TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA CIVIL

Medellín, diecinueve (19) de julio de dos mil veintidós (2.022)

Magistrado: JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
RADICADO: 05360 31 03 001 2022 00014 01

Proceso:	Impugnación de actos de asamblea.
Auto:	063
Demandante:	CRISTIAN PASTOR GUARÍN NIÑO.
Demandado:	ESPUMAS MEDELLÍN S.A.
Extracto:	El decreto de la cautela pedida se supedita a las directrices procesales que impone el artículo 382 del C. G. del P. y a los elementos allegados preliminarmente. Revoca.

ASUNTO A TRATAR

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra el auto calendado el 22 de marzo de 2.022, proferido por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO de Itagüí.

ANTECEDENTES

El demandante posee el 2.5% de las acciones de ESPUMAS MEDELLÍN S.A., empresa a la que demanda argumentando que en la Asamblea Ordinaria efectuada el 9 de septiembre de 2.020, en acto de reforma de Estatutos, se creó el cargo de Presidente y se determinaron las funciones de este, así:

1. *"Cumplir y hacer cumplir las decisiones de la Asamblea General de Accionistas.*

2. *"Dirigir y vigilar la actividad de la empresa en todos los campos e impartir las órdenes e instrucciones necesarias para lograr la adecuada realización de los objetivos que aquella se propone.*
3. *"Disponer de todos los cargos de la compañía, proveyéndolos, suspendiendo o finalizando la relación contractual entre la sociedad y el personal.*
   "Parágrafo. - La remuneración del Presidente corresponderá a 125 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes pagaderos a partir de su nombramiento"[1].

Que luego de lo anterior, en la Asamblea Extraordinaria del 23 de noviembre de 2.021, el 79.99% de los accionistas aprobó el *"Código de Buen Gobierno"*[2], donde sin reforma estatutaria se concentró el poder en el recién creado cargo de Presidente, dejándose sin funciones a la Junta Directiva, lo que "*entraña una reforma estatutaria encubierta".*

Por lo anterior pretende sea declarada la nulidad absoluta de esta última decisión, la del 23 de noviembre pasado, ya que está en contravía de los Estatutos y los artículos 158 y 182 del Código de Comercio (C. de Co.); y como medida cautelar deprecó la suspensión provisional de los efectos la correspondiente acta, únicamente en lo que atañe al *"Código de Buen Gobierno".*

El 25 de febrero hogaño se admitió la demanda y se solicitó prestar caución, y cumplido lo anterior, en providencia del 22 de pasado se negó la cautela solicitada, para lo que el *a quo* luego de citar los artículos 382 y 590 del C. G. del P., expuso que el demandante no fue concreto ni explicó cuáles de las funciones otorgadas el 23 de noviembre de 2.021 al Presidente, y si son adicionales a las conferidas en la asamblea del 9 de septiembre de 2.020.

Agregó que el actor tampoco explicó cómo riñen tales funciones con las labores de los otros órganos sociales, habiendo sido genérico y

---

[1] Ver folio 111 Cuaderno "02DemandaYAnexos" expediente digital.
[2] El documento contentivo del protocolo figura a folios 115 y stes Cuaderno "02DemandaYAnexos".

abstracto sin expresar el concepto de violación, falencia que no permite concluir la configuración de la necesidad, proporcionalidad y la apariencia de buen derecho.

Frente a tal decisión el demandante interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación, sosteniendo que en la demanda detalló la transgresión (hechos 10 a 12), y mostrando que las funciones incluidas en el artículo 12 del *"Código de Buen Gobierno"* acaparan competencias, funciones y potestades del Gerente, Junta Directiva y de la Asamblea General de Accionistas, quienes están para vigilar y controlarse entre sí, por lo mismo insiste que ocurrió una modificación *"oculta"* a los Estatutos, específicamente a sus artículos 55, 60 y 69.

Agregó que existen elementos para decidir favorablemente su pedido, iterando que se presenta una nulidad absoluta, y como la reforma Estatutaria no fue legal, se transgredieron los artículos 158, 182 y 425 del C. de Co., y finalizó criticando que se le hizo prestar caución y luego se le negó la cautela.

En auto calendado el 20 de abril anterior no se repuso la providencia impugnada, manifestándose que no existen nuevos elementos para reconsiderar la decisión, y que con el recurso sigue indicándose genéricamente que las nuevas funciones del Presidente de ESPUMAS MEDELLÍN S.A. traen consigo una reforma Estatutaria, pero no se acreditó sumariamente la existencia de un peligro o riesgo, y menos que esperar el debate probatorio y la sentencia genere perjuicios.

Entonces, como el actor no cumplió con su carga argumentativa, en cambio la cautela podría entorpecer el desarrollo de la gestión social; sin perjuicio que una vez agotadas las etapas procesales se obtenga una conclusión distinta, toda vez que el análisis preliminar no conlleva a prejuzgamiento.

En cuanto a la caución, que con la negación de la cautela puede solicitar a la compañía de seguros la devolución de la prima pagada, o en su defecto, al ser un gasto del proceso al momento de liquidarse las costas podrá pedir su reconocimiento. En todo caso, el que se pida una caución no genera una expectativa legitima.

Concedió la alzada que subsidiariamente se presentó.

Así las cosas, por tratarse de providencia apelable, según lo normado por el artículo 321.8 del C. G. del P., se procede a resolver de plano el recurso, tal como lo prevé el artículo 326 *ibídem*, previas;

CONSIDERACIONES

El recurso de apelación busca que el Superior funcional estudie el asunto decidido en primera instancia, con el fin de revocarlo o reformarlo, sentido en el cual se dirigirá el siguiente análisis, dentro del principio de la limitación que nos imponen los artículos 326 y 328 del C. G. del P..

Las medidas cautelares tienen como fin asegurar, conservar o anticipar la efectividad de los derechos que puedan llegar a reconocerse en una resolución judicial[3], donde tratándose del proceso de impugnación de actos de asamblea existe norma especial, como es la prevista en el inciso 2º del artículo 382 ibídem, la cual reza:

---

[3] Sobre el régimen de medidas cautelares, la Corte Constitucional en sentencia T-206/17, dijo: "… *éstas 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*".

> *"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."*

Tal norma es la que se considera de cara a la cautela pedida y negada en primera instancia, por lo que se analizará si el demandante cumplió la carga que le correspondía, esto es, sustentar por qué el acto impugnado viola normas sociales, legales o reglamentarias; pues de la demanda, la solicitud cautelar, y los elementos allegados preliminarmente, proviene la prosperidad o no de la medida.

El actor acreditó que la persona jurídica ESPUMAS MEDELLÍN, se constituyó como sociedad limitada mediante la Escritura Pública 5.413 del 6 de noviembre de 1.978 corrida en la Notaría 5ª de Medellín, transformándose en sociedad anónima a través de la Escritura 4021 del 23 de septiembre de 2.005 de la Notaría 4ª de Medellín[4].

También señaló que en la Asamblea Ordinaria de accionistas realizada el 9 de septiembre de 2.020 se reformaron los Estatutos Sociales, específicamente se creó el cargo de Presidente, así como sus funciones, lo que probó con el acta respectiva, siendo lo relevante y cuestionado que en la Asamblea Extraordinaria efectuada el 23 de noviembre de 2.021, se aprobó denominado *"Código de Buen Gobierno"*, en el que dice el actor que se añadieron funciones al Presidente, tal como lo explicó en los hechos 10 a 12 de la demanda.

Sintetizamos comparativamente con el siguiente cuadro lo que se hizo en ambas asambleas:

---

[4] Folios 21-73 del archivo digital denominado *"02DemandaYAnexos"*.

Asamblea del 9 de septiembre de 2.020. **Funciones otorgadas al Presidente de ESPUMAS MEDELLÍN S.A.**	**Asamblea del 23 de noviembre de 2.021.** **Funciones otorgadas al Presidente de ESPUMAS MEDELLÍN S.A. a través del artículo 12 del Código de Buen Gobierno.**
1**. Cumplir y hacer cumplir las decisiones de la Asamblea General de Accionistas.** 2. **Dirigir y vigilar la actividad de la empresa en todos los campos e impartir las órdenes e instrucciones necesarias para lograr la adecuada realización de los objetivos que aquella se propone.** 3. **Disponer de todos los cargos de la compañía, proveyéndolos, suspendiendo o finalizando la relación contractual entre la sociedad y el personal.**	1. Estar a cargo de la dirección la Empresa. 2. Definir las directrices y políticas que rigen el desarrollo del objeto social del negocio, así como asegurar su divulgación y cumplimiento. 3. Aprobar las compras, gastos y demás erogaciones necesarias para el óptimo desempeño del negocio, de acuerdo con las atribuciones asignadas por la Asamblea General de Accionistas. 4. Aprobar las operaciones financieras que sobrepasen los límites definidos para el Gerente General. 5. Definir el esquema de remuneraciones e incentivos de todo el personal de La Empresa. 6. Fungir como representante legal suplente del Gerente General y en consecuencia, cumplir con las responsabilidades y funciones propias del cargo, sin las limitaciones definidas para el Representante Legal principal. 7. **Cumplir y hacer cumplir las decisiones de la Asamblea General de Accionistas.** 8. **Dirigir y vigilar la actividad de la Empresa en todos los campos e impartir las ordenes e instrucciones necesarias para lograr la adecuada realización de los objetivos que aquella se propone.** 9. **Disponer de todos los cargos de La Empresa, proveyéndolos, suspendiendo o finalizando la relación contractual entre la sociedad y el personal**.

	10. Autorizar la expedición de duplicados de acciones por deterioro de los originales.

Tal información reposa a folios 21-73 y 103-113 del archivo digital denominado *"02DemandaYAnexos",* donde por razones metodológicas lo que hicimos en el anterior cuadro con los subrayados y negrillas que son fuera del texto, fue indicar las atribuciones que se repiten en uno y otro acto, esto es, los del 9 de septiembre de 2.020 y el del 23 de noviembre de 2.021, pero las que aparecen adicionales en la segunda columna, resultan novedosas en relación a la primera.

Hasta aquí podemos decir que existen tres (3) facultades que vienen desde el 9 de septiembre de 2.020, cuando sí hubo reforma Estatutaria, sobre lo que no hay discusión; sin embargo, se observan siete (7) funciones adicionales a las otorgadas ese 9 de septiembre, en las que se basa el demandante para alegar que se presentó "*una reforma estatutaria encubierta",* que contraviene los artículos 55, 60 y 69 de los Estatutos, referentes a las funciones de la Asamblea General de Accionistas, la Junta Directiva y el Gerente.

Para dilucidar si el cuestionamiento del demandante y recurrente es fundado, presentaremos el siguiente segundo cuadro, en el cual confrontamos las nuevas funciones del Presidente y que se concedieron con el "*Código de Buen Gobierno*", frente a lo que se había pactado como funciones de la Asamblea General de Accionistas, atribuciones de la Junta Directiva y funciones del Gerente.

Nuevas funciones del Presidente dimanadas del Código de Buen Gobierno.	**Estatutos ESPUMAS MEDELLÍN S.A.** Artículos y numerales del acuerdo societario.		
	Artículo 55: Funciones de la Asamblea General de Accionistas.	**Artículo 60:** Atribuciones de la Junta Directiva	**Artículo 69:** Funciones del Gerente

“1. Aprobar las operaciones financieras que sobrepasen los límites definidos para el Gerente General “2. Definir el esquema de remuneraciones e incentivos de todo el personal de La Empresa. “3. Fungir como representante legal suplente del Gerente General y en consecuencia, cumplir con las responsabilidades y funciones propias del cargo, sin las limitaciones definidas para el Representante Legal principal. “4. Estar a cargo de la dirección la Empresa. “5. Definir las directrices y políticas que rigen el desarrollo del objeto social del negocio, así como asegurar su divulgación y cumplimiento. “6. Aprobar las compras, gastos y demás erogaciones necesarias para el óptimo desempeño del negocio, de acuerdo con las atribuciones asignadas por la Asamblea General de Accionistas. “7. Autorizar la expedición de duplicados de acciones por deterioro de los originales.	“4. Elegir y renovar libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda. “5. Adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad. “6. Estudiar y aprobar las reformas de los estatutos. “10. Adoptar las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados.”	“1. Nombrar y remover a los empleados cuya designación no corresponda a la Asamblea General de Accionistas. “2. Crear los demás empleos que considere necesarios para el buen servicio de la empresa, señalarles funciones y remuneración. “3. Delegar en el Gerente o en cualquier otro empleado, las funciones que estime conveniente. “9. Abrir sucursales o agencias o dependencias, dentro o fuera del país. “10. Tomar decisiones que no correspondan a la Asamblea o a otro órgano de la sociedad.”	“1. Representar a la Sociedad ante los accionistas, ante terceros y ante toda clase de autoridades de orden administrativo y jurisdiccional. “2. Ejecutar todos los actos u operaciones correspondientes al objeto social, de conformidad con lo previsto en las leyes y en estos estatutos. “5. Nombrar y remover los empleados de la sociedad cuyo nombramiento y remoción no le corresponda por derecho propia a la Juntas Directiva o a la Asamblea General. “6. Tomar todas las medidas que reclame la Sociedad e impartirles las órdenes e instrucciones que exija la buena marcha de la compañía. “10. Cumplir o hacer que se cumplan oportunamente todos los requisitos o exigencias legales que se relacionen con el funcionamiento y actividades de la sociedad.”

Valga precisar que el anterior cuadro, solo incluye las disposiciones que en la acción se dicen que fueron infraccionadas con el “*Código de Buen Gobierno*”, lo que se ajusta lo previsto en el inciso 2º del artículo 382 del C. G. del P..

Al observar la atribución dada al Presidente conforme el "*Código de Buen Gobierno*", dentro de las nuevas facultadas otorgadas, se le ha dado como tal el "*Aprobar las operaciones financieras que sobrepasen los límites definidos para el Gerente General*", lo que cotejado con el mismo certificado de existencia y representación legal de la accionada, se tiene que ello corresponde a la Junta Directiva, con el siguiente tenor:

> "Los gerentes ejercerán todas las funciones propias de la naturaleza de su cargo, y en especial los siguientes:… 2) ejecutar todos los actos y operaciones correspondientes al objeto social, de conformidad con lo previsto, en las leyes y en los estatutos, en consecuencia podrá celebrar contratos de mutuo; dar, entregar, negociar, cobrar, pagar, etc., toda clase de instrumentos negociables y suscribir los demás documentos civiles y comerciales y demás asuntos inherentes al desarrollo del objeto social, con las siguientes instrucciones, autorizaciones y limitantes: A) la autoridad financiera, será ejercida por los dos gerentes en forma conjunta o separada. B) el gerente (cualquiera de los dos) tendrá autoridad financiera hasta una suma equivalente a quinientos (500) salarios mínimos mensuales; si la operación financiera sobrepasara este límite, sin excepción, <u>deberá ser suscrita de común acuerdo o de consuno por los dos gerentes o autorizada expresamente por la Junta Directiva</u>. C) la anterior limitación no será aplicable de modo alguno para el doctor Justo Pastor Guarín Gómez (controlante económico y accionista) cuando este ejerza como uno de los gerentes de la sociedad, caso en el cual no habrá límite financiero alguno y podrá a su leal saber y entender realizar todas y cada una de las operaciones financieras que considere oportunas <u>sin autorización de la Junta Directiva</u>." (folios 12-13 Cuaderno "02DemandaYAnexos" expediente digital

De lo anterior se tiene que el "*Código de Buen Gobierno*" hace que las operaciones financieras a realizar por el Gerente General que sobrepasen los límites definidos, ahora deberán obtener la aprobación del Presidente, por lo que este entraría a reemplazar a la Junta Directiva, lo que podría implicar vulneración de los Estatutos Sociales.

Es más, la censurada atribución al Presidente de la compañía de *"Fungir como representante legal suplente del Gerente General y en consecuencia, cumplir con las responsabilidades y funciones propias del cargo, <u>sin las limitaciones definidas para el Representante Legal principal</u>."* (subraya adrede), pueden constituir en infracción del artículo 69 de los Estatutos Sociales, en cuanto a que reemplazaría al titular de

la Representación Legal, que es el Gerente, aunado que ya no tendría límites en su actuar.

Ahora bien, si la Junta Directiva y de acuerdo a los Estatutos Sociales, tiene entre sus funciones "*Impartirle al Gerente las Instrucciones, orientaciones y órdenes que juzgue convenientes*", ello resulta incompatible con las novedosas atribuciones Presidenciales consistentes en "*Estar a cargo de la dirección la Empresa*"; y, "*Definir las directrices y políticas que rigen el desarrollo del objeto social del negocio, así como asegurar su divulgación y cumplimiento.*", con lo que por estas facultades una sola persona comienza a tener las funciones de los entes colegiados previstas en los artículos 55.5 y 60.5 Estatutarios, las que a propósito coinciden con lo previsto en los artículos 420.6 y 438 del C. de Co..

Lo anterior hace que la cautela deprecada sea procedente ante la seria posibilidad que en el caso se adecúe al supuesto normativo consistente en la "*violación de las disposiciones invocadas por el solicitante*", siendo posible que las nuevas atribuciones al Presidente de la demandada y aquí reprochadas, puedan enmarcarse en las infracciones a la normatividad social y comercial atrás aludida.

Lo aquí expuesto no constituye prejuzgamiento, toda vez que aún se encuentran pendientes de ser evacuadas las demás etapas procesales, especialmente la probatoria, pudiendo ser que de ello se deriven una conclusión diferente a la aquí expuesta.

Finalmente, sobre que al recurrente se le hizo prestar caución y luego se le negó la cautela, ello en sí mismo es problemático, y nos pone en linderos de lo conocido doctrinariamente como la confianza legítima[5],

---

[5] Según la Corte Constitucional *"El principio de confianza legítima funciona entonces como un límite a las actividades de las autoridades, que pretende hacerle frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además*

por eso la constitución de la caución depende del previo análisis o juicio de valor relacionado con las disposiciones acusadas como violadas por el actor, y ahí sí se fija la caución, como surge de la lectura del inciso 2° del artículo 382 procesal civil, a pesar de ello, esa inconformidad se entiende superada dada la prosperidad del actual recurso y el decreto de la cautela solicitada.

Corolario, como se cumple lo previsto en el artículo 382.2 del Estatuto Procesal Civil, resulta viable la cautela deprecada, por ello se revocará la decisión impugnada. Sin costas por el resultado favorable para el recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín;

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto calendado el veintidós (22) de marzo del año dos mil veintidós (2.022), proferido por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO de Itagüí, según lo motivado.

SEGUNDO: DECRETAR la suspensión provisional de los efectos de la Asamblea Extraordinaria efectuada el 23 de noviembre de 2.021 por parte de ESPUMAS MEDELLÍN S.A., únicamente en lo relativo a las funciones que el *"Código de Buen Gobierno"* concede a su Presidente.

---

puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los entes estatales (...)". Sentencia T 453 de 2.018.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia vuelva el expediente digital al Despacho de origen. Sin costas.

Notifíquese;

JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
MAGISTRADO