

276

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL**

Bogotá D.C., dos (2) de septiembre de dos mil veinte (2020).

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 1100131990022017 00300 05
Procedencia: Delegatura para Procedimientos Mercantiles
de la Superintendencia de Sociedades
Demandante: Martha Isabel Núñez García
Demandado: Martha Luz Duarte Díaz y otros.
Proceso: Verbal

Discutido y Aprobado en Salas de Decisión del 31 de julio y 14 de agosto de 2020. Actas 28 y 30.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se dirime el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia calendada 21 de mayo de 2020, proferido por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, dentro del proceso **VERBAL** promovido por **MARTHA ISABEL NÚÑEZ GARCÍA** contra **MARTHA LUZ DUARTE DÍAZ, INSTITUTO NACIONAL DE OFTALMOLOGÍA S.A., BANCO DE COLOMBIA S.A., MARCO ANTONIO GARCÍA RENGIFO, JUAN ESTEBAN GARCÍA DUARTE, CAMILA ANDREA GARCÍA DUARTE, RICARDO ANDRÉS**

Oftalmología S.A con tal sociedad, obligación que para esa fecha se encontraba en mora y preocupaba a los miembros de la junta de socios...”, por lo que la Junta de socios de la Inmobiliaria Gadú Ltda. autorizó a su representante legal para suscribir la escritura de aceptación de hipoteca.

De manera contraria el aludido negocio se efectuó “...para capitalizar a la sociedad –INO Colombia S.A.- y cumplir con las obligaciones generadas en algunos casos por hechos fortuitos. La inobservancia o falta de gestión a tiempo hubiese generado consecuencias más complejas, que refirían con las funciones de la administradora. Dicho de otra manera, la constitución de la hipoteca corresponde a una salida generada en la diligencia de la señora Martha Luz Duarte de evitar un incremento en los riesgos financieros de la sociedad INO. De acuerdo con lo dicho, es indudable que la representante legal actuó sin interés alguno y no existe daño o perjuicio para la ...” compañía.

Agregó que en varias oportunidades la asamblea general y la junta directiva del INO Colombia S.A., tuvieron conocimiento que Martha Luz Duarte Díaz era la representante legal de la inmobiliaria Gadú Ltda., respecto de la cual Camila Andrea García tiene un 50% de las acciones y el 50% restante lo detenta Juan Esteban García.

Así mismo, según consta en el acta número 73 del 19 de abril del año 2017, los miembros de la junta directiva del INO Colombia S.A. enterados que Duarte Díaz también ejercía la representación legal de la empresa beneficiaria de la memorada garantía, decidieron por unanimidad autorizar la firma de la hipoteca, facultad que le corresponde conforme al numeral 12 del artículo 73 de la escritura número 1237 del 29 de abril del año 2010. Acto que también fue consentido por la junta de socios, conforme refrenda el acta número 23 de fecha 26 de mayo de 2017; circunstancia que “...desvirtúa la postura de la delegatura al indicar que ante la Junta Directiva se omitió comentar su vinculación con GADÚ...”.

287

Adicionalmente, arguyó que se desprende la legalidad del contrato de mutuo celebrado entre uno de los socios y la compañía, pues el préstamo obedeció a la necesidad de suplir una urgencia del INO Colombia S.A., el cual como es natural debía contar con una garantía.

Por último, replicó que con la aludida convención no se ve lesionado el patrimonio de los asociados, ni los intereses de la empresa, lo que claramente debilita la tesis de un conflicto de intereses y más bien consolida la posición de garante y buena gestora de negocios de la representante legal. Además, que inmobiliaria Gadú Ltda. fue un facilitador de recursos económicos de manera frecuente desde el año 2014, lo cual no fue un secreto para los socios, el vínculo se entendió como alianza estratégica de parte de la inmobiliaria en temas de colaboración financiera, frente a los cuales la promotora Martha Núñez, en su condición de socia activa y en algunas oportunidades como gerente, administradora y representante legal, no tuvo reparo, pero sí estimó que existía conflicto de intereses al constituir la garantía.

El profesional del derecho al sustentar los reparos, en lo esencial, precisó reiterar la exposición argumentativa del documento contentivo de la impugnación. Tras hacer un recuento de los antecedentes que dieron origen a las sociedades en cita y de la situación fáctica que motivó el ejercicio de esta acción, resaltó que la actuación confutaba buscó satisfacer la necesidad apremiante que tenía INO. Ante la dificultad de contar con recursos económicos, buscó un socio estratégico, para un préstamo, por lo que no debe considerarse un conflicto de intereses, conforme lo avala la Superintendencia de Sociedades.

Por lo demás, la doctora Martha Luz Duarte acudió a la junta directiva quien autorizó la realización de la hipoteca, no fue un tema surgido de la "noche a la mañana" y fue socializada en las asambleas. Luego, no debe considerarse un favorecimiento de intereses propios o para alguno, en particular. Hace énfasis en el deber de administrador, como un buen hombre de negocios. Insiste que no existe una situación de

desmedro y que las acciones desplegadas, no constituyen una controversia de esta naturaleza. Concluye, que no está frente a una relación de parentesco, sino en el ejercicio de negocios entre socios. Impetró revocar la sentencia.

5.2. El apoderado de los demás convocados, refirió que debe dejarse incólume la hipoteca suscrita entre las partes, por no constituir conflicto de intereses, además de haber sido avalada por la junta de socios y ser la sentencia favorable a sus representados.

5.3. El togado que apodera a la entidad financiera, manifestó que la sentencia fue favorable al banco, por lo que debe permanecer inalterable.

5.4. La profesional del derecho de la demandante, a vuelta de recordar las normas que disciplinan la controversia, esgrimió que el recurrente confunde lo que es la figura jurídica de junta de socios o de asamblea general de accionistas con la junta directiva. El primero, es el máximo órgano societario, por manera que no es dable pretender que se contó con el aval expreso de la asamblea general de accionistas que requiere el acatamiento de diversos requisitos legales, que no se respetaron debidamente en este caso. Dicho trámite debe surtirse en forma imperativa por el administrador.

Frente al argumento relativo a la hipoteca que, por demás, quiso adicionar el recurrente. En el recurso de apelación, no milita el argumento atañadero a la revocatoria de las demás escrituras, es un hecho nuevo, no fue cuestionado en primera instancia, no hace parte del recurso primigenio. No obstante, reitera que la cláusula del instrumento declarado nulo, acredita el conflicto de intereses tantas veces mencionado.

De cara al instrumento público 7320 del 21 de abril de 2017, es obvio que fue otorgado sin la autorización de la asamblea general de accionistas, sobregarantiza una deuda y adicionalmente, fue propuesta

284

por la propia representante legal de INO, pero nunca se informó al máximo órgano; de contera, fungió en una doble condición, amén de favorecer intereses ante la difícil situación económica que enfrentaba, ser un hecho expresamente confesado en el interrogatorio de parte y por el abogado en sus alegatos. Tampoco se contó con la anuencia, en caso de conflicto de intereses, por el órgano respectivo. En el acta discutida no se evidencia autorización tratándose de operaciones que implicaban conflicto de este linaje, por ende, no es dable desconocer la ley en lo atinente a estos factores. Solicitó confirmar la sentencia censurada.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Desde el exordio se advierte la presentación de una demanda en forma, la capacidad de las partes para obligarse y concurrir al juicio, así como la competencia para dirimir el conflicto. Además, por cuanto examinado el trámite rituado no se observa irregularidad capaz de invalidarlo fluye meridiana la concurrencia de las condiciones jurídico procesales que habilitan el proferimiento de una sentencia de mérito.

6.2. Acorde con lo previsto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del Tribunal de conformidad con los reparos esbozados ante el *a-quo* y la sustentación del recurso de apelación, se circunscribe a determinar si está viciado de nulidad el contrato de hipoteca protocolizado en la escritura pública número 7320 de la Notaría 29 del Círculo de Bogotá a favor de la Inmobiliaria Gadú Ltda., porque la representante legal de esta sociedad no informó acerca del eventual conflicto de intereses, debido a que también detentaba la calidad de representante legal de la compañía beneficiaria de la garantía.

Recuérdese que el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995¹

¹La mencionada norma dispone que "...[l]os administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

1...

prohíbe a los administradores competir con la sociedad y/o realizar actos respecto de los cuales exista conflicto de interés, salvo autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

Concordante con aquella disposición, el artículo 839 del Código de Comercio, dispone que “[n]o podrá el representante hacer de contraparte del representado o contratar consigo mismo, en su propio nombre o como representante de un tercero, salvo expresa autorización del representado...”.

Por su parte, el numeral 2° del artículo 2° del Decreto Reglamentario de la primera norma en comento 1925 de 2009-, subrogado por el precepto 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015-, prevé que el administrador ordenará la convocatoria o convocará a la Asamblea General o Junta de Socios, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que le representa conflicto de interés o competencia con la sociedad, además, deberá suministrar la información relevante para la toma de la decisión, que podrá otorgarse cuando no se perjudiquen los intereses de la sociedad.

Así mismo, el artículo 5° del Decreto 1925 de 2009, subrogado por la regla 2.2.2.3.5. del Decreto 1074 de 2015 establece que son susceptibles de “...declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995... Salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe, 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...”.

Queda claro, entonces, de acuerdo con el anterior marco normativo

7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, 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”.

21

que la preterición del administrador de plantear a la asamblea general el posible conflicto de intereses para su resolución, previo a la ejecución del negocio jurídico, tiene como sanción su nulidad absoluta.

6.3. Dicho lo anterior, es necesario abordar el concepto de autocontrato, dado el estrecho vínculo entre tal figura y el conflicto de interés.

El autocontrato, autoacto o contrato consigo mismo, según descripción acuñada por la propia Corte, se presenta cuando un acuerdo de voluntades es celebrado *“...con la participación de un único sujeto, quien interviene en él con diversas calidades jurídicas, **bien porque funge como representante de todas las partes comprometidas**, bien porque es el representante de una de ellas, frente a la cual, correlativamente, es cocontratante a nombre propio...”*² –original resaltado–.

Entonces, en *“...el contrato consigo mismo una persona, bien por virtud de la representación legal o de la contractual, vincula con su única voluntad dos patrimonios distintos con expectativas diferentes, de manera que el beneficio o ganancia que se reporta para uno irá en desmedro o perjuicio del otro...”*³.

De ahí que la Alta Corporación Civil ha precisado que *“...[e]l fenómeno del autocontrato, que como se resaltó y lo corrobora la doctrina incluye los casos “cuando existe la doble representación” (SPOTA. Alberto. Tratado de Derecho Civil. Tomo I, parte general, volumen 3, Buenos Aires, De palma, 1957, pág. 975), ha concitado, en el ámbito del derecho privado, una preocupación constante por hallarse estrechamente relacionado con conflictos de intereses o situaciones económicas de confrontación, que son las que lo deslegitiman o contaminan...”*⁴.

Por su parte, el conflicto de intereses *“...se produce cuando el administrador es titular de un interés propio o de un tercero, que está en contradicción con el interés social, de forma que la realización de interés*

² Corte Suprema de Justicia. SC-006 26 ene. 2006, expediente 1994-13368-01.

³ ESTRUCH Jesús. Eficacia e ineficacia del Autocontrato. ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. III., págs. 986 Y 987.

⁴ Corte Suprema de Justicia. SC451-2017 de 26 de enero de 2017, expediente 110013103015-2011-00605-01.

292

del que es portador el administrador implique un perjuicio para el interés social...⁵.

De acuerdo con las anteriores directrices, sin duda alguna en el *sub-exámene* se presenta el fenómeno del autocontrato, dado que la convención cuestionada fue celebrada por una misma persona, quien representa dos empresas distintas que integran las partes contractuales, puesto que la señora Martha Luz Duarte Díaz, en nombre del Instituto Nacional de Oftalmología S.A. suscribió el contrato de hipoteca sobre un inmueble de propiedad de esta sociedad, protocolizado en la escritura pública número 7320 de 21 de abril de 2017 de la Notaría 29 del Círculo de Bogotá a favor de la Inmobiliaria Gadú Ltda., compañía también regentada por aquélla.

Tal acto, sin dubitación alguna comporta un conflicto de intereses entre las partes involucradas en el memorado negocio, por cuanto una misma persona que actuaba, a su vez, como cabeza de los dos filios contractuales, los obligó con propósitos contrapuestos, ya que mientras una de las compañías negociantes gravó un activo de su patrimonio a cambio del desembolso de un dinero, la otra que otorgó en préstamo una porción de su peculio, se benefició con una garantía que respalda el cumplimiento de esa obligación.

Desde esa óptica, es evidente que la administradora, por satisfacer una de las necesidades corporativas de una de las empresas a su cargo, comprometió parte del patrimonio social de otra compañía, sin reparar en los propósitos sociales encontrados que cada una de ellas albergaba, acto que puede ir en contravía del adecuado gobierno corporativo que impone obrar con diligencia, como lo hace un buen hombre de negocios, ello conduce a la necesidad de aclarar una probable colisión de intereses entre las sociedades involucradas en la negociación.

Siendo ello así, resulta inocuo analizar, como lo pretenden los impugnantes, si se probó un interés económico subjetivo en la administradora o de sus familiares que pueda tildarse de contrapuesto,

⁵ Gil Echeverry, Jorge Hernán. La Especial Responsabilidad del Administrador Societario. Legis, 2015, Pág.258

además de las circunstancias subjetivas atinentes a que la hipoteca fustigada se constituyó para capitalizar al INO Colombia S.A.- y cumplir con las obligaciones pendientes, labores que Duarte Díaz ejecutó diligentemente, así como que no se lesionó el patrimonio de los asociados, ni los intereses de la empresa.

En consecuencia, se reitera, lo relevante es que la representante legal del INO Colombia S.A., al estar incurso en la situación reseñada, debía plantear en legal forma a la asamblea general de accionistas la situación, para la resolución del mismo por ese órgano social. Vale decir, no bastaba con que sus miembros tuvieran conocimiento de su relación con ambas sociedades, sino que era menester debatir y decidir sobre el particular, pues el incumplimiento de esa exigencia vicia de nulidad absoluta⁶ el memorado contrato, al amparo de lo previsto en el artículo 5° del Decreto 1925 de 2009, subrogado por la regla 2.2.2.3.5. del Decreto 1074 de 2015.

6.4. En aras de establecer el cumplimiento de tal exigencia en el *sub-examine*, de la revisión cronológica de las actas adosadas, se colige que:

El 17 de abril de 2017, según da cuenta el acta número 75, la junta de socios de la inmobiliaria Gadú Ltda. autorizó a su representante legal para que aceptara hipoteca abierta por cuantía indeterminada sobre el consultorio 5004 que forma parte del Edificio -Instituto Nacional de Oftalmología - INO PB., con el propósito de respaldar una obligación contraída por el INCO Colombia S.A., compañía respecto de la cual aquélla también es su representante legal –folios 256 y 257, cuaderno 1-.

El 19 de abril de 2017, conforme refrenda el acta número 73, la junta directiva del INCO COLOMBIA S.A. autorizó a su representante legal,

⁶ La referida sanción, valga destacar, hace "...desaparecer el acto viciado, cuya característica es la destrucción del negocio con efecto retroactivo, es decir como si no se hubiera celebrado jamás, por lo que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de su ejecución..."- Corte Suprema de Justicia. STC-9184 de junio 28 de 2017, expediente 11001-31-03-021-2009-00244-01-.

la señora Martha Luz Duarte Díaz a constituir hipoteca abierta de cuantía indeterminada, sobre el consultorio 5004 del edificio denominado Instituto Nacional de Oftalmología INO P.H., a favor de la inmobiliaria Gadú Ltda., teniendo conocimiento que también detentaba dicha condición respecto de esa sociedad –folios 248 y 249, *ibídem*–.

El 26 de mayo de 2017, acorde al contenido del acta número 23 de la asamblea general extraordinaria del Instituto Nacional de Oftalmología S.A., el 79.1% de los accionistas ratificaron la constitución de la garantía antes mencionada –folios 268 a 285, *ibídem*–.

De tales documentales se infiere que si bien es cierto la junta directiva del INO Colombia S.A., consciente que los extremos negociales se encontraban representados por la misma persona, dio su anuencia para constituir la hipoteca, no lo es menos, a riesgo de ser repetitivos, que la representante legal omitió formular el conflicto de intereses ante la Asamblea General de Socios con sujeción a las exigencias legales y, por contera, nada resolvió sobre el particular dicho órgano, limitándose a ratificar la autorización de gravar los bienes, emitida por la Junta Directiva de la dicha sociedad.

Lo anterior, puesto que acorde a lo previsto en el numeral 2° del artículo 2° del 1925 de 2009, subrogado por el precepto 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015, el permiso para constituir la hipoteca debía provenir de la asamblea general de accionistas del Instituto Nacional de Oftalmología S.A., tras habersele dado a conocer que ambos extremos contractuales estaban representados por igual persona, es decir, por Martha Luz Duarte Díaz.

En consecuencia, se estructura la nulidad absoluta deprecada por la accionante, dado que no se obtuvo aprobación previa y específica de ese órgano en los señalados términos, conforme lo respalda el contenido del acta número 23 del 26 de mayo de 2017.

Desde esa óptica, no cabe duda que anduvo afortunado el Juzgador de

primer grado en invalidar la convención cuestionada, porque quien la suscribió contravino la prohibición de celebrarla a pesar de estar incurso en un conflicto de intereses, ya que pese a que representó a ambas partes no obtuvo aprobación previa del órgano social competente para proceder así; razones por las cuales no tienen recepción los argumentos de los impugnantes relativos a que Martha Luz Duarte Díaz contaba con la aquiescencia de los órganos directivos y que estos con antelación conocían que ella era también la representante legal de la compañía beneficiaria de la hipoteca.

Adicionalmente, destáquese que el asentimiento de la junta de socios de la Inmobiliaria Gadú Ltda., luego que se enterara que la señora Duarte Díaz representa a las dos partes negociantes, solo cumple la permisión requerida para actuar en nombre de esa empresa, mas no para celebrar el contrato a nombre del INO Colombia S.A., como lo insinúan los inconformes, motivo por el cual tampoco este reparo de los apelantes tiene acogida en esta instancia.

Por último, lo concerniente a la legalidad del contrato de mutuo respaldado con la hipoteca debatida, es un aspecto que no debe ser analizado en esta sede, en acatamiento del principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, habida cuenta que no fue esbozado en los hechos ni en el *petitum* del libelo, por ende, acertó el Superintendente al así considerarlo.

6.5. Bajo estas directrices, se confirmará la sentencia apelada. Las costas de esta instancia estarán a cargo de los recurrentes, acorde a lo consignado en el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, EN SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por

296

autoridad de la ley,

RESUELVE:

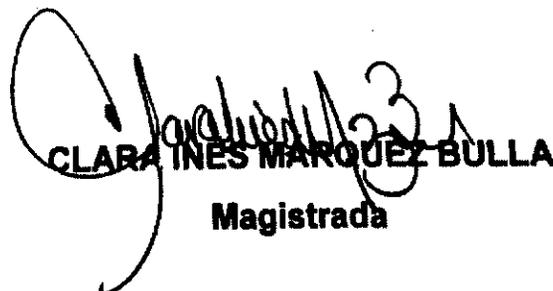
7.1. CONFIRMAR la sentencia emitida 21 de mayo de 2020, proferida por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

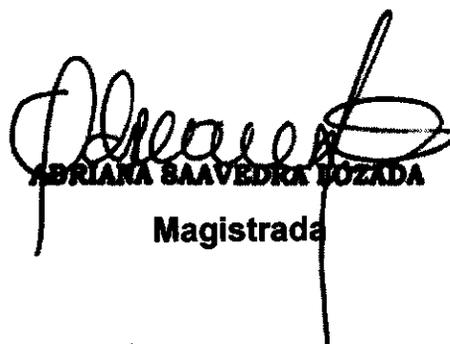
7.2. CONDENAR en costas al apelante. Liquidar de la forma prevista en el artículo 366 del Código General del Proceso.

7.3. DEVOLVER el expediente a la oficina de origen, dejando las constancias del caso. Oficiar.

La Magistrada Sustanciadora fija la suma de \$1.000.000,00 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada


MARIANA SAAVEDRA POZADA
Magistrada


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

Bogotá D.C., 04 de Septiembre del 2020

Señores

JUZGADO VEINTIOCHO (28) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

ccto28bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

Asunto: ALLEGA PRUEBA HECHO SOBREVINIENTE - E INCORPORACION AL RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO QUE DISPONE CONTINUAR CON LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO.

No. Proceso: 11001310302820180045100.

Tipo: Ejecutivo con Garantía Real.

Ejecutantes: CARLOS MAURICIO SANABRIA MONROY.
ALBA VIRGINIA MARTINEZ TENJO.
RICARDO ANDRES SANABRIA MONROY.

Ejecutado: INSTITUTO NACIONAL DE OFTAMOLOGÍA S.A. Y OTROS.

Ante usted, **JAIRO NEIRA CHAVES**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.128.432.434 de Medellín, abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 274.893 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de los ejecutantes, por medio del presente escrito y de la manera más respetuosa me permito **ALLEGAR PRUEBA HECHO SOBREVINIENTE¹ - E INCORPORACION AL RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO FIJADO EN ESTADO EL (05) DE AGOSTO DEL 2020 QUE DISPONE CONTINUAR CON LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO.**, con el fin de que sea valorada y tenida en cuenta al momento de proferir decisión para seguir adelante la ejecución del proceso, solicito se considere lo siguiente:

I. ANTECEDENTE Y CONSIDERACIÓN PRUEBA HECHO SOBREVINIENTE

1. El 06 de Agosto del 2020, el suscrito le notificó al despacho a través de correo electrónico autorizado ccto28bt@cendoj.ramajudicial.gov.co la interposición en término del recurso de reposición contra el Auto fijado en estado el (05) de agosto del 2020, en el que este despacho señalo:

"Se dispone continuar con la suspensión del proceso hasta tanto se resuelva de manera definitiva la solicitud de nulidad pregonada ante la superintendencia de sociedades, momento en el cual las partes deberán dar oportuno aviso a esta sede judicial con el fin de adoptar la decisión que en derecho corresponda"

2. En dicho recurso se solicitó REVOCAR EL PÁRRAFO TERCERO del auto fijado en estado por este despacho el (05) de agosto del 2020, y en su lugar se emita auto donde se ordene SEGUIR ADELANTE CON LA EJECUCIÓN DEL PROCESO EN ASUNTO. En el entendido que para la presente fecha ya la Superintendencia de Sociedades emitió decisión la cual en este momento se encuentra en Apelación por parte de la demandante.
3. Sin embargo, y con ocasión a que este fallo fue apelado por la parte demandante (Martha Isabel Núñez García), y por debido proceso este fue remitido al TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL, quien en cabeza de la Magistrada CLARA INES MARQUEZ BULLA, resolvió:

¹ Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Civil - 02 Septiembre del 2020 - Por medio de la cual Confirma Sentencia de la Superintendencia de Sociedades.

298

7.1. CONFIRMAR la sentencia emitida 21 de mayo de 2020, proferida por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

7.2. CONDENAR en costas al apelante. Liquidar de la forma prevista en el artículo 366 del Código General del Proceso.

7.3. DEVOLVER el expediente a la oficina de origen, dejando las Constancias del caso. Oficiar.

La Magistrada Sustanciadora fija la suma de \$1.000.000,00 como agencias en derecho.

4. Con lo anterior, se refleja y se demuestra una vez más la necesidad de seguir adelante con la ejecución y medidas cautelares solicitadas contra el INSTITUTO NACIONAL DE OPTAMOLOGÍA S.A., y a favor de y a favor de CARLOS MAURICIO SANABRIA MONROY, ALBA VIRGINIA MARTINEZ TENJO y RICARDO ANDRES SANABRIA MONROY, en la forma y términos señalados mediante auto de fecha del (27) de septiembre del 2018, en donde se libra Mandamiento de Pago por vía Ejecutiva y con garantía real. Con fundamento en el párrafo 2, Art. 440 del Código General del proceso:

(...) el juez ordenará, por medio de auto que no admite recurso, el remate y el avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al ejecutado.

II. PETICIÓN

1. Sea apreciada y valorada la prueba aportada como hecho sobreviniente, y en consecuencia se proceda a continuar el proceso de conformidad con la etapa procesal que continúa y es la celebración de audiencia y/o orden del remate una vez se subsane el proceso según establece el art. 440 de la Ley 1564 de 2012.

III. ANEXOS

1. La sentencia del (2) de septiembre del 2020, fallada por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL, en (21) folios.

De la señora Juez,

Cordialmente,

JAIRO NEIRA CHAVES

C.C. No 1.128.432.434 de Medellín

T.P. No. 274.893 del C.S. de la Judicatura.

299

Juzgado 28 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C.

De: Memoriales Rojas & Asociados <memoriales@rojasyasociados.co>
Enviado el: viernes, 04 de septiembre de 2020 11:15 a. m.
Para: Juzgado 28 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C.
CC: jairo.neira@rojasyasociados.co; carlos.rojas@rojasyasociados.co
Asunto: ALLEGA PRUEBA HECHO SOBREVINIENTE – E INCORPORACION AL RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO - REF. 20180045100 - Ddo. Ejecutado: INSTITUTO NACIONAL DE OFTAMOLOGÍA S.A.
Datos adjuntos: MEMORIAL ALLEGAR PRUEBA SOBREVINIENTE SENTENCIA TRIBUNAL.pdf; SENTENCIA MARTHA NUÑEZ APELACION TRIBUNAL.pdf

Senores

JUZGADO VEINTIOCHO (28) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

ccto28bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

Asunto: ALLEGA PRUEBA HECHO SOBREVINIENTE – E INCORPORACIÓN AL RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO QUE DISPONE CONTINUAR CON LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO.

No. Proceso: 11001310302820180045100.

Tipo: Ejecutivo con Garantía Real.

Ejecutantes: CARLOS MAURICIO SANABRIA MONROY, ALBA VIRGINIA MARTINEZ TENJO, RICARDO ANDRES SANABRIA MONROY.

Ejecutado: INSTITUTO NACIONAL DE OFTAMOLOGÍA S.A. Y OTROS.

Ante usted, **JAIRO NEIRA CHAVES**, quien viene actuando en calidad de apoderado especial de los ejecutantes, por medio del presente escrito y de la manera más respetuosa me permito **ALLEGAR PRUEBA HECHO SOBREVINIENTE – E INCORPORACIÓN AL RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO FIJADO EN ESTADO EL (05) DE AGOSTO DEL 2020 QUE DISPONE CONTINUAR CON LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO.**, con el fin de que sea valorada y tenida en cuenta al momento de proferir decisión para seguir adelante la ejecución del proceso

306

En cuanto a la notificación del extremo demandado - su apoderado el Dr. OSCAR LEANDRO TAMAYO REY, se informa al despacho que bajo la gravedad del juramento desconozco su dirección de correo electrónico por tanto si es posible que el despacho lo conozca le sea notificado directamente por ustedes. Gracias.

Adjunto en PDF Memorial y prueba hecho sobreviniente.

Sin otro particular, quedo atento a sus comentarios.

Cordialmente,

JAIRO NEIRA CHAVES

C.C: 1.128.432.434 de Medellín

T.P: 274.893 del Consejo Superior de la Judicatura.

jairo.neira@rojasyasociados.co



302

No. DE PROCESO 2017-800-00300



Número de Radicado: 2020-01-195196
Fecha: 2020/05/21 Hora: 19:52:50
Folios: 9 Anexos: NO

SENTENCIA

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

Partes

Martha Isabel Núñez García

contra

Martha Luz Duarte Díaz, Instituto Nacional de Oftalmología S.A., Banco de Colombia S.A., Marco Antonio García Rengifo, Juan Esteban García Duarte, Camila Andrea García Duarte, Ricardo Andrés Sanabria Monroy, Carlos Mauricio Sanabria Monroy, Alba Virginia Martínez Tenjo e Inmobiliaria Gadú Ltda.

Trámite

Proceso verbal

Número del proceso

2017-800-00300

I. ANTECEDENTES

El proceso iniciado por Martha Isabel Núñez García en contra de Martha Luz Duarte Díaz, Instituto Nacional de Oftalmología S.A., Banco de Colombia S.A., Marco Antonio García Rengifo, Juan Esteban García Duarte, Camila Andrea García Duarte, Ricardo Andrés Sanabria Monroy, Carlos Mauricio Sanabria Monroy, Alba Virginia Martínez Tenjo e Inmobiliaria Gadú Ltda. en liquidación surtió el curso descrito a continuación:

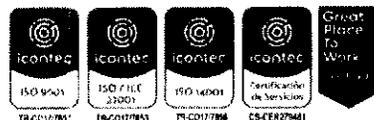
1. El 1 de septiembre de 2017, se presentó la demanda de la referencia.
2. El 11 de octubre de 2017 se admitió la demanda.
3. El 28 de febrero de 2018 se cumplió el trámite de notificación.
4. El 16 de marzo del mismo año se celebró la audiencia judicial convocada por el Despacho.
5. El 7 de mayo de 2020, se llevó a cabo la audiencia de instrucción y juzgamiento, en donde se anunció el sentido del fallo.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada por Martha Isabel Núñez García busca controvertir la responsabilidad de Martha Luz Duarte Díaz en su calidad de representante legal de la Institución Nacional de Oftalmología S.A. – *INO S.A.* Según se ha puesto de presente, la señora Duarte Díaz constituyó hipotecas sobre varios bienes inmuebles de propiedad de *INO S.A.*, en interés propio, de sus familiares y de Inmobiliaria Gadú Ltda., sociedad en la cual también ostenta el cargo de representante legal principal (*vid.* folio 115). Como fundamento de sus pretensiones, la demandante ha invocado la regla del numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, por virtud del cual, los administradores deben “abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, [...]



En la Superintendencia de Sociedades
Trabajamos con integridad por un país sin corrupción
Entidad No. 1 en el índice de Transparencia de las Entidades Públicas ITEP
www.supersociedades.gov.co webmaster@supersociedades.gov.co
Colombia
Línea única de atención al ciudadano (57-1)2201000



302

en actos respecto de los cuales exista conflicto de interés, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas". Además, solicitó la demandante la nulidad de los citados contratos, ordenar las restituciones mutuas, la imposición de una multa y la inhabilidad para ejercer el comercio.

A. Del conflicto de intereses

Tal como en reiteradas ocasiones lo ha señalado esta Delegatura, el conflicto de intereses en materia societaria no tiene una definición legal general que permita desarrollar con claridad el concepto. No obstante, a través de diversas decisiones proferidas en los últimos años por la Delegatura¹, se ha logrado suplir este vacío, encontrando varios requisitos para entender que se está en presencia de un acto o negocio afectado por dicho conflicto.

En principio, se podría señalar que el primero de ellos es la existencia de dos intereses contrapuestos: el interés de la sociedad y el interés en cabeza de una persona distinta, bien sea el administrador, alguno de los socios o un tercero.²

El segundo, que el interés contrapuesto al de la sociedad sea de una magnitud tal que el administrador o los administradores involucrados puedan ver comprometido su buen juicio al momento de celebrar o aprobar la celebración del respectivo negocio, pudiéndose generar, así sea en la teoría, una decisión del administrador en la que eventualmente prevalezca el interés ajeno a la sociedad sobre el de ésta³.

En los eventos en que se presenta esta situación, la actuación del administrador de celebrar o aprobar el acto conflictuado, podría generar una afectación a la sociedad o sus socios, mayoritarios o minoritarios, motivo por el cual el administrador debe obtener la autorización de la asamblea de accionistas o junta de socios, únicos legalmente autorizados para darla, de conformidad con lo dispuesto en el decreto 1925 de 2009.

Así mismo, la delegatura ha analizado diversas situaciones en las cuales encontró la presencia de un conflicto de intereses. Por ejemplo, se habla de casos en que el administrador contrata consigo mismo, con empresas en las que tiene interés, con sus familiares, con accionistas mayoritarios de la sociedad o vinculados a éstos y con algunos terceros donde se ve afectado el buen juicio del administrador⁴.

¹ Cfr. Auto 801-7259 del 19 de mayo de 2014, sentencia 800-52 del 1 de septiembre de 2014. Sentencia 800-142 del 10 de noviembre de 2015, sentencia 800-133 del 15 de octubre de 2015 y auto 800-15368 del 17 de noviembre de 2015. Más recientemente, se ratificaron los criterios adoptados en torno al conflicto de interés con sentencias de 2 de febrero de 2019, 31 de mayo de 2019 y 31 de octubre de 2019, entre otras.

² Se debate por la doctrina si el que los mencionados intereses no se puedan satisfacer en forma simultánea debe o no ser una característica de los mismos, tal como lo estableció la Superintendencia de Sociedades en su Circular Básica Jurídica, discusión en la que no se profundiza en esta providencia por no ser relevante para el presente asunto.

³ No quiere ello decir que el análisis se deba enfocar en el hecho de haberse favorecido un interés ajeno, sino que debe existir la posibilidad de que ello sea así, independientemente del resultado final del acto y si éste favorece o no a la sociedad, aspecto que será relevante para efectos de permitir una eventual autorización del mismo. En todo caso, habrá conflicto y el acto deberá ser autorizado por la asamblea de accionistas o la junta de socios.

⁴ Cfr. Sentencia citadas anteriormente en este escrito. Igualmente, puede verse el auto 2019-01-483522 de 18 de diciembre de 2019, en el cual se señaló:

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



303

Debe entonces el Despacho analizar estos supuestos teóricos a la luz de los hechos planteados y de las pruebas aportadas y practicadas.

B. Del caso concreto

Lo primero que debe señalar el Despacho, es que si bien los contratos de mutuo y los dineros que se pagaron en atención a tales contratos, tienen relación, así sea indirecta, con los contratos de hipotecas cuyas nulidades se reclaman, su validez no será objeto de análisis en esta sentencia, toda vez que no fueron objeto de las pretensiones.

En efecto, en el presente asunto nos encontramos ante tres actuaciones con efectos jurídicos por parte de la administradora de INO S.A.:

- (i) Contrato de mutuo
- (ii) Contrato de hipoteca como garantía del mutuo
- (iii) La adquisición de obligaciones de la sociedad respecto de sus vinculados y el pago de éstas con los dineros recibidos del mutuo

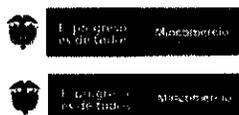
Estas actuaciones pueden estar relacionadas, pero constituyen actos independientes del administrador que pueden o no verse afectados independientemente por conflictos de intereses, siendo pretendida únicamente la declaratoria de nulidad de las hipotecas, haciendo exclusión de las demás actuaciones.

Así las cosas, el análisis se restringirá al incumplimiento de los deberes como administradora por parte de Martha Luz Duarte Díaz, tras haber celebrado contratos de hipoteca sobre bienes de INO S.A. en aparente conflicto de intereses, la posible nulidad de estos, las restituciones mutuas, la inhabilidad para ejercer el comercio y la multa solicitada en las pretensiones. Para ello se abordará el estudio en forma separada de cada uno de los contratos de hipoteca, para luego revisar los demás aspectos planteados.

1. Hipoteca constituida sobre el consultorio 5004 a favor de Inmobiliaria Gadú Ltda. (Escritura pública 7320)

Revisada la escritura pública 7320 del 21 de abril de 2017 de la Notaría 29 de Bogotá D.C., suscrita por Martha Luz Duarte Díaz actuando en la doble calidad de representante legal de INO S.A. (vid. folio 27) e Inmobiliaria Gadú Ltda., (vid. folio 115) aquella constituyó una hipoteca a favor de esta última, sobre el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50N-20648482 de propiedad de INO S.A., (vid. folios 225, 226 y 228). Bajo estas condiciones es claro para el Despacho que Marta Luz Duarte en su condición de administradora de la sociedad demandante estaba obligada legalmente a velar por los mejores intereses de la compañía. Al mismo tiempo, sin embargo, tal demandada contaba con un interés económico subjetivo propio, así como de sus familiares. La confluencia de ambos intereses en cabeza de la señora Duarte Díaz la dejó incurso en la hipótesis regulada en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En efecto, esta circunstancia, de acuerdo con las consideraciones expuestas en los acápites precedentes de esta sentencia, es de suficiente entidad como para comprometer el juicio objetivo de las personas que tienen a su cargo la administración de una compañía.⁵

⁵ El Despacho ha hecho uso de la regla del numeral 7 de la Ley 222 de 1995 cuando un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación concerniente. Al efecto ha señalado: "Si existe un cercano vínculo de parentesco, como cuando los padres del administrador contratan con la sociedad, habrá fuertes indicios acerca de la presencia de un conflicto. En este caso, el conflicto se concretaría no sólo en los fuertes lazos afectivos que





204

Ahora bien, resulta probado con los documentos obrantes en el expediente, que la asamblea general de accionistas de *INO S.A.* ratificó la constitución de las garantías hipotecarias antes descritas, en una reunión celebrada el 26 de mayo de 2017 (*vid.* folio 269). Sin embargo, al revisar el acta 23 correspondiente a la mencionada reunión, la ratificación otorgada por los accionistas no se efectuó en los términos del numeral 7 de la Ley 222 de 1995 (*vid.* folios 274, 275, 277, 278). y en el artículo 2.2.2.3.2 del Decreto 1074 de 2015, toda vez que en el acta 23 de la asamblea general de accionistas, no se evidencia que se haya puesto de presente a los accionistas, el conflicto de interés en el que incurría Martha Luz Duarte Díaz con la constitución de la garantía hipotecaria antes descrita, sino que simplemente se indicó que se realizaron préstamos garantizados con hipotecas y lo que se ratificó fue la autorización dada para constituir las hipotecas y no la celebración de actos que implicaran conflicto de intereses. Se recuerda que el procedimiento consagrado en esa norma supone una manifestación expresa por parte del máximo órgano social, la cual difícilmente podrá suplirse con inferencias o interpretaciones extensivas de otras decisiones sociales o del mero conocimiento de los accionistas de la compañía⁶. Para mayor claridad el Despacho procede a transcribir lo mencionado en el acta de la Asamblea de accionistas de *INO S.A.* a la cual se ha hecho referencia:

“Se somete a aprobación de los accionistas el otorgamiento de las garantías y/o ratificación de las mismas, que son aprobadas por una mayoría que representa el 79.21% de las acciones existentes según informe de la revisora fiscal. De acuerdo a la siguiente relación de votos (...)” (ver folio 343 de la demanda)

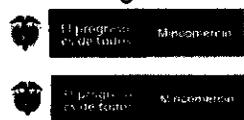
A la luz de las consideraciones antecedentes, el Despacho encuentra que Martha Luz Duarte Díaz infringió el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 con motivo de la suscripción del contrato de hipoteca con Inmobiliaria Gadú Ltda. Por este motivo, se declarará la nulidad del referido contrato.

2. Hipoteca constituida sobre los consultorios 5002 y 5006 a favor de Ricardo Andrés Sanabria Monroy, Carlos Mauricio Sanabria Monroy y Alba Virginia Martínez Tenjo (Escritura pública 523)

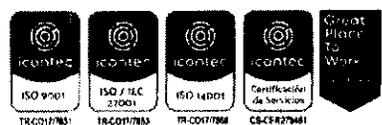
Revisadas las pruebas que se aportaron al expediente dentro de las que se encuentran la escritura pública 523 del 25 de marzo de 2017, en donde se constituye una hipoteca a favor de Ricardo Andrés Sanabria Monroy, Carlos Mauricio Sanabria Monroy y Alba Virginia Martínez Tenjo por parte del Instituto Nacional de Oftalmología S.A. —*INO S.A.*— y actuando como deudores solidarios los señores Martha Luz Duarte Díaz, Marco Antonio García Rengifo, Juan Esteban García Duarte, Camila Andrea García Duarte, e Inmobiliaria Gadú Ltda., garantizando obligaciones contraídas por *INO S.A.*, debe señalar el Despacho que este contrato, en sí mismo considerado, no se encuentra inmerso en un conflicto de interés. En efecto, no se ha demostrado que Martha Luz Duarte Díaz, directamente, o algún tercero respecto del cual se pueda generar una afectación a la lealtad de la misma respecto de la sociedad, tengan algún interés contrapuesto con los de *INO S.A.* Nótese que según la cláusula cuarta las obligaciones que garantiza aquel son las adquiridas por esta sociedad. Tan claro es para el despacho que incluso en parágrafo segundo de la cláusula décimo sexta, se relaciona como límite temporal de la hipoteca la existencia de cualquier obligación

pueden existir entre padres e hijos, sino también en el interés económico derivado de la vocación sucesoral del administrador” (Sentencia 800-52 del 1º de septiembre de 2014).

⁶ Según el texto de la norma citada, se requiere la —autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas—.



En la Superintendencia de Sociedades
Trabajamos con integridad por un país sin corrupción
Entidad No. 1 en el índice de Transparencia de las Entidades Públicas ITEP
www.supersociedades.gov.co/webmaster@supersociedades.gov.co
Colombia
Línea única de atención al ciudadano (57-1)2201000





SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

300

legal o económica a cargo de la sociedad deudora, y en las declaraciones que se realizan al final de tal documento se recalca que las obligaciones que se garantizan con dicha hipoteca son las que adquiriera INO S.A.

Pese a lo anterior, no puede dejar de lado este Despacho que en la cláusula décimo sexta se indica que también se pueden garantizar obligaciones contraídas por quienes obran como deudores solidarios, esto es por Martha Luz Duarte Díaz, Marco Antonio García Rengifo, Juan Esteban García Duarte, Camila Andrea García Duarte, e Inmobiliaria Gadú Ltda. (ver folio 131 de la demanda), cláusula en la que sí encuentra el Despacho existe un conflicto de interés, pues también verían respaldadas sus deudas futuras la representante legal principal de INO S.A. y terceros vinculados a ésta, a saber: Inmobiliaria Gadú Ltda., Juan Esteban García Duarte y Camila Andrea García Duarte⁷. Este hecho implica una circunstancia en la cual la administradora debió haber visto, al menos como una posibilidad, que su juicio se viera comprometido, más allá del cuidado que pudo tener al tomar sus decisiones o las buenas intenciones que tuvo. Por ello, debió haber puesto esta situación en conocimiento de la asamblea de accionistas para que ésta pudiera analizar si estaba de acuerdo en que los bienes de la sociedad garantizaran obligaciones de las personas mencionadas.

Bajo este escenario, encuentra el Despacho que la administradora de INO S.A., al incluir esta cláusula dentro del citado contrato, debió haber contado con la autorización del máximo órgano de la compañía en los términos previstos en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reglamentado por el Decreto 1925 de 2009. Sin embargo, esta autorización no se cumplió tal como se explicó anteriormente para el caso de la hipoteca a favor de Inmobiliaria Gadú, circunstancia que se repitió en este evento y que da lugar a declarar la nulidad de la cláusula décimo sexta del citado contrato, mas no del contrato en su totalidad, pues esta hipoteca estaba garantizando una obligación de la sociedad con terceros, circunstancia que, de conformidad con las pruebas aportadas en nada afecta el juicio de la administradora para adoptar decisiones de este tipo, al no verse favorecida ni ella ni sus vinculadas con el contrato.

Por lo anterior, en atención a lo dispuesto en el decreto 1925 de 2009, se declarará únicamente la nulidad absoluta de la siguiente expresión contenida en la cláusula 16 del contrato de hipoteca que consta en escritura pública 523 del 25 de marzo de 2017 de la Notaria 34 del Círculo de Bogotá⁸:

"(...) que a favor de uno cualquiera de los mismos adquiriera a título personal la: INMOBILIARIA GADU LIMITADA, MARTHA LUZ DUARTE DÍAZ, MARCO ANTONIO GARCÍA RENGIFO, JUAN ESTEBAN GARCÍA DUARTE Y CAMILA ANDREA GARCÍA DUARTE, obligaciones (...)"

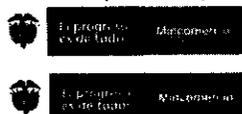
De esta forma, la hipoteca respectiva tan sólo garantizará obligaciones contraídas por INO S.A. y no por los terceros mencionados.

De otra parte, es importante señalar que no es posible afirmar, como lo hizo la demandante en sus alegatos de conclusión, que el dinero obtenido con el contrato de mutuo, garantizado con la hipoteca, se utilizó para pagar deudas de la sociedad con la administradora y sus vinculados, razón para declarar la existencia de un conflicto de intereses. Ello por cuanto tal análisis implicaría confundir las tres

⁷ Ver acta n.º 65 del máximo órgano de Inmobiliaria Gadú demanda folio 322.

⁸ La nulidad parcial de un contrato está autorizada por el artículo del Código de Comercio, el cual dispone:

ARTÍCULO 902. <NULIDAD PARCIAL>. La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad.



En la Superintendencia de Sociedades
Trabajamos con integridad por un país sin corrupción
Entidad No. 1 en el Índice de Transparencia de las Entidades Públicas ITEP
www.supersociedades.gov.co/webmaster@supersociedades.gov.co
Colombia
Línea única de atención al ciudadano (57-1)2201000





306

diferentes relaciones que se presentan en este caso y que ya fueron planteadas anteriormente:

- (i) Contrato de mutuo
- (ii) Contrato de hipoteca como garantía del mutuo
- (iii) Pago de obligaciones de la sociedad con los dineros recibidos del mutuo

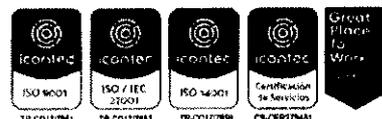
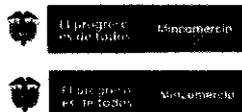
Al respecto, pretende la parte actora que la intención de la administradora se entienda como una sola frente a las diversas relaciones, es decir, que se entienda que la señora Martha Luz Duarte Díaz buscaba celebrar la hipoteca para que le pudieran otorgar un crédito a través del contrato de mutuo, que a su vez necesitaba para que le pudieran pagar sus obligaciones. No obstante, por un lado, ello no quedó plenamente demostrado, existiendo apenas indicios insuficientes, y, por otro, aún si hubiera quedado plenamente demostrado, el pago de las obligaciones legalmente adquiridas por la sociedad eventualmente podría, en el mejor de los casos y en gracia de discusión, afectar el contrato de mutuo, el cual no fue discutido en este proceso y, por lo tanto, se debe tener por legalmente celebrado a menos que aparezcan circunstancias que permitieran declarar oficiosamente la nulidad, lo que no ocurre en este asunto.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia establece que, para que se pueda declarar la nulidad oficiosa de un acto jurídico, ésta debe aparecer de bulto, tener relación directa con las pretensiones de la demanda, como cuando se declara la nulidad del título respecto del cual se pretende la ejecución de una obligación en él contenida, y ser discutida la ilegalidad del acto dentro del proceso. Estos requisitos no se dan en este caso, por lo que no es posible tener como nulo el contrato de mutuo celebrado y, por lo tanto, la hipoteca que se constituye para garantizarlo no puede ser atacada por un conflicto de interés generado por relaciones ajenas a dicho contrato.

3. Hipoteca constituida sobre los consultorios 5003 y 5005 a favor de Bancolombia S.A. (Escritura pública 805)

El Despacho procedió a revisar las pruebas que se aportaron al expediente dentro de las que se encuentra la copia de la escritura pública 805 del 5 de abril de 2017, en donde se constituyó una hipoteca a favor de Bancolombia S.A. por parte del Instituto Nacional de Oftalmología S.A. —INO S.A.—, garantizando obligaciones contraídas por ésta. Así mismo, se aportó certificado expedido por la revisora fiscal de INO S.A. en la que informa que los \$800.000.000 del préstamo otorgado por Bancolombia fueron desembolsados en la cuenta corriente 346-775401-20. Así mismo, se adjuntaron también los extractos de la citada cuenta en donde se verifica que la misma tiene como titular a INO S.A (radicado 2020-01-148231 del expediente). De las citadas pruebas resulta evidente para este Despacho que el crédito garantizado con la hipoteca en mención fue otorgado y desembolsado a favor de INO S.A. y que con el fin de garantizar las obligaciones allí contraídas, en principio se entregó en garantía un bien de propiedad de Inmobiliaria Gadú Ltda, y que, con posterioridad, se cambió el bien objeto de hipoteca y se constituyó sobre bienes de propiedad del deudor, esto es INO S.A., Tal circunstancia quedó demostrada con lo manifestado en el acta 23 del 26 de mayo de 2017 de la Asamblea General de Accionistas de INO S.A. donde se manifestó:

"Informa adicionalmente que, el préstamo inicial con Bancolombia fue de \$800 millones y que a la fecha el valor del crédito es de \$515 millones. Agrega que inicialmente, Inmobiliaria Gadú Ltda., había hipotecado un apartamento de su propiedad para respaldar dicho préstamo. Pero con ocasión de la venta del apartamento, Bancolombia, solicitó cambio de garantía y por esta razón se



307

constituyó hipoteca sobre los consultorios 5003 y 5005, con la autorización de la Junta Directiva, mediante Actas 71 y 72.” (ver folio 334 de la demanda).

Así las cosas, no encuentra el Despacho que en la celebración de este contrato se hubiere incurrido en algún acto en conflicto de intereses, pues lo ocurrido fue simplemente que se garantizó una obligación de INO S.A. con un bien propio, respecto de personas no vinculadas a la administradora ni a sus vinculadas (Bancolombia). Valga la pena señalar que ninguna prueba se aportó de la cual este Despacho pueda deducir que con la citada hipoteca se garantizaron obligaciones de Inmobiliaria Gadú Ltda. Razón suficiente para negar las pretensiones que tengan como soporte este contrato.

C. Autorización en los términos del artículo 2 del Decreto 1925 de 2009

Teniendo en cuenta que respecto de las hipotecas a que se hizo referencia en los numerales 1 y 2 del capítulo anterior, se encontró un conflicto de intereses en cabeza de Martha Luz Duarte Díaz, administradora de INO S.A., respecto de los mismos era necesario surtir el trámite establecido en el Decreto 1925 de 2009, lo cual no ocurrió, según se expresó anteriormente, pues lo que se sometió a autorización de la asamblea de accionistas no fue el conflicto de intereses sino la simple suscripción de los contratos de hipoteca.

D. Restituciones mutuas.

Al respecto, como bien lo señaló el Despacho, el conocimiento del presente asunto se limita al conflicto de intereses en la suscripción de los contratos de hipoteca, en virtud del cual ninguna suma se ha transferido entre las partes. Nótese que los dineros que cada uno de los contratantes haya entregado y que eventualmente podrían ser objeto de restituciones mutuas lo fueron en virtud del contrato de mutuo y no en razón de los contratos de garantía que aquí se estudian, razón suficiente para negar las pretensiones de restituciones mutuas derivadas del contrato que encontró nulo el Despacho.

Tampoco es viable una declaración oficiosa de la nulidad de dichos contratos que llevara a una restitución, pues, tal como ya se señaló anteriormente, no se reúnen los requisitos señalados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para la declaratoria oficiosa de la nulidad absoluta y, por cuanto la evidencia aportada a este proceso no parece presentar demostrar esta circunstancia.

E. Inhabilidad para ejercer el comercio y multa

Acerca de la inhabilidad para ejercer el comercio y las multas que se solicitan imponer, el Despacho considera pertinente efectuar algunas precisiones sobre la inhabilidad para ejercer el comercio solicitada por la demandante. Si bien el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 faculta a esta Superintendencia para la imposición de multas o para declarar la inhabilidad para ejercer el comercio del administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, el juez deberá estudiar cada caso en particular a fin de establecer si se justifica imponer la inhabilidad en comento.

Para tal efecto, se ha dicho que esta sanción es procedente para la guarda de ciertos intereses generales, como la seguridad de los terceros⁹ Con fundamento en lo anterior, en el caso bajo análisis, el Despacho no ha encontrado motivos lo

⁹ Comisión Revisora del Código de Comercio, Exposición de Motivos del Libro Primero (1958, Bogotá, s.e.) 23 a 24.

suficientemente contundentes como para concluir que las conductas examinadas en este proceso ameriten imponer la drástica sanción estudiada. Por esta razón, este Despacho desestimará la pretensión formulada en la demanda al no encontrar una actuación malintencionada o que pretenda perjudicar a terceros.

De otro lado, en atención a la terminación del proceso y sin perjuicio del cumplimiento de la sentencia expidiendo los oficios a que haya lugar, se levantarán las medidas cautelares decretadas en el presente proceso.

III. COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se condenará en costas así:

1. Las expensas del proceso correrán a cargo de la parte demandante en un 50% y el otro 50% a cargo de Martha Luz Duarte Díaz, en atención a su calidad de administradora que incumplió los deberes respectivos.
2. Agencias en derecho a favor de Martha Isabel Núñez García y a cargo de Martha Luz Duarte Díaz, en una suma equivalente a cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.
3. A favor de Bancolombia S.A. y a cargo de Martha Isabel Núñez García una suma equivalente a cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Abstenerse de condenar en costas a Inmobiliaria Gadú Limitada, Marco Antonio García Rengifo, Juan Esteban García Duarte, Camila Andrea García Duarte, Ricardo Andrés Sanabria Monroy, Carlos Mauricio Sanabria Monroy y Alba Virginia Martínez Tenjo.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar que Martha Luz Duarte Diaz infringió sus deberes como administradora, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Segundo. Declarar la nulidad absoluta del aparte de la cláusula 16 del contrato de hipoteca que consta en escritura pública 523 del 25 de marzo de 2017 de la Notaria 34 del Circulo de Bogotá, que dispone: "(...) que a favor de uno cualquiera de los mismos adquiere a título personal la: INMOBILIARIA GADU LIMITADA, MARTHA LUZ DUARTE DÍAZ, MARCO ANTONIO GARCÍA RENGIFO, JUAN ESTEBAN GARCÍA DUARTE Y CAMILA ANDREA GARCÍA DUARTE, obligaciones (...)"

Tercero. Declarar la nulidad absoluta del contrato de hipoteca que consta en la escritura pública 7320 del 21 de abril de 2017 de la Notaria 29 del Circulo de Bogotá constituida por INO S.A. a favor de Inmobiliaria Gadú Ltda.

Cuarto. Condena en costas así:

1. Las expensas del proceso correrán a cargo de la parte demandante en un 50% y el otro 50% a cargo de Martha Luz Duarte Díaz.



304

2. Agencias en derecho a favor de Martha Isabel Núñez García y a cargo de Martha Luz Duarte Díaz, en una suma equivalente a cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.
3. A favor de Bancolombia S.A. y a cargo de Martha Isabel Núñez García una suma equivalente a cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Abstenerse de condenar en costas a Inmobiliaria Gadú Limitada, Marco Antonio García Rengifo, Juan Esteban García Duarte, Camila Andrea García Duarte, Ricardo Andrés Sanabria Monroy, Carlos Mauricio Sanabria Monroy y Alba Virginia Martínez Tenjo

Quinto. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Sexto. Oficiar a las Notarías 29 y 34 del Circulo de Bogotá para que tomen nota de la nulidad aquí declarada respecto de las escrituras mencionadas en las resoluciones segunda y tercera de esta providencia.

Septimo. Oficiar a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá para que se registre las nulidades aquí declaradas en las resoluciones segunda y tercera de esta providencia.

Octavo. Levantar las medidas cautelares decretadas dentro del presente proceso y oficiar a las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos respectivas.

Notifíquese y cúmplase

FRANCISCO HERNANDO OCHOA LIÉVANO
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA PROCEDIMIENTOS MERCANTILES



Bogotá D.C., 06 de Agosto del 2020

Señores

JUZGADO VEINTIOCHO (28) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Ciudad

Asunto: RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO QUE DISPONE CONTINUAR CON LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO.

No. Proceso: 11001310302820180045100.

Tipo: Ejecutivo con Garantía Real.

Ejecutantes: CARLOS MAURICIO SANABRIA MONROY.
ALBA VIRGINIA MARTINEZ TENJO.
RICARDO ANDRES SANABRIA MONROY.

Ejecutados: INSTITUTO NACIONAL DE OFTAMOLOGÍA S.A. Y OTROS.

Ante usted, **JAIRO NEIRA CHAVES**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.128.432.434 de Medellín, abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 274.893 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de los ejecutantes, por medio del presente escrito acudo ante su despacho de la manera más respetuosa para interponer **RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO QUE DISPONE CONTINUAR CON LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO HASTA TANTO SE RESUELVA DE MANERA DEFINITIVA LA SOLICITUD DE NULIDAD PREGONADA ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, auto fijado en estado el (05) de agosto del 2020.

I. OPORTUNIDAD LEGAL Y PROCEDENCIA DEL RECURSO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 318 del Código General del Proceso - Ley 1564 del 2012, así:

"Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

(...)

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El recurso de reposición procede contra el Auto fijado en estado el (05) de agosto del 2020, este despacho señalo que:

"Se dispone continuar con la suspensión del proceso hasta tanto se resuelva de manera definitiva la solicitud de nulidad pregonada ante la superintendencia de sociedades, momento en el cual las partes deberán dar oportuno aviso a esta sede judicial con el fin de adoptar la decisión que en derecho corresponda"

316

II. OBJETO DEL RECURSO

El presente recurso tiene por objeto que se REVOQUE EL PÁRRAFO TERCERO del auto fijado en estado por este despacho el (05) de agosto del 2020, y en su lugar se emita auto donde se ordene SEGUIR ADELANTE CON LA EJECUCIÓN DEL PROCESO EN ASUNTO. En el entendido que para la presente fecha ya la Superintendencia de Sociedades emitió decisión la cual en este momento se encuentra en Apelación por parte de la demandante.

III. SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

1. LA DECISION DE CONTINUAR CON LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO HASTA TANTO SE RESUELVA DE MANERA DEFINITIVA LA SOLICITUD DE NULIDAD PREGONADA ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, VULNERA EL DEBIDO PROCESO.

El presente recurso de reposición procede, primero porque se está interponiendo dentro de los términos establecidos por Ley, que es dentro de los tres (3) días siguientes hábiles a la fijación del auto dictado por el juez y segundo porque para el caso en concreto y teniendo en cuenta las etapas procesales surtidas ante la Superintendencia de sociedades - Despacho de procedimientos mercantiles, para el (7) de mayo de 2020, se llevó a cabo la audiencia de instrucción y juzgamiento, en donde se anunció el sentido del fallo.

Dado lo anterior, el Superintendente Delegado para Procedimiento mercantiles ante la Superintendencia de Sociedades - Sr. Francisco Hernando Ochoa Liévano, y mediante sentencia del (21) de mayo del 2020, resolvió, entre otras en la sentencia - numeral segundo que:

"Segundo: Declarar la nulidad absoluta del aparte de la cláusula 16 del contrato de hipoteca que consta en escritura pública 523 del 25 de marzo de 2017 de la Notaria 34 del Circulo de Bogotá, que dispone: — (...) que a favor de uno cualquiera de los mismos adquiera a título personal la: INMOBILIARIA GADU LIMITADA, MARTHA LUZ DUARTE DÍAZ, MARCO ANTONIO GARCÍA RENGIFO, JUAN ESTEBAN GARCÍA DUARTE Y CAMILA ANDREA GARCÍA DUARTE, obligaciones (...)

Con base en lo expuesto se deduce que tan solo la cláusula declarada como ineficaz o nula es la cláusula DÉCIMA SEXTA, de la Escritura Pública 523 del 25 de marzo de 2017 de la Notaria 34 del Circulo de Bogotá, documental que hace parte íntegra del proceso en asunto, dejando indemne la obligación principal y en firme las medidas cautelares solicitadas en contra del INSTITUTO NACIONAL DE OFTAMOLOGÍA S.A.

Por esta razón y de conformidad con ese segundo argumento propuesto por la Superintendencia de Sociedades en su decisión se tiene que, por las demás cláusulas contenidas en la Escritura Pública 523 del 25 de marzo de 2017 de la Notaria 34 del Circulo de Bogotá, deberán continuar vigentes, tal y como se estipula en el objeto de esta demanda Ejecutiva con Garantía Real, por tal motivo se solicita seguir adelante con la ejecución del presente proceso. En el entendido que para la fecha la Superintendencia de Sociedades ya tomo una decisión respecto de la Nulidad en su momento pregonada.

Seguir Adelante la Ejecucion se fundamenta en el párrafo 2, Art. 440 del Código General del proceso:

(...) el juez ordenará, por medio de auto que no admite recurso, el remate y el avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el

312

cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al ejecutado.

IV. PETICIÓN

De conformidad con el artículo 318 de la Ley 1564 de 2012, me permito solicitar la reposición del auto mediante el cual: Se dispone continuar con la suspensión del proceso hasta tanto se resuelva de manera definitiva la solicitud de nulidad pregonada ante la superintendencia de sociedades, en el siguiente sentido:

1. Se REPONGA el auto fijado en estado de fecha (05) de agosto del 2020, mediante el cual se "dispone continuar con la suspensión del proceso hasta tanto se resuelva de manera definitiva la solicitud de nulidad pregonada ante la superintendencia de sociedades, momento en el cual las partes deberán dar oportuno aviso a esta sede judicial con el fin de adoptar la decisión que en derecho corresponda" toda vez que el Superintendente Delegado para Procedimiento mercantiles ante la Superintendencia de Sociedades - Sr. Francisco Hernando Ochoa Liévano, ya decidió respecto de la nulidad en sentencia del (21) de mayo del 2020.
2. En consecuencia, se ordene seguir adelante con la ejecución y medidas cautelares solicitadas contra el INSTITUTO NACIONAL DE OFTAMOLOGÍA S.A., y a favor de y a favor de CARLOS MAURICIO SANABRIA MONROY, ALBA VIRGINIA MARTINEZ TENJO y RICARDO ANDRES SANABRIA MONROY, en la forma y términos señalados mediante auto de fecha del (27) de septiembre del 2018, en donde se Libra Mandamiento de Pago por vía Ejecutiva y con garantía real.
3. Y en caso de ser necesario se elaboren nuevamente los oficios de embargo, secuestro y posterior remate sobre los bienes que fueron informados dentro de la demanda inicial. Con el fin de garantizar el pago de la obligación.

Espero se tengan en cuenta las apreciaciones realizadas en este documento, para que se reponga este auto, y así evitar que se sigan vulnerando los Derechos Fundamentales por parte de la Administración Judicial.

V. ANEXOS

A fin de corroborar lo anterior, ponemos en conocimiento de este despacho:

1. La sentencia del (21) de mayo del 2020, suscrita por Sr. Francisco Hernando Ochoa Liévano, Delegado para Procedimiento mercantiles ante la Superintendencia de Sociedades.

De la señora Juez,

Cordialmente,

JAIKO NEIRA CHAVES

C.C. No 1.128.432.434 de Medellín

T.P. No. 274.893 del C.S. de la Judicatura.

313

Juzgado 28 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C.

De: Memoriales Rojas & Asociados <memoriales@rojasyasociados.co>
Enviado el: jueves, 06 de agosto de 2020 2:06 p. m.
Para: Juzgado 28 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C.
CC: carlos.rojas@rojasyasociados.co; jairo.neira@rojasyasociados.co
Asunto: RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO - REF. 20180045100 Ddo. INSTITUTO NACIONAL DE OFTAMOLOGÍA S.A.
Datos adjuntos: RECURSO REPOSICION INO.pdf; 2020-01-195196 Sentencia 2017-300 FALLO SUPERSOCIEDADES INO.pdf
Categorías: Categoría verde

Bogotá D.C., agosto del 2020

Señores
JUZGADO VEINTIOCHO (28) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
Bogotá

Asunto: RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO QUE DISPONE CONTINUAR CON LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO.
No. Proceso: 11001310302820180045100.
Tipo: Ejecutivo con Garantía Real.
Ejecutantes: CARLOS MAURICIO SANABRIA MONROY.
ALBA VIRGINIA MARTINEZ TENJO.
RICARDO ANDRES SANABRIA MONROY.
Ejecutados: INSTITUTO NACIONAL DE OFTAMOLOGÍA S.A. Y OTROS.

Cordial saludo,

En calidad de apoderado especial del extremo ejecutante, por medio del presente escrito acudo ante su despacho de la manera más respetuosa para interponer RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO QUE DISPONE CONTINUAR CON LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO HASTA TANTO SE RESUELVA DE MANERA DEFINITIVA LA SOLICITUD DE NULIDAD PREGONADA ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, auto fijado en estado el (05) de agosto del 2020.

En cuanto a la notificación del extremo demandado - su apoderado el Dr. OSCAR LEANDRO TAMAYO REY, se informa al despacho que bajo la gravedad del juramento desconozco su dirección de correo electrónico por tanto si es posible que el despacho lo conozca le sea notificado directamente por ustedes. Gracias.

Sin otro particular, quedo atento a sus comentarios.

Cordialmente,

3/4

JAIRO NEIRA CHAVES

C.C: 1.128.432.434 de Medellín

T.P: 274.893 del Consejo Superior de la Judicatura.

jairo.neira@rojasyasociados.co



Libre de virus. www.avast.com

315

CONSTANCIA DE TRASLADO DENTRO DEL PROCESO No. 2018-00451 (Recurso de **REPOSICIÓN** folios 276 a 314 cuaderno 1).

FECHA FIJACION: 15 OCTUBRE DE DE 2020

EMPIEZA TÉRMINO: 16 DE OCTUBRE DE 2020

VENCE TÉRMINO: 20 DE OCTUBRE DE 2020



LUIS EDUARDO MORENO MOYANO
SECRETARIO