

**RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO No. 885//Radicado: 76-109-31-03-003-2021-00078-00**

GHA NOTIFICACIONES ABOGADOS <notificaciones@gha.com.co>

Mié 3/11/2021 2:25 PM

Para: Juzgado 03 Civil Circuito - Valle Del Cauca - Buenaventura <j03ccbuenaventura@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Notificaciones Juridico <notificacionesjuridico@sprbun.com>; gerencia@sprbun.com <gerencia@sprbun.com>

 1 archivos adjuntos (301 KB)

RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN AUTO 885.pdf;

Señor

**JUEZ TERCERO (03) CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA**

Vía email: [j03ccbuenaventura@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j03ccbuenaventura@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**Demandante:** ADOLFO LEÓN PIZARRO TELLO-

**Demandado:** SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. –  
SPRBUN.

**Radicado:** 76-109-31-03-003-**2021-00078-00**

**Asunto:** RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN  
CONTRA EL AUTO No. 885

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, también mayor de edad, domiciliado en Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado del señor **ADOLFO LEÓN PIZARRO TELLO** mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.968.696 expedida en Cali, en el término legal correspondiente presento **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN** contra el auto No. 885 del 27 de octubre de 2021, en los términos del memorial adjunto.

Cordialmente,

Señor

**JUEZ TERCERO (03) CIVIL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA**

Vía email: [j03ccbuenaventura@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j03ccbuenaventura@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**Demandante:** ADOLFO LEÓN PIZARRO TELLO-  
**Demandado:** SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA  
S.A. – SPRBUN.  
**Radicado:** 76-109-31-03-003-2021-00078-00  
**Asunto:** RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN  
CONTRA EL AUTO No. 885

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, también mayor de edad, domiciliado en Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado del señor **ADOLFO LEÓN PIZARRO TELLO** mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.968.696 expedida en Cali, en el término legal correspondiente presento **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN** contra el auto del 27 de octubre de 2021, que dispuso, entre otras, “*NEGAR la medida cautelar deprecada por en el libero (sic) demandatorio*”, y presento como fundamentos de hecho y de derecho los que se exponen a lo largo de este escrito, para que esa providencia sea revocada y en su lugar, se ordene dar validez a todo lo decretado por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades, ya que se trata de actuaciones no solo cumplidas conforme a derecho sino que se encuentran vigentes.

### **1. INTRODUCCIÓN.**

En principio hay que mencionar en este caso, que el proceso fue remitido desde la Delegatura de Procedimientos Mercantiles con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades, cuando prosperó la excepción previa de falta de competencia, y destacar que expresamente, conforme a la ley, todo lo actuado conserva plena **VALIDEZ Y ESTA VIGENTE**, como lo establecen los artículos 16, 101 y 138 del Código General del Proceso, lo cual somete al Juez que conoce hoy del trámite se trata de decisiones que siendo lícitas no pueden ser revocadas de oficio o desconocidas, porque se violarían los principios generales del derecho, la ley sustancial y adjetiva, la Constitución Política y los derechos fundamentales de mi representada.

## 2. ANTECEDENTES.

1.1. El día 19 de marzo de 2021 se radicó **DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE DECISIONES SOCIALES** ante la **DELEGATURA DE ASUNTOS MERCANTILES** de la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, en contra de la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. – SPRBUN**, dentro de los dos (2) meses siguientes contados a partir del día en que se produjo el respectivo acto o decisión de la Junta Directiva que es objeto de las pretensiones de la demanda.

1.2. Mediante auto del 3 de mayo de 2021, la Dirección de Jurisdicción Societaria III, se resolvió:

*“Primero. Admitir la demanda. (...)”*

1.3. En otro auto, calendando también 3 de mayo de 2021, la Dirección de Jurisdicción Societaria III, antes de decretar la medida cautelar consistente en suspender los efectos de la decisión adoptada en el punto 6 del acta No. 412 de la reunión ordinaria mixta de la Junta Directiva de la SPRBUN cumplida el día 20 de enero de 2021, resolvió:

*“Fijar una caución por la suma de \$ 77.800.000, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que el demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.”*

1.4. La caución fue prestada, mediante póliza de seguro cuya prima ascendió a la suma de \$ 2,781,625.00 y presentada tal como fue exigida por el Despacho, por eso, mediante auto del 9 de junio de 2021, ese Despacho resolvió:

*“Primero. Aceptar la caución presentada.*

*Segundo. Ordenar la suspensión de los efectos jurídicos de la decisión adoptada por la junta directiva de Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. el 20 de enero de 2021 y que consta en el punto n.º 6 del acta n.º 412.*

*Tercero. Enviar las comunicaciones necesarias a fin de que se practique la medida cautelar decretada por este Despacho.”* (Negrita fuera de texto original)

- 1.5. La parte demandada, formuló como excepción previa la de “falta de jurisdicción y competencia”. El traslado se descorrió en el término legal correspondiente.
- 1.6. En auto del 6 de julio de 2021, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles, se pronunció frente a la excepción previa propuesta y resolvió lo siguiente:

**“Primero. Declarar probada la excepción previa de competencia solicitada por el apoderado de la demandada.**

*Segundo. Por intermedio del Grupo de Apoyo Judicial, se ordena remitir el presente proceso a los Juzgados Civiles del Circuito de Buenaventura.”*

- 1.7. El 28 de septiembre de 2021, encontrándose el expediente ya es su Despacho, se presentó reforma de la demanda.
- 1.8. Por tratarse de elementos meramente formales, se decidió ajustar la demanda, pruebas y anexos a los requerimientos del Despacho, pero sin dejar de advertirle que todos los actos procesales que se habían surtido ante la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades conservaban plena validez, en virtud de lo dispuesto por los artículos 16, 101 y 138 del Código General del Proceso.
- 1.9. El Despacho, mediante auto notificado en estados del 28 de octubre de 2021, resolvió:

*“ADMITIR la presente demanda verbal, interpuesta por ADOLFO LEÓN PIZARRO TELLO contra SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A.*

*NEGAR la medida cautelar deprecada por en el libero demandatorio (sic), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”*

### **3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DE HECHO DE LOS REPAROS QUE SE FORMULAN EN CONTRA DE LA PROVIDENCIA.**

#### **3.1. LA DECISIÓN DEL DESPACHO NO ESTÁ AJUSTADA A LA LEGALIDAD, EN LA MEDIDA QUE DESCONOCE QUE TODO LO ACTUADO CON ANTERIORIDAD, A LA DECLARATORIA DE FALTA DE COMPETENCIA, CONSERVA SU VALIDEZ Y ESTÁ VIGENTE.**

La decisión del Despacho, a pesar de que no era necesario, porque la demanda ya había sido admitida, se había trabado la litis, se habían decretado medidas cautelares, entre otros, y por ende todo ello se debía respetar y tener como agotado, vigente y valido; ahora erradamente Usted ha dirigido su actuación, hacía la repetición de todas esas fases ya

fenecidas, desconociendo que han precluido ya las oportunidades procesales respectivas, relativas a la presentación y admisión de la demanda, su traslado, la proposición de excepciones, incluida las previas, y que precisamente fue la prosperidad de la excepción de falta de jurisdicción o competencia, la que finalizó con el decreto de la remisión del expediente a su Juzgado. Consecuentemente, admitir nuevamente la demanda y pronunciarse sobre la negación de una solicitud de medida cautelar, pretermitiendo que las mismas ya estaban en firme, vigentes y validas, destacando que esta última ya estaba ordenada, y que para su adopción se había fijado y prestado la caución por la millonaria suma indicada en los antecedentes, con un costo por concepto de prima o precio alto, configura una situación en la que el Despacho desconoce las reglas consignadas en los artículos 16, 101 y 138 del Código General del Proceso, que son de orden público y de obligatorio acatamiento, al obrar oficiosamente, pues sin mediar petición de la parte pasiva, ni recurso alguno, pasando por alto que el decreto de la medida cautelar se encuentra en firme y que conserva vigencia, vuelve a resolver la solicitud de su decreto, sin pronunciarse respecto del auto que la decretó y de que la práctica de la misma ya es un hecho, porque el “Juez” Delegado de la Superintendencia además de ordenarla también dispuso oficiar en ese sentido a la sociedad demandada.

Para el efecto, recuérdese que las mencionadas normas legales trasgredidas, expresamente consagran lo siguiente:

*“ARTÍCULO 16. PRORROGABILIDAD E IMPRORROGABILIDAD DE LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA. La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. **Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez**, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo.” (Negrita y sublinea fuera de texto original)*

En aplicación del precepto indicado, una decisión, tomada por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, concretamente me refiero a la medida cautelar, conserva la validez y en ese estatus su Señoría avocó conocimiento, por lo tanto, no le era dable, ni es procedente que a esta altura hubiera un pronunciamiento negando o aceptando la solicitud de la medida cautelar, ya que la misma no solo está decreta sino practicada y en firme, sin que la parte pasiva hubiera recurrido ningún de las decisiones asociadas a su adopción.

Por otro lado, el artículo 101 también establece que lo que ocurre cuando prospera la excepción de falta de jurisdicción o competencia y en el mismo sentido de la norma transcrita atrás, estatuye lo siguiente:

“ARTÍCULO 101. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS.

(...) **Si prospera la de falta de jurisdicción o competencia, se ordenará remitir el expediente al juez que corresponda y lo actuado conservará su validez.** (Negrita y sublinea fuera de texto original)

Obsérvese la coherencia del legislador, en punto de las decisiones tomadas y que están vigentes, por lo cual el decreto de la medida cautelar de suspensión, permanece incólume, ya que su Señoría está negando una solicitud, que verdaderamente no se ha formulado, pues la pedida ya fue decretada, por sustracción de materia no puede negarse, resolverse una solicitud que previamente fue atendida positivamente, y que se encuentra vigente desde antes de que Usted avocara conocimiento.

Por otro lado, reiteradamente en el CGP, se preceptúa también en el artículo 138, que todo lo actuado ante el Juez que declara la falta de jurisdicción o de competencia conservará su validez, sin perjuicio de que el expediente se remita al juez competente, así:

(...)

ARTÍCULO 138. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA Y DE LA NULIDAD DECLARADA. **Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente;** pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará.” (Negrita y sublinea fuera de texto original)

Nótese que la única salvedad que hace la norma transcrita es la que se refiere a la sentencia que se hubiere dictado, siendo ese acto el único que procesalmente quedaría invalidado si hubiera una falta de competencia. A *contrario sensu*, la medida cautelar que se decretó, conserva su vigencia.

En consecuencia, la admisión de la demanda, la notificación al demandado, el decreto de la medida cautelar, la contestación de la demanda, la proposición de excepciones de mérito, y el correspondiente pronunciamiento frente a esas excepciones se encuentran en firme, **puesto que todos esos actos procesales ocurrieron antes de la declaratoria de la falta de competencia.** Es por eso que al Despacho le estaba vedado, porque está sometido al principio de legalidad, reiniciar el trámite; ya que lo procedente legalmente era, de acuerdo a los fundamentos legales antes transcritos, proseguir el trámite en el estado en que se encuentre, pero adicionalmente, respetando la validez de lo actuado, entre ellos el decreto de la medida cautelar.

Esto encuentra respaldo en lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia de exequibilidad C-537 de 2016, en la que se lee lo siguiente:

**“(…) (ii) cuando luego de haber admitido la demanda, prospera la excepción de falta de jurisdicción o de falta de competencia, el juez deberá enviarla al competente, pero lo actuado conservará validez**

**(…) Es por esta razón que varias de estas normas procesales determinan que la pérdida de competencia, la variación de la misma o la nulidad procesal por incompetencia, no comprometen la validez de lo actuado con anterioridad por el juez y, por consiguiente, indican que el juez que asumirá en adelante competencia no deberá iniciar de nuevo toda la actuación.**

(…)

**La conservación de validez de la actuación procesal, antes de la declaratoria de incompetencia, es una medida válida que pretende la eficacia del derecho de acceso a la justicia, con la obtención de una decisión en términos razonables, con respeto del principio constitucional de celeridad de la administración de justicia, economía procesal la tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial, sobre el adjetivo, ya que evitará repetir, sin razón de garantías, lo actuado en debida forma por el juez ahora declarado incompetente y excluye la declaratoria de nulidad, por esta causal, como un mecanismo de dilación del proceso. Así, la norma también es una medida razonable para evitar la congestión de la justicia. En otras palabras, lo que se busca con esta medida es evitar el desgaste innecesario de la administración de justicia, en detrimento de los justiciables, para que, a pesar de haber instruido adecuadamente un proceso, no deba rehacerlo cuando, a parte del factor de competencia, las actuaciones realizadas fueron desarrolladas adecuadamente.**

Es por esas razones que el Despacho erró, desde cuando inadmitió la demanda y ahora la admisión debió referirse únicamente a la admisión de la demanda reformada y, además, al pronunciarse improcedentemente sobre la solicitud de medidas cautelares, que ya fue atendida tiempo atrás, que es válida, viola el debido proceso, el derecho de defensa, la legítima confianza formada en mi representada sobre la vigencia y validez de la cautela decretada, reforzada incluso con el hecho de que se le fijó caución y que la misma se prestó oportunamente, Etc. Por consiguiente, las decisiones contenidas en el auto impugnando relativas al pronunciamiento sobre la solicitud de medidas cautelares, no solo es improcedente, extemporánea e incongruente, sino que denota, el desconocimiento y validez de la ya decretada, llevándonos a la contradicción procesal, de que por un lado, hay un decreto de medida cautelar que no ha sido revocado, que no ha sido invalidado y que está vigente; y por el otro, que en una decisión sorpresiva e ilegal, que no está pronunciándose sobre la legalidad de aquel decreto, como si el mismo no existiera, vuelve a resolver la solicitud de esa medida previa reclamada al demandar, oficiosamente, más allá de lo que el principio de legalidad puede hacer el juez, quien únicamente está sometido al imperio de la ley y solo puede deshacer las decisiones judiciales, por ilegalidad o nulidad, siempre y cuando se den estas últimas condiciones, cosa que aquí no ocurre. Consecuentemente el pronunciamiento innecesario, no pedido y extemporáneo, sobre una solicitud de medida cautelar que ya había sido resuelta, está viciado de ilegalidad y es abiertamente contrario a derecho.

Otra cosa sería, como se dijo, que el Funcionario encontrará que hay vicios de ilegalidad en lo actuado, ya que sólo en ese caso podría corregirlos, pero conforme a derecho, haciendo la valoración respectiva de la medida cautelar vigente y explicando porque ahora la va a declarar ilegal, pero no empezando a resolver de nuevo la petición, partiendo de cero, ignorando que en la realidad la medida está vigente en el expediente. Al respecto, nótese como de importancia, lo siguiente:

1. El trámite del proceso había surtido varias etapas que son válidas mientras estuvo bajo el conocimiento del Juez anterior.
2. En particular respecto de la medida cautelar, ni el auto que fijó la caución de 77.800.000, ni el auto que decreto la medida cautelar fueron objeto de impugnación por parte de la demandada, y por lo tanto, su aquiescencia sana cualquier vicio que se pudiera alegar en contra de esas decisiones, tal como lo establece 132 que en su parte pertinente reza, *“salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.”*
3. Adicionalmente el parágrafo del artículo 133 del C.G.P., impone una limitación que impide que se cuestione a posteriori actos, respecto de las cuales la conducta de las partes ha sido determinante sobre su validez, específicamente al señalar que, pese a que las nulidades son taxativas, las demás irregularidades se tendrán por subsanadas si quien está afectado por ellas no las impugna en la oportunidad debida, así:

**“PARÁGRAFO.** Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece.”

En efecto, la parte demandada nunca alegó irregularidades respecto de la medida cautelar, no se opuso a ella, no impugnó el auto que la decretó y tampoco impugnó la orden de librarla, ni la providencia que fijó la caución; tampoco ha promovido su levantamiento, ya que no se cumplen los requisitos legales para ello, ni ha ofrecido o prestado caución suficiente, en las oportunidades y la manera como el CGP lo permite en forma taxativa. Es decir su Despacho carece de competencia para levantarla, desconociendo que además están garantizados los efectos de la practica de esa medida cautelar, que se prestó de acuerdo a lo ordenado por el “Juez” Delegado de la Superintendencia de Sociedades.

4. Obsérvese entonces que el Despacho tomó la decisión de negar una petición de medida cautelar, como si esta estuviera pendiente y pese a que no se le había formulado nuevamente, ya que las misma está decretada, vigente y valida desde que

aquel Juez la adoptó, antes de remitir el proceso a su Despacho.

### **3.2. LA SOLICITUD DE LA MEDIDA CAUTELAR DECRETADA, VIGENTE Y VALIDA, CUMPLIÓ CON LOS REQUISITOS LEGALES PARA SU ADOPCIÓN.**

A pesar de que la medida cautelar originalmente tomada continúa en firme, pues su providencia no la ha revocado y que su Señoría no podía oficiosamente negar una petición que ya había sido atendida favorablemente con anterioridad, sin perjuicio del detrimento económico que ello generaría a mi mandante, por el pago de la prima que la caución comportó, además de la violación del principio que prohíbe ir contra sus propios actos, incluso predicable ante la judicatura, ya que mi poderdante cobró la legítima confianza de que lo actuado conservaba validez y vigencia y por ende no era susceptible de nuevo escrutinio, de manera precisa, entre otros, por los principios generales de derecho y en especial por las normas adjetivas citadas arriba CGP, además de la garantía que otorga el artículo 29 de la Constitución Política.

Su decisión viola el debido proceso, y de paso el derecho fundamental de defensa de los intereses de mi mandante, ya que sin fórmula procedimental alguna, ni adecuada se estaría negando una solicitud de medida cautelar que ya está en firme, dejando la decretada en una especie de limbo, ya que Usted no la ha revocado ni nulado, entre otras cosas porque no existe causal para ello.

Ahora recuérdese que la medida cautelar ordenada, satisfizo íntegramente los requisitos de acuerdo a lo establecido en el Código General del Proceso, que estatuye que para el efecto el Juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

En el caso concreto, se reitera que el Despacho también debe respetar la regla “venire contra factum proprium non valet”, referida atrás y en ese sentido la medida vigente, desde antes de que Usted avocara conocimiento, se adoptó previo el análisis crítico, según el cual, el Juez especializado de la Superintendencia de Sociedades, en actuación que está vigente y válida, encontró reunidos los requisitos para el decreto de la medida cautelar, entre ellos la comprobación de que el doctor Adolfo León Pizarro es miembro principal de la Junta Directiva de Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., lo cual lo legitima para accionar.

Adicionalmente, al hacer el examen respecto de la apariencia de buen derecho y las probabilidades de éxito de las pretensiones de este proceso, con acierto precisó los siguientes:

*“Al respecto lo primero que debe señalar el Despacho es que cuando se presenta un conflicto de interés por parte de uno de los administradores concepto que incluye a los miembros de la Junta directiva según lo prevee el artículo 22 de la Ley 222 de*

1995, no basta con lo que los mismos se abstengan de votar, lo que corresponde es poner en conocimiento del máximo órgano de la compañía para que apruebe el correspondiente conflicto de interés según lo dispone el artículo 23 de la Ley 22 de 1995.

*En la reunión de junta directiva de la demandada del 20 de enero de 2021, se encontraban presentes 9 miembros de la junta directiva. Por lo cual, el Despacho encuentra que en la reunión donde se adoptó la decisión impugnada se encontraba el 100% del quórum para deliberar.”*

Efectivamente el texto del acta, como lo vio el Juez inicial, da fe de que el quorum originalmente era del 100%, es decir los 9 miembros que estatutariamente integran la Junta Directiva estaban presentes; pero posteriormente al llegar al punto 6 del desarrollo de la reunión según el orden del día, quedó evidenciado que se retiraron tres de sus integrantes, y por ende quedaron sólo 6 miembros sesionando. En punto de ello, el Delegado con funciones jurisdiccionales respectivo, precisó en la providencia que fijó la caución, la cual no fue objeto de impugnación alguna por parte de la pasiva y por ende ella debe estarse a lo resuelto irremediablemente, en la que se indicó lo siguiente:

*“Ahora bien, el Despacho encuentra visos de que la decisión del punto 6° adoptada en la reunión de la Junta Directiva de la demandada el 20 de enero de 2021 sería nula toda vez que, en el punto 6° del acta n.° 412 del 20 de enero de 2021 se dejó constancia que ‘siendo las 11:30 a.m., se retiran de la presente sesión de Junta Directiva, los Doctores Juan Carlos Henao, Adriana Martínez y Jorge Arturo Pinto, por considerar que tiene conflicto de interés con el tema sometido a consideración, de conformidad con lo manifestado por ellos en las reuniones anteriores de Junta Directiva.’ (vid. Folio 13, radicado n.° 2021-01-224219, anexo AAD). En ese sentido, la decisión impugnada se adoptó con la presencia de 6 miembros de junta directiva únicamente y la misma tuvo 2 votos a favor de la firma Kroll y 4 a favor de la firma FTI Consulting (vid. Folio 14, radicado n.° 2021-01-224219, anexo AAD).*

*Dicho lo anterior, en esta temprana etapa procesal, se puede inferir que, la decisión impugnada podría ser nula, puesto que, existen indicios de que la misma se adoptó sin la mayoría dispuesta por el artículo 437 del Código de Comercio y del artículo 47 de los estatutos sociales de la demandada, toda vez que, la decisión n.° 6 adoptada por la junta directiva de Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. el 20 de enero de 2021 no alcanzó la mayoría simple dispuesta por los citados artículos.*

**En verdad, al tener 9 miembros la junta directiva de la demandada, las decisiones deben adoptarse con mínimo 5 votos, toda vez que, el artículo 437 del Código de Comercio dispone una mayoría de los miembros, en ese sentido, la decisión de aprobar la firma FTI Consulting para realizar el estudio de auditoría forense ordenado por el máximo órgano social de Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A, en esta etapa procesal, tiene indicios de ser nula”.** (Negritas y sublinea fuera de texto original)

Efectivamente al estar sometidos a la norma consagrada en el artículo 437 del Código de Comercio, que literalmente establece que “La junta directiva deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos **de la mayoría de sus miembros**, salvo que se estipulare un

*quórum superior.*" (Negritas y sublinea fuera de texto original); se concluye que tanto para deliberar como para tomar cualquier decisión, la Junta Directiva debe tener por lo menos en el mismo sentido el voto de la mayoría de sus miembros. Es decir que, estando ese órgano colegiado integrado por 9 personas, la mayoría son 5; siendo este el número mínimo de personas que deben votar aprobando la respectiva propuesta, es decir que el voto solo de 4 de sus miembros, aprobando una propuesta, no llena ese requisito de la mayoría de los miembros del respectivo órgano social, que no podrá tomar ninguna decisión válida con un número de votos a 5, lo cual es pacífico en la abundante doctrina, en la Delegatura Jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades, Etc.

En el presente asunto, tampoco es necesario acudir al espíritu del legislador, para la interpretación de la ley, ya que cuando la norma es clara, tal como lo establece la ley 153 de 1887, deberá estarse a su tenor literal. Junto a lo cual debe señalarse que los estatutos sociales en su artículo 47, también consagran igual regla a la de esa norma, que es de orden público y debe observarse estrictamente, ya que solo permite elevar el quórum decisorio, nunca disminuirlo.

**3.3. LA MAYORIA QUE SE REQUIERE PARA QUE LA JUNTA DIRECTIVA DECIDA, ESTÁ DETERMINADA POR LA QUE CORRESPONDA, TENIENDO COMO REFERENTE EL NÚMERO TOTAL DE SUS MIEMBROS, PUES HA DE SER LA MAYORIA DE SUS INTEGRANTES.**

La mayoría de la Junta Directiva, según la regulación contenida en el artículo 437 del Código de Comercio, siempre está sujeta al número de sus respectivos miembros, y no depende de la cantidad de integrantes que participen en la reunión respectiva, como se confirma al revisar la ley, así:

*"Código de Comercio Artículo 437: La junta directiva deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la **mayoría de sus miembros**, salvo que se estipulare un quórum superior.*

*La junta podrá ser convocada por ella misma, por el representante legal, por el revisor fiscal o por dos de sus miembros que actúen como principales." (Subraya fuera de texto)*

Este artículo, estatuye cómo es que el quórum para deliberar y el requerido para decidir, invariablemente tiene que ser igual al de la mayoría de los miembros de ese órgano colegiado, por ejemplo, si los miembros de una Junta Directiva, son 5, el quórum decisorio será como mínimo igual a la mayoría de sus miembros, es decir con el voto de tres de sus integrantes. Entonces, en una Junta Directiva como la de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, que tiene 9 miembros, regida por el citado artículo 437, que además está replicado en el Artículo 47 de los Estatutos Sociales, el quórum decisorio deberá contar con el voto en un determinado sentido de por lo menos 5 de sus miembros, que corresponde a la

exigencia legal de la mayoría de los integrantes de ese órgano de la administración el primero, efectivamente la ley y los estatutos disponen que independientemente de que se encuentren presentes, incluso los 9 miembros de la Junta Directiva, las decisiones nunca podrán tomarse con el voto de menos de 5 de sus integrantes, o sea con una cantidad inferior a la mayoría de sus miembros.

Las razones para que las decisiones en el seno de la Junta Directiva de la SPRBUN se tomen con la mayoría de los miembros que la integran y no con la mayoría de los presentes, se pueden resumir así:

1. Si el quorum lo constituye la mayoría de los miembros, es decir, para este caso 5 y a la junta asistieran solo 5 miembros, la mayoría de los presentes sería 3. Esto llevaría al absurdo de que, en una Junta Directiva compuesta por 9 personas, las decisiones se pudieran tomar con tan sólo 3 votos, pretextando que solo se encontraban presentes 5, lo cual va en contravía de la norma contenida en el artículo 437 del estatuto mercantil. En conclusión, en la hipótesis de que la reunión de la Junta Directiva sólo se encuentren presentes dichos 5 miembros, cualquier decisión exige, para su validez que todos ellos, voten en el mismo sentido, de lo contrario no se cumpliría el requisito legal, de que las decisiones sean tomadas con la mayoría de los miembros de ese órgano social, que son 5 de 9.

En el caso concreto el Artículo 47 de los Estatutos de SPRBUN ordena en el mismo sentido de la ley, lo siguiente:

*“VOTOS: Cada uno de los miembros principales, o en su caso su respectivo suplente tendrá un voto.*

*PARÁGRAFO- QUÓRUM. La Junta Directiva deliberará y tomará decisiones con la presencia y los votos **de la mayoría simple de sus Miembros.**”* (Subrayado es nuestro).

La hermenéutica sanamente efectuada, acorde con las reglas de la ley 153 de 1887, nos lleva a confirmar, de forma indiscutible que la mayoría decisoria de la Junta Directiva de SPRBUN, sin excepción, deberá ser por lo menos de 5 votos lo cual quiere decir que nunca una votación que apenas reúna 4 votos en un sentido tendrá validez para la toma de una decisión, así estén presentes en la reunión los 9 miembros. Esto además esta corroborado reiteradamente por la Superintendencia de Sociedades, tanto en su función consultiva como en ejercicio de la función como delegataria de atribuciones jurisdiccionales, como ejemplo se cita el Concepto contenido en el oficio 220-29991, que transcribo a continuación.<sup>1</sup>

---

1 [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/Paginas/Resultados-Busqueda-Conceptos-Juridicos.aspx?k=220%2D29991](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/Paginas/Resultados-Busqueda-Conceptos-Juridicos.aspx?k=220%2D29991) Tomado de la página web de la superintendencia de sociedades

*“Ref. Quórum y mayoría decisoria de la Junta Directiva*

*"Soy miembro de la Junta Directiva de una Sociedad Anónima que, por su participación accionaria tiene establecido por Estatutos Sociales la composición de la Junta Directiva por SEIS (6) MIEMBROS PRINCIPALES y sus correspondientes suplentes personales. Así mismo el estatuto Social en lo referente a MAYORÍAS PARA LA TOMA DE DECISIONES EN REUNIONES DE JUNTA DIRECTIVA, dice: "La junta directiva tomará decisiones con voto afirmativo de la mayoría de sus miembros." Dado lo anterior, elevo mi consulta en los siguientes numerales:*

- 1. Con qué número de votos afirmativos decide esta Junta Directiva.*
- 2. De encontrarse presentes solamente CINCO MIEMBROS, cuántos debieren ser los votos afirmativos.*
- 3. Si como respuesta al numeral anterior, debieren ser CUATRO VOTOS AFIRMATIVOS, qué sucede con las decisiones que hubieren tomado con TRES VOTOS AFIRMATIVOS Y DOS NEGATIVOS."*

*Para absolver la consulta vale traer a colación el artículo 437 del Código de Comercio el cual es del siguiente tenor:*

*"La junta directiva deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros, salvo que se estipule un quórum superior. ..."*

*En el caso en consulta se tiene, que, si el número de miembros que conforman la junta directiva son seis, y según los estatutos se decide con la mayoría de ellos, las decisiones habrán de aprobarse con el voto afirmativo de 4, dado que la mayoría se establece de acuerdo con el número de sus miembros y no en el número de asistentes a la reunión.*

*Es así que, si se convoca a una reunión de Junta Directiva previo cumplimiento de las normas legales y estatutarias pertinentes, y asisten a ella sólo 5 de sus miembros, quórum para deliberar, pero la mayoría decisoria sigue siendo 4, pues como ya se expresó, ésta tiene como fundamento el número de miembros que conforman dicho cuerpo colegiado.*

*Luego, a la pregunta del peticionario tendiente a precisar el alcance de las determinaciones adoptadas con el voto afirmativo de tres de sus miembros, vale decir que las mismas no estarían ajustadas a derecho, por lo que habría lugar a convocar nuevamente a la junta directiva en orden a convalidarlas (...)."*

En este orden de cosas, son sobradas las razones que muestran la existencia de buen derecho, que ya reconoció la judicatura, ante las pretensiones de la demanda y particularmente para decidir sobre la solicitud de la medida cautelar, como se dijo, tal como lo señaló el "Juez" Delegado de la Superintendencia de Sociedades, quien, al hacer el análisis y consideración sobre tal petición, ya decretada, que no ha sido revocada, dijo:

*"Ahora bien, el Despacho encuentra visos de que la decisión del punto 6° adoptada en la reunión de la Junta Directiva de la demandada el 20 de enero de 2021 sería nula toda vez que, en el punto 6° del acta n.° 412 del 20 de enero de 2021 se dejó constancia que 'siendo las 11:30 a.m., se retiran de la presente sesión de Junta Directiva, los Doctores Juan Carlos Henao, Adriana Martínez y Jorge Arturo Pinto, por considerar que tiene conflicto de interés con el tema sometido a consideración, de conformidad con lo manifestado por ellos en las reuniones anteriores de Junta Directiva.' (vid. Folio 13, radicado n.° 2021-01-224219, anexo AAD). En ese sentido,*

la decisión impugnada se adoptó con la presencia de 6 miembros de junta directiva únicamente y la misma tuvo 2 votos a favor de la firma Kroll y 4 a favor de la firma FTI Consulting (vid. Folio 14, radicado n.º 2021-01-224219, anexo AAD).

(...)

**En verdad, al tener 9 miembros la junta directiva de la demandada, las decisiones deben adoptarse con mínimo 5 votos, toda vez que, el artículo 437 del Código de Comercio dispone una mayoría de los miembros, en ese sentido, la decisión de aprobar la firma FTI Consulting para realizar el estudio de auditoría forense ordenado por el máximo órgano social de Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A, en esta etapa procesal, tiene indicios de ser nula”**

### **3.4. REPAROS O FUNDAMENTOS POR VIOLACIÓN DE LA LEY Y DE LOS ESTATUTOS.**

Sin perjuicio de lo expuesto en los ítems anteriores el auto atacado viola la regla, que obliga a los jueces también, “venire contra factum proprium non valet”, la legítima confianza que se dio a mi representado sobre su decreto, los precedentes jurisdiccionales en materia de la aplicación del artículo 437 del Código de Comercio, la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, las reglas de interpretación de la ley, establecidas en la Constitución, la ley 153 de 1887, Etc., la regla de la preclusividad de las oportunidades procesales, los principios del Código General del Proceso, las normas del Código de Comercio en materia societaria, la ley 222 de 1995, el Código Civil, Etc.

## **4. PETICIÓN**

- 4.1.** Solicito de manera respetuosa, que se proceda a revocar el auto impugnado, de fecha 27 de octubre de 2021, que, entre otras, negó la solicitud de medida cautelar y en su lugar pido decretar que todo lo actuado ante el Juez Delegado anterior, tiene vigencia y es válido o se conserve, incluida la providencia que decretó la medida cautelar que ya se practicó; y, además, admitir, no la demanda, sino la reforma de la demanda que fue presentada oportunamente ante su Despacho, para lo cual se subsanó previamente, en forma plena y temprana, por cuanto se atendió a satisfacción las causales indicadas por su Señoría.
- 4.2.** Si se negara la reposición interpuesta, recordando que el Despacho tiene competencia para revisar sus propios actos si encuentra que son ilegales, y bajo el entendido de que mediante la providencia que además de admitir la demanda y no la reforma de la misma, pero especialmente que en el aparte que niega la solicitud de la medida cautelar, lo que está haciendo es una denegación de la misma y/o una revocatoria equivocada de la medida que está vigente, desconociendo su validez, lo cual es lo mismo que negar el decreto de una cautela, por ser procedente, subsidiariamente interpongo el recurso de apelación,

repito, en cuanto está negando una petición de medida cautelar, para que se revoque el numeral cuarto de la parte resolutive del auto de fecha 27 de octubre de 2021, precisamente por medio del cual se negó la petición de dicha medida cautelar, toda vez que la misma ya se encuentra vigente y en firme. Sin perjuicio de que también se admita la reforma de la demanda, ya que se encuentra pendiente el pronunciamiento sobre este particular.

Atentamente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA.**

C.C. 19.395.114 expedida en Bogotá D.C.

T.P. No. 39.116 del C.S. de la Judicatura.