

Señores:

JUZGADO CUARTO CIVIL CIRCUITO DE NEIVA-HUILA.

E. S. D.

DEMANDANTE: FABIAN RICARDO MURCIA NUÑEZ

DEMANDADO: FACILIDADES ENERGETICAS SAS

RADICACIÓN: 41001310300420170015400

ASUNTO : RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO DEL 19 DE MARZO DE 2021

CARLOS ALBERTO PERDOMO RESTREPO, mayor y vecino de Neiva, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi condición de apoderado de la parte demandante, dentro del proceso de la referencia en contra de **FACILIDADES ENERGÉTICAS SAS**, por medio del presente escrito me permito **INTERPONER OPORTUNAMENTE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO DEL 19 DE MARZO DE 2021** por medio del cual su señoría decidió abstenerse de dar trámite a la ejecución de la conciliación de fecha 12 de febrero de 2018, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 321 numeral 4 del CGP, en concordancia con el artículo 322 numeral 1 ibídem, con entibo en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: El 05 de junio de 2017 se radicó demanda **VERBAL DE IMPUGNACIÓN DE ACTOS DE ASAMBLEA, JUNTAS DIRECTAS O DE SOCIOS** de que trata el artículo 382 del Código General del Proceso, contra la empresa **FACILIDADES ENERGETICAS S.A.S.** identificada con el Nit. Número **900.179.587-5** y representada legalmente por el señor **FABIO ENRIQUE AVELLA GONZALEZ**, asunto que correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva, bajo radicación 41001310300420170015400.

SEGUNDO: La anterior demanda se presentó con el fin de impugnar el acta de asamblea de socios del 31 de marzo de 2018, en la cual se decidió no estudiar y decidir sobre el proyecto de distribución de utilidades, o, sobre la capitalización de las mismas. Cabe hacer mención que, el numeral 2 del artículo 7 de los estatutos societarios hace mención al derecho que tienen los socios accionistas, a "**Recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por el balance de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley y en los estatutos**".

TERCERO: El día 12 de febrero de 2018 se celebró audiencia concentrada de que tratan los artículos 372 y 373 del CGP dentro del proceso enunciado, en la cual se decidió lo siguiente:

"DECISION. En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva, **RESUELVE: PRIMERO: APROBAR** en todas sus partes la conciliación celebrada entre las partes aquí involucradas. **SEGUNDO:**

ORDENAR a la parte demandada incluir en el orden del día de la reunión de Asamblea Ordinaria de Accionistas a llevarse a cabo a más tardar el 31 de marzo de 2018 el punto denominado “proyecto de distribución de utilidades” donde se especifique la cuantía de las pérdidas del ejercicio fiscal 2016 y la eventual distribución o capitalización de utilidades una vez enjugadas las pérdidas”.

Es decir, lo acordado de común acuerdo entre las partes durante el transcurso de la conciliación era que se debía realizar una asamblea ordinaria de accionistas a más tardar el **31 de marzo de 2018** donde se presentara bajo el punto “proyecto de distribución de utilidades” la cuantía de las pérdidas del año 2016 y una vez enjugadas, se capitalizara o se distribuyera entre los socios las utilidades resultantes.

CUARTO: El día 28 de marzo de 2018, se realizó asamblea ordinaria de accionistas de la Sociedad Facilidades Energéticas SAS, como consecuencia de lo ordenado en el acta de conciliación de fecha 12 de febrero de 2018, dentro de la cual participaron y votaron 4 de los 5 socios que integran la mentada sociedad, es decir, un 75% de las acciones suscritas y pagadas.

En el acta de asamblea levantada No. 40 quedó consignado en el punto 5 y 6 lo siguiente:

PROYECTO DE DISTRIBUCION DE UTILIDADES	
PÉRDIDAS	\$299.672.156
UTILIDADES ACUMULADAS	\$792.351.940
TOTAL UTILIDADES ACUMULADAS DESPUES DE ENJUGAR PÉRDIDAS	\$492.679.783

Es decir, que después de enjugarse las pérdidas presentadas durante el ejercicio fiscal 2016, resultaron unas utilidades de **\$492.679.783**, las que debieron capitalizarse o distribuirse entre los socios de conformidad con lo que fue acordado en el acta de conciliación de fecha 12 de febrero de 2018. Lo anterior significa que a la parte demandante **FABIAN RICARDO MURCIA NUÑEZ**, en calidad de accionista del 25% de participación en la sociedad demandada, le correspondía la suma de **\$123.169.945**.

QUINTO: No obstante los estados financieros del 2016, presentados durante el desarrollo de la asamblea celebrada, por decisión de todos los accionistas presentes, se resolvió no capitalizar ni distribuir utilidades, teniendo en cuenta que para el ejercicio fiscal inmediatamente anterior, es decir, del año 2017, se presentaron un total de pérdidas que doblaban las utilidades existentes.

SEXTO: Lo anterior en contravención de lo señalado en el numeral segundo de la parte resolutive del acta de conciliación de fecha 12 de febrero de 2018, en la cual **se ordenó capitalizar o distribuir utilidades una vez enjugadas las pérdidas del año 2016.**

Es decir, la parte demandada no acató lo ordenado por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva teniendo en cuenta que la sociedad demandada **FACILIDADES ENERGÉTICAS SAS** no realizó la distribución de utilidades al accionista demandante, ni entre sus accionistas a más tardar el 3 de marzo de 2018.

SÉPTIMO: Como consecuencia del incumplimiento a lo dispuesto en el acta de conciliación referida, se presentó el 11 de agosto de 2020, jurisdiccionalmente demanda ejecutiva por obligación de hacer, es decir, para ejecutar lo dispuesto en el numeral segundo de la parte resolutive del acta de conciliación de fecha 12 de febrero de 2018, la cual correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva, por tratarse de un proceso ejecutivo a continuación de un proceso declarativo de conformidad con lo dispuesto del artículo 306 del CGP.

OCTAVO: Mediante auto de fecha 02 de febrero de 2021, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva, ofició a la demandada **FACILIDADES ENERGÉTICAS SAS** para que aportase el acta de asamblea llevada a cabo el 31 de marzo de 2018.

NOVENO: No obstante el anterior requerimiento y que la parte demandada hizo caso omiso, el suscrito mediante correo electrónico de fecha 15 de febrero del mismo año, procedió a remitir al Juzgado de conocimiento el acta peticionada.

DÉCIMO: Mediante providencia de fecha 19 de marzo de 2021, notificado por estado el día 23 del mismo mes y año, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva se abstuvo de librar orden de pago en contra de **FACILIDADES ENERGÉTICAS** con fundamento en los siguientes motivos:

“Conforme lo anterior, se observa cumplimiento por parte de la demandada a la orden judicial atrás enunciada, dado que la Asamblea Ordinaria de Accionistas a se llevó a cabo el día 28 de marzo de 2018 y el plazo máximo era el 31 de marzo de 2018; en el punto 5 de dicha asamblea se trató el denominado “proyecto de distribución de utilidades” se especificó la cuantía de las pérdidas, tasándolas en la suma de \$299.627.156 y se aprobó por los asistentes a la asamblea la no distribución o capitalización de utilidades una vez enjugadas las pérdidas”.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

PRIMERO: El juez a quo dispuso abstenerse de dar trámite a la ejecución del acta de conciliación de fecha 12 de febrero de 2018, que hizo

tránsito a cosa juzgada y que presta mérito ejecutivo, primero soslayando lo dispuesto en el Código General del Proceso respecto del trámite de los procesos ejecutivos y segundo extralimitando sus funciones, por cuanto adoptó cargas procesales que atañen exclusivamente a la parte ejecutada.

Está muy claro que el acta de conciliación del 12 de febrero de 2018 **contiene una obligación clara, expresa y exigible**, la cual es de obligatorio cumplimiento para la parte que se impuso dicha obligación, es decir, para **FACILIDADES ENERGETICAS SAS**.

El artículo 422 del Código General del Proceso, establece:

*"...Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones **expresas, claras y exigibles** que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso - administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley (...)"* (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, dispone el art. 430 del CGP señala que:

*"presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, **el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquél considere legal.***

Con entibo en las anteriores normativas, en este caso al Juzgado Cuarto Civil del Circuito solamente le correspondía analizar los requisitos formales y sustanciales del título ejecutivo enarbolado, esto es, el acta de conciliación de fecha 12 de febrero de 2018 y una vez advertidos debía proceder a librar mandamiento de pago forzosamente por mandato expreso del artículo 430 del CGP.

La doctrina y la jurisprudencia nacional han señalado que el título ejecutivo debe contener ciertas condiciones formales y sustantivas esenciales. Las de carácter formal se refieren a que el documento o documentos que refrendan la existencia de la obligación sean auténticos y emanen directamente del deudor o de su causante, de una sentencia condenatoria proferida por autoridad judicial de cualquier jurisdicción, o de otro tipo de providencia que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley.

El título ejecutivo puede estar constituido en un solo documento, como es el caso de la letra de cambio, cheque, pagaré, entre otros, evento en el cual el título se denomina singular; o también puede estar integrado por varios documentos o un conjunto de ellos, caso en el cual se denomina título

ejecutivo complejo, como por ejemplo el contrato junto al acta de liquidación, el acta de recibo de obra, las constancias de cumplimiento, etc.

Por su parte, las condiciones sustanciales se traducen en que las obligaciones que se acrediten a favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o del causante, sean claras, expresas y exigibles, tal como lo establece el artículo 422 del C.G.P. ya enunciado.

Al precisar las características de los documentos que tiene la calidad de constituirse como títulos ejecutivos, así:

"Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción..." (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Los requisitos antes enlistados han sido decantados por la jurisprudencia de la siguiente manera: "Si es clara debe ser evidente que en el título consta una obligación sin necesidad de acudir a otros medios para comprobarlo. Que sea expresa se refiere a su materialización en un documento en el que se declara su existencia. Y exigible cuando no esté sujeta a término o condición ni existan actuaciones pendientes por realizar y por ende pedirse su cumplimiento en ese instante.

Igualmente, al analizar las características de cada requisito, ha expresado lo siguiente: i) La obligación es expresa cuando aparece nítida y manifiesta de la redacción misma del título; es decir, que en el documento que contiene la obligación deben constar en forma transparente: el crédito del ejecutante y, ii) la deuda del ejecutado, tienen que estar expresamente declaradas estas dos situaciones, sin que, para ello, sea necesario acudir a elucubraciones o suposiciones. ii) La obligación es clara cuando aparece fácilmente determinada en el título; debe ser fácilmente inteligible y entenderse en un solo sentido. iii) La obligación es exigible cuando puede demandarse el cumplimiento de la misma por no estar sometida a plazo o condición.

De esa manera, la ley procesal solamente exige que el acto que presta mérito ejecutivo contenga una obligación clara, expresa y exigible, para que de ella pueda predicarse la calidad de título ejecutivo.

De tal forma, que el acuerdo conciliatorio logrado entre las partes **FABIAN RICARDO MURCIA y FACILIDADES ENERGETICAS SAS** representada legalmente por Fabio Enrique Avella González, hizo tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, en los estrictos términos de los artículos 66 y 72 de la Ley 446 de 1998, como citamos a continuación:

"Artículo 66. El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo." "Artículo 72. El acta de acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio debidamente ejecutoriados prestarán mérito ejecutivo y tendrán efectos de cosa juzgada" (Subraya fuera del texto original).

Del contenido de las normas antes referidas, es claro, que sólo presta mérito ejecutivo el acta de conciliación debidamente aprobada, como lo es en este caso el mencionado acuerdo, luego entonces el Juzgado Cuarto Civil del Circuito al proferir el auto recurrido realmente no solo no evaluó la presencia de los requisitos del título ejecutivo presentado sino que procedió a adoptar las cargas procesales propias de la parte ejecutada.

Por ejemplo, al momento de solicitar a la pasiva mediante proveído del 02 de febrero del año en curso, copia del acta de asamblea llevada a cabo el 31 de marzo de 2018, asumió actos procesales propios de la parte, en el sub iudice, si la ejecutada una vez trabada la Litis, manifestaba que si había cumplido con lo dispuesto en la referida acta de conciliación, debía allegar las probanzas conducentes a demostrar el hecho, esto es, el acta de asamblea ordinaria en la que se reflejara que se ejecutó la obligación impuesta en el acta de conciliación.

SEGUNDO: El Juzgado procedió a denegar el mandamiento de pago deprecado, fundamentado en el presunto cumplimiento de lo ordenado en el acta de conciliación de fecha 12 de febrero de 2018, dado que en el acta de asamblea No. 40 del 28 de marzo de 2018 se estableció que los socios mayoritarios de **FACILIDADES ENERGÉTICAS SAS** una vez enjugadas las pérdidas del año 2016 aprobaron la **NO CAPITALIZACIÓN NI DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES**.

Lo anterior se traduce en un **INCUMPLIMIENTO** de lo acordado mediante acta del 12 de febrero de 2018, pues si analizamos detenidamente lo conciliado, resulta claro entender que allí se hizo referencia a que **máximo a 31 de marzo de 2018** se debía convocar a una asamblea ordinaria donde se tratara el proyecto de distribución de utilidades **del ejercicio fiscal 2016**, y en este punto si luego de enjugadas las pérdidas del año 2016 resultaren dineros o utilidades a favor, con estas debía capitalizar las acciones o repartirse proporcionalmente entre el número de socios de acuerdo al porcentaje de participación, lo que no ocurrió.

Es decir, se llevó a cabo una asamblea ordinaria el día 28 de marzo de 2018 en la cual los accionistas presentes supuestamente dando cumplimiento a lo ordenado en acta de conciliación del 12 de febrero del mismo año, decidieron no repartir utilidades ni capitalizar las mismas, para en su lugar proceder a enjugar las pérdidas del ejercicio fiscal del año 2017, no quedando nada por repartir.

Evidentemente tal hecho constituye una contravención a lo dispuesto en la mentada conciliación, puesto que allí se trató y se concilió solamente lo que atañe al año 2016. Luego entonces si el resultado era que a mi poderdante

no se le entregara su cuota parte de utilidades no se hubiera conciliado y se hubiera seguido con el curso del proceso, pues precisamente se decidió demandar o impugnar el acta de asamblea del 31 de marzo de 2017 porque no se estaba dando cumplimiento a los artículos 52 y 53 del contrato social, esto es, repartir las utilidades a que tuvieren derechos los socios del año 2016.

Y efectivamente eso fue lo que se pactó en la audiencia de conciliación del 12 de febrero de 2018 de la siguiente manera:

“SEGUNDO: ORDENAR a la parte demandada incluir en el orden del día de la reunión de Asamblea Ordinaria de Accionistas a llevarse a cabo a más tardar el 31 de marzo de 2018 el punto denominado “proyecto de distribución de utilidades” donde se especifique la cuantía de las pérdidas del ejercicio fiscal 2016 y la eventual distribución o capitalización de utilidades una vez enjugadas las pérdidas”.

Nótese que el representante legal de la ejecutada **FACILIDADES ENERGÉTICAS SAS**, Fabio Avella pone en consideración una orden de un juez el cual es clara el acta de conciliación del 12 de febrero del 2018 y en esta se indica que la eventual distribución o capitalización de las utilidades una vez enjugadas las perdidas. Es claro que después de enjugara las pérdidas se debe capitalizar o distribuye las utilidades después de enjugar las perdidas, esto se refiere a los estados financieros con corte al 31 de diciembre del 2016.

Si analizamos el acta de asamblea ordinaria del 28 de marzo de 2018, quedó claramente reflejado las perdidas en los estados financieros con corte al 31 de diciembre del 2016 por valor de **\$ 299.672.156,59 (\$ 213.959.523,59 + \$ 85.712.633)** y que las utilidades al 31 de marzo del 2016 son de **\$ 792.351.940,27**, ahora, según lo ordenado por el Juez Cuarto Civil del Circuito si después de enjugar las perdidas con las utilidades quedaría el siguiente valor **\$ 492.679.783,68**. Este valor de **\$ 492.679.783,68** es el que el juez precisa en el acta de conciliación del 12 de febrero del 2018 que se debe capitalizar o distribuir utilidades una vez enjugada las perdidas.

Como se puede observar en los anexos los estados financieros con corte al 31 de diciembre del 2016, se encuentran debidamente suscritos por la Revisora Fiscal Sandra Esquivel tal como lo indica el **artículo 38 de la ley 222 de 1995**. También se encuentra la certificación emitida por el Representante legal Fabio Avella y la contadora Zaira Chala, dando cumplimiento al **artículo 37 de la ley 222 de 1995**.

Entonces como conclusión en el presente asunto el señor Juez extralimitó sus funciones, dado que no está claro el cumplimiento al acta de conciliación del 12 de febrero de 2018, lo que si debía alegar la parte ejecutada como excepción previa mediante recurso de reposición al mandamiento de pago, tal y como lo dispone el artículo 430 inciso 2 del CGP.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Entiempo los anteriores argumentos en los artículos 422 al 433 del CGP, en la Ley 222 de 1995, artículo 422, 150 y 151 del Código de Comercio.

PRUEBAS Y ANEXOS

Todos los allegados con la demanda ejecutiva por obligación de hacer rad. **2017-154** del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva.

Con el respeto acostumbrado,

Atentamente.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'CARLOS ALBERTO PERDOMO RESTREPO'.

CARLOS ALBERTO PERDOMO RESTREPO.
C.C 7.731.482 de Neiva
T.P No. 217.411 Del C. S. de la J.