellín, con certificación del 23 de junio de 2020 suya y de una señora de nombre Maribel Andrea Montes Ruiz.

d) La suspensión de todo acto societario, que se haya producido con posterioridad a los anteriores.

e) La suspensión del trámite de recurso de reposición con subsidio de apelación que interpuso la demandada INVERSIONES LOS SUEÑOS S.A.S, toda vez que con este sin ser accionista apareció como tal y se encuentra administrando la sociedad por conducto del gerente de ambas que recae en la persona de Gildardo Hernán Pérez Molina. Para el efecto ofíciase a la Cámara De Comercio De Medellín para Antioquia.

Se ordena, además, el embargo de los inmuebles de propiedad de INVERSIONES ASERTA S.A.S, identificada con NIT 900388654-7, e identificados con las matrículas inmobiliarias números 148-0010290, 148-0034563, 148-0017084, 148-0004293 y 148-0033594, de la Oficina de Registro de Instrumentos públicos de Sahagún, Córdoba"

Frente a dicha decisión el apoderado de la parte demandada y demandante en reconvención interpuso el recurso de reposición para ser adicionada la misma en el sentido de suspender al representante legal de la sociedad Inversiones Aserta S.A.S., petición que fuera negada el 27 de julio de 2022, pretendiendo ahora que ésta se decrete dentro de la pretensión revérsica.

Bajo esta línea argumentativa funda el señor Bula Bula la procedencia de cautela indicando que el señor Serna Hurtado no es solo incondicional con los señores Esteban y Daniel Uribe Mejía, sino que se confabuló para defraudar la sociedad ya mentada. Insistió que por su estado de “disolución” la citada compañía no ejerce su objeto social, sus activos están embargados y en más de diez años éste no exhibió los libros, salvo la solicitud de unos nuevos para reemplazar los que se habían extraviado; y el señor Serna coadyuvo en la falsedad que se alega respecto del título accionario y su supuesto endoso, por lo que no es posible que siga actuando a sus anchas, en connivencia con los otros partícipes de la citada falsedad.

En punto al tema, debe esta Corporación iniciar por destacar que las medidas cautelares, como ya se indicó, son el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial, razón por la cual las mismas deben ir acorde con la pretensión incoada. Así se tiene que la demanda principal versa sobre la impugnación de los actos de asambleas extraordinarias de la sociedad Inversiones Aserta S.A.S. y concretamente sobre la remoción como administrador, señor Francisco de Paula Serna Hurtado, quien fuera reemplazado por el señor Jeiner Stiven Muñoz Ortiz.

En ese orden, al decretar la medida cautelar de suspensión del acta del 20 de enero de 2020, se facultó al señor Serna Hurtado a seguir fungiendo como liquidador de la sociedad mentada, medida cautelar que se encuentra en firme, pues solo fue objeto de recurso de reposición por el inconforme.

En ese sentido, resulta importante advertir que la medida que hoy se pretende sea decretada, no resultaría procedente debido a que: (i) ya existe una medida cautelar decretada y en firme en donde se suspende el acta mediante el cual se removió al señor Francisco de Paula Serna como liquidador y sin que ésta sea motivo de cuestionamiento en este recurso, pues no se presentó la alzada en su oportunidad; (ii) no se evidencian pruebas de peso para proceder a la revocatoria de la negativa del decreto de la cautela solicitada, si se advierte que en este momento solo se cuenta con los supuestos fácticos indicados en el líbello demandatorio, requiriendo de otros medios de convicción, que todavía no se han decretado o evacuado en el asunto; (iii) como atinadamente lo dijera el iudex a quo, el demandado y demandante el reconvención puede solicitar el levantamiento de la medida decretada en la demanda principal acorde con las normas del C. General del P.; (iv) no es posible mediante otra cautela dejar sin efecto la ya decreta y en firme, pues procesalmente, como se indicó cuenta con otro procedimiento para que la misma no surta efectos; y (v) el juez de segunda instancia le está vedado pronunciarse sobre lo que no es objeto de apelación y decretar lo solicitado equivaldría a dejar sin efecto una providencia ejecutoriada, vulnerando con ello el principio de seguridad jurídica y la cosa juzgada.

De ahí se tiene que, resulta cuestionable la solicitud del accionado tanto probatoriamente como en la no demostración de la apariencia

de buen derecho que se requiere para el decreto de la medida respecto del acto impugnado, pues su efectividad y proporcionalidad, exigencias indispensables para el decreto de las llamadas medidas innominadas y la que se está discutiendo en este proceso, no están dadas en la medida que afectaría una decisión ya consolidada y ejecutada.

Así las cosas, sin argumentaciones adicionales el auto motivo de apelación debe ser CONFIRMADO. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN,**

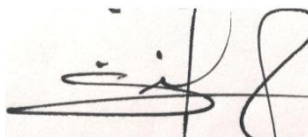
RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el auto de fecha y procedencia indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

TERCERO. Para los efectos del inciso segundo del artículo 326 del C. General del P., se ordena comunicar lo decidido.

NOTIFÍQUESE



JOSE GILDARDO RAMIREZ GIRALDO
Magistrado