



**DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO
SANTA MARTA**

Santa Marta, Magdalena
Catorce (14) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

EJECUTIVO

47.001.31.03.005.2017.00375.00

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se encuentra al despacho el proceso **EJECUTIVO** presentado por **TENERIFE S.A.** contra **MARCO OLARTE MORALES, ROSARIO INES PINZON BETANCOURT, PROMOTORA TAMACA S.A.S. Y GRUPO ROMA & CIA S. EN C.**, así como las demandas acumuladas impetradas por **GLOBAL TRADING & CONSULTING SAS** contra **MARCO OLARTE MORALES** y **LEÓN ARCOS CONSULTORES SAS** contra **MARCO OLARTE MORALES**, a efectos de decidir el recurso de reposición y subsidiario de apelación impetrado por el apoderado del demandado, contra el auto de fecha quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023).

II. CONSIDERACIONES

- 1. Recurso de reposición impetrado por el demandado contra el auto de fecha quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023)**

Antecedentes

Manifiesta el recurrente que, no todo de la providencia es objeto del recurso, sino solamente respecto a las decisiones que resuelven dos memoriales aportados por la parte demandada:

Indica entonces que, respecto a la decisión que resuelve la solicitud de tener en cuenta las utilidades de la empresa demandante a favor de MARCO OLARTE MORALES; CAPITAL DE UTILIDADES \$ 1.784.109.626.00 - RENDIMIENTOS – INTERESES \$ 3.263.688.144.00 - TOTAL A 30 DE MARZO 2023 \$ 5.047.797.770.00

En esta solicitud es preciso definir: ¿Si las utilidades a pesar de no haber sido repartidas, como consecuencia del embargo y secuestro ordenado y materializado por su despacho judicial, deben ponerse a disposición del proceso? La respuesta a la misma es positiva; es decir, si deben ponerse a disposición de su despacho judicial, para lo cual argumenta el recurso y solicita se revoque en este aspecto la decisión y se ordene poner a disposición de este despacho o en su defecto realizar la operación denominada compensación de obligaciones.

Aduce que, realmente no existe una motivación en la decisión objeto de este recurso para decidir simple y llanamente que son situaciones ajenas a este caso y según la manifestación de la apoderada de la demandante la cual no se conoce en la providencia ya que la solicitud que realizó el memorialista se entabló dentro de dos ámbitos los cuales el despacho no motivó ni desarrolló: a. Procesales: conocer el valor que debe depositar la demandante en cumplimiento de una orden judicial del año 2017, y que desde octubre del año 2017 se ha omitido con claro conocimiento y voluntad; b. Sustancial: Con los fines de realizar el pago bajo la modalidad de compensación de obligaciones de conformidad con el artículo 1714 y s.s. del Código Civil.

Si se hubieran desarrollado estos dos temas en la providencia se hubiese llegado a resoluciones totalmente diferentes, porque se trata de una de las formas de pago que tiene un deudor y el demandado en este caso no puede ser la excepción.

Manifiesta que, no podía llegar el despacho a las conclusiones que son objeto de estos recursos porque existen unos antecedentes procesales que obligaban a definir la situación de fondo para que realmente en este estadio del proceso también se tenga sustancial y materialmente acceso a la justicia los cuales son: 1. El demandante es una sociedad TENERIFE S.A.; 2. El demandado es el socio de TENERIFE S.A.; 3. Existe un contrato de prenda sobre las acciones de MARCO OLARTE (DEMANDADO) con TENERIFE SA (DEMANDANTE); 4. Tanto las acciones como cualquier dividendo se encuentran embargados y secuestrados en este proceso.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, considera el recurrente que pesa más la tesis de que las utilidades cuando se generaron deben ser puestas a órdenes del despacho debido a que las partes en el proceso así mismo lo han requerido y lo han solicitado se decrete y sobre todo porque es una orden judicial de obligatorio cumplimiento.

No poner a disposición del despacho las utilidades con la excusa que estas no se han distribuido es una total violación del principio de igualdad entre las partes y es una forma de no dar cumplimiento a su orden judicial, porque es la misma parte demandante la que tiene la obligación de realizar ese acto; si no es ello así entonces cual es el sentido y la justicia del cobro y/o de la forma de pago de uno y otro; este proceso entonces no tendría una base para su existencia porque se exige judicialmente el cobro pero por otra parte se impide el pago, lo cual por supuesto es del todo antagónico y contradictorio y se estaría utilizando la jurisdicción solamente para intereses por fuera de la justicia.

Y eso es lo que se debe propender en cada caso de acuerdo al preámbulo y artículo 2º de la Constitución Política de Colombia – La Justicia – como uno de los fines esenciales del Estado Social y Democrático de Colombia, lo cual no está ocurriendo aquí porque una de las formas de pago para este caso es precisamente con las utilidades de las mismas acciones y el oponerse al pago de esta manera por parte de los demandantes es una situación que debe resolver el despacho por la naturaleza del asunto sin que haya necesidad de abrir otro proceso por la situación procesal del embargo y secuestro de las acciones y sus dividendos y/o utilidades.

Si la sociedad demandante como se observa evita el pago, es precisamente el Despacho el llamado a resolver esta situación, porque estamos frente a un proceso ejecutivo judicial para una forma de pago por parte del demandado con los dividendos.

Permitir que el demandante se escude en que, no se pone a disposición las utilidades y que son parte del capital de trabajo es burlar la justicia y el cumplimiento de decisiones judiciales ya que el artículo 414 del Código de Comercio es claro en este sentido “...*el embargo se consumará mediante orden del juez para que la sociedad retenga y ponga a su disposición las cantidades respectivas*” porque sí las utiliza en provecho de la empresa demandante pero en detrimento del demandado, porque no permite que se abone a la obligación, lleva como consecuencia la injusticia a la que en está en este momento sometido el demandado y que por lo tanto es obligación del juez en este caso particular decidir de fondo el presente asunto sin permitir que se transgredan derechos fundamentales.

Ahora, en caso de que por alguna razón realmente se necesite las utilidades como capital de trabajo, hipótesis desestimada porque no hay prueba de ello, es una manifestación nada más de la apoderada de la demandada, no existe la prueba en que específicamente se utilizan como capital de trabajo, por lo que le incumbía a la parte haber probado ello y el no hacerlo es un hecho procesal que quedó sin probar y a estas alturas le precluyó la oportunidad.

Pero si resultara esa aseveración cierta – de haber sido utilizado para capital e trabajo – de todos modos esas utilidades tienen una destinación específica y no es otra que este proceso en razón del embargo y secuestro el demandado no tiene por qué soportar esas

consecuencias económicas empresariales y por lo tanto opera lo que la ley comercial denomina como la compensación de obligaciones, según se desprende el artículo 156 del

Código de Comercio en el que se especifica que las sumas debidas por utilidades *“se compensarán con las sumas exigibles que los socios deban a la sociedad”*.

En tal sentido alega que, como la demandante no quiere entregar los dineros al despacho como consecuencia del embargo, escudándose en su posición dominante y en la omisión dolosa de no distribuirlas no habrá otra manera en este caso de compensar las obligaciones – utilidades con la deuda que se ejecuta - con todas las consecuencias, es decir con los intereses sobre el capital de esa utilidades por no haber consignado en tiempo porque ya un despacho judicial, este, que había ordenado ponerlas a disposición de este proceso ejecutivo, tal y como se propuso con liquidación anexa la cual no fue objetada por la demanda, ya que se dedicó a manifestar simplistamente que no están repartidas.

De tal manera que, sí le incumbe al juzgado esta decisión, porque los dineros que existen a favor del demandado dentro de la misma empresa demandante es una de las formas de pago y de extinción de las obligaciones bajo la figura jurídica de la compensación de obligaciones según se puede observar en la norma comercial preestablecida, dineros que deben aplicarse al pago de la obligación en el momento en que debieron generarse – distribuirse – tal como se señaló en la liquidación que presentó como anexo la memorial que se resolvió su despacho y que hoy en día es objeto de los presentes recursos.

En cuanto al desistimiento fue exclusivamente para el memorial de mejor proveer nada más, nada tenía que ver con el memorial pretérito.

De acuerdo a la Cámara de Comercio de la sociedad TENERIFE SA los estatutos sociales están contenidos en la Escritura Pública número dos mil siete (2007) del diez y siete (17) de octubre del año dos mil diez y nueve (2019) de la Notaría cuarta (4º) del círculo notarial de la ciudad de Santamarta, los cuales para mejor proveer me permio anexar, que si bien es cierto usted nos los conoció en el momento de decidir, pero las partes si están sujetos a ellos y son parte del certificado de existencia y representación de la sociedad demandante donde el demandado es socio; pero para evitar errores en la aplicación de la justicia en este caso ruega se tenga como prueba sobreviniente porque en el artículo 64 se lee respecto a la COMPENSACIÓN entre utilidades y obligaciones del accionista: *“las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades formarán parte del pasivo externo de la sociedad y podrán exigirse judicialmente... Las utilidades... se compensarán con las sumas exigibles que los socios deban a la sociedad”* .

Si esto no se pudiese hacer, entonces sería nugatorio el derecho sustancial de que trata el artículo 379 numeral 2º del Código de Comercio *“El de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio...”* y artículo 63 numeral

1° de la ley 222 de 1995 “*A participar en igual proporción con las acciones ordinarias de las utilidades...*” de tal manera la afectación que materialmente también sería nugatorio el acceso material y sustancial a la jurisdicción puesto que por razones del pago o no pago es que estamos en este proceso judicial.

Por tal razón, solicita se revoque la decisión controvertida y su remplazo se decrete la compensación de obligaciones por el monto de capital e intereses favor de Marco Olarte Morales.

En caso de no revocar, se conceda el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Santa Marta, toda vez que son de aquellas providencias de que trata el artículo 446 numeral 2° del CGP y del artículo 461 de la misma normatividad como quiera que se refiere al pago – compensación de obligaciones - y como consecuencia de ello será la terminación del proceso lo que se impediría bajo la postura que se está recurriendo.

Consideraciones del Despacho

Sea pertinente recordar que, el recurso de reposición tiene como objetivo que el Juez revise sus propias decisiones con el fin de someterlas al cedazo de la legalidad y en caso de encontrar errores sustanciales o procesales, proceder a revocar o modificar el proveído de acuerdo con la entidad del mismo.

En tal sentido, se encuentra que solicita el recurrente se ordene poner a disposición de este despacho las utilidades de la sociedad demandante o en su defecto realizar la compensación de obligaciones. En tanto, argumenta que dentro de su solicitud motivo estas dos situaciones, como son, conocer el valor que debe depositar la demandante en cumplimiento de la orden judicial, y que desde octubre de 2017 se ha omitido y de manera sustancial realizar el pago bajo la modalidad de compensación.

Sea pertinente nuevamente recordar que el presente proceso se tramita por la cuerda del proceso ejecutivo, no del ejecutivo para la efectividad de la garantía real. En proveído del 2 de octubre de 2017, se decretó el embargo de las acciones que poseía el demandado Marco Olarte Morales como socio de la entidad Tenerife S.A., extiéndase a los dividendos, utilidades, intereses y demás beneficios que al derecho embargado correspondan, con los cuales debería constituirse certificado de depósito a órdenes del Juzgado. Posterior a lo cual, se dio orden de seguir adelante la ejecución en auto del 14 de febrero de 2019.

En escrito de fecha, 15 de marzo de 2023, se aporta por el apoderado del demandado, memorial para **aprobación la liquidación de utilidades, dividendos e intereses, como consecuencia del embargo y retención de los mismos, que no han sido puestos a disposición del Despacho por incumplimiento del representante legal de la demandante.**

Posterior a ello, en correo electrónico de fecha 27 de marzo de 2023, se presenta manifestaciones por el apoderado del demandado, indicando que adiciona la solicitud de omisión de depósitos por embargo de utilidades. Al paso que, en correo electrónico del 10 de abril de la misma anualidad, indica que presenta *desistimiento del memorial que se radicara de mejor proveer respecto a certificación de la revisoría fiscal de Tenerife S.A. - LM Consultores Integrales SAS María Patricia Pareja Morales TP. 124.109-T. -, como quiera que en la Asamblea Ordinaria de Accionistas de Tenerife SA que se realizó el día 30 de marzo de 2023, se recibieron las explicaciones respecto a que la escritura pública contiene fue una propuesta de repartición de utilidades porque materialmente nunca se repartieron, tanto que efectivamente en esta asamblea del 30 de marzo de 2023 se votó positivamente el reparto de utilidades para pago en noviembre de 2023 que se creía ya había sido distribuido del año 2016.*

Así las cosas, se advierte que, en proveído del 15 de junio de 2023, el Juzgado no se pronunció respecto al escrito aportado por la pasiva el 15 de marzo de la misma anualidad, *para aprobación de la liquidación de utilidades, dividendos e intereses*, en tanto entendió que sobre el mismo recaía también el desistimiento indicado, por lo que conforme los reproches incoados se pronunciara el Juzgado, modificando la decisión adoptada para su adicción.

En tal sentido, debe indicarse que, el procedimiento de cada proceso judicial civil, se encuentra establecido en el Código General del Proceso, así como específicamente el del proceso ejecutivo aquí adelantado en los artículos 422 y s.s., sin que dentro de dicha norma adjetiva civil se advierta la posibilidad de la suscrita de proceder a realizar aprobación alguna de la liquidación que este aporta frente a las utilidades de la sociedad, al ser esto de resorte exclusivo del ente societario.

Ahora bien, dispone el numeral 6° del artículo 593 del Código General del Proceso:

“El de acciones en sociedades anónimas o en comandita por acciones, bonos, certificados nominativos de depósito, unidades de fondos mutuos, títulos similares, efectos públicos nominativos y en general títulos valores a la orden, se comunicará al gerente, administrador o liquidador de la respectiva sociedad o empresa emisora o al representante administrativo de la entidad pública o a la entidad administradora, según sea el caso, para que tome nota de él, de lo cual deberá dar cuenta al juzgado dentro de los tres (3) días siguientes, so pena de incurrir en multa de dos (2) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales. El embargo se considerará perfeccionado desde la fecha de recibo del oficio y a partir de esta no podrá aceptarse ni autorizarse transferencia ni gravamen alguno...”

El de acciones, títulos, bonos y efectos públicos, títulos valores y efectos negociables a la orden y al portador, se perfeccionará con la entrega del respectivo título al secuestre.

Los embargos previstos en este numeral se extienden a los dividendos, utilidades, intereses y demás beneficios que al derecho embargado correspondan, con los cuales deberá constituirse certificado de depósito a órdenes del juzgado, so pena de hacerse responsable de dichos valores.

El secuestre podrá adelantar el cobro judicial, exigir rendición de cuentas y promover cualesquiera otras medidas autorizadas por la ley con dicho fin...”.

Colijase de esta disposición que, es obligación del gerente, administrador o liquidador de la respectiva sociedad, constituir los certificados de depósito a órdenes del Juzgado de los dividendos, utilidades, intereses y demás beneficios que al derecho embargado correspondan. Sin que sea el juez quien procede aprobar liquidación alguna de ellos, en tanto debe advertirse que los mismos habrán de ser entregados por decisión mayoritaria de la asamblea o junta de socios, conforme el artículo 150 y s.s., y 455 del Código de Comercio, momento en el cual surge la obligación de consignación.

De tal manera, no resulta procedente aprobar por este Despacho la liquidación de utilidades, dividendos e intereses. Sin que tampoco se pueda ordenar la consignación de los montos aducidos por la parte demandada, en tanto no hay prueba de la aprobación por la junta de socios de dichos rubros, con orden de entrega de las utilidades o dividendos a favor del socio demandado por esas cantidades.

A su vez, frente a la solicitud de compensar las obligaciones adeudadas con los montos indicados en el escrito de liquidación de utilidades, dividendos e intereses, téngase en cuenta que como se precisó, no hay constancia de la existencia de obligaciones de pago por dicho concepto en favor el socio demandado. Pero a su vez, nótese que en el presente asunto ya hay auto que ordenó seguir adelante la ejecución por no haberse presentado medio exceptivo alguno, razón por la cual no es esta la oportunidad para alegar dicha compensación, la cual se itera, tampoco está acreditada.

Corolario, se niega la solicitud de aprobación de la liquidación de utilidades, dividendos e intereses aportada por el extremo demandado. A su vez, no se concede el recurso de apelación contra la decisión adoptada al no ser susceptible de dicho recurso en los términos que prevé el artículo 321 del C.G.P.

Otras solicitudes del apoderado del demandado

De otra parte, peticiona el apoderado del demandado, dar curso oportuno a los memoriales, porque también se radicó un memorial con liquidación del crédito en mayo de 2023 y

observa que los términos de cumplimiento de acuerdo al debido proceso del CGP se han extendido lo cual es perjudicial para su representado ya que la mora en estas decisiones lo afecta gravemente porque le impide una pronta resolución de su caso, ya que el memorial se le debió dar curso y decidirse en esta misma providencia pero no se realizó, contraviniendo también el principio de economía procesal, por lo que ruega se llame la atención a secretaría y a los sustanciadores para que esta situación no se vuelva a presentar en este caso.

Frente a esta solicitud, debe estarse el memorialista a lo considerado en auto del 20 de febrero de esta anualidad, donde se indicó que *el Despacho no tendrá en cuenta las reliquidaciones aportadas, en tanto no han sido autorizadas por la norma procesal. No obstante, atendiendo las demandas acumuladas en curso, adviértase que ejecutoriada el auto que ordene seguir adelante la ejecución en ella, podrá adosarse nueva liquidación donde habrán de incluirse todos los créditos ejecutados.*

Corolario, a efectos de dar trámite a la liquidación de crédito aportada por el demandado, debe adosarse conforme lo ordenado en el numeral 3° del auto de fecha 15 de junio de 2023, donde se dispuso **practicar la liquidación del crédito y costas conjuntamente atendiendo los parámetros del artículo 446 y 463 del Código General del Proceso.** Esto es entonces, presentar la liquidación la liquidación conjunta respecto a la demanda principal y las dos demandas acumuladas.

Del avalúo de las acciones

Se presenta mediante correo electrónico de fecha 31 de julio de 2023, escrito por el extremo demandante principal, donde manifiesta que da cumplimiento al auto de fecha 20 de febrero del 2023, presentando el avalúo realizado a las 667 acciones que equivalen al 11.11%, dicho avalúo se realizó de acuerdo al artículo 78 y 444 del código general del proceso por lo que adjunta el avalúo realizado por los expertos en el tema.

Informando que, en la diapositiva 7 adjunto, de la presentación de valoración de Tenerife S.A. se encuentra la valoración de la empresa que es de \$37,901,000,000 de pesos (treinta y siete mil novecientos y un millón de pesos) esta valoración bajo el modelo de Descuento de Flujo de Caja.

Por lo que, nos lleva a decir que si el Sr. Marco Olarte Morales representa el 11,11% de las acciones, su valor es de \$4,210,801,000 de pesos (cuatro mil doscientos diez millones ochocientos y un mil pesos).

Posterior a ello, el 3 de agosto de 2023, el apoderado del demandado presenta escrito en el que manifiesta que, *teniendo en cuenta que, la contraparte presentó un dictamen de valoración de acciones de la empresa TENERIFE SA, solicita por principio de igualdad y conforme al artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto*

Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el sentido de tener los medios y el tiempo razonable para resolver este asunto de objeción por error grave que implica la presentación de un dictamen por parte del perito de la parte que apodero, especialmente como consecuencia del ocultamiento y obstrucción que materialmente la parte demandante ha realizado para no permitir el acceso a la información, se corra traslado por auto del dictamen y se otorgue un tiempo razonable, mayor a tres (3) días para presentar la objeción por error grave.

A su vez, el 9 de agosto de 2023, presenta el extremo demandado memorial en el que indica que, objeta el dictamen por error grave presentado por la parte demandante, conforme al artículo 228 del Código General del Proceso, aportando otro dictamen pericial y además pide se cite al aparente perito señor Mario Sebastián Alcalá Castro, Director de la empresa Sociusbanca de Inversión, para que rinda testimonio bajo la gravedad de juramento acerca del documento presentado. Respecto al perito Alfonso Muñoz Serrano del cual está aportando el peritaje del demandado, solicita se cite para que en audiencia sustente su pericia en todos los sentidos.

Dispone el numeral 1° y 2° del artículo 444 del Código General del Proceso:

“Practicados el embargo y secuestro, y notificado el auto o la sentencia que ordene seguir adelante la ejecución, se procederá al avalúo de los bienes conforme a las reglas siguientes:

- 1. Cualquiera de las partes y el acreedor que embargó remanentes, podrán presentar el avalúo dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o del auto que ordena seguir adelante la ejecución, o después de consumado el secuestro, según el caso. Para tal efecto, podrán contratar el dictamen pericial directamente con entidades o profesionales especializados.*
- 2. De los avalúos que hubieren sido presentados oportunamente se correrá traslado por diez (10) días mediante auto, para que los interesados presenten sus observaciones. Quienes no lo hubieren aportado, podrán allegar un avalúo diferente, caso en el cual el juez resolverá, previo traslado de este por tres (3) días...”.*

De tal forma, se observa que, pese a la solicitud de traslado del avalúo por auto elevado por el extremo demandado, este dentro del término otorgado en la ley, recorrió el traslado adosando un avalúo diferente. En tal sentido por economía procesal, se procederá a dar traslado del que fuere aportado por la pasiva por el término de tres días, cumplido lo cual se resolverá lo que en derecho corresponda.

Por lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Santa Marta,

III. RESUELVE:

1. Se accede parcialmente a la reposición incoada por el demandado. Por lo cual, se adiciona la parte resolutive del auto de fecha quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023), conforme la parte considerativa de esta decisión, en los siguientes términos:

10. Se niega la solicitud de aprobación de la liquidación de utilidades, dividendos e intereses aportada por el extremo demandado.

2. Manténgase incólume en lo demás el auto de fecha quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023).
3. No se concede el recurso de apelación contra la decisión parcial adoptada el quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023), al no ser susceptible de dicho recurso en los términos que prevé el artículo 321 del C.G.P.
4. Previo a dar trámite a la liquidación de crédito aportada por el demandado, debe adosarse conforme lo ordenado en el numeral 3° del auto de fecha 15 de junio de 2023, donde se dispuso practicar la liquidación del crédito y costas conjuntamente atendiendo los parámetros del artículo 446 y 463 del Código General del Proceso.
5. Dese traslado del dictamen pericial de avalúo de acciones aportado por la pasiva, por el termino de tres (3) días.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA PATRICIA MARTÍNEZ CUDRIS
JUEZA