

# Jurisprudencia Societaria

---

2015

---

2



Superintendencia  
de Sociedades

## Acerca de este libro

Desde su creación, en julio de 2012, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades administra un foro especializado para la resolución de conflictos empresariales. En este segundo volumen de nuestra jurisprudencia societaria se incluyen algunos de los principales pronunciamientos emitidos por la Delegatura entre los años 2013 y 2015. Para facilitar la consulta de esta obra, a cada una de las providencias se le ha asignado una breve descripción, según la materia que fue objeto del proceso judicial correspondiente.

**José Miguel Mendoza**

Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles

### **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

**Francisco Reyes Villamizar**

Superintendente de Sociedades

**José Miguel Mendoza**

Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles

### **Asistentes de edición**

María Victoria Peña Ramírez

Luis Alfonso Riveros Garavito

### **Diagramación e impresión**

Imprenta Nacional de Colombia

Junio de 2015

## Prefacio

La Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia entrega una vez más un copioso acervo de jurisprudencia societaria con el que se espera poner en conocimiento del público los pronunciamientos más recientes sobre la materia. De esta forma, nuestra entidad cumple, una vez más, con el importante encargo de divulgar los más sobresalientes avances del Derecho colombiano de Sociedades. Desde la creación misma de la Superintendencia hace más de 75 años la difusión de las normas, la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia ha sido una preocupación constante de la entidad.

Por lo demás, la Superintendencia ha sido pionera en el país en el ejercicio de facultades jurisdiccionales para resolver conflictos entre particulares. Con todo, al comienzo, el desarrollo de tales atribuciones se cumplía exclusivamente en el ámbito de los procedimientos concursales. En efecto, a partir de la expedición del Código de Comercio de 1971, se le permitió a la entidad asumir la competencia para conocer de los trámites de concordato de las sociedades comerciales vigiladas por la Superintendencia. Posteriormente, el Decreto 350 de 1989 mantuvo estas facultades en cabeza de la Superintendencia, al tiempo que distinguió entre modalidades concursales potestativas y obligatorias. Por su parte, en la Ley 222 de 1995 se dio el gran paso de reformar el proceso de quiebra en uno de liquidación obligatoria, de modo tal que su trámite comenzó a cumplirse en la Superintendencia. Esta innovación tuvo las virtudes de unificar las dos fases del trámite concursal y de establecer una autoridad que se encargara de asumir competencia sobre estos procedimientos. Y a partir del año 1998, se permitió que esta entidad, así como otras superintendencias, asumieran facultades sobre asuntos de naturaleza societaria.

Pero fue la Ley 1258 de 2008 la que permitió la consolidación de las facultades jurisdiccionales en esta entidad. En verdad, solo a partir del advenimiento de las normas sobre la SAS pudo estructurarse una política interna para el desarrollo de estas facultades dentro de la Superintendencia. Las reglas supletorias previstas en esa normativa permitieron, en efecto, que todos los conflictos que se suscitaban con ocasión de la creación y el funcionamiento de las sociedades simplificadas pudieran ser resueltas ante la entidad por el trámite del proceso verbal sumario.

Posteriormente, la ley del Plan Nacional de Desarrollo incorporó normas que permitieron ampliar el ámbito de competencia de la Superintendencia, de manera que cualquier conflicto intrasocietario pudiera ser resuelto por la entidad, independientemente del tipo de sociedad de que se tratara. Esta innovación puso de relieve la importancia de esta jurisdicción, cuya capacidad decisoria se ha ampliado hasta el punto de poder resolver incluso en hipótesis de sociedades de capital abiertas. Esta faceta relativamente ignorada de nuestra corte societaria, seguramente, permitirá, en un futuro no muy lejano, que se resuelvan aquí grandes casos del Derecho de Sociedades, tal como ocurre en los grandes tribunales especializados que funcionan en diversas partes del mundo.

Tradicionalmente, la atribución de facultades jurisdiccionales a entidades de la Rama Ejecutiva nacional ha causado cierta perplejidad en los más ortodoxos observadores del sistema jurídico. Sus preocupaciones, válidas desde una perspectiva estrictamente teórica, han resultado infundadas en la práctica de la Superintendencia de Sociedades. La imparcialidad, celeridad y calidad técnica que puede apreciarse en todo el proceso jurisdiccional que se cumple en esta entidad permiten desvirtuar los temores que en alguna época se suscitaron ante la actuación del novedoso tribunal de conflictos empresariales.

Y es que nunca antes en la historia del Derecho de Sociedades nacional, se había presenciado una actividad jurisdiccional tan prolija sobre la materia no solo en términos del número de sentencias emitidas, sino también en la variedad temática que en ellas se abarca. Materias tan disímiles y relevantes como el régimen de conflictos de interés, capitalizaciones abusivas y retención injustificada de utilidades y exclusión de accionistas, entre otros aspectos del Derecho de Sociedades, han sido tratados con rigor y celeridad por la

corte. Estos precedentes judiciales, además de fijar el sentido en que avanzan las normas aplicables, demuestran el avance colosal de nuestro sistema jurídico. La evolución de la jurisprudencia societaria lograda en apenas unos pocos años ha facilitado la inclusión en el ámbito del Derecho nacional de las más avanzadas posturas sobre la materia. En las sentencias incluidas en este libro se percibe un paulatino alejamiento de los métodos tradicionales del Derecho Civil, en favor de una visión contemporánea y comparada del régimen de las compañías.

La relevancia de nuestra naciente jurisdicción es innegable y se une a los esfuerzos que se adelantan en la misma Superintendencia en materia de arbitraje comercial, mediación y ejercicio de funciones administrativas sancionatorias. Estos cuatro componentes configuran el más impresionante conjunto de alternativas para la resolución de conflictos empresariales existente en el país. De esta manera, la Superintendencia se propone poner a disposición de las compañías nacionales todas las alternativas de solución de conflictos, que abarcan diversas instancias jurídicas, cuya efectividad ha sido reconocida por quienes acuden a la Superintendencia.

En todo este trabajo jurisprudencial debe destacarse el esfuerzo desplegado por el doctor José Miguel Mendoza, cuya labor ha sido determinante para que este acervo jurisprudencial sea una realidad tangible y actual.

El aumento vertiginoso en el número de demandas que diariamente se presentan ante la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia es un síntoma halagüeño del vigoroso litigio societario que se ha creado al amparo de esta trascendente jurisdicción. Solo resta esperar que los pronunciamientos consignados en este libro sirvan a todos quienes han de entenderse con las complejas y fascinantes cuestiones que se suscitan en el mundo real del Derecho de Sociedades.

**Francisco Reyes Villamizar**  
Superintendente de Sociedades

## Tabla de contenido

### Sentencias

1.	Sentencia No. 801-35 del 9 de julio de 2013 .....	17
	Partes: SAC Estructuras Metálicas S.A. contra José Daniel Correa Senior y otros	
	Asunto: Conflictos de interés de los administradores sociales.	
2.	Sentencia No. 800-13 del 28 de enero de 2014 .....	25
	Partes: Suzanne Canfield Ruiz e Inversiones Cajiao Canfield S.A.S. contra Ricardo Hormaza Meza y José Clifton Slug León Bello	
	Asunto: Suplantación fraudulenta del representante legal.	
3.	Sentencia No. 801-14 del 29 de enero de 2014 .....	27
	Partes: Orlando Campos Camelo contra Ricardo Zárate Mateus y Fabio Olivella Cicero	
	Asunto: Exclusión de accionistas en una sociedad por acciones simplificada.	
4.	Sentencia No. 801-15 del 18 de febrero de 2014.....	35
	Partes: Pedro Pablo Cano Pulido contra Concesión Aeropuerto San Andrés y Providencia S.A.	
	Asunto: Controversias sobre la información consignada en las actas de la junta directiva.	
5.	Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014.....	41
	Partes: Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A.	
	Asunto: Capitalización abusiva.	
6.	Sentencia No. 800-29 del 14 de mayo de 2014 .....	83
	Partes: Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. contra Shirley Natalia Ávila Barrios	
	Asunto: Deber de lealtad de los administradores sociales. Aplicación judicial del régimen legal en materia de conflictos de interés.	

7. Sentencia No. 801-35 del 13 de junio de 2014 .....	101
Partes: Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation contra Axede S.A. Asunto: Interpretación de mecanismos estatutarios de protección de accionistas minoritarios.	
8. Sentencia No. 800-40 del 2 de julio de 2014 .....	109
Partes: Colombiana de Envases Industriales (Colvinsa) S.A. contra Adelaida Portillo Lizarazo y otros Asunto: Análisis de la conducta de dos bloques de accionistas en la disputa por el control de una sociedad. Dispersión y concentración de capital. Responsabilidad de administradores.	
9. Sentencia No. 800-44 del 18 de julio de 2014 .....	133
Partes: Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S. y otros Asunto: Abuso del derecho por la retención injustificada de utilidades. Criterios analíticos para controvertir las políticas de repartición de utilidades en una sociedad cerrada.	
10. Sentencia No. 800-52 del 1º de septiembre de 2014 .....	157
Partes: Sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en liquidación Asunto: Criterios analíticos para identificar la existencia de un conflicto de interés en el contexto societario.	
11. Sentencia No. 800-54 del 9 de septiembre de 2014.....	177
Partes: Marco Aquileo José Fidel Rivera contra Terra Barichara S.A.S. Asunto: Arbitrios de indemnización y pago de aportes por compensación de obligaciones dinerarias.	
12. Sentencia No. 800-56 del 23 de septiembre de 2014.....	183
Partes: Luz Marina Durán Chinchilla contra Compañía Libertador S.A. Asunto: Exclusión de accionistas. Rechazo de pretensiones por actuaciones anteriores de la demandante.	
13. Sentencia No. 801-81 del 20 de noviembre de 2014 .....	189
Partes: Alexander Rodríguez contra Jannas Grupo Empresarial S.A.S. y otros Asunto: Asignación de la carga de la prueba en procesos de abuso del derecho de voto.	

14. Sentencia No. 801-86 del 22 de diciembre de 2014.....	193
Partes: Jhon Fredy Díaz Arbeláez contra Noreña & Díaz S.A.S. Asunto: Reuniones assemblearias inexistentes.	
15. Sentencia No. 801-3 del 9 de enero de 2015 .....	201
Partes: Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation contra Axede S.A. Asunto: Ejecución judicial de pactos sobre la elección de miembros de la junta directiva.	
16. Sentencia No. 800-50 del 8 de mayo de 2015 .....	207
Partes: Alienergy S.A. contra Álvaro José Márquez y Gestión Orgánica GEO S.A.S. Asunto: Abuso de minoría. Ejercicio irregular del derecho de veto.	
17. Sentencia No. 800-54 del 15 de mayo de 2015 .....	223
Partes: Jovalco S.A.S. contra Construcciones Orbi S.A. Asunto: Abuso de paridad.	

### Medidas cautelares

1. Auto No. 801-21426 del 23 de diciembre de 2013.....	239
Partes: Jhon Fredy Díaz Arbeláez contra Álvaro Antonio Noreña Noreña Asunto: Requisitos para que se examinen las actuaciones de accionistas y administradores en la gestión de los asuntos internos de una compañía.	
2. Auto No. 800-5205 del 9 de abril de 2014 .....	247
Partes: Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros Asunto: Orden de abstenerse de celebrar operaciones por fuera del giro ordinario de los negocios de una compañía.	
3. Auto No. 801-8025 del 29 de mayo de 2014 .....	257
Partes: Jhon Fredy Díaz Arbeláez contra Álvaro Antonio Noreña Noreña Asunto: Suspensión de contratos celebrados con el posible propósito de evadir el cumplimiento de una medida cautelar.	
4. Auto No. 801-11097 del 5 de agosto de 2014.....	261
Partes: Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP contra Codensa S.A. ESP Asunto: Interpretación de acuerdos de inversión.	

5.	Auto No. 801-11759 del 20 de agosto de 2014.....	271
	Partes: Beatriz Helena Obando Benjumea contra Oben Muebles S.A. Asunto: Ejecución de protocolos de familia.	
6.	Auto No. 801-17880 del 4 de diciembre de 2014.....	275
	Partes: Londoño Hermanos y Cía. Ltda. y Doris Pinilla Acuña contra Procinal Bogotá Ltda. y otros Asunto: Conflictos de interés del representante legal.	
7.	Auto No. 800-2730 del 17 de febrero de 2015.....	281
	Partes: María Victoria Solarte Daza contra CSS Constructores S.A. Asunto: Abuso del derecho en la capitalización de utilidades	
8.	Auto No. 800-3504 del 27 de febrero de 2015.....	293
	Partes: Vector Construcciones y Soluciones S.A.S. contra Edward Alberto Rico Ávila Asunto: Conflictos de interés del representante legal.	
9.	Auto No. 800-3975 del 6 de marzo de 2015 .....	299
	Partes: Javier Antonio Gutiérrez Lozano contra Gilma Lozano de Gutiérrez y Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C. Asunto: Ejercicio del derecho de inspección y solicitud de actas del máximo órgano social.	
10.	Auto No. 800-4782 del 26 de marzo de 2015 .....	305
	Partes: Ángela María Azuero Figueroa y María Teresa Figueroa Clausen contra El Puente S.A. Asunto: Conflictos de interés de los administradores por intereses paralelos a los de la sociedad.	

# Sentencias

### Sentencia No. 801-35 del 9 de julio de 2013

<b>Partes</b>	SAC Estructuras Metálicas S.A. contra José Daniel Correa Senior y otros
<b>Asunto</b>	Conflictos de interés de los administradores sociales.

#### Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante este Despacho busca controvertir los contratos de mutuo celebrados por Daniel Correa Senior, Santiago Francisco Correa Laverde y Gloria Estella Gallo Pérez con la sociedad SAC Estructuras Metálicas S.A. Según la sociedad demandante, tales negocios jurídicos se celebraron sin que se hubiese obtenido la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. De conformidad con lo expresado en la demanda, la referida autorización resultaba indispensable para poder celebrar los contratos de mutuo objeto de este proceso, en vista de la existencia de un conflicto de interés en cabeza de los demandados, en su calidad de administradores de SAC Estructuras Metálicas S.A. (vid. Folio 4). Por su parte, el apoderado de Daniel Correa Senior, Santiago Francisco Correa Laverde y Gloria Estella Gallo Pérez ha formulado su defensa en torno a la buena fe de tales sujetos. En su criterio, debido a que las actuaciones de los demandados estuvieron encaminadas a solventar las necesidades de liquidez de SAC Estructuras Metálicas S.A., se desvirtuó la existencia de un conflicto de interés respecto de los negocios jurídicos analizados.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Durante la fijación del objeto del litigio, el aludido apoderado manifestó, en efecto, que 'no entendemos cómo puede haber conflicto de interés cuando quien presta los recursos es el administrador, en este caso el señor José Daniela Correa y el señor Santiago Correa. En el caso de la señora Gloria Stella Gallo, que es un caso distinto, ella ni era accionista, ni era administradora también de la sociedad y de buena fe prestó los recursos [...] podría pensar uno que hay un conflicto de intereses cuando realmente quien presta los recursos es la sociedad, es decir, en detrimento de la sociedad'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 7 de mayo de 2013, folio 226 del expediente (16:37).

Antes de emitir un pronunciamiento acerca de los argumentos formulados por ambas partes, es necesario hacer un breve recuento de los antecedentes fácticos más relevantes para los efectos de este litigio.

## Hechos

De conformidad con las pruebas analizadas por el Despacho, Daniel Correa Senior y Santiago Francisco Correa Laverde ejercieron la representación legal conjunta de SAC Estructuras Metálicas S.A. desde el 30 de marzo de 1993 hasta el 19 de octubre de 2011 (vid. Folio 2). Durante este tiempo, tanto los administradores señalados, como Gloria Estella Gallo Pérez, la cónyuge de Daniel Correa Senior, celebraron sendos contratos de mutuo, por cuya virtud le entregaron a SAC Estructuras Metálicas S.A. unas sumas de dinero. Como respaldo de los préstamos antes indicados, se emitieron múltiples pagarés entre julio de 2010 y octubre de 2011. En el siguiente cuadro se presenta una síntesis de la información aportada por las partes en lo relacionado con las sumas que los demandados le entregaron a SAC Estructuras Metálicas S.A.

Sujeto	Monto del préstamo	Pagaré (No. y fecha)	Tasa de interés corriente
Daniel Correa Senior	\$70.000.000	No. 003 del 30 de julio de 2010	Tasa nominal mensual del 18.48% (mes vencido).
Daniel Correa Senior	\$7.000.000	No. 001 del 10 de octubre de 2011.	Tasa nominal mensual del 1.5% (mes anticipado)
Gloria Stella Gallo Pérez	\$30.000.000	No. 003 del 18 de agosto de 2011	Tasa nominal mensual del 1.5% (mes anticipado)
Santiago Correa Laverde	\$25.000.000	No. 002 del 5 de octubre de 2011	Tasa nominal mensual del 1.5% (mes anticipado)
Santiago Correa Laverde	\$69.715.000	No. 001 del 25 de mayo de 2011	Tasa nominal mensual del 21.6% (mes vencido)

Por lo demás, el Despacho pudo constatar que los pagarés emitidos a favor de Daniel Correa Senior fueron suscritos por Santiago Francisco Correa Laverde. A su vez, los pagarés emitidos a favor de Santiago Francisco Correa Laverde fueron firmados por Daniel Correa Senior. Así mismo, según consta en el expediente, Santiago Francisco Correa Laverde emitió el pagaré No. 3 del 18 de agosto de 2011 a favor de Gloria Estella Gallo Pérez.

## Análisis del caso presentado ante el Despacho

El caso sometido a consideración de este Despacho está relacionado con la posible violación de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en el cual se establecen reglas en materia de operaciones viciadas por un conflicto de interés.

[...]

Según lo expresado en el acápite anterior, Daniel Correa Senior y Santiago Francisco Correa Laverde ocuparon, en forma conjunta, el cargo de representante legal principal de SAC Estructuras Metálicas S.A., desde el 30 de marzo de 1993 hasta el 19 de octubre de 2011. El Despacho también pudo constatar que los contratos de mutuo controvertidos por la sociedad demandante se perfeccionaron entre los años 2010 y 2011, es decir, durante el período en que Daniel Correa Senior y Santiago Francisco Correa Laverde detentaban la calidad de administradores de la compañía. A la luz de lo anterior, parece suficientemente claro que la celebración de las operaciones controvertidas debió sujetarse al procedimiento legal previsto para los conflictos de interés. Se trató, en efecto, de la hipótesis consagrada en el numeral 7 antes citado, vale decir, ‘actos respecto de los cuales exista conflicto de interés’. Ciertamente, Daniel Correa Senior y Santiago Francisco Correa Laverde, en su calidad de mutuantes, contaban con un interés directamente contrapuesto al de SAC Estructuras Metálicas S.A., en calidad de mutuaría. Esta contraposición de intereses es, precisamente, la que activa el mecanismo de protección consagrado en el numeral 7 del artículo 23, a fin de que los accionistas examinen todas aquellas operaciones en las que los administradores puedan obtener un beneficio económico ‘en interés personal o de terceros’. En sustento de lo anterior, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá ha expresado, para el caso específico del contrato de mutuo, que ‘los administradores no pueden celebrar un contrato en el que se configure un conflicto de intereses con la sociedad que representan, como es el caso de suministrarle dineros a título de mutuo remunerado’.<sup>2</sup>

Debe señalarse, además, que el conflicto mencionado no perdió vigencia por el simple hecho de que Daniel Correa Senior y Santiago Francisco Correa Laverde se alternaran la representación legal de SAC Estructuras Metálicas

<sup>2</sup> Sentencia del 26 de junio de 2009, citada por JH Gil Echeverry (2012) 284.

S.A. para celebrar los contratos de mutuo rebatidos y expedir los pagarés correspondientes. En el caso analizado, el surgimiento de un conflicto de interés no dependía de que un mismo sujeto actuara, en forma simultánea, como mutuante a título personal y como mutuario en representación de la sociedad demandante. El simple hecho de haber contratado con SAC Estructuras Metálicas S.A., mientras ejercían el cargo de administradores de la compañía, fue suficiente para configurar la contraposición de intereses en la que se funda el régimen legal sobre la materia.<sup>3</sup>

De otra parte, el Despacho pudo establecer que Gloria Estella Gallo Pérez nunca detentó la calidad de administradora de SAC Estructuras Metálicas S.A. Con todo, durante el curso del proceso quedó claro que la señora Gallo era cónyuge de Daniel Correa Senior para la época en que se celebraron los negocios jurídicos impugnados.<sup>4</sup> [...] Debe aclararse, sin embargo, que la existencia de vínculos de la naturaleza indicada no da lugar, necesariamente, al surgimiento de un conflicto de interés. La comprobación de tales relaciones de afinidad simplemente le impone al administrador la carga de desvirtuar, ante las instancias judiciales, la configuración de un conflicto de interés [...].

En el presente caso, el Despacho pudo advertir un esfuerzo conjunto de los demandados por suplir las necesidades temporales de liquidez de SAC Estructuras Metálicas S.A. Es decir que Daniel Correa Senior y Gloria Estella Gallo Pérez obraron de consuno para celebrar sucesivos contratos de mutuo con la sociedad demandante. A pesar de las loables intenciones de los demandados—sobre las cuales se pronunciará el Despacho más adelante—la actuación concertada de los citados cónyuges es suficiente para verificar la existencia de un conflicto de interés [...]. Por consiguiente, el Despacho debe concluir que los contratos de mutuo celebrados por Gloria Estella Gallo Pérez también estuvieron viciados por un conflicto de interés.

Adicionalmente, debe advertirse que estos mismos negocios jurídicos pudieron haber representado un conflicto de interés para Santiago Francisco Correa Laverde. Ello se debe a que este administrador representó a SAC Es-

<sup>3</sup> Id.

<sup>4</sup> Cfr. interrogatorio de Daniel Correa Senior, grabación de la audiencia celebrada el 7 de mayo de 2013, folio 226 del expediente (20:35).

tructuras Metálicas S.A. en la celebración de contratos con la esposa de una persona con la que se encuentra ligado por vínculos de consanguinidad [...].

A la luz de las anteriores consideraciones, debe concluirse que, por virtud de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, debió haberse obtenido la autorización expresa de la asamblea general de accionistas de SAC Estructuras Metálicas S.A. para celebrar los contratos de mutuo objeto de este proceso. Con todo, las pruebas aportadas por las partes le permiten al Despacho establecer que el máximo órgano social nunca impartió la autorización requerida para el efecto.<sup>5</sup> Es por ello por lo que habrá de declararse la nulidad absoluta de los contratos de mutuo celebrados entre la sociedad demandante y los sujetos demandados, así como de los pagarés emitidos para respaldar tales obligaciones.

Ahora bien, en la demanda se formularon diversas pretensiones de condena, orientadas a que se reconozca una indemnización por los supuestos perjuicios sufridos por SAC Estructuras Metálicas S.A. y a que se les imponga a los administradores demandados la sanción de inhabilidad para ejercer el comercio. A pesar de las infracciones legales descritas en los párrafos anteriores, el Despacho considera que los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A. Como ya se dijo, es factible que las operaciones viciadas por un conflicto de interés le reporten importantes beneficios a una sociedad, como en efecto parece haber ocurrido en el presente caso. En este sentido, ambos administradores dieron cuenta de los problemas económicos que afectaron la operación de SAC Estructuras Metálicas S.A., lo cual puede constatarse fácilmente con el hecho de que la compañía estuvo incurso, durante varios años, en un proceso de restructuración bajo la Ley 550 de 1999. Ante las aparentes dificultades de obtener créditos bancarios para financiar la actividad de la compañía, los administradores demandados adquirieron, a título personal, sendos préstamos con Banco de Bogotá S.A., cuyo importe fue utilizado para celebrar los contratos de mutuo controvertidos ante este Despacho.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Id. (20:35).

<sup>6</sup> Según el apoderado de los demandados, 'en este caso quien resultó beneficiado de esos créditos fue la misma sociedad, como consecuencia de las dificultades económicas que tenía la sociedad para poder suscribir algún tipo de obligación con una entidad financiera, que en su momento estaba completamente limitado porque era una compañía en restructuración. Por esa razón es que se generan todos estos créditos y estas obligaciones' Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 7 de mayo de 2013, folio 226 del expediente (17:30).

Por una parte, según lo expresado por Daniel Correa Senior, las sumas que le entregó a SAC Estructuras Metálicas S.A. provinieron de un crédito bancario solicitado con el único propósito de inyectarle liquidez a la compañía. En sus palabras, ‘en el caso particular mio es un crédito de setenta millones de pesos y otro de siete millones, ambos otorgados a mi personalmente por el Banco de Bogotá, que yo le trasladé esos fondos a la compañía, le di instrucciones a la subgerente administrativa para que los aplicara adecuadamente en dos rubros principalísimos que era el pago de parafiscales y el pago de nominas específicamente’.<sup>7</sup>

En ese mismo sentido, Santiago Correa Laverde señaló que ‘la compañía [...] sufrió durante los últimos años problemas delicados de caja y de muy buena fe tuve que recurrir al banco a que me prestaran una plata a título personal para cedérsela a la compañía. Para poder sortear los momentos de angustia económica que teníamos, presté la plata’.<sup>8</sup> También debe destacarse que las sumas entregadas por Gloria Estella Gallo Pérez obedecieron a la intención manifiesta de permitir la continuación de la actividad de SAC Estructuras Metálicas S.A. Según lo expresado por esta demandada durante su interrogatorio, ‘ya había prestado plata en otras oportunidades y lo hacía porque veía la angustia y que pues me habían respondido, ya estaba saliendo la compañía al otro lado, pero en ese momento había dificultades, entonces lo hice con mucho gusto, no me imaginé nunca que pasara esto’.<sup>9</sup>

A pesar de lo anterior, el apoderado de SAC Estructuras Metálicas S.A. le manifestó al Despacho que las actuaciones de los administradores demandados fueron perjudiciales para la sociedad demandante por cuanto, ‘no se [tiene] certeza de la destinación de esos dineros y por los intereses que de

<sup>7</sup> Cfr. interrogatorio de Daniel Correa Senior, grabación de la audiencia celebrada el 7 de mayo de 2013, folio 226 del expediente (20:35). Según el mismo demandado, ‘la empresa estaba todavía en el proceso de restructuración, con los consabidos restricciones bancarias, porque los bancos no les prestan a las compañías en restructuración. Además, la empresa estaba en una situación complicada de caja, normal en este tipo de negocios, pero especialmente dramático por tratarse de una empresa en restructuración. Se tenía un crédito que tampoco estaba siendo atendido y no iba a ser atendido hasta mayo del año 2012 en el banco de Bogotá, que a su vez era una restructuración dentro de la restructuración ósea los créditos que estaba con el banco de Bogotá se metieron dentro de un pagaré de alrededor de 600 millones [...] lo cual restringía todavía más el crédito de la compañía y la colocaba con una calificación C ante los entes de vigilancia; entonces, había una situación de caja muy complicada (...).Cfr. Interrogatorio de Daniel Correa Senior, grabación de la audiencia celebrada el 7 de mayo de 2013, folio 226 del expediente (35:29 y 36:24).

<sup>8</sup> Cfr. interrogatorio de Santiago Correa Laverde, grabación de la audiencia celebrada el 28 de mayo de 2013, folio 361 del expediente (10:30).

<sup>9</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 7 de mayo de 2013, folio 226 del expediente (40:10).

todas maneras, eventualmente estaría obligada a pagar’.<sup>10</sup> Más aún, el citado apoderado expresó que no era claro si las sumas discutidas efectivamente ingresaron al patrimonio de la compañía.<sup>11</sup> En este sentido, el Despacho considera que las pruebas aportadas por ambas partes—incluidas, especialmente, la certificación emitida por la antigua contadora de la compañía (vid. Folios 119 a 121), lo expresado por la revisora fiscal durante su testimonio (vid. Folio 361), los comprobantes de transferencia de recursos emitidos por Interbolsa S.A. (vid. Folios 263 y 264) y los soportes contables de la sociedad demandante (vid. Folios 265 a 279, 282 a 285, 287 a 289, 291 a 309, 315 a 317, 320 a 323, 325 a 342 y 346)—son suficientes para concluir que las sumas debatidas en el presente proceso sí ingresaron a las cuentas de SAC Estructuras Metálicas S.A. Además, en vista de lo expresado en el párrafo precedente, parece claro que los préstamos efectuados por los demandados no le reportaron perjuicio alguno a SAC Estructuras Metálicas S.A. Por el contrario, los elementos de juicio sometidos a consideración del Despacho apuntan a que tales actuaciones estuvieron alineadas con los intereses de la sociedad demandante y sus accionistas. Por esta razón, además de desestimar las pretensiones relacionadas con los perjuicios invocados por la demandante, el Despacho también rechazará la solicitud de imponerles a los administradores la sanción de inhabilidad para ejercer el comercio.

Finalmente, el Despacho accederá a decretar las restituciones mutuas solicitadas por el apoderado de la sociedad demandante. Por ello, SAC Estructuras Metálicas S.A. deberá devolverle a los demandados las sumas que le fueron entregadas a título de mutuo, una vez descontados los pagos que se hayan efectuado hasta la fecha, de conformidad con la información expresada en la contabilidad de la compañía. Para estos efectos, el Despacho le ordenará al revisor fiscal de SAC Estructuras Metálicas S.A. que prepare un informe,

<sup>10</sup> Id. (10:36). También es relevante aludir a las siguientes afirmaciones efectuadas por el apoderado de la sociedad demandante: ‘Con el análisis técnico que hicieron quienes están manejando la parte contable y financiera de mi cliente, arrojaron unos perjuicios de daño futuro en la medida en que comprometer a la sociedad con unos prestamos de los que no se sabe si se destinó ese dinero, realmente al objeto social de la compañía, pues están estimando que hay un daño efectivo cierto al comienzo, por el valor del dinero más los intereses que tuviera que pagar eventualmente la compañía como daño futuro cierto. (...) el perjuicio es por que no se sepa, no se tenga certeza de la destinación de esos dineros y por los intereses que de todas maneras, eventualmente estaría obligada a pagar’. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 7 de mayo de 2013, folio 226 del expediente (9:35). Finalmente, ante la pregunta de este Despacho en el sentido de que si los supuestos perjuicios sufridos por SAC Estructuras Metálicas S.A. perderían su justificación si se comprobaba el ingreso efectivo de las sumas debatidas a las cuentas de la compañía, el apoderado respondió que ‘eventualmente eso podría ser así’. Cfr grabación de la audiencia celebrada el 7 de mayo de 2013, folio 226 del expediente (10:48).

<sup>11</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 7 de mayo de 2013, folio 226 del expediente (7:46).

con base en los estados financieros de la sociedad demandante, en el que se registren los montos que se les adeudan actualmente a los demandados.

[...]

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 la nulidad absoluta de los contratos de mutuo celebrados entre los demandados y SAC Estructuras Metálicas S.A. durante los años 2010 y 2011, así como de los pagarés emitidos para garantizar el pago de las obligaciones correspondientes.

**Segundo.** Ordenarle a SAC Estructuras Metálicas S.A. que les restituya a los demandados las sumas que fueron objeto de los contratos de mutuo a que se alude en el numeral anterior, una vez descontados los pagos efectuados hasta la fecha de esta sentencia.

**Tercero.** Ordenarle al revisor fiscal de SAC Estructuras Metálicas S.A. que le envíe a este Despacho un informe, preparado con base en los libros contables de la compañía, en el que se registren con exactitud las sumas dinerarias que actualmente se les adeudan a los demandados. Las sumas incluidas en el informe preparado por el revisor fiscal serán las que habrán de tenerse en cuenta para los efectos de las restituciones ordenadas en el numeral segundo. Para los anteriores efectos, se le oficiará al revisor fiscal de SAC Estructuras Metálicas S.A., de manera que el citado funcionario le remita a este Despacho el informe dentro de los cinco días siguientes al envío de la mencionada comunicación.

**Cuarto.** Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

**Quinto.** Condenar en costas a los demandados y fijar como agencias en derecho a favor de la sociedad demandante la suma de \$589.500.

La anterior providencia se profiere a los nueve días del mes de julio de dos mil trece y se notifica en estrados.

### Sentencia No. 801-13 del 28 de enero de 2014

<b>Partes</b>	Suzanne Canfield Ruiz e Inversiones Cajiao Canfield S.A.S. contra Ricardo Hormaza Meza y José Clifton Slug León Bello
<b>Asunto</b>	Suplantación fraudulenta del representante legal.

### Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a controvertir las decisiones aparentemente adoptadas por la asamblea general de accionistas de Inversiones Cajiao Canfield S.A.S. el 11 de marzo de 2013, según consta en el acta No. 6, particularmente en lo relacionado con la designación de Ricardo Hormaza Meza como representante legal de la compañía (vid. Folios 26 a 31).

Una vez consultadas las pruebas disponibles, el Despacho debe ratificar la conclusión preliminar consignada en el Auto No. 801-16637 del 8 de octubre de 2013, mediante el cual se decretaron medidas cautelares en el presente proceso. Ello se debe a que los demandantes le han manifestado al Despacho, en forma explícita, que ninguno de los accionistas asistió a la reunión del 11 de marzo de 2013 (vid. Folio 8). Estas contundentes afirmaciones, reiteradas durante la audiencia judicial celebrada el 28 de enero de 2014, no fueron controvertidas por el representante de los demandados en el presente proceso. Además, el apoderado de los demandantes aportó un análisis grafológico en el que se da cuenta de la falsificación de la firma del señor Francisco José Cajiao Caycedo en el acta No. 6 (vid. Folio 101). Este experticio, presentado por los demandantes a la luz de lo previsto en el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010, refuerza la conclusión del Despacho en el sentido de que la reunión asamblearia controvertida nunca tuvo lugar. Es por esto que el Despacho debe desestimar el contenido del acta No. 6, para concluir, en consecuencia, que las decisiones objeto del presente proceso son inexistentes, a la luz de lo previsto en el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio.<sup>1</sup>

Así las cosas, el Despacho deberá corregir los efectos indebidos que alcanzaron a producir las decisiones inexistentes a que se ha hecho referencia, inclui-

<sup>1</sup> NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2010, Bogotá, AbeledoPerrot) 293 y siguientes.

da la designación irregular de Ricardo Hormaza Meza como representante legal de Inversiones Cajiao Canfield S.A.S. Por ello, se le oficiará tanto a la Cámara de Comercio de Bogotá como al representante legal de la sociedad, a fin de que se adopten las medidas pertinentes para darle cumplimiento a lo expresado en esta sentencia. Es claro, además, que todos aquellos negocios jurídicos celebrados por Ricardo Hormaza Meza en su espuria calidad de representante legal de Inversiones Cajiao Canfield S.A.S. le son inoponibles a esta última compañía. Esta conclusión se deriva de lo previsto en el artículo 841 del Código de Comercio, en la cual se establece que ‘el que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de éste, será responsable al tercero de buena fe exento e culpa de la prestación prometida’.<sup>2</sup> Por lo demás, en vista de la posible configuración de hechos punibles, el Despacho le remitirá una copia del expediente de este proceso a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que se tomen las medidas que correspondan.

[...]

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.** Advertir que son inexistentes las decisiones consignadas en el acta No. 6, correspondiente a la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Inversiones Cajiao Canfield S.A.S. supuestamente celebrada el 11 de marzo de 2013.

**Segundo.** Por virtud de la inexistencia mencionada en el numeral anterior, advertir que todos los negocios jurídicos celebrados por Ricardo Hormaza Meza en nombre de Inversiones Cajiao Canfield S.A.S., le son inoponibles a esta última compañía [...].

La anterior providencia se expide a los veintiocho días del mes de enero de dos mil catorce y se notifica en estrados.

<sup>2</sup> En este sentido, Gil Echeverry ha señalado que ‘los artículos 833 y 841 del Código de Comercio paladinamente expresan que el negocio celebrado por el representante, sin facultades de representación o extralimitando las mismas, no produce efectos frente a su representado, pero sí será válido, eficaz y vinculante entre el tercero y dicho representante’ JH Gil Echeverry, *Derecho Societario Contemporáneo* (2012, 2ª Ed, Bogotá, Editorial Legis) 320- 321.

### Sentencia No. 801-14 del 29 de enero de 2014

<b>Partes</b>	Orlando Campos Camelo contra Ricardo Zárata Mateus y Fabio Olivella Cicero
<b>Asunto</b>	Exclusión de accionistas en una sociedad por acciones simplificada.

### Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a resolver el conflicto generado por la exclusión de Orlando Campos Camelo de la sociedad Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S. De acuerdo con la información disponible, Orlando Campos Camelo fue expulsado de aquella compañía durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada el 19 de octubre de 2012. Para el efecto, se adujo que el señor Campos Camelo había incurrido en múltiples irregularidades, incluidas las siguientes: ‘presuntas conductas y faltas graves y gravísimas, como el abuso de confianza calificado, desvío de dineros, ocultar los mismos, malversación de fondos, falta de informes, falta de pago de las acciones, daño en bien ajeno [...]’ (vid. Folio 542). A pesar de lo anterior, durante la etapa de fijación del objeto del litigio quedó claro que la razón en la que se fundamentó la exclusión controvertida fue la presunta mora en el pago del aporte por parte de Orlando Campos Camelo.<sup>1</sup>

Ahora bien, el demandante considera que la decisión de excluirlo constituyó un ejercicio abusivo del derecho de voto. Sin embargo, antes de aludir a esa pretensión, el Despacho deberá examinar si la exclusión a que se ha hecho referencia se aprobó de conformidad con las normas que rigen la materia. Ello se debe a que las pruebas recogidas durante el curso del proceso parecen dar cuenta de la posible ineficacia de las decisiones adoptadas durante la reunión del 19 de octubre de 2012, al no haberse convocado al señor Orlando

<sup>1</sup> Ante la pregunta del Despacho acerca de si la razón principal que llevó a la exclusión de la sociedad del accionista Orlando Campos Camelo fue la mora en el pago del aporte, el apoderado de los demandados contestó lo siguiente: ‘Sí, eso es correcto’. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 22 de julio de 2013, folio 350 del expediente (11:00-13:01).

Campos Camelo a esa sesión asamblearia. Para estos efectos, debe estudiarse si el señor Campos Camelo se encontraba en mora de pagar su aporte al momento en que se celebró la citada reunión del máximo órgano social.

Lo primero que debe decirse es que las partes aportaron múltiples pruebas que apuntan a que el señor Campos Camelo efectivamente le pagó su aporte a Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S. En primer término, en la escritura pública de constitución de Marcas y Genéricos de Calidad Ltda. (hoy Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S.), se manifestó, de manera explícita, que Orlando Campos Camelo pagó su aporte desde el 14 de febrero de 2008. En verdad, según consta en ese documento, 'el socio ORLANDO CAMPOS CAMELO, identificado con la cédula de ciudadanía No 5.887.831 de Chaparral, Tolima, cancela sus aportes equivalentes a \$128.000.000 en dinero en efectivo' (vid. Folio 23). El Despacho considera necesario señalar que la aludida escritura pública, otorgada bajo el número 284, fue suscrita por Ricardo Zárate Mateus, uno de los asociados que votó a favor de la exclusión de Orlando Campos Camelo.

En segundo lugar, la información consignada en los libros contables de la sociedad da cuenta de que el señor Campos Camelo sí pagó su aporte. Por una parte, en el balance general con corte a 31 de diciembre de 2008 y en la nota No. 10 a tales estados financieros aparece que el capital social de Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S. se encontraba pagado en su totalidad (vid. Folios 464 y 468). Esta información también aparece consignada en los estados financieros correspondientes a los años 2009 a 2012, suscritos por Ricardo Zárate Mateus, en su calidad de representante legal de la compañía (vid. Folios 445, 452, 428, 434, 414, 415, 397 y 402).

En este punto debe aludirse a una posible controversia acerca del pago efectivo de los aportes por parte de los socios fundadores de Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S. Durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S. celebrada el 27 de febrero de 2012, Orlando Campos Camelo y Ricardo Zárate Mateus manifestaron lo siguiente: 'De mutuo acuerdo entre las partes el pago de sus aportes sociales están contemplados como **pago en efectivo** por la suma de \$128.000.000.00, valorizando así el trabajo aportado por cada uno de ellos, para un monto total de \$256.000.000.00, representado en ventas, desarrollo de clientes, consecución de nuevos clientes, recaudo

de cartera, que el **aporte de trabajo** aquí descrito se basa en el conocimiento y relaciones comerciales que cada uno de ellos tenían en el año 2008 al momento de la apertura de la compañía, lo cual generó unas ventas' (se resalta) (vid. Folio 49).

El texto antes transcrito contiene información contradictoria acerca de la naturaleza de los aportes efectuados al momento de constituirse la compañía, debido a que en el acta No. 15 antes citada se alude tanto a aportes en efectivo como en industria con estimación anticipada de su valor. Con todo, el Despacho debe poner de presente que en las sociedades de responsabilidad limitada no es posible efectuar esta clase de aportes en industria. Según Reyes Villamizar, 'ello se debe a la exigencia de que se pague la totalidad del capital social en el momento de constituirse la sociedad o de efectuarse el aumento del capital social'.<sup>2</sup> Así, pues, los socios fundadores de Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S. (antes Marcas y Genéricos de Calidad Ltda.) no habrían podido conformar el capital social mediante los supuestos aportes en industria a que se ha hecho referencia. En otras palabras, de aceptarse la idea de que los aportes primigenios al capital de la compañía se hicieron en industria, Orlando Campos Camelo y Ricardo Zárate Mateus habrían incumplido con la obligación prevista en el artículo 354 del Código de Comercio. En este sentido, debe recordarse que tanto en la escritura pública de constitución de Marcas y Genéricos de Calidad Ltda. (hoy Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S.), como en los estados financieros de la compañía para los ejercicios comprendidos entre los años 2008 y 2012, se expresa que el capital de la sociedad fue pagado desde el año 2008. Es decir que la información registrada en los libros de comercio de esa compañía es contraria a las confusas afirmaciones efectuadas por los accionistas durante la reunión asamblearia del 27 de febrero de 2012. Ciertamente, no podría haberse registrado el pago efectivo del capital de Marcas y Genéricos de Calidad Ltda. (hoy Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S.) si los aportes de los socios fundadores se hicieron en industria, con estimación anticipada de su valor.

Ante esta aparente contradicción, el Despacho debe atribuirle mayor valor probatorio a los libros contables de la compañía que a las equívocas afirma-

<sup>2</sup> FH Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, (2006, 2ª Ed., Bogotá, Editorial Temis) 302.

ciones de los asociados.<sup>3</sup> Ello se debe, por una parte, a lo previsto en el artículo 68 del Código de Comercio, según el cual ‘los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente’.<sup>4</sup> De otra parte, en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil se establece que ‘los libros de comercio hacen fe en los procesos entre comerciantes, siempre que estén llevados en legal forma. En los demás casos, solamente harán fe contra el comerciante que los lleva’. En el último inciso de este mismo artículo se expone una regla respecto del valor probatorio atribuido a los libros de comercio, por cuya virtud, ‘al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros’.<sup>5</sup> Se trata de una disposición orientada a evitar que los comerciantes intenten restarle valor a la información desfavorable consignada en sus propios libros de comercio.

También es relevante consultar la opinión de Neira Archila, según la cual ‘es evidente que cuando el comerciante verifica sus registros en los libros, no lo hace con el objeto de preconstituir una prueba a su favor sino simplemente con la finalidad de dejar una historia fidedigna de las operaciones realizadas y de los resultados de las mismas. Por ello esos registros no van a referirse exclusivamente a derechos a favor del mismo comerciante, sino que también incluirán obligaciones a su cargo. Por esas razones se equiparan esos registros a una confesión’.<sup>6</sup> Además, según lo expuesto por Narváez, la información contenida en los libros de comercio ‘se considera veraz en virtud de que normalmente nadie la establece en contra de sus propios intereses y a favor

3 En criterio de Pinzón, ‘los libros de comercio, en general, se exigen en interés del comerciante mismo, para que pueda seguir diariamente el interés de sus negocios y tener una prueba de sus derechos; en interés de los terceros que contratan con él para facilitarles medios de defensa, con la posibilidad de utilizarlos como medios de prueba; y en interés público, para establecer la integridad del patrimonio del comerciante en los casos de quiebra, lo mismo que para que el Estado tenga en ellos una fuente de informaciones fidedignas’ G Pinzón, *Introducción al Derecho Comercial* (1985, Bogotá, Editorial Temis) 325.

4 En este sentido, el numeral 5 del artículo 20 del Código de Comercio le atribuye la calidad de acto mercantil a la ‘intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales’. Al mismo tiempo, en el artículo 11 del mismo Código se establece que ‘las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones’.

5 En criterio de Ramírez Gómez, ‘cuando los libros de comercio no cumplen con los requisitos formales y materiales que la ley establece, éstos pierden toda su eficacia probatoria a favor del comerciante que los invoca, pero conservan el valor probatorio en su contra, porque mal podría el comerciante argumentar en su favor su propia culpa, su propia negligencia y omisión, ya que es él el que tiene que cumplir con el deber de llevar los libros ajustados a las prescripciones legales’ JF Ramírez Gómez, *La Prueba Documental* (1984, Medellín, Editorial Vieco) 48.

6 LC Neira Archila, ‘Los Libros de Comercio’ en *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá*, No. 3 (1971) 105.

de otro sin haber un motivo para ello. Y si el empresario pretende presentar una situación aparente, cobra vigor el principio de que nadie puede invocar en su favor su propio dolo. De ahí que en general la ley no admita prueba alguna que tienda a destruir lo que resulte de sus asientos’.<sup>7</sup>

Así las cosas, a la luz del amplio acervo documental aportado durante el curso del proceso, el Despacho debe concluir que Orlando Campos Camelo efectivamente pagó el valor correspondiente a su aporte en Marcas y Genéricos de Calidad Ltda. (hoy Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S), al momento de constituirse la sociedad. Es claro, además, que Ricardo Zárate Mateus reconocía esta situación, a lo menos hasta el momento en que se produjo el conflicto entre ese sujeto y Orlando Campos Camelo.<sup>8</sup> Como ya lo ha dicho el Despacho en otras oportunidades, el solo hecho de haberse presentado una disputa entre los accionistas de una compañía no puede dar lugar a que ‘se desconozca la validez de la información contenida en los libros contables y los documentos sociales inscritos ante el registro mercantil [...] [ni a] sus propias actuaciones con anterioridad al momento del conflicto’.<sup>9</sup>

En vista de lo anterior, el Despacho no se ocupará en estudiar el posible ejercicio abusivo del derecho de voto en la decisión de excluir al señor Campos Camelo, por cuanto esa determinación es evidentemente ineficaz. En verdad, tras acreditarse el pago efectivo del aporte por parte del señor Campos Camelo, ese sujeto debió haber sido convocado a la reunión del 19 de octubre de 2012. Sin embargo, las pruebas disponibles le permiten al Despacho concluir que esa convocatoria nunca se surtió, según lo expresó la apoderada del demandante durante la audiencia de fijación del objeto del litigio (vid. Folio 350).<sup>10</sup> A pesar de que el representante legal de Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S. manifestó que tal convocatoria se había producido de manera ‘verbal vía telefónica con confirmación a correos electrónicos cor-

7 JI Narváez, *Introducción al Derecho mercantil* (1990, Bogotá, Ediciones Bonnet & Cía) 292.

8 En el expediente hay diversas pruebas acerca de la existencia de un conflicto entre los citados accionistas. Cfr. por ejemplo, el acta No. 16 y los documentos relativos a una posible conciliación entre tales sujetos con anterioridad al momento de la exclusión de Orlando Campos Camelo (vid. Folios 126 al 133).

9 Cfr. Sentencia No. 801-50 del 8 de noviembre de 2012.

10 En este mismo sentido, el señor Campos Camelo señaló lo siguiente: ‘Nunca tuve conocimiento de que los señores Zárate y Olivella estaban haciendo reuniones, me enteré de todos los cambios y movimientos que hicieron cuando pedí la cámara de comercio y vi con extrañeza todo lo que habían logrado hacer [...]’. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 22 de julio de 2013, folio 350 del expediente (2:03:00–2:04:10).

porativos' y con la 'publicación en carteleras de las sedes de Bogotá y Yopal desde octubre 9 de 2012', nunca se aportaron los documentos que dieran cuenta del cumplimiento de lo previsto en el artículo 21 de los estatutos sociales en cuanto a la convocación a las reuniones del máximo órgano social. Por el contrario, el aludido representante legal manifestó que 'las convocatorias siempre fueron objeto de informalidad para el ente jurídico, llevando así sin el pleno de requisitos la citación a reunión del máximo ente directivo de la sociedad, pues bastaba con el simple acuerdo de partes entre los asociados' (vid. Folio 467).

Es suficientemente claro, pues, que no se usaron los mecanismos contemplados en los estatutos de Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S. para convocar a Orlando Campos Camelo a la reunión del 19 de octubre de 2012, a pesar de que tal sujeto debía ser llamado a participar en esa reunión asamblearia. Por este motivo, fueron ineficaces las decisiones aprobadas durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S. celebrada el 19 de octubre de 2012, incluida la determinación de excluir a Orlando Campos Camelo. Esa misma sanción recae sobre todas aquellas decisiones posteriores adoptadas en reuniones asamblearias a las cuales no haya sido convocado el señor Campos Camelo.

Por lo demás, aunque la ineficacia no requiere declaración judicial, el Despacho considera que es indispensable corregir los efectos indebidos que alcanzaron a producir las decisiones sociales aprobadas en cualquier reunión celebrada desde el 19 de octubre de 2012 a la que no haya sido convocado Orlando Campos Camelo. Sobre el particular, es relevante consultar la opinión de Martínez Neira, según la cual 'resulta entonces contrario al ordenamiento jurídico y a los principios constitucionales de la igualdad reconocer efectos jurídicos a negocios ineficaces'.<sup>11</sup> Por este motivo, se le oficiará tanto a la Cámara de Comercio de Bogotá como al representante legal de la sociedad, a fin de que se adopten las medidas pertinentes para darle cumplimiento a lo expresado en esta sentencia.

Finalmente, el Despacho desestimará la pretensión principal en lo relacionado con algunas de las decisiones aprobadas durante la reunión extraordi-

naria celebrada el 18 de abril de 2012, por cuanto el demandante no aportó pruebas que soportaran la idea de que esas decisiones obedecieron a una actuación abusiva del derecho. También se negarán las pretensiones segunda y tercera de la demanda, por cuanto lo solicitado no encuentra soporte en el material probatorio aportado por el demandante.

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.** Desestimar las pretensiones de la demanda.

**Segundo.** Advertirle al representante legal de Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S. acerca de la ineficacia de las decisiones aprobadas en la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada el 19 de octubre de 2012, así como de todas aquellas sesiones posteriores del máximo órgano social a las que no haya sido convocado Orlando Campos Camelo.

**Tercero.** Ordenarle al representante legal de Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S. que adopte las medidas necesarias para corregir los efectos jurídicos que produjeron las determinaciones asamblearias ineficaces mencionadas en el numeral anterior. En desarrollo de esta orden, el representante legal de Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S. deberá llevar a cabo todas las gestiones requeridas para reconocerle a Orlando Campos Camelo su calidad de accionista de Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S.

**Cuarto.** Oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá para que inscriba esta sentencia en el registro mercantil a su cargo.

**Quinto.** Abstenerse de emitir una condena en costas.

La anterior providencia se profiere a los veintinueve días del mes de enero de dos mil catorce y se notifica en estrados.

<sup>11</sup> NH Martínez, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2010, Bogotá, Abeledo Perrot) 301.

## Sentencia No. 801-15 del 18 de febrero de 2014

<b>Partes</b>	Pedro Pablo Cano Pulido contra Concesión Aeropuerto San Andrés y Providencia S.A.
<b>Asunto</b>	Controversias sobre la información consignada en las actas de la junta directiva.

### Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada, principalmente, a que se declare la nulidad de la decisión contenida en el punto 6.4 del acta No. 96, correspondiente a la reunión de la junta directiva de Concesión Aeropuerto San Andrés y Providencia S.A. celebrada el 10 de julio de 2013. Para sustentar sus pretensiones, el demandante afirma que la información contenida en el punto 6.4 del acta No. 96 no corresponde a lo acontecido durante la reunión a que se ha hecho referencia. Según el demandante, durante la sesión del 10 de julio de 2013, la junta directiva de Concesión Aeropuerto San Andrés y Providencia S.A. aprobó la decisión de dar por terminado un contrato de concesión suscrito entre esa compañía y el Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil (Aerocivil). Así, de acuerdo con la demanda ‘luego del análisis jurídico expuesto por el doctor Fernández de Soto, quien señaló que era viable dar aplicación a la cláusula 86 del contrato para no seguir causando pérdidas a la sociedad y así devolverle la concesión a la Aerocivil sin muchos traumatismos, la junta directiva de la sociedad [...], decidió por unanimidad aplicar la referida cláusula’ (vid. Folio 10).<sup>1</sup> No obstante, según el contenido del acta No. 96, los directores apenas estudiaron la posibilidad de dar por terminado el contrato referido, sin que se hubiere adoptado una determinación en el sentido indicado por el demandante. Así, pues, el debate suscitado entre las partes busca establecer si, efectivamente, la junta directiva de Concesión Aeropuerto San Andrés

<sup>1</sup> En igual sentido, durante la fijación del objeto del litigio, el apoderado del demandante le afirmó al Despacho que ‘es distinto lo que se plasmó en el acta a la decisión que realmente se tomó’. Cfr. Grabación de la fijación del objeto del litigio realizada por el apoderado del demandante en la audiencia celebrada el 10 de diciembre de 2013, folio 218 del expediente (3:03 archivo 2:30 p.m.).

y Providencia S.A. decidió terminar el contrato de concesión suscrito entre esa compañía y Aerocivil.

Para resolver el caso sometido a consideración del Despacho, debe recordarse que en nuestro ordenamiento se han consagrado diversas reglas respecto del valor probatorio de documentos tales como las actas de la junta directiva de una compañía. Por una parte, en el artículo 68 del Código de Comercio se establece que ‘los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente.’ Así mismo, en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil se señala que ‘se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma’.<sup>2</sup> En este sentido, según lo expresó esta Delegatura en el Auto No. 801-12876 del 22 de julio de 2013, ‘el valor probatorio que la ley le ha otorgado a los libros de actas de la junta directiva [...] lleva al Despacho a concluir que la información contenida en [un acta de ese órgano social] debe tenerse por cierta, a menos que se demuestre lo contrario [...]. Es decir que el Despacho no puede restarle valor probatorio al [acta], hasta tanto cuente con suficientes elementos de juicio para constatar la falsedad de lo expresado en ese documento’.

Es así como, de conformidad con lo expresado anteriormente, al demandante le corresponde la carga de desvirtuar la información consignada en el acta No. 96. Para tal efecto, se practicaron numerosas pruebas orientadas a esclarecer lo acontecido durante las deliberaciones de la junta directiva de Concesión Aeropuerto San Andrés y Providencia S.A. en la reunión del 10 de julio de 2013. En particular, el Despacho recibió los testimonios de las personas presentes durante la aludida reunión, incluidos cinco miembros principales de la junta directiva y los asesores legales Andrés Fernández de Soto y Carolina Barrios.<sup>3</sup> En el curso de estos testimonios, los sujetos que participaron en la reunión del 10 de julio coincidieron unánimemente en que la junta directiva no había decidido dar por terminado el contrato de concesión. Según la opinión de Juan Felipe Hoyos Mejía, quien actuó como presidente de la reunión, ‘en esa reunión de junta se evaluaron diferentes alternativas entre esas la cláusula a la que usted hace mención y en las discusiones se dio la

2 Debe resaltarse que, según el criterio expresado por esta Superintendencia en sede administrativa, la regla del artículo 189 del Código de Comercio no puede aplicarse por analogía a las actas de la junta directiva. Cfr., por ejemplo, Oficio No. 220-37917 del 9 de junio de 2003.

3 El único miembro de la junta directiva que estuvo presente en la reunión del 10 de julio de 2013 y que no declaró ante este Despacho fue el demandante Pedro Pablo Cano Pulido.

inquietud de si efectivamente se podía aplicar esa cláusula y se discutió si teníamos el derecho o no de aplicarla. Posterior a eso y con las recomendaciones de nuestro asesor jurídico y la discusión que tuvimos los demás miembros de junta, se solicitó a la administración que antes de tomar una decisión definitiva se hiciera el estudio de las consecuencias que eso podría tener para la concesión dado que había contratos en curso, personal vinculado y demás actividades o consecuencias que traería una decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato o por lo menos ponerlo a consideración de las entidades oficiales’.<sup>4</sup>

Además, de conformidad con lo manifestado por Héctor Juan Consuegra Muñoz, miembro principal del mencionado órgano directivo, la junta llegó ‘a una decisión [...] de dar una instrucción a nuestro gerente para que mirara las consecuencias jurídicas, legales y económicas de esa decisión, de acogernos a [lo establecido en la cláusula 86 del contrato de concesión]’.<sup>5</sup> Así mismo, Pedro Ramón Emiliani, miembro principal de la junta directiva, manifestó lo que se transcribe a continuación: ‘[la decisión de la junta fue la de] estudiar mucho más de fondo la consecuencia que tendría tanto financiera como jurídica, para todos, la aplicación de esa cláusula’.<sup>6</sup> Gonzalo Echeverri Palacio, otro director principal que estuvo presente en la reunión del 10 de julio, también señaló que ‘en esa junta [los directores deliberaron] ampliamente sobre la posibilidad de pedir la aplicación de la cláusula 86 del contrato, según la cual cuando se presenta una fuerza mayor y se suspende por más de un año la ejecución de la obra. Uno podría estar en capacidad de solicitar la terminación anticipada del contrato. Eso se debatió mucho en la junta y por tener unas implicaciones tan graves para la sociedad, la junta le pidió al gerente que analizara a fondo las posibles consecuencias jurídicas y

4 Cfr. Grabación del testimonio rendido por Juan Felipe Hoyos Mejía en la audiencia celebrada el 5 de febrero de 2014, folio 366 del expediente (2:16).

5 Cfr. Grabación del testimonio rendido por Héctor Juan Consuegra en la audiencia celebrada el 30 de enero de 2014, folio 358 del expediente (2:53 archivo 9:00 a.m.).

6 Cfr. Grabación del testimonio rendido por Pedro Ramón Emiliani en la audiencia celebrada el 30 de enero de 2014, folio 358 del expediente (5:23 archivo 12:00 m.). En igual sentido, el director Francisco Wiesner Tovar sostuvo lo siguiente: ‘hasta donde me acuerdo, una deliberación que hicimos en la junta se estudió la posibilidad de aplicar la cláusula a la cual usted hace mención dada las dificultades de ejecutar el contrato y se pensó obviamente en su devolución, previo algunos análisis que había que hacer desde el punto de vista jurídico y financiero, para poder devolverla si era el caso. Cfr. Grabación del testimonio rendido por Francisco Wiesner Tovar en la audiencia celebrada el 30 de enero de 2014, folio 358 del expediente (16:36 archivo 12:00 m.).

financieras y que de resultar positivas esas indagaciones, procederíamos a pedir la aplicación de la cláusula 86 pero sujeto a estudios posteriores'.<sup>7</sup>

Por su parte, Andrés Fernández de Soto, quien estuvo presente en la reunión como asesor legal de Concesión Aeropuerto San Andrés y Providencia S.A., le manifestó al Despacho que 'la decisión que se había tomado [...] es que se siguiera adelante con esa fórmula, pero previo a una [valoración] sobre las consecuencias que podría tener desde el punto de vista financiero para la concesión tomar una decisión de estas'.<sup>8</sup> Finalmente, debe anotarse que la testigo Carolina Barrios manifestó que, 'hubo muchas discusiones de los socios y finalmente se tomó la decisión de que se iban a explorar básicamente dos puntos: Primero las repercusiones financieras que eso tendría para los socios y segundo las repercusiones jurídicas y la viabilidad jurídica de su aplicación, y eso fue lo que finalmente se decidió que se aplicaría la cláusula en la medida en que esos estudios o esos análisis pues dieran un resultado positivo y que no hubiera riesgo para los socios'.<sup>9</sup>

A pesar de todo lo anterior, el demandante ha puesto de presente que en el borrador del acta No. 96, preparado por Carolina Barrios, no se incluyó el mencionado punto 6.4. Por esta razón, 'mediante correo electrónico de fecha 31 de julio de 2013, el señor Pedro Javier Cano Consuegra [...] le solicitó al doctor Eduardo Borda Soto que incluyera el punto relacionado con la devolución de la concesión' (vid. Folio 10). Según el demandante, la omisión a que se ha hecho referencia podría soportar la tesis planteada en la demanda. Además, el señor Pedro Javier Cano Consuegra le manifestó al Despacho, durante su testimonio, que la decisión adoptada por la junta directiva el 10 de julio de 2013 había sido la de dar por terminado el contrato de concesión analizado. Con todo, el Despacho pudo constatar que el señor Cano Consuegra no estuvo presente durante la reunión antes mencionada.

Así las cosas, una vez revisadas las pruebas disponibles, el Despacho debe concluir que no existen suficientes elementos de juicio para desestimar el valor probatorio que la ley les ha conferido a las actas de la junta directiva.

<sup>7</sup> Cfr. Grabación del testimonio rendido por Gonzalo Echeverri Palacio en la audiencia celebrada el 30 de enero de 2014, folio 358 del expediente (15:20 archivo 9:00 a.m.).

<sup>8</sup> Cfr. Grabación del testimonio rendido por Andrés Fernández de Soto en la audiencia celebrada el 27 de enero de 2014, folio 325 del expediente (26:49).

<sup>9</sup> Cfr. Grabación del testimonio rendido por Carolina Barrios en la audiencia celebrada el 27 de enero de 2014, folio 325 del expediente (2:21 archivo 4:00 p.m.).

Ello se debe a que el contenido de la citada acta No. 96 fue corroborado por la totalidad de las personas presentes durante la reunión del 10 de julio de 2013, incluidos cinco directores principales de Concesión Aeropuerto San Andrés y Providencia S.A. Ante la contundencia de lo afirmado por tales sujetos, el Despacho considera que las pruebas aportadas por el demandante—la omisión del punto 6.4 en el borrador preparado por Carolina Barrios, el testimonio de un director suplente que no participó en la reunión estudiada y las afirmaciones formuladas por el demandante en su calidad de miembro principal de la junta directiva—son insuficientes para rebatir el contenido del acta No. 96. Por este motivo, las pretensiones formuladas en la demanda no habrán de prosperar.<sup>10</sup>

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.** Desestimar las pretensiones formuladas en la demanda.

**Segundo.** Abstenerse de emitir una condena en costas.

La anterior providencia se profiere a los dieciocho días del mes de febrero de dos mil catorce y se notifica en estrados.

<sup>10</sup> Debe advertirse que las presunciones legales a que se alude en los incisos 1º y 2º del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en este caso respecto del representante legal de la compañía demandada, no desvirtúan las conclusiones formuladas por el Despacho en el texto principal.

## Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014

<b>Partes</b>	Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A.
<b>Asunto</b>	Capitalización abusiva. Abuso del derecho de voto.

### I. Hechos

Antes de analizar los argumentos que han sido formulados por las partes, es necesario hacer un breve recuento de los antecedentes fácticos más relevantes para los efectos del presente litigio. Con el propósito de organizar la información disponible en el expediente, el Despacho considera necesario hacer referencia, en primer término, a las circunstancias que llevaron a la creación de CAH Colombia S.A. En segundo lugar, se presentará un resumen de las negociaciones que sostuvieron los accionistas de CAH Colombia S.A. durante los años 2010 y 2011. Finalmente, se mencionarán los hechos que antecedieron a la reunión por derecho propio celebrada el 2 de abril de 2012.

#### 1. La constitución de CAH Colombia S.A.

El 12 de octubre de 2007, la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil (Aerocivil) ordenó la apertura del proceso de licitación No. 7000153 OL, con el fin de escoger un concesionario para administrar diversos establecimientos aeroportuarios, incluido el Aeropuerto Olaya Herrera de la ciudad de Medellín.<sup>1</sup> El señor Mario Pinzón Bohórquez y la sociedad Capital Airports Holding Company (CAHC), constituida de conformidad con las leyes de la República Popular China, decidieron participar conjuntamente en el proceso licitatorio mencionado. El 3 de marzo de 2008, Aerocivil le adjudicó la citada concesión aeroportuaria a la sociedad Operadora de Ae-

<sup>1</sup> Aunque la licitación mencionada en el texto principal también estuvo orientada a entregar en concesión la operación de otros aeropuertos en Colombia, las pretensiones de la demanda están relacionadas con la administración del Aeropuerto Olaya Herrera.

ropuertos de Centro Norte (hoy Airplan) S.A., mediante la Resolución No. 0829. El contrato respectivo fue suscrito por el señor Pinzón, en su calidad de representante legal de Airplan S.A. Por su parte, CAHC participó en la celebración del mencionado contrato de concesión en calidad de ‘Operador de Aeropuertos’, es decir, ‘el tercero que participa indirectamente en el capital de [Airplan S.A.] y respecto del cual [Airplan S.A.] invocó los méritos para acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia previstos en el Pliego de Condiciones’.<sup>2</sup>

En desarrollo de los compromisos adquiridos por el señor Pinzón y CAHC bajo el contrato de concesión, se determinó poner en funcionamiento una sociedad, denominada CAH Colombia S.A., cuyas actividades estarían encaminadas a promover la ejecución de la concesión aeroportuaria a cargo de Airplan S.A.<sup>3</sup> Así, pues, CAH Colombia S.A. le aportó recursos de capital a Airplan S.A., por lo cual recibió el 20% de las acciones en circulación de la sociedad concesionaria. Además, CAH Colombia S.A. y Airplan S.A. suscribieron un contrato de asistencia técnica para que esta última sociedad pudiera cumplir con sus obligaciones bajo el contrato de concesión. La asistencia técnica en cuestión estaría a cargo del señor Zhu Zhengong, en su calidad de representante legal de CAH Colombia S.A.

El 8 de septiembre de 2008, el señor Pinzón y CAHC suscribieron un acuerdo de accionistas con el fin de asignar los porcentajes de participación que cada uno de ellos tendría en CAH Colombia S.A. Según el texto de ese convenio parasocial ‘para cumplir con los requisitos del pliego de condiciones [...] CAPITAL AIRPORTS HOLDING COMPANY y MARIO FERNANDO PINZÓN BOHÓRQUEZ acordaron que la Compañía China tendría un 52% del total de acciones de CAH COLOMBIA S.A. y MARIO FERNANDO PINZÓN BOHÓRQUEZ tendría el restante 48%, directa o indirectamente, a través de una de las Compañías de las que es propietario, teniendo que cumplir en todo caso con el mínimo de accionistas que la ley colombiana requiere para la existencia de sociedades anónimas’ (vid. Folio 156). En cumplimiento de lo anterior, los accionistas suscriptores del acuerdo convinieron en distribuir el capital suscrito de CAH Colombia S.A. de la siguiente manera:

<sup>2</sup> Cfr. la cláusula 2 del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008.

<sup>3</sup> CAH Colombia S.A. fue constituida el 23 de mayo de 2007 bajo el nombre de Recaudo Masivo de Colombia S.A. Posteriormente, el 30 de octubre de 2007, los accionistas decidieron modificar la razón social de la compañía por la de CAH Colombia S.A., según consta en el acta No. 2, inscrita ante el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número 01179669 del libro IX.

**Tabla 1.** *Composición de capital de CAH Colombia S.A.*

Accionista	Porcentaje de participación
Capital Airports Holding Company	52%
Azzaro Internacional S.A.1	47.88%
Mario Pinzón Bohórquez	0.04%
Nelson Andrés Rengifo	0.04%
Oscar Javier Hernandez	0.04%
<b>Total</b>	<b>100%</b>

Con posterioridad a la suscripción del referido acuerdo de accionistas, se aumentó el capital suscrito de CAH Colombia S.A. mediante una emisión primaria de acciones y una capitalización de créditos a favor de algunos de los accionistas de la compañía (vid. Folios 275 a 277). Como resultado de estas operaciones, el capital suscrito de CAH Colombia S.A. pasó de \$2.500.000 a \$7.000.000.000, sin que se modificaran los porcentajes de participación descritos en la Tabla No. 1 (vid. Folio 275). Según puede apreciarse en los documentos aportados por las partes, una vez completada la capitalización de CAH Colombia S.A., se agotaron las acciones en reserva de la compañía, debido a la equivalencia entre los montos del capital autorizado y suscrito (id.).

También es pertinente anotar que en una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de CAH Colombia S.A. celebrada el 2 de octubre de 2008 los asociados decidieron, por unanimidad, designar como miembros de la junta directiva de la compañía a las personas mencionadas en la Tabla No. 2. La composición de ese órgano directivo fue ratificada, en forma unánime, durante las reuniones ordinarias celebradas en los años 2009 (vid. acta No. 8, Folio 294), 2010 (vid. acta No. 9, Folio 312) y 2011 (vid. acta No. 12, Folio 337).

**Tabla 2** *Composición de la junta directiva de CAH Colombia S.A.*

Principal	Suplente
Xinmin Guo	Tang Guangming
Zhu Zhenghong	Youfa Ling
Mario Fernando Pinzón Bohórquez	Luis Fernando Guarín Vanegas
Nelson Andrés Rengifo Mantilla	Rafael Arango Mutis
Oscar Javier Hernández Gaona	Sandra Carolina Cepeda Prado

## 2. Las negociaciones entre Mario Pinzón y CAHC

Entre los años 2009 y 2010, CAH Colombia S.A. intentó expandir sus operaciones mediante la participación en diversos procesos licitatorios adelantados tanto en Colombia como en el extranjero (vid. Folio 324). Así, por ejemplo, en una reunión de la junta directiva de CAH Colombia S.A. celebrada el 10 de junio de 2009, los directores aprobaron unánimemente la participación en nuevos proyectos encaminados al ‘mejoramiento y desarrollo de la infraestructura, operación, mantenimiento y explotación económica de diferentes grupos de aeropuertos’ (vid. Folio 1244). En una reunión posterior, sostenida el 22 de septiembre de 2009, se discutió la posibilidad de participar en ‘el concurso de proyectos integrales para la concesión del segundo grupo de aeropuertos de provincia de la República de Perú [...] la junta directiva de CAH Colombia S.A. aprobó por unanimidad y sin restricción alguna la participación de CAH Colombia S.A. en el respectivo proceso de selección [...]’ (vid. Folio 1246).

También es relevante mencionar que el señor Pinzón y una filial de CAHC, denominada Beijing Capital International Airport Co. Ltd., suscribieron un memorando de entendimiento el 20 de abril de 2010 (vid. Folios 396 y 397). Según el texto de ese documento, los mencionados sujetos se comprometieron a fortalecer sus lazos empresariales mediante la participación conjunta en nuevos proyectos aeroportuarios, por conducto de CAH Colombia S.A. En desarrollo de este compromiso, el señor Pinzón acordó encargarse de los servicios de mercadeo y planeación financiera requeridos en los nuevos emprendimientos, al paso que la compañía china suministraría asistencia técnica y haría valer su experiencia en los procesos licitatorios en los que participara CAH Colombia S.A. (vid. Folio 397). En el mismo documento se puso de presente que los inversionistas chinos no estaban dispuestos a efectuar aportes de capital adicionales para el funcionamiento de CAH Colombia S.A. (id.).

En mayo de 2010, luego de una sucesión de correos electrónicos, el señor Zhu Zhenghong le reiteró al señor Pinzón que los inversionistas chinos no le harían aportes adicionales al capital de CAH Colombia S.A. para permitir su participación en nuevos emprendimientos aeroportuarios (vid. Folio 399). Según el señor Zhu, esta decisión obedeció a que los directivos de CAHC no querían asumir los riesgos inherentes a la financiación de proyectos por fue-

ra de la República Popular China (vid. Folio 401). En respuesta a lo anterior, el señor Pinzón manifestó que, sin el apoyo financiero de los inversionistas chinos, no era posible desarrollar proyectos conjuntos en América Latina (vid. Folio 405). Por ese motivo, el señor Pinzón ofreció en venta la totalidad de sus acciones en CAH Colombia S.A., según puede apreciarse en un correo con fecha del 25 de agosto de 2010 (id.).

El 27 de agosto de 2010, por medio de una comunicación electrónica, los inversionistas chinos expresaron su intención de continuar asociados con el señor Pinzón en CAH Colombia S.A. (vid. Folio 408). Sin embargo, en ese mismo mensaje se reiteraron las dificultades que le impedían a CAHC aportar nuevos recursos a la precitada compañía colombiana (id.). El 14 de septiembre del mismo año, el señor Pinzón le envió una carta al representante legal de CAHC, en la que se manifestaba, nuevamente, su decisión de dar por terminados sus vínculos de asociación en CAH Colombia S.A. (vid. Folio 411). Para tal efecto, el señor Pinzón propuso diversas alternativas, incluida la venta de sus acciones en CAH Colombia S.A. o la escisión parcial de la compañía (id.).

En respuesta a esta última comunicación, el representante legal de CAHC expresó, una vez más, el ánimo de preservar su asociación con el señor Pinzón (vid. Folio 418). Para ello, se propuso un itinerario de visitas recíprocas entre China y Colombia, de manera que las partes pudieran llegar a un acuerdo respecto de los términos bajo los cuales podrían continuar con sus relaciones societarias (id.). En un correo enviado el 19 de noviembre de 2010, el señor Zhu le informó al señor Pinzón que CAHC había decidido estudiar la posibilidad de efectuar una inversión adicional en CAH Colombia S.A. (vid. Folio 429). Entre noviembre de 2010 y septiembre de 2011, CAHC llevó a cabo un análisis de la situación legal y financiera de CAH Colombia S.A., con el propósito de contar con elementos de juicio para decidir acerca de una posible inyección de capital en la compañía. Según el testimonio del señor Zhu, ‘el proceso de debida diligencia es en el 2011; el objeto es aumentar [la inversión]. [El estudio] fue hecho por tres compañías: Una firma de evaluación de china, una firma de auditoría de china y una oficina de abogados’ (vid Folio 1522).<sup>4</sup>

4 El apoderado de la sociedad demandante presentó una tacha en contra de los testigos Mario Pinzón Bohórquez y Zhu Zhenghong. Sin embargo, tras intervenir activamente en la práctica de los testimonios bajo sospecha, el Despacho considera que los testigos tachados expusieron sus opiniones objetivamente, en consonancia con su apreciación real de los hechos objeto del proceso. De ahí que deba rechazarse la tacha de sospecha formulada por el apoderado de la demandante.

El 24 de septiembre de 2011, el señor Pinzón se reunió con diversos funcionarios de CAHC, con el propósito de discutir la administración conjunta de CAH Colombia S.A. (vid. Folio 160). Según el acta de esa reunión, aportada por el demandante, las partes se comprometieron a adoptar diversas medidas, desde el registro de la inversión extranjera de Azzaro Internacional S.A., hasta el pago de unas obligaciones dinerarias que el señor Pinzón le adeudaba a CAH Colombia S.A. y la modificación de la junta directiva de la compañía. En el texto del acta también se dejó constancia acerca de la necesidad de que CAHC tomara una decisión sobre sus inversiones futuras en Colombia, para lo cual se planteó, nuevamente, la posibilidad de inyectarle recursos a CAH Colombia S.A. o escindir esta sociedad (vid. Folio 163).

El 28 de octubre de 2011, el señor Zhu le informó al señor Pinzón que CAHC había decidido liquidar la totalidad de sus inversiones en Colombia (vid. Folio 431). En esa misma fecha, el representante legal suplente convocó a una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de CAH Colombia S.A. para el 8 de noviembre de 2011, con el fin de aumentar el capital autorizado de la sociedad (vid. Folio 339). Sin embargo, en una comunicación con fecha del 1º de noviembre de ese mismo año, el señor Zhu le solicitó al señor Pinzón que cancelara la reunión convocada, debido a que ‘no es posible para CAH aumentar el capital, CAH tiene que vetar la resolución de la asamblea. El resultado de la asamblea sólo dañará la relación’ (vid Folio 593). El 8 de noviembre de 2011, se dejó una constancia ‘acerca de la no celebración de la asamblea extraordinaria de accionistas por falta de quórum’ (id.).

En este punto, según consta en varios correos examinados por el Despacho, las partes discutieron algunas alternativas para permitir la disolución de sus vínculos societarios. Ante la decisión de CAHC de liquidar sus inversiones en Colombia, el señor Zhu le propuso al señor Pinzón la suscripción de un convenio para zanjar sus diferencias, tal y como aparece en un correo electrónico enviado el 1º de noviembre de 2011 (vid. Folio 588). Según los términos de esa propuesta, CAHC enajenaría la totalidad de su participación accionaria en CAH Colombia S.A. y le cedería a un nuevo operador aeroportuario las obligaciones adquiridas bajo el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008. En el mismo correo, el señor Zhu manifestó que CAHC no podía venderle sus acciones en CAH Colombia S.A. al señor Pinzón, debido a que este último no cumplía con las calificaciones técnicas para ser un operador

aeroportuario. Por este motivo, mientras las partes encontraban un posible comprador que pudiera acreditar las referidas calificaciones, el señor Zhu propuso que CAH Colombia S.A. continuara el curso normal de sus negocios, para lo cual CAHC se comprometió a cumplir con sus obligaciones como operador aeroportuario bajo el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008.

El 2 noviembre de 2011, el señor Zhu le envió un correo al señor Pinzón, a fin de ampliar los términos de la propuesta descrita en el párrafo anterior. En esta nueva comunicación se aludió a las dificultades que podrían presentarse durante el proceso de enajenación de las acciones que CAHC detentaba en CAH Colombia S.A. (vid. Folio 587). Según el señor Zhu, la venta estaba sujeta a que se cumplieran las normas especiales que rigen a las sociedades controladas por el gobierno de la República Popular China, así como a que se exonerara a CAHC de sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008. En el correo también se reiteró que, mientras se encontraba un posible comprador, las partes se asegurarían de que CAH Colombia S.A. continuara operando normalmente.

En respuesta a lo anterior, el señor Pinzón propuso tres alternativas. En primer lugar, según consta en un correo enviado el 2 de noviembre de 2011, se planteó la posibilidad de aprobar una escisión parcial de CAH Colombia S.A., a fin de destinar una porción de los activos de esta compañía a la creación de una sociedad colombiana denominada Azzaro Colombia S.A. Bajo esta primera propuesta, CAHC adquiriría el 100% de las acciones en CAH Colombia S.A., al paso que el señor Pinzón sería titular, directa o indirectamente, de la totalidad de las acciones en Azzaro Colombia S.A. Además, por virtud de la escisión parcial mencionada, CAH Colombia S.A. le transferiría a Azzaro Colombia S.A. un número de acciones equivalente al 9.6% del capital suscrito de Airplan S.A., junto con los derechos económicos que CAH Colombia S.A. detentaba sobre un hangar ubicado en la ciudad de Medellín.

En segundo lugar, el señor Pinzón propuso adquirir la totalidad de las acciones que CAHC detentaba en CAH Colombia S.A. Según lo expresado en el correo bajo estudio, ‘estamos totalmente preparados para negociar un precio para el mencionado 52%. Bajo esta figura y en total cumplimiento de la ley, las acciones formalmente hablando pertenecerían a CAH hasta el momento en que los asuntos legales relacionados con esas acciones queden totalmente

claros [...]. También es importante tomar en cuenta que CAH China seguirá como operador aeroportuario de Airplan debido al hecho de que CAH China firmó el contrato de concesión con Aerocivil y Airplan como operador aeroportuario' (vid. Folio 591).

La tercera de las alternativas formuladas por el señor Pinzón buscaba que las partes establecieran algunas condiciones para continuar con la operación conjunta de CAH Colombia S.A. (vid. Folio 592)

El 8 de noviembre de 2011, el señor Zhu le envió un nuevo correo al señor Pinzón, en el que se refirió a la administración de CAH Colombia S.A., así como a la venta de las acciones de propiedad de CAHC (vid. Folio 603). Por una parte, el señor Zhu propuso algunas opciones para atender las necesidades de liquidez de CAH Colombia S.A. Según el texto del correo citado, CAHC se haría cargo de pagar el salario de Zhu Zhenghong, en su calidad de representante legal de CAH Colombia S.A. En criterio del señor Zhu, 'este arreglo puede ayudar de forma importante a que CAH Colombia reduzca sus costos de operación [...]' (vid. Folio 606). El señor Zhu también le pidió al señor Pinzón que asumiera un crédito financiero vencido a cargo de CAH Colombia S.A., por lo cual CAHC compensaría al señor Pinzón a precio de mercado. Otra de las propuestas presentadas para que CAH Colombia S.A. pudiera cumplir con sus obligaciones consistió en enajenar algunos de los activos de la sociedad, incluidos los derechos que detentaba sobre el ya mencionado hangar y un porcentaje de sus acciones en Airplan S.A.

En cuanto a las acciones de CAH Colombia S.A. que eran de propiedad de CAHC, el señor Zhu manifestó que el proceso de venta de ese bloque accionario podía ser dispendioso. Así mismo, en el correo del 8 de noviembre se hizo referencia, en los siguientes términos, a los requisitos que debía cumplir cualquier posible adquirente de las acciones de propiedad de CAHC: 'Primero, el comprador debe ser un operador aeroportuario; segundo, debe estar dispuesto a unirse en cooperación con [el señor Pinzón]' (vid. Folio 606). Finalmente, el señor Zhu reiteró la intención de CAHC de llegar a una solución que permitiese zanjar sus diferencias, para lo cual mencionó la posibilidad de que CAH Colombia S.A. vendiera parte de sus acciones en Airplan S.A, mientras se encontraba un nuevo operador aeroportuario (vid. Folio 606).

El 15 de diciembre de 2011, el señor Pinzón propuso que le cedieran los derechos políticos y económicos correspondientes al 15% de las acciones que CAH Colombia S.A. detentaba en Airplan S.A., mediante la suscripción de un acuerdo privado entre CAHC y Azzaro Internacional S.A. (vid. Folio 611). Bajo los términos de ese convenio, no se modificaría la distribución porcentual del capital de CAH Colombia S.A. En el citado correo también se incluyeron las siguientes afirmaciones: 'Si esto es aceptable podemos discutir detalles de negocios adicionales. El punto importante es que se necesita una solución y el tiempo se está agotando. De lo contrario tendremos que solicitar aumento de los aportes de capital para resolver la situación porque no hay más opciones.' (vid. Folio 612).;

### 3. La capitalización de CAH Colombia S.A.

El 2 de abril de 2012, a las 10:00 a.m., se celebró una reunión por derecho propio de la asamblea general de accionistas de CAH Colombia S.A. en las oficinas del domicilio principal de la compañía. De conformidad con lo expresado en el acta No. 13, los siguientes accionistas participaron en la reunión a que se ha hecho referencia:

**Tabla 3** *Asistentes a la reunión por derecho propio*

Accionista	Porcentaje de participación
Azzaro Internacional S.A.	47.88%
Mario Pinzón Bohórquez	0.04%
<b>Total</b>	<b>47.92%</b>

Además de considerar asuntos tales como la aprobación de estados financieros y el informe de gestión preparado por el representante legal, los accionistas presentes en la reunión adoptaron, por unanimidad, las cuatro decisiones que son objeto de este proceso. En primer lugar, se aprobó una reforma estatutaria consistente en el aumento del capital autorizado de CAH Colombia S.A. de \$7.000.000.000 a la suma de \$9.500.000.000 (vid. Folio 43). En segundo lugar, se modificó la estructura de la junta directiva de la compañía 'en el sentido de cambiar el número de sus miembros de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes que existen actualmente, a tres (3) miembros principales y tres (3) suplentes' (vid. Folio 44). En tercer lugar, los accionistas presentes

designaron a las siguientes personas para ocupar los cargos de miembros principales y suplentes de la junta directiva:

**Tabla 4** Composición de la nueva junta directiva de CAH Colombia S.A.

Principal	Suplente
Carlos Alfonso Morales Rigueros	Sandra Marcela Garzón Cabrera
Mario Fernando Pinzón Bohórquez	Juan Pablo Roza Martínez
Luis Eduardo Nieto Jaramillo	Felipe Aristizabal Pardo

Finalmente, los accionistas le instruyeron a la junta directiva de CAH Colombia S.A. que llevara a cabo una emisión primaria de acciones sin sujeción al derecho de preferencia (vid. Folio 48). La orden impartida por el máximo órgano social consistió en que se emitieran 1.107.708 acciones ordinarias de CAH Colombia S.A., a un valor de \$1.336, para un total de \$1.480.000.000. Según el texto del acta No. 13, Azzaro Internacional S.A. sería la única destinataria de la oferta de suscripción de acciones que habría de formularse en el proceso de emisión primaria a que se ha hecho alusión.

El 18 de abril de 2012 se celebró una reunión de la junta directiva de CAH Colombia S.A., con la participación de los tres miembros principales designados durante la reunión por derecho propio del 2 de abril, vale decir, Carlos Alfonso Morales, Mario Pinzón Bohórquez y Luis Eduardo Nieto (vid. Folio 55). Según lo consignado en el acta No. 18, los directores presentes aprobaron, por unanimidad, un reglamento de emisión y colocación de acciones, en cumplimiento de lo ordenado por la asamblea general de accionistas. En el reglamento adoptado por la junta se estipuló que CAH Colombia S.A. le formularía una oferta a Azzaro Internacional S.A. para la suscripción de 1.107.708 acciones ordinarias, cuyo importe total debía pagarse en un plazo máximo de 60 días. El 4 de mayo de 2012, el revisor fiscal de CAH Colombia S.A. le envió un documento a la Cámara de Comercio de Bogotá, a fin de certificar que las acciones objeto del mencionado reglamento de emisión habían sido suscritas en su totalidad (vid Folio 112).

Como consecuencia de las decisiones antes mencionadas, se produjeron importantes cambios en los órganos internos de CAH Colombia S.A. En las siguientes tablas se describe tanto la variación en la distribución del capital

suscrito de la compañía, como las modificaciones en la composición de su junta directiva:

**Tabla 5** Variación en la distribución del capital de CAH Colombia S.A.

Accionista	Porcentaje de participación al 2 de abril de 2012	Porcentaje de participación al 4 de mayo de 2012	Variación
Capital Airports Holding Company	52%	44.90%	-7.1%
Azzaro Internacional S.A.	47.88%	55%	+7.12%
Mario Fernando Pinzón	0.04%	0.03%	-0.01%
Nelson Andrés Rengifo	0.04%	0.03%	-0.01%
Oscar Javier Hernandez	0.04%	0.03%	-0.01%
<b>Total</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>0%</b>

**Tabla 6** Cambios en la composición de la junta directiva de CAH Colombia S.A.

Junta directiva antes del 2 abril de 2012	
Principal	Suplente
Xinmin Guo	Tang Guangming
Zhu Zhenghong	Youfa Ling
Mario Fernando Pinzón Bohórquez	Luis Fernando Guarín Vanegas
Nelson Andrés Rengifo Mantilla	Rafael Arango Mutis
Oscar Javier Hernández Gaona	Sandra Carolina Cepeda Prado
Junta directiva después del 2 abril de 2012	
Principal	Suplente
Carlos Alfonso Morales Rigueros	Sandra Marcela Garzón Cabrera
Mario Fernando Pinzón Bohórquez	Juan Pablo Roza Martínez
Luis Eduardo Nieto Jaramillo	Felipe Aristizabal Pardo

## II. Consideraciones del Despacho

Para resolver el caso sometido a consideración del Despacho, deben consultarse los argumentos jurídicos presentados por los apoderados de las partes durante el curso del presente proceso. Por una parte, en la demanda se afirma que ‘en este caso es evidente que se llevó a cabo una capitalización abusiva, disfrazada de aparente legalidad en aplicación de los artículos 422

y 420-5 del Código de Comercio [...]’ (vid. Folio 29). Además, durante la etapa de fijación del objeto del litigio, el apoderado de CAHC expresó que ‘esa reunión por derecho propio [...] se utilizó para tomar decisiones cuya causa o cuya finalidad era evidentemente diluir a Capital Airports Holding China. [...] Para nosotros lo fundamental es el exceso de los límites del contrato social y la causa ilícita, conforme a lo dispuesto en el artículo 899 del Código de Comercio’.<sup>5</sup> Estas afirmaciones se reiteran en el escrito de alegatos de conclusión aportado por el demandante, según el cual ‘las decisiones adoptadas por la Asamblea de Accionistas se reputan ajustadas al ordenamiento jurídico, y son obligatorias a todos los socios, incluso a los disidentes y a los ausentes. Sin embargo, tal obligatoriedad está sujeta a que las decisiones adoptadas lo sean dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato social [...]. [Las adoptadas en la reunión por derecho propio celebrada el 2 de abril de 2012] son contrarias a nuestro ordenamiento jurídico, y por ello estarían viciadas de nulidad absoluta en los términos del artículo 899 del Código de Comercio, precisamente por causa ilícita’ (vid. Folio 2207).

Por su parte, en la contestación de la demanda, el apoderado de CAH Colombia S.A. manifestó lo siguiente: ‘Todas las decisiones que impugnó la demandante Capital Airports fueron tomadas en estricta y rigurosa aplicación de la ley y los estatutos y en uso de las facultades, protecciones y defensas que ambas le confieren al accionista minoritario. [...] no es un perjuicio diluir a un accionista y [...] en el presente caso la dilución es la consecuencia jurídica del ejercicio de un derecho societario emanado de la ley y los estatutos sociales [...]. En virtud de la capitalización efectuada, se diluyó la participación de Capital Airports Holding Company. Sin embargo, [...] tomarse el control de una sociedad vía capitalización no viola ninguna norma legal o estatutaria, en la medida en que dicha norma vaya en beneficio primario de la sociedad y que no genere perjuicios económicos a los demás accionistas’ (vid. Folio 233 - 236).

Uno de los puntos principales de la defensa formulada por CAH Colombia S.A. consistió en alegar que las conductas controvertidas no encajaban dentro de las figuras invocadas por el apoderado de CAHC. Según lo expresado por el apoderado de CAH Colombia S.A. en sus alegatos de conclusión,

<sup>5</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 29 de noviembre de 2012, folio 432 del expediente (10:35 - 13:24).

‘resulta claro que el concepto de exceso a los límites del contrato social implica necesariamente, según lo explicado en jurisprudencia y doctrina, una transgresión evidente de las reglas contractuales, un sobrepaso de los límites pactados y un desconocimiento del régimen acordado en el contrato de sociedad. [...] En verdad salta a la vista que ni la decisión de reformar los estatutos, ni la de capitalizar la compañía, ni la de elegir nuevos miembros de la junta directiva, estaba vedada para la asamblea de accionistas reunida por derecho propio. Por el contrario, todas ellas hacen parte de los temas incluidos bajo el artículo 422 y representan la órbita de competencia del órgano societario’ (vid. Folio 2094). En cuanto a la ilicitud de la causa propuesta por el demandante, el apoderado de CAH Colombia S.A. presentó diferentes argumentos ‘para descartar [...] que lo que nos están presentando los demandantes, pues, no es una causa ilícita [...]’.<sup>6</sup>

En vista de las anteriores consideraciones, el Despacho deberá indagar acerca de los motivos que condujeron a la capitalización aprobada en la reunión por derecho propio del 2 de abril de 2012. Para tales efectos, a continuación se presentan algunas consideraciones acerca de la figura de la capitalización abusiva, mencionada por CAHC en su demanda.

### 1. Acerca de la capitalización abusiva

Lo primero que debe decirse es que este Despacho no suele inmiscuirse en la gestión de los asuntos internos de una compañía. Con todo, existen circunstancias que podrían justificar un cercano escrutinio judicial de las decisiones adoptadas por los diferentes órganos sociales.<sup>7</sup> Una de tales situaciones está relacionada con el ejercicio del derecho de voto con un propósito indebido.<sup>8</sup> Según se expresó en la Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013, en la cual este Despacho presentó un análisis detallado sobre la materia, ‘el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista mayoritario se adjudique

<sup>6</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 5 de agosto de 2013, folio 2222 del expediente (47:00, 48:35, 51:08 y 52:34)

<sup>7</sup> Cfr. Sentencias No. 801-59 del 4 de diciembre de 2013 y 801-72 del 11 de diciembre de 2013

<sup>8</sup> La intervención judicial en hipótesis de esta naturaleza encuentra amplia justificación en la doctrina societaria comparada. Cfr. a J Armour, H Hansmann y R Kraakman, ‘Agency Problems and Legal Strategies’ en R Kraakman y otros others (eds), *The Anatomy of Corporate Law* (2009, OUP, Oxford); RJ Gilson, *Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy* (2006) 119 HARV L REV 1641 y a FH Easterbrook y D Fischel, *Close Corporations and Agency Costs* (1986) 38 STAN L REV 271.

prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados'.<sup>9</sup> Es así como, cuando se aporten pruebas que apunten al posible ejercicio irregular del derecho de voto, el Despacho analizará con detenimiento las actuaciones de los accionistas, a fin de establecer si se produjo una actuación censurable.

En la Sentencia No. 800-73 también se hizo referencia a los presupuestos que deben acreditarse para controvertir actuaciones de la naturaleza indicada.<sup>10</sup> Un demandante que invoque la utilización irregular del derecho de voto debe probar, por una parte, que el ejercicio de esa prerrogativa le causó perjuicios a la compañía o alguno de los accionistas o que sirvió para obtener una ventaja injustificada. De otra parte, es indispensable que el derecho de voto haya sido ejercido con el propósito de generar esos resultados ilegítimos.<sup>11</sup>

Para los efectos del presente proceso, es necesario aludir, en particular, al ejercicio irregular del derecho de voto que se presenta en las denominadas capitalizaciones abusivas. Esta figura consiste en aumentar el capital suscrito de una sociedad con el propósito de provocar modificaciones en la distribución porcentual de las acciones en circulación. La capitalización abusiva se presenta, por ejemplo, cuando una emisión primaria de acciones se aprueba para diluir, en forma premeditada, la participación de un accionista en el capital de la compañía. En esta hipótesis, la capitalización no tiene como propósito principal conseguir nuevos recursos para el fondo social, sino que, por el contrario, se convierte en un simple instrumento para expropiar a un asociado.<sup>12</sup>

9 Para un estudio comparado de las acciones judiciales disponibles en hipótesis de abuso del derecho de voto, cfr. a PH Conac, L Enriques y M Gelter, *Constraining Dominant Shareholders' Self-dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy* (2007) ECGI Working Paper No. 88, 13 y FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario en los Estados Unidos y la Unión Europea* (2013b, 4ª Ed, Editorial Legis) 177.

10 Cfr. por ejemplo, a RB Thompson, *Allocating the Roles for Contracts and Judges in the Closely Held Firm* (2010) Georgetown Business, Economics and Regulatory Law Research Paper No. 2. B Means, *A Voice-Based Framework for Evaluating Claims of Minority Shareholder Oppression in the Close Corporation* (2009) 97 GEORGETOWN L J 1207 (análisis acerca de los deberes fiduciarios que los accionistas mayoritarios les deben a los minoritarios); PL Davies, *Principles of Modern Company Law* (2008, 8ª Ed, Sweet & Maxwell, Londres) 681-708 (análisis acerca de la acción de opresión o *unfair prejudice*).

11 Para Martínez Neira, 'el titular de un derecho puede hacer uso de él con un propósito ilegítimo, aun cuando se circunscriba a sus límites objetivos. Ello ocurre en el caso en que la finalidad del ejercicio del derecho esté inspirada en la intención ilícita de causar daño a otro, so pretexto de ejercer un derecho del que se es titular. NH Martínez Neira, *Cátedra de Derecho Contractual Societario* (2010, Bogotá, AbeledoPerrot) 400.

12 Debe advertirse que pueden existir otros motivos legítimos para emitir acciones, diferentes de la simple consecución de nuevos recursos de capital. Cfr. a PL Davies (2008).

Esta modalidad de expropiación patrimonial, conocida en el derecho comparado como la usurpación de participaciones sociales (*equity tunnelling*), ha sido ampliamente analizada en otros países.<sup>13</sup> Los nocivos efectos que pueden derivarse de la capitalización abusiva han llevado a que, de tiempo atrás, se censure esta práctica desde los estrados judiciales. En el Reino Unido, por ejemplo, las cortes suelen juzgar con severidad la dilución intencional de accionistas. En el caso de *Gaiman v. National Association for Mental Health*, el juez Megarry de la División de Cancillería señaló que 'la emisión primaria de acciones que se cumple con la finalidad de alterar la distribución de los derechos de voto en una compañía [...] constituye un ejercicio ilegítimo de las facultades atribuidas [a los órganos sociales]. En estos casos, ni siquiera la convicción legítima de que la capitalización se justificaba es suficiente para subsanar los vicios que recaen sobre esa operación'.<sup>14</sup>

También es necesario mencionar la sentencia emitida en el importante caso de *Howard Smith Ltd. v. Ampol Petroleum Ltd.*<sup>15</sup> *Ampol Petroleum Ltd.* y *Bulkships Ltd.* eran propietarias de un porcentaje cercano al 55% de las acciones en circulación de *RW Millers (Holdings) Ltd.* *Howard Smith Ltd.*, un accionista minoritario de *RW Millers (Holdings) Ltd.*, formuló una oferta para adquirir el control de la compañía. Ante la renuencia de los accionistas mayoritarios, los directores de *RW Millers (Holdings) Ltd.* aprobaron, de manera sigilosa, una emisión primaria por cuya virtud se le ofrecieron acciones exclusivamente a *Howard Smith Ltd.* Como resultado de esta capitalización, *Howard Smith Ltd.* logró obtener un porcentaje mayoritario en el capital de *RW Millers (Holdings) Ltd.*, al paso que *Ampol Petroleum Ltd.* y *Bulkships Ltd.* fueron relegadas a la minoría.<sup>16</sup>

Ante la demanda presentada por los antiguos asociados mayoritarios, los directores de *RW Millers (Holdings) Ltd.* invocaron las urgentes necesidades de liquidez de la compañía para justificar la capitalización.<sup>17</sup> No obstante, durante el curso del proceso quedó claro que la razón principal para aumentar el capital suscrito había sido la de diluir a los accionistas mayoritarios de *RW Millers (Holdings) Ltd.* Según la contundente decisión proferida para

13 V Atanasov, B Black and C Ciccotello, 'Unbundling and Measuring Tunnelling', University of Texas Law and Economics Working Paper No. 117/2008 <http://ssrn.com/abstract=1030529>

14 [1971] Ch. 317

15 [1974] A.C. 821.

16 PL Davies (2008) 501.

17 *Howard Smith Ltd. v. Ampol Petroleum Ltd* [1974] A.C. 821.

resolver el conflicto bajo estudio, ‘en ningún caso puede aceptarse que un proceso de capitalización esté encaminado a modificar los derechos de voto de los accionistas [...]. Las facultades atribuidas [a los órganos sociales] no pueden usarse para descomponer una mayoría accionaria ya existente o configurar un nuevo bloque mayoritario’.<sup>18</sup>

En los Estados Unidos también se han proferido múltiples decisiones judiciales en las que se amonesta la capitalización abusiva.<sup>19</sup> En el caso de *Dingle v. Xenit Inc.*, la Corte Suprema del Estado de Nueva York censuró una emisión de acciones autorizada con el fin exclusivo de incrementar la participación porcentual del accionista mayoritario de *Xenit Inc.*, en detrimento de un asociado minoritario.<sup>20</sup> En esa oportunidad, la citada Corte señaló que ‘el controlante ni siquiera acreditó un propósito legítimo de negocios para justificar la emisión desmesurada de acciones que condujo a la dilución [del minoritario]. En todo caso, aunque el mayoritario hubiese presentado alguna explicación razonable para aprobar esa capitalización [...] la Corte cuenta con diversos elementos de juicio para cuestionar la rectitud de ánimo del accionista controlante’.<sup>21</sup> Además, en el caso de *Dunlay v. Avenue M Garage & Repair Co.*, la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York explicó que las emisiones de acciones diseñadas para que los directores pasen de ser accionistas minoritarios a detentar un bloque mayoritario, ‘son un ejemplo de una conducta en extremo ilegítima’.<sup>22</sup>

Adicionalmente, es indispensable resaltar que en Colombia se ha discutido, con amplitud, el problema de la capitalización abusiva. Para Reyes Villamizar, por ejemplo, esta operación anómala se presenta cuando ‘se adopta una determinación de capitalizar la sociedad, con el propósito subyacente de diluir la participación en el capital de los socios o accionistas minoritarios’.<sup>23</sup> El mismo autor trae a colación un relevante pronunciamiento arbitral en materia de capitalizaciones abusivas, en el que se expone lo siguiente:

18 Id.

19 Para un análisis detallado del problema de la capitalización abusiva en sociedades cerradas estadounidenses, cfr. a FH O’Neal y RB Thompson, *Oppression of Minority Shareholders and LLC Members: Protecting Minority Rights in Squeeze-outs and Other Intracorporate Conflicts*, (2007, Thomson/West).

20 20 Misc 3d 1123(A) (Sup Ct NY Co. 2008).

21 Id., 7.

22 253 NY 274 [1930], citado en *Dingle v. Xenit Inc.*, 20 Misc 3d 1123(A) (Sup Ct NY Co. 2008). También es relevante el caso de *Katzowitz v. Sidler* 29 AD 2d 955 [1968].

23 FH Reyes Villamizar (2013a) 139.

‘Cuando, como ocurre en el presente caso, se aprueba una determinación de capitalizar la sociedad, con el propósito subyacente de diluir la participación en el capital de socios minoritarios y de establecer una recomposición de la participación de los socios mayoritarios, se produce un abuso de mayoría que debe ser corregido. No puede tolerarse, en verdad, que sin que medie una oportunidad real de participación, un asociado resulte mermado en sus derechos patrimoniales por la simple imposición de decisiones arbitrarias orientadas por el propósito inconfesable de perjudicarlo’.<sup>24</sup>

Por su parte, Martínez Neira ha señalado que ‘otra de las modalidades de abuso del derecho que pueden identificarse en la cotidianeidad de las sociedades está referida a las colocaciones de acciones o aumentos de capital que no se fundan en necesidades reales de las empresas (interés social) y, por el contrario, apuntan inequívocamente a causar daño a los socios minoritarios o algunos de ellos, diluyendo su participación en la propiedad de la compañía’.<sup>25</sup> Así mismo, para el caso de las emisiones primarias aprobadas sin sujeción al derecho de preferencia, el citado autor ha expresado que ‘cuando la decisión se funda en el interés de la mayoría de que el suscriptor sea una persona vinculada a la mayoría, para diluir a los demás accionistas, en detrimento de sus intereses, se estará en presencia de una conducta abusiva, proscrita por el legislador’.<sup>26</sup>

Finalmente, según el criterio de Gil Echeverry, ‘tampoco es infrecuente que los socios mayoritarios implementen prácticas que terminan por “aguar” o disminuir, artificialmente, la participación social de los minoritarios. [...] es importante reiterar que el límite o cauce natural de las decisiones sociales es que éstas se tomen en interés de la sociedad y no de los socios mayoritarios’.<sup>27</sup>

## 2. Análisis de los presupuestos requeridos para que se configure una capitalización abusiva

Como ya se dijo, las capitalizaciones abusivas se presentan cuando ese mecanismo societario se utiliza con la intención de provocar un daño o de obtener una ventaja injustificada. Así, pues, para resolver el conflicto suscitado entre

24 Laudo del 17 de marzo de 2004, citado en FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tomo I (2006, Bogotá, Editorial Temis) 221.

25 NH Martínez Neira (2010).

26 Id. 418.

27 JH Gil Echeverry, *Impugnación de Decisiones Societarias* (2010, Bogotá, Editorial Legis) 86.

las partes, el Despacho deberá analizar, en primer término, si las actuaciones controvertidas le generaron un perjuicio a CAHC o le permitieron a Mario Pinzón Bohórquez obtener una ventaja ilegítima para sí o para un tercero. Una vez completado este análisis, el Despacho se ocupará en estudiar las motivaciones que llevaron a la aprobación de la capitalización controvertida en este proceso.

En este punto también es necesario formular algunas aclaraciones acerca de los criterios analíticos que empleará el Despacho para estudiar los argumentos presentados por las partes. En los términos de la Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013, el análisis requerido para establecer si se empleó indebidamente el derecho de voto comporta un estudio del trasfondo real de las relaciones entre los sujetos involucrados en el presente proceso.<sup>28</sup> Es preciso advertir, además, que las decisiones refutadas por los demandantes corresponden al ejercicio de mayorías accionarias en el seno del máximo órgano social, al amparo de las reglas especiales contempladas en el artículo 429 del Código de Comercio. Es decir que los accionistas minoritarios de CAH Colombia S.A. dispusieron, a lo menos de manera transitoria, del poder mayoritario de votación, durante la reunión por derecho propio del 2 de abril de 2012. Esta circunstancia es relevante en la medida que CAHC ha controvertido el ejercicio de las citadas mayorías por parte de Mario Pinzón y Azzaro Internacional S.A.

## A. Los efectos de las decisiones controvertidas

Según se expuso en el acápite de hechos, las decisiones aprobadas durante la reunión por derecho propio del 2 de abril de 2012 provocaron una modificación sustancial de las relaciones intrasocietarias en CAH Colombia S.A. Como puede apreciarse en la Tabla 5, la capitalización autorizada en esa sesión asamblearia dio lugar a que CAHC perdiera la calidad de accionista mayoritario en CAH Colombia S.A. En verdad, por virtud de la emisión primaria sin sujeción al derecho de preferencia que fue ordenada por el máximo órgano social, la participación de CAHC en el capital de CAH Colombia S.A.

<sup>28</sup> Debido a la complejidad de las situaciones que se suscitan en el ámbito de las sociedades, el simple análisis relativo a la observancia de reglas legales o contractuales suele ser insuficiente y, en no pocas ocasiones, puede conducir a la imposibilidad de detectar el verdadero alcance de conductas contrarias a Derecho'. FH Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada (2013a, 2ª Ed., Editorial Legis, Bogotá) 136.

pasó del 52% al 44.9% de las acciones en circulación de la compañía. La capitalización estudiada también le permitió a Azzaro Internacional S.A. aumentar su participación del 47.88% al 55% del capital suscrito de CAH Colombia S.A. Es decir que las decisiones asamblearias objeto de este proceso tuvieron por efecto la transferencia del control accionario sobre CAH Colombia S.A.

Para estimar si las decisiones en cuestión le generaron un perjuicio a CAHC, es necesario aludir al valor que usualmente se le atribuye a la potestad de ejercer el control sobre una compañía.<sup>29</sup> En la doctrina comparada existe consenso en torno a la existencia de la denominada 'prima de control' que se encuentra a disposición de los accionistas mayoritarios de una sociedad.<sup>30</sup> Debe recordarse que este Despacho ya se pronunció, en el presente proceso, acerca del valor económico atado al ejercicio del poder de votación mayoritaria en los órganos sociales.<sup>31</sup> Según lo expresado en el Auto No. 801-13957 del 4 octubre 2012 'cuando no se han pactado mayorías especiales en los estatutos sociales, un accionista que detenta más del 50% de las acciones suscritas cuenta con la posibilidad de aprobar cualquier decisión sometida a consideración de la asamblea general de accionistas [con excepción, por supuesto, de las decisiones que requieran una mayoría calificada por disposición expresa de la ley] [...]. Esta potestad tiene un valor económico, cuya cuantía puede tasarse con precisión. El valor atribuido al control societario está reflejado en la denominada prima de control, la cual se hace efectiva en

<sup>29</sup> Según el criterio de Reyes Villamizar, 'se sabe que las acciones de quienes detentan el control de la sociedad tienen mayor valor que las de los accionistas minoritarios. Ello obedece a que aquellos que controlan pueden disponer de los activos sociales, por estar facultados legalmente para adoptar las decisiones pertinentes en los órganos sociales. Sin embargo, el valor del control es precisamente cuantificable cuando éste se enajena. Es por ello por lo que quien pretenda adquirir el control sobre una sociedad debe efectuar pagos por encima del valor que las acciones tengan en el mercado en el momento de realizar la operación [...]'. (FH Reyes Villamizar, Análisis Económico del Derecho Societario (2013b, Bogotá, Editorial Legis) 75-76.

<sup>30</sup> A Dyck and L Zingales, 'Private Benefits of Control: An International Comparison' (2004) 59 J FIN 537, 600 y T Nenova, 'The Value of Corporate Votes and Control Benefits: A Cross-country Analysis' (2003) 68 J FIN ECON 325, 351.

<sup>31</sup> La prima de control guarda una estrecha relación con las rentas privativas que están a disposición de los accionistas mayoritarios. Estas rentas privativas, conocidas en la terminología societaria anglosajona como *private benefits of control*, están representadas por beneficios de contenido económico, derivados de la existencia y operación de una compañía, que perciben exclusivamente los accionistas mayoritarios con ocasión del control que ejercen sobre la sociedad. Estas rentas privativas pueden generarse con ocasión de operaciones celebradas entre el mayoritario y la compañía o por la simple satisfacción atada a la posibilidad de determinar la gestión de una empresa en marcha. (V Atanasov, B Black y C Ciccotello (2008) y a S Johnson y otros, Tunnelling (2000) 90 AMER ECON REV 22, 27). Es así como, al momento de transferirse un bloque accionario mayoritario, el mayor valor derivado de la prima de control reflejará las rentas privativas a disposición del controlante (cfr. a RJ Gilson y JN Gordon, Controlling Shareholders (2003) Columbia Law and Economics Working Paper No. 228).

el momento en que un controlante decide enajenar su mayoría accionaria en la compañía. Así, pues, los accionistas que decidan vender su participación mayoritaria de capital podrán exigir el pago de la referida prima, como contraprestación por la transferencia del control sobre una sociedad’.

Como ya se dijo, las decisiones aprobadas durante la reunión por derecho propio del 2 de abril de 2012 provocaron la dispersión del control accionario que CAHC ejercía sobre CAH Colombia S.A. Es decir que CAHC perdió su participación mayoritaria en el capital de CAH Colombia S.A. sin haber prestado su consentimiento para el efecto. En este sentido, debe ponerse de presente lo expresado en el citado Auto No. 801-13957 respecto de las transferencias de control en sociedades cerradas. Según el texto de esa providencia, ‘es claro que cuando el control societario se ejerce por conducto de una mayoría accionaria, cualquier transferencia de control está sujeta a [la aquiescencia] del accionista mayoritario. [...] la enajenación de un bloque accionario mayoritario [...] requiere necesariamente del consentimiento del accionista controlante. En esta hipótesis, el precio de venta de las acciones incluirá la prima de control [...]. Estas operaciones de transferencia de control [...] son bastante frecuentes en nuestro sistema económico. Por el contrario, no es habitual que en Colombia se presente una transferencia de control sin el consentimiento del accionista mayoritario de una compañía, a menos que [ello ocurra en] un trámite de insolvencia, intervención o expropiación [administrativa]. Tanto más inusual resulta que, como ocurre en el caso *sub examine*, los accionistas minoritarios adquieran la mayoría accionaria en una compañía sin contar con la anuencia del controlante [...]’.<sup>32</sup>

Ahora bien, la capitalización ordenada por Mario Pinzón Bohórquez y Azaro Internacional S.A. despojó forzosamente a CAHC de su porcentaje mayoritario de participación en el capital de CAH Colombia S.A. Es decir que CAHC perdió la potestad de determinar el sentido de las decisiones en el máximo órgano de CAH Colombia S.A., sin recibir, a título de contraprestación, el importe correspondiente a la prima de control. Es claro, pues, que esta transferencia del control sobre CAH Colombia S.A., inducida por los

<sup>32</sup> Las denominadas ‘tomas hostiles de control’ tan sólo puede presentarse en aquellas sociedades abiertas en las que el capital accionario se encuentre lo suficientemente disperso como para que ningún sujeto detente una mayoría absoluta de las acciones en circulación. Cfr. a J Armour, H Hansmann y R Kraakman (2009). Si bien ello podría ocurrir en países con un alto grado de dispersión del capital accionario (p.ej. Estados Unidos), cualquier intento por adelantar una toma hostil en Colombia se enfrentaría al obstáculo infranqueable de que existe un accionista controlante propietario de más de la mitad de las acciones suscritas.

accionistas minoritarios de la compañía, le representó importantes perjuicios a CAHC.<sup>33</sup>

Dicho lo anterior, debe aludirse brevemente a las decisiones asamblearias que modificaron la composición de la junta directiva de CAH Colombia S.A. Según se expresa en el acápite de hechos, los accionistas presentes durante la reunión por derecho propio redujeron el número de directores y cambiaron la composición de ese órgano social. Como resultado de estas determinaciones, los directores designados por CAHC, es decir, Xinmin Guo, Zhu Zhenghong, Tang Guangming y Youfa Ling, fueron removidos de la junta directiva de CAH Colombia S.A. Podría debatirse, en este sentido, si los mencionados cambios le representaron algún perjuicio a CAHC.<sup>34</sup> No obstante, es preciso advertir que cualquier perjuicio podrían verse atenuado por el sistema de cuociente electoral previsto para la designación de directores en las sociedades anónimas, cuya aplicación obligatoria le daría a CAHC la potestad de nombrar, a lo menos, un miembro en la nueva junta directiva de CAH Colombia S.A. En todo caso, el Despacho considera que la remoción de los directores designados por CAHC pudo haber buscado facilitar la aprobación de la emisión primaria de acciones objeto del presente proceso. Por este motivo, la modificación de la junta directiva de CAH Colombia S.A. será analizada más adelante, en el contexto de las motivaciones que llevaron a la capitalización controvertida.

## B. Los móviles que llevaron a la capitalización de CAH Colombia S.A.

Las explicaciones antes presentadas dan cuenta del grave perjuicio sufrido por CAHC como consecuencia de las decisiones asamblearias aprobadas durante la reunión por derecho propio del 2 abril de 2012. Con todo, esta cir-

<sup>33</sup> Aunque la simple variación de participaciones porcentuales puede ser nociva para los accionistas diluidos, en el presente caso el principal perjuicio que sufrió CAHC consiste en la pérdida del control sobre CAHC.

<sup>34</sup> Debe recordarse que el Despacho ya se ha pronunciado acerca de los perjuicios que pueden derivarse de la expulsión malintencionada de los directores designados por los accionistas minoritarios de una compañía. En la Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013, el Despacho encontró que la decisión de remover a un accionista minoritario de la junta directiva, con el propósito de restringir su acceso a la información de la compañía, constituía un ejercicio abusivo del derecho de voto. Según lo expresado en esa sentencia, ‘las cortes suelen examinar, con atención, aquellos casos en los que se determina expulsar a un accionista que ya ocupaba un cargo en la administración social. En verdad, los nocivos efectos derivados de la remoción malintencionada del minoritario de la junta directiva han llevado a que esta clase de decisiones se debatan, con bastante frecuencia, ante los estrados judiciales [...]. [La exclusión de los minoritarios de la junta es censurable] cuando con tal actuación se busca, primordialmente, perjudicar a tales sujetos [...]’.

cunstancia no es suficiente, por sí sola, para que pueda tildarse de irregular la capitalización de CAH Colombia S.A. Según ya se dijo, a esta conclusión sólo podría arribarse si se acredita ‘un propósito que exced[a] la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación’.<sup>35</sup> De ahí que deba examinarse ahora si el patrón de conducta debatido en el presente proceso permite inferir la existencia de un ánimo premeditado de perjudicar a CAHC o procurar una prerrogativa ilegítima para el señor Mario Pinzón Bohórquez.

*(i) La existencia de un conflicto intrasocietario*

El punto de partida del presente análisis debe ser, necesariamente, el conflicto que se presentó entre Mario Pinzón Bohórquez y CAHC. En otras oportunidades, ante la detección de controversias entre accionistas, este Despacho ha examinado con especial atención las actuaciones acontecidas en las reuniones de la asamblea general.<sup>36</sup> Ello se debe a que la existencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de determinaciones que perjudiquen a uno o varios asociados.<sup>37</sup> Así, por ejemplo, puede mencionarse lo expresado en el Auto No. 801-12735 del 18 de junio de 2013, cuya parte pertinente se transcribe a continuación: ‘[El Despacho] ha detectado la existencia de un

<sup>35</sup> FH Reyes Villamizar (2013a) 135.

<sup>36</sup> Por ejemplo, en el Auto No. 801-12735 del 18 de junio de 2013 se señaló que ‘la verificación de un marcado conflicto entre [los asociados] podría usarse como un criterio analítico para estudiar el carácter potencialmente abusivo de las decisiones asamblearias objeto de este proceso’. De otra parte, en la Sentencia No. 800-54 del 4 de octubre de 2013, este Despacho señaló lo que se transcribe a continuación: ‘las pruebas que obran en el expediente son suficientes para concluir que el señor Restrepo de la Cruz ejerció el poder otorgado por Refricenter International Trade Zona Libre S.A. en manifiesta contraposición con los intereses de esta compañía. Ello se debe a que, en el curso de un agudo conflicto entre su poderdante y Carlos Alberto Urquijo, el señor Restrepo de la Cruz utilizó ese poder para aprobar, por sí solo, diversas determinaciones asamblearias que le permitieron al señor Urquijo ejercer el control absoluto sobre la administración de Refricenter Group S.A.S. Las actuaciones del apoderado de Refricenter International Trade Zona Libre S.A. fueron indispensables para que el señor Urquijo pudiera, posteriormente, transferir activos de propiedad de Refricenter Group S.A.S. a favor de compañías vinculadas, es decir, Dinatel C.I. S.A. y Refrisistemas Corp S.A.S. El señor Restrepo de la Cruz también intentó valerse de ese mismo poder para cederle a Dinatel C.I. S.A. las acciones que Refricenter International Trade Zona Libre S.A. detenta en Refricenter Group S.A.S. Se trata, pues, de múltiples actuaciones irregulares, consumadas en rápida sucesión, con el evidente fin de despojar a Refricenter International Trade Zona Libre S.A. de su participación económica en Refricenter Group S.A.S., en el curso de un conflicto suscitado entre esa compañía panameña y Carlos Alberto Urquijo. De ahí que, en vista de que la intervención del señor Restrepo de la Cruz hizo posible la expropiación de su mandante, el Despacho considere procedente darle aplicación a lo previsto en el artículo 838 del Código de Comercio.’

<sup>37</sup> El Despacho también se ha valido de la existencia de serias diferencias entre accionistas mayoritarios y minoritarios para justificar el decreto de medidas cautelares. Cfr., por ejemplo, los Autos No. 700-8103 del 10 agosto 2012, 801-12437 del 3 de septiembre de 2012 y 801-13957 del 4 de octubre de 2012.

pronunciado conflicto entre [los asociados mayoritarios y minoritarios]. [...] [Esta circunstancia] podría constituir un indicio de la naturaleza abusiva de decisiones que, de no existir esa disputa, serían perfectamente legítimas. Así, por ejemplo, si no se han presentado desacuerdos de la especie señalada, el simple cambio de la dirección para notificaciones judiciales a un lugar diferente del domicilio social difícilmente podría considerarse como una decisión [irregular] [...]. Con todo, ante el surgimiento de un conflicto, la decisión del accionista mayoritario de trasladar la referida dirección al lugar en que uno de sus apoderados recibe notificaciones judiciales, podría considerarse como un [indicio preliminar acerca del posible ejercicio] abusivo del derecho de voto’.

También es relevante consultar el texto de la Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013, en la cual se expresó lo siguiente: ‘Ante el deterioro de las relaciones entre los asociados, los denominados problemas de agencia entre mayoritarios y minoritarios suelen volverse más severos. Ciertamente, un distanciamiento de esa naturaleza puede reforzar la contraposición entre los intereses económicos de los accionistas y, además, deteriorar los vínculos recíprocos de confianza que podían haber existido entre el controlante y la minoría. En otras palabras, el surgimiento de una disputa intrasocietaria suele incrementar, de manera considerable, los incentivos que tienen los accionistas [...] para aprobar decisiones que los favorezcan exclusivamente [...]. Al mismo tiempo, el quebrantamiento de las relaciones entre los asociados hace que desaparezcan los reparos personales que podrían haber tenido [tales sujetos] para adoptar decisiones con la oprobiosa finalidad mencionada’.

Por las razones expresadas en los párrafos anteriores, siempre que se acredite la existencia de un conflicto intrasocietario, este Despacho examinará de cerca las decisiones que perjudiquen abiertamente a uno o varios asociados.

En el presente caso, las consideraciones presentadas en la sección No. 2 del acápite de hechos dan cuenta del deterioro paulatino de las relaciones entre Mario Pinzón Bohórquez y CAHC. Como ya se dijo, luego de la celebración del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, el señor Pinzón y CAHC intentaron expandir sus operaciones conjuntas en América Latina. Para los anteriores efectos, las partes suscribieron el memorando de entendimiento a que ya se ha hecho referencia (vid. Folio 1202). A pesar de que en ese documento se puso de presente que los inversionistas chinos no estaban

dispuestos a efectuar aportes de capital adicionales para el funcionamiento de CAH Colombia S.A., las partes discutieron, en diversas oportunidades, la posibilidad de inyectarle nuevos recursos a esta última compañía. Luego de un extenso proceso de debida diligencia adelantado entre los años 2010 y 2011, CAHC decidió liquidar sus inversiones en el país. Esta determinación, adoptada en octubre de 2011, llevó a que las partes discutieran diferentes alternativas para disolver sus vínculos societarios en CAH Colombia S.A.

La propuesta de CAHC consistió en conseguir un nuevo operador aeroportuario que adquiriera sus acciones en CAH Colombia S.A. y asumiera las obligaciones de la compañía china bajo el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008. Por su parte, el señor Pinzón planteó diferentes negocios jurídicos, incluida la escisión parcial de CAH Colombia S.A. o la compra, por parte de Azzaro Internacional S.A., de la totalidad de las acciones de CAHC en CAH Colombia S.A. El señor Pinzón también propuso continuar con la operación conjunta de CAH Colombia S.A., siempre que se firmara un acuerdo de accionistas 'para proteger sus intereses mutuos' (vid. Folio 592).

En este punto debe decirse que las pruebas consultadas por el Despacho permiten identificar una diferencia fundamental entre las fórmulas de arreglo propuestas por ambas partes. En las hipótesis formuladas por el señor Pinzón, CAHC continuaría siendo el operador aeroportuario bajo el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008. Además, como puede apreciarse en los correos enviados entre octubre y noviembre de 2011, varias de las operaciones diseñadas por el señor Pinzón le habrían permitido controlar, directamente, un porcentaje de las acciones de Airplan S.A. que eran de propiedad de CAH Colombia S.A. En criterio del Despacho, estas propuestas buscaban reconocer el importante papel del señor Pinzón en la estructuración de la concesión aeroportuaria a cargo de Airplan S.A., así como sus indispensables esfuerzos en la gestión de los negocios sociales de CAH Colombia S.A. Sin embargo, las pruebas disponibles también permiten inferir que las propuestas del señor Pinzón no eran del todo compatibles con el objetivo de CAHC, reiterado en múltiples correos electrónicos, de dar por terminadas sus operaciones en Colombia. En verdad, es preciso reiterar que las propuestas planteadas por los inversionistas chinos a finales del año 2011 incluían no sólo la venta de sus acciones en CAH Colombia S.A., sino también la cesión de su calidad de operador aeroportuario bajo el Contrato de Concesión No.

8000011-OK de 2008. Además, CAHC llegó a la conclusión de que no podía venderle sus acciones al señor Pinzón, debido a que este último no cumplía con las calificaciones técnicas para asumir la calidad de operador aeroportuario en la referida concesión (vid. Folio 588). Es decir que, bajo las propuestas de CAHC, el señor Pinzón, en su calidad de accionista minoritario de CAH Colombia S.A., quedaría obligado a entenderse con el nuevo asociado mayoritario que adquiriera el bloque de control de los inversionistas chinos. Este problema fue reconocido implícitamente por CAHC en un correo enviado por el señor Zhu el 8 de noviembre de 2011, en el que se dijo que cualquier posible comprador debía 'estar dispuesto a unirse en cooperación con [el señor Pinzón]' (vid. Folio 606). Con todo, esta propuesta era claramente inaceptable para el señor Pinzón, quien insistió en proponer soluciones que no involucraran el ingreso de un nuevo accionista mayoritario.<sup>38</sup>

Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se suspendieron las negociaciones entre CAHC y el señor Pinzón. Ciertamente, en el curso de la investigación adelantada por el perito informático designado por el Despacho, no se encontró ninguna comunicación entre el 15 de diciembre de 2011 y la fecha de la reunión por derecho propio controvertida en este proceso. En todo caso, las afirmaciones contenidas en el acta No. 13, correspondiente a la sesión asamblearia del 2 de abril de 2012, parecen apuntar a que CAHC rechazó, finalmente, las propuestas del señor Pinzón (vid. Folio 30). En este mismo sentido, en los alegatos de conclusión presentados por el apoderado de CAH Colombia S.A. se explicó que 'de acuerdo con lo manifestado por el señor Zhenghong en e-mail del quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), la propuesta [del señor Pinzón] sería estudiada por Capital Airports. Al parecer, continúa bajo estudio. Entre la fecha del email del señor Zhenghong y la Reunión por Derecho Propio, Capital Airports guardó un absoluto e inexplicable silencio. No hubo respuesta a las propuestas, no se informó a los demás accionistas sobre los avances del proceso de venta, no se planteó solución alguna a los problemas' (vid. Folio 2139).

Debe concluirse, pues, que, para la época en que se celebró la reunión por derecho propio del 2 de abril de 2012, existían diferencias visibles entre Mario Pinzón y CAHC, derivadas de la imposibilidad de llegar a un acuerdo respecto de la manera en que los inversionistas chinos habrían de liquidar

<sup>38</sup> Cfr. correo electrónico enviado por el señor Pinzón el 7 de diciembre de 2011 (vid. Folio 608).

sus inversiones en Colombia. El Despacho considera que estas diferencias constituyen un primer indicio de que las decisiones asamblearias aprobadas el 2 de abril de 2012 pudieron haber estado encaminadas a modificar las circunstancias de asociación en CAH Colombia S.A., en la manera descrita en el acápite precedente.

*(ii) El patrón de conducta de Azzaro Internacional S.A. y Mario Pinzón Bohórquez*

Ya se explicó que la simple existencia de un conflicto intrasocietario no es suficiente para concluir, sin más, que las determinaciones controvertidas en este proceso adolecen de algún vicio. Para ello, es indispensable analizar el patrón de conducta exhibido por los accionistas minoritarios de CAH Colombia S.A., de conformidad con las pruebas aportadas por las partes. En este sentido, el Despacho encontró varios elementos probatorios que apuntan a que la capitalización aprobada por Azzaro Internacional S.A. y Mario Pinzón estuvo encaminada a despojar a CAHC del control sobre CAH Colombia S.A.

El punto de partida del presente análisis es el hecho de que, a comienzos del año 2012, CAH Colombia S.A. efectivamente requería recursos líquidos para cumplir con sus obligaciones financieras. Esta circunstancia, probada con contundencia por el apoderado de la sociedad demandada, ha sido reconocida también por CAHC.<sup>39</sup> Debe advertirse, además, que el señor Pinzón no estaba en la obligación de proveer la liquidez requerida por CAH Colombia S.A., como aparentemente lo había hecho en otras oportunidades. Sin embargo, no puede perderse de vista que CAHC planteó diferentes alternativas para satisfacer las necesidades financieras de CAH Colombia S.A. Según consta en un correo con fecha del 8 de noviembre de 2011, CAHC propuso asumir los costos asociados al salario del representante legal de CAH Colombia S.A., así como la venta de algunos de los activos de la compañía, incluido un porcentaje de las acciones en Airplan S.A. y el interés económico de aquella sociedad en un hangar ubicado en la ciudad de Medellín (vid. Folio 603). Así mismo, en un correo del 1º de noviembre de 2011, CAHC ofreció implementar medidas para que CAH Colombia S.A. pudiera conti-

<sup>39</sup> En sus alegatos de conclusión, el apoderado de la sociedad demandante manifestó lo siguiente: ‘De hecho no negamos que la SOCIEDAD requiriera inyección de recursos. De hecho quedó demostrado con los testimonios rendidos en el proceso, así como con lo diversos mensajes electrónicos cruzados entre MARIO PINZON, representante de CAPITAL AIRPORTS, y ZHU ZHENGHONG, que CAPITAL AIRPORTS estuvo analizando diferentes alternativas para inyectar recursos a la SOCIEDAD’. (vid. Folio 2208)

nuar con el curso normal de sus negocios, mientras los inversionistas chinos conseguían un comprador que cumpliera con las calificaciones técnicas para asumir la calidad de operador aeroportuario bajo el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008 (vid. Folio 588).

También debe resaltarse lo expresado en un correo enviado por el señor Pinzón el 2 de noviembre 2011, respecto de su propuesta de mantener el statu quo en CAH Colombia S.A. En los términos de esa comunicación, ‘debido al hecho de que CAH Colombia tiene que resolver su déficit de efectivo para cubrir sus préstamos y pagos, será necesario mantener a CAH Colombia con los mínimos y más bajos costos de administración. La fuente de pago para cubrir los pagos de deuda será parcialmente el [acuerdo de asistencia técnica celebrado con Airplan S.A.]. A menores costos de administración de CAH Colombia, mayores los montos para cubrir los pagos de las deudas [...]. CAH China seguirá siendo el operador aeroportuario de Airplan debido al hecho de que CAH China firmó el contrato de concesión con Aerocivil y Airplan como operador aeroportuario. Como complemento de esta solución, CAH China y Azzaro firmarían un acuerdo de accionistas para proteger sus intereses mutuos’ (vid. Folio 592).

A pesar de todo lo anterior, una vez CAHC confirmó su determinación de venderle su bloque mayoritario a un tercero diferente de Mario Pinzón, las propuestas antes mencionadas no volvieron a considerarse como posibles alternativas a la capitalización de CAH Colombia S.A. Aunque no le corresponde a este Despacho inmiscuirse en las decisiones financieras de los empresarios, lo cierto es que el rechazo implícito de las mencionadas propuestas de financiación le resta vigor a los argumentos esgrimidos para justificar la capitalización del 2 de abril de 2012. Ello se debe a que el señor Pinzón sólo parecía estar dispuesto a discutir tales alternativas si CAHC desistía de su intención de venderle sus acciones a un tercero, según puede apreciarse en el siguiente extracto de un correo del 7 de diciembre de 2011: ‘Si esto es aceptable podemos discutir detalles de negocios adicionales. El punto importante es que se necesita una solución y el tiempo se está agotando. De lo contrario tendremos que solicitar aumento de los aportes de capital para resolver la situación porque no hay más opciones. He estado cooperando de lleno con CAH Colombia [...]. Sin embargo, insisto: el tiempo de decisiones y acuerdos es ahora. La situación de la compañía no da espera para la solución per-

fecta que no hemos podido encontrar en los últimos dos años. La perfección no se puede lograr en ningún negocio. Consideramos que estas propuestas de negocios cumplen plenamente con el interés de ambas partes, dejando a CAH Colombia por un buen camino' (vid Folio 612). Tampoco puede olvidarse que, si CAHC reconsideraba la decisión de liquidar sus inversiones en el país, las necesidades financieras de CAH Colombia S.A. podían resolverse, en criterio del señor Pinzón, mediante la simple reducción de sus costos de funcionamiento.<sup>40</sup> Sin embargo, una vez confirmada la decisión de CAHC de venderle sus acciones a un tercero, la capitalización se convirtió, al parecer, en la única alternativa posible para sanear las finanzas de CAH Colombia S.A.

El Despacho encuentra en las anteriores circunstancias otro indicio de que la capitalización aprobada el 2 de abril de 2012 pudo estar orientada por un propósito diferente de la simple consecución de nuevos recursos para CAH Colombia S.A. En verdad, las necesidades de liquidez de esta compañía, descritas con amplitud en el dictamen pericial que consta en el expediente, no son suficientes para justificar la drástica decisión de aprobar la capitalización que despojó a CAHC de su bloque mayoritario. Esto último es aún más cierto si se tiene en cuenta que el señor Pinzón y CAHC discutieron numerosas alternativas para proveerle liquidez a CAH Colombia S.A., incluida la venta de activos sociales y la asunción, por parte de los inversionistas chinos, del salario del representante legal de la compañía.

Otro importante elemento de juicio tiene que ver con el hecho de que la capitalización de CAH Colombia S.A. se hizo sin sujeción al derecho de preferencia, con el fin de permitir que Azzaro Internacional S.A. fuera la única suscriptora de las acciones emitidas. Debe recordarse, en este orden de ideas, que en el artículo decimoséptimo de los estatutos de la compañía se estipuló, en forma explícita, que los accionistas tendrían derecho a invocar esa prerrogativa en cualquier emisión primaria adelantada por CAH Colombia S.A. En los términos de la cláusula citada, 'los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones una cantidad proporcional al número de acciones que posean en el momento en el que la Junta Directiva de la Sociedad apruebe el respectivo reglamento'.

<sup>40</sup> Cfr. correo enviado por el señor Pinzón el 2 de noviembre 2011 (vid. Folio 592).

A pesar de lo anterior, durante la reunión por derecho propio del 2 de abril de 2012, el señor Pinzón 'propuso que la capitalización propuesta, vía la emisión, colocación y suscripción de nuevas acciones, sea efectuada sin sujeción al derecho de preferencia, en virtud a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 420 del Código de Comercio, ordenándole a la junta directiva que emita el Reglamento de Emisión y Suscripción de Acciones a favor exclusivamente del accionista Azzaro Internacional S.A.' (vid. Folio 31). Para justificar esta decisión, se invocaron las necesidades de liquidez de CAH Colombia S.A., así como la renuencia de CAHC a invertir nuevos recursos. De conformidad con el texto del acta No. 13, 'la situación de CAH Colombia S.A. no es viable si no se fortalece su estructura de capital y patrimonial [...]. A la fecha, el accionista Capital Airports Holding Company no ha dado muestras de querer inyectar capital o proponer fórmulas de arreglo a la situación financiera de la sociedad, pretendiendo bloquear la totalidad de intereses económicos que tiene la sociedad y perjudicando con su actitud a todos los accionistas' (vid. Folio 30).

También es relevante aludir a las razones expuestas por el apoderado de CAH Colombia S.A. para justificar que la emisión de acciones se hiciera sin sujeción al derecho de preferencia. Tal y como consta en el escrito de alegatos de conclusión '[CAHC] conocía los antecedentes de la decisión de capitalización y tuvo todas las oportunidades de participar en la adopción de dicha decisión, así como todas las posibilidades de decidir capitalizar ejerciendo su derecho como accionista. No obstante, también resulta evidente que Capital Airports no tuvo nunca la intención de invertir más dinero en CAH COLOMBIA y que así lo manifestó enfática e insistentemente' (vid. Folio 2177).

Debe decirse, sin embargo, que el Despacho considera insatisfactorias las explicaciones ofrecidas para justificar la aprobación de la precitada emisión de acciones sin sujeción al derecho de preferencia.<sup>41</sup> Es cierto que en el ex-

<sup>41</sup> Es preciso recordar, además, que la supresión del derecho de preferencia en la suscripción de acciones podría considerarse, en algunos casos, como un indicio de la intención censurable de causarle un daño a uno o varios asociados. En criterio de Martínez Neira, 'no cabe la duda de que la asamblea, con el voto de mayoría requerido en la ley o en los estatutos, puede hacer dejación del derecho de preferencia respecto de una determinada colocación de acciones, impidiendo que los socios actuales ejerzan el derecho a suscribir una proporción de la nueva emisión. Pero tal decisión debe estar inspirada en el interés social [...] Siempre debe tratarse de un interés "concreto y específico" cuya licitud o concordancia con el interés social ha de juzgarse para sociedad en la "coyuntura temporal y económica por la que atraviesa". Pero, como ocurre frecuentemente, cuando la decisión se funda en el interés de la mayoría de que el suscriptor sea una persona vinculada a la mayoría, para diluir a los demás accionistas, en detrimento de sus intereses, se estará en presencia de una conducta abusiva, proscrita por el legislador'. NH Martínez Neira (2010) 418. Por su parte, Reyes Villamizar ha señalado que los

pediente constan los enfáticos pronunciamientos de diversos representantes de CAHC, en el sentido de que esa sociedad china no participaría en nuevas capitalizaciones de CAH Colombia S.A., por cuanto se disponía a liquidar sus inversiones en el país. Con todo, una cosa es que CAHC haya decidido enajenar sus inversiones y otra, bien diferente, que haya renunciado, de manera anticipada, a participar en una capitalización que tenía la virtualidad de diluir su bloque de control en CAH Colombia S.A. En efecto, no puede descartarse la posibilidad de que, si se hubiera mantenido el derecho de preferencia en la capitalización del 2 de abril de 2012, CAHC hubiera intentado proteger su bloque mayoritario en CAH Colombia S.A. mediante el aporte de nuevos recursos.<sup>42</sup> Sin embargo, por virtud del levantamiento del derecho de preferencia, CAHC fue privada de la posibilidad de decidir si participaba en la capitalización controvertida o aceptaba la dilución de su participación mayoritaria en CAH Colombia S.A.<sup>43</sup> Es claro, por lo demás, que el derecho de preferencia en la colocación de acciones no se contrapone a la finalidad de recaudar nuevos recursos para financiar la actividad de CAH Colombia S.A. Por el contrario, una posible participación de CAHC en la capitalización habría aliviado la carga financiera que debió asumir el señor Pinzón para adquirir, por conducto de Azzaro Internacional S.A., la totalidad de las acciones emitidas por CAH Colombia S.A.

Ahora bien, existen otros indicios que son relevantes para entender las motivaciones que condujeron a la emisión primaria de acciones objeto de este proceso. Por una parte, la capitalización fue aprobada en una reunión por derecho propio, con fundamento en el mecanismo especial de votación previsto en el artículo 429 del Código de Comercio. Esta norma permite que, en las reuniones de la naturaleza indicada, el quórum deliberatorio y las mayorías decisorias se configuren con ‘un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada’. Es importante anotar, en

este sentido, que las reuniones por derecho propio fueron consagradas en el ordenamiento mercantil a fin de permitir que ‘los asociados puedan conocer la marcha de la empresa social y adoptar las decisiones propias del órgano de dirección’.<sup>44</sup> Sobre este particular se ha pronunciado también esta Superintendencia, por vía administrativa, en los siguientes términos: ‘el legislador pretendió garantizar a los asociados el derecho a reunirse, como mínimo una vez al año cuando no fueren convocados, de forma que no quedaran indefensos, sometidos a la voluntad de un administrador que, deliberada o involuntariamente, no convoca al máximo órgano social para examinar la situación de la empresa, haciendo nugatorios algunos de los derechos que le otorga la ley a quienes ostentan la calidad de socios o accionistas, como bien podrían destacarse el de conocer las cuentas y el balance de fin de ejercicio; enterarse de la gestión de los administradores; efectuar las designaciones que por ley o estatutos les corresponde; repartir los dividendos, etc’.<sup>45</sup>

El Despacho debe advertir, enfáticamente, que las reglas especiales previstas para las reuniones por derecho propio no pueden usarse para modificar las circunstancias de asociación en una compañía, con el propósito deliberado de perjudicar a un grupo de accionistas. Este ejercicio censurable del mecanismo contemplado en el artículo 429 del Código de Comercio excede, a todas luces, la intención del legislador mercantil al introducir en nuestro ordenamiento la figura de la reunión por derecho propio.<sup>46</sup>

De otra parte, el Despacho estima necesario aludir a las modificaciones aprobadas respecto de la composición de la junta directiva de CAH Colombia S.A. Como ya se explicó, los accionistas presentes durante la reunión por derecho propio redujeron el número de miembros del aludido órgano social y excluyeron a los directores que habían sido designados por CAHC. A diferencia de la capitalización antes estudiada, en el acta No. 13 no se pre-

asociados pueden verse perjudicados ‘cuando la mayoría decide privar a los minoritarios del derecho de suscripción preferente, mediante la renuncia a esta prerrogativa para una colocación específica (C. de Co., art. 420, ord.5º) o por medio de la inclusión de una cláusula estatutaria que suprima el derecho preferencial de modo definitivo [...]’. FH Reyes Villamizar (2006) 365.

42 Parece suficientemente claro que esta afirmación no pierde relevancia a la luz de lo expresado por el señor Zhu respecto de las dificultades que podría tener CAHC para traer recursos al país en un espacio reducido de tiempo (vid. Folio 1527).

43 El apoderado de Capital Airports Holding China, en su escrito de demanda, manifestó que ‘la renuncia al derecho de preferencia aprobada por la Asamblea General de Accionistas, de manera que las acciones emitidas fueran solamente ofrecidas a Azzaro, claramente tiene como propósito y como efecto excluir a CAH de la posibilidad de capitalizar a la compañía y por ende diluirlo (vid. Folio 19).

44 NH Martínez Neira (2010) 253.

45 Oficio No. 220-44078 del 9 de septiembre de 2004.

46 Las pruebas disponibles también dan cuenta de un posible elemento de premeditación en la capitalización que diluyó a CAHC. Según un correo electrónico enviado por el señor Pinzón el 30 de marzo de 2012, un par de días antes de la reunión por derecho propio, el señor Pinzón le envió la siguiente instrucción a un administrador de CAH Colombia S.A.: ‘Tráete todos los libros de CAH COL incluyendo el de accionistas, actas, etc. Así mismo estatutos, certf cámara cio. Además tu carta de aceptación con fecha de hoy para registrar en C de Cio. Balances firmados por Oscar. Además inf. de gestión de Oscar firmado. Raúl Rodríguez te envía informe rev fiscal asegúrate de eso’ (vid Folio 1898).

sentaron razones para justificar los cambios atinentes a la junta directiva.<sup>47</sup> En todo caso, el apoderado de la sociedad demandada señaló no sólo que los directores mencionados se habían abstenido de asistir a la mayoría de las reuniones de la junta directiva de CAH Colombia S.A. sino, también, que los administradores de sociedades constituidas en Colombia son libremente removibles.<sup>48</sup>

A pesar de lo anterior, el Despacho ya ha rechazado la idea de que un grupo de accionistas pueda ampararse en circunstancias de la naturaleza indicada con la finalidad velada de obtener ventajas injustificadas. Según lo expresado en la Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013, ‘es claro para este Despacho que la elección y remoción de los directores de una compañía le corresponde a los accionistas, reunidos en el seno del máximo órgano social, con sujeción al sistema de votación aplicable para tales efectos. En este pronunciamiento simplemente se censura, por abusivo, el voto ejercido con la finalidad, a todas luces ilícita, de ocasionar perjuicios y obtener ventajas indebidas, particularmente en hipótesis de conflicto y en el curso de un proceso de venta sobre el control de una compañía’.

El apoderado de la sociedad demandada ha expresado también que los cambios en la junta directiva de CAH Colombia S.A. no le generaron mayores perjuicios a CAHC, por virtud de las reglas imperativas previstas para la elección de directores en las sociedades anónimas. Según el criterio del aludido apoderado, ‘en uso de los derechos políticos que tiene Capital Airports en CAH COLOMBIA, el cuarenta y cuatro por ciento (44%) de participación accionaria en la sociedad, bajo el sistema de cuociente electoral, le da derecho a escoger un (1) miembro de tres (3) que tiene la junta directiva desde la Reunión por Derecho Propio, por lo que tiene el pleno derecho de convocar a una asamblea de accionistas y votar por el nombramiento de dicho miembro, obteniendo, paradójicamente para la actora, una composición de junta

47 Cfr., sin embargo, la grabación de la declaración de Mario Pinzón Bohórquez en la audiencia celebrada el 10 de diciembre de 2012, folio 635 del expediente (2:15:55).

48 Según el criterio del apoderado de CAH Colombia S.A., ‘del contenido del artículo estatutario se infiere indudablemente que es la asamblea general de accionistas de CAH COLOMBIA, el órgano que tiene las facultades legales y estatutarias para designar, ratificar o remover a los administradores. [...] la doctrina nacional ha mantenido una opinión que afianza, sin lugar a dudas, la legalidad y validez de la decisión adoptada por el máximo órgano de CAH COLOMBIA, al remover y designar nuevos administradores [...] a pesar de tener garantizada la participación política en la dirección, representación y administración de la compañía, parece que no ha sido interés de la actora, ejercer activamente sus derechos en la toma de decisiones (vid. Folios 2103 a 2104, 2128 y 2172).

directiva proporcionalmente igual a la que tenía antes de la adopción de las decisiones controvertidas’ (vid. Folio 2173).

En opinión del Despacho, los cambios en la composición de la junta directiva de CAH Colombia S.A. probablemente no estuvieron encaminados a excluir a CAHC, de modo permanente, de la administración de aquella compañía. No obstante, las modificaciones referidas sí permitieron que los nuevos directores de CAH Colombia S.A se reunieran, sin previa convocatoria, para aprobar el reglamento de emisión y colocación de acciones que dio lugar a la capitalización estudiada en esta sentencia. Es decir que, al desaparecer la necesidad de convocar a los directores designados por CAHC, fue posible aprobar la capitalización, de manera sigilosa, sin que los inversionistas chinos se percataran de la inminente pérdida de su bloque de control en CAH Colombia S.A. En otras palabras, de no haberse modificado la junta directiva de la compañía, habría sido indispensable convocar a Xinmin Guo y Zhu Zhenghong a la reunión de la junta directiva del 18 de abril de 2012. Ello habría permitido que CAHC intentara evitar la dilución de su bloque de control, mediante la realización de nuevos aportes, la presentación de acciones legales o con el simple ejercicio de sus derechos políticos mayoritarios en el capital de CAH Colombia S.A.

Es importante recordar que el uso de maniobras sigilosas ha sido considerado como un indicio acerca del posible carácter irregular de una capitalización. Así, por ejemplo, en un laudo arbitral emitido el 17 de marzo de 2004 se formularon las siguientes consideraciones: ‘Cuando los socios mayoritarios, de manera consciente y deliberada, deciden decretar una capitalización que se plantea de manera repentina y que se promueve sigilosamente, aprovechándose de una intempestiva modificación de la forma como se venían haciendo las convocatorias a las reuniones de la junta de socios y privando a sus consocios, de facto, de la posibilidad de participar en dicha capitalización, incurren en abuso del derecho, a pesar de que formalmente hayan cumplido con los pasos para concretar una capitalización en la que, teóricamente, los demás consocios también pueden participar’.<sup>49</sup>

Por último, las propias afirmaciones del señor Pinzón—en conjunto con los indicios ya analizados—permiten inferir que el verdadero propósito de la

49 Guillermo Mejía Rengifo contra Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros, Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

capitalización fue despojar a CAHC del control sobre CAH Colombia S.A. Según lo consignado en el acta No. 13, ‘el señor Mario Pinzón informó a la asamblea: [...] He efectuado propuestas concretas para solucionar la situación sin obtener respuesta alguna. Dentro de dichos planteamientos he propuesto escindir la sociedad CAH Colombia S.A., comprar la participación accionaria de CAH en CAH Colombia S.A., capitalizar la empresa, etc. Ninguna propuesta ha sido aceptada. Todo lo contrario, en octubre de 2011, fui informado por CAH de su decisión de vender la totalidad de activos de la empresa sin contar con mi consentimiento. Posteriormente, dicha decisión me fue ratificada, de manera decepcionante, informándome que no venderían a Azzaro Internacional S.A. En consecuencia, como resultado de la falta de acción y decisiones por parte de CAH frente a CAH Colombia S.A. el ánimo de asociación en esta empresa fue bloqueado por CAH en perjuicio de todos los accionistas’ (se resalta) (vid. Folio 30).

Así mismo, es relevante citar el siguiente extracto del testimonio rendido por el señor Pinzón en el curso del presente proceso: ‘por qué razón los señores salen a ofrecer las acciones de CAH Colombia a unos operadores aeroportuarios para vender su participación sin tenerme en cuenta a mi, si somos accionistas de dicha sociedad que se llama CAH Colombia? [...] Me parece importante destacar cómo ahí hay un desconocimiento profundo y notorio no sólo de una relación, digamos del pasado, sino de no tenernos en cuenta; “yo pretendo vender pero yo no lo voy a tener a usted en cuenta en la eventualidad en la que un supuesto operador aeroportuario entre a adquirir estas participaciones societarias”. Ese un poco como otro mensaje que subyace ahí’.<sup>50</sup>

### 3. Conclusión

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho cuenta con suficientes elementos de juicio para concluir que la capitalización controvertida en este proceso estuvo dirigida, principalmente, a despojar a CAHC de su mayoría accionaria en CAH Colombia S.A., en un aparente intento por evitar que la

<sup>50</sup> Cfr. grabación de la declaración de Mario Pinzón Bohórquez en la audiencia celebrada el 10 de diciembre de 2012, folio 635 del expediente (59:00 y 1:36:20). Según el apoderado de CAH Colombia S.A., ‘las causas de la capitalización del accionista minoritario, son entre otras, el incumplimiento de los deberes que como accionista controlante tenía Capital Airports en CAH Colombia, el abandono de CAH Colombia por parte de su accionista mayoritario, la decisión de Capital Airports de no invertir ni un centavo más en CAH Colombia y salir del país, la situación financiera de CAH Colombia a corto, mediano y largo plazo y la protección y salvaguarda de las inversiones efectuadas por los accionistas a la fecha (vid. Folio 236 y 237).

compañía china le vendiera su bloque mayoritario a un tercero diferente del señor Pinzón. A pesar de la admirable defensa propuesta por el apoderado de la sociedad demandada, el Despacho encontró, en las pruebas aportadas por las partes, suficientes indicios para cuestionar la rectitud de ánimo del señor Pinzón al aprobar las operaciones objeto de este proceso. En verdad, es claro que el patrón de conducta analizado—la aprobación de una emisión primaria sin sujeción al derecho de preferencia, en una reunión por derecho propio, con los accionistas minoritarios como únicos destinatarios de la correspondiente oferta de suscripción, en medio de un conflicto intrasocietario respecto del control de CAH Colombia S.A—no encuentra justificación en las necesidades de liquidez invocadas por la sociedad demandada, particularmente en vista de las diferentes propuestas de financiación discutidas entre el señor Pinzón y CAHC a finales del año 2011.

Ahora bien, quedó suficientemente probado que el señor Pinzón intentó negociar con CAHC, de buena fe, con el ánimo de resolver las diferencias descritas anteriormente.<sup>51</sup> Es evidente también la frustración del señor Pinzón ante las delaciones de CAHC y la decisión de esta última compañía de venderle el bloque de control en CAH Colombia S.A. a un tercero.<sup>52</sup> Esto último pudo haber resultado particularmente preocupante para el señor Pinzón en vista de la siguiente opinión, contenida en los alegatos de conclusión presentados por la sociedad demandada: ‘La participación de Capital Airports del 52% obedeció exclusivamente a la necesidad de cumplir la exigencia de los pliegos de condiciones que dieron origen al Contrato de Concesión [...] Capital Airports nunca ha ejercido un control real sobre CAH Colombia, ni desde el punto de vista de su participación política, ni de negocio y, por el contrario, se evidenció su claro abandono del interés social’ (vid. Folio 2143).

<sup>51</sup> Durante la etapa de fijación del objeto del litigio, el apoderado de la sociedad demandada manifestó que ‘hay un sinnúmero de correspondencia entre las partes donde básicamente lo que se demuestra es que CAH China no tuvo, en un momento dado, ninguna intención de soportar su participación en Colombia, dejando un poco a la deriva la compañía y por ende afectando el valor de las inversiones. Los accionistas minoritarios y la administración de CAH Colombia le pidieron capitalizar la compañía a CAH China por espacio de dos años, con un interés totalmente transparente, totalmente, digamos, entendible, sin ningún interés diferente a que la compañía tuviera una sanidad financiera y pudiera cumplir con sus obligaciones, habida cuenta que tenía obligaciones ante el sistema financiero’ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 29 de noviembre de 2012, folio 538 del expediente (20:35).

<sup>52</sup> En un correo del 23 de septiembre, el señor Zhu aludió a las discusiones que se habían presentado entre los administradores de CAHC en lo relacionado con CAH Colombia S.A. (vid. Folio 414). En esa comunicación se hizo referencia también a las dificultades de negociar con CAHC, cuya estructura interna de gestión entorpecía la adopción de decisiones en esa compañía (id.).

Con todo, es innegable que, de conformidad con los estados financieros de CAH Colombia S.A., CAHC efectuó los aportes dinerarios correspondientes al 52% de las acciones en circulación de la compañía.<sup>53</sup> Debe recordarse también que esa distribución porcentual del capital suscrito de CAH Colombia S.A. se tuvo como cierta para los efectos del proceso de licitación No. 7000153 OL y el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008. Por consiguiente, no puede alegarse ahora el carácter artificioso del bloque mayoritario de CAHC, ni desconocerse la información consignada en el libro de registro de accionistas de CAH Colombia S.A., para justificar la dilución premeditada de la compañía china.

Es claro, por lo demás, que la imposibilidad de llegar a un acuerdo con CAHC no puede convalidar el despojo forzoso de la mayoría accionaria que esa sociedad detentaba en CAH Colombia S.A. Ello se debe a que, como ya lo ha manifestado este Despacho, el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a un grupo de asociados, ni para que uno de ellos se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás.<sup>54</sup>

#### 4. Defectos procesales

A pesar del carácter reprochable de las actuaciones estudiadas, el Despacho ha identificado una importante falencia procesal que incide sobre la decisión que se adoptará en esta sentencia. El demandante solicitó la nulidad absoluta de las decisiones sociales que dieron lugar a la dilución de CAHC, con fundamento en la presunta causa ilícita que orientó las determinacio-

<sup>53</sup> En las aclaraciones presentadas por el perito designado por el Despacho se señaló que ‘sí, todos los accionistas de CAH Colombia S.A. pagaron el aporte de capital que les correspondía por las acciones que han suscrito durante toda su existencia’ (vid. Folio 2020). En idéntico sentido, puede consultarse el certificado emitido por el revisor fiscal de CAH Colombia S.A. (vid. Folio 2021).

<sup>54</sup> Esta decisión sigue la línea de otros pronunciamientos emitidos por el Despacho, en los que se rechaza el ejercicio del derecho de voto para perjudicar a un accionista. Cfr., por ejemplo, la Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013 (‘en síntesis, la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. se consumió de manera intempestiva y en el curso de un conflicto intrasocietario, poco tiempo después de que Edwin Gil Tobón hiciera efectivo el mecanismo de información descrito en el acápite precedente, con el efecto de que Serviucis S.A. fue reemplazado por un director vinculado al bloque de accionistas mayoritarios liderado por Mauricio Vélez Cadavid. Se trata, a todas luces, de un patrón de conducta que, en criterio del Despacho, denota una intención premeditada de perjudicar a Serviucis S.A. y, correlativamente, procurar que el bloque mayoritario pudiera ejercer un control irrestricto sobre la operación de NCSC S.A.S. Debe concluirse, pues, que el bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid ejerció el derecho de voto de una manera que desborda el límite de lo permisible bajo el ordenamiento jurídico colombiano’).

nes a que se ha hecho referencia. La intención del demandante de asociar la figura de la capitalización abusiva a la causa ilícita se debe, sin duda, a la imposibilidad de que, con base en el artículo 830 del Código de Comercio, se solicite la nulidad absoluta de la capitalización estudiada. En verdad, la simple indemnización de perjuicios que puede reclamarse por virtud de esta norma es ‘insuficiente para resolver conflictos de Derecho de Sociedades’.<sup>55</sup> Tal vez por ello, en la demanda se puso de presente que ‘si bien en este caso es evidente que se llevó a cabo una capitalización abusiva, disfrazada de aparente legalidad en aplicación de los artículos 422 y 420-5 del Código de Comercio, el abuso del derecho no es el fundamento de la presente acción, sin perjuicio de otras acciones que decida emprender mi representada en contra de los demás accionistas de CAH Colombia S.A. al amparo del artículo 830 del Código de Comercio. No obstante lo anterior, reiteramos que es el exceso del contrato social y la causa ilícita el soporte legal que justifica la declaratoria de nulidad absoluta de las decisiones objeto de la presente impugnación, de conformidad con los artículos 190 y 899 del Estatuto Mercantil’ (vid. Folios 29 y 30).

Sin embargo, el demandante no explicó, en ningún momento, los fundamentos jurídicos que permiten invocar la causa ilícita para impugnar una capitalización abusiva, a la luz del artículo 1741 del Código Civil y la copiosa jurisprudencia emitida en Colombia sobre aquel vicio. Aunque existen antecedentes doctrinarios en los que se alude a la posibilidad de que una decisión abusiva se anule por causa ilícita, le correspondía a la demandante la carga de articular las razones legales por las cuales esta sanción es procedente en el presente caso. Podría pensarse, por ejemplo, en identificar claramente las normas cuya infracción se pretende con la capitalización abusiva, a fin de justificar la invocación de la causa ilícita. Para estos efectos, sería relevante consultar los antecedentes judiciales emitidos en Francia sobre el abuso del derecho de voto por mayoría, particularmente en lo relacionado con la aplicación del artículo 1131 del Código Civil de ese país, en el que se define la causa ilícita en términos similares a lo expresado en nuestro ordenamiento.<sup>56</sup> Sería factible, incluso, aludir al posible impacto negativo de esta clase de operaciones respecto del orden público económico.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> FH Reyes Villamizar (2013a) 134.

<sup>56</sup> Para un estudio sobre los antecedentes franceses sobre la materia, cfr. a FH Reyes Villamizar (2013a) 138.

<sup>57</sup> Según lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia No. C-83 de 1999, ‘el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca

No obstante, el demandante se limitó a señalar lo siguiente: ‘Reiterada jurisprudencia de nuestras altas cortes ha delimitado la noción de causa ilícita, [...] a la que se refiere el artículo 899 del Código de Comercio. En este sentido, se ha dicho que “la causa es el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, y causa ilícita es aquélla que contraría la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley” [...] Analizadas en conjunto todas las decisiones adoptadas en la reunión por derecho propio adelantada el 2 de abril de 2012 entre dos accionistas de [CAH Colombia S.A.], se llega fácilmente a la conclusión de que la intención de los accionistas era diluir la participación accionaria de CAPITAL AIRPORTS, excluirla de participar en la Junta Directiva, y tomar control de [CAH Colombia S.A.], valiéndose de una opción prevista en la ley para un propósito distinto’ (vid. Folios 2205 y 2207).

Por su parte, el apoderado de CAH Colombia S.A. presentó un imponente análisis, orientado a desvirtuar la posibilidad de aducir la causa ilícita como fundamento de la nulidad absoluta de las decisiones objeto de este proceso. Según lo expresado en los alegatos de conclusión del referido apoderado, ‘el primero de los supuestos consagrados en la legislación colombiana como determinante de un evento de causa ilícita es que el negocio jurídico sea contrario a las leyes. Este aspecto es, sin duda, aquel presupuesto de mayor objetividad respecto de la sanción. Su ocurrencia implica necesariamente que se contraría un precepto legal dispuesto como imperativo por el ordenamiento. [...] El vicio de causa ilícita por violación de la ley se establece sencillamente cotejando el contenido prohibitivo de una norma imperativa, con el contenido de un acto jurídico. [...] Es un análisis bastante sencillo. En verdad todas las decisiones que se impugnaron (proposiciones 7, 8, 9 y 10 relativas al incremento del capital autorizado, cambio en la composición de la junta directiva, elección de sus miembros, y aprobación de emisión de acciones sin derecho de preferencia) no solo no están prohibidas por ley alguna, sino que la asamblea general de accionistas está expresamente facultada para adoptarlas’ (vid. Folio 2112).<sup>58</sup>

mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad’.

58 En lo referente a la causa ilícita por violación a las buenas costumbres, el apoderado de la demandada manifestó lo siguiente: ‘se infiere que la ética de los negocios debe propender, en cumplimiento del mandamiento superior, por la preservación de la empresa como núcleo esencial del dogma axiológico de nuestro sistema jurídico económico. En esa medida las buenas costumbres son aquellas que reflejan un actuar social tendiente al desarrollo de la empresa, siempre teniendo como límite la fun-

Si bien no puede descartarse que las actuaciones analizadas en esta sentencia adolezcan de nulidad absoluta por causa ilícita, lo cierto es que, en criterio del Despacho, el demandante no soportó, adecuadamente, los fundamentos jurídicos de sus pretensiones. Así, aunque el Despacho encontrase, de modo oficioso, la manera de articular la capitalización abusiva con la figura de la causa ilícita, el apoderado de la sociedad demandada no habría contado con la oportunidad de defenderse en contra de tales argumentos. Esta circunstancia viciaría una posible actuación oficiosa del Despacho, según lo ha manifestado la Corte Constitucional en los siguientes términos: ‘la falta de concordancia entre el debate argumentativo y probatorio realizado en el proceso verbal sumario y la decisión adoptada por la Superintendencia de Sociedades [...] desconoce [el] derecho a la defensa [de la demandada], pues no tuvo la posibilidad de presentar pruebas y argumentos para desvirtuar las conclusiones de la sentencia’.<sup>59</sup>

Por lo demás, debe anotarse que el demandante habría podido proponer otras acciones legales, en conjunto con la nulidad absoluta por causa ilícita, para controvertir la capitalización analizada. Una primera posibilidad consistiría en objetar la decisión de la junta directiva del 18 de abril de 2012, con fundamento en la violación de las reglas contenidas en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009 en materia de conflictos de interés. También podría pensarse en invocar lo previsto en el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011. Esta disposición establece que ‘las facultades jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades por el artículo 44 de la Ley 1258 de 2008 [...] procederán respecto de todas las sociedades sujetas a su supervisión’. Por su parte, el citado artículo 44 alude a las reglas sobre abuso del derecho de voto contempladas en el artículo 43 de la Ley 1258, a cuyo tenor, ‘la acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y paridad [...] ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el proceso verbal sumario’. Bajo una de las posibles interpretaciones

ción social y ecológica de la propiedad’. (vid. Folio 2117) Finalmente, respecto a los actos contrarios al orden público, se señaló que ‘[...] el orden público representa aquel marco de paz y seguridad que brinda el Estado de Derecho a sus asociados; es el “Leviatán” hobbesiano que garantiza tranquilidad y armonía públicas. [...] Así las cosas, se evidencia que las decisiones adoptadas están lejos de poder, siquiera eventualmente, turbar el orden público de una nación. [...] Una decisión adoptada en el seno de una asamblea general de accionistas, aprobada según las facultades y procedimientos prescritos en la ley y en beneficio del ente societario, no tiene la entidad para turbar o contrariar el orden público del Estado. (vid Folio 2120)

59 Cfr. Sentencia No. T-757 de 2009.

del citado artículo 252, la figura del abuso del derecho de voto regulada en la Ley 1258 podría aplicarse también en las sociedades anónimas. Esta postura encuentra fundamento en el análisis sistemático de las disposiciones en comento, así como en lo previsto en el artículo 24 del Código General del Proceso, bajo el cual esta entidad cuenta con facultades jurisdiccionales, sin limitación alguna por el tipo societario, para 'la declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas'.<sup>60</sup>

También debe decirse que, a pesar del carácter censurable de las actuaciones analizadas en esta sentencia, el Despacho no puede decretar de oficio la nulidad absoluta de la capitalización que diluyó a CAHC, con fundamento en la figura del abuso del derecho de voto antes mencionada. Una decisión oficiosa en este punto del proceso también atentaría contra el derecho de defensa de la sociedad demandada, según lo ha precisado la Corte Constitucional para el caso específico de las facultades jurisdiccionales a cargo de esta entidad.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> Parece claro que la remisión del artículo 252 de la Ley 1450 incluía al hoy derogado inciso segundo del artículo 40 de la Ley 1258, por cuya virtud, todas las diferencias entre accionistas 'serán [resueltas] por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario'. Es decir que, una vez promulgada la Ley 1450, el artículo 40 de la Ley 1258 habilitaba a los accionistas de una sociedad anónima para presentar acciones de abuso del derecho, ante esta Superintendencia, con fundamento en el artículo 830 del Código de Comercio. Al estar incluida tal acción en el artículo 40 de la Ley 1258, sería injustificadamente redundante entender que esa misma acción es la que debe intentarse también al amparo del artículo 43. No debe descartarse, sin embargo, la posibilidad de acoger una posición más restrictiva, bajo la cual la figura del ejercicio abusivo del derecho de voto no puede extenderse a tipos diferentes de la SAS

<sup>61</sup> Cfr. Sentencia No. T-757 de 2009. Además, en los términos del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, 'no podrá condenarse al demandado [...] por causa diferente a la invocada en [la demanda]'. Sobre el particular es relevante consultar la siguiente opinión, expresada por el Consejo de Estado para revocar una sentencia judicial: 'En la sentencia no puede condenarse al demandado por causa diferente a la invocada en la demanda. Así las cosas, la sentencia de primera instancia fue "extra petita", puesto que se acogió la pretensión de la actora pero por una causa diferente a la planteada por ésta o deducida de hechos no alegados [...] El respeto al principio de congruencia persigue no sólo la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial que dé certeza sobre el asunto que se ha puesto a consideración del juez, sino salvaguardar el debido proceso y el derecho de defensa de la contraparte, quien dirige su actuación procesal a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda'. Cfr. Sentencia del 6 de octubre de 2009 (Sección Cuarta).

Por virtud de las anteriores consideraciones, el Despacho se ve obligado a desestimar las pretensiones formuladas en la demanda.

[...]

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.** Desestimar las pretensiones de la demanda.

**Segundo.** Levantar la medida cautelar decretada en el presente proceso.

**Tercero.** Oficiarle al representante legal de CAH Colombia S.A. para que adopte todas las medidas necesarias para darle cumplimiento a la presente sentencia.

**Cuarto.** Condenar a Capital Airports Holding Company a pagarle a CAH Colombia S.A. las costas generadas en el curso del proceso, incluidos los gastos correspondientes a los dictámenes periciales, así como la suma de un salario mínimo, a título de agencias en derecho.

La anterior providencia se profiere a los veintisiete días del mes de febrero de dos mil catorce y se notifica en estrados

## Sentencia No. 801-29 del 14 de mayo de 2014

<b>Partes</b>	Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. contra Shirley Natalia Ávila Barrios
<b>Asunto</b>	Deber de lealtad de los administradores sociales. Aplicación judicial del régimen legal en materia de conflictos de interés.

### I. Consideraciones del Despacho

El caso sometido a consideración del Despacho está relacionado con el posible incumplimiento de los deberes legales a cargo de Shirley Natalia Ávila Barrios, en su condición de administradora de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. Según la sociedad demandante, la señora Ávila Barrios, en ejercicio de sus funciones como representante legal de la referida compañía, incurrió en múltiples conductas censurables a la luz del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Así, pues, antes de examinar las infracciones alegadas por la sociedad demandante, es relevante formular algunas consideraciones acerca del régimen colombiano en materia de conflictos de interés.

#### 1. Acerca del régimen colombiano en materia de conflictos de interés

Las normas que regulan los conflictos de interés en el ámbito societario revisten vital importancia para el ordenamiento económico.<sup>1</sup> En la doctrina comparada suele explicarse que la distracción de recursos sociales mediante la celebración de operaciones con vinculados es el principal mecanismo de expropiación de accionistas.<sup>2</sup> Para entender cuál es el sustento de esta afirmación, puede pensarse en la suscripción de un contrato de compraventa entre una compañía y su accionista mayoritario. En este caso, el controlante podrá, por virtud de su influencia sobre la gestión de la compañía, incidir

1 S Djankov y otros, *The Law and Economics of Self-Dealing* (2008) 88 JEL 430; cfr. también a F Reyes, *Análisis Económico del Derecho Societario* (2013a, 2ª Ed., Bogotá, Editorial Legis).

2 RJ Gilson y A Schwartz, *Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms Versus Ex Post Transaction Review*, (2012) <http://ssrn.com/abstract=2129502>; J Armour, H Hansmann y R Kraakman, *Agency Problems and Legal Strategies* en R Kraakman y otros (eds), *The Anatomy of Corporate Law* (2009, OUP, Oxford) 35.

en la determinación de las condiciones del negocio jurídico propuesto. Esta potestad le permitirá, si así se lo propone, fijar en el contrato un precio que incremente su patrimonio personal, en detrimento de la sociedad.

Con todo, existe consenso en torno a la idea de que las operaciones viciadas por conflictos de interés no son necesariamente contrarias al interés social.<sup>3</sup> En compañías cerradas, la proscripción absoluta de operaciones con accionistas o administradores podría, incluso, ser nociva para la gestión de los negocios de la sociedad.<sup>4</sup> Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el caso de SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Daniel Correa, en el cual este Despacho examinó diversos contratos de mutuo celebrados entre la sociedad demandante y sus antiguos administradores. En vista de la frágil situación financiera de SAC Estructuras Metálicas S.A., los referidos funcionarios decidieron obtener créditos bancarios a título personal, para luego prestarle tales recursos a la compañía. Según lo expresado por esta entidad en la Sentencia No. 801-35 del 9 de julio de 2013, ‘los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A. [...] es factible que las operaciones viciadas por un conflicto de interés le reporten importantes beneficios a una sociedad, como en efecto parece haber ocurrido en el presente caso’.

La celebración de negocios jurídicos entre sujetos vinculados adquiere una innegable importancia en el contexto de los grupos empresariales.<sup>5</sup> En la literatura económica se ha dicho que esta modalidad de organización societaria es apenas una respuesta a las falencias institucionales propias de los países en desarrollo.<sup>6</sup> Ello se debe a que las estructuras grupales permiten la generación de mercados internos que suplen posibles deficiencias en el sistema financiero, la administración de justicia y el mercado laboral. Por ejemplo, la transferencia de flujos de capital entre compañías de un mismo grupo puede abaratar la financiación de nuevos proyectos, cuando el costo de acudir al

3 A Paces Control Matters: Law and Economics of Private Benefits of Control, ECGI Working Paper No.131/2009 <http://ssrn.com/abstract=1448164> (2011).

4 Z Goshen, The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality (2003) 91 Cal. L. Rev. 400.

5 T Khanna y Y Yafeh, The Future of Business Groups in Emerging Markets: Long-run Evidence from Chile (2000) 43 ACAD MANAGE J 268, 285

6 T Khanna y Y Yafeh, Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites? (2007) 45 JEL 331, 372; H Almeida y D Wolfenzon, A Theory of Pyramidal Ownership and Family Business Groups (2006) 61 J FINANCE 2637, 2681.

sistema financiero local sea demasiado alto.<sup>7</sup> Así mismo, la integración en una estructura de grupo puede contrarrestar los problemas generados por un sistema judicial inoperante.<sup>8</sup> Ante la imposibilidad de acudir a la justicia para resolver conflictos contractuales con proveedores o distribuidores, el ejercicio del control societario permite asegurar el cumplimiento oportuno de obligaciones. En los anteriores ejemplos, la celebración de operaciones entre compañías vinculadas es el mecanismo que habilita el funcionamiento de los mercados internos que justifican la existencia de grupos empresariales en países en desarrollo.

En síntesis, a pesar de que los negocios jurídicos viciados por conflictos de interés pueden usarse para distraer recursos sociales, es perfectamente posible que tales operaciones le reporten importantes beneficios a la compañía. De ahí que las normas societarias que regulan la materia busquen evitar que estas operaciones se conviertan en simples instrumentos de expropiación, sin que se pierda la utilidad potencialmente derivada de la celebración de negocios entre sujetos vinculados.

En algunos países, las operaciones viciadas por un conflicto de interés suelen ser objeto de un cercano escrutinio judicial para establecer si se han celebrado bajo condiciones de mercado. En el Estado de Delaware de los Estados Unidos, por ejemplo, tras detectarse un posible conflicto de interés, la Corte de Cancillería podría examinar la operación bajo el más estricto criterio de revisión judicial (*entire fairness test*).<sup>9</sup> Por tratarse de una medida de fiscalización *ex post*, esta solución al problema de los conflictos de interés les impone a los jueces la necesidad de llevar a cabo un detallado análisis de las operaciones objeto de controversia. Es decir que, por obvias razones, la efectividad de este mecanismo depende principalmente del adecuado ejercicio de la función judicial.<sup>10</sup>

7 T Beck, A Demirgüç-Kunt y V Maksimovic, The Influence of Financial and Legal Institutions on Firm Size (2006) 30 J BANKING FINANCE 11, 2996.

8 R Morck y M Nakamura, Business Groups and The Big Push: Meiji Japan’s Mass Privatization And Subsequent Growth (2007) NBER Working Paper No. 13171.

9 Para una explicación del sofisticado régimen legal diseñado en el Estado de Delaware para regular los conflictos de interés, cfr. a V Atanasov, B Black y C Ciccotello, Self-dealing by Corporate Insiders: Legal Constraints and Loopholes (2011) Northwestern University Law and Economics Research Paper No. 7.

10 RJ Gilson y A Schwartz (2012).

En otros países se ha optado por conferirle a los sujetos que no estén incurso en un conflicto de interés la potestad de determinar si ha de celebrarse la operación correspondiente. Bajo esta regla, deberá obtenerse la aprobación de los órganos sociales antes de que pueda perfeccionarse un negocio jurídico de la naturaleza en cuestión. Es así como, en la legislación francesa, es preciso contar con la anuencia de la junta directiva y del máximo órgano social para poder celebrar operaciones en las que los administradores o accionistas de la compañía tengan un interés.<sup>11</sup> De realizarse una operación sin la autorización requerida para el efecto, podrá solicitarse la nulidad de los negocios jurídicos correspondientes, siempre que se demuestre que la compañía resultó perjudicada por el acto o contrato celebrado.<sup>12</sup>

El sistema previsto en el ordenamiento societario colombiano combina la obligación de surtir un trámite de autorización con la posibilidad de solicitar la revisión judicial de operaciones viciadas por un conflicto. En este orden de ideas, debe recordarse que las reglas colombianas en materia de conflictos de interés están incluidas entre los postulados que rigen la actividad de los administradores sociales. Según lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores deben ‘abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros [...] en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses’. Al igual que en Francia, en nuestro sistema jurídico les corresponde a los accionistas, reunidos en el seno del máximo órgano social, la aprobación de todas aquellas operaciones en las que se presente un conflicto de la naturaleza indicada.<sup>13</sup> En el citado numeral 7 también se contempló un mecanismo de fiscalización judicial que guarda cierta similitud con la práctica judicial de algunos países anglosajones. Ciertamente, la norma analizada aclara que ‘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’. Esta disposición permite la

11 PH Conac, L Enriques y M Gelter, *Constraining Dominant Shareholders’ Self-dealing: The Legal Framework in France, Germany and Italy* (2007) 4 EFCR 498.

12 Id.

13 En el citado numeral 7 se contempla la posibilidad de celebrar negocios jurídicos de la naturaleza mencionada, siempre que se cuente con ‘la autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas’. Se trata, como lo afirma Reyes Villamizar, de una ‘prohibición de carácter general para ejecutar [actos viciados por un conflicto de interés]’. El mismo autor aclara que la Ley 222 de 1995 ‘no impide definitivamente la realización de tales actos, sino que somete su celebración a un riguroso procedimiento mediante el cual se pretende, en lo esencial, proteger los intereses de la sociedad, sus asociados y terceros interesados’. FH Reyes Villamizar, *SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada* (2013b, 3ª ed., Editorial Legis, Bogotá,) 161-162.

revisión judicial de negocios jurídicos aunque hayan sido aprobados por una mayoría de los accionistas que no tengan un interés en la operación.

Ahora bien, es relevante formular algunas precisiones acerca de las diferentes vías judiciales disponibles para hacer efectivo el régimen introducido por la Ley 222 de 1995 en materia de conflictos de interés. Por una parte, cuando en una reunión asamblearia se haya aprobado la celebración de un negocio jurídico al amparo del numeral 7 del artículo 23, existen al menos dos acciones que pueden intentarse ante las instancias judiciales. En primer lugar, será factible controvertir la decisión del máximo órgano social, conforme al régimen general de impugnación previsto en el Código de Comercio.<sup>14</sup> En segundo lugar, podrá alegarse que la operación aprobada por los accionistas ‘perjudic[a] los intereses de la sociedad’, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Claro que, en estos casos, al demandante le corresponderá la elevada carga probatoria de demostrar que la operación controvertida es perjudicial para la compañía, a pesar de haber sido aprobada por los principales interesados en proteger el patrimonio social.

De otra parte, cuando no se cuente con una autorización impartida válidamente por la asamblea general de accionistas, será posible comprometer, ante las instancias judiciales, la responsabilidad de los administradores sociales. Bajo esta hipótesis, los administradores se verán obligados a resarcir los perjuicios sufridos por la compañía o sus accionistas por virtud de la celebración de negocios jurídicos respecto de los cuales existió un conflicto de interés. Debe advertirse, además, que la presunción de culpa consagrada en el artículo 200 del Código de Comercio no exonera a los demandantes de la carga de demostrar la existencia de los perjuicios que le sirven de base a sus pretensiones indemnizatorias.

14 Podría pensarse, por ejemplo, en impugnar una decisión aprobada con los votos de un accionista mayoritario que, además de actuar como administrador de hecho, tenga un interés económico subjetivo en la operación estudiada por la asamblea. En esta hipótesis, la nulidad solicitada podría decretarse si se prueba que, una vez descontados los votos del accionista incurso en un conflicto de interés, se descompleta la mayoría requerida para la aprobación de decisiones sociales. En todo caso, los demás accionistas no pueden oponerse arbitrariamente a impartir su autorización respecto de negocios jurídicos de la naturaleza reseñada. Este ejercicio irregular de los derechos políticos en cabeza de tales asociados podrá ser objeto de revisión judicial bajo las reglas en materia del abuso del derecho de voto. Sobre el particular, es relevante consultar lo expresado por Goshen acerca del riesgo de que los minoritarios intenten extraer concesiones económicas de los asociados controlantes en el contexto de operaciones viciadas por un conflicto de interés (Z Goshen (2003), 402).

En la doctrina nacional también se ha señalado que la falta de autorización asamblearia puede dar lugar a la nulidad absoluta de los negocios jurídicos concernientes.<sup>15</sup> Sobre este particular la Superintendencia de Sociedades ha expresado, en sede administrativa, que ‘mediante el proceso verbal sumario, podrá solicitarse la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en violación al numeral 7º, artículo 23’.<sup>16</sup> La posibilidad de acudir a las instancias judiciales para solicitar la nulidad absoluta de los negocios jurídicos contaminados por un conflicto de interés fue reconocida explícitamente en el Decreto 1925 de 2009, por cuya virtud se reglamentó el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Al tenor del artículo 5 del Decreto 1925, ‘el proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 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 [...]’.<sup>17</sup>

## 2. Acerca de la calidad de administradora de la demandada

Según las pruebas consultadas por el Despacho, Shirley Natalia Ávila Barrios fue designada como representante legal suplente de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. el 2 de junio de 2009 (vid. Folio 132). A pesar de

<sup>15</sup> Para Gil Echeverry, ‘los actos celebrados en conflictos de intereses resultan absolutamente nulos’. JH Gil Echeverry, *Derecho Societario Contemporáneo: Estudios de Derecho Comparado*, (2012, 2ª ed, Editorial Legis, Bogotá) 284. La justificación para invocar la nulidad podría encontrarse en el artículo 899 del Código de Comercio, en el cual se dispone que ‘será nulo absolutamente el negocio jurídico [...] cuando contraría una norma imperativa’. Podría pensarse, además, que la nulidad antes referida es saneable por ratificación, al igual a como ocurre con la sanción prevista para la violación del artículo 404 del Código de Comercio. Sobre esta última sanción, Martínez Neira ha señalado que ‘es posible ratificar el negocio jurídico por las mismas partes intervinientes, lo que implica la convalidación de los efectos del contrato que ha nacido viciado. La ratificación [...] implica necesariamente que los involucrados obtengan previamente las autorizaciones de la junta directiva o de la asamblea [...]’. NH Martínez Neira, *Cátedra de Derecho Contractual Societario* (2010, Abeledo Perrot, Buenos Aires) 530.

<sup>16</sup> Oficio 220-140389 del 27 de noviembre de 2012.

<sup>17</sup> Sobre este particular, Reyes Villamizar ha expresado que ‘otra innovación del decreto está en la declaratoria de nulidad de aquellos actos celebrados por la sociedad [...] por violación de la ley. Así, pues, los terceros que contratan con la sociedad en estas condiciones podrían quedar expuestos a incertidumbre sobre la eficacia jurídica de estos negocios. Ello se justifica, al menos en el ámbito de los actos que implican conflicto de interés, precisamente en la situación conflictiva que origina el negocio y que, en alguna medida, también es de la incumbencia del tercero vinculado al administrador por cuyo conducto, normalmente, se cierra el negocio’. FH Reyes Villamizar (2013b) 166-167.

ocupar el cargo de segundo suplente, el Despacho pudo establecer que la demandada tuvo a su cargo la gestión administrativa de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. hasta la fecha de su remoción, el 30 de mayo de 2013. Según las pruebas disponibles, el representante legal principal de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. reside por fuera de Colombia, al paso que el primer suplente no ejerció sus facultades de manera continuada durante el periodo debatido en este proceso. Además, el Despacho cuenta con numerosos correos electrónicos, enviados por la señora Ávila Barrios, en los que se identifica como ‘gerente de la sucursal Colombia’ frente a los clientes y proveedores de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. (vid. Folios 505 a 717). También es claro para el Despacho que, entre los años 2009 y 2013, la señora Ávila Barrios celebró múltiples negocios jurídicos en representación de la sociedad demandante, incluidos contratos con entidades financieras (vid. Folios 1501 y 1502), empleados de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. (vid. Folios 407 a 409) y con proveedores de la compañía (vid. Folios 372 a 379). Así mismo, la señora Ávila Barrios participó activamente en la gestión de administrativa de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., en desarrollo de lo cual preparó estados financieros (vid. Folios 1612 a 1663) y orientó las estrategias comerciales de la compañía (vid. Folio 3962 a 3982).

Los elementos probatorios descritos en el párrafo anterior son suficientes para que el Despacho pueda concluir que la demandada ejerció, efectivamente, el cargo de administradora en Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. En consecuencia, durante el término de su gestión como representante legal de la compañía, la señora Ávila Barrios se encontraba sujeta al régimen de deberes y responsabilidades contenido en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995.

## 3. Acerca de las infracciones debatidas en el presente proceso

Efectuadas las anteriores precisiones, es necesario aludir ahora a las pretensiones contenidas en la demanda presentada por Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. en contra de su antigua representante legal. Según la demandante, la señora Ávila Barrios celebró múltiples operaciones respecto de las cuales tenía un conflicto de interés, sin obtener la autorización de la asamblea general de accionistas de Loyalty Marketing Services Colombia

S.A.S. A continuación se presenta un breve análisis acerca de cada una de las infracciones invocadas por la sociedad demandante.

### **A. Contrato de prestación de servicios suscrito con Fredy Antonio Rodríguez Ardila**

El primero de los negocios jurídicos controvertidos es el contrato de prestación de servicios suscrito el 2 de febrero de 2013 entre Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., representada por la señora Ávila Barrios, y Fredy Antonio Rodríguez Ardila. Según el documento aportado por la demandante, el contrato fue celebrado para que, durante el término de dos años, el señor Rodríguez se ocupara en labores promocionales tales como ‘el alistamiento de premios, visitas de evaluación punto de venta, recolección, conteo y registro de tapas’ (vid. Folio 372). Como contraprestación por los servicios objeto del contrato, se pactó una ‘cuantía indeterminada, determinable conforme a los trabajos y premios suministrados’ (vid. Folio 374). Además, en cumplimiento de lo consignado en la cláusula séptima del contrato, el señor Rodríguez recibió un anticipo de \$180.000.000 por las labores que debía adelantar entre marzo de 2013 y enero de 2014 (vid. Folios 379 y 382). Según consta en una certificación emitida por Bancolombia S.A., la suma correspondiente al anticipo fue consignada en una cuenta corriente de la señora Ávila Barrios el 11 de marzo de 2013 (vid. Folio 383).

Con base en las pruebas disponibles, el Despacho pudo establecer que el señor Fredy Antonio Rodríguez Ardila tiene una estrecha relación con la señora Ávila Barrios, derivada del vínculo matrimonial que existe entre tales sujetos.<sup>18</sup> Es decir que, al momento de celebrarse el contrato examinado, la señora Ávila Barrios contaba con importantes incentivos para salvaguardar el patrimonio del señor Rodríguez. Es claro que este interés económico subjetivo se contrapone al deber de la señora Ávila Barrios de obrar ‘en interés de la sociedad’, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Así las cosas, el Despacho puede concluir que la demandada participó en la celebración de un negocio jurídico que le representaba un conflicto de interés. Por consiguiente, la señora Ávila Barrios, en su calidad de administrado-

<sup>18</sup> Cfr. grabación de la audiencia del 15 de octubre de 2013 (sesión de las 10:00 a.m.), vid. Folio 940 (8:40 – 8:46).

ra de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., debió haber solicitado la autorización a que se alude en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222. Sin embargo, según las actas consultadas por este Despacho, el máximo órgano social de la compañía demandante nunca impartió la aprobación requerida para el efecto.<sup>19</sup> También debe decirse que la simple mención del referido contrato en los informes de gestión presentados ante la asamblea general de accionistas no suple la necesidad de surtir el trámite contemplado en el numeral 7 del artículo 23. Es claro, pues, que la señora Ávila Barrios incurrió en una violación patente del deber general de ‘obrar [...] con lealtad’ y del deber específico de ‘abstenerse de participar [...] en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses’.

Dicho lo anterior, es preciso advertir que Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. no solicitó la nulidad del contrato de prestación de servicios en cuestión, sino solamente una indemnización de perjuicios. En este sentido, la demandante se limitó a controvertir el anticipo que le fue entregado al señor Rodríguez, sin hacer alusión a las demás condiciones fijadas para la ejecución del contrato de prestación de servicios. Por este motivo, la indemnización de perjuicios decretada por el Despacho estará circunscrita al costo de oportunidad sufrido por Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. por no haber podido disponer de las sumas entregadas a título de anticipo. Así, pues, el Despacho le reconocerá a la sociedad demandante los intereses remuneratorios derivados de los montos dinerarios recibidos anticipadamente por el señor Rodríguez.<sup>20</sup>

### **B. Préstamos a favor de la demandada**

Según las pruebas consultadas por el Despacho, la señora Ávila Barrios obtuvo cuantiosos recursos, a título de préstamo, con cargo al patrimonio de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S.

En primer lugar, el Despacho pudo establecer que la demandada recibió de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. la suma de \$112.427.866 para adquirir dos vehículos automotores. Además de los comprobantes contables

<sup>19</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 15 de octubre de 2013 (sesión de las 2:00p.m.), vid. Folio 940 (9:06 – 9:32)

<sup>20</sup> Según CD Barrera, los intereses remuneratorios representan ‘el costo de oportunidad del dinero’ (Las Obligaciones en el Derecho Moderno (1995, Bogotá, Ed. Javegraf) 34).

que dan cuenta de los giros correspondientes, la existencia de los préstamos fue discutida por la apoderada de la señora Ávila Barrios en los siguientes términos: ‘Volkswagen Amarok 4x2 [...] es cierto que [...] la señora Shirley Natalia Ávila como empleada de la empresa [...] tramitó un préstamo por valor de \$62.000.000 [...]. Camioneta marca KIA New Sportage, vehículo que fue comprado por la señora Shirley Natalia Ávila, con el producto de un préstamo otorgado por Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S’ (vid. Folio 4180).

En segundo lugar, la información consignada en los soportes contables consultados por el Despacho da cuenta de múltiples giros, provenientes de las cuentas bancarias de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., a favor de la señora Ávila Barrios (vid. Folios 147 a 176). A continuación se presenta una relación de estas transferencias, cuyo importe total asciende a \$72.500.000.<sup>21</sup>

**Tabla No. 1** *Préstamos a favor de la demandada*

No. de la cuenta debitada	No. de la cuenta del beneficiario	Nombre del beneficiario	Fecha de la transferencia	Valor de la transferencia
4631731074	20566103763	Natalia Ávila	08-ago-12	\$8.000.000
4631731074	20566103763	Natalia Ávila	21-ago-12	\$2.000.000
4631731074	20566103763	Natalia Ávila	No es legible	\$10.000.000
4631731074	20566103763	Natalia Ávila	03-oct-12	\$9.500.000
4631731074	20566103763	Natalia Ávila	No es legible	\$5.000.000
4631731074	20566103763	Natalia Ávila	22-nov-12	\$11.000.000
4631731074	20566103763	Natalia Ávila	05-dic-12	\$14.000.000
4631731074	20566103763	Natalia Ávila	22-dic-12	\$5.000.000
4631731074	20566103763	Natalia Ávila	24-dic-12	\$8.000.000
<b>Total</b>				<b>\$72.500.000</b>

Como lo ha expresado este Despacho en otras oportunidades, los administradores sociales no pueden celebrar contratos de mutuo con la compañía en la que ejercen sus funciones, a menos que cuenten con una autorización válidamente impartida por el máximo órgano social.<sup>22</sup> En el presente caso, una simple revisión de las actas de la asamblea general de accionistas de Loyalty

<sup>21</sup> El cuadro incluido en el texto principal no incluye las transferencias descritas como pagos de nómina en los documentos aportados por la sociedad demandante.

<sup>22</sup> Cfr. Sentencia No. 801-35 del 9 de julio de 2013.

Marketing Services Colombia S.A.S. permite establecer que la señora Ávila Barrios no obtuvo la anuencia de los asociados para recibir los préstamos en cuestión.<sup>23</sup> Se trata, pues, de otra evidente infracción a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Ciertamente, a pesar de que la celebración de los negocios jurídicos antes referidos le representaba un conflicto de interés a la señora Ávila Barrios, no se siguió el procedimiento requerido en la ley para el efecto.

También es preciso advertir que, de conformidad con la información disponible en el expediente, la señora Ávila Barrios ha pagado una buena parte de los préstamos a que se ha hecho referencia. Ello puede constatarse tras una revisión de los cálculos efectuados por la sociedad demandante en el documento denominado ‘Liquidación Contrato de Trabajo a Término Indefinido’, en el que se alude al pago de ‘cuentas por cobrar préstamos nómina’ por la suma de \$74.264.031 (vid. Folio 436).

Así las cosas, la indemnización de perjuicios decretada por el Despacho comprenderá no sólo la devolución de las sumas pendientes de pago, sino también el costo de oportunidad en el que incurrió Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. por no haber podido disponer de las sumas entregadas a título de préstamo. Es decir que el Despacho le reconocerá a la sociedad demandante los intereses remuneratorios derivados de los préstamos a que se ha hecho referencia.

### C. Apropiación indebida de recursos

Finalmente, el Despacho pudo establecer que la demandada utilizó los cupos de crédito de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. para beneficio personal. En el siguiente cuadro se identifican las operaciones celebradas por la señora Ávila Barrios con cargo a la tarjeta de crédito No. 4513091483016672, expedida por Bancolombia S.A. a favor de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S.:

<sup>23</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 15 de octubre de 2013 (sesión de las 10:00 a.m.), vid. Folio 940 (54:54 – 55:26). Cfr. también grabación de la audiencia celebrada el 22 de noviembre de 2013, vid. Folio 4157 (7:57 – 8:49)

**Tabla No. 2 Operaciones con terceros**

Establecimiento de comercio	Fecha de la operación	Valor de la operación
Tango Grill	06-oct-12	\$179,697
Shell Oil	07-oct-12	\$90.686
Dunkin Donuts	07-oct-12	\$81,146
Disney Resort All	08-oct-12	\$492.227
Disney Resort All	08-oct-12	\$501.894
Apple Itunes store	08-oct-12	\$1,795
Seaworld food svc	09-oct-12	\$163.928
TH Us Outlets	09-oct-12	\$742.314
TH Us Outlets	09-oct-12	\$1.245.389
Crocs Store	11-oct-12	\$202.001
Disney Resort All	11-oct-12	\$887.549
Disney Resort All	12-oct-12	\$845.289
Nascar Sport Gril	13-oct-12	\$303.755
Dervish	13-oct-12	\$212.661
Shell Oil	14-oct-12	\$163.446
Universal	14-oct-12	\$38.591
McDonald's	14-oct-12	\$47.290
McDonald's	14-oct-12	\$9.661
Disney Resort All	15-oct-12	\$53.490
Disney Resort All	15-oct-12	\$441.092
Disney Resort All	15-oct-12	\$265.072
Disney Resort All	15-oct-12	\$89.030
Latin Grill	15-oct-12	\$161.448
Hertz Rent A-Car	16-oct-12	\$166.774
Levis Outlet	16-oct-12	\$145741
TH Us Outlets	16-oct-12	\$317.385
TH Us Outlets	16-oct-12	\$264.185
International Elec	16-oct-12	\$866.644
Victoria's Secret	16-oct-12	\$909.431
Sanpocho Restaurant Inc	16-oct-12	\$160.906
Alamo Rent A Car	17-oct-12	\$139275
Holiday Inn Miami Interna	18-oct-12	\$195.080
Curacao	25-oct-12	\$1.611886
Apple Itunes Store	27-oct-12	\$1.817
Platepass Hert Tolls	05-nov-12	\$45,182

Establecimiento de comercio	Fecha de la operación	Valor de la operación
Platepass Hert Tolls	15-nov-12	\$4,592
Avance oficina	10-dic-12	\$7.000.000
Ktronix titan plaza	12-feb-13	\$1.939.600
Cross Titan	12-feb-13	\$391.500
Tommy Hilfiger metro mall	14-feb-13	\$84.814
Tommy Hilfiger metro mall	14-feb-13	\$643.818
Apple Itunes store	14-feb-13	\$22.573
Homecenter	24-feb-13	\$153.300
Air France	06-mar-13	\$2.752.695
Velez 5229 Titan	10-mar-13	\$267.000
<b>Total</b>		<b>\$25.301.863</b>

Luego de revisar las pruebas aportadas por las partes, el Despacho encontró que los gastos antes descritos no guardan relación alguna con la gestión de los negocios de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. En otras palabras, las operaciones identificadas en la Tabla No. 2 constituyeron una apropiación indebida de los recursos de la compañía, por parte de uno de sus administradores sociales. El Despacho considera que esta reprochable conducta es, a todas luces, una violación del deber general de lealtad a cargo de la señora Ávila Barrios. En efecto, mal podría obrar con lealtad quien distrae, para beneficio propio, recursos que le han sido confiados para adelantar la gestión de los negocios de una compañía.

A la luz de lo anterior, el Despacho le ordenará a la demandada que le pague a Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. las sumas que aún no haya restituido, junto con los intereses remuneratorios correspondientes a la totalidad de los dineros que fueron apropiados indebidamente.

#### **4. Acerca de la tasación de los perjuicios sufridos por Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S.**

Según las consideraciones expresadas en el acápite anterior, se han acreditado múltiples violaciones de los deberes a cargo de la señora Ávila Barrios. Sin embargo, aunque es claro que tales infracciones le generaron un detrimento patrimonial a Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., la sociedad demandante no aportó suficientes elementos de juicio para permitir una

tasación adecuada de los perjuicios sufridos. En verdad, luego de revisar los documentos aportados por la compañía demandante—incluida la tasación extemporánea presentada el 1º de agosto de 2013 (vid. Folio 483)—el Despacho no encontró una valoración detallada de los perjuicios sufridos por Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. El Despacho no pudo establecer, por ejemplo, en qué fechas la señora Ávila Barrios le reintegró a Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. las sumas objeto de los préstamos a que se ha hecho referencia.

Así las cosas, la información disponible resulta insuficiente para que este Despacho se pronuncie, con precisión, acerca de la ‘cantidad y valor determinados’ de los perjuicios, en los términos del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil. Debe recordarse, en este sentido, que la simple verificación de infracciones a los deberes de los administradores no exonera al demandante de la carga de acreditar, detalladamente, la cuantía de los perjuicios que le sirven de base a sus pretensiones indemnizatorias.

En vista de lo anterior, el Despacho reconocerá la indemnización pretendida mediante una condena en abstracto, de manera que, con el concurso de un perito experto, pueda determinarse el valor exacto de los perjuicios sufridos por Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. Una vez el Despacho cuente con esta información, se emitirá una sentencia complementaria en la que se hará una condena en concreto.

Debe decirse, por lo demás, que la decisión del Despacho encuentra fundamento legal en lo previsto en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil. Sobre este particular, debe recordarse que, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, la posibilidad de proferir condenas en abstracto está sujeta a la ‘indeterminación del quantum, cuantía “cantidad y valor determinado” del derecho a reconocer, en los elementos probatorios del proceso, según la apreciación discreta del juez’.<sup>24</sup>

## 5. Acerca de las infracciones que no fueron probadas por la sociedad demandante

A pesar de que en la demanda se hace referencia a múltiples otras irregularidades, el Despacho no encontró sustento probatorio para verificar la exis-

<sup>24</sup> Cfr. Sentencia del 28 de abril de 2011, Sala de Casación Civil.

tencia de infracciones adicionales de los deberes a cargo de la señora Ávila Barrios.

Por una parte, Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. considera que la demandada se extralimitó en sus facultades de representación al celebrar, con Bancolombia S.A., los contratos de mutuo descritos en la Tabla No. 3.

**Tabla No. 3** *Créditos bancarios solicitados*

No. de la obligación	Concepto	Fecha	Valor
4681024656	Crédito financiero	18-abr-13	\$16.666.667
460087914	Crédito financiero	11-abr-13	\$35.400.000
460087772	Crédito financiero	11-mar-13	\$322.000.0
460087674	Crédito financiero	21-feb-13	\$44.000.000
460087467	Crédito financiero	17-ene-13	\$47.000.000
460087363	Crédito financiero	14-dic-12	\$100.000.000
460087360	Crédito financiero	14-dic-12	\$59.000.000
460087084	Crédito financiero	24-oct-12	\$19.000.000
460086971	Crédito financiero	04-oct-12	\$120.000.000
460086838	Crédito financiero	09-jul-12	\$32.000.000
460086828	Crédito financiero	09-abr-12	\$200.000.000
460086725	Crédito financiero	14-ago-12	\$43.000.000
460086511	Crédito financiero	26-jun-12	\$178.000.000
460086430	Crédito financiero	06-jun-12	\$400.000.000
460086007	Crédito financiero	17-feb-12	\$300.000.000
460085890	Crédito financiero	18-ene-13	\$158.000.000
<b>Total</b>			<b>\$2.074.066.667</b>

Tras examinar las pruebas disponibles, el Despacho pudo establecer que la señora Ávila Barrios sí obtuvo las autorizaciones asamblearias exigidas por los estatutos de Loyalty Marketing Services S.A.S. para celebrar las operaciones crediticias mencionadas (vid. Folios 681 a 715). Lo anterior fue ratificado por Bancolombia S.A. en una comunicación en la que esa entidad financiera expresó que ‘para cada uno de los créditos aprobados y desembolsados [se] exigió la presentación de la copia respectiva del acta de asamblea en la que autorizaba la realización de dicha operación, tal y como se evidencia en la copia de las actas que se adjuntan’ (vid. Folio 1001). Aunque el señor Javier Ve-

lasco, accionista y representante legal de Loyalty Marketing Services S.A.S., intentó controvertir la veracidad de las actas con fundamento en falsedades e inducciones al error, no se aportaron pruebas para corroborar las afirmaciones formuladas en este sentido.<sup>25</sup>

De otra parte, en la demanda se afirma que la señora Ávila Barrios dispuso de activos sociales para beneficiar a los empleados de Loyalty Marketing Services S.A.S. Se trata, según la demandante, de la entrega anticipada de sumas correspondientes a los salarios de los trabajadores, así como la puesta en marcha de un programa de incentivos laborales bajo el cual tales sujetos recibían financiación de Loyalty Marketing Services S.A.S. para la compra de motos. Sin embargo, no hay pruebas que permitan verificar la existencia de un conflicto de interés en la celebración de los negocios jurídicos mencionados. Según la información disponible en el expediente, las actuaciones de la señora Ávila Barrios obedecieron, simplemente, a la implementación de políticas de remuneración laboral que eran conocidas por los accionistas de Loyalty Marketing Services S.A.S. (vid. Folios 46 y 83).<sup>26</sup>

Finalmente, el Despacho no encontró suficientes pruebas para corroborar las afirmaciones de la sociedad demandante en el sentido de que la señora Ávila Barrios cometió errores en la preparación de las declaraciones tributarias de Loyalty Marketing Services S.A.S. o que dispuso de los activos de la compañía para pagar una matrícula académica a favor de David Ávila Barrios. Por lo demás, el Despacho se abstendrá de imponer la inhabilidad para ejercer el comercio solicitada por la demandante, debido a que, en el presente caso, no se han encontrado razones para decretar esta sanción.

[...]

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,

<sup>25</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 15 de octubre de 2013 (sesión de las 10:00a.m.), vid. Folio 940 (30:18 – 40:46).

<sup>26</sup> En este orden de ideas, debe aludirse a lo expresado por este Despacho en la Sentencia No. 801-72 del 11 de diciembre de 2013, en la cual se rechazaron pretensiones que buscaban controvertir una decisión de negocios adoptada por el representante legal de Pharmabroker S.A.S. C.I. En la citada providencia se concluyó que ‘no le corresponde a esta entidad, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, escudriñar las decisiones de negocios que adopten los empresarios, salvo en aquellos casos en los que se acrediten actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. [...]’.

## Resuelve

**Primero.** Declarar que Shirley Natalia Ávila Barrios incumplió los deberes que le correspondían como administradora de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S.

**Segundo.** Condenar a Shirley Natalia Ávila Barrios al pago de los perjuicios sufridos por Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. con ocasión de las infracciones acreditadas en el curso del presente proceso.

**Tercero.** Ordenar la elaboración de un dictamen pericial con el fin de tasar los perjuicios sufridos por Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S.

**Cuarto.** Condenar en costas a la demandada y fijar como agencias en derecho a favor de la sociedad demandante la suma de dos salarios mínimos mensuales.

La anterior providencia se profiere a los catorce días del mes de mayo de dos mil catorce y se notifica en estrados.

### Sentencia No. 801-35 del 13 de junio de 2014

<b>Partes</b>	Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation contra Axede S.A.
<b>Asunto</b>	Interpretación de mecanismos estatutarios de protección de accionistas minoritarios.

#### I. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a que se declare la nulidad de las decisiones adoptadas durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Axede S.A. celebrada el 20 de diciembre de 2012. A continuación se presenta una breve síntesis de los hechos que le dieron lugar al presente litigio, según lo expresado por este Despacho en el Auto No. 801-4915 del 9 de abril de 2013.

En el año 2007, Carlos Alberto Sierra, antiguo accionista mayoritario de Axede S.A., le vendió su bloque accionario a compañías vinculadas al denominado Grupo Tribeca. Para tal efecto, se suscribieron diversos documentos—incluido un contrato de compraventa de acciones y un acuerdo de accionistas—que le permitieron a Tribeca adquirir un porcentaje de participación equivalente al 75.3% del capital suscrito de Axede S.A., al paso que el 24.7% restante quedó en cabeza de Carlos Alberto Sierra.

Durante el proceso de negociación de la transferencia del control de Axede S.A. a favor de Tribeca, Carlos Alberto Sierra contó con la oportunidad de diseñar múltiples mecanismos de protección para proteger sus intereses como futuro accionista minoritario de la compañía. La citada transferencia de control estuvo acompañada de la modificación de los estatutos sociales y la celebración de un acuerdo de accionistas, con el fin de ‘regular la forma en que los derechos del accionista minoritario [serían] respetados y así evitar abusos del accionista mayoritario’ (vid. Folio 5 del expediente). Entre los diversos mecanismos de protección pactados por las partes pueden encontrarse la atribución de ciertas facultades a la asamblea general de accionistas de la compañía y la fijación de mayorías calificadas para aprobar variadas deter-

minaciones en el seno del máximo órgano social. Por ejemplo, según consta en el artículo 30 de los estatutos de Axede S.A. aportados con la demanda, decisiones tales como el aumento del capital suscrito, la readquisición de acciones y las reformas estatutarias requieren la aprobación de ‘cuando menos el ochenta por ciento (80%) de las acciones suscritas’ (vid. Folio 62).

En el citado artículo 30 de los estatutos se consagró el mecanismo de protección que le dio lugar al presente proceso. Se trata de la regla prevista en el literal d) del numeral 2 de ese artículo, por virtud de la cual se establece una mayoría calificada del 80% de las acciones suscritas para que la asamblea apruebe ‘la transferencia a cualquier título, incluyendo pero sin restringirse a compraventas, encargos fiduciarios, fiducias, patrimonios autónomos, o de cualquier otra forma la celebración de contratos de administración o de arrendamiento de todo o una parte sustancial de los activos de la Compañía o cualquier línea de negocios de la Compañía. Se entiende por parte sustancial de los activos, las operaciones que se realicen y que tengan una cuantía superior a un millón de dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.000.000)’ (vid. Folio 63).<sup>1</sup> En los estatutos de Axede S.A. también se estableció la necesidad de aprobar, por el voto unánime de los directores de la compañía, la ‘enajenación o pignoración de activos por un valor igual o superior a un millón de dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.000.000) o su equivalente en pesos colombianos o en otras monedas. Para estos efectos se tomará el valor de mercado o, en su defecto, el valor en libros de dichos activos’ (vid. Folio 65).

Durante la reunión extraordinaria de la asamblea de Axede S.A. celebrada el 20 de diciembre de 2012, se aprobaron algunas decisiones que, en criterio de los demandantes, violaron la regla consagrada en el literal d) del numeral 2 del artículo 30 de los estatutos sociales. Según consta en el texto del acta No. 29, correspondiente a la reunión en comento, en el punto 5 del orden del día se incluyó ‘la autorización al representante legal para realizar la cesión de derechos económicos de contratos’ (vid. Folio 188). La operación sometida a consideración de la asamblea consistió, en palabras del representante legal de la compañía, en ‘utilizar los flujos recurrentes de los contratos para bus-

<sup>1</sup> Como se verá más adelante, esta disposición parece coincidir con la facultad que se le atribuye a la asamblea general de accionistas en el artículo 28 de los estatutos, bajo la cual le corresponde a ese órgano ‘decretar la enajenación de la empresa social o de parte sustancial de ella. Se entiende por parte sustancial de los activos, las operaciones que se realicen y que tengan una cuantía superior a millón de dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.000.000)’ (vid. Folio 61).

car liquidez a través de los diferentes mecanismos que presenta el mercado financiero’ (vid. Folio 191). Para tales efectos, el aludido funcionario señaló que ‘el mecanismo que podría utilizarse sería a través de fideicomisos a los que se le aportarían los contratos, y que se conoce como fideicomiso fuente de pago’ (vid. Folio 192). Así, pues, el apoderado de la sociedad Colmenares S.A. sometió a consideración de los accionistas una propuesta consistente en que ‘se inste, se urja y se ordene a los representantes legales para que a la brevedad posible procedan a celebrar cesiones de contratos de la compañía a través de fideicomisos de administración y pagos y/o cualquier otro mecanismo jurídico y/o financiero, a efectos de obtener recursos con terceros de cualquier naturaleza, por la cuantía que permita implementar el plan de acción y atender la urgente necesidad de recursos y liquidez solicitada por la nueva administración de la compañía en el diagnóstico presentado en la presente reunión de la Asamblea General de Accionistas’ (vid. Folio 195). La anterior propuesta fue votada en forma favorable por los accionistas vinculados a Tribeca, propietarios del 75.3% del capital suscrito de la compañía, y negativamente por los representantes del 24.7% restante.

Una vez agotado el orden del día previsto para la reunión extraordinaria del 20 de diciembre, se determinó incluir un punto adicional, relacionado con una ‘orden de la Asamblea General de Accionistas de AXEDE S.A. al órgano de representación legal para que proceda a la cesión de contratos y derechos económicos en contratos vigentes a la fecha, de AXEDE S.A.’ (vid. Folio 198). Para justificar esta propuesta, se sostuvo que era necesario ‘votar la cesión de derechos económicos de los contratos como una “orden”, con el fin de blindarse frente a futuras conductas excesivamente formalistas para perturbar el orden de la Compañía’ (vid. Folio 197). Una vez aprobada la propuesta de adicionar el orden del día, para lo cual se contó nuevamente con el voto favorable del 75.3% de las acciones suscritas, los accionistas entraron a considerar el asunto antes reseñado. Para ello, se sometió a consideración de los accionistas la siguiente propuesta: ‘Sin perjuicio de la decisión ya adoptada en el número 5 de la presente reunión extraordinaria, ORDENESE al órgano de Representación Legal de AXEDE S.A. que proceda a la cesión de contratos y a la cesión de derechos económicos en contratos que haya celebrado AXEDE S.A. y que se encuentren vigentes a la fecha’ (vid. Folio 199). Esta propuesta recibió el voto positivo de los accionistas representantes del 75.3% del capital

suscrito, al paso que los titulares del 24.7% restante votaron en contra, por conducto de sus respectivos apoderados (vid. Folio 199).

Ahora bien, el caso sometido a consideración de este Despacho está relacionado con la aplicación del mecanismo de protección consagrado en el literal d) del numeral 2 del artículo 30 de los estatutos de Axede S.A., respecto de los negocios jurídicos discutidos durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de la compañía celebrada el 20 de diciembre de 2012. En este sentido, según se expresó en el Auto No. 801-4915 del 9 de abril de 2013, ‘la controversia suscitada entre las partes gira en torno a la correcta interpretación de la palabra *activos* que fue incluida en la disposición estatutaria antes mencionada. Según los demandantes, las cesiones debatidas durante la asamblea encajan dentro del supuesto fáctico que regula el literal d) del numeral 2 del citado artículo 30, por cuanto “los contratos que pretendían ceder eran un activo de la compañía, pues son flujos de caja a futuro, son recursos que van a entrar a la compañía” (vid. Folio 14). Por este motivo, en criterio de los demandantes, antes de efectuar cesiones de la naturaleza indicada, el representante legal de Axede S.A. debe contar con la autorización de la asamblea general de accionistas, impartida mediante el voto favorable de los titulares del 80% de las acciones en circulación de la compañía.

Por su parte, la sociedad demandada considera que la autorización mencionada es improcedente, por cuanto las referidas cesiones no recaen sobre un activo de la sociedad. Sobre el particular, el apoderado de la sociedad demandada ha manifestado que ‘los contratos que contienen prestaciones de servicios futuros no pueden tenerse como un activo, pues sólo cuando el servicio es prestado y se genera la cuenta de cobro o factura, hay lugar a registrarlos en la contabilidad y por tanto el negocio jurídico no requería para su autorización una mayoría especial conforme a lo normado en los Estatutos Sociales de Axede S.A.’ (vid. Folio 3504).

Para resolver el presente caso, es preciso remitirse a los diferentes criterios de interpretación discutidos por el Despacho en el Auto No. 801-4915 del 9 de abril de 2013. En esa providencia se hizo referencia a las diversas maneras en que podría entenderse el mecanismo de protección previsto en el literal d) del numeral 2 del artículo 30 de los estatutos de Axede S.A. Lo primero que se dijo en el Auto No. 801-4915 es que ‘desde un punto de vista estrictamente

contable, no parecería acertado admitir que puedan tenerse como activos de Axede S.A. los derechos a recibir sumas de dinero como contraprestación por la rendición de servicios futuros a favor de un tercero’. Bajo esta primera posición, los derechos económicos futuros de los contratos celebrados por Axede S.A. no servirían como *activos* para los efectos del literal d) del numeral 2 del artículo 30 de los estatutos de esa compañía.

Los demandantes concentraron la mayor parte de sus esfuerzos en refutar la interpretación presentada en el párrafo anterior. Según lo expresado en los alegatos de conclusión, ‘los activos son un recurso o bien económico con el cual se obtienen beneficios. [...] Lo anterior quiere decir que una compañía posee un activo cuando controla los beneficios económicos que produce un bien. En este caso la discusión se centró en establecer si los contratos que suscribe la compañía, que suscribe Axede, son o no un activo. Obviamente [...] son un activo para la misma porque representan flujos de caja futuros los cuales contribuyen al mantenimiento y operación de la sociedad como quedó demostrado en las pruebas que se recaudaron [...]. Los contratos que suscribe la sociedad sí corresponden a un activo pues de la ejecución de estos contratos se generan cuentas por cobrar que como activos reposan en el balance [...]. Los contratos que suscribe la demandada son básicamente el activo más importante que tiene la compañía [...]’.<sup>2</sup>

Aunque el Despacho podría compartir la opinión del demandante, según la cual los flujos de caja futuros derivados de un contrato de prestación de servicios tienen la clara vocación de ser activos de una sociedad, existen otros elementos de juicio que hacen innecesario ahondar en el análisis contable a que se ha hecho referencia. Según se expresó en el Auto No. 801-4915 del 9 de abril de 2013, el Despacho considera que ‘el análisis de [...] la aludida disposición estatutaria no puede restringirse a una interpretación meramente contable. Además de las precisiones técnicas contenidas en el Decreto 2649 de 1993, existen múltiples otros elementos de juicio que deben ser tenidos en cuenta para entender el alcance de ese mecanismo estatutario de protección, como, por ejemplo, las demás disposiciones incluidas en los estatutos y en el acuerdo de accionistas aportado con la demanda, así como las actuaciones de los administradores de Axede S.A.’.

<sup>2</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 8 de abril de 2014, folio 3553 del expediente (3:25 – 10:17).

En este orden de ideas, el Despacho pudo constatar que el señor Sierra, en su calidad de representante legal de Axede S.A., ha interpretado el artículo 30 de los estatutos sociales de una manera diferente a la planteada en sus pretensiones. Ciertamente, en más de una oportunidad, el señor Sierra cedió los flujos de caja futuros derivados de contratos de prestación de servicios celebrados por Axede S.A., sin obtener la autorización expresa de la asamblea general de accionistas. Así, por ejemplo, según consta en una carta del 14 de abril de 2011, el señor Sierra autorizó la cesión, a favor del Banco de Bogotá S.A., de los flujos dinerarios derivados de un contrato firmado entre Axede S.A. y Acciones y Servicios S.A. (vid. Folios 2301- 2303).<sup>3</sup>

También es preciso decir que el señor Sierra no pudo justificar adecuadamente la contradicción existente entre sus propias actuaciones y los argumentos formulados en la demanda que presentó ante este Despacho.<sup>4</sup> Lo primero que expresó el demandante es que no había solicitado la autorización de la asamblea por cuanto, para la época en que celebró las operaciones estudiadas, sus relaciones con el accionista mayoritario de Axede S.A. eran amistosas.<sup>5</sup> Es claro que lo anterior no es una justificación suficiente para subsanar la contradicción a que se ha hecho referencia. Los apoderados de los demandantes también intentaron sostener que la asamblea general de accionistas

3 Dentro de las pruebas consultadas figura en el expediente el Acta No. 146 del 29 de junio de 2010 de la Reunión extraordinaria de junta directiva de Axede S.A. en la cual, Carlos Sierra sometió a la aprobación de la junta la cesión del contrato suscrito con el Banco Davivienda número 2010-2 de fecha 01 de enero de 2010, y los derechos económicos a favor del Banco de Bogotá, con el propósito de sustituir una deuda de corto plazo por 6 mil millones de pesos (vid. Folios 157-159).

4 El Despacho encuentra algo de sentido en la interpretación que ofreció del señor Gerard, según la cual ‘el Sr. Sierra en su mente no deja loopholes, es decir, que él siendo presidente de la compañía se quería reservar el derecho de poder hacer este tipo de cosas, entonces a propósito deja los contratos fuera pues precisamente como cualquier presidente de compañía uno quiere poder utilizar sus facturas o sus contratos para adelantar flujos de cajas. Se vuelve un problema y un loophole cuando ya no es presidente de la compañía y ahí si le parece que se vuelva un activo, pero cuando negocian el acuerdo de accionistas, a lo que le dedica una firma de abogados muchísimo, muchísimo tiempo, a propósito no lo incluyen, entonces no creo que aquí se trata de un loophole o de un olvido, se trata de un hecho que así era y así siempre ha sido hasta que se vuelva un loophole para intentar buscar una mala interpretación o una violación del derecho de accionista o lo que sea’. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 3 de octubre de 2013, folio 1338 del expediente (33:46 – 35:59).

5 También es relevante poner de presente el siguiente extracto del interrogatorio del señor Sierra: ‘Quiero decirlo incluso de otra manera, el hecho de que yo hubiera violado los estatutos o el acuerdo de accionistas, no significaba que se estuviera tolerando la violación del acuerdo de accionistas o los estatutos, pero además una mejor prueba y es que nunca, nunca hubo una objeción por parte del mayoritario de lo que estábamos haciendo, todos los años los estados financieros de la compañía se aprobaron por unanimidad en la junta directiva, y la junta directiva adhirió ciento por ciento el informe de la gerencia y luego lo pasó ciento por ciento a la asamblea quien aprobó integralmente los estados financieros hasta el año en que me despiden, en que nos niegan el acceso a la información, en esa junta en la que presentan esa operación nos niegan el mínimo de detalles’. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 20 de noviembre de 2014, folio 2586 del expediente (37:46 – 38:32).

de Axede S.A. sí autorizó las cesiones efectuadas por el señor Sierra. Según se dijo en la audiencia de alegatos de conclusión, ‘esta proposición, como obra en las actas de junta directiva, fue aprobada de manera unánime por todos los miembros y fue convalidada en la reunión del máximo órgano social de la demandada en el año 2011 cuando se probaron los balances de fin de ejercicio y la gestión de representante legal correspondiente al 2010, pues nadie formuló reparos sobre el mismo. Esto quiere decir que se entendió aprobado por la asamblea de accionistas’.<sup>6</sup> Debe decirse, sin embargo, que este Despacho se ha mostrado renuente a aceptar la validez de autorizaciones implícitas como la invocada por el demandante. En el presente caso, es suficientemente claro que la regla del literal d) del numeral 2 del artículo 30 de los estatutos exige la anuencia expresa del máximo órgano social, para lo cual deberá contarse con un pronunciamiento explícito en ese sentido. El simple hecho de que ‘nadie formuló reparos’ sobre los estados financieros no puede suplir la necesidad de que los accionistas se pronuncien afirmativamente sobre las operaciones reguladas en el citado literal d).

A la luz de las anteriores consideraciones, deberán desestimarse las pretensiones de la demanda. En verdad, el Despacho no puede admitir que el señor Sierra haga valer, en este proceso judicial, una interpretación indiscutiblemente opuesta a la que orientó sus actuaciones mientras ejercía como representante legal de Axede S.A.

[...]

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.** Desestimar las pretensiones presentadas por los demandantes.

**Segundo.** Condenar en costas a los demandantes y fijar como agencias en derecho a favor de la sociedad demandada la suma de \$616.000.

La anterior providencia se profiere a los trece días del mes de junio de dos mil catorce y se notifica en estrados.

<sup>6</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 8 de abril de 2014, folio 3553 del expediente (3:25 – 10:17).

## Sentencia No. 800-40 del 2 de julio de 2014

<b>Partes</b>	Colombiana de Envases Industriales (Colvinsa) S.A contra Adelaida Portillo Lizarazo, Arturo Portilla Lizarazo, Luis Gerardo Ortiz Baratto, Jorge Armando Ramírez Ramos, Julio Enrique Cano, Carlos Alfonso Hernández y Alvaro Salazar Garzón
<b>Asunto</b>	Análisis de la conducta de dos bloques de accionistas en la disputa por el control de una sociedad. Dispersión y concentración de capital. Responsabilidad de administradores.

### I. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a comprometer la responsabilidad de los demandados, por diversas actuaciones que tales sujetos cumplieron en su calidad de accionistas y administradores de Colvinsa S.A. A continuación se presenta un análisis de cada uno de los cargos que han sido formulados en contra de los demandados.

#### 1. Responsabilidad de los demandados en su calidad de accionistas de Colvinsa S.A.

El apoderado de la demandante le ha solicitado al Despacho que examine la conducta desplegada por los demandados, en su calidad de accionistas de Colvinsa S.A., durante los años 2010 y 2011. Según se explica en la demanda, la compañía sufrió graves perjuicios derivados del ejercicio aparentemente abusivo de los derechos políticos en cabeza de los demandados, particularmente en lo relacionado con una reunión de segunda convocatoria celebrada el 5 de mayo de 2010.<sup>1</sup> Por su parte, los demandados han presentado

<sup>1</sup> En la etapa de fijación de los hechos del litigio, el apoderado de la demandante afirmó lo siguiente: 'El proceso tiene un fundamento inicial y es una asamblea realizada el 5 de mayo de 2010. Una asamblea realizada de manera irregular y fraudulenta en la cual los demandados, la mayoría, participaron tanto en la citación como en la asamblea correspondiente. De hecho, se hicieron cinco citaciones, para que finalmente se desencadenara en una reunión de segunda convocatoria. Asamblea en la cual se nombraron como administradores y abusando de su derecho como accionistas, además hicieron una reforma estatutaria. En esa asamblea estaban representado exclusivamente el 21% de la participación accionaria, dispusieron una serie de cláusulas completamente leoninas que establecían y disponían la inamovilidad de los administradores, empezando por una estipulación que disponía que para poder aprobar una acción social de responsabilidad se requería el 80% de las acciones que se poseían en la

múltiples argumentos orientados a desvirtuar las pretensiones contenidas en la demanda. Para resolver la primera de las pretensiones de la sociedad demandante, debe hacerse un breve recuento de las circunstancias que antecedieron a la reunión asamblearia del 5 de mayo.

### A. Acerca del conflicto por el control de Colvinsa S.A.

Según la información disponible en el expediente, los demandados eran trabajadores de una compañía insolvente denominada Metalibec S.A. En el proceso de liquidación obligatoria de esta sociedad, los demandados—junto con otros antiguos trabajadores de Metalibec S.A—recibieron cuantiosos activos de producción industrial, a título de dación en pago, para extinguir las obligaciones laborales a su favor (vid. Folio 439).<sup>2</sup> Los activos entregados por Metalibec S.A. fueron posteriormente destinados a la creación de Colombiana de Envases Industriales (Colvinsa) S.A., cuyo acto de constitución quedó protocolizado en la escritura pública 1502 del 5 de agosto de 2003 (vid. Folios 243 a 274).

Al momento de constituirse Colvinsa S.A., las acciones ordinarias de la compañía se distribuyeron entre 29 antiguos trabajadores de Metalibec S.A (vid. Folio 250). Para el año 2007, como resultado de las políticas de remuneración laboral de Colvinsa S.A., la compañía contaba con 69 accionistas. Según aparece registrado en los libros de la compañía, ninguno de los accionistas de Colvinsa S.A. al 30 de septiembre de 2007 era propietario de un número de acciones que le permitiera configurar una mayoría en las reuniones del máximo órgano social (vid. Folios 1245 a 1294). El Despacho tampoco encontró pruebas acerca de la existencia de acuerdos de voto entre los accionistas de Colvinsa S.A. Ante la carencia de un bloque mayoritario, las decisiones de la asamblea general de accionistas de la compañía se adoptaban por virtud

sociedad, naturalmente lo que nunca se podía lograr si se entendiera que esa cláusula era válida, porque los que estaban compareciendo a esa asamblea tenían el 21% y siempre iban a tener la mayoría'. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 29 de agosto de 2013, folio 963 del expediente (6:00).

2 Sobre este punto la demandada Adelaida Portillo sostuvo lo siguiente: 'dentro de la sociedad es importante mencionar que es una compañía que nace de una liquidación y muchos de esos accionistas son hoy trabajadores'. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 29 de agosto de 2013, folio 963 del expediente (22:25). Por su parte, la apoderada de Álvaro Salazar Garzón le indicó al Despacho que '[su poderdante] fue uno de los fundadores de la empresa [...], él era trabajador de la empresa Metalibec S.A., esa empresa entró en liquidación y como pago de las acreencias laborales que tenía la empresa, les dio acciones, así surgió la nueva empresa que se llama Colvinsa hoy en día [...] Es una empresa netamente de trabajadores provenientes de Metalibec'. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 29 de agosto de 2013, folio 963 del expediente (41:11).

de consensos obtenidos luego de prolongadas deliberaciones entre los asociados de Colvinsa S.A.<sup>3</sup>

En el año 2007, el señor Nayib Kassem encontró una llamativa oportunidad de negocios en la dispersión accionaria de Colvinsa S.A. En verdad, el señor Kassem parece haber entendido que podía asumir el control sobre la administración de Colvinsa S.A. mediante la conformación de un bloque accionario mayoritario. Para tal efecto, según la información consultada por el Despacho, el señor Kassem no sólo empezó a comprar acciones de la sociedad a partir de octubre de 2007, sino que, además, obtuvo poderes de varios de los 69 accionistas de Colvinsa S.A. para representarlos en las reuniones del máximo órgano social.<sup>4</sup> Sin embargo, un grupo de accionistas de Colvinsa S.A., entre los cuales se encontraban los antiguos administradores de la sociedad, se rehusó a venderle sus acciones al señor Kassem. Inevitablemente, el señor Kassem entró en conflicto con los accionistas de Colvinsa S.A. a que se ha hecho referencia, incluidos algunos de los demandados en el presente proceso.<sup>5</sup>

En el año 2010, el señor Kassem había concentrado suficientes acciones de Colvinsa S.A. para asumir el control de los órganos de administración de la compañía. Además, según aparece registrado en las actas de la asamblea general de accionistas, durante el primer semestre de ese año se presentaron agudos enfrentamientos entre el bloque accionario liderado por el señor Kassem y aquél conformado por los antiguos administradores de Colvinsa S.A.

La primera reunión asamblearia del año 2010 se celebró el 18 de febrero en las oficinas de administración de Colvinsa S.A. A esa sesión ordinaria de la

3 Sobre este punto, Arturo Portilla Lizarazo advirtió que '[antes de que llegara el señor Kassem], todos tomaban decisiones en la empresa [...], nadie tenía más del 20%, como hoy sí lo tiene un accionista que llegó mucho después'. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 24 de septiembre de 2013, folio 1000 del expediente (51:52).

4 En palabras de la demandada Adelaida Portillo, '[el señor Kassem] compró acciones de aquellos accionistas que se iban pensionando'. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 29 de agosto de 2013, folio 963 del expediente (38:40).

5 Frente a este punto el demandado Arturo Portilla Lizarazo expresó lo siguiente: 'la pelea, digámoslo así, entre el grupo de Nayib Kassem y algunos accionistas era por el poder de la empresa. Nayib Kassem llegó a apoderarse de la empresa. En el año 2010, la primera reunión de asamblea general, se realizó sin los respectivos llamamientos en forma legal y el señor Nayib Kassem, en una tienda, no en las instalaciones de la compañía realizó con otros accionistas y asesorado por el doctor [Gil], realizaron una reunión por derecho propio un sábado cuando la empresa no funcionaba. Al ver que eso se estaba haciendo, yo como accionista tomé la decisión y presenté los recursos' Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 24 de septiembre de 2013, folio 1000 del expediente (37:43)

asamblea asistieron los dos bloques en conflicto, en forma tal que el quórum estuvo configurado por el 91.38% de las acciones en circulación de la sociedad. Luego de aprobarse los estados financieros para el año 2009, los accionistas presentes debatieron los resultados de la gestión administrativa de Colvinsa S.A. En el acta No. 15 quedó registrado que, en el curso de estas deliberaciones, ‘los ánimos de los Asambleístas se encontraban un poco subidos de tono’, por lo cual varios asociados ‘llamaron al orden en la reunión y la compostura en el lenguaje y tratos dentro de la misma’ (vid. Folio 1586). En el punto del orden del día correspondiente a la elección de la junta directiva, cada uno de los bloques en conflicto presentó una lista para la conformación de ese órgano social. La primera plancha, confeccionada por los antiguos administradores de Colvinsa S.A., estuvo encabezada por los señores Álvaro Salazar Garzón y Jorge Armando Ramírez Ramos, ambos demandados en el presente proceso. Esta lista obtuvo los votos de 32 accionistas, titulares del 42.9% de las acciones representadas en la reunión. La segunda plancha, preparada por el grupo liderado por el señor Nayib Kassem, recibió el voto favorable de 20 accionistas, representantes conjuntamente del 49.1% de las acciones presentes. Así, pues, la junta directiva de Colvinsa S.A. quedó conformada por cuatro directores propuestos por el grupo del señor Kassem y tres miembros propuestos por los antiguos administradores de la compañía. (vid. Folio 1587).

El 19 de marzo de 2010 se celebró una nueva reunión de la asamblea general de accionistas de Colvinsa S.A., ‘en virtud de convocatoria efectuada por Nayib Kassem Morales, Eddie Gómez Possú y Antonio Romero Arévalo, accionistas representantes de más del 20% de las acciones suscritas y en circulación, mediante aviso publicado en el diario El Nuevo Siglo el día sábado 13 de marzo [...]’ (vid. Folio 1601). A esta reunión, celebrada por fuera de las oficinas de administración de Colvinsa S.A., asistieron los accionistas que formaban parte del bloque liderado por el señor Nayib Kassem. Según consta en el acta No. 16, durante esta reunión se determinó, por unanimidad, iniciar una acción social de responsabilidad en contra del señor Álvaro Salazar Garzón, representante legal de la sociedad y miembro del bloque de accionistas que se opuso a los esfuerzos del señor Kassem por asumir el control de Colvinsa S.A. Los accionistas presentes también votaron unánimemente para modificar la junta directiva, a fin de remover a los tres directores que habían sido propuestos por los antiguos administradores de la compañía

durante la reunión del 18 de febrero de 2010 (vid. Folio 1605). En las deliberaciones correspondientes al último punto del orden del día se decidió nombrar un nuevo revisor fiscal para la sociedad.

El sábado 3 de abril de 2010, el grupo de accionistas liderado por el señor Kassem celebró una reunión asamblearia por derecho propio, ‘en la puerta de ingreso del domicilio principal de la compañía’ (vid. Folio 1607). Durante esta nueva reunión se ratificó la junta directiva propuesta por el grupo del señor Kassem—en la que se excluían los directores postulados por los antiguos administradores de Colvinsa S.A.—y se corroboró el nombramiento de un nuevo revisor fiscal (vid. Folio 1611). Para justificar la procedencia de esta reunión por derecho propio, se invocaron falencias en la convocatoria a la reunión ordinaria del 18 de febrero de 2010.

Por su parte, el grupo conformado por los antiguos administradores de Colvinsa S.A. celebró una reunión por derecho propio el lunes 5 de abril de 2010. Durante esta reunión, en la cual participaron varios de los demandados, se modificó la composición de la junta directiva de la compañía. Según aparece en el acta No. 17A, los accionistas presentes excluyeron de ese órgano directivo a los sujetos postulados por el grupo del señor Nayib Kassem. La plancha aprobada durante la reunión del 5 de abril de 2010 fue idéntica a la propuesta por los antiguos administradores de Colvinsa S.A. durante la reunión ordinaria del 18 de febrero. Los accionistas también decidieron ratificar en su cargo al revisor fiscal de la sociedad y ordenarle a la junta directiva de Colvinsa S.A. que designara como representante legal a un sujeto que no ostentara la calidad de accionista o trabajador de la compañía (vid. Folio 1617).

El bloque accionario liderado por los antiguos administradores de Colvinsa S.A. celebró una nueva reunión de la asamblea general de accionistas el 5 de mayo de 2010. En esta sesión, celebrada conforme a las reglas societarias en materia de segunda convocatoria, se tomaron múltiples decisiones con el evidente propósito de evitar que el señor Kassem se hiciera al control de Colvinsa S.A., según se explica más abajo. Los accionistas presentes durante la reunión del 5 de mayo de 2010 también eligieron a nueve directores, entre los cuales no se encontraba ninguno de los sujetos postulados en otras oportunidades por el bloque accionario liderado por el señor Kassem (vid. Folio 1637).

El 3 de agosto de 2010, el bloque de accionistas del señor Kassem celebró una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas. En esta reunión se advirtió la ineficacia de las decisiones aprobadas durante la reunión del 5 de mayo de 2010, ‘por vicios en la convocatoria [...] y en la mayoría decisoria, de conformidad con el artículo 433 del Código de Comercio’ (vid. Folio 1641). En esta reunión se aprobó una nueva acción social de responsabilidad en contra de los antiguos administradores de Colvinsa S.A., así como la conformación de la junta directiva de la compañía con sujetos postulados por el bloque accionario liderado por el señor Kassem. En una reunión posterior, celebrada el 11 de agosto de 2010, el bloque del señor Kassem modificó las reglas estatutarias para convocar a la asamblea general de accionistas e introdujo una cláusula compromisoria para dirimir ‘diferencias relacionadas con el contrato social’ (vid. Folio 1643). Posteriormente, el 4 de octubre de 2010, los accionistas afiliados al señor Kassem celebraron una nueva reunión extraordinaria en la que se decidió ‘revocar y dejar sin ningún efecto las decisiones tomadas en la asamblea celebrada el día 5 de mayo de 2010 y que constan en el Acta No. 18’ (vid. Folio 1648).

El 12 de octubre de 2010, los antiguos administradores de Colvinsa S.A. celebraron otra reunión asamblearia de segunda convocatoria. Luego de extensas deliberaciones, los accionistas presentes en esta sesión aprobaron una acción social de responsabilidad en contra del señor Kassem y otros sujetos (vid. Folio 1650). Finalmente, el 1º de abril de 2011, los antiguos administradores de Colvinsa S.A. intentaron celebrar una reunión por derecho propio en la que se modificó nuevamente la composición de la junta directiva de la compañía y se aprobaron diversas propuestas presentadas por los accionistas (vid. Folio 784).

Ante esta multiplicidad de decisiones sociales contrapuestas, los accionistas en conflicto recurrieron a diversas autoridades oficiales para resolver sus diferencias. Ambos bloques de accionistas presentaron recursos ante la Cámara de Comercio de Bogotá y la Superintendencia de Industria y Comercio, con el propósito de controvertir los nombramientos efectuados durante las múltiples sesiones asamblearias del año 2010. Los antiguos administradores de Colvinsa S.A. intentaron impugnar la inscripción de las decisiones aprobadas por el bloque del señor Kassem durante las reuniones del 3 de abril, 22 de septiembre y 4 de octubre de 2010 (vid. Folios 974 y 975). Por su parte,

el señor Kassem recurrió el registro de las decisiones aprobadas por los antiguos administradores de Colvinsa S.A. el 5 de mayo y 12 de octubre de 2010 (vid. Folios 973 a 976).

Debe anotarse, además, que la resolución definitiva del conflicto por el control de Colvinsa S.A. parece haberse producido en el foro judicial administrado por esta Superintendencia. En la Sentencia No. 38 del 15 de junio de 2011, esta entidad advirtió la ineficacia de las reformas estatutarias aprobadas por los antiguos administradores de la compañía durante la reunión del 5 de mayo de 2010. Con esta decisión, la potestad decisoria en los órganos sociales de Colvinsa S.A. quedó firmemente en manos del bloque del señor Kassem, en quien ya estaba concentrado, para la época, un porcentaje mayoritario del capital suscrito de la compañía. En agosto de 2011, poco tiempo después de esta sentencia, los miembros del bloque de antiguos administradores vendieron sus acciones en la sociedad.<sup>6</sup> El señor Kassem había obtenido el control sobre Colvinsa S.A.

## B. Acerca de la conducta de los demandados

Colvinsa S.A., representada por el señor Nayib Kassem, considera que los demandados se comportaron de manera indebida durante el curso del conflicto reseñado, por lo cual deben resarcir los perjuicios sufridos por la sociedad.<sup>7</sup> En la demanda se afirma que los demandados buscaron perpetuarse en la administración de Colvinsa S.A. para reducir artificialmente el precio de las acciones de la compañía y comprar, a un valor inferior al real, la participación de los demás asociados. Según la versión del apoderado de Colvinsa S.A., una vez logrado este propósito, los demandados le habrían vendido su bloque accionario mayoritario a un competidor de la sociedad. Tal y como se dice en la demanda, ‘los demandados, como líderes y coordinadores del

6 De acuerdo con el dictamen preparado por el perito contable, ‘la venta de acciones por parte de los demandados Álvaro Salazar Garzón, Arturo Portilla Lizarazo, Adelaida Portilla Lizarazo, Jorge Armando Ramírez Ramos y Julio Enrique Cano se realizó el día 10 de agosto de 2011’ (vid. Folio 2067).

7 El apoderado de la demandante señaló que ‘lo sustancial para los perjuicios es que toda esa trama que se hizo de reformar los estatutos, de hacer una reunión espuria, con cinco convocatorias y decir que era de segunda convocatoria, de nombrarse, obviamente ellos mismos, como administradores y establecer una serie de cláusulas que tendían a establecer la inamovilidad de los administradores, produjo que duró bastante tiempo la sociedad en esa crisis y que las decisiones mayoritarias que algunas veces llegaban casi hasta el 80% no fueran tomadas en cuenta, ni ejecutadas porque la Cámara de Comercio simplemente no inscribía por virtud de los recursos que se presentaban [...] entonces eso fue un caos’. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 29 de agosto de 2013, folio 963 del expediente (14:22).

grupo minoritario [...] de manera irregular y arbitraria, promovieron reuniones de la Asamblea y de la Junta Directiva, orientadas a mantenerse en la administración, a bloquear el buen desarrollo social y a torpedear las decisiones mayoritarias [...]. La intención vedada de los demandados era crear una aparente iliquidez de la sociedad, para poder comprar muy barato la participación de los trabajadores y socios minoritarios y hacerse al control efectivo de la empresa, para luego revenderla a muy buen precio [...]. La mala fe de los demandados ha sido reiterada, pues pese a tener conocimiento de que las decisiones tomadas en mayo 5 eran ineficaces, continuaron promoviendo reuniones irregulares y abusivas de Asamblea y de Junta Directiva, a escondidas y sin la participación de los socios mayoritarios' (vid. Folios 4 y 5).

Una vez revisadas las pruebas disponibles, el Despacho no encontró suficientes elementos de juicio para soportar la versión de los hechos presentada por la sociedad demandante. Según las pruebas consultadas, las actuaciones de los demandados no estuvieron encaminadas principalmente a venderle acciones de Colvinsa S.A. a un tercero, sino, más bien, a evitar que el señor Kassem conformara un bloque de control que le permitiera apoderarse de la administración de esa compañía. Debe recordarse que, desde el momento de la constitución de Colvinsa S.A. y hasta el año 2010, el capital de la sociedad estuvo disperso entre múltiples accionistas, sin que ninguno de ellos contara con un porcentaje mayoritario en el capital suscrito. Durante ese lapso, la administración de Colvinsa S.A. estuvo dirigida en forma mancomunada por los trabajadores de la compañía, quienes decidían, mediante consensos obtenidos en la asamblea general de accionistas, cuál habría de ser la orientación de los negocios sociales. Esta transitoria dispersión del capital de Colvinsa S.A. llegó a su fin tras la conformación de un bloque de control por parte del señor Kassem.

En respuesta a los esfuerzos por concentrar el capital de Colvinsa S.A., los antiguos administradores de la compañía intentaron valerse del mecanismo especial de votación contemplado en el artículo 429 del Código de Comercio para crear reglas que le impidieran al señor Kassem ejercer un control irrestricto sobre la administración social. Según aparece registrado en el acta No. 18, los accionistas presentes durante la reunión del 5 de mayo decidieron modificar los estatutos de la compañía para 'equilibrar los órganos societarios [y evitar] que los accionistas minoritarios [...] sean rezagados en las

decisiones con el fin de obligarlos a que vendan a los socios con mayor participación' (vid. Folio 1621).

Entre las reformas aprobadas es relevante aludir al incremento en el número de miembros de la junta de siete a nueve directores, la modificación de la cláusula del derecho de preferencia en la enajenación de acciones, la fijación de un nuevo procedimiento para convocar al máximo órgano social y la introducción de mayorías decisorias calificadas del 70% de las acciones suscritas para reformar los estatutos y del 80% de las acciones suscritas para remover a los administradores y al revisor fiscal (vid. Folios 1622 a 1628). Bajo el mecanismo de elección de la junta directiva propuesto durante esta reunión, se reservaba un escaño para un candidato elegido por el sindicato de Colvinsa S.A. y cuatro cargos directivos para sujetos que no ostentaran la calidad de accionistas ni trabajadores de la sociedad.

Una vez revisado el contenido de las reformas mencionadas, es suficientemente claro que los demandados pretendían conservar la estructura de administración concebida desde la constitución de Colvinsa S.A. e impedir que el señor Kassem ejerciera una influencia dominante sobre los órganos internos de la compañía. Esta postura también encuentra fundamento en lo expresado por el señor Álvaro Salazar, quien dio cuenta de la conmoción que generó, entre los fundadores de Colvinsa S.A., la idea del señor Kassem de hacerse al control de la sociedad.<sup>8</sup> Así las cosas, el Despacho no encuentra méritos en la idea expresada por la demandante, según la cual la conducta de los demandados estuvo orientada por la finalidad encubierta de menoscabar la situación financiera de Colvinsa S.A., para obtener una ganancia injustificada en la venta del control sobre la compañía a un tercero.

Ahora bien, debe recordarse que este Despacho ha criticado el uso abusivo del mecanismo especial de votación previsto en el artículo 429 del Código de Comercio para las reuniones de segunda convocatoria y por derecho propio. Según se expresó en la Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014, 'el Despacho debe advertir, enfáticamente, que las reglas especiales previstas para las reuniones por derecho propio [y de segunda convocatoria] no pueden usarse para modificar las circunstancias de asociación en una compañía, con el propósito deliberado de perjudicar a un grupo de accionistas. Este

<sup>8</sup> Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 24 de septiembre de 2013, folio 1000 del expediente (1:54:01).

ejercicio censurable del mecanismo contemplado en el artículo 429 del Código de Comercio excede, a todas luces, la intención del legislador mercantil al introducir en nuestro ordenamiento la figura de la reunión por derecho propio [y de segunda convocatoria]’.

Sin perjuicio de lo anterior, en el presente caso existe un atenuante que debe ser tenido en cuenta al momento de examinar las actuaciones de los demandados. En verdad, el Despacho estima que la conducta de los antiguos administradores de Colvinsa S.A. constituyó una defensa proporcional ante las medidas adoptadas por el grupo de accionistas liderado por el señor Kassem. Durante la primera de las reuniones asamblearias celebradas en el año 2010—la única a la cual asistieron los dos grupos de accionistas en conflicto—el bloque del señor Kassem logró reunir suficientes votos para elegir a la mayoría de los miembros de la junta directiva de la compañía. Con esta decisión, el grupo del señor Kassem habría podido asumir el control sobre la administración de Colvinsa S.A., al paso que los antiguos administradores de la compañía se habrían visto relegados a la minoría. Sin embargo, con fundamento en falencias de orden formal, el señor Kassem desconoció los efectos de las decisiones aprobadas durante la reunión ordinaria del 18 de febrero de 2010. En verdad, el grupo del señor Kassem celebró dos reuniones posteriores—una extraordinaria el 19 de marzo y otra, por derecho propio, el sábado 3 de abril—en las cuales se determinó excluir de la junta directiva a los antiguos administradores y aprobar una acción social de responsabilidad en contra del representante legal.

En vista de lo anterior, los demandados recurrieron al ejercicio de sus derechos políticos en Colvinsa S.A. como un mecanismo de defensa ante las actuaciones del señor Kassem. Si bien es cierto que los demandados hicieron uso del artículo 429 del Código de Comercio para proteger la antigua estructura administrativa de Colvinsa S.A., también lo es que el señor Kassem se valió de esa misma norma para expulsar a los demandados de la junta directiva de la compañía. Posteriormente, ambos bloques de accionistas usaron el foro de la asamblea general para intentar obtener una posición ventajosa en la pugna por Colvinsa S.A. Es por ello que, como ya se dijo, las medidas adoptadas por los demandados fueron proporcionales a las estrategias diseñadas por el señor Kassem para hacerse al control de Colvinsa S.A. Aunque esta circunstancia no sana el carácter reprochable de lo que hicieron ambas

partes en la disputa por el control de la compañía, la proporcionalidad de las medidas de defensa estudiadas debe ser tenida en cuenta por este Despacho al momento de pronunciarse sobre la responsabilidad que pretende imputársele a los demandados.<sup>9</sup>

Por lo demás, debe mencionarse que el perito designado por el Despacho no encontró pruebas de los perjuicios invocados por la sociedad demandante en relación con estos hechos. Según aparece consignado en el correspondiente dictamen pericial, ‘[el] total de ingresos netos durante los años 2010 y 2011 [fue] de \$22.193.463 (en miles de pesos), así como, un promedio bimestral de \$1.849.455.25 de ingresos netos de la empresa durante el mismo período, evidenciando que la compañía no sufrió cambios significativos durante este dúo de años en materia de producción, ventas y ejercicio de su objeto social’ (vid. Folio 2071). En idéntico sentido, la revisora fiscal de la compañía, designada por el bloque de accionistas del señor Kassem, manifestó que ‘[tal y como se puede ver] en los estados financieros, detrimento patrimonial no hubo’.<sup>10</sup>

En síntesis, pues, existen tres argumentos diferentes para desestimar la primera de las pretensiones formuladas en la demanda. Primero, la conducta de los demandados no estuvo orientada por la ignominiosa finalidad descrita por la demandante. En efecto, los antiguos administradores de Colvinsa S.A. intentaron, simplemente, proteger el modelo de gestión empresarial diseñado desde la constitución de la sociedad, en respuesta a los intentos del señor Kassem por obtener el control de la compañía. Segundo, las medidas de defensa adoptadas por los demandados fueron proporcionales a la conducta del señor Kassem, en tanto ambas partes recurrieron al ejercicio desmesurado de sus derechos políticos para obtener una ventaja en la pugna por el control de Colvinsa S.A. Tercero, no se probó la existencia de los perjuicios que la sociedad demandante alega haber sufrido como consecuencia de las actuaciones de los demandados.

<sup>9</sup> Este criterio de proporcionalidad se ha usado en el análisis de las medidas de defensa que pueden adoptarse en contra de tomas hostiles de control, en el contexto de sociedades abiertas con capital disperso (Cfr. *Unocal v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985)).

<sup>10</sup> Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 21 de octubre de 2013, folio 1824 del expediente (1:03:09). Adicionalmente, la revisora fiscal le dijo a este Despacho que ‘La empresa siempre cumplió con sus obligaciones tributarias, financieras, con los proveedores, pero [los demandados] nunca estuvieron involucrados [con el cumplimiento de estas obligaciones], esto estaba a cargo de la gerencia que era el señor Kassem’. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 21 de octubre de 2013, folio 1824 del expediente (41:22).

## 2. Responsabilidad de los demandados en su calidad de administradores de Colvinsa S.A.

El apoderado de la demandante también ha sostenido que los demandados incumplieron los deberes que les correspondían como administradores de Colvinsa S.A. En este sentido, debe advertirse que el Despacho se ha pronunciado, en diversas oportunidades, acerca del carácter excepcional que debe revestir la intervención judicial en los asuntos internos de una compañía. En la Sentencia No. 801-72 del 11 de diciembre de 2013, por ejemplo, se rechazaron pretensiones que buscaban controvertir una decisión de negocios adoptada por el representante legal de Pharmabroker S.A.S. C.I. En la citada providencia se concluyó que ‘no le corresponde a esta entidad, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, escudriñar las decisiones de negocios que adopten los empresarios, salvo en aquellos casos en los que se acrediten actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. [...] los demandantes pretenden obtener una indemnización de perjuicios, para lo cual invocan la desacertada política de precios que fijó el señor León Rodríguez para la venta de medicamentos, en su calidad de gerente de Pharmabroker S.A.S. C.I. Sin embargo, el Despacho no encuentra que con la decisión en comento se haya transgredido el régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales en Colombia. Ciertamente, las pruebas disponibles apuntan a que la fijación de los aludidos precios obedeció a una simple decisión de negocios del señor León Rodríguez. [...] los demandantes no demostraron la existencia de conflictos de interés o circunstancias irregulares que pudiesen comprometer el ejercicio objetivo del cargo de administrador por parte de León Rodríguez’.<sup>11</sup>

Adicionalmente, este Despacho se ha pronunciado ya acerca de la importancia que reviste el cumplimiento de las reglas colombianas en materia de conflictos de interés. A continuación se presentan algunos apartes de la Sentencia No. 800-29 del 14 de mayo de 2014, en la cual puede encontrarse un extenso análisis sobre la materia señalada: ‘Las normas que regulan los conflictos de interés en el ámbito societario revisten vital importancia para el ordenamiento económico.’<sup>12</sup> En la doctrina comparada suele explicarse que la distracción de recursos sociales mediante la celebración de operaciones con

11 Cfr. también la Sentencia No. 801-59 del 4 de diciembre de 2013.

12 F Reyes, *Análisis Económico del Derecho Societario* (2013a, 2ª Ed., Editorial Legis, Bogotá); S Djankov y otros, *The Law and Economics of Self-Dealing* (2008) 88 JEL 430.

vinculados es el principal mecanismo de expropiación de accionistas.<sup>13</sup> Para entender cuál es el sustento de esta afirmación, puede pensarse en la suscripción de un contrato de compraventa entre una compañía y su accionista mayoritario. En este caso, el controlante podrá, por virtud de su influencia sobre la gestión de la compañía, incidir en la determinación de las condiciones del negocio jurídico propuesto. Esta potestad le permitirá, si así se lo propone, fijar en el contrato un precio que incremente su patrimonio personal, en detrimento de la sociedad.

‘Con todo, existe consenso en torno a la idea de que las operaciones viciadas por conflictos de interés no son necesariamente contrarias al interés social.’<sup>14</sup> En compañías cerradas, la proscripción absoluta de operaciones con accionistas o administradores podría, incluso, ser nociva para la gestión de los negocios de la sociedad.<sup>15</sup> Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el caso de SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Daniel Correa, en el cual este Despacho examinó diversos contratos de mutuo celebrados entre la sociedad demandante y sus antiguos administradores. En vista de la frágil situación financiera de SAC Estructuras Metálicas S.A., los referidos funcionarios decidieron obtener créditos bancarios a título personal, para luego prestarle tales recursos a la compañía. Según lo expresado por esta entidad en la Sentencia No. 801-35 del 9 de julio de 2013, ‘los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A. [...] es factible que las operaciones viciadas por un conflicto de interés le reporten importantes beneficios a una sociedad, como en efecto parece haber ocurrido en el presente caso’.

‘[...] En síntesis, a pesar de que los negocios jurídicos viciados por conflictos de interés pueden usarse para distraer recursos sociales, es perfectamente posible que tales operaciones le reporten importantes beneficios a la compañía. De ahí que las normas societarias que regulan la materia busquen evitar que estas operaciones se conviertan en simples instrumentos de expropia-

13 RJ Gilson y A Schwartz, *Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms Versus Ex Post Transaction Review*, (2012) <http://ssrn.com/abstract=2129502>; J Armour, H Hansmann y R Kraakman, *Agency Problems and Legal Strategies* en R Kraakman y otros (eds), *The Anatomy of Corporate Law* (2009, OUP, Oxford) 35.

14 *A Paces Control Matters: Law and Economics of Private Benefits of Control*, ECGI Working Paper No.131/2009 <http://ssrn.com/abstract=1448164> (2011).

15 Z Goshen, *The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality* (2003) 91 Cal. L. Rev. 400.

ción, sin que se pierda la utilidad potencialmente derivada de la celebración de negocios entre sujetos vinculados.

[...] El sistema previsto en el ordenamiento societario colombiano combina la obligación de surtir un trámite de autorización, con la posibilidad de solicitar la revisión judicial de operaciones viciadas por un conflicto. En este orden de ideas, debe recordarse que las reglas locales en materia de conflictos de interés están incluidas entre los postulados que rigen la actividad de los administradores sociales. Según lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores deben “abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros [...] en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses”. [...] en nuestro sistema jurídico les corresponde a los accionistas, reunidos en el seno del máximo órgano social, la aprobación de todas aquellas operaciones en las que se presente un conflicto de la naturaleza indicada.<sup>16</sup> En el citado numeral 7 también se contempló un mecanismo de fiscalización judicial que guarda cierta similitud con la práctica judicial de algunos países anglosajones. Ciertamente, la norma analizada aclara que “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”. Esta disposición permite la revisión judicial de negocios jurídicos aunque hayan sido aprobados por una mayoría de los accionistas que no tengan un interés en la operación.

[...] cuando no se cuente con una autorización impartida válidamente por la asamblea general de accionistas, será posible comprometer, ante las instancias judiciales, la responsabilidad de los administradores sociales. Bajo esta hipótesis, los administradores se verán obligados a resarcir los perjuicios sufridos por la compañía o sus accionistas por virtud de la celebración de negocios jurídicos respecto de los cuales existió un conflicto de interés. Debe advertirse, además, que la presunción de culpa consagrada en el artículo 200 del Código de Comercio no exonera a los demandantes de la carga de

<sup>16</sup> En el citado numeral 7 se contempla la posibilidad de celebrar negocios jurídicos de la naturaleza mencionada, siempre que se cuente con ‘la autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas’. Se trata, como lo afirma Reyes Villamizar, de una ‘prohibición de carácter general para ejecutar [actos viciados por un conflicto de interés]’. El mismo autor aclara que la Ley 222 de 1995 ‘no impide definitivamente la realización de tales actos, sino que somete su celebración a un riguroso procedimiento mediante el cual se pretende, en lo esencial, proteger los intereses de la sociedad, sus asociados y terceros interesados’. FH Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada (2013b, 3ª ed., Editorial Legis, Bogotá,) 161-162.

demostrar la existencia de los perjuicios que le sirven de base a sus pretensiones indemnizatorias.

‘En la doctrina nacional también se ha señalado que la falta de autorización asamblearia puede dar lugar a la nulidad absoluta de los negocios jurídicos concernientes.<sup>17</sup> Sobre este particular la Superintendencia de Sociedades ha expresado, en sede administrativa, que “mediante el proceso verbal sumario, podrá solicitarse la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en violación al numeral 7º, artículo 23”.<sup>18</sup> La posibilidad de acudir a las instancias judiciales para solicitar la nulidad absoluta de los negocios jurídicos contaminados por un conflicto de interés fue reconocida explícitamente en el Decreto 1925 de 2009, por cuya virtud se reglamentó el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Al tenor del artículo 5 del Decreto 1925, “el proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 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” [...].<sup>19</sup>

Con base en las anteriores consideraciones, a continuación se presenta un análisis de la conducta de cada uno de los demandados, a fin de establecer

<sup>17</sup> Para Gil Echeverry, ‘los actos celebrados en conflictos de intereses resultan absolutamente nulos’. JH Gil Echeverry, Derecho Societario Contemporáneo: Estudios de Derecho Comparado, (2012, 2ª Ed., Bogotá, Editorial Legis) 284. La justificación para invocar la nulidad podría encontrarse en el artículo 899 del Código de Comercio, en el cual se dispone que ‘será nulo absolutamente el negocio jurídico [...] cuando contraría una norma imperativa’. Podría pensarse, además, que la nulidad antes referida es saneable por ratificación, al igual a como ocurre con la sanción prevista para la violación del artículo 404 del Código de Comercio. Sobre esta última sanción, Martínez Neira ha señalado que ‘es posible ratificar el negocio jurídico por las mismas partes intervinientes, lo que implica la convalidación de los efectos del contrato que ha nacido viciado. La ratificación [...] implica necesariamente que los involucrados obtengan previamente las autorizaciones de la junta directiva o de la asamblea [...]’. NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2010, Abeledo Perrot, Buenos Aires) 530.

<sup>18</sup> Oficio 220-140389 del 27 de noviembre de 2012.

<sup>19</sup> Sobre este particular, Reyes Villamizar ha expresado que ‘otra innovación del decreto está en la declaratoria de nulidad de aquellos actos celebrados por la sociedad [...] por violación de la ley. Así, pues, los terceros que contratan con la sociedad en estas condiciones podrían quedar expuestos a incertidumbre sobre la eficacia jurídica de estos negocios. Ello se justifica, al menos en el ámbito de los actos que implican conflicto de interés, precisamente en la situación conflictiva que origina el negocio y que, en alguna medida, también es de la incumbencia del tercero vinculado al administrador por cuyo conducto, normalmente, se cierra el negocio’. FH Reyes Villamizar (2013b) 166-167.

si se han presentado transgresiones de los deberes legales que les corresponden a los administradores sociales.

### A. Adelaida Portilla Lizarazo

Según las pruebas disponibles, la señora Adelaida Portilla Lizarazo ocupó brevemente el cargo de jefe de recursos humanos de Colvinsa S.A. entre los años 2010 y 2011. La sociedad demandante alega que, en esa calidad, la señora Portilla participó en la preparación de las reuniones asamblearias por cuya virtud los antiguos administradores de Colvinsa S.A. intentaron proteger la estructura de gestión concebida desde la constitución de la compañía. Sin embargo, el Despacho pudo establecer que la señora Portilla participó en las aludidas reuniones en su calidad de accionista de Colvinsa S.A. y de secretaria designada por los asociados presentes en tales sesiones asamblearias. Así, pues, en vista de que la señora Portilla no actuó como administradora en el curso de las aludidas reuniones, mal podría haber transgredido el régimen legal concerniente.

La sociedad demandante también ha puesto de presente que la señora Portilla Lizarazo autorizó una transferencia indebida de recursos, a favor del señor Álvaro Salazar Garzón, por la suma de \$21.019.444. El Despacho pudo establecer que el pago controvertido se produjo como consecuencia de errores en la liquidación de la remuneración correspondiente a las vacaciones del señor Salazar. Sin embargo, debe advertirse que la señora Portilla nunca fue designada en un cargo de administración, en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995. Para este Despacho es claro, en este mismo sentido, que el simple cálculo matemático de prestaciones salariales no puede considerarse como una actividad positiva de gestión, para efectos de asignarle a la señora Portilla la calidad de administradora de hecho. En consecuencia, al no haber revestido la calidad de administradora de Colvinsa S.A., la señora Portilla nunca estuvo sujeta al estricto régimen de deberes consagrado en el artículo 23 de la Ley 222. Por ello, el error aritmético a que se ha hecho referencia debe analizarse en el contexto del vínculo laboral que existía entre Colvinsa S.A. y la señora Portilla, lo cual no le corresponde a este Despacho. En todo caso, debe mencionarse que el departamento contable de Colvinsa S.A. advirtió oportunamente el error en el pago de prestaciones laborales a favor del señor Salazar. Además, la señora Portilla, en ejercicio de sus funciones como

jefe de recursos humanos, le informó al señor Salazar que debía devolver las sumas recibidas en exceso (vid. Folio 946).<sup>20</sup>

Por virtud de las anteriores consideraciones, el Despacho exonerará a la señora Portilla de los cargos formulados por la demandante.

### B. Luis Gerardo Ortiz Baratto

De acuerdo con la demanda presentada por Colvinsa S.A., el señor Luis Gerardo Ortiz Baratto es uno de los administradores que le causaron perjuicios a la compañía. El Despacho pudo comprobar que el demandado Ortiz Baratto fue elegido como director de Colvinsa S.A. durante la reunión celebrada el 5 de mayo de 2010 y como representante legal en la sesión del 26 de junio de ese mismo año. Sin embargo, con la lúcida defensa presentada por la apoderada del señor Ortiz quedó claro que tal sujeto debe ser exonerado de cualquier responsabilidad en su calidad de administrador de Colvinsa S.A. En verdad, el señor Ortiz no contó con la oportunidad de ejercer plenamente el cargo de administrador. Ello se debe a que la designación del señor Ortiz como director y representante legal de la compañía fue suspendida por virtud de los recursos interpuestos por el señor Kassem ante la Cámara de Comercio de Bogotá (vid. Folio 973).<sup>21</sup>

20 Sobre el particular, la demandada Adelaida Portillo, en desarrollo de su interrogatorio de parte, manifestó lo siguiente: 'El jefe de recursos humanos en una organización, se encarga de hacer liquidación de prestaciones, obligaciones y demás, pero no es una toma de decisiones [...], esas nominas deben ser aprobadas para ser luego pagadas. El pago de los \$21.000.000 es por el tema de unos pagos de vacaciones que en exceso se liquidaron. Se valida por el área contable, un exceso de pago de vacaciones, se genera de mi parte, como corresponde, una notificación al trabajador que en exceso se pagó y se le indica que existe un mayor valor pagado que debe ser coordinado con la compañía para devolver. El trabajador responde. Ese hecho, en mi criterio, el hecho de haber notificado a un trabajador de un mayor valor pagado [...] no estimo que sean actos de representación de la sociedad'. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 24 de septiembre de 2013, folio 1000 del expediente (27:38).

21 Sobre este tema, la demandada Adelaida Portillo Lizarazo, en desarrollo de su interrogatorio de parte, manifestó lo siguiente: 'Gerardo [Ortiz Baratto] fue elegido en algunas reuniones como miembro de junta directiva, acto en el cual no pudo ejercer realmente por actos de hecho que se llevaron en la compañía. Él fue retirado de la compañía literalmente a patas. Logró estar un tiempo como actividades de administrativo dentro de la compañía, pero ese contrato fue terminado unilateralmente por el señor Nayib Kassem, si no estoy mal, para el mes de agosto de 2010. Su duración no fue realmente más allá de dos o tres meses [...] El cargo como gerente [de Gerardo Ortiz], nunca se llevó a cabo, en razón a los recursos de reposición que se presentaron en la cámara de comercio, por lo cual su cargo como gerente no pudo ser ejercido [...] [Gerardo Ortiz] no podía tomar decisiones de gerente porque no tenía esas facultades [...] fue postulado, por sus calidades y condiciones, para ser miembro de junta directiva pero [no pudo ejercer]'. Cfr. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 24 de septiembre de 2013, folio 1000 del expediente (22:19) (23:34) (25:46).

Durante el breve espacio en que el señor Ortiz ocupó el cargo de administrador, sólo parece haber tomado la decisión de ratificar el despido de una funcionaria de Colvinsa S.A. (vid. Folio 1227). Según la apoderada del señor Ortiz, 'lo único que hizo [Luis Gerardo Ortiz] fue formalizar una decisión que ya había tomado la empresa sobre el despido de una persona [...] no realizó ninguna otra actividad como gerente y no pudo hacerlo, porque esa designación, cuando él empezó a ejercer el cargo de gerente, fue recurrida en efecto suspensivo el 16 de julio de 2010. O sea que no alcanzó ni siquiera a cumplir un mes como gerente'.<sup>22</sup> En este sentido, la demandante no demostró la existencia de conflictos de interés o circunstancias irregulares que puedan servir para controvertir la única decisión que adoptó el señor Ortiz en su calidad de representante legal de Colvinsa S.A.

Por virtud de las anteriores consideraciones, el Despacho desestimaré las pretensiones formuladas contra el señor Ortiz.

### C. Carlos Alfonso Hernández

Luego de revisar las pruebas disponibles, el Despacho pudo constatar que el señor Hernández no revistió la calidad de administrador de Colvinsa S.A. durante la época en que se produjeron los hechos invocados en la demanda. Según lo confirmó el propio señor Kassem, 'en esa época del año 2010 al 2011 [el señor Carlos Alfonso Hernández] no fue representante legal de Colvinsa [...]. Desconozco [si Carlos Alfonso Hernández participó en algún contrato o recibió alguna remuneración]'.<sup>23</sup> Por consiguiente, el Despacho exonerará al señor Hernández de los cargos que le han sido imputados por la sociedad demandante.

### D. Julio Enrique Cano

En la demanda se afirma que el señor Julio Enrique Cano le generó perjuicios a Colvinsa S.A. Sin embargo, el Despacho no encontró, entre las pruebas aportadas, información acerca de las actividades perjudiciales supuestamente llevadas a cabo por el señor Cano. Por este motivo, el Despacho exonerará al señor Cano de los cargos que le han sido imputados por la sociedad demandante.

[...]

<sup>22</sup> Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 29 de agosto de 2013, folio 963 del expediente (1:00:25)

<sup>23</sup> Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 7 de octubre de 2013, folio 1762 del expediente (30:06) (30:37) (31:14).

### E. Arturo Portilla Lizarazo

La demandante ha señalado que el señor Portilla recibió \$2.984.000 por concepto de seguridad social, a pesar de no tener un vínculo laboral con Colvinsa S.A. Según el dictamen preparado por el perito designado por el Despacho, esta suma fue pagada en cuotas mensuales desde enero de 2009 hasta agosto de 2010 (vid. Folio 2136).

El señor Portilla manifestó que los pagos controvertidos se produjeron como contraprestación por los servicios que le prestó a Colvinsa S.A. en materia de asesoría laboral. Según aparece en la contestación del señor Portilla, 'obra en el expediente prueba del contrato por medio del cual se acuerda esta afiliación, aprobada y consentida por el máximo órgano social de Colvinsa S.A., para que desde la oficina ubicada en la carrera 39 No. 25-19 se vigilara los procesos y se asesorara en materia laboral a la empresa órdenes que se cumplieron y como prestación se me pagaba la afiliación a los parafiscales con un salario mínimo'.

Según las pruebas consultadas por el Despacho, Colvinsa S.A. y el señor Portilla en efecto suscribieron un contrato de asesoría legal en materia laboral (vid. Folio 844). Sin embargo, es preciso recordar que el señor Portilla ejerció el cargo de director de Colvinsa S.A. cuando era miembro suplente de la junta (vid. Folios 796 y 1972) y, posteriormente, fue designado como miembro principal de ese órgano el 5 de mayo de 2010 (vid. Folio 1637). Es decir que, durante la época en la cual el señor Portilla ocupó el cargo de administrador de Colvinsa S.A., le prestó servicios legales a la compañía. En consecuencia, el Despacho debe concluir que la celebración y ejecución del referido contrato de prestación de servicios le representó un conflicto de interés al señor Portilla. Ello se debe a que el interés económico subjetivo del señor Portilla, en su calidad de contratista de Colvinsa S.A., se encontraba en contraposición con el deber legal que le correspondía, en su calidad de administrador, de actuar 'en interés de la sociedad', en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Por consiguiente, el señor Portilla debió haber solicitado la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 para participar en las actividades descritas en el párrafo anterior. Sin embargo, según las actas consultadas por este Despacho, el máximo órgano social de la compañía demandante nunca impartió la aprobación explícita requerida para el efecto

(vid. Folios 1699 a 1708). Es claro, pues, que el señor Portilla incurrió en una violación patente del deber general de ‘obrar [...] con lealtad’ y del deber específico de ‘abstenerse de participar [...] en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses’. Así las cosas, el Despacho declarará la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios celebrado entre el señor Portilla y Colvinsa S.A.

Ahora bien, las únicas pruebas de que el señor Portilla efectivamente prestó los servicios mencionados fueron las afirmaciones del señor Salazar, quien fungió como representante legal de Colvinsa S.A. durante la época en que se efectuaron los pagos controvertidos, y de la señora Portilla, hermana del demandado. Tras una revisión de los documentos que reposan en las oficinas de administración de Colvinsa S.A., el Despacho no encontró ni siquiera un informe detallado de la gestión supuestamente adelantada por el señor Portilla. En vista de lo anterior, el Despacho le ordenará al señor Portilla que le pague a Colvinsa S.A. las sumas que recibió por virtud de la celebración del discutido contrato de prestación de servicios, junto con los intereses remuneratorios correspondientes.

Por lo demás, el Despacho se abstendrá de imponer la inhabilidad para ejercer el comercio solicitada por la demandante, debido a que, en el presente caso, no se han encontrado razones para decretar esta sanción.

## F. Álvaro Salazar Garzón

La demandante afirma que el señor Álvaro Salazar Garzón recibió pagos indebidos durante la época en que ocupó el cargo de representante legal de Colvinsa S.A. Se trata de las sumas de \$50.000.000 y \$21.019.444, así como de los montos descritos en los cheques 384191 y 384192. Como ya se explicó, el primero de los pagos controvertidos correspondió a la indemnización establecida por la junta directiva, a favor del señor Salazar, por la terminación de su contrato laboral con Colvinsa S.A. (vid. Folios 789 a 800). El segundo de los pagos cuestionados también fue analizado por el Despacho en esta sentencia. Según se explicó en el acápite correspondiente a Adelaida Portilla, la transferencia de \$21.019.444 a favor del señor Salazar obedeció a un error en el cálculo de la liquidación de las vacaciones de este último sujeto. Según aparece en una carta firmada el 18 de marzo de 2010, el señor Salazar se comprometió a devolverle estas sumas a la compañía (vid. Folio 947).

El Despacho también pudo establecer que las sumas contenidas en los cheques 384191 y 384192 corresponden al pago de un préstamo que el señor Salazar le hizo a Colvinsa S.A., por \$110.000.000, durante el año 2008 (vid. Folio 502). Sobre este particular, debe recordarse que en la Sentencia No. 801-35 del 9 de julio de 2013 este Despacho señaló que los administradores no pueden celebrar contratos de mutuo con la sociedad en la que desempeñan sus funciones, a menos que cuenten con la autorización expresa de la asamblea general de accionistas. Como en este caso no hay pruebas que permitan concluir que se obtuvo la autorización mencionada, el Despacho deberá decretar la nulidad absoluta del contrato de mutuo a que se ha hecho referencia. Sin embargo, en vista de que no se demostró que la celebración del aludido negocio jurídico le hubiera causado algún perjuicio a la compañía, el Despacho se abstendrá de decretar una indemnización por este concepto.

Adicionalmente, la demandante le ha manifestado al Despacho que el señor Salazar Garzón, actuando como representante legal de Colvinsa S.A., celebró un contrato de trabajo con su hijo, Álvaro Salazar Osorio. El Despacho pudo corroborar esta afirmación tras la simple revisión del documento contenido en el Folio No. 984, denominado contrato de trabajo a término indefinido. En su defensa, el señor Salazar Garzón afirmó que ‘no es cierto que exista una prohibición legal al respecto. Adicionalmente existen en la sociedad múltiples casos donde se contrataron a familiares de accionistas y empleados [...]’ (vid. Folio 364). Con todo, el Despacho debe resaltar que la Ley 222 de 1995 es bastante clara en cuanto a la necesidad de obtener una autorización para celebrar negocios jurídicos que le representen un conflicto de interés a los administradores de una sociedad colombiana. En este caso, el vínculo filial que existe entre los señores Salazar Garzón y Salazar Osorio es suficiente para que el Despacho advierta la existencia de un conflicto de interés. A pesar de lo anterior, no se presentó la autorización explícita que requería el señor Salazar Garzón para poder celebrar el aludido contrato de trabajo. Por este motivo, el Despacho declarará la nulidad absoluta de ese negocio jurídico, en los términos solicitados por la demandante.

Finalmente, debe decirse que el Despacho no cuenta con elementos probatorios para constatar que la celebración del contrato individual de trabajo con Álvaro Salazar Osorio le haya generado algún perjuicio a Colvinsa S.A. Por esta razón, el Despacho no decretará una indemnización de perjuicios

respecto del negocio jurídico en cuestión. El Despacho tampoco impondrá la inhabilidad para ejercer el comercio solicitada por la demandante, debido a que no se han encontrado razones para decretar esta sanción.

## II. Costas y sanciones

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará, como agencias en derecho a cargo de Colvinsa S.A., la suma de dos salarios mínimos legales mensuales para cada una de las siguientes personas: Adelaida Portillo Lizarazo, Luis Gerardo Ortiz Baratto y Carlos Alfonso Hernández. Además, tanto Arturo Portilla Lizarazo como Álvaro Salazar Garzón deberán pagarle a Colvinsa S.A. la suma de dos salarios mínimos mensuales. Los señores Jorge Armando Ramírez Ramos y Julio Enrique Cano no recibirán suma alguna, debido a que no participaron en el presente proceso. Colvinsa S.A., Arturo Portilla Lizarazo y Álvaro Salazar Garzón deberán pagar, por partes iguales, los gastos incurridos para la preparación del dictamen pericial.

Por lo demás, el Despacho no impondrá la sanción a que alude el artículo 206 del Código General del Proceso, por considerar que la demandante empleó suficiente diligencia en sus esfuerzos por demostrar la existencia de los perjuicios invocados en la demanda.

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 la nulidad absoluta de los siguientes negocios jurídicos:

1.1 Contrato de prestación de servicios celebrado entre Colvinsa S.A. y Arturo Portilla Lizarazo.

1.2 Contrato de mutuo celebrado entre Colvinsa S.A. y Álvaro Salazar Garzón.

1.3 Contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre Álvaro Salazar Garzón, en representación de Colvinsa S.A. y Álvaro Salazar Osorio.

**Segundo.** Declarar que Arturo Portilla Lizarazo incumplió los deberes que le correspondían como administrador de Colvinsa S.A.

En consecuencia, ordenarle al señor Arturo Portilla Lizarazo que le devuelva a Colvinsa S.A. la suma de \$2.984.000, junto con los intereses remuneratorios correspondientes, calculados desde la fecha en que Colvinsa S.A. le pagó los dineros en cuestión hasta la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia.

**Tercero.** Declarar que Álvaro Salazar Garzón incumplió los deberes que le correspondían como administrador de Colvinsa S.A.

**Cuarto.** Desestimar las pretensiones de la demanda respecto de los demás demandados.

**Quinto.** Condenar en costas a Colvinsa S.A., Arturo Portilla Lizarazo y Álvaro Salazar Garzón.

En desarrollo de lo anterior, Colvinsa S.A. deberá pagarle una suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales a Adelaida Portillo Lizarazo, Luis Gerardo Ortiz Baratto y a Carlos Alfonso Hernández. Tanto Arturo Portilla Lizarazo como Álvaro Salazar Garzón deberán pagarle a Colvinsa S.A. la suma de dos salarios mínimos mensuales. Colvinsa S.A., Arturo Portilla Lizarazo y Álvaro Salazar Garzón deberán pagar, por partes iguales, los gastos incurridos para la preparación del dictamen pericial.

La anterior providencia se profiere a los dos días del mes de julio de dos mil catorce y se notifica en estrados.

## Sentencia No. 800-44 del 18 de julio de 2014

<b>Partes</b>	Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S., Jeny Marcela Cardona y Juan Carlos Cardona
<b>Asunto</b>	Abuso del derecho por la retención injustificada de utilidades. Criterios analíticos para controvertir las políticas de repartición de utilidades en una sociedad cerrada.

### I. Hechos

Antes de analizar los argumentos que han sido formulados por las partes, es necesario hacer un breve recuento de los hechos más relevantes para los efectos del presente litigio.

A comienzos del año 2010, Isabel Cristina Sánchez y John Wiedemann decidieron constituir una compañía con el fin de ofrecer lecciones suplementarias de conducción para que los infractores de tránsito conmuten sus multas dinerarias. Para tal efecto, el 4 de noviembre de 2010 fue constituida la sociedad Centro Integral de Atención (CIA) del Infractor de Tránsito S.A.S.<sup>1</sup> El aporte de Isabel Cristina Sánchez a la nueva compañía estuvo conformado principalmente por las licencias requeridas para prestar el referido servicio de condonación de multas, mientras que personas vinculadas al señor Wiedemann entregaron unas sumas de dinero. Según la información disponible, la señora Sánchez se comprometió a que CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. tendría el derecho exclusivo a atender el mercado de infractores de tránsito en un área geográfica que incluía a la ciudad de Medellín.

Al momento de la constitución de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., Isabel Cristina Sánchez recibió un número de acciones ordinarias equivalentes al 25% del capital suscrito de la compañía. Por su parte, las acciones que le correspondían al bloque afiliado al señor Weidemann quedaron a nombre

<sup>1</sup> La sociedad se constituyó mediante documento privado del 29 de septiembre de 2010, inscrito en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Pereira el 4 de octubre de 2010 bajo el número 01017305 del libro IX.

de su esposa, Jeny Marcela Cardona Gómez, quien se hizo titular del 60% de las acciones en circulación, y de Juan Carlos Cardona Gómez, propietario del 15% restante.<sup>2</sup> En el documento de constitución de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. se determinó designar a Jeny Marcela Cardona Gómez, Juan Carlos Cardona Gómez e Isabel Cristina Sánchez como miembros de la junta directiva de la compañía. Además, la señora Sánchez fue designada como representante legal (vid. Folio 78).

El 21 de diciembre de 2010, CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. obtuvo la autorización del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para prestar servicios de conmutación de multas. El 1º de febrero de 2011, la junta directiva de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. decidió nombrar a Sergio Alberto Soto como representante legal principal, de modo que Isabel Cristina Sánchez pasó a ocupar la suplencia de ese cargo (vid. Folio 656). Unos días después, el 15 de febrero, Jeny Marcela Cardona fue designada como reemplazo de la señora Sánchez en el cargo de representante legal suplente (vid. Folio 650).

En noviembre de 2011, Jeny Marcela y Juan Carlos Cardona Gómez, reunidos en una sesión de la junta directiva de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., manifestaron su inconformidad con la decisión de la señora Sánchez de poner en marcha un nuevo Centro Integral de Atención, denominado CE-NINTRA (vid. Folio 649). Cómo se verá más adelante, para la época ya existían indicios acerca del deterioro de las relaciones personales entre la señora Sánchez y los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S.

El 29 marzo de 2012, durante una reunión ordinaria de la asamblea general, los accionistas demandados en este proceso determinaron no repartir las utilidades generadas durante el año 2011. Esta decisión estuvo fundamentada en la existencia de ‘diferentes proyectos de crecimiento, expansión, planes de inversión y exploración de nuevos negocios para la empresa, así como potenciales amenazas de mercado que generan incertidumbre sobre el negocio’ (vid. Folio 673). El 28 de septiembre de 2012, la junta directiva de la sociedad designó a Jeny Marcela Cardona Gómez como representante legal principal.

<sup>2</sup> Según lo expresado por la señora Cardona durante su interrogatorio, ‘Digamos que [el señor Wiedemann] fue como el propulsor de la empresa pero finalmente ya por decisiones de tipo familiar y de digamos de la parte pues como de empresa matrimonial pues decidimos que yo haría parte de la empresa como socia’. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2013, folio 439 del expediente (19:25).

Esta decisión fue aprobada por los directores Jeny Marcela y Juan Carlos Cardona Gómez (vid. Folio 645).

El 18 de marzo de 2013, en una reunión ordinaria de la asamblea, los asociados mayoritarios decidieron, una vez más, retener las utilidades repartibles de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Para tal efecto, se adujo, nuevamente, que la compañía estaba ‘considerando diferentes proyectos de crecimiento, expansión, planes de inversión y nuevos negocios’. Un par de meses después, la señora Sánchez presentó la demanda que le dio origen a este proceso.

## II. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho busca controvertir, por abusiva, la decisión de los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. de retener la totalidad de las utilidades generadas por la compañía desde el momento de su constitución. Para ello, la demandante ha expresado que ‘los accionistas mayoritarios, para efectos de presionar a la señora accionista Isabel Cristina Sánchez Beltrán, han impedido, sin un fundamento jurídico eficiente, el correspondiente reparto de utilidades generadas por la sociedad [...] conducta ampliamente contraria a lo dispuesto por el estatuto de la sociedad, la norma societaria, entre otros [...]’ (vid. Folio 4).<sup>3</sup> Además, según se afirmó en los alegatos de conclusión de la demandante, ‘la presente acción se ejerció en cumplimiento del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, bajo la teoría del abuso del derecho que en el presente caso se presenta, por medio del ejercicio del derecho de voto, al evitar sin un fundamento jurídico serio y coherente, resultado del conflicto que entre las partes existe de tiempo atrás, ya mencionado, se abusa de la mayoría y se evita el reparto de la utilidad [...]’ (vid. Folio 1079).

Los demandados consideran, sin embargo, que ‘no es cierta la afirmación de que los demás accionistas [...] estén bloqueando la entrega de utilidades vía dividendos a la [demandante]. Esta determinación es generalizada y favorece la estructura económica de la sociedad. No existe fin engañoso de parte de la sociedad y de los demandados en el no reparto de utilidades que, como se

<sup>3</sup> Durante la etapa de fijación del objeto del litigio, el apoderado de la demandante expresó que ‘no hay un argumento objetivo que permita [...] retener de manera injustificada esas utilidades allí dentro de la [sociedad]’. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 21 de noviembre de 2013, folio 273 del expediente (11:22 a 11:56).

dejó explícito, tienen como objeto directo la realización de inversiones para el cumplimiento del objeto social' (vid. Folio 158). Esta idea fue reiterada durante la audiencia de alegatos de conclusión, en la cual se afirmó que 'no es una conducta atípica, censurable o clasificada como incorrecta el hecho de que una compañía propenda buscar que tenga un crecimiento, una estabilidad y una permanencia en el tiempo vía una capitalización, máxime cuando en este caso estamos hablando de una compañía [...] que llevaba dos o tres años en el mercado [...]'.<sup>4</sup>

Para resolver el conflicto presentado ante el Despacho, se hace necesario aludir brevemente a los problemas que puede presentar la retención de utilidades en sociedades cerradas.

### 1. Acerca de la retención de utilidades en sociedades cerradas

La retención de las utilidades generadas por una compañía suele rebatirse, con bastante frecuencia, ante las instancias judiciales.<sup>5</sup> Ello se debe a que, en estos casos, puede presentarse un conflicto entre los intereses subjetivos de los accionistas, quienes esperan recibir un retorno sobre su aporte al fondo social, y el interés de la compañía en disponer de las utilidades para reforzar su situación financiera o emprender proyectos de expansión.<sup>6</sup> En las sociedades que negocian sus acciones en los mercados de valores, las cortes rara vez interfieren con las políticas fijadas para la repartición de dividendos.<sup>7</sup> Esta renuencia judicial está basada en un análisis eminentemente económico.<sup>8</sup> La distribución de utilidades no es la única vía por la cual los inversionistas de una sociedad abierta pueden recibir los beneficios derivados de la actividad

4 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de junio de 2014, folio 1067 del expediente (40:10 - 41:02).

5 DK Moll, *Shareholder Oppression & Dividend Policy in the Close Corporation* (2003) 60 WASH & LEE L REV 3, 861. Además, en criterio de Le Cannu y Dondero, 'la determinación más controvertida, en el contexto del abuso de mayorías, suele ser la retención de las utilidades generadas durante un ejercicio social [...]. Si esta práctica es reiterada y no obedece a la finalidad de proteger el interés social, los asociados minoritarios se verían injustamente despojados del único rendimiento económico derivado de su participación en la sociedad [...]'. P Le Cannu y B Dondero, *Droit des Sociétés* (4ª Ed, Ed. Montchrestien, 2012) 97.

6 DK Moll (2003) 861; FH O'Neal, *Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights* (1987) 35 CLEV ST L REV 12.

7 'Una de las prácticas más antiguas y aceptadas del derecho societario consiste en aplicar la deferencia judicial que viene con la regla de la discrecionalidad en el contexto de las políticas de repartición de utilidades de una compañía'. DM Israel *The Business Judgment Rule and the Declaration of Corporate Dividends: A Reappraisal* (1975) 4 Hofstra L Rev 1, 73.

8 FH O'Neal (1987) 125. Para un análisis acerca de las razones que justifican esta renuencia judicial, cfr. a DK Moll (2003) 842-843.

social. Cuando la compañía determina retener las utilidades del ejercicio, las sumas que no se repartieron fortalecen el patrimonio de la sociedad.<sup>9</sup> Los accionistas pueden hacer efectivo este mayor valor mediante la simple venta de sus acciones en una bolsa de valores.<sup>10</sup> Esta circunstancia, sumada al amplio margen de discreción que los jueces les dan a los administradores sociales y a la disciplina de mercado que impone la posible depresión en el precio de las acciones, suele dejar la política de dividendos de una sociedad abierta a salvo de cualquier escrutinio judicial.<sup>11</sup>

En las sociedades cerradas, ante la carencia de un mercado líquido para negociar acciones, la retención de utilidades puede ser bastante más problemática.<sup>12</sup> En esta clase de compañías, los asociados usualmente ocupan cargos en la administración o le prestan servicios de alguna otra naturaleza a la sociedad. La remuneración derivada de estas actividades les permite a los accionistas recibir una porción de las sumas dinerarias generadas por la empresa social, sin que sea necesario decretar dividendos.<sup>13</sup> Si un accionista minoritario no cuenta con un cargo remunerado en la compañía, la repartición de utilidades se convierte en el único mecanismo disponible para que ese asociado reciba un retorno sobre la inversión que efectuó en la sociedad.<sup>14</sup> Por ello, la retención reiterada de utilidades puede privar al minoritario, de manera permanente, de la plusvalía generada en desarrollo de los negocios sociales. De ahí que esta práctica sea de frecuente uso cuando un accionista

9 'La práctica consistente en reinvertir las utilidades suele aumentar de modo correlativo el valor de las acciones, debido al fortalecimiento patrimonial de la sociedad y a su mayor valor en libros'. FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario en los Estados Unidos y la Unión Europea* (4ª Ed, Editorial Legis, 2013b) 287.

10 'Para los asociados minoritarios de una sociedad abierta suele ser indiferente si la junta directiva decide repartir o retener las utilidades generadas durante el ejercicio [...]. Si se decreta un dividendo de un dólar por acción, el patrimonio de los accionistas minoritarios se ve aumentado en ese valor. Si, en cambio, la compañía decide no repartir utilidades, el valor patrimonial de la sociedad —y, por consiguiente el patrimonio de los minoritarios— se incrementa a razón de un dólar por acción. En este caso, basta con que los minoritarios vendan sus acciones en el mercado para que puedan realizar el mayor valor obtenido por la reinversión de las utilidades sociales'. DK Moll (2003) 859.

11 HG Manne, *Our Two Corporation Systems: Law and Economics* (1967) 53 VIRG L REV 2, 280.

12 En la jurisprudencia norteamericana existen numerosos antecedentes en los que se debate el problema de la retención de utilidades en sociedades cerradas. Según anota Reyes Villamizar, 'el célebre caso Dodge vs. Ford Motor Co. (1919) es quizás el más significativo antecedente judicial en el que los accionistas minoritarios de una sociedad cerrada tuvieron éxito en exigir judicialmente el pago de dividendos' (FH Reyes Villamizar (2013b) 288). Cfr. también las sentencias emitidas en los casos de Litle v. Waters, 1992 WL 25758 at \*8 (Del. Ch., Feb. 11, 1992) y de Sugarman v. Sugarman 797 F.2d 3 (1986).

13 En la doctrina especializada se considera que estas sumas corresponden a dividendos de facto a favor de los asociados. DK Moll (2003) 877-880.

14 FH O'Neal (1987) 125.

mayoritario pretende forzar una compra, a descuento, de las acciones de los minoritarios.<sup>15</sup> Esta estrategia de opresión, conocida en la doctrina especializada como la exclusión inducida (*squeeze-out o freeze-out*), ‘se manifiesta en una serie de actuaciones, tales como la negativa a repartir dividendos, la asignación de remuneraciones excesivas a favor de los accionistas mayoritarios que forman parte de la administración, la celebración de contratos con partes vinculadas, el favorecimiento de parientes de aquellos que controlan a la sociedad, el monopolio de los cargos de gestión, etcétera’.<sup>16</sup> En estos casos de abuso, existe consenso en torno a la necesidad de que las decisiones de no decretar dividendos sean examinadas por un juez.<sup>17</sup>

No debe perderse de vista, sin embargo, que la decisión de retener utilidades puede obedecer al loable propósito de fortalecer la empresa social. Cuando ello ocurra—es decir, si la retención de utilidades atiende a un propósito legítimo de negocios y no a la intención de perjudicar a un accionista minoritario o de perseguir alguna otra finalidad extralegal—no parecería existir una verdadera justificación jurídica para que los jueces intervengan en los asuntos internos de la compañía.<sup>18</sup>

Los problemas asociados a la retención de utilidades no han pasado inadvertidos en nuestro sistema legal.<sup>19</sup> En la década anterior a la promulgación del Código de Comercio, las mediciones empíricas de esta Superintendencia daban cuenta de los exiguos porcentajes de repartición de utilidades en compañías del tipo de las anónimas.<sup>20</sup> Para la época, las normas societarias que regulaban la materia dejaban al arbitrio exclusivo de los asociados la

15 HG Manne (1967) 281.

16 FH Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada (2013a, 3ª Ed., Editorial Legis) 143.

17 HG Manne (1967) 281.

18 Gabelli & Co., Inc. v. Liggett Group, Inc., 479 A.2d 276, 280 (Del. 1984). En la doctrina estadounidense también se ha propuesto la posibilidad de que los jueces examinen la política de dividendos de una compañía aunque no medie una verdadera intención de oprimir a los accionistas minoritarios. Cfr. a DK Moll (2003).

19 Según lo expresado por esta Superintendencia hace más de cuarenta años, ‘[la retención injustificada de utilidades] desestimula a los pequeños accionistas, quienes al no recibir ningún rendimiento en sus aportaciones, se ven forzados a vender sus acciones en circunstancias desventajosas frente a los demás socios [...]. La distribución de los beneficios netos [...] es una legítima expectativa de los accionistas fundada en el acto constitutivo que la asamblea no puede impunemente vulnerar’. Superintendencia de Sociedades, Resolución No. 0377 del 12 de mayo de 1972, citada por LA Gómez Araujo y NH Martínez Neira, Derecho Societario Colombiano (Librería Fuente Jurídica, 1979) 209.

20 En criterio de Pinzón, ‘sí, conforme a los datos que ha recogido la Superintendencia de Sociedades Anónimas, en el país no se reparte más del cuarenta por ciento de las utilidades obtenidas por esta clase de sociedades, pues que el sesenta por ciento se destina a reservas o se oculta a los accionistas, es urgente invertir, por lo menos, estos porcentajes [...] al retener u ocultar al accionista las utilidades sociales, se lesiona directamente el más importante de sus derechos patrimoniales, el que sirve nada

definición de los montos que habrían de repartirse a manera de dividendos.<sup>21</sup> En ejercicio de esta potestad discrecional, era usual que se repartiera menos del 50% de las utilidades generadas durante un ejercicio social.<sup>22</sup> Según el criterio de la Superintendencia, ‘la política de distribución de utilidades en las sociedades anónimas ha evolucionado [...] en el sentido de mantener una parte cada vez mayor en reservas [...]. Esta tendencia puede resultar desalentadora para los inversionistas menores que generalmente aspiran a una rentabilidad máxima de sus capitales [...]’.<sup>23</sup>

La situación descrita en el párrafo anterior provocó una importante respuesta legislativa.<sup>24</sup> Entre las reglas societarias introducidas en el Libro Segundo del Código de Comercio de 1971, se incluyeron porcentajes mínimos de utilidades que debían repartirse forzosamente entre los asociados, así como una obligación, posteriormente derogada, de justificar ante la Superintendencia de Sociedades la creación de reservas ocasionales.<sup>25</sup> En el artículo 155 del Estatuto Mercantil se dispuso que ‘las sociedades repartirán, a título de dividendo o participación, no menos del cincuenta por ciento de las utilidades

menos de causa o móvil de la asociación comercial’. J Gabino Pinzón, Prólogo a ‘Los Dividendos en las Sociedades Anónimas’ (Ed. Kelly, 1967) 10.

21 ‘En la legislación anterior, el régimen respectivo era de completa libertad, y los socios, especialmente los grupos mayoritarios, podían llegar hasta el extremo de no distribuir ninguna utilidad, y destinarla toda a la formación de reservas. Esa situación no era justa, no era correcta, porque atentaba contra los derechos especialmente de los grupos minoritarios de socios o accionistas, y se presentaban en ese sentido casos de una mala fe muy ostensible, en los cuales los grupos mayoritarios de accionistas, deliberadamente, forzaban una decisión de la Asamblea o Junta en el sentido de no decretar utilidades, perjudicando de esa manera y en forma muy grave a los grupos minoritarios de accionistas o socios en general’. (S Finkielsztejn y otros, Comentarios al Código de Comercio (1980, 2ª Ed., Vol. I, Gama Impresores Ltda.) 130-131).

22 Según Ospina, entre los años 1959 y 1963, ‘sólo se ha reconocido a los accionistas el exiguo porcentaje de 41.62% sobre las utilidades líquidas obtenidas por las sociedades anónimas más representativas en nuestro país’. A Ospina Salamanca, Los Dividendos en las Sociedades Anónimas (1967, Editorial Kelly) 104.

23 Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas (1964) No. 36, 26.

24 Para Gaviria Gutiérrez, ‘[...] la realidad de los negocios ofrece además otros casos en los que, no por dificultades objetivas de financiación, sino por una conducta claramente dolosa, los socios mayoritarios imponen a las minorías la supresión arbitraria del pago de utilidades, con el ánimo preconcebido de colocarlos en una personal situación económica muy difícil y forzarlos, en seguida, a vender sus derechos sociales a precios muy bajos y ostensiblemente inequitativos. Para eliminar en lo posible estas anomalías y proteger el derecho esencial de todo socio a la percepción de utilidades, el Código de Comercio ha establecido un sistema de repartición obligatoria de al menos una parte de las utilidades [...]’. E Gaviria Gutiérrez, Las Sociedades en el Nuevo Código de Comercio (1977, Editorial Temis) 180.

25 ‘De manera, pues, que [...] se ha puesto fin a la corruptela de las reservas a disposición de la junta directiva y otras de finalidades igualmente indeterminadas, con las cuales se lesionaba el derecho de los socios a disponer ellos mismos de las utilidades [...]’. JG Pinzón, Sociedades Comerciales (1977, Editorial Temis) 112.

líquidas obtenidas en cada ejercicio'.<sup>26</sup> Este porcentaje mínimo de repartición obligatoria sólo podía modificarse mediante la aprobación de asociados titulares del 70% del capital representado en la respectiva reunión del máximo órgano social. Esa mayoría calificada se aumentó con la expedición de la Ley 222 de 1995 al 78% de las acciones o cuotas presentes. En el artículo 454 del Código de Comercio se incluyó, además, una regla especial para aquellos casos en los que la suma de las reservas en una sociedad anónima exceda el monto del capital suscrito. En estos casos, el porcentaje mínimo de repartición se eleva al 70% de las utilidades líquidas generadas por la compañía.

El mencionado sistema de repartición obligatoria busca asegurar, mediante un mecanismo de protección con efectos *ex ante*, que los asociados minoritarios tengan acceso a las utilidades producidas por una compañía en el transcurso de un ejercicio social.<sup>27</sup> Así, en lugar de afrontar la incertidumbre de controvertir la política de distribución de dividendos ante un juez, los asociados minoritarios tienen la certeza de que, con el simple ejercicio de sus derechos de voto, pueden acceder a un porcentaje de las utilidades generadas por la sociedad. Es claro, además, que este sistema de repartición obligatoria puede coexistir con la revisión judicial *ex post* de las decisiones adoptadas por el máximo órgano social en cuanto al destino que habrá de dársele a las utilidades repartibles.<sup>28</sup> En efecto, cuando un asociado detenta más del 78% de las acciones en circulación de una sociedad, tal sujeto podrá, por virtud de su mayoría accionaria, determinar que no se decreten dividendos. Esta decisión podría examinarse a la luz de las reglas que regulan el ejercicio abusivo del derecho de voto, según se explica más adelante.<sup>29</sup> También podría

26 'En aras de proteger el interés de los asociados minoritarios, cuyo interés primordial en la asociación mercantil usualmente se circunscribe al disfrute de las utilidades sociales, la legislación en vigor ha previsto mecanismos de protección tendientes a procurar un reparto mínimo de utilidades'. FH Reyes Villamizar, Derecho Societario (2006, 2ª Ed., Tomo I, Editorial Temis) 487.

27 Para una explicación acerca de la diferencia entre los mecanismos de protección con efectos *ex ante* y *ex post*, puede verse la Sentencia No. 801-55 del 16 de octubre de 2013.

28 'Para que se distribuya un porcentaje menor de las utilidades líquidas de cada ejercicio [...] se requiere una mayoría especial señalada por la ley 222 de 1995 [...]. Pero esto no puede significar, en la más pura interpretación exegética, que cuando se concreta esta mayoría, la asamblea puede incrementar o crear reservas que retengan utilidades de manera injustificada [...]. No puede ser este un recurso al que se apele para retener utilidades injustamente, mucho más si de lo que se trata es de asfixiar a los socios minoritarios para recomprar sus acciones a menor precio, como se acostumbra, lo que determina un típico abuso del derecho [...]'. NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (AbeledoPerrot, 2010) 420.

29 En Francia, las cortes 'exigen que los accionistas demandantes acrediten que la retención de utilidades no va en línea con el interés social, sino que, por el contrario, busca favorecer a los asociados mayoritarios en detrimento de las minorías'. P Merle, Sociétés Commerciales (2013, 16ª Ed., Dalloz) 686.

pensarse en analizar, bajo ese mismo rasero, la decisión de retener las sumas que excedan el porcentaje mínimo de repartición a que aluden los artículos 155 y 454 del Código de Comercio.

Ahora bien, para el caso de las sociedades por acciones simplificadas se ha previsto un régimen de repartición de utilidades que guarda alguna similitud con las reglas anteriores al Código de Comercio de 1971. Según las voces del artículo 38 de la Ley 1258 de 2008, 'las prohibiciones contenidas en los artículos 155 [...] y 454 del Código de Comercio no se les aplicarán a las sociedades por acciones simplificadas, a menos que en los estatutos se disponga lo contrario'. Es decir que, bajo el régimen de la SAS, al no existir un porcentaje mínimo de utilidades que deba repartirse, los asociados cuentan con absoluta discreción para fijar las políticas de dividendos que consideren más ajustadas a la gestión de los negocios sociales. Al mismo tiempo, para evitar la retención injustificada de utilidades, se han previsto importantes mecanismos de fiscalización judicial, tales como el contemplado en el artículo 43 de la Ley 1258 en materia de abuso de mayoría. Con estas modificaciones, el régimen previsto para la SAS busca promover un equilibrio entre la discreción con la que deben contar los empresarios para conducir sus negocios y la protección que merecen los asociados minoritarios de una compañía cerrada.

Así las cosas, en vista de que los hechos debatidos en el presente proceso transcurrieron en una sociedad por acciones simplificada, el Despacho deberá determinar si la conducta de los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. puede calificarse como abusiva, en los términos de artículo 43 de la Ley 1258 de 2008.

## 2. Análisis de los presupuestos requeridos para que se configure una retención abusiva de utilidades

Como se ha manifestado en numerosas providencias, este Despacho no suele entrometerse en la gestión de los asuntos internos de una compañía, a menos que se acrediten actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés.<sup>30</sup> Cuando se aporten pruebas que apunten al posible ejercicio irregular del derecho de voto, como ocurre en el presente caso, el Despacho anali-

30 Cfr. Sentencias No. 801-72 del 11 de diciembre de 2013 y No. 801-59 del 4 de diciembre de 2013. En sentido análogo puede consultarse la sentencia emitida por la Corte de Cancillería de Delaware en el caso de Eshleman v. Keenan 194 A. 40, 43 (Del.Ch. 1937).

zará con detenimiento las actuaciones de los accionistas, a fin de establecer si se produjo una actuación censurable.<sup>31</sup> Ello se debe a que, según se expresó en los casos de Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A.<sup>32</sup> y Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S,<sup>33</sup> ‘el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista mayoritario se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados’.<sup>34</sup>

Al resolver los casos mencionados, el Despacho también hizo referencia a los presupuestos que deben acreditarse para controvertir actuaciones potencialmente abusivas. Un demandante que invoque la utilización irregular del derecho de voto debe probar que el ejercicio de esa prerrogativa le causó perjuicios a la compañía o a alguno de los accionistas o que sirvió para obtener una ventaja injustificada. También es indispensable que el derecho de voto haya sido ejercido con el propósito de generar esos efectos ilegítimos. Con base en estos criterios, el Despacho examinará ahora la política de retención

31 No sobra advertir que el análisis requerido para establecer si se empleó indebidamente el derecho de voto comporta un estudio del trasfondo real de las relaciones entre los sujetos involucrados en el presente proceso (cfr. Sentencias No. 800-20 del 27 de febrero de 2014 y No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013).

32 Cfr. Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014 ([...] la capitalización controvertida en este proceso estuvo dirigida, principalmente, a despojar a CAHC de su mayoría accionaria en CAH Colombia S.A., en un aparente intento por evitar que la compañía china le vendiera su bloque mayoritario a un tercero diferente del señor Pinzón. [...] el Despacho encontró, en las pruebas aportadas por las partes, suficientes indicios para cuestionar la rectitud de ánimo del señor Pinzón al aprobar las operaciones objeto de este proceso. En verdad, es claro para este Despacho que el patrón de conducta analizado—la aprobación de una emisión primaria sin sujeción al derecho de preferencia, en una reunión por derecho propio, con los accionistas minoritarios como únicos destinatarios de la correspondiente oferta de suscripción, en medio de un conflicto intrasocietario respecto del control de CAH Colombia S.A.—no encuentra justificación en las necesidades de liquidez invocadas por la sociedad demandada, particularmente en vista de las diferentes propuestas de financiación discutidas entre el señor Pinzón y CAHC a finales del año 2011’).

33 Cfr. Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013 (‘en síntesis, la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. se consumó de manera intempestiva y en el curso de un conflicto intrasocietario, poco tiempo después de que Edwin Gil Tobón hiciera efectivo el mecanismo de información descrito en el acápite precedente, con el efecto de que Serviucis S.A. fue reemplazado por un director vinculado al bloque de accionistas mayoritarios liderado por Mauricio Vélez Cadavid. Se trata, a todas luces, de un patrón de conducta que denota una intención premeditada de perjudicar a Serviucis S.A. y, correlativamente, procurar que el bloque mayoritario pudiera ejercer un control irrestricto sobre la operación de NCSC S.A.S. Debe concluirse, pues, que el bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid ejerció el derecho de voto de una manera que desborda el límite de lo permisible bajo el ordenamiento jurídico colombiano’).

34 Para un estudio comparado de las acciones judiciales disponibles en hipótesis de abuso del derecho de voto, cfr. a RB Thompson, Allocating the Roles for Contracts and Judges in the Closely Held Firm (2010) Georgetown Business, Economics and Regulatory Law Research Paper No. 2; PH Conac, L Enriques y M Gelter, Constraining Dominant Shareholders’ Self-dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy (2007) ECGI Working Paper No. 88, 13 y FH Reyes Villamizar (2013b) 177.

de utilidades fijada por los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S.

### A. Los efectos de las decisiones controvertidas

Según la información disponible en el expediente, los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. han decidido retener la totalidad de las utilidades generadas desde la constitución de la compañía. Por una parte, durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada el 29 de marzo de 2012 se determinó, en efecto, ‘no distribuir las utilidades del ejercicio correspondiente al año 2011’ (vid. Folio 25). Esa decisión fue aprobada por Jeny Marcela y Juan Carlos Cardona, titulares del 75% de las acciones en circulación de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. De otra parte, durante la reunión ordinaria del 18 de marzo de 2013, se determinó, mediante el voto positivo de los accionistas mayoritarios, que la sociedad no decretaría dividendos. En esa oportunidad, la demandante votó en contra de la propuesta de no repartir utilidades, puesto que, en sus palabras, ‘es una acción ilegal que se [me] prive de la participación de dividendos [...] y este es el segundo año consecutivo donde se toma tal decisión’ (vid. Folio 30). Por lo demás, el Despacho no encontró indicios de que se haya aprobado una distribución de las utilidades generadas durante el ejercicio que terminó el 31 de diciembre de 2013.

Por virtud de lo expresado en el párrafo anterior, parece suficientemente claro que CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. no ha repartido las utilidades generadas entre los años 2011 y 2013. Es preciso anotar que, según el dictamen preparado por el perito designado por el Despacho, la compañía generó utilidades repartibles de \$2.567.419.004 durante los años 2011 y 2012 (vid. Folio 1045). La información consultada por el Despacho también permite concluir que CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. no le paga una remuneración a la señora Sánchez a título de salario, ni por ningún otro concepto. Así, a pesar de que CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. ha generado cuantiosas utilidades en el desarrollo de sus negocios sociales, la demandante no ha recibido aún un retorno por su inversión en el capital de la compañía.

Es claro, pues, que las decisiones controvertidas en este proceso le han generado un perjuicio a la demandante. Ciertamente, la retención reiterada de las

utilidades de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., ha hecho imposible que la señora Sánchez materialice el ánimo de lucro subjetivo que la llevó a participar en la constitución de la compañía. Según lo expresado por la propia demandante, ‘yo no hice una sociedad para no recibir dinero [...] Yo quería recibir dinero y necesitábamos dinero. Yo tengo dos hijos, yo tengo que asegurar muchas cosas, pues por eso busque una persona que tuviera capital, para que me pudiera asociar y producir dinero. Pues si yo no voy a recibir dinero pues no lo hubiera hecho’.<sup>35</sup> El perjuicio sufrido por la demandante es suficiente para que el Despacho considere acreditado el primero de los presupuestos requeridos para que se configure el abuso del derecho de voto.<sup>36</sup>

Debe advertirse, por lo demás, que uno de los apoderados de los demandados considera que la señora Sánchez no ha sufrido perjuicio alguno, por cuanto su patrimonio personal se ha aumentado por virtud del fortalecimiento de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Según aparece en la contestación, ‘el patrimonio de la demandante se ha valorizado en 2.100%, o sea que su aporte al valor nominal se ha multiplicado 22 veces [...]’ (vid. Folio 159). Sin embargo, el Despacho considera que esa circunstancia no compensa el perjuicio descrito en el párrafo anterior. Por razones que ya fueron explicadas, la demandante, en calidad de accionista minoritaria de una sociedad cerrada de pequeñas dimensiones, difícilmente podrá realizar ese mayor valor patrimonial a que alude el referido apoderado.<sup>37</sup> Es preciso señalar, en todo caso, que la demandante sí intentó vender sus acciones en CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. (vid. Folio 1073). No obstante, el único sujeto dispuesto a comprar la participación de la señora Sánchez parece haber desistido de celebrar ese negocio jurídico, por la intervención del señor Wiedemann. De conformidad con lo expresado durante el interrogatorio de la demandante, ‘yo agoté todo el procedimiento que indica la norma para la venta de las acciones; primero las ofrecí a los socios de la empresa. Ellos se tardaron en responder, respondieron negativamente, no estaban interesados. Luego lo puse en oferta a terceros. Cuando había un tercero interesado [...] no pude finiqui-

35 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente (31:56 a 34:13)

36 No está de más resaltar que la demandante podría estar sufriendo perjuicios económicos adicionales. Con todo, en vista de que la demandante no aportó los análisis financieros requeridos para probar otros perjuicios, el Despacho considera innecesario formular consideraciones adicionales en este sentido.

37 Pocas personas estarían dispuestas a comprar una participación minoritaria en una sociedad cerrada como CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. sin antes poder negociar algún mecanismo de protección—o a lo menos reglas de gestión administrativa—con el accionista mayoritario.

tar el negocio debido a una conversación que se tuvo con John Wiedemann y que él iba a desconocer completamente a esta persona, a Wilson Franco quien era quien estaba interesado en las acciones. [...] por una conversación que se tuvo con John Wiedemann donde él iba a desconocer completamente al nuevo propietario de esas acciones, simplemente quedó todo como en standby. Yo no quería más inconvenientes con otro socio, vender algo que no le iban a reconocer entonces simplemente todo se paró ahí. No alcancé a finiquitar la venta, no recibí dinero por las acciones’.<sup>38</sup>

## B. Los móviles que llevaron a la retención de utilidades en CIA del Infractor de Tránsito S.A.S.

Como lo ha dicho el Despacho en otras oportunidades, los efectos perjudiciales de una decisión asamblearia no son suficientes, por sí solos, para que pueda predicarse el abuso de mayoría. Para ello se debe acreditar que el derecho de voto fue ejercicio con el propósito de provocar un perjuicio o de obtener una ventaja injustificada. De ahí que deba examinarse ahora si el patrón de conducta debatido en el presente proceso permite inferir la existencia de un ánimo premeditado de perjudicar a la demandante o de procurar una prerrogativa ilegítima para los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S.

### (i) La existencia d onflicto intrasocietario

El punto de partida del presente análisis debe ser, necesariamente, el conflicto suscitado entre los asociados de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Cuando se presentan fuertes controversias entre los accionistas de una compañía, este Despacho suele examinar, con especial atención, las actuaciones acontecidas en las reuniones de la asamblea general.<sup>39</sup> Ello se debe a que la existencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de determinaciones que perjudiquen a uno o varios asociados.<sup>40</sup>

38 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente (28:02).

39 En el caso de Martín Morelli contra Santana Fruits S.A.S se señaló que ‘la verificación de un marcado conflicto entre [los asociados] podría usarse como un criterio analítico para estudiar el carácter potencialmente abusivo de las decisiones asamblearias objeto de este proceso’ (Auto No. 801-12735 del 18 de junio de 2013). Cfr. también la Sentencia No. 800-54 del 4 de octubre de 2013.

40 Puede mencionarse lo expresado en la Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013 cuya parte pertinente se transcribe a continuación: ‘Ante el deterioro de las relaciones entre los asociados, los denominados problemas de agencia entre mayoritarios y minoritarios suelen volverse más severos.

En el presente caso, el Despacho ha detectado un acentuado conflicto entre la señora Sánchez y los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Las diferencias suscitadas entre tales sujetos están relacionadas con el incumplimiento de un pacto de exclusividad que parece existir entre las partes. Como ya se explicó, CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. tiene por objeto la administración de cursos suplementarios de conducción para infractores de tránsito. Según los testimonios rendidos ante este Despacho, la demandante y el señor Wiedemann habían acordado que CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. tendría el derecho exclusivo a prestar los referidos servicios en un área geográfica determinada, en desarrollo de las licencias obtenidas por la señora Sánchez.<sup>41</sup> Sin embargo, la demandante puso en marcha nuevos centros integrales de atención que, al parecer, prestan sus servicios en la misma zona en la que opera CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Estos actos de competencia, sumados al quebrantamiento de las relaciones personales entre la demandante y el señor Wiedemann, provocaron el conflicto que le dio lugar al presente proceso.

En las pruebas aportadas por las partes puede apreciarse, con bastante claridad, el surgimiento de las diferencias a que se ha hecho alusión. Por ejemplo, en noviembre de 2011, durante una reunión de la junta directiva, Jeny Marcela y Juan Carlos Cardona expresaron su molestia por la participación de Isabel Cristina Sánchez en la creación del Centro Integral de Tránsito CE-NINTRA, un establecimiento de comercio que había empezado a competir con CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Según aparece registrado en el acta No. 3, 'el presidente argumenta su preocupación por la situación que se presenta con la socia Isabel Cristina Sánchez, quien además es miembro principal de la junta directiva [...]; la inquietud obedece al vínculo de la socia en otra empresa que se configura como competencia directa de la empresa [...] en detrimento de los intereses de CIA del Infractor, que se ha tangibilizado con la reducción de las ventas y la pérdida de la participación de mercado' (vid Folio 649). En esa misma reunión, se discutió la posibilidad de decretar

Ciertamente, un distanciamiento de esa naturaleza puede reforzar la contraposición entre los intereses económicos de los accionistas y, además, deteriorar los vínculos recíprocos de confianza que podían haber existido entre el controlante y la minoría. En otras palabras, el surgimiento de una disputa intrasocietaria suele incrementar, de manera considerable, los incentivos que tienen los accionistas [...] para aprobar decisiones que los favorezcan exclusivamente [...]. Al mismo tiempo, el quebrantamiento de las relaciones entre los asociados hace que desaparezcan los reparos personales que podrían haber tenido [tales sujetos] para adoptar decisiones con la oprobiosa finalidad mencionada'. En sentido análogo, puede consultarse la Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014.

41 Cfr. correo electrónico enviado por Isabel Cristina Sánchez el 8 de febrero de 2011 (vid. Folio 172).

bonificaciones a favor de los empleados de la compañía 'ante la incertidumbre de continuar con el negocio por la presencia de competidores' (id.).

También es relevante poner de presente las deliberaciones que tuvieron lugar durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. celebrada el 29 de marzo de 2012. En esa oportunidad, el apoderado del accionista Juan Carlos Cardona manifestó 'su inconformidad y malestar con las actuaciones de la accionista Isabel Cristina Sánchez, quien no obstante haber concedido una exclusividad a la sociedad, ha suscrito otros convenios de Casa Cárcel con otras empresas que son competencia directa de la CIA del Infractor de Tránsito, situación que ha generado afectación y el detrimento de los intereses de la sociedad y por ende a los demás accionistas en una suma superior a \$1.000.000.000 [...] (vid. Folio 675). En esa misma reunión se dijo que los actos de competencia de la señora Sánchez habían tenido un efecto adverso sobre los resultados financieros de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. (vid. Folio 671).

Para el momento en que se celebró la reunión ordinaria del año 2013, las relaciones entre los accionistas de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. se encontraban visiblemente deterioradas. En esa sesión, las propuestas sometidas a consideración de los accionistas fueron aprobadas con el voto positivo de los representantes del bloque mayoritario, titulares del 75% de las acciones emitidas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., al paso que la señora Sánchez se opuso consistentemente a la adopción de las determinaciones estudiadas por la asamblea (vid. Folios 660 a 665). Los accionistas presentes en esa reunión ni siquiera pudieron ponerse de acuerdo en cuanto al procedimiento para la elaboración del acta o la posibilidad de grabar las deliberaciones (vid. Folios 660 y 661).<sup>42</sup>

42 Los testimonios practicados por el Despacho también dan cuenta de la magnitud del conflicto intrasocietario que se presentó en CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Según el señor Sergio Soto, por ejemplo, 'había unas diferencias tan grandes entre John e Isabel Cristina. Es más, había situaciones de humillación y maltrato de parte de John a Isabel Cristina que simplemente limitaron la posibilidad de hacer otros negocios' (Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente (2:56:32 a 2:58:37). Debe advertirse que los demandados presentaron una tacha en contra del señor Soto Sin embargo, tras intervenir en la práctica del testimonio bajo sospecha, el Despacho considera que el testigo tachado expuso sus opiniones objetivamente, en consonancia con su apreciación real de los hechos objeto del proceso. De ahí que deba rechazarse la tacha formulada por los demandados. Además, en criterio del señor Cardona, 'ella le dio una licencia a otra persona [...] no fue leal a la originalidad de la sociedad de nosotros' Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente (55:30 a 57:08).

Así, pues, para la época en que se aprobaron las decisiones controvertidas en este proceso, existían diferencias visibles entre la demandante y los demandados, derivadas de la aparente violación del pacto de exclusividad que existía entre la señora Sánchez y el señor Wiedemann. El Despacho considera que estas diferencias constituyen un primer indicio de que las decisiones asamblearias examinadas pudieron haber estado encaminadas a perjudicar a la demandante.

*(ii) Análisis del proyecto de expansión de las operaciones de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S*

La simple existencia de un conflicto intrasocietario no es suficiente para concluir, sin más, que las determinaciones controvertidas en este proceso fueron abusivas. Por este motivo, es necesario examinar el patrón de conducta exhibido por los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., a fin de establecer si se ha presentado un ejercicio irregular del derecho de voto. En particular, el Despacho se ocupará en analizar la justificación ofrecida por los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. para no repartir las utilidades generadas por la compañía.

Tanto en la reunión ordinaria del año 2012, como en la correspondiente al 2013, los asociados mayoritarios mencionaron la existencia de ‘diferentes proyectos de crecimiento, expansión, planes de inversión y [...] de nuevos negocios’ (vid. Folios 664 y 673). En la reunión ordinaria que tuvo lugar el 18 de marzo de 2013, la señora Cardona, representante legal y accionista mayoritaria de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., dijo también que las utilidades sólo se repartirían cuando la junta directiva ‘defina los montos que se asignarán para estos planes’ (vid. Folios 664).

La justificación esgrimida para retener las utilidades de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. fue reiterada durante el curso del presente proceso. De conformidad con lo expresado por el señor Cardona, ‘tengo entendido que se están haciendo unos estudios. Cuando se hagan esos estudios ya se puede convocar una asamblea y empezar a hablar sobre los proyectos que se van a ejecutar.’<sup>43</sup> Por su parte, la señora Cardona manifestó que ‘nosotros no

<sup>43</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente (54:17 a 54:48). Adicionalmente, en palabras del señor Wiedemann, ‘lo que se ha buscado es desarrollar la empresa a largo plazo, buscar nuevos espacios comerciales y ha sido como el punto que se ha tenido como básico para poder asumir los riesgos de mercado y las condiciones pues difíciles y competitivas

queremos despilfarrar nuestros ingresos y ante todo queremos darle consolidación a la empresa. Hoy en día le puedo mostrar unos avances que hemos hecho, es un macro proyecto donde estamos en la fase de diagnóstico, ya vamos a empezar la fase de mercadeo’.<sup>44</sup> La existencia de los proyectos indicados también le sirvió al apoderado de los demandados para estructurar su defensa. Por ejemplo, en la contestación de la demanda se afirmó que, ‘el no reparto de utilidades [...] tiene como objeto directo la realización de inversiones para el cumplimiento del objeto social’ (vid. Folio 158).

Como se explicó en la sección anterior, es perfectamente legítimo que los asociados decidan retener las utilidades generadas por la compañía con el fin de fortalecer la empresa social. En el presente caso, sin embargo, el Despacho no encontró pruebas acerca de la existencia de un verdadero proyecto de expansión de los negocios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Debe recordarse, en este sentido, que los accionistas mayoritarios han alegado que la sociedad está incurso en diversos emprendimientos de esa naturaleza desde marzo de 2012.<sup>45</sup> Con todo, según las actas consultadas por el Despacho, en ninguna de las reuniones de los órganos sociales de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. se han discutido los detalles específicos de los referidos proyectos.<sup>46</sup>

Adicionalmente, durante el interrogatorio practicado por el Despacho en diciembre de 2013, la señora Cardona expresó que la administración social ni siquiera había terminado de diseñar los planes de expansión de la compañía. En sus palabras, ‘estamos mirando toda la parte de mercadeo para no, digamos, poner en riesgo la inversión y siempre se ha estado trabajando en esa parte. [...] lo que hemos querido [...] es ser muy correctos en las propuestas que le queramos hacer en la junta directiva y poder tomar decisiones muy precisas sin llegar a apresurarnos y cometer errores. Realmente no es tanto el hecho de decir que no hemos querido presentar sino que aún parte de la fase

que hay’. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2013, folio 439 del expediente (20:20 a 21:17)

<sup>44</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2013, folio 439 del expediente (34:46 a 49:37).

<sup>45</sup> Conforme a lo manifestado por el señor Sergio Soto, antiguo representante legal de la compañía, ‘el argumento que se utilizó en ese momento [para no repartir utilidades] era para la inversión en otros proyectos [...]. Nunca conocí cuáles eran esos otros nuevos proyectos (Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente (1:33:10 a 1:33:34).

<sup>46</sup> Según lo expresado por la señora Cardona en diciembre de 2013 ‘no se ha hecho junta directiva hasta el momento para proyectos de expansión’ (Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2013, folio 439 del expediente (1:07:00).

del proyecto no la hemos terminado para poderla presentar completamente [...] La realidad es que he estado en espera de terminar, digamos, uno de los temas que más nos llama la atención y es definir en qué vamos a invertir las utilidades de la empresa en estos dos años y medio de ejecución que tiene [...]’.<sup>47</sup>

El único documento que da cuenta de la posible existencia de un plan de expansión fue aportado por la señora Cardona durante su interrogatorio. Aunque este documento contiene una explicación acerca del funcionamiento de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. y sus competidores, el Despacho no encontró información detallada acerca de la proyectada expansión de la compañía, sino solamente afirmaciones difusas como la que se transcribe a continuación: ‘Se pretende con este proyecto profundizar el portafolio de servicios de la CIA, debido a la situación actual que tiene de no poder expandirse, hecho que la hace muy vulnerable y propensa a desaparecer por la competencia con que se cuenta en la ciudad de Medellín [...] el objetivo es mejorar los niveles de ingresos y obtener mayor reconocimiento como empresa [...] y así lograr una expansión a nivel nacional (vid. Folios 283 a 285).<sup>48</sup> A pesar de que el documento estudiado alude a posibles iniciativas, no se presenta allí una proyección financiera del retorno esperado por el desarrollo del proyecto ni un cálculo de los costos estimados del plan de expansión de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S.

En síntesis, no fue posible corroborar la existencia de proyectos lo suficientemente decantados como para justificar la retención continuada de las utilidades generadas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. El Despacho no encontró siquiera las proyecciones que permitirían establecer la viabilidad financiera de un potencial proyecto de expansión, ni calcular el retorno mínimo, ajustado por riesgo, que debería exigirse para realizar emprendimientos

47 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2013, folio 439 del expediente (52:27 a 1:07:00). En idéntico sentido puede consultarse el testimonio del señor Wiedemann. ‘Ella está haciendo unos estudios y ha adelantado un estudio para ver qué es lo más adecuado puesto que ha identificado en los estudios que ha hecho que la sociedad tiene que cambiar su estrategia para poder seguir funcionando (Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2013, folio 439 del expediente (46:48).

48 En otro aparte del texto entregado por la señora Cardona puede leerse la siguiente afirmación: ‘Se debe implementar un ambicioso plan de expansión y de mercadeo. En el sector hay presencia muy fuerte de la competencia y con una sola sede no es posible tener un crecimiento asertivo para el beneficio de la compañía impidiendo su crecimiento empresarial’ (vid. Folio 898).

en sociedades que tengan el mismo modelo de negocios que CIA del Infractor de Tránsito S.A.S.

Por el contrario, el Despacho encontró pruebas de que una porción de los excedentes de liquidez de la compañía fue usada para especular en el mercado público de valores.<sup>49</sup> En la Nota No. 4 a los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2012 aparece que CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. hizo ‘inversiones de carácter temporal [...] por intermedio de comisionistas de bolsa en transacciones de la Bolsa de Valores de Colombia en acciones de diferentes sociedades’ (vid. Folio 976). Entre las inversiones reportadas en los libros contables de la compañía se encuentran ‘derechos de recompra de inversión Repos’ por una suma de \$252.668.600. Estas inversiones formaban parte de una estrategia de especulación con operaciones de recompra de acciones en el mercado bursátil. Según el testimonio del señor Soto, ‘las primeras inversiones en operaciones Repo fueron por montos importantes [...] por 400 millones, por 500 millones. Pero a partir de ese momento había una directriz para que cada vez que tuviéramos 150 millones en la cuenta corriente inmediatamente teníamos que sacarlos de la cuenta para constituir operaciones Repo. Hubo algunas circunstancias en que había más de 150 millones y John Wiedemann me decía “¿por qué no has constituido la operación repo? [...] esos intereses dejados de ganar quién los va a asumir, te los saco de tu salario?” [...]’.<sup>50</sup> El Despacho también pudo establecer que la estrategia de inversiones de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. no dio los resultados esperados. En la Nota No. 5 a los referidos estados financieros se expresa, en verdad, que ‘en deudores varios la cuenta más significativa corresponde al incumplimiento del repo del 29 de noviembre de 2012 por parte de Interbolsa S.A., el cual dada la situación de intervención de esa empresa, generó una cuenta por cobrar de la cual ya existe una manifestación de disposición de pago’.

### (iii) Conclusión

El legislador colombiano le ha restado efectos jurídicos a las cláusulas estatutarias que priven a un accionista de participar en las utilidades sociales.

49 Las utilidades retenidas que no fueron usadas para especular en el mercado bursátil parecen haber sido depositados en un patrimonio autónomo (vid. Folios 205 y 976).

50 Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente. (1:34:48 a 1:38:08). Cfr. también los correos electrónicos disponibles en los Folios 513 a 518.

Según las voces del artículo 150 del Código de Comercio, estas disposiciones leoninas ‘se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas’. Esta contundente limitación a la voluntad de los asociados está ligada a la idea, expresada en el artículo 98 del Estatuto Mercantil, de que la constitución de una sociedad obedece al fin de ‘repartirse [...] las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social’.

En la práctica, una política invariable de retención de utilidades puede producir los mismos efectos que una cláusula leonina. En las sociedades por acciones simplificadas, ante la imposibilidad de aplicar las reglas de repartición mínima previstas en el Código de Comercio, es factible que los accionistas controlantes intenten privar a los minoritarios, en forma permanente, de un retorno sobre su inversión en la compañía. En estos casos, los asociados perjudicados pueden recurrir a la figura del abuso del derecho de voto para solicitar la revisión judicial de la conducta de los mayoritarios. Le corresponderá entonces al juez esclarecer si la política de dividendos cuestionada obedece a una finalidad legítima de negocios o si, por el contrario, es producto de la intención deliberada de lesionar a los minoritarios o de procurar una ventaja injustificada para el controlante.<sup>51</sup>

En el presente caso, el Despacho encontró suficientes indicios para concluir que se ha presentado un ejercicio abusivo del derecho de voto. Los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., movidos por sus diferencias con Isabel Cristina Sánchez, han decidido, repetidamente, abstenerse de repartir las cuantiosas utilidades generadas por la compañía. Para justificar esta determinación, se ha hecho referencia, desde el 29 de marzo de 2012, a un plan de expansión de las operaciones de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Con todo, luego de revisar las numerosas pruebas aportadas por las partes, el Despacho no pudo corroborar la existencia de proyectos que justifiquen la retención reiterada de las utilidades generadas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Lo que sí encontró el Despacho fue información acerca de la destinación que se le ha dado a las utilidades no repartidas por los mayoritarios. Una parte de estos recursos se usó para especular en el mercado público de valores—lo cual arrojó pérdidas para CIA del Infractor de Tránsito S.A.S—mientras que el resto de las utilidades retenidas fue depositado en cuentas administradas por sociedades fiduciarias. Ante la carencia

51 DK Moll (2003) 912.

de un verdadero proyecto de expansión, debe concluirse que los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. no han presentado una justificación legítima para retener indefinidamente los amplísimos excedentes de liquidez de la sociedad.

El Despacho también pudo establecer que la conducta de los mayoritarios ha estado orientada por la finalidad de privar a Isabel Cristina Sánchez de las utilidades generadas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., en represalia por la posible violación de un pacto de exclusividad para la prestación de servicios de conmutación de multas de tránsito. Tanto en las actas de los diferentes órganos sociales de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., como en los demás documentos aportados por las partes, puede apreciarse el vínculo que existe entre el incumplimiento de la señora Sánchez y la decisión de retener las utilidades generadas por la compañía (vid. Folios 649 y 671).<sup>52</sup> Aunque el Despacho no puede convalidar las aparentes transgresiones de la señora Sánchez, los demandados cuentan con múltiples mecanismos legales para hacer efectivos sus derechos contractuales. Además, si la señora Sánchez ha participado en actos que impliquen competencia con CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., los accionistas mayoritarios podrían controvertir sus actuaciones a la luz de las normas que rigen la conducta de los administradores sociales. Lo que no puede permitirse es que, en respuesta a una diferencia entre los asociados de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., los accionistas mayoritarios invoquen ilusorios proyectos de expansión para despojar a la señora Sánchez de sus derechos económicos en la compañía.<sup>53</sup> Ello se debe a que, como ya lo ha manifestado este Despacho, el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a un grupo de

52 En palabras de uno de los apoderados de los demandados, ‘siempre se ha mirado el beneficio de la sociedad y los nuevos desarrollos tienen sus amenazas, amenazas internamente, de una competencia interna que se está generando de la misma accionista demandante’. (29:26 – 29:57). Adicionalmente, en un correo electrónico enviado por el señor Jader Henao, un asesor de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. que trabaja con el señor Wiedemann en la sociedad Servicios Integrales ID System S.A.S., se hicieron las siguientes afirmaciones: ‘La idea de que hayan aprobado a Pereira implica que a Isabel la situación desde ya se le va a poner complicada por [I]o cual comenzará a depender totalmente de Medellín, no se hace extraño que busque darle más convenios a Wilson en sus pretensiones independientes de CENINTRA y quizá en otras condiciones más favorables para ella. Por tal toma mucha más relevancia el ajuste de cuentas con ella por la vía que se requiera y sobre lo cual ya estamos trabajando, necesitamos que por lo menos no se divida más el mercado con más puntos de atención de la competencia [...]’ (vid. Folio 595).

53 La conclusión expresada en el texto principal no cambia por el simple hecho de que la señora Sánchez pueda llegar a usar las utilidades de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. para financiar a los competidores de la compañía. En verdad, la posible intención de la señora Sánchez de competir con CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. no significa que esa accionista haya perdido su derecho de participar en las utilidades generadas por la sociedad.

accionistas, ni para que un asociado se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás.<sup>54</sup>

Por los motivos antes expresados, el Despacho le ordenará a los accionistas demandados que aprueben la distribución de las utilidades repartibles de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S, de conformidad con las cifras contenidas en el dictamen pericial que reposa en el expediente. Si los accionistas mayoritarios en realidad pretenden fortalecer las operaciones de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., nada obsta para que reinviertan sus dividendos en la compañía mediante un simple proceso de capitalización y destinen tales recursos a poner en marcha un verdadero plan de expansión.

[...]

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 Jeny Marcela Cardona Gómez y Juan Carlos Cardona Gómez, en su calidad de accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., ejercieron su derecho de voto en forma abusiva, en detrimento de Isabel Cristina Sánchez Beltrán.

**Segundo.** Declarar la nulidad absoluta de las decisiones aprobadas durante las reuniones ordinarias celebradas el 29 de marzo de 2012 y el 18 de marzo de 2013, en el sentido de retener las utilidades generadas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S.

**Tercero.** Ordenarles a los accionistas demandados que, dentro del mes siguiente a la fecha en que quede en firme esta sentencia, aprueben la distribución de la totalidad de las utilidades repartibles de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. en una reunión de la asamblea general de accionistas de la compañía.

<sup>54</sup> Esta decisión sigue la línea de otros pronunciamientos emitidos por el Despacho, en los que se rechaza el ejercicio del derecho de voto para perjudicar a un accionista. Cfr., por ejemplo, las Sentencias No. 800-20 del 27 de febrero de 2014 y 800-73 del 19 de diciembre de 2013.

**Cuarto.** Si los accionistas demandados no cumplen con la orden impartida en el numeral anterior dentro del término previsto para el efecto, exonerarlos de la obligación de aprobar la repartición de utilidades y condenarlos al pago de los perjuicios sufridos por Isabel Cristina Sánchez como consecuencia del abuso del derecho de voto.

El monto de la indemnización será equivalente al 25% de la cuantía actualizada de las utilidades repartibles generadas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. durante los años 2011 y 2012, según el dictamen pericial preparado para efectos de este proceso, es decir, \$668.544.891, sumado al 25% de las utilidades correspondientes al ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2013.

**Quinto.** Condenar en costas a los demandados en la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere a los dieciocho días del mes de julio de dos mil catorce y se notifica en estrados.

## Sentencia No. 800-52 del 1° de septiembre de 2014

<b>Partes</b>	Sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en liquidación
<b>Asunto</b>	Criterios analíticos para identificar la existencia de un conflicto de interés.

### Consideraciones del Despacho

El proceso iniciado por los sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer busca controvertir la venta del único inmueble de Luque Torres Ltda. en liquidación a favor de Constructora Urbana San Rafael S.A. Los demandantes consideran que esa operación le representó un conflicto de interés al señor Santiago Luque Torres, liquidador de Luque Torres Ltda, quien actuó en nombre de la compañía en la celebración del respectivo contrato de compraventa. En el curso de este proceso se ha dicho que el señor Luque Torres debió haber obtenido la autorización del máximo órgano social para participar en el aludido negocio jurídico. Al no haberse impartido la precitada autorización, los demandantes consideran que este Despacho debe decretar la nulidad absoluta de la decisión social atinente a la enajenación del único inmueble de Luque Torres Ltda. en liquidación.

Para resolver el presente caso, es preciso formular algunas consideraciones acerca del régimen colombiano en materia de conflictos de interés.

#### 1. Los conflictos de interés en el ordenamiento societario

Las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión.<sup>1</sup> Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad (*business judgment*

<sup>1</sup> Para Davies, por ejemplo, 'una de las cuestiones de mayor trascendencia en el derecho societario es el diseño de pautas que puedan constreñir las actuaciones indebidas de los administradores, sin que tales reglas limiten la autonomía de estos funcionarios en forma tal que pueda reducirse la eficiente

*rule*), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones que hayan adoptado los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios.<sup>2</sup> Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, *a posteriori*, por los resultados negativos de sus decisiones.<sup>3</sup> De no existir esta regla, los administradores carecerían de incentivos para asumir riesgos, puesto que el retorno económico de una inversión riesgosa beneficiaría principalmente a la compañía, al paso que cualquier pérdida le sería imputable al administrador.<sup>4</sup> Además, como bien lo apunta Eisenberg, ‘para examinar adecuadamente la calidad de las decisiones de un administrador, sería preciso establecer el grado de exposición de riesgo que podía asumir la sociedad cuando se tomaron las decisiones controvertidas, así como identificar cuáles operaciones se ajustaban al perfil de riesgo de la compañía en ese momento. Además de la evidente complejidad que conlleva este análisis, una intervención judicial de esta naturaleza atentaría gravemente contra la potestad autónoma de la sociedad para conducir sus negocios’.<sup>5</sup>

operación de los negocios sociales’. PL Davies, *Principles of Modern Company Law* (2008, 8ª Ed, Sweet & Maxwell, Londres) 476.

- 2 En la legislación colombiana, este equilibrio entre la discreción y la responsabilidad de los administradores encuentra consagración legal en lo expresado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, según el cual los administradores deben actuar ‘con la diligencia de un buen hombre de negocios’. Si bien es cierto que este patrón de conducta apunta un alto grado de cuidado en la gestión de la empresa social, también lo es que la expresión ‘buen hombre de negocios’ lleva implícita la idea de que los administradores están legitimados para asumir riesgos en el curso de los negocios de la compañía. Esta idea, de escaso reconocimiento en la doctrina colombiana, ha sido expresada por Reyes Villamizar en los siguientes términos: ‘Mientras que la actividad empresarial está relacionada con la asunción de riesgos, las circunstancias de la vida familiar, a las que está expuesto el padre de familia, están más bien ligadas a la prevención del riesgo [...] El paradigma del buen hombre de negocios implica también un mayor respeto judicial por la autonomía de decisión de que deben gozar los administradores sociales. FH Reyes Villamizar SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada (3ª Ed, 2013, Legis Editores, Bogotá) 152.
- 3 Para un análisis acerca de la regla de la discrecionalidad, cfr. a A Palmiter y F Partnoy, *Corporations: A Contemporary Approach* (2010, West Publishing, St. Paul, Min.) 541-583, S Bainbridge, *Corporate Law* (2ª ed., 2009, Foundation Press, Nueva York) 96-140 y RA Peeples, *The Use and Misuse of the Business Judgment Rule in the Close Corporation* (1985) 60 NOTRE DAME L REV 456.
- 4 MA Eisenberg, *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law* (1994) 62 FORDHAM L REV 445. Existen numerosas otras razones para aplicar la regla de la discrecionalidad. Para el caso de las sociedades abiertas, por ejemplo, se ha dicho que la disciplina de mercado que impone la posible depresión en el precio de las acciones crea suficientes incentivos para que los administradores se comporten adecuadamente. Cfr. a FH Easterbrook y D Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991, Harvard University Press, Boston) 244. Con todo, esta justificación pierde toda su fuerza en sociedades cerradas o, incluso, en compañías que cotizan sus acciones en mercados ineficientes e ilíquidos en los que la información acerca de la conducta de los administradores sociales no tiene un impacto significativo sobre el precio de las acciones.
- 5 MA Eisenberg (1994) 447.

En síntesis, pues, los administradores no podrían actuar como un ‘buen hombre de negocios’ si las cortes deciden escudriñar todas las decisiones que estos sujetos adopten en desarrollo de la empresa social. Ello no significa, por supuesto, que las actuaciones de los administradores estén exentas de controles legales. Aunque la regla de la discrecionalidad busca que estos funcionarios cuenten con suficiente espacio para conducir los negocios sociales, los administradores no pueden anteponer sus intereses a los de la compañía o sus accionistas.<sup>6</sup> Por ello, como lo ha sostenido esta entidad, hay numerosas razones que podrían justificar un cercano escrutinio judicial de la gestión de los administradores.<sup>7</sup> Se trata de hipótesis en las que el juicio objetivo de estos funcionarios se encuentra comprometido por alguna circunstancia, como ocurre cuando un administrador está incurso en un conflicto de interés.

Como lo explicó este Despacho en el caso de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., en nuestra legislación se ha reconocido el efecto nocivo que pueden tener los conflictos de interés sobre la gestión de los administradores.<sup>8</sup> Las reglas consagradas en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009 les imponen a estos sujetos la necesidad de obtener la autorización del máximo órgano social para participar en operaciones viciadas por esta clase de conflictos. Si los administradores obtienen la mencionada autorización, sus actuaciones quedan a salvo de cualquier escrutinio judicial.<sup>9</sup> De lo contrario, deberán aplicarse las diversas consecuencias contempladas para el incumplimiento de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, cuyo alcance va desde la nulidad del respectivo negocio jurídico hasta la responsabilidad de los administradores por los perjuicios que sufra la sociedad.

Aunque el ordenamiento colombiano es bastante claro en cuanto al procedimiento que debe seguirse ante el surgimiento de un conflicto de interés, no existe una definición legal que permita determinar cuándo se produce

6 S Bainbridge, *Mergers & Acquisitions* (2003, Foundation Press, Nueva York) 149.

7 Cfr., por ejemplo, la sentencia No. 801-72 del 11 de diciembre de 2013.

8 Sentencia No. 800-29 del 14 de mayo de 2014.

9 Con todo, en el numeral 7 del artículo 23 se ha establecido que ‘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’. Esta disposición parece permitir la revisión judicial de negocios jurídicos aunque hayan sido aprobados por una mayoría de los accionistas que no tengan un interés en la operación. Claro que, en estos casos, al demandante le corresponderá la elevada carga probatoria de demostrar que la operación controvertida es perjudicial para la compañía, a pesar de haber sido aprobada por los principales interesados en proteger el patrimonio social.

un conflicto de esta naturaleza en el contexto societario.<sup>10</sup> Este vacío es bastante problemático para los administradores sociales, en tanto tales sujetos no cuentan con absoluta claridad acerca de las circunstancias que pueden dar lugar a un conflicto de interés. Esta incertidumbre, sumada a las severas sanciones por la violación de la regla contenida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995—incluida la posible inhabilidad para ejercer el comercio, en los términos del Decreto 1925 de 2009—puede tener un efecto desalentador sobre la gestión de los administradores. De ahí que resulte indispensable analizar algunas de las hipótesis que podrían dejar a un administrador incurso en un conflicto de interés.

Es posible que un interés conflictivo pueda identificarse con facilidad, como ocurre cuando el representante legal recibe un préstamo de la sociedad en la que ejerce sus funciones. En este caso confluyen en cabeza del administrador dos intereses contrapuestos, vale decir, su interés personal como mutuuario y el interés de la compañía, en calidad de mutuante, que ese funcionario debe proteger por expresa disposición del artículo 23 de la Ley 222. Mientras que el interés de la compañía es obtener la máxima tasa de interés permitida y las más sólidas garantías disponibles, el interés personal del administrador que recibe el préstamo apunta en el sentido exactamente contrario. Es claro, pues, que el representante legal no puede satisfacer ambos objetivos al momento de celebrar el correspondiente negocio jurídico. En vista de que esta circunstancia claramente compromete el ejercicio objetivo de las facultades del administrador, la celebración del estudiado contrato de mutuo deberá sujetarse a las reglas contempladas en nuestra legislación en materia de conflictos de interés.

El conflicto explicado en el párrafo anterior no desaparece por el simple hecho de que el representante legal se abstenga de participar directamente en la operación como mutuuario. Puede ocurrir, por ejemplo, que no sea el administrador quien reciba el préstamo, sino una compañía controlada por ese sujeto. Bajo esta hipótesis, el representante legal también debe obtener las mejores condiciones financieras para la compañía mutuante, pero, a diferencia del caso anterior, no representa al mutuuario en la negociación de

<sup>10</sup> Si bien en la legislación colombiana no se ha definido la expresión ‘conflicto de interés’, en la doctrina local pueden encontrarse algunas aclaraciones relevantes. Cfr. por ejemplo, a FH Reyes Villamizar (2013) 161 y a NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario. Regulación Comercial y Bursátil de los Contratos Societarios (2ª ed., 2014, Bogotá, Editorial Legis) 193.

los términos contractuales del préstamo. Es evidente, sin embargo, que la celebración de este contrato de mutuo sí le representa un conflicto de interés al administrador. En verdad, el administrador no puede representar adecuadamente los intereses de la compañía mutuante, debido a que cuenta con un interés económico significativo en la sociedad que recibe el préstamo. Al verse menoscabada la capacidad del representante legal para velar por los intereses de la sociedad que hace el préstamo, deben aplicarse las reglas de la Ley 222 en materia de conflictos de interés.

Adicionalmente, hay casos en los que el administrador incurso en un conflicto no participa, en ninguna calidad, en la celebración del respectivo negocio jurídico. Retomando el ejemplo del contrato de mutuo, es posible que un miembro principal de la junta directiva de la compañía mutuante también detente el 100% de las acciones de la sociedad que recibe el dinero. Si el correspondiente contrato no debe ser examinado por la junta directiva de la compañía que hace el préstamo, el director en cuestión no tendría la oportunidad de participar en la celebración de ese negocio jurídico. Es decir que el administrador mencionado no podría determinar las condiciones bajo las cuales se celebraría la respectiva operación. Sin embargo, los intereses en conflicto subsisten aunque el director no participe en la celebración de este contrato de mutuo. En efecto, el aludido miembro de la junta directiva está obligado legalmente a velar por los intereses de la sociedad mutuante. Al mismo tiempo, como accionista de la sociedad mutuaría, el director en comento tiene un interés económico significativo en procurar que los términos del contrato de mutuo favorezcan a esta última compañía. La concurrencia de estos intereses contrapuestos suele ser suficiente para que se predique un conflicto de interés, siempre que el director conozca de la existencia del respectivo negocio jurídico.<sup>11</sup> En algunos sistemas, los directores que se encuentren en la hipótesis fáctica antes descrita están obligados a revelar la presencia de un conflicto aunque no participen en la decisión concerniente.<sup>12</sup> Lo anterior podría justificarse por la posibilidad de que el director incida

<sup>11</sup> Bajo las reglas del Capítulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (‘Model Business Corporation Act’ o MBCA) estadounidense, el director descrito en el ejemplo del texto principal estaría incurso en un conflicto de interés si tuvo conocimiento del préstamo, aunque no participe en las negociaciones para fijar los correspondientes términos contractuales (Cfr. el artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital y el numeral 3 del correspondiente comentario oficial).

<sup>12</sup> Cfr. el artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital. Para el caso del Reino Unido, puede verse a PL Davies (2008) 529-538 y a D Kershaw, *Company Law in Context* (2ª Ed., 2012, Oxford University Press) 476-513.

informalmente en la negociación de los términos contractuales del préstamo, lo cual podría ocurrir, por ejemplo, por virtud de su injerencia sobre la actividad del representante legal de la compañía mutuante.<sup>13</sup>

Los anteriores ejemplos dan cuenta de las dificultades conceptuales que representa la tarea de identificar conflictos de interés en el contexto societario. Estos problemas han llevado a que, en muchos países, se introduzcan definiciones legales taxativas que le permitan a los administradores determinar, con claridad, cuándo están incurso en un conflicto de interés.<sup>14</sup> En los Estados Unidos, por ejemplo, la identificación de esta clase de conflictos solía corresponderles exclusivamente a los jueces, quienes debían establecer si, en un caso determinado, existían relaciones económicas o personales que pudiesen entorpecer el discernimiento objetivo de los administradores. Sin embargo, las complejidades propias de la actividad empresarial hacían excesivamente difícil la labor de los jueces e incrementaban la incertidumbre para los administradores, quienes no contaban con reglas claras para orientar su conducta ante posibles conflictos de interés.<sup>15</sup> Por este motivo, en algunos estados se optó por reducir el espacio para la intervención judicial, mediante la promulgación de normas en las que se enuncian los casos que pueden dar lugar a un conflicto de interés.<sup>16</sup>

Tal vez la regulación más completa sobre la materia puede encontrarse en el Capítulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (*Model Business Corporation Act*).<sup>17</sup> En el artículo 8.60 de la citada Ley Tipo se han delimitado, con precisión milimétrica, los supuestos fácticos que pueden dar lugar al surgimiento de un conflicto de interés. El primero de tales supuestos abarca aquellos casos en los que un administrador contrata directamente con la compa-

13 El conflicto identificado en este ejemplo puede desdibujarse aún más si la operación hipotética de mutuo se celebra con una compañía en la que el director cuenta apenas con una participación minoritaria de capital o si el mutuo favorece a sujetos vinculados al administrador por relaciones personales compuestas (p.ej. la cónyuge del sobrino del director).

14 S Bainbridge (2009) 145-151.

15 Resultan relevantes, en este sentido, las explicaciones formuladas en la introducción al comentario oficial del artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (MBCA, 152-154).

16 A Palmiter y F Partnoy (2010) 634. Debe advertirse que en el Estado de Delaware no se ha restringido significativamente la potestad de los jueces para analizar la presencia de conflictos de interés en el ámbito societario (S Bainbridge (2009) 150).

17 Para una explicación acerca del origen y la función que cumple esta Ley Tipo en los Estados Unidos, cfr. a FH Reyes Villamizar, Derecho Societario en los Estados Unidos y en la Unión Europea (2013b, 4ª Ed., Editorial Legis) 99-100.

ña en la que ejerce sus funciones.<sup>18</sup> La segunda hipótesis se presenta cuando el administrador cuenta con un interés económico significativo (*material financial interest*) en la operación.<sup>19</sup> Según la Ley Tipo, ese interés económico significativo se concreta en prerrogativas financieras que puedan comprometer la objetividad del administrador, como ocurriría, por ejemplo, si tal sujeto recibe una comisión por la venta de un activo social o tiene una participación accionaria en una compañía que compra ese bien.<sup>20</sup> El tercer y último supuesto contemplado en el artículo 8.60 consiste en que personas vinculadas al administrador (*related person*) contraten directamente con la compañía en la que éste ejerce sus funciones o que tengan un interés económico significativo en la correspondiente operación. Para estos efectos, la Ley Tipo delimita el alcance de la expresión ‘personas vinculadas’, de conformidad con una rigurosa taxonomía en la que pueden encontrarse sujetos tales como cónyuges, hermanos y compañías controladas por el administrador.<sup>21</sup> Esta definición legal, cuyo carácter estrictamente taxativo ha sido criticado por algunos autores, busca reducir la incertidumbre asociada a la necesidad de que un juez determine, en todos los casos, quién es una persona vinculada.<sup>22</sup>

En síntesis, pues, la definición de conflictos de interés incluida en la Ley Tipo comprende todas aquellas hipótesis en las que el administrador de una sociedad o una persona vinculada al administrador participa directamente en la celebración de una operación con la compañía o sus filiales, así como los casos en los que el administrador de una sociedad o una persona vinculada

18 Cfr. artículo 8.60 (1) (i) de la Ley Tipo de Sociedades de Capital

19 Cfr. artículo 8.60 (1) (ii) de la Ley Tipo de Sociedades de Capital. En estos casos se requiere, además, que el administrador haya conocido tanto la existencia de la operación como del interés económico sustancial.

20 Cfr. artículo 8.60 (5) de la Ley Tipo de Sociedades de Capital. En el comentario oficial a este artículo se precisa que la participación accionaria debe ser significativa (Cfr. MBCA, 160-161).

21 La lista completa incluye a las siguientes personas: (i) el cónyuge del administrador, (ii) los hijos (naturales o adoptivos), nietos, padres (naturales o adoptivos), abuelos, hermanos (naturales, adoptivos o medio-hermanos), tíos, sobrinos del administrador o de la cónyuge del administrador, (iii) los cónyuges de las personas descritas en el numeral anterior, (iv) las personas que viven en la misma casa del administrador, (v) una sociedad controlada por el administrador o por las personas descritas en los numerales anteriores, (vi) una sociedad en la que el administrador ocupe un cargo de administración, (vii) Una persona que tenga una relación de confianza con el administrador (v.gr. mandato, albaceazgo) y (viii) el empleador del administrador o una sociedad controlada por el empleador del administrador.

22 Según Bainbridge, si la compañía contrata con una persona que tiene un vínculo de consanguinidad con el administrador, pero no está incluida en la lista que trae la Ley Tipo (p.ej. los primos del administrador), no podrán aplicarse las reglas del Capítulo F. S Bainbridge (2009) 150.

al administrador cuenta con un interés económico sustancial en una operación celebrada con la compañía o sus filiales.<sup>23</sup>

En Colombia, ante la carencia de una definición legal que permita identificar el surgimiento de un conflicto de interés, se ha intentado, por diversos medios, llenar este vacío. Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en la Circular Externa No. 100-6 del 25 de marzo de 2008, en la cual la Superintendencia de Sociedades, por vía administrativa, formula algunas precisiones acerca de la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222. Según el criterio de la entidad, ‘existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquél o de un tercero’. En la Circular Externa citada se dice, además, que ‘los administradores incurren en [...] conflicto de interés por interpuesta persona cuando además de los requisitos expuestos previamente, la compañía celebra operaciones con alguna de las siguientes personas: a) El cónyuge o compañero permanente del administrador, o las personas con análoga relación de afectividad; b) los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del mismo; c) los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador o del cónyuge del mismo; d) los socios del administrador, en compañías que no tengan la calidad de emisores de valores, o en aquellas sociedades en las cuales dada su dimensión, el administrador conozca la identidad de sus consocios’.

Por su parte, la Superintendencia Financiera ha puntualizado que, ‘se entiende por conflicto de interés, las situaciones de interferencia entre esferas de interés, en las cuales una persona podría aprovechar para sí o para un tercero las decisiones que él mismo tome frente a distintas alternativas de conducta en razón de la actividad misma que desarrolla y del especial conocimiento que tenga y cuya realización implicaría la omisión de sus obligaciones legales, contractuales o morales a las cuales se halla sujeto.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Cfr. el comentario oficial al artículo 8.60 de la Ley Tipo (MBCA, 160-161).

<sup>24</sup> Concepto No. 2007059749-1 del 28 de diciembre de 2007. En la jurisprudencia del Consejo de Estado también pueden encontrarse importantes desarrollos sobre la materia estudiada. Cfr. por ejemplo, la sentencia del 21 de octubre de 2010 (Sala de Consulta y Servicio Civil).

## 2. Criterios analíticos para identificar conflictos de interés en el contexto de la Ley 222 de 1995

Como se explicó en la sección anterior, en Colombia no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario. Mientras subsista este vacío, le corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan hacer aplicable la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada.<sup>25</sup> Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido. A continuación se presentan, con fines meramente ilustrativos, algunos de los casos en los que podría presentarse un conflicto de interés bajo el ordenamiento societario colombiano.

El interés que da lugar a un conflicto puede surgir por ministerio de la ley, como ocurre cuando un sujeto ocupa cargos en la administración de dos compañías que contratan entre sí. En esta hipótesis será preciso probar que un mismo sujeto está obligado, por ley, a salvaguardar en forma simultánea los intereses de las dos sociedades que participan en la respectiva operación.

También puede presentarse un conflicto cuando el administrador tenga un interés económico que sea lo suficientemente significativo como para menoscabar su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su cargo. Ello podría presentarse si el administrador contrata directamente con la sociedad en la que ejerce sus funciones o es accionista de una compañía que contrata con la sociedad.

Adicionalmente, podría existir un conflicto de interés si un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la respectiva operación. 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 pueden existir entre padres e

<sup>25</sup> Como se explicó en el acápite anterior, en el numeral 3 comentario oficial al artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades se ha precisado que un administrador puede estar incurso en un conflicto de interés aunque no haya participado en la celebración del respectivo negocio jurídico (MBCA, 160).

hijos, sino también en el interés económico derivado de la vocación sucesoral del administrador.

Si el vínculo es más remoto, como ocurre con los sobrinos del señor Luque Torres, la verificación judicial del conflicto dependerá de una intensa labor probatoria, orientada por la finalidad de establecer que las estrechas relaciones personales del administrador con sus parientes pueden interferir con su juicio objetivo.<sup>26</sup> Debe advertirse que esta actividad probatoria reviste mayor complejidad que la que corresponde en aquellos casos en los que se invoca el interés económico contrapuesto del administrador. Es usual que un vínculo económico pueda demostrarse fácilmente, como cuando se deriva de la titularidad sobre acciones o de las cláusulas de un contrato que favorecen directamente al administrador. Bien diferente resulta la hipótesis en la que un demandante intenta demostrar que una estrecha relación afectiva o de confianza con un pariente ha obstruido el criterio objetivo del administrador. En estos casos, deberá tomarse en cuenta no sólo el correspondiente grado de consanguinidad o afinidad, sino también las relaciones entre el administrador y las personas vinculadas. Es decir que la labor probatoria de las partes abarcará el análisis de relaciones personales posiblemente complejas, así como de patrones de conducta y comportamientos habituales que no se han registrado en los libros de actas de la sociedad. Si estos elementos indiciarios son insuficientes para demostrar que el buen juicio del administrador se ha visto comprometido, no podrá aplicarse la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222.

Por lo demás, la simple existencia de relaciones afectivas o de confianza suele ser insuficiente por sí sola—es decir, sin que además confluyan lazos de parentesco—para que se configure un conflicto de interés. Aunque parece claro que aquellos vínculos sí pueden llegar a nublar el juicio de un administrador, las dificultades conceptuales que representa la materia han llevado a que, en otros sistemas, se regulen principalmente los conflictos de interés que se desprenden de una relación de contenido económico o de lazos formales de afinidad y consanguinidad.<sup>27</sup> En todo caso, no puede descartarse del todo la posibilidad de que un demandante diligente logre acreditar

<sup>26</sup> Shapiro v. Greenfield 764 A.2d 270 (2000), citado en CR O'Kelley y RB Thompson, *Corporations and Other Business Associations: Cases and Materials* (6ª ed., 2010, Aspen Publishers, Nueva York) 319.

<sup>27</sup> Cfr. el numeral 4 del comentario oficial al artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital, así como a A Palmiter y F Partnoy (2010) 633.

vínculos afectivos o de confianza de tal entidad que puedan comprometer el buen juicio de un administrador.

Formuladas las anteriores explicaciones, es posible ahora estudiar el caso presentado por los sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer.

### **3. Acerca del conflicto de interés invocado por los sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer**

En el presente caso es necesario determinar si durante el proceso de negociación y celebración del contrato de compraventa entre Luque Torres Ltda. y Constructora Urbana San Rafael S.A., medió un interés con la virtualidad de comprometer la discreción del señor Santiago Luque Torres. El apoderado de los demandantes considera que ese interés contaminante se deriva de la designación del señor Luque Torres como miembro de la junta directiva de Constructora Urbana San Rafael S.A., la sociedad que compró el inmueble de Luque Torres Ltda., en liquidación. También se ha afirmado que el señor Luque Torres tenía interés en favorecer a Constructora Urbana San Rafael S.A. por los cercanos vínculos del citado administrador con esta compañía. A continuación se consideran los argumentos que han presentado los sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer.

#### **A. La calidad de administrador del señor Luque Torres en Constructora Urbana San Rafael S.A.**

El primero de los cargos formulados por los demandantes tiene que ver con la posición que el señor Santiago Luque Torres ocupó, por muchos años, en la junta directiva de Constructora Urbana San Rafael S.A. Según el apoderado de los demandantes, el señor Luque Torres se encontraba incurso en un conflicto de interés respecto del contrato de compraventa estudiado, por virtud de su posición como administrador de la sociedad que celebró ese negocio jurídico con Luque Torres Ltda.

Debe advertirse, en este orden de ideas, que el Despacho ya se ha pronunciado acerca del conflicto que surge cuando un mismo sujeto es administrador de dos compañías que contratan entre sí. En el caso de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., por ejemplo, se decretó una medida cautelar

con fundamento en la participación entrelazada de un sujeto en dos juntas directivas. El señor Ricardo Roa Barragán, miembro principal de la junta directiva de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., ocupaba esa misma posición en Codensa S.A. E.S.P. Ambas compañías habían celebrado un contrato de asistencia técnica, por cuya virtud Codensa S.A. E.S.P. le prestaba diversos servicios a Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P. Durante una reunión de la junta directiva de esta última compañía, el señor Roa Barragán participó en las deliberaciones acerca de la terminación del contrato de asistencia técnica celebrado con Codensa S.A. E.S.P. y contribuyó, con su voto, a que se tomara la decisión de dar por terminado ese convenio. En una demanda presentada posteriormente por otro director de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., se afirmó que el señor Roa Barragán no podía haber participado en las deliberaciones antes mencionadas por encontrarse incurso en un conflicto de interés.

En este caso, el Despacho encontró ‘indicios acerca de la posible existencia del conflicto de interés mencionado en la demanda [...]’. En efecto, en su calidad de director de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., cualquier actuación del señor Roa Barragán respecto del referido contrato de asistencia técnica debe cumplirse “en interés de la sociedad”, según lo dispone el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Con todo, al ocupar un puesto en la junta directiva de Codensa S.A. E.S.P., el señor Roa Barragán debe actuar también en interés de esta última compañía. Al confluir en cabeza del señor Roa Barragán los intereses contrapuestos a que se ha hecho referencia, parece haberse configurado la hipótesis fáctica del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. De ser ello cierto, el señor Roa Barragán deberá obtener la anuencia de la asamblea general de accionistas de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P. para poder participar en cualquier gestión relacionada con la terminación del contrato de asesoría técnica suscrito entre aquella compañía y Codensa S.A. E.S.P.’.<sup>28</sup>

Con base en lo anterior, el señor Santiago Luque Torres podría haber estado incurso en un conflicto de interés por virtud de su posición como administrador en Luque Torres Ltda. y Constructora Urbana San Rafael S.A. Como liquidador de la primera compañía, el señor Luque Torres estaba obligado a procurar que los términos del contrato de compraventa se ajustaran a los

<sup>28</sup> Auto No. 801-7259 del 19 de mayo de 2014.

mejores intereses de Luque Torres Ltda. Al mismo tiempo, en su calidad de director de Constructora Urbana San Rafael S.A., la Ley 222 le imponía al señor Luque Torres el deber legal de actuar en interés de esta sociedad. Esta evidente contraposición de intereses le habría generado un claro conflicto al señor Luque Torres respecto de la operación analizada en esta sentencia.

Sin embargo, el Despacho pudo establecer que, al momento de celebrarse el aludido contrato de compraventa, el señor Luque Torres no estaba sujeto al deber legal de salvaguardar los intereses de Constructora Urbana San Rafael S.A. Ello se debe, por una parte, a que el aludido sujeto era miembro suplente de la junta directiva de esta compañía y nunca ejerció las funciones propias de ese cargo.<sup>29</sup> Es decir que, en lo que respecta a Constructora Urbana San Rafael S.A., el señor Luque Torres nunca estuvo sujeto al régimen de deberes de los administradores consagrado en la Ley 222 de 1995.<sup>30</sup> De otra parte, según las pruebas disponibles, el señor Luque Torres fue removido de su cargo en la junta directiva de Constructora Urbana San Rafael S.A. más de un año antes de la suscripción del contrato a que se ha hecho referencia. En consecuencia, al momento de celebrarse ese negocio jurídico, el señor Luque Torres no estaba obligado a actuar en interés de Constructora Urbana San Rafael S.A. como lo ordena el artículo 23 de la Ley 222. Por lo demás, el Despacho no encontró pruebas de que la citada remoción estuvo motivada por el ánimo de suprimir un posible conflicto, en fraude a la ley, como lo han sugerido los demandantes.<sup>31</sup> Ciertamente, en vista de que el señor Luque Torres nunca ejerció el cargo de director de Constructora Urbana San Rafael S.A., su remoción no tuvo los efectos que le asigna el apoderado de los demandantes.

Así las cosas, el Despacho debe concluir que la participación del señor Santiago Luque Torres en la junta directiva de Constructora Urbana San Rafael S.A. no dio lugar a un conflicto de interés en la celebración del referido contrato de compraventa.

<sup>29</sup> Según el apoderado de la sociedad demandada, ‘nosotros estamos en condición de afirmar que [el señor Luque Torres] no participó en ninguna sesión de la junta directiva’. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 15 de julio de 2014, folio 307 del expediente (33:56 – 34:53).

<sup>30</sup> Cfr. Auto No. 801-331 del 8 de marzo de 2013.

<sup>31</sup> Para el apoderado de los demandantes, ‘casualmente a los siete días de la reunión del 8 de abril de 2013 cuando Luque Torres decide ratificar todas las gestiones de Santiago Luque en Urbana San Rafael deciden removerlo de su cargo de miembro de la junta directiva suplente de la sociedad. Esto si bien en principio no puede considerarse como una prueba, puede considerarse como un indicio del por qué [...] ¿por qué remueve a Santiago Luque después de casi 21 años de su ser miembro de la junta directiva suplente? Ese es otro punto a tener en cuenta’. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 15 de julio de 2014, folio 307 del expediente (10:48 – 13:15).

## B. La carencia de un interés económico significativo

El Despacho también pudo constatar que el señor Santiago Luque Torres no cuenta con un interés económico significativo en la operación controvertida, diferente del que le asiste en su calidad de socio de Luque Torres Ltda.<sup>32</sup> En este orden de ideas, el señor Luque Torres no es accionista de Constructora Urbana San Rafael S.A., ni recibió una comisión de esta compañía por la venta del inmueble en cuestión. Tampoco fue posible constatar la existencia de otras prerrogativas económicas que pudiesen nublar el buen juicio del señor Luque Torres en su calidad de representante legal de Luque Torres Ltda.<sup>33</sup> En síntesis, pues, el interés económico del aludido administrador en la operación controvertida se circunscribió a su condición de socio de Luque Torres Ltda.

## C. Los vínculos entre Santiago Luque Torres y los accionistas de Constructora Urbana San Rafael S.A.

El principal argumento de los demandantes consiste en que la cercana relación entre el señor Santiago Luque Torres y los accionistas controlantes de Constructora Urbana San Rafael S.A. fue la que generó un conflicto de interés en la venta del inmueble que era de propiedad de Luque Torres Ltda. Es bastante claro que los accionistas de Constructora Urbana San Rafael S.A. contaban con un interés económico significativo y directamente contrapuesto al de Luque Torres Ltda. en la enajenación del inmueble objeto de esta sentencia. Además, según los documentos revisados por el Despacho y las afirmaciones de los testigos consultados en el curso del proceso, los accionistas en cuestión son sobrinos del señor Luque Torres. El apoderado de los demandantes también ha puntualizado que existen cercanos lazos afectivos y de confianza entre el señor Luque Torres y los accionistas de Constructora

<sup>32</sup> Ante las preguntas formuladas por el Despacho, tanto el señor Luque Torres como el apoderado de la demandada afirmaron que el aludido administrador no contaba con un interés económico en el negocio controvertido. Cfr. Grabación de las audiencias celebradas el 15 de julio de 2014 (vid. Folio 307; 39:52 – 39:54) y del 29 de julio de 2014 (vid. Folio 328; 15:00 – 15:3).

<sup>33</sup> También debe advertirse el señor Luque Torres no tiene vocación para heredarle a sus sobrinos en una sucesión intestada, según el tenor literal de los artículos 1040 y 1051 del Código Civil. En una demanda de inconstitucionalidad en contra de estas normas, la Corte Constitucional señaló que ‘la declaración de la inexecutable pedida en ningún caso podría establecer la vocación hereditaria de los tíos en la sucesión intestada de sus sobrinos. Y ello, por una sencilla razón: la determinación de quienes son llamados a suceder cuando no hay testamento, corresponde al legislador y no al juez a quien está encomendada la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución’.

Urbana San Rafael S.A. La pregunta que debe responderse ahora es si los precitados vínculos tuvieron la virtualidad de comprometer el ejercicio objetivo de las funciones a cargo del señor Luque Torres, en su calidad de administrador de Luque Torres Ltda., en el contexto de la celebración del contrato de compraventa entre esta compañía y Constructora Urbana San Rafael S.A.

Para comenzar debe reiterarse que, ante la carencia de una definición legal en Colombia, los vínculos de consanguinidad entre el señor Luque Torres y sus sobrinos no dan lugar, automáticamente, a que se produzca un conflicto de interés. En verdad, como se ha explicado en la jurisprudencia societaria comparada, ‘una relación de parentesco no anula, necesariamente, la capacidad de un administrador de tomar decisiones objetivas’.<sup>34</sup> También es relevante anotar que, bajo la taxonomía promovida por esta Superintendencia en la Circular Externa No. 100-6 del 25 de marzo de 2008, no se habría producido un conflicto de interés en el caso del señor Luque Torres.<sup>35</sup> En efecto, la citada circular excluye del ámbito de los conflictos de interés a los hijos de los hermanos de un administrador, aunque tales sujetos contraten directamente con la sociedad.<sup>36</sup>

Con todo, este Despacho no puede descartar de plano la posibilidad de que el juicio objetivo de un administrador pueda verse obstruido por una cercana relación con sus sobrinos. Es factible, por ejemplo, que haya tal grado de cercanía entre el señor Luque Torres y los accionistas de Constructora Urbana San Rafael S.A., que deba aplicarse la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En el presente caso, los demandantes han concentrado sus esfuerzos en demostrar que el conflicto de interés del señor Luque Torres se deriva, precisamente, de sus vínculos afectivos y de confianza con los accionistas de Constructora Urbana San Rafael S.A. Para el efecto, el apoderado de los demandantes ha presentado tres indicios diferentes.

En primer lugar, se ha dicho que la designación del señor Luque Torres como director suplente de Constructora Urbana San Rafael S.A. y su perma-

<sup>34</sup> Shapiro v. Greenfield 764 A.2d 270 (2000), citado en CR O’Kelley y RB Thompson (2010) 319.

<sup>35</sup> Es interesante poner de presente que, bajo los presupuestos objetivos del artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital, el señor Luque Torres sí habría estado incurso en un conflicto de interés, por haber participado en una operación con una compañía controlada por personas vinculadas.

<sup>36</sup> La lista incluida en la Circular Externa No. 100-6 alude apenas a los descendientes del administrador o de su cónyuge. Debe advertirse que, en este sentido, que en los artículos 44, 61 y 1040 del Código Civil se distingue entre los descendientes y los sujetos unidos por vínculos colaterales, como es el caso de la relación entre tíos y sobrinos.

nencia en ese cargo por más de 20 años, dan cuenta de la estrecha relación entre tales sujetos.<sup>37</sup> La prolongada permanencia del señor Luque Torres en la junta directiva de Constructora Urbana San Rafael S.A. podría considerarse como un importante indicio acerca de la existencia de la estrecha relación de confianza invocada por los demandantes. Sin embargo, las pruebas disponibles permiten concluir que el señor Luque Torres nunca participó en las reuniones de la junta directiva de Constructora Urbana San Rafael S.A. Según lo indicó el apoderado de la sociedad demandada en su escrito de alegatos de conclusión, ‘de la exhibición de libros de comercio realizada por Constructora Urbana San Rafael, se comprobó que el señor SANTIAGO LUQUE jamás fue convocado a las reuniones de Junta Directiva de la referida sociedad [y] jamás participó en las reuniones de Junta Directiva de la referida sociedad. Así lo afirmó Santiago Luque, en la declaración rendida en el presente proceso. En efecto al minuto 3:43 de la audiencia del 29 de julio de 2014, afirmó lo siguiente: “No realicé ninguna gestión en virtud de miembro de esa junta, no recuerdo haber participado en ninguna junta de esas [...] los sobrinos siempre desde el comienzo volaron solos, cometieron sus propios errores y sus aciertos también, realmente no se valieron de mis servicios en ese sentido para nada” [...]’ (vid. Folio 1400). Así, pues, la simple designación del señor Luque Torres como director suplente de Constructora Urbana San Rafael S.A., sin que tal sujeto haya ejercido las funciones propias de ese cargo, no parece ser suficiente para comprometer el ejercicio objetivo de sus responsabilidades como representante legal de Luque Torres Ltda.

Segundo, se ha puesto de presente que al apoderado de la sociedad demandada le permitieron consultar los libros de actas de Constructora Urbana San Rafael S.A., lo que apunta a una íntima relación entre el señor Luque Torres y esta última compañía.<sup>38</sup> Aunque no es usual que una sociedad acceda a que un tercero estudie sus libros de comercio, en el presente caso se ha presentado una justificación legítima para el efecto. Es evidente que Constructora

Urbana San Rafael S.A. tiene un interés en proteger la validez del contrato de compraventa celebrado con Luque Torres Ltda. De no haberse permitido la consulta de las actas de la junta directiva de Constructora Urbana San Rafael S.A., se habría dificultado la labor de establecer que el señor Luque Torres nunca participó en las reuniones de ese órgano social. Esto último, a su vez, podría haber incrementado las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por los sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer. Por este motivo, no es para nada extraño que Constructora Urbana San Rafael S.A. haya exhibido sus libros de actas de manera voluntaria, como una simple medida para salvaguardar los efectos de la compraventa objeto de esta sentencia.

Tercero, el apoderado de los demandantes trajo a colación que el señor Luque Torres pudo haber tramitado una licencia de construcción sobre el inmueble de propiedad de Luque Torres Ltda., con el propósito de favorecer a Constructora Urbana San Rafael S.A. Esta circunstancia se ha usado para justificar la cercanía del señor Luque Torres con Constructora Urbana San Rafael S.A. En este punto debe recordarse que las circunstancias que llevaron al trámite de la licencia mencionada fueron objeto de un pronunciamiento por parte de esta Delegatura en la sentencia No. 801-4 del 1º de febrero de 2013. En esa oportunidad, el Despacho explicó lo siguiente: ‘El inmueble [...] de Luque Torres Ltda. está ubicado en una zona de reserva vial, destinada al proyecto de expansión de la Avenida Córdoba en la ciudad de Bogotá. Desde hace varios años, Constructora Urbana San Rafael S.A. le ha propuesto a [Luque Torres Ltda.] la celebración de un contrato para construir una vía privada en el predio mencionado. Durante las reuniones extraordinarias de la junta de socios celebradas el 26 de abril y el 18 de mayo de 2012, los socios de Luque Torres Ltda. discutieron la más reciente oferta formulada por Constructora Urbana San Rafael S.A. En la última de las reuniones aludidas, el máximo órgano social de [Luque Torres Ltda.], mediante el voto unánime de los asociados presentes, autorizó al representante legal para celebrar el negocio jurídico reseñado, así como para arrendar aquellas áreas del inmueble que no fuesen objeto de la construcción. Según la información que reposa en el expediente, en particular la carta de compromiso suscrita el 29 de mayo de 2012, la totalidad de los recursos para la construcción serían aportados por Constructora Urbana San Rafael S.A.’

<sup>37</sup> ‘El tema de estar incurso en un conflicto de intereses no depende única y exclusivamente de estar ostentando un cargo en la actualidad o un cargo que esté vigente [...] Santiago Luque fue miembro de junta directa de la empresa y durante más de 21 años, y la relación que se forma entre un miembro de una junta directiva y una sociedad comercial es una relación de confianza [...]. Ese es un primer indicio: todo el término durante el cual Santiago Luque tuvo una relación como miembro de junta directiva de Urbana San Rafael. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 15 de julio de 2014, folio 307 del expediente (13:39 – 19:57).

<sup>38</sup> El apoderado de los demandantes ha tildado de sospechoso el hecho de que ‘el acta de asamblea de 2011 y el acta de asamblea de 2013 de Urbana San Rafael dan como propia la licencia de construcción que tramitó Santiago Luque Torres para otra compañía diferente como Luque Torres Ltda en liquidación’. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 15 de julio de 2014, folio 307 del expediente (15:30 – 16:57).

El anterior extracto de la sentencia No. 801-4 es suficiente para dilucidar los motivos que llevaron a que el señor Luque Torres tramitara una licencia en los términos alegados por los demandantes. Ciertamente, la principal razón que llevó a la solicitud de esa licencia fue el proyecto de explotación conjunta que Luque Torres Ltda. se había propuesto adelantar con Constructora Urbana San Rafael S.A. La participación de Luque Torres Ltda. en este proyecto fue incluso aprobada por la señora María del Pilar Luque de Schaefer, como puede apreciarse en el acta No. 57 de la junta de socios de la compañía, correspondiente a una reunión extraordinaria celebrada el 18 de mayo de 2012.

No obstante, este Despacho impidió que se llevara a cabo el referido proyecto, por cuanto 'la celebración de contratos para la explotación conjunta de un inmueble de propiedad de Luque Torres Ltda. difícilmente encaja dentro de las actividades que la ley le permite realizar a las compañías en estado de liquidación'.<sup>39</sup> En todo caso, es suficientemente claro que licencia de construcción bajo estudio no buscó favorecer indebidamente a Constructora Urbana San Rafael S.A., sino que, por el contrario, era indispensable para desarrollar el proyecto de explotación conjunta a que se ha hecho referencia. Por este motivo, el Despacho encuentra que los hechos relacionados con la solicitud de la licencia *sub examine* no permiten inferir que el señor Luque Torres hubiese intentado beneficiar a Constructora Urbana San Rafael S.A., en detrimento de Luque Torres Ltda. De ahí que las anteriores circunstancias no puedan tomarse como un indicio acerca de la existencia de un conflicto de interés en el presente caso.

Así las cosas, tras un análisis de las pruebas disponibles, el Despacho no encontró suficientes indicios de que el juicio objetivo del señor Luque Torres se haya visto comprometido por sus vínculos con los accionistas controlantes de Constructora Urbana San Rafael S.A. En consecuencia, debe concluirse que el señor Santiago Luque Torres no estaba incurso en un conflicto de interés al momento de enajenarse el inmueble de propiedad de Luque Torres Ltda.<sup>40</sup> Por este motivo, las pretensiones formuladas en la demanda no habrán de prosperar.

<sup>39</sup> Sentencia No. 801-4 del 1º de febrero de 2013.

<sup>40</sup> Es interesante anotar que conforme a la definición adoptada en el artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades, bajo la cual los sobrinos de un administrador son personas vinculadas, se habría configurado un conflicto de interés en el presente caso. Por el contrario, de haberse fallado este caso al amparo del artículo 177 de la Ley de Sociedades promulgada en el Reino Unido en el 2006, no se habría presentado un conflicto. Cfr. a D Kershaw (2012) 493.

[...]

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.** Desestimar las pretensiones de la demanda.

**Segundo.** Condenar en costas a los demandantes y fijar, a título de agencias en derecho a favor de la sociedad demandada, una suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales.

La anterior providencia se profiere el primer día del mes de septiembre de dos mil catorce y se notifica en estrados.

## Sentencia No. 800-54 del 9 de septiembre de 2014

<b>Partes</b>	Marco Aquileo José Fidel Rivera contra Terra Barichara S.A.S.
<b>Asunto</b>	Arbitrios de indemnización y pago de aportes por compensación de obligaciones dinerarias.

### Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho busca controvertir las decisiones aprobadas por la asamblea general de accionistas de Terra Barichara S.A.S. durante múltiples reuniones celebradas entre los años 2010 y 2014. El demandante considera que esas determinaciones fueron ineficaces, por cuanto las sesiones asamblearias en cuestión se celebraron sin cumplir con los requisitos legales previstos en el Código de Comercio.<sup>1</sup>

La controversia planteada en este proceso está relacionada con la posible mora en el pago de las acciones suscritas por el demandante al momento de constituirse Terra Barichara S.A.S.<sup>2</sup> El 15 de julio de 2009, los señores Marco Aquileo Rivera, Italo Cereghino Cordano y Martha Alicia López constituyeron la sociedad Ahura Angeli S.A.S. (hoy Terra Barichara S.A.S.) con el propósito de participar en el mercado hotelero colombiano. Al momento de la constitución de la compañía, el capital quedó distribuido de la siguiente manera:

- 1 Durante la audiencia de alegatos de conclusión, el apoderado de Terra Barichara S.A.S. invocó nuevamente la existencia de una cláusula compromisoria en los estatutos de la compañía, con el fin de controvertir la jurisdicción de esta entidad para efectos del presente proceso. Sin embargo, el Despacho debe poner de presente que la controversia atinente a la referida cláusula compromisoria ya fue resuelta en los Autos No. 801-5024 del 4 de abril de 2014 y 801-6600 del 6 de mayo de 2014, por lo cual los argumentos del apoderado de Terra Barichara S.A.S. resultan improcedentes.
- 2 Según el demandante, existen discrepancias entre el contenido del acto de constitución de Terra Barichara S.A.S. y los acuerdos verbales entre el señor Rivera y los demás accionistas de la compañía. Sin embargo, el Despacho no puede aceptar este argumento, debido a que el señor Rivera firmó el documento de constitución que fue inscrito ante la Cámara de Comercio de Bogotá (vid. Folio 187).

**Tabla No. 1** *Capital suscrito y pagado al momento de la constitución*

Accionista	Acciones suscritas	Capital suscrito	Capital pagado
Marco Aquileo Rivera	5000	\$60.000.000	\$30.000.000
Italo Cereghino Cordano	2500	\$30.000.000	\$15.000.000
Martha Alicia López	2500	\$30.000.000	\$15.000.000
<b>Total</b>	<b>10.000</b>	<b>\$120.000.000</b>	<b>\$60.000.000</b>

Como puede apreciarse en la Tabla No. 1, el señor Marco Aquileo Rivera suscribió acciones equivalentes al 50% del capital suscrito de Terra Barichara S.A.S. Sin embargo, al momento de la constitución de la compañía, el señor Rivera pagó apenas \$30.000.000, es decir, la mitad del aporte a su cargo. El pago del remanente, equivalente a \$30.000.000, se sujetó a un plazo de ocho meses que expiró el 15 de marzo de 2010 (vid. Folio 174). Adicionalmente, el 27 de julio de 2009, el señor Rivera le prestó a la compañía la suma de \$120.040.044, según consta en la cuenta de cobro No. 10 (vid. Folio 292). Al no haberse previsto un plazo para el pago de esta obligación dineraria a cargo de Terra Barichara S.A.S., esa deuda era exigible desde el 27 de julio de 2009.

El 18 de noviembre de 2010, la asamblea general de accionistas de Terra Barichara S.A.S. se reunió por primera vez, con la participación de Italo Cereghino Cordano y Martha Alicia López. En esa sesión, los accionistas presentes decidieron no tener en cuenta la totalidad de la participación del señor Marco Aquileo Rivera para efectos de calcular el quórum deliberatorio (vid. Folio 55). Según aparece consignado en el acta correspondiente a esa sesión de la asamblea, Italo Cereghino Cordano y Martha Alicia López consideraron que el señor Rivera se encontraba en mora de pagar su aporte, por lo cual se computó el quórum de la siguiente manera:

**Tabla No. 2** *Quórum de la reunión del 18 de noviembre de 2010*

Accionista	Acciones suscritas	Porcentaje de participación
Marco Aquileo José Fidel Rivera	2500	33.33%
Italo Cereghino Cordano	2500	33.33%
Martha Alicia López	2500	33.33%
<b>Total</b>	<b>7.500</b>	<b>100%</b>

A partir de lo anterior, se determinó celebrar la reunión con la presencia de Italo Cereghino Cordano y Martha Alicia López, quienes aparentemente representaban el 66.66% de las acciones en circulación de Terra Barichara S.A.S. Durante esta sesión asamblearia se tomaron importantes decisiones, incluida una capitalización de créditos a favor de los señores Cordano y López (vid. Folio 55 al 66). Como consecuencia de esta capitalización, los porcentajes de participación en Terra Barichara S.A.S. quedaron de la siguiente manera:

**Tabla No. 3** *Composición del capital de Terra Barichara S.A.S. después de la reunión del 18 de noviembre de 2010*

Accionista	Acciones suscritas	Porcentaje de participación
Marco Aquileo José Fidel Rivera	2500	6.1%
Italo Cereghino Cordano	19.183	46.9%
Martha Alicia López	19.201	47%
<b>Total</b>	<b>40.884</b>	<b>100%</b>

Posteriormente, se celebraron reuniones asamblearias los días 8 de febrero y 22 de agosto de 2011, 30 de marzo de 2012, 12 de marzo y 12 de diciembre de 2013 y 20 de marzo de 2014. Para todas estas reuniones, el quórum deliberatorio se calculó de conformidad con una composición de capital diferente de la descrita en la Tabla No.1. El señor Marco Aquileo Rivera no asistió a ninguna de las sesiones en comento (vid. Folio 71 a 142).

Con base en los anteriores hechos, es posible ahora resolver el caso planteado ante el Despacho. Para comenzar, debe establecerse si el señor Marco Aquileo Rivera estuvo en mora de pagarle su aporte a Terra Barichara S.A.S. Como ya se dijo, la obligación del señor Rivera de pagar el saldo de su aporte, \$30.000.000, se hizo exigible el 16 de marzo de 2010. Para esa misma fecha, además, Terra Barichara S.A.S. le debía al señor Rivera la suma de \$120.040.044. Es decir que el 16 de marzo de 2010 se compensaron ambas obligaciones dinerarias, por virtud de lo previsto en el artículo 1715 del Código Civil, debido a que en esa fecha el señor Marco Aquileo Rivera y Terra Barichara S.A.S. eran deudores recíprocos, con obligaciones claras, expresas y exigibles. En consecuencia, el 16 de marzo de 2010 se produjo un pago por

compensación del aporte a cargo del señor Rivera, al paso que la deuda de Terra Barichara S.A.S. a favor de tal sujeto se redujo a \$90.040.044.

Así las cosas, el señor Marco Aquileo Rivera no se encontraba en mora de pagar su aporte en el momento en que se celebró la primera reunión de la asamblea general de accionistas de Terra Barichara S.A.S., vale decir, el 18 de noviembre de 2010. En otras palabras, para esa fecha, el señor Rivera era titular de acciones equivalentes al 50% del capital suscrito de Terra Barichara S.A.S. De ahí que, al no haber asistido el señor Rivera a la sesión asamblearia en comento, no se contó con el quórum requerido para deliberar, al amparo de lo previsto en el artículo 35 de los estatutos sociales. Por consiguiente, las decisiones aprobadas en la reunión del 18 de noviembre de 2010, incluida la capitalización de créditos a que se ha hecho referencia, fueron claramente ineficaces. La misma sanción debe predicarse respecto de las determinaciones adoptadas en las demás reuniones asamblearias celebradas entre el 8 de febrero de 2011 y el 20 de marzo de 2014. En efecto, en vista de que el señor Rivera, titular del 50% del capital suscrito de Terra Barichara S.A.S., no asistió a estas sesiones, en ninguna de ellas se contó con el quórum requerido para deliberar (vid. Folios 55 al 142).

En conclusión, el Despacho encuentra que se han configurado los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia respecto de todas las determinaciones aprobadas por la asamblea general de accionistas de Terra Barichara S.A.S. durante las reuniones celebradas los días 18 de noviembre de 2010, 8 de febrero y 22 de agosto de 2011, 30 de marzo de 2012, 12 de marzo y 12 de diciembre de 2013 y 20 de marzo de 2014.

El apoderado de Terra Barichara S.A.S. ha identificado algunos defectos formales en el poder que le fue otorgado al apoderado de Marco Aquileo Rivera. Según se expresó durante la audiencia de alegatos de conclusión, el citado poder, conferido para controvertir decisiones del máximo órgano social, no hace referencia a una supuesta reunión asamblearia del 15 de julio de 2009. Sin embargo, el Despacho encontró que en esa fecha no se celebró una reunión de la asamblea general de accionistas de Terra Barichara S.A.S., sino que fue en ese momento que se inscribió ante el registro mercantil el documento por cuya virtud se constituyó la compañía (vid. Folio 86). Por este motivo, el Despacho estima innecesario pronunciarse acerca de la supuesta ineficacia de actuaciones que no se cumplieron en el máximo órgano social. También se ha dicho que el poder no es preciso en cuanto a las decisiones asamblearias controvertidas. Con

todo, el Despacho encuentra que el poder sí fue conferido en debida forma, tal y como se expresó en el auto admisorio de la demanda. Ello se debe a que el texto del poder es suficientemente claro respecto de los asuntos que se debatieron en el presente proceso. Finalmente, en cuanto a las modificaciones que habrán de hacerse en el libro de registro de accionistas de Terra Barichara S.A.S., es evidente que la solicitud del apoderado del demandante es una simple consecuencia de la pretensión principal de la demanda, vale decir, el reconocimiento de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia. Por este motivo, se le ordenará al representante legal de Terra Barichara S.A.S. que lleve a cabo todas las actuaciones requeridas para darle cumplimiento a lo expresado en esta sentencia. También se le oficiará a la Cámara de Comercio de Bogotá, a fin de que se inscriba esta sentencia en el registro mercantil que lleva esa entidad.

[...]

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 se han configurado los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia respecto de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de Terra Barichara S.A.S. en las reuniones celebradas los días 18 de noviembre de 2010, 8 de febrero y 22 de agosto de 2011, 30 de marzo de 2012, 12 de marzo y 12 de diciembre de 2013 y 20 de marzo de 2014

**Segundo.** Como consecuencia de lo expresado en el numeral anterior, ordenarle al representante legal de Terra Barichara S.A.S. que adopte todas las medidas necesarias para darle cumplimiento a lo expresado en esta sentencia.

**Tercero.** Ordenarle a la Cámara de Comercio de Bogotá que inscriba esta sentencia en el registro mercantil a su cargo.

**Cuarto.** Condenar en costas a la demandada y fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$616.000.

La anterior providencia se profiere a los nueve días del mes de septiembre de dos mil catorce y se notifica en estrados.

### Sentencia No. 800-56 del 23 de septiembre de 2014

<b>Partes</b>	Luz Marina Durán Chinchilla contra Compañía Libertador S.A.
<b>Asunto</b>	Exclusión de accionistas. Rechazo de pretensiones por actuaciones anteriores de la demandante.

#### Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho busca que se reconozca la ineficacia de diversas decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de Compañía Libertador S.A. Para el efecto, la demandante ha señalado que no fue convocada a las reuniones en las que se aprobaron las aludidas determinaciones, a pesar de detentar la calidad de usufructuaria de acciones emitidas por Compañía Libertador S.A. Por su parte, el apoderado de la sociedad demandada considera que el usufructo mencionado se terminó en el año 2006, por virtud de la extinción de las acciones a que se ha hecho referencia.

Para resolver el presente caso, debe hacerse un breve recuento de los hechos narrados por las partes. La demandante, Luz Marina Durán Chinchilla, celebró un contrato de usufructo con María Magdalena Morales de León, respecto de 400 acciones ordinarias de Compañía Libertador S.A. (vid. Folio 12). Según el texto del respectivo contrato, la usufructuaria contaba con la posibilidad de ejercer los derechos políticos inherentes a las acciones objeto del usufructo, incluido el de 'asistir a las reuniones ordinarias y extraordinarias de la asamblea general de accionistas de la sociedad [...]' (vid. Folio 13). El usufructo en cuestión fue inscrito en el libro de registro de accionistas de Compañía Libertador S.A. el 5 de abril de 2005 (vid Folio 419).

El 27 de enero de 2006, durante una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Compañía Libertador S.A., se excluyó a María Magdalena Morales de León de la sociedad. Según consta en el acta No. 29, los accionistas reunidos en la mencionada sesión asamblearia aprobaron la siguiente determinación: 'Declárese responsable de la conducta consistente en prácticas indebidas en contra de la sociedad contemplada en el artículo

62 de los estatutos a los accionistas María Magdalena Morales de León [...] y en consecuencia, decrétese su exclusión de la sociedad en los términos del artículo 62 de los estatutos, y seguidamente se continúe con el trámite contemplado en dicho artículo' (vid. Folio 417). El mismo día en que se aprobó esta decisión asamblearia, el representante legal de Compañía Libertador S.A. inscribió la exclusión de María Magdalena Morales de León en el libro de registro de accionistas y la cancelación del usufructo que recaía sobre las acciones concernientes (vid. Folio 420). Debe anotarse, por lo demás, que ninguna de las anteriores actuaciones fue controvertida oportunamente ante las instancias judiciales.

El apoderado de Compañía Libertador S.A. ha invocado la exclusión de María Magdalena Morales de León para sostener que la demandante en este proceso no ostenta la calidad de usufruitaria sobre acciones de la sociedad. Para el efecto, el apoderado de la compañía demandada ha hecho referencia al precepto legal contenido en el artículo 865 del Código Civil, a cuyo tenor, 'el usufructo se extingue [...] por la resolución del derecho del constituyente'. Según esta interpretación, al haberse extinguido las acciones que eran de propiedad de María Magdalena Morales de León, el usufructo que recaía sobre tales acciones también se extinguió. De ahí que, según el criterio de Compañía Libertador S.A., la demandante en este proceso no contaba con el derecho a ser convocada las reuniones del máximo órgano social de la compañía con posterioridad al 27 de enero de 2006.

Adicionalmente, el apoderado de la sociedad demandada considera que la extinción del usufructo analizado se produjo por virtud de la anotación que se hizo en el libro de registro de accionistas de Compañía Libertador S.A. el 27 de enero de 2006. Bajo esta interpretación, al haberse inscrito la cancelación del usufructo en el libro correspondiente, la señora Luz Marina Durán Chinchilla habría perdido la posibilidad de ejercer los derechos políticos inherentes a las acciones de Compañía Libertador S.A. El apoderado de la sociedad demandada también ha puesto de presente que la señora Durán Chinchilla nunca controvertió el acto de inscripción aludido. Por este motivo, en el libro de registro de accionistas de Compañía Libertador S.A. no aparece inscrito el usufructo que la demandante pretende hacer valer en este proceso. Con base en lo anterior, el apoderado de la sociedad demandada sostiene que, mientras no aparezca inscrito el usufructo en el libro menciona-

do, Compañía Libertador S.A. no está obligada a convocar a la señora Durán Chinchilla a las reuniones del máximo órgano social.

En este punto debe decirse que podría existir alguna controversia en cuanto a los efectos que tuvo la exclusión de María Magdalena Morales de León respecto del usufructo que le fue conferido a Luz Marina Durán Chinchilla. En verdad, para hacer efectiva la exclusión de María Magdalena Morales de León parece haberse recurrido a la readquisición de acciones, tal y como consta en el acta No. 30, correspondiente a la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Compañía Libertador S.A. celebrada el 6 de febrero de 2006 (vid. Folio 457). De ser ello cierto, las acciones que eran de propiedad de María Magdalena Morales de León no se habrían extinguido por virtud de la exclusión analizada. En efecto, según lo previsto en el artículo 396 del Código de Comercio, la figura de la readquisición no conlleva, automáticamente, la cancelación de las acciones correspondientes, sino apenas la suspensión de los derechos inherentes a esos títulos de participación. Es decir que si las acciones de María Magdalena Morales de León fueron readquiridas por Compañía Libertador S.A., el usufructo estudiado podría continuar vigente. Claro que si los derechos inherentes a tales acciones se encuentran en suspenso por virtud del artículo 396 del Código de Comercio, Compañía Libertador S.A. no habría estado obligada a convocar a la demandante a las reuniones del máximo órgano social.

Por lo demás, el apoderado de la demandante considera que la exclusión de María Magdalena Morales de León y la cancelación del registro del usufructo en los libros de Compañía Libertador S.A. no habrían tenido la virtualidad de extinguir el usufructo en cabeza de Luz Marina Durán Chinchilla. Según lo expresado durante la fijación del objeto del litigio, '[el derecho de usufructo] es un derecho de tipo real que grava la acción y si bien la señora María Magdalena dejó de ser la titular de las acciones, las acciones pervivieron. Entonces no podemos hablar aquí del caso que tipifica el Código Civil de la resolución del derecho, porque aquí las acciones pervivieron en la sociedad y donde van las acciones, van con el gravamen del derecho real constituido sobre ellas [...] lo que se extingue es la nuda propiedad porque el usufructo estaba en cabeza de otra persona. [...] para donde fueron esas acciones fueron con el gravamen constituido a favor de la señora Luz Marina Durán porque la acción no se extinguió'.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 21 de agosto de 2014, folio 390 del expediente (24:50 – 27:47).

A pesar de las circunstancias descritas en los párrafos anteriores, el Despacho desestimarás las pretensiones formuladas en la demanda. Ello se debe a que la propia demandante ha desconocido los efectos del usufructo que intenta hacer valer en este proceso. Esta contradictoria actuación de la demandante se produjo en el curso de un proceso ejecutivo iniciado ante el Juez Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, en contra de varios usufructuarios de acciones de Compañía Libertador S.A. En esa oportunidad, la señora Luz Marina Durán Chinchilla, en su calidad de apoderada de los demandados, apeló a la exclusión aprobada por los accionistas de Compañía Libertador S.A. el 27 de enero de 2006 para rebatir la existencia de diversos contratos de usufructo. Este argumento de defensa fue consignado en un documento radicado ante el Juez Décimo, en el cual la señora Durán Chinchilla manifestó lo siguiente: ‘Conforme a dichos contratos de usufructo, [Hernando León Gómez y María Magdalena Morales de León] se obligaron (entre otras prestaciones) a garantizarle a los usufructuarios el ejercicio de los derechos inherentes a la calidad de accionistas de [Compañía Libertador S.A.] [...]. Mediante comunicación del 30 de enero de 2006 el gerente de [Compañía Libertador S.A.] le informó a [Hernando León Gómez y María Magdalena Morales de León] que la sociedad procedió en forma inmediata a la respectiva cancelación de sus acciones en el libro de registro de accionistas y consecuentemente a la anulación de los registros de los contratos de usufructo [...]. Por lo anterior, el objeto de los contratos cuyo pago persigue el demandante en este proceso ejecutivo es inexistente, o ineficaz de pleno derecho y en consecuencia ha desaparecido del mundo jurídico, no tiene causa y por ende, al ejecutante no le asiste derecho para pretender el cobro contra mis mandantes [...]’ (se resalta) (vid. Folios 88 y 89).

Como puede apreciarse en el texto citado, la interpretación que la demandante le ha presentado a este Despacho es exactamente contraria a la que ella misma invocó en el proceso ejecutivo iniciado ante el Juez Décimo Civil del Circuito de Barranquilla. No puede aceptarse, pues, que la demandante pretenda hacer valer, ante esta entidad, los derechos que desconoció expresamente en otro proceso judicial.<sup>2</sup> Esta circunstancia es suficiente para que el

2 Esta conclusión no cambia por el simple hecho de que el proceso ejecutivo mencionado en el texto principal fue iniciado con fundamento en un contrato de usufructo diferente del que ha sido presentado ante este Despacho. En efecto, la interpretación de la señora Durán Chinchilla en el citado proceso ejecutivo se basa en los mismos supuestos de hecho descritos en la demanda que fue formulada ante esta entidad.

Despacho desestime las pretensiones formuladas en la demanda y le imponga a la demandante la máxima condena en costas permitida para esta clase de procesos.<sup>3</sup>

[...]

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.** Desestimar las pretensiones de la demanda.

**Segundo.** Condenar en costas a la demandante y fijar, a título de agencias en derecho a favor de la sociedad demandada, una suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales.

La anterior providencia se profiere a los veintitrés días del mes de septiembre de dos mil catorce y se notifica en estrados.

3 No está de más advertir que los argumentos formulados por la demandante, en sustento de sus pretensiones, son insuficientes para que este Despacho encuentre configurados los presupuestos que le dan lugar a la sanción de ineficacia. Durante el curso del proceso, el apoderado de la demandante no mencionó los posibles problemas relacionados con la readquisición de acciones descrita en esta sentencia, ni solicitó pruebas para establecer el destino que Compañía Libertador S.A. le ha dado a las acciones posiblemente readquiridas. La única mención sobre estos asuntos se hizo, escuetamente, durante los alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la demandante.

## Sentencia No. 801-81 del 20 de noviembre de 2014

<b>Partes</b>	Alexander Rodríguez contra Jannas Grupo Empresarial S.A.S. y otros
<b>Asunto</b>	Asignación de la carga de la prueba en procesos de abuso del derecho de voto.

### I. Consideraciones del Despacho

El demandante, Alexander Rodríguez, pretende controvertir la capitalización de Jannas Grupo Empresarial S.A.S. que fue aprobada durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada el 21 de febrero de 2012. Como fundamento de sus pretensiones, el demandante ha expresado que los accionistas mayoritarios de la compañía ejercieron en forma abusiva su derecho de voto, por cuanto la referida capitalización tuvo como propósito ‘disminuir la participación accionaria de [Alexander Rodríguez]’ (vid. Folio 2).

Para resolver el presente caso, debe advertirse que este Despacho [...] se ha ocupado en analizar al ejercicio irregular del derecho de voto que se presenta en las denominadas capitalizaciones abusivas. Según se explicó en el caso de Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A., esta figura consiste en aumentar el capital suscrito de una sociedad con el propósito primordial de provocar modificaciones en la distribución porcentual de las acciones en circulación. La capitalización abusiva se presenta, por ejemplo, cuando una emisión primaria de acciones se aprueba para diluir, en forma premeditada, la participación de un asociado en el capital de la compañía. En esta hipótesis, la capitalización no tiene como propósito principal conseguir nuevos recursos para el fondo social, sino que, por el contrario, se convierte en un simple instrumento para expropiar a un accionista.

Este Despacho también ha hecho referencia a la elevada carga probatoria que deben satisfacer quienes propongan una acción judicial por abuso de mayoría. En estas hipótesis, no es suficiente alegar que las decisiones aproba-

das en una reunión asamblearia fueron contrarias a los intereses subjetivos de un accionista minoritario. Para acreditar que se produjo un abuso, debe demostrarse que las actuaciones del mayoritario estuvieron orientadas por una finalidad ilegítima. Ello ocurriría, por ejemplo, si el derecho de voto fue ejercido con la intención deliberada de causarle un perjuicio al accionista minoritario. De no acreditarse esta u otra finalidad ilegítima, las pretensiones judiciales del minoritario serían inexorablemente desestimadas.

Dicho lo anterior, es preciso señalar ahora que el Despacho no cuenta con elementos probatorios para constatar que los accionistas mayoritarios de Jannas Grupo Empresarial S.A.S. actuaron de manera abusiva al aprobar la capitalización objeto de este proceso. En primer lugar, el demandante no aportó suficientes argumentos para controvertir la justificación económica esgrimida por los demandados para aprobar la capitalización bajo estudio. Por el contrario, el señor Alexander Rodríguez parece haber estado de acuerdo con las razones presentadas para darle curso a la emisión de acciones de la compañía. Según consta en el acta No. 5, correspondiente a la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Jannas Grupo Empresarial S.A.S. celebrada el 21 de febrero de 2012, ‘el representante legal [...] expresó que la compañía está en una situación financiera muy difícil [...] se hace necesario abrir un portafolio de servicios que permitan generar recursos durante los días en que los activos de la compañía son improductivos [...]. Se hace necesaria la capitalización de la compañía en el menor tiempo posible’ (vid. Folio 26). Con base en estas explicaciones, el señor Rodríguez votó a favor de la propuesta consistente en aumentar el capital autorizado de la sociedad demandada (id.). Es claro, pues, que el demandante no ha presentado argumentos para desvirtuar la justificación económica que motivó la capitalización de Jannas Grupo Empresarial S.A.S.

En segundo lugar, debe anotarse que la emisión primaria a que se ha hecho referencia se llevó a cabo con sujeción al derecho de preferencia. Esta circunstancia consta en el punto cuarto de la citada acta No. 5, en la que quedó consignada la decisión de ‘colocar doscientas mil (200.000) acciones en tesorería de acuerdo con el derecho de preferencia entre los actuales accionistas’ (vid. Folio 26). Lo anterior quiere decir que los accionistas mayoritarios le dieron al señor Rodríguez la oportunidad de suscribir una parte de las acciones emitidas por Jannas Grupo Empresarial S.A.S. En este orden de ideas,

el Despacho no encontró indicios de que los mayoritarios hayan decidido emitir acciones a sabiendas de que el señor Rodríguez no contaría con los recursos suficientes para ejercer su derecho de preferencia.

Por lo demás, el demandante no aportó pruebas adicionales para sustentar la posible intención lesiva detrás de la capitalización aprobada por los accionistas mayoritarios de Jannas Grupo Empresarial S.A.S. En consecuencia, se desestimarán las pretensiones de la demanda.

[...]

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.** Desestimar las pretensiones de la demanda.

**Segundo.** Condenar en costas al demandante y fijar, a título de agencias en derecho a favor de los demandados, una suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

La anterior providencia se profiere a los veinte días del mes de noviembre de dos mil catorce y se notifica en estrados.

## Sentencia No. 801-86 del 22 de diciembre de 2014

<b>Partes</b>	Jhon Fredy Díaz Arbeláez contra Noreña & Díaz S.A.S.
<b>Asunto</b>	Reuniones asamblearias inexistentes

### I. Consideraciones del Despacho

El demandante le ha solicitado al Despacho que reconozca la inexistencia de las decisiones adoptadas en dos reuniones asamblearias, ambas denominadas por derecho propio, de Noreña & Díaz S.A.S. Según aparece en las actas No. 1 y 2, las mencionadas sesiones tuvieron lugar el 31 de marzo y el 1º de abril de 2013, respectivamente. En criterio del demandante, sin embargo, 'Noreña y compañía fabricaron las actas para dar cuenta de reuniones inexistentes' (vid. Folio 11). Por su parte, el apoderado de la demandada ha sostenido que 'las reuniones se celebraron, ante la falta de convocatoria y incumplimiento de los deberes de administrador de John Fredy Díaz Arbeláez' (vid. Folio 173).

Para resolver el presente caso, es preciso referirse a lo previsto en el artículo 189 del Código de Comercio, según el cual, 'la copia de [las actas de la asamblea] [...] será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas'.<sup>1</sup> Esta regla de valoración probatoria ha frustrado los intentos de numerosos demandantes por controvertir, ante este Despacho, la veracidad de lo acontecido en reuniones de los órganos sociales. En el caso de Jaime Dorronsoro Tenorio y Cía. S.C.A. contra El Canelo S.A., por ejemplo, el Despacho aclaró que 'a las sociedades demandantes les correspondía la carga de desvirtuar la información con-

<sup>1</sup> También pueden mencionarse otras disposiciones que le confieren pleno valor probatorio a las actas de la asamblea general de accionistas de una compañía. Por una parte, en el artículo 68 del Código de Comercio se establece que 'los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente.' Así mismo, en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil se señala que 'se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma'.

signada en el acta No. 58. [...] Una vez revisadas las pruebas disponibles, el Despacho debe concluir que no existen suficientes elementos de juicio para desestimar el valor probatorio que la ley les confiere a las actas de [...] una compañía'.<sup>2</sup>

Es claro, entonces, que al demandante que intente controvertir la veracidad de lo expresado en un acta del máximo órgano social le corresponde una importante carga probatoria. Para establecer si en el presente caso se ha cumplido con esa carga, debe hacerse un breve recuento del marcado conflicto que se presentó entre Jhon Fredy Díaz y Álvaro Noreña por la tenencia de un establecimiento de comercio denominado Egapán, ubicado en el aeropuerto de Rionegro, Antioquia.

## 1. Hechos

Tras la constitución de Noreña & Díaz S.A.S. el 5 de abril de 2010, el señor Noreña le aportó a la sociedad el establecimiento de comercio Egapán, cuya explotación representa la única actividad económica desarrollada por esa compañía (vid. Folios 112 y 168). Una vez efectuados la totalidad de los aportes al fondo social, el capital de Noreña & Díaz S.A.S. quedó distribuido simétricamente entre los señores Díaz y Noreña, a razón de 4.000 acciones ordinarias por accionista (vid. Folio 62). Además, en el acto de constitución de la compañía, el señor Díaz fue designado como representante legal principal, mientras que el señor Noreña ocupó el cargo de suplente (vid. Folio 59).

A mediados de 2011, se presentaron marcadas diferencias personales entre los accionistas Díaz y Noreña. Como resultado de este conflicto, el señor Noreña inició un proceso policivo en contra del señor Díaz, a fin de recuperar la tenencia del establecimiento Egapán. El 25 de octubre de 2011, una Inspección de Policía decretó una medida cautelar, por cuya virtud la tenencia de Egapán le fue entregada al señor Jhon Mario Marín Henao, en calidad de 'depositario, administrador temporal y responsable del establecimiento de comercio [...]' (vid. Folio 53). Ese mismo día, el señor Marín le entregó la tenencia del establecimiento Egapán al señor Noreña, por ser este último el 'único propietario, tenedor y administrador del establecimiento de comercio' (vid. Folio 55).

<sup>2</sup> Cfr. Sentencia No. 801-3 del 10 de enero de 2014

Casi dos años después, en junio de 2013, el referido proceso policivo llegó a su fin. En la decisión que adoptó la Inspección de Policía, se determinó que la tenencia sobre el establecimiento Egapán debía serle restituida a Noreña & Díaz S.A.S. en el término de cinco días.<sup>3</sup> Es decir que el señor Noreña estaba obligado a entregarle la tenencia sobre Egapán al señor Díaz, representante legal principal de la sociedad.<sup>4</sup> La Inspección de Policía emitió esta orden el 24 de junio de 2013.

El 2 de julio de 2013—apenas una semana después de la orden emitida por la Inspección de Policía—se intentó inscribir, ante el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Rionegro, el nombramiento del señor Noreña como representante legal principal de Noreña & Díaz S.A.S., en reemplazo del señor Díaz. Para el efecto, se presentó el acta No. 1, en la que se alude a las deliberaciones acontecidas en una reunión por derecho propio celebrada el 31 de marzo de 2013 (vid. Folio 34). Según el texto del acta No. 1, el quórum de esa sesión asamblearia estuvo conformado únicamente por el señor Noreña, titular de 4.000 acciones ordinarias de Noreña & Díaz S.A.S. (id.). El acta No. 1 fue firmada por el señor Noreña, en calidad de presidente y por Elkin Yesid Salazar, quien actuó como secretario (vid. Folio 35).

El 8 de julio de 2013, la Cámara de Comercio de Rionegro rechazó la inscripción del acta No. 1, con base en dos notorias falencias. La Cámara advirtió, primero, que la reunión por derecho propio se había celebrado en una fecha distinta de la prevista en el artículo 422 del Código de Comercio y, segundo, que no se había conformado el quórum con un número plural de accionistas (vid. Folios 116 y 171).

El 16 de julio de 2013, unos días después del rechazo del acta No. 1, se intentó inscribir en el registro mercantil el acta No. 2. En este documento se da cuenta de una segunda reunión por derecho propio en la que, una vez más, la asamblea general de accionistas de Noreña & Díaz S.A.S. determinó nombrar al señor Noreña como representante legal principal de la compañía. En esta segunda reunión por derecho propio, celebrada el 1º de abril de 2013,

<sup>3</sup> La orden impartida consistió en 'realizar la entrega real y material del [...] establecimiento de comercio [Egapán], mediante acta de devolución. Entrega que se realizará a la persona que en el momento de imposición de la medida cautelar (realizada el día [25] de octubre de 2011) detentaba la tenencia y administración del mismo [...]' (vid. Folio 53).

<sup>4</sup> Las pruebas consultadas por el Despacho permiten establecer que, para la época, aún continuaba vigente el agudo conflicto entre los señores Noreña y Díaz.

se atendieron, con varios meses de antelación, los requerimientos que la Cámara de Comercio de Rionegro habría de formular en el mes de julio de ese mismo año. Según se expresó en la citada acta No. 2, la segunda reunión por derecho propio no sólo tuvo lugar en la fecha prevista en el artículo 422 del Código de Comercio, sino que, para su celebración, se contó con un número plural de accionistas. Una vez aceptado el registro del acta No. 2, el señor Noreña hizo valer su calidad de representante legal principal de Noreña & Díaz S.A.S. para ejercer la tenencia ininterrumpida del establecimiento de comercio Egapán.<sup>5</sup>

## 2. Acerca de las reuniones controvertidas

Los hechos narrados en la sección anterior dan cuenta de las particulares circunstancias que rodearon la celebración de las reuniones controvertidas en este proceso.

Es a lo menos atípico, por ejemplo, que se hayan celebrado dos reuniones consecutivas, con apenas un día de diferencia, para aprobar una misma decisión. Durante el curso del presente proceso, el apoderado de la sociedad demandada explicó que esa redundancia obedeció a una confusión respecto de la fecha en que debía celebrarse la reunión por derecho propio.<sup>6</sup> Según esta versión de los hechos, fue necesario repetir la reunión celebrada el 31 de marzo de 2013—un día que no fue ni hábil, ni formó parte del mes de abril—debido a la ambigua redacción del artículo 422 del Código de Comercio.<sup>7</sup> Bajo esta interpretación, mucho antes del fallido intento por registrar el acta No.1, los señores Noreña y Salazar habían advertido las posibles falencias en la celebración de la reunión del 31 de marzo. Con todo, tales sujetos decidieron registrar el acta No. 1 (correspondiente a la reunión del 31 de marzo)

5 El acta No. 2 fue firmada por el señor Noreña, en calidad de presente y por Elkin Yesid Salazar, quien actuó como secretario (vid. Folio 39).

6 'Efectivamente las reuniones sí se realizaron. Y la primera, como dice el apoderado de la parte demandante, efectivamente no la registraron, porque la ley prohíbe que se hagan reuniones por derecho propio el 31 de marzo y deben de ser el primero de abril, precisamente se incurrió en ese error y se realizaron las dos'. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 20 de mayo de 2014, folio 300 del expediente (19:10).

7 Según el tenor literal del artículo 422 del Código de Comercio, 'Si no fuere convocada, la asamblea se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad'. A pesar de la claridad del texto citado, el apoderado de la sociedad demandada expresó que 'ante el desconocimiento que se tenía, se hizo una el 31 de marzo y otra el 1 de abril. Entonces las reuniones sí ocurrieron y efectivamente se realizaron, no como efectivamente lo quiere hacer parecer el apoderado de la parte demandante [...]'. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 20 de mayo de 2014, folio 300 del expediente (31:04)

en lugar de presentar ante la Cámara de Comercio de Rionegro el acta No. 2 (correspondiente a la reunión del 1º de abril). En este sentido, si los señores Noreña y Salazar habían decidido celebrar una reunión el 1º de abril para remediar las falencias de la reunión del 31 de marzo, no es claro por qué decidieron registrar el acta No. 1, en lugar de la No. 2.

Adicionalmente, llama la atención que, en la víspera de la reunión del 1º de abril, el señor Noreña haya decidido cederle un par de acciones a su apoderado, el señor Salazar.<sup>8</sup> Como ya se dijo, este negocio jurídico le permitió al señor Noreña anticiparse, por varios meses, a las exigencias que formularía la Cámara de Comercio de Rionegro en julio de 2013.<sup>9</sup> Una vez más, a pesar de haber detectado las falencias de la reunión del 31 de marzo, los señores Noreña y Salazar decidieron inscribir el acta No. 1, en lugar de la No. 2.

También deben resaltarse las fechas escogidas para inscribir las actas No. 1 y 2 ante la Cámara de Comercio de Rionegro. Según lo expresado anteriormente, el señor Noreña decidió inscribir la primera acta el 2 de julio de 2013, es decir, apenas una semana después de haberse emitido la orden que le devolvería la tenencia del establecimiento Egapán al señor Díaz. A su vez, la segunda acta fue inscrita el 16 de julio, unos días después de que se negara el registro del acta No. 1. Durante el testimonio practicado por el Despacho, el señor Salazar explicó que '[las actas] se llevaron a registro en fechas posteriores porque la ley tampoco dice que tienen que llevarlas inmediatamente'.<sup>10</sup>

A la luz de lo anterior, debe decirse que para este Despacho resulta inverosímil la versión de los hechos que ha ofrecido el apoderado de la sociedad demandada. Las múltiples incongruencias explicadas en los párrafos anteriores son suficientes para concluir que el señor Noreña confeccionó las actas No. 1 y 2, en un malogrado intento por apoderarse de la representación legal de Noreña & Díaz S.A.S., con el propósito de evitar que el señor Díaz asumiera la tenencia del establecimiento de comercio Egapán. Este Despacho encuentra más factible la versión del apoderado

8 Según el señor Salazar, '[compré las acciones] el primero de abril de 2013'. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 20 de mayo de 2014, folio 300 del expediente (1:07:37)

9 Es posible que, para celebrar la reunión del 31 de marzo de 2013, los señores Noreña y Salazar se hayan anticipado a lo expresado por este Despacho en el Auto No. 801-16006 del 23 de septiembre de 2013—según el cual no se requiere pluralidad para celebrar reuniones por derecho propio en una sociedad por acciones simplificada—y que un día después, el 1º de abril, hayan descartado esta tesis por razones que no han sido reveladas.

10 Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 20 de mayo de 2014, folio 300 del expediente (35:46)

del demandante, para quien '[se] fabricaron las [actas] que dan cuenta de reuniones inexistentes, a efectos de que cuando se vieran forzados a restituir [el establecimiento Egapán], quien debiera recibir fuera el mismo Noreña' (vid. Folio 11).<sup>11</sup> Así las cosas, debido a que el apoderado del señor Díaz Arbeláez ha cumplido ampliamente con la carga de desvirtuar el valor probatorio de las actas No. 1 y 2, las pretensiones formuladas en la demanda habrán de prosperar.

Por lo demás, el Despacho debe censurar la conducta del señor Noreña en el curso de la disputa suscitada entre los accionistas de Noreña & Díaz S.A.S. Durante el presente proceso, el señor Noreña manifestó que cuenta con una reclamación legítima en contra del señor Díaz, a quien considera un simple 'socio facilitador' que, en realidad, no efectuó aportes para la constitución de Noreña & Díaz S.A.S. Sin embargo, en lugar de presentar esa situación ante las autoridades judiciales, el señor Noreña recurrió a actuaciones irregulares para resolver su conflicto con el señor Díaz. Como se ha dicho en otras oportunidades, 'este Despacho no puede aceptar, en ningún caso, que los conflictos entre empresarios se resuelvan mediante vías de hecho como la que le dio origen al presente proceso'.<sup>12</sup>

Finalmente, el Despacho le remitirá el expediente del proceso a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que esa entidad estudie si se han presentado hechos punibles en el presente caso.

[...]

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.** Advertir la inexistencia de las decisiones adoptadas en las reuniones de la asamblea general de accionistas de Noreña & Díaz S.A.S. supues-

<sup>11</sup> Según el apoderado del demandante, 'en realidad no hubo tales reuniones, ni del 31 de marzo, ni del 1 de abril. Todo se trata de una puesta en escena del señor Noreña y de su apoderado, para evitar a toda costa y de manera fraudulenta, que el administrador de derecho de la sociedad Noreña & Díaz S.A.S., ejerza sus facultades como administrador'. Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 20 de mayo de 2014, folio 300 del expediente (7:54)

<sup>12</sup> Sentencia No. 801-43 del 23 de julio de 2013.

tamente celebradas los días 31 de marzo y 1º de abril de 2013, según consta en las actas No. 1 y 2.

**Segundo.** Oficiarle al representante legal de Noreña & Díaz S.A.S. para que tome las medidas requeridas para darle cumplimiento a lo expresado en esta sentencia.

**Tercero.** Oficiarle a la Cámara de Comercio de Rionegro para que efectúe las anotaciones que correspondan en el registro mercantil a su cargo.

**Cuarto.** Condenar a la demandada a pagarle al demandante una suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales, a título de agencias en derecho.

**Quinto.** Remitirle el expediente de este proceso a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que esa entidad estudie si se han presentado hechos punibles en el presente caso.

La anterior providencia se profiere a los veintidós días del mes de diciembre de dos mil catorce y se notifica en estrados.

### Sentencia No. 801-3 del 9 de enero de 2015

<b>Partes</b>	Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation contra Axede S.A.
<b>Asunto</b>	Ejecución judicial de pactos sobre la elección de miembros de la junta directiva.

#### Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a controvertir las decisiones adoptadas durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Axede S.A. celebrada el 22 de marzo de 2013. Para tal efecto, los demandantes han invocado diversas irregularidades acontecidas durante la mencionada reunión asamblearia, según se explica a continuación.

[...]

#### Elección de los miembros de la junta directiva de Axede S.A.

Los demandantes han controvertido la elección de la junta directiva de Axede S.A. efectuada durante la reunión del 22 de marzo de 2013. Para el efecto, se ha invocado el acuerdo suscrito entre los accionistas de la compañía el 19 de septiembre de 2008. En verdad, la apoderada de los demandantes considera que los accionistas mayoritarios incumplieron las obligaciones previstas en la cláusula tercera del mencionado convenio, debido a que el pacto para elegir a los directores de Axede S.A. 'no fue acatado por los representantes de Colmenares S.A., Tribeca Fund I, FCP, Tribeca General Partners One S.A. y Woodmont Services S.A.' (vid. Folio 27).

Debe decirse que el debate acerca del incumplimiento del referido acuerdo de accionistas se surtió ante un tribunal arbitral, el cual declaró 'que Colmenares S.A., Tribeca Fund I FCP y Woodmont Services S.A. incumplieron con la cláusula tercera del Acuerdo de Accionistas en relación con Allbri-

ght Enterprises Corporation, Bentbrook Trading Corporation y Summertree Trading Corporation, desde el día 30 de marzo de 2012' (vid. página 195 del laudo). Como fundamento de lo anterior, los árbitros designados para el efecto transcribieron el contenido de la cláusula tercera del acuerdo de accionistas antes mencionado, por cuya virtud la junta directiva de Axede S.A. debe estar conformada por tres miembros postulados por las sociedades vinculadas a Colmenares S.A. y dos por los asociados relacionados con Carlos Alberto Sierra. Así, pues, el incumplimiento declarado por el tribunal consistió en que, durante la reunión asamblearia del 22 de marzo de 2013, se eligió a una junta directiva conformada por cuatro miembros postulados por las compañías afiliadas a Colmenares S.A. y apenas un miembro de la plancha presentada por los accionistas vinculados a Carlos Alberto Sierra (vid. páginas 109 a 114 del laudo).

Al haber sido reconocido el incumplimiento del referido acuerdo de accionistas, le corresponde ahora a este Despacho estudiar la pretensión formulada en contra de la elección de la junta directiva de Axede S.A. adelantada durante la reunión del 22 de marzo de 2013. Para comenzar, debe decirse que este Despacho ya se ha pronunciado acerca de la importancia de cumplir con las obligaciones pactadas en acuerdos de accionistas. En la Sentencia 801-16 del 23 de abril de 2013, por ejemplo, esta entidad señaló lo siguiente: 'Es necesario llamar la atención sobre la importancia que reviste asegurar el estricto cumplimiento de los acuerdos celebrados entre los accionistas de una compañía. Esta afirmación encuentra soporte no sólo en la ya analizada función económica que cumplen esta clase de convenios, sino también en la necesidad de hacer efectivos los postulados que rigen la celebración y ejecución de contratos en Colombia, particularmente en lo que respecta al artículo 1602 del Código Civil'.

En la citada sentencia también se hizo un breve análisis acerca de la posibilidad de controvertir decisiones sociales con base en el incumplimiento de acuerdos de accionistas celebrados al amparo de lo previsto en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995. Según lo expresado en esa providencia, es posible descontar judicialmente los votos computados en contravención de lo previsto en un acuerdo oponible a la sociedad. Así, pues, 'no es posible computar los votos emitidos en contra de un acuerdo oponible, para efectos de conformar la voluntad social, expresada en el seno de la asamblea. En caso de que tales votos

se tuviesen en cuenta para aprobar una determinación asamblearia, se habría violado la disposición imperativa del artículo 70, por lo cual podría solicitarse a una autoridad judicial que los descontara del respectivo escrutinio'.

Ahora bien, de conformidad con las pruebas aportadas por las partes durante el curso del presente proceso, es claro que la cláusula objeto de estudio le resulta oponible a Axede S.A. Se trata, en verdad, de un pacto de voto respecto de la manera en que los accionistas de la compañía habrán de votar durante las reuniones del máximo órgano social. Además, según se expresó en el laudo arbitral antes citado, Summertree Trading Corporation, uno de los demandantes en este proceso, no revestía la calidad de administradora en Axede S.A. al momento de celebrarse el acuerdo en mención. Además, el vínculo contractual de Carlos Alberto Sierra respecto del acuerdo de accionistas *sub examine* fue declarado nulo por el tribunal de arbitramento que emitió el laudo en cuestión. Por último, el Despacho pudo establecer que se cumplió con el requisito del depósito a que alude el artículo 70 de la Ley 222, según lo expresado en la Cláusula Vigésima Novena del respectivo convenio, según la cual 'este Acuerdo de Accionistas será entregado y depositado ante el representante legal de la Compañía en las oficinas de administración de la Compañía, en los términos y para los efectos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995'.

A la luz de lo anterior, deberán descontarse los votos computados en contra de lo previsto en el referido acuerdo de accionistas, en lo atinente a la elección de la junta directiva de Axede S.A. llevada a cabo el 22 de marzo de 2013. En este orden de ideas, por tratarse de una decisión aprobada conforme al método del cociente electoral, el Despacho deberá analizar el escrutinio de los votos emitidos a favor de cada una de las dos listas presentadas ante la asamblea general de accionistas durante la reunión antes citada. Según el contenido del acta No. 30, los votos emitidos por las compañías vinculadas a Colmenares S.A. fueron suficientes para designar, por la aplicación directa del cociente electoral, a los tres primeros miembros principales y suplentes postulados en la Lista No. 1. A su vez, los votos de las sociedades afiliadas a Carlos Alberto Sierra se destinaron a la elección por cociente, para el cuarto renglón de la junta directiva, de los sujetos incluidos en el primer renglón de la Lista No. 2. El quinto renglón de la junta directiva fue provisto tras cotejar los votos residuales emitidos a favor de ambas listas. Debido a que los votos residuales de las sociedades vinculadas a Colmenares S.A. superaron a los

de los accionistas relacionados con Carlos Alberto Sierra, los sujetos postulados en el cuarto renglón de la Lista No. 1 fueron elegidos al quinto renglón de la junta directiva.

Así las cosas, el incumplimiento del convenio estudiado se concretó, específicamente, con la elección, en el quinto renglón de la junta directiva, de los sujetos postulados en el cuarto renglón de la Lista No. 1, vale decir, Pablo Camilo Sánchez y Carlos Andrés Gómez. Ello se debe a que, para el momento en que fueron elegidos tales sujetos, las compañías vinculadas a Colmenares S.A. ya habían designado a tres miembros principales y suplentes de la junta directiva de Axede S.A. Es decir que, conforme a lo previsto en el acuerdo de accionistas a que se ha hecho referencia, la designación de las personas que habrían de ocupar el quinto renglón de la junta directiva le correspondía a los asociados vinculados a Carlos Alberto Sierra.

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho descontará los votos residuales computados a favor de los señores Pablo Camilo Sánchez y Carlos Andrés Gómez durante la reunión del 22 de marzo de 2013. En consecuencia, se declarará la nulidad de la elección de los aludidos sujetos, en los términos de la tercera pretensión subsidiaria formulada por los demandantes.

Por lo demás, es evidente que, luego de descontados los votos residuales computados a favor de los señores Pablo Camilo Sánchez y Carlos Andrés Gómez Echeverry, las personas postuladas en el segundo renglón de la Lista No. 2 habrían obtenido suficientes votos para ocupar el quinto renglón de la junta directiva de Axede S.A. Con todo, en vista del alcance de las pretensiones formuladas en la demanda, el Despacho no emitirá un pronunciamiento específico sobre este particular.

Finalmente, debe advertirse que la presente sentencia no abarca las elecciones de la junta directiva de Axede S.A. acaecidas con posterioridad al 22 de marzo de 2013.

[...]

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 la nulidad de la decisión de designar a los señores Pablo Camilo Sánchez y Carlos Andrés Gómez en el quinto renglón de la junta directiva de Axede S.A., cuya aprobación se produjo durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas celebrada el 22 de marzo de 2013.

**Segundo.** Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

**Tercero.** Abstenerse de emitir una condena en costas.

La anterior providencia se profiere a los nueve días del mes de enero de dos mil quince y se notifica en estrados.

## Sentencia No. 800-50 del 8 de mayo de 2015

<b>Partes</b>	Alienergy S.A. contra Álvaro José Márquez y Gestión Orgánica GEO S.A.S.
<b>Asunto</b>	Abuso de minoría. Ejercicio irregular del derecho de veto.

### I. Consideraciones del Despacho

Alienergy S.A. ha iniciado este proceso para controvertir las actuaciones desplegadas por Álvaro José Márquez, en su calidad de accionista minoritario de Gestión Orgánica GEO S.A.S. Según se afirma en la demanda, el señor Márquez ha ejercido en forma abusiva su derecho de voto, al impedir reiteradamente la celebración de un proceso de emisión primaria de acciones de la compañía. En sustento de lo anterior, el apoderado de Alienergy S.A. ha puesto de presente que las actuaciones del demandado ‘afecta[n] la estructura financiera de la sociedad y pone[n] en peligro la sostenibilidad de la misma, transgrediendo los intereses de la compañía, lo que sin duda alguna, constituye un voto abusivo, del cual se deriva un grave perjuicio [...]’. (vid. Folio 7). A su vez, la apoderada del demandado ha sostenido que el ejercicio del veto por parte del señor Márquez obedeció no sólo a preocupaciones legítimas acerca de la necesidad de la capitalización, sino también a la carencia de suficiente información sobre las diferentes propuestas sometidas a consideración de los accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S.<sup>1</sup>

Para resolver la controversia suscitada entre las partes, el Despacho presentará, inicialmente, algunas consideraciones acerca del ejercicio derecho de veto.

<sup>1</sup> Cfr. Grabación de la audiencia celebrada el 16 de enero de 2015, folio 793 del expediente (16:32 - 30:12)

## 1. Acerca del ejercicio del derecho de veto

La posibilidad de ejercer derechos de veto es uno de los principales mecanismos de protección de accionistas minoritarios.<sup>2</sup> Esta clase de prerrogativas—cuyo origen puede encontrarse en la introducción, por vía legal o estatutaria, de mayorías calificadas o requisitos de unanimidad para la adopción de decisiones en los órganos sociales—hace posible que los minoritarios participen en la gestión de los negocios de la compañía. Por ejemplo, un asociado podrá invocar su derecho de veto cuando albergue cuestionamientos legítimos acerca de la conveniencia financiera de una determinada operación o no cuente con suficientes datos para tomar una decisión informada. En casos como éstos, la existencia del veto hará forzoso atender a las objeciones de la minoría, sin que el mayoritario pueda imponer su voluntad de manera unilateral.

El derecho de veto también permite contrarrestar, con bastante efectividad, el problema de agencia que se presenta entre accionistas mayoritarios y minoritarios en sociedades cerradas.<sup>3</sup> En verdad, los minoritarios que puedan vetar decisiones sociales contarán con un mecanismo para regular el monto de las rentas privativas (*private benefits of control*) que perciben los accionistas controlantes.<sup>4</sup> Ello se debe a que la existencia del veto hace imposible que el mayoritario pueda ejercer sus derechos políticos en forma arbitraria, en la medida en que deberá obtener la anuencia de los minoritarios para la adopción de decisiones. Por ejemplo, al sujetar la emisión primaria de acciones a una mayoría calificada pactada en los estatutos, deberán concertarse con los minoritarios los términos de la operación propuesta. Tales asociados contarán entonces con la posibilidad de bloquear capitalizaciones abusivas, vale decir, aquellas concebidas principalmente para modificar la distribución porcentual del capital suscrito.<sup>5</sup>

2 FH O'Neal y RB Thompson, *Oppression of Minority Shareholders and LLC Members* (2004, 2ª ed., Thomson West) Sección 9.8.

3 L Enriques, H Hansmann y R Kraakman, 'The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies' en R Kraakman y otros (eds), *The Anatomy of Corporate Law* (2009, OUP, Oxford) 92-94.

4 Esta función del veto es similar a la que pueden cumplir los acuerdos de accionistas, según se explicó en la Sentencia No. 801-16 del 23 de abril de 2013, emitida por este Despacho en el caso de Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros

5 Para un análisis de la capitalización abusiva y la usurpación de participaciones sociales (equity tunnelling) puede verse la Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014, emitida por esta Superintendencia en el caso de Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A.

Esta función del veto como un mecanismo de protección de minoritarios puede apreciarse también en algunas de las normas legales que consagran mayorías calificadas o requisitos de unanimidad para la aprobación de decisiones, como en el caso de la regla contenida en el último inciso del artículo 3º de la Ley 222 de 1995.<sup>6</sup> En esta disposición se consagró la obligación de aprobar, por el voto unánime de los asociados presentes en la respectiva reunión, aquellas escisiones en las que se descomponga la simetría en los porcentajes de participación de los asociados de la compañía escindida en la beneficiaria.<sup>7</sup> Por virtud de este veto de origen legal, los asociados minoritarios podrán oponerse a la celebración de escisiones que tengan por efecto la dilución de sus participaciones porcentuales de capital.

Aunque es claro que los derechos de veto cumplen la importante función económica de resguardar los intereses de los accionistas minoritarios, se ha reconocido también la posibilidad de que esta prerrogativa sea usada abusivamente.<sup>8</sup> Cuando se emplea el veto en forma desleal—por ejemplo, como un simple instrumento de coerción para extraer, de parte del controlante, concesiones financieras exorbitantes—pueden producirse resultados manifiestamente injustos.<sup>9</sup> De ahí que en los regímenes societarios contemporáneos suelen censurarse los intentos de la minoría por usar el veto en detrimento de la compañía o los demás asociados.<sup>10</sup> En Francia, por ejemplo, puede invocarse la figura del abuso de minoría (*abus de minorité*) en aquellos casos en los que un accionista bloquee una operación con el fin de obtener un provecho económico a expensas del interés

6 Otro ejemplo puede encontrarse en la mayoría calificada consagrada en el numeral 5 del artículo 420 del Código de Comercio para la emisión de acciones sin sujeción al derecho de preferencia.

7 Según lo previsto en artículo citado en el texto principal, 'los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquella, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participación diferente.

8 FH Easterbrook y D Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991, Harvard University Press, Boston) 248.

9 Z Goshen ha analizado en detalle los problemas económicos que se presentan cuando el derecho de veto es ejercido en forma desleal, es decir, con el propósito de favorecerse a expensas de la compañía o los demás asociados (Voting (Sincerely) in Corporate Law (2001) 2 THEORETICAL INQ IN L 815). En sentido análogo, L Enriques, G Hertig y H Kanda han puesto de presente que el otorgamiento de derechos de veto respecto de operaciones con sociedades vinculadas al mayoritario podría dar lugar a que los minoritarios bloqueen operaciones justas con fines extorsivos (*minority holdup*) ('Related-Party Transactions' en R Kraakman y otros (eds.) (2009) 180).

10 FH O'Neal y RB Thompson (2004) 9-23.

social.<sup>11</sup> Sin embargo, para que pueda predicarse un abuso de minoría, algunas cortes francesas exigen que la operación obstaculizada sea de especial trascendencia para la gestión de los negocios de la compañía.<sup>12</sup> En los Estados Unidos, por su parte, el uso oportunista del derecho de veto ha sido entendido como una violación de los deberes fiduciarios que el minoritario le debe tanto al controlante como a la sociedad.<sup>13</sup> Es posible entonces que el minoritario actúe en contra de sus deberes cuando emplea el veto para extorsionar a los demás asociados, con miras a lucrarse personalmente.<sup>14</sup>

Ahora bien, en la legislación societaria colombiana se han previsto criterios bastante definidos para establecer si la minoría ha actuado en forma reprochable.<sup>15</sup> Según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, ‘se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada’. En este punto es relevante señalar que la regla del artículo 43 ha sido empleada por este Despacho para juzgar la existencia de abusos de mayoría en la aprobación de procesos de capitalización,<sup>16</sup> la retención de uti-

lidades<sup>17</sup> y la remoción de administradores.<sup>18</sup> En estos casos, para reprimir la conducta abusiva de los mayoritarios, se hizo énfasis en que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista controlante se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados. Debe advertirse que esta pauta de conducta resulta igualmente relevante al momento de juzgar la manera en que un accionista minoritario ha usado el derecho de veto. En efecto, tal y como lo dispone el artículo 43 de la referida Ley 1258, un asociado minoritario actuará en forma abusiva cuando se valga del veto para ocasionar un daño u obtener una ventaja injustificada. Claro que, al igual a como ocurre con el abuso de mayoría, los asociados que propongan una acción por el ejercicio irregular del derecho de veto deben satisfacer una elevada carga probatoria.<sup>19</sup> Para acreditar que se produjo un abuso de esta naturaleza, debe demostrarse entonces que las actuaciones del minoritario estuvieron motivadas por alguna de las finalidades ilegítimas antes referidas.

En vista de lo expresado, parece perfectamente admisible que un minoritario ejerza el veto con fundamento en cuestionamientos razonables acerca de la conveniencia de una operación. Tampoco parece reprochable usar el veto para hacerle frente a conductas opresivas del accionista controlante, tales

11 P Le Cannu y B Dondero, *Droit des Sociétés* (4ª ed., 2012, Montchrestien, Paris) 100.

12 Sentencia del 16 de diciembre de 2009 de la Sala Civil de la Corte de Casación.

13 FH O’Neal y RB Thompson (2004) 9-20.

14 Cfr., por ejemplo, el caso de *Smith v. Atlantic Properties* (12 Mass. App. Ct 201, 422 N.E.2d 798, 1981). También es relevante consultar el caso de *Luck Continent Ltd v Cheng Chee Tock Theodore* [2013] 4 HKLRD 181 (Hong Kong CA), en el cual una corte de Hong Kong censuró las actuaciones de un accionista minoritario.

15 Este Despacho ya se ha pronunciado, aunque brevemente, acerca de la posibilidad de que el derecho de veto sea usado en forma abusiva. Según se dijo en el caso de *Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros*, ‘en la práctica, el convenio de voto estudiado les confiere a [los accionistas minoritarios] un derecho de veto respecto de cualquier proceso de capitalización que se proponga adelantar Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. El ejercicio desmedido o inadecuado de esa prerrogativa podría dar lugar a la iniciación de procesos judiciales por abuso del derecho’ (sentencia No. 801-16 del 23 de abril de 2013).

16 *Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A* (sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014) ([...] la capitalización controvertida en este proceso estuvo dirigida, principalmente, a despojar a CAHC de su mayoría accionaria en CAH Colombia S.A., en un aparente intento por evitar que la compañía china le vendiera su bloque mayoritario a un tercero diferente del señor Pinzón. [...] el Despacho encontró, en las pruebas aportadas por las partes, suficientes indicios para cuestionar la rectitud de ánimo del señor Pinzón al aprobar las operaciones objeto de este proceso. [...] el patrón de conducta analizado—la aprobación de una emisión primaria sin sujeción al derecho de preferencia, en una reunión por derecho propio, con los accionistas minoritarios como únicos destinatarios de la correspondiente oferta de suscripción, en medio de un conflicto intrasocietario respecto del control de CAH Colombia S.A—no encuentra justificación en las necesidades de liquidez invocadas por la sociedad demandada, particularmente en vista de las diferentes propuestas de financiación discutidas entre el señor Pinzón y CAHC a finales del año 2011’.

17 *Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S.* (sentencia No. 800-44 del 18 de julio de 2014) (‘Los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., movidos por sus diferencias con Isabel Cristina Sánchez, han decidido, repetidamente, abstenerse de repartir las cuantiosas utilidades generadas por la compañía [...] luego de revisar las numerosas pruebas aportadas por las partes, el Despacho no pudo corroborar la existencia de proyectos que justifiquen la retención reiterada de las utilidades generadas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S [...] la conducta de los mayoritarios ha estado orientada por la finalidad de privar a Isabel Cristina Sánchez de las utilidades generadas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., en represalia por la posible violación de un pacto de exclusividad para la prestación de servicios de conmutación de multas de tránsito’).

18 *Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S* (sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013) (‘la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. se consumó de manera intempestiva y en el curso de un conflicto intrasocietario, poco tiempo después de que Edwin Gil Tobón hiciera efectivo el mecanismo de información descrito en el acápite precedente, con el efecto de que Serviucis S.A. fue reemplazado por un director vinculado al bloque de accionistas mayoritarios liderado por Mauricio Vélez Cadavid. Se trata, a todas luces, de un patrón de conducta que denota una intención premeditada de perjudicar a Serviucis S.A. y, correlativamente, procurar que el bloque mayoritario pudiera ejercer un control irrestricto sobre la operación de NCSC S.A.S. Debe concluirse, pues, que el bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid ejerció el derecho de voto de una manera que desborda el límite de lo permisible bajo el ordenamiento jurídico colombiano’).

19 Para un análisis sobre la asignación de la carga probatoria en procesos de abuso del derecho de voto por mayoría, cfr. los casos de *Alexander Rodríguez contra Jannas Grupo Empresarial S.A.S. y otros* (sentencia No. 801-81 del 20 de noviembre de 2014) y de *Operaciones Técnicas Marinas (O.T.M.) S.A.S. contra Ferrocem Alquimar (Ferroalquimar) S.A* (sentencia No. 800-78 del 14 de noviembre de 2014).

como las que se presentan bajo la denominada exclusión inducida (*squeeze-out o freeze-out*).<sup>20</sup> Bajo esta última hipótesis, el veto cumpliría su ya explicada función como uno de los principales mecanismos de protección de accionistas minoritarios. Por el contrario, puede pensarse que actúa en forma abusiva el accionista que, movido por diferencias personales con el controlante, bloquea en forma reiterada la adopción de decisiones sociales sin una justificación discernible. También puede ser abusivo el veto que busque entorpecer la gestión de los negocios sociales para favorecer, en forma subrepticia, a una sociedad competidora en la que el minoritario detente una participación significativa de capital.

Dicho lo anterior, debe llamarse ahora la atención sobre las dificultades conceptuales que conlleva restringir, por vía judicial, el ejercicio del derecho de veto.<sup>21</sup> El problema radica en que cualquier límite que se imponga respecto del uso de esta prerrogativa puede desdibujar su función como mecanismo de protección de asociados minoritarios. Si el juez no tiene en cuenta factores tales como la finalidad para la cual fue conferido el veto o el trasfondo real de las relaciones entre los asociados, podrían frustrarse las expectativas económicas legítimas de los minoritarios. Puede ocurrir entonces que un asociado quede indefenso ante la conducta oportunista del controlante, a pesar de haber convenido protecciones estatutarias (p.ej. un sistema de mayorías calificadas) como una condición indispensable para invertir en la compañía.<sup>22</sup> Es claro, pues, que el juicio que se haga de la conducta del minoritario dependerá de la circunstancias particulares de cada caso.

## 2. El caso de Gestión Orgánica GEO S.A.S.

La demanda de Alienergy S.A. está basada en la idea de que el ejercicio del derecho de veto por parte del señor Márquez constituyó un abuso de minoría.<sup>23</sup> El principal fundamento de esta postura está relacionado con la necesidad urgente de capitalizar a Gestión Orgánica GEO S.A.S., a fin de aten-

<sup>20</sup> Para una explicación de esta figura, cfr. la sentencia No. 800-44 del 18 de julio de 2014.

<sup>21</sup> FH Easterbrook y D Fischel (1991) 248.

<sup>22</sup> Id.

<sup>23</sup> El señor Márquez, titular del 40% de las acciones de Gestión Orgánica GEO S.A.S., puede vetar todas las decisiones que se sometan a consideración de la asamblea general de accionistas de la compañía por virtud de la mayoría calificada del consagrada en artículo 29 de los estatutos sociales, según el cual, 'las decisiones de la asamblea se adoptarán con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos el 81% de las acciones con derecho a voto presentes en la respectiva reunión'.

der los múltiples requerimientos ambientales de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca. En criterio del apoderado de la demandante, de no obtenerse los recursos objeto de la capitalización, se haría imposible continuar con el desarrollo del objeto social de Gestión Orgánica GEO S.A.S. Ante esta imperiosa necesidad de procurar una inyección de capital, Alienergy S.A. considera que el señor Márquez ha actuado en forma arbitraria, en contra de los intereses de Gestión Orgánica GEO S.A.S., al oponerse de modo reiterado a la capitalización propuesta (vid. Folios 6 a 8).<sup>24</sup>

Así las cosas, para establecer si en el presente caso se ha presentado un abuso de minoría, será preciso analizar tanto los fundamentos invocados para proponer la emisión primaria de acciones a que se ha hecho referencia, como las razones expresadas por el señor Márquez para oponerse a tal operación.

### A. Las investigaciones adelantadas por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca

Como ya se dijo, el caso presentado por Alienergy S.A. se basa en la necesidad de capitalizar a Gestión Orgánica GEO S.A.S., con el propósito de financiar las adecuaciones exigidas por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CARC). Una vez revisadas las pruebas disponibles, el Despacho pudo establecer que, en efecto, la CARC ha adoptado diferentes medidas con respecto a la actividad de compostaje adelantada por Gestión Orgánica GEO S.A.S. La primera decisión de la CARC que resulta relevante para el presente proceso está consignada en la Resolución No. 139 del 31 de julio de 2013.<sup>25</sup> Tal y como puede apreciarse en el texto de esa providencia, durante una visita a las instalaciones de la planta de compostaje administrada por Gestión Orgánica GEO S.A.S., la CARC estableció que la actividad desarrollada por la compañía estaba generando un impacto ambiental negativo. Según se expresa en la Resolución No. 139, 'existe afectación grave a los recursos agua, suelo y paisaje principalmente [...]. [E]xiste una alteración al recurso suelo, debido al proceso de saturación al cual es sometido, ya que no está impermeabilizado [...]. El manejo inadecuado del

<sup>24</sup> Según se afirma en la demanda, la 'actitud arbitraria del socio que se niega a dar su voto favorable a la forzosa capitalización que requiere la compañía [...] se considera un total abuso del derecho a la luz de nuestra legislación colombiana' (vid. Folio 6).

<sup>25</sup> Existen otras medidas anteriores a la capitalización que no parecen ser relevantes para los efectos del presente proceso.

proceso de compostaje puede afectar la microfauna y microflora [...]. La calidad del aire en el área de influencia del predio [...] se ve afectada por la emisión de olores ofensivos [...]’ (vid. Folios 97 y 98).

En vista de las circunstancias antes mencionadas, la CARC le ordenó a Gestión Orgánica GEO S.A.S. suspender, en forma inmediata, las actividades de disposición de residuos que se cumplían en la planta de la sociedad. Según lo expresado en la Resolución No. 139, la orden impartida por la CARC estaría vigente hasta el momento en que Gestión Orgánica GEO S.A.S. acreditara el cumplimiento de diversas medidas para remediar las irregularidades detectadas. Entre los correctivos exigidos por la CARC pueden mencionarse el tratamiento de los suelos del área de compostaje, la instalación de cubiertas y áreas de almacenamiento, la creación de sistemas especiales de tratamiento de líquidos y el diseño de programas de mejoramiento ambiental (vid. Folio 108).

Ahora bien, durante una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S. celebrada el 5 de septiembre de 2013 se discutió el impacto que podría tener la suspensión de actividades ordenada por la CARC. En el curso de las deliberaciones, el representante legal de Gestión Orgánica GEO S.A.S. manifestó que era indispensable adelantar un proceso de capitalización para cumplir con tales requerimientos, debido a que el cierre de la planta de compostaje le generaría cuantiosos perjuicios a la sociedad (vid. Folios 252). En respuesta a las intervenciones del representante legal de Gestión Orgánica GEO S.A.S., la apoderada de Alienergy S.A. propuso adelantar un proceso de emisión de acciones para recaudar \$1.000.000.000. Sin embargo, el señor Márquez ejerció su derecho de veto para impedir que se aprobara la operación propuesta. Según consta en el acta No. 16, el señor Márquez manifestó que ‘no está de acuerdo con la capitalización hasta tanto la gerencia no presente de manera adecuada y con la debida anticipación el proyecto que sustente dicha capitalización de manera idónea y acertada [...]’ (id.). Ante las afirmaciones del señor Márquez, la apoderada de Alienergy S.A. expresó lo siguiente: ‘Alienergy solicita que se realice la capitalización inmediata para el levantamiento de la medida preventiva y para las inversiones necesarias para el buen funcionamiento de la compañía ya que ésta no cuenta con los recursos necesarios ni con posibilidades de financiación. Alienergy considera que el informe

presentado por el gerente es suficiente para aprobar la capitalización propuesta’ (vid. Folio 254).

El 17 de octubre de 2013—es decir, poco más de un mes después de la reunión en la que se rechazó la capitalización de Gestión Orgánica GEO S.A.S.—la CARC decidió levantar la medida preventiva que había impuesto por virtud de la Resolución No. 139. Para tal efecto, según consta en la Resolución No. 219, se adujo que ‘las condiciones a las cuales estaba sometida la vigencia de la medida preventiva [...] han sido cumplidas’ (vid. Folio 143). En la misma Resolución No. 219 se estableció, adicionalmente, que Gestión Orgánica GEO S.A.S. debía cumplir con ciertas obligaciones, incluidas las de sembrar nuevos árboles, llevar a cabo mantenimientos preventivos y recuperar una porción de la ronda de protección del Río Bogotá (vid. Folio 144).

El 6 de diciembre de 2013 se celebró una nueva reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S. En esa oportunidad, los accionistas de la compañía discutieron tres propuestas diferentes para superar sus diferencias, vale decir, aprobar la capitalización a que se ha hecho referencia, proceder a la disolución y liquidación de la sociedad o pactar las condiciones para una compra o venta de acciones entre Alienergy S.A. y el señor Márquez (vid. Folio 279). La apoderada de Alienergy S.A. puso de manifiesto su interés en llevar a cabo la capitalización, para lo cual, en su calidad de presidenta de la reunión, aludió a las pérdidas generadas por la compañía, así como al costo que implicaría cumplir con las recomendaciones efectuadas por la CARC en la Resolución No. 219 del 17 de octubre de 2013 (id.). Por su parte, el señor Márquez optó por la disolución o la compraventa de acciones, en tanto en cuanto había perdido ‘el interés de continuar con la sociedad’ (id.). En vista de que los accionistas no llegaron a un acuerdo sobre las diferentes propuestas antes mencionadas, se aprobó recaudar más información acerca de los costos de la disolución y ordenarle al representante legal que preparara una ‘proyección de rentabilidad de la capitalización para un posible traslado de la planta’ (vid. Folio 280). Adicionalmente, Alienergy S.A. y el señor Márquez iniciaron negociaciones para que este último le vendiera su participación accionaria en Gestión Orgánica GEO S.A.S. a aquella sociedad. Durante una reunión asamblearia posterior, celebrada el 21 de enero de 2014, se acordó que si los accionistas no llegaban a un acuerdo respecto de una propuesta de compraventa que había formu-

lado Alienergy S.A., el representante legal de Gestión Orgánica GEO S.A.S. habría de presentar un estudio sobre la posible liquidación de la compañía (vid. Folio 284).

### **B. Acerca de las razones esgrimidas por el señor Márquez para oponerse a la capitalización**

Es preciso ahora examinar las razones invocadas por el demandado para justificar el ejercicio de su derecho de veto. Una vez revisadas las actas de la asamblea general de accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S., el Despacho pudo constatar que el señor Márquez impidió la capitalización de la compañía en cuatro oportunidades diferentes, vale decir, durante las reuniones del 3 de julio y del 3 de diciembre de 2012, así como en las del 26 de marzo y 5 de septiembre de 2013. Para tal efecto, se dijo que las capitalizaciones propuestas no guardaban relación con los requerimientos formulados por la CARC y que el demandado no contaba con suficiente información acerca de tales operaciones.

Por una parte, durante el interrogatorio practicado por el Despacho, el señor Márquez afirmó que, ‘el proyecto que presentaron [en la reunión de asamblea del 3 de diciembre de 2012] era una capitalización para una planta de Alicachín [...]. GEO nunca tuvo una planta o proyecto en Alicachín [...]. Entonces, en razón de que ese proyecto era desconocido para la empresa y no se presentaron soportes adecuados para esa inversión, el voto mío fue desaprobar esa capitalización [...]’.<sup>26</sup> Adicionalmente, el demandado expresó lo siguiente respecto de la capitalización propuesta el 26 de marzo de 2013: ‘Álvaro José Márquez manifiesta que no considera necesario una capitalización, debido a que hoy la sociedad genera utilidades anuales superiores a 200 millones de pesos y sugiere solo unas modificaciones de tipo operativo que son necesarias para el mejoramiento de la planta actual, por lo cual su voto ante la capitalización es negativo. El accionista además manifiesta que la capitalización presentada en la asamblea extraordinaria citada en el mes de diciembre, incluye la compra de unos predios y la inversión en una planta en el sur de la ciudad llamada Alicachín, proyecto que no fue presentado en detalle’ (vid. Folio 63). Por lo demás, en cuanto a la capitalización analizada durante la asamblea del 5 de septiembre de 2013, el señor Márquez señaló

<sup>26</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 29 de mayo de 2014, folio 513 del expediente (20:45 – 22:15)

que ‘yo propuse aplazar la decisión de capitalización ya que necesitábamos mayor información para aceptar una capitalización de ese tipo, ya que [...] no se habían presentado adecuadamente los proyectos de capitalización. Siempre se ponían unas cifras sobre la mesa y sin mayor explicación querían que se le diera aprobación. [...] fui reiterativo en sugerir realizar una asamblea extraordinaria a la mayor brevedad posible pero con un proyecto bien sustentado y bien aprobado’.<sup>27</sup>

#### *(i) Relación entre las capitalizaciones y los requerimientos de la CARC*

Para valorar los argumentos presentados por el señor Márquez, lo primero que debe decirse es que tres de las capitalizaciones objetadas se debatieron en la asamblea general de accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S. antes de que la CARC impusiera la primera de las medidas preventivas mencionadas en la demanda. En efecto, mientras que los requerimientos de la CARC fueron plasmados en la Resolución No. 139 del 31 de julio de 2013, las emisiones primarias en cuestión se propusieron durante reuniones asamblearias celebradas los días 3 de julio y 3 de diciembre de 2012 y 26 de marzo de 2013. Esta circunstancia podría tomarse como un indicio de que las capitalizaciones debatidas durante las mencionadas sesiones asamblearias no estuvieron relacionadas con el cumplimiento de las órdenes impartidas por la CARC.

Es posible, sin embargo, que los accionistas o administradores de Gestión Orgánica GEO S.A.S. se hubieran anticipado a los requerimientos que habría de formular la CARC. De ser ello cierto, las tres capitalizaciones analizadas podrían haber obedecido a la necesidad de adecuar las instalaciones de la compañía para evitar la intervención administrativa de la referida entidad, tal y como lo ha planteado Alienergy S.A.<sup>28</sup> A pesar de lo anterior, una revisión de las actas concernientes permite concluir que las capitalizaciones en comento no buscaron atender, en forma preliminar, las órdenes que habría de impartir la CARC. En la reunión extraordinaria del 3 de julio de 2012, por ejemplo, se propuso una capitalización de \$500.000.000 para ‘llevar a

<sup>27</sup> Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 29 de mayo de 2014, folio 513 del expediente (25:28 – 27:29).

<sup>28</sup> Durante la reunión asamblearia del 5 de septiembre de 2013, la apoderada de la sociedad demandante expresó lo siguiente: ‘Alienergy solicita votar para una capitalización de mil millones de pesos, la cual se viene solicitando desde principios de este año (enero) y que si se hubiese hecho a tiempo no se hubiera presentado la medida preventiva actual que tiene sin operación a la planta y causándole unos altos perjuicios’ (vid. Folio 254).

cabo 2 proyectos de aprovechamiento de residuos, uno en Cajicá y otro en la planta de Alicachín' (vid. Folios 220 y 221). Algo similar se dijo durante la sesión asamblearia del 3 de diciembre de 2012 para justificar una inyección de capital por \$500.000.000, cuyo importe sería utilizado para 'el montaje de una planta en Alicachín, con el fin de manejar 10 a 15 mil toneladas de productos recibidos y 3 mil toneladas de compost' (vid. Folio 240). Finalmente, en la reunión ordinaria del 26 de marzo de 2013, se propuso la consecución de nuevos recursos, sin especificar una cifra determinada, para 'permitir la continuación del funcionamiento óptimo de la planta y a su vez permitir su crecimiento [...]' (vid. Folio 248).

Así las cosas, parece suficientemente claro que las capitalizaciones propuestas durante las reuniones de la asamblea general de accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S. celebradas entre el 3 de julio de 2012 y el 26 de marzo de 2013 no guardaron relación con las medidas impuestas por la CARC en julio de 2013.

Ahora bien, según lo expuesto en el acápite anterior, en la sesión asamblearia del 5 de septiembre de 2013 sí se hizo referencia expresa a la Resolución No. 139 de la CARC. En verdad, la apoderada de Alienergy S.A. propuso una inyección de capital por \$1.000.000.000 con fundamento en que 'la empresa debe ser capitalizada de manera urgente e inmediata ya que contra [ella] existe una medida preventiva que se debe levantar' (vid. Folio 253). A pesar de lo anterior, el Despacho pudo establecer que la cuantía de la capitalización propuesta no guardó relación con la estimación del representante legal de Gestión Orgánica GEO S.A.S. respecto de los gastos en que habría de incurrir la compañía para cumplir con las órdenes de la CARC. En efecto, el citado administrador presentó un informe en el que cuantificó el costo de acatar las exigencias de la CARC en un rango de entre \$250.574.960 y \$272.849.960 (vid. Folios 267 a 269). Es decir que la capitalización propuesta por la apoderada de Alienergy S.A. no parece haber obedecido exclusivamente a la necesidad de darle cumplimiento a lo expresado por la CARC.

En este sentido, la suma de \$1.000.000.000 mencionada por la apoderada de Alienergy S.A. parece guardar mayor relación con los recursos requeridos para financiar un proyecto de expansión descrito por el representante legal de Gestión Orgánica GEO S.A.S. durante la misma reunión del 5 de septiembre. Bajo esta propuesta, se dispondría de \$1.264.149.000 para mejorar

las instalaciones de la sociedad o \$1.722.148.869 en la construcción de una nueva planta (vid. Folio 264). Una inversión de similares características fue propuesta por una ingeniera ambiental contratada por la sociedad, en cuyo criterio debían invertirse \$1.177.080.465 para 'realizar un proceso de compostaje óptimo y eficiente en la planta actual o futuras plantas de la sociedad' (vid. 584).<sup>29</sup>

La simple lectura de los documentos mencionados en el párrafo anterior es suficiente para concluir que tanto en la propuesta del representante legal como en la de la ingeniera ambiental se incluyeron gastos que no guardaban una relación directa con las órdenes de la CARC, como, por ejemplo, la compra de vehículos automotores y una inversión en 'imagen corporativa' (vid. Folios 264 y 584). Esta última aseveración encuentra sustento también en el informe preparado por la agróloga Julia Elvira Castellanos, para quien 'de los \$1.177.080.465 de inversión planteados [...], no más del 10% de este monto estaría orientado a cumplimientos de requisitos CAR' (vid. Folio 605).

*(ii) Carencia de suficiente información sobre las capitalizaciones*

Otro de los argumentos utilizados por el señor Márquez para oponerse a la capitalización de Gestión Orgánica GEO S.A.S. consistió en que carecía de suficiente información para estudiar adecuadamente la conveniencia de las operaciones proyectadas. Sobre este punto debe decirse que algunos de los cuestionamientos del señor Márquez fueron repetidos por el perito designado por el Despacho para calcular los perjuicios derivados de la imposibilidad de capitalizar a la compañía. Una vez revisada la contabilidad de la sociedad, el referido experto encontró, por ejemplo, que 'la contabilidad no se lleva en debida forma y [...] no reúne las características de confiabilidad y utilidad' (vid. Folio 665). En el informe presentado ante el Despacho se afirmó también que 'los estados financieros de Gestión Orgánica GEO S.A.S. no reflejan la verdadera situación financiera de la compañía' (vid. Folio 666). Tales circunstancias le sirvieron de base al mencionado perito para sostener que la información financiera registrada en los libros de la sociedad no era suficientemente confiable como para 'realizar cálculos o

<sup>29</sup> En el mismo informe se dice que 'las inversiones en que incurra GEO para el cumplimiento de lo requerido por la CAR para el levantamiento de la medida [...] sólo se deberían realizar siempre y cuando se tome la decisión de seguir trabajando en el mismo predio por un tiempo que permita el retorno de la inversión o de lo contrario invertirlo en un nuevo lugar donde se pueda ejecutar la actividad económica sin ninguna restricción' (vid. Folio 585).

proyecciones [...] de probables utilidades futuras (lucro cesante) o de determinación de un posible daño emergente' (vid. Folio 655). De ahí que, en la sección de conclusiones, el perito hubiese manifestado que 'no es posible determinar los presuntos perjuicios por daño emergente y lucro cesante' (vid. Folio 666).

En este orden de ideas, debe recordarse que los perjuicios reclamados por Alienergy S.A. están basados en 'el lucro cesante de la sociedad GEO como consecuencia de la medida preventiva impuesta por la CAR mediante la Resolución 139 del 31 de julio de 2013 [...] junto con la afectación patrimonial que sufre Gestión Orgánica GEO S.A.S., por no efectuar y ajustar sus procesos a los términos de un manejo ambiental [...] (vid. Folio 3). Es decir que los perjuicios mencionados en la demanda están atados a la necesidad de capitalizar a Gestión Orgánica GEO S.A.S., con el objetivo de cumplir con los requerimientos ambientales a que se hecho alusión. Con todo, si el perito experto designado por el Despacho no pudo establecer la razonabilidad financiera de la inyección de capital propuesta, parece a lo menos factible que el señor Márquez hubiera albergado dudas sobre esa operación.

### C. Conclusión

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho debe concluir que el señor Márquez no actuó en forma abusiva al votar en contra de la capitalización de Gestión Orgánica GEO S.A.S. durante las reuniones asamblearias celebradas entre el 3 de julio de 2012 y el 5 de septiembre de 2013. Ciertamente, las razones invocadas por el señor Márquez para ejercer su derecho de veto no sólo son verosímiles, sino que, además, encuentran asidero en las diferentes pruebas recaudadas durante el curso del presente proceso. También debe advertirse que las propuestas de capitalización estudiadas por el Despacho no parecen haber obedecido exclusivamente a la necesidad de cumplir con las órdenes de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca. En este sentido, las pruebas disponibles denotan el interés de Alienergy S.A. por expandir la capacidad industrial de Gestión Orgánica GEO S.A.S. Aunque la motivación de la demandante es meritoria, no puede perderse de vista que ella misma aceptó conferirle un derecho de veto al señor Márquez respecto de todas las propuestas sometidas a consideración del máximo órgano so-

cial.<sup>30</sup> Al haberse otorgado esa prerrogativa, Alienergy S.A. no puede decidir unilateralmente emprender un ambicioso plan de expansión en Gestión Orgánica GEO S.A.S., sin haber concertado los términos de ese proyecto con el señor Márquez.

La conclusión expresada en el párrafo anterior no significa que el señor Márquez pueda usar su derecho de veto en forma arbitraria. En verdad, como ya se explicó, esa prerrogativa no podrá ser empleada con el fin de ocasionar un daño o para obtener una ventaja injustificada, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. En el presente caso, sin embargo, el señor Márquez demostró que su conducta estuvo orientada por cuestionamientos legítimos sobre la necesidad de capitalizar a Gestión Orgánica GEO S.A.S. Es por ello que el Despacho puede concluir, sin formular consideraciones adicionales, que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

### D. Hechos acaecidos con posterioridad a las capitalizaciones estudiadas

Mientras se cumplían las negociaciones entre Alienergy S.A. y el señor Márquez, la CARC emitió una nueva orden, mediante la Resolución No. 73 del 7 de marzo de 2014, para que Gestión Orgánica GEO S.A.S. suspendiera sus actividades de compostaje. En esa providencia, la CARC puso de presente que en noviembre de 2013 se había modificado el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del municipio de Funza en tal forma que Gestión Orgánica GEO S.A.S. no podría continuar operando su planta. Según el texto de la Resolución No. 73, la 'actividad de compostaje no es compatible con los usos del suelo establecidos en el PBOT vigente' (Folio 458). La precitada reforma del Plan Básico de Ordenamiento Territorial llevó a que, durante la reunión ordinaria de la asamblea celebrada el 28 de marzo de 2014, los accionistas de Gestión Orgánica GEO S.A.S. discutieran la necesidad de liquidar la compañía (vid. Folio 298).<sup>31</sup> A pesar de lo anterior, es posible que la asamblea con-

<sup>30</sup> Este derecho de veto, inicialmente conferido a favor de Alienergy S.A., fue mantenido en los estatutos sociales con posterioridad al momento en que aquella compañía se hizo a una mayoría accionaria en Gestión Orgánica GEO S.A.S. En ese momento también se celebró un acuerdo de parasocial por cuya virtud se le confirieron varias prerrogativas al señor Márquez (vid. Folios 503 al 511).

<sup>31</sup> En esa sesión asamblearia, el apoderado del señor Márquez propuso diseñar un 'plan de desmonte' para facilitar el trámite de liquidación, al paso que la representante de Alienergy S.A. insistió en la necesidad de disolver la compañía 'debido a que la planta no puede seguir operando para recibir residuos [...] y la sociedad no cuenta con los recursos económicos para el traslado de la planta' (id.).

sidere nuevamente la necesidad de capitalizar a la sociedad para trasladar la planta de compostaje a una nueva ubicación. De someterse una propuesta de esta naturaleza ante el máximo órgano social, es claro que el señor Márquez no podrá valerse exclusivamente de las consideraciones presentadas en esta sentencia para oponerse, sin más, a la capitalización de Gestión Orgánica GEO S.A.S.

[...]

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.** Desestimar las pretensiones de la demanda.

**Segundo.** Condenar en costas a Alienergy S.A. y fijar como agencias en derecho a favor de los demandados y a cargo de la demandante una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

La anterior providencia se profiere a los siete días del mes de mayo de dos mil quince y se notifica en estrados.

### Sentencia No. 800-54 del 15 de mayo de 2015

<b>Partes</b>	Jovalco S.A.S. contra Construcciones Orbi S.A.
<b>Asunto</b>	Abuso del derecho de voto por paridad.

### I. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante el Despacho busca controvertir la conducta de Construcciones Orbi S.A., en su calidad de socia de Servicios Automotores Regionales (Sares) Ltda. Para tal efecto, Jovalco S.A.S. ha puesto de presente que la sociedad demandada ejerció abusivamente los derechos de voto inherentes al 50% de las cuotas sociales de Sares Ltda., durante las reuniones de la junta de socios celebradas el 13 de abril de 2013 y el 31 de marzo de 2014. En particular, se ha dicho que Construcciones Orbi S.A. actuó en forma irregular al hacer imposible la adopción de diversas determinaciones, incluidas la aprobación de estados financieros de fin de ejercicio, la fijación de los honorarios de la representante legal de Sares Ltda. y la instauración de una acción social de responsabilidad en contra de tal administradora.

Antes de resolver la controversia suscitada entre las partes, se formularán algunas consideraciones acerca del abuso del derecho de voto que puede presentarse cuando el capital social se encuentra distribuido en bloques de participación paritaria.<sup>1</sup>

Como lo ha expresado el Despacho en otras oportunidades, en la legislación societaria colombiana se han previsto criterios bastante definidos para esta-

<sup>1</sup> Desde ahora debe advertirse que las reglas de abuso del derecho de voto contempladas en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 resultan aplicables para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por virtud de lo previsto en el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011 y en el literal e del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso.

blecer si un asociado ha ejercido su derecho de voto en forma censurable.<sup>2</sup> Según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, ‘se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada’. En el mismo artículo se aclara, además, que la actuación reprochable de un asociado puede producirse ‘tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad’. En este sentido, el Despacho ha empleado la regla del artículo 43 para reprender la conducta de asociados mayoritarios en la aprobación de procesos de capitalización,<sup>3</sup> la retención de utilidades<sup>4</sup> y la remoción de administradores.<sup>5</sup> En estos casos, se hizo énfasis en que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista controlante se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados.

En un pronunciamiento reciente, emitido en el caso de Alienergy S.A. contra Álvaro José Márquez, el Despacho analizó la figura del abuso de minoría en el contexto del ejercicio de derechos de veto. Según lo expresado en la sentencia No. 800-50 del 8 de mayo de 2015, ‘aunque es claro que los derechos de veto cumplen la importante función económica de resguardar los intereses de los accionistas minoritarios, se ha reconocido también la posibilidad de que esta prerrogativa sea usada abusivamente. Cuando se emplea el veto en forma desleal—por ejemplo, como un simple instrumento de coerción para extraer, de parte del controlante, concesiones financieras exorbitantes—pueden producirse resultados manifiestamente injustos. De ahí que en los regímenes societarios contemporáneos suelen censurarse los intentos de la minoría por usar el veto en detrimento de la compañía o los demás asociados’. En la sentencia citada también se apuntó que ‘tal y como lo dispone el artículo 43 de la referida Ley 1258, un asociado minoritario actuará en forma abusiva cuando se valga del veto para ocasionar un daño u obtener una ventaja injustificada. Claro que, al igual a como ocurre con el abuso de mayoría, los asociados que propongan una acción por el ejercicio irregular

2 Cfr., por ejemplo, las sentencias No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013, 800-20 del 27 de febrero de 2014, 800-44 del 18 de julio de 2014, 801-81 del 20 de noviembre de 2014 y 800-50 del 8 de mayo de 2015.

3 Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A (sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014).

4 Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S. (sentencia No. 800-44 del 18 de julio de 2014).

5 Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S (sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013).

del derecho de veto deben satisfacer una elevada carga probatoria. Para acreditar que se produjo un abuso de esta naturaleza, debe demostrarse entonces que las actuaciones del minoritario estuvieron motivadas por alguna de las finalidades ilegítimas antes referidas’.

La tercera modalidad de abuso del derecho de voto contemplada en el artículo 43 de la Ley 1258 se presenta en sociedades en las que el capital está distribuido simétricamente entre dos bloques accionarios. En estas hipótesis, ninguno de los grupos contará con suficientes votos para configurar una mayoría decisoria en el máximo órgano social. Ello quiere decir que cada bloque tendrá un derecho de veto respecto de todas las propuestas sometidas a consideración de la asamblea o junta de socios. La actuación abusiva se produce cuando un asociado se vale de la posibilidad de obstruir la toma de decisiones, con el propósito de causar un daño u obtener una ventaja injustificada.<sup>6</sup> El abuso de paridad se asemeja entonces al abuso de minoría, en la medida en que, en ambas hipótesis, un asociado emplea en forma malintencionada su derecho de veto.<sup>7</sup>

Formuladas las anteriores precisiones, es posible ahora analizar el caso presentado por Jovalco S.A.S.

## 1. Acerca de la acción social de responsabilidad

Como ya se dijo, Jovalco S.A.S. considera que Construcciones Orbi S.A. actuó en forma abusiva al evitar la aprobación de una acción social de responsabilidad en contra de la representante legal de Sares Ltda., durante una reunión de la junta de socios celebrada el 13 de abril de 2013.<sup>8</sup> En este orden de

6 Para un análisis de esta figura, cfr. a FH Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada (3ª ed., 2013, Editorial Legis, Bogotá) 141.

7 P Le Cannu y B Dondero, Droit des Sociétés (2012, 4ª ed., Montchrestien, Paris) 102. Es relevante consultar también la opinión de la Corte de Casación francesa, a cuyo criterio ‘el abuso de paridad [...] presupone que las actuaciones de los asociados demandados no solamente hubieran hecho imposible aprobar una operación de especial trascendencia para la gestión de los negocios de la compañía, sino, además, que tal conducta hubiere estado orientada por la intención de obtener un provecho económico a expensas de los demás asociados’ (Sentencia del 16 de diciembre de 2009 de la Sala Civil de la Corte de Casación).

8 Según lo expresado por el apoderado de Jovalco S.A.S., se ha propuesto ‘iniciar las acciones legales correspondientes [en contra de la señora Ortega Valbuena] a fin de determinar su responsabilidad patrimonial y la indemnización de perjuicios que ella debe darle o debe pagar a la sociedad Sares Ltda., acción que se corresponde adelantarla ante la jurisdicción ordinaria. Sin embargo [...] en la asamblea de junta de socios no se logra obtener una decisión por cuanto siempre es votada negativamente la proposición por parte del representante legal de la sociedad Construcciones Orbi S.A.’ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 18 de diciembre de 2014, folio 98 del expediente (1:53-8:19).

ideas, es preciso señalar que, bajo las reglas previstas en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, la decisión de iniciar una acción social de responsabilidad debe ser aprobada con el voto positivo de la mayoría de las acciones o cuotas sociales representadas en la respectiva reunión. Este sistema de autorización previa permite que los asociados puedan deliberar acerca de la conveniencia de controvertir la responsabilidad de los administradores, de modo que la acción correspondiente se interponga tan sólo cuando obedezca a los mejores intereses de la sociedad.<sup>9</sup>

Debe advertirse, sin embargo, que la regla del artículo 25 de la Ley 222 ha hecho inviable, en la práctica, el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad. En compañías cerradas, la gestión de la empresa social suele estar a cargo del accionista controlante, quien podrá ocupar cargos en la administración o delegarle tal función a personas de su confianza. En estos casos, será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad bajo el sistema de autorización previsto en el citado artículo 25. En verdad, la decisión de presentar la acción respectiva dependerá del voto del accionista controlante, vale decir, la persona que tiene a su cargo, en forma directa o indirecta, la administración de la sociedad.<sup>10</sup> Es entonces poco probable que el controlante decida tramitar un proceso judicial en contra de sí mismo o, incluso, en contra de las personas que ha designado para ocupar cargos en la administración. La probabilidad de que se inicie una acción social de responsabilidad es aún menor si los perjuicios que justifican la demanda provienen de una operación que favoreció en forma exclusiva al asociado controlante.

Las circunstancias antes descritas pueden tener un impacto sustancial sobre los intereses económicos de los accionistas minoritarios. Ello se debe a que la acción social de responsabilidad es el único medio previsto en el ordenamiento colombiano para resarcir los perjuicios sufridos por una compañía como consecuencia de la violación de los deberes de los administradores.<sup>11</sup>

9 Es factible, por ejemplo, que una compañía tenga razones legítimas para abstenerse de demandar a un administrador, a pesar de haberse verificado una violación de los deberes a cargo de tal funcionario (P Davies, *Principles of Modern Company Law* (2008, 8ª Ed, Sweet & Maxwell, Londres) 605-606).

10 En criterio de Martínez Neira, 'uno de los clásicos ejemplos del conflicto de interés es el que se presenta para el socio que a la vez es administrador de la sociedad y enfrenta una acción social de responsabilidad. [...] A pesar del evidente conflicto de interés que se observa frente a esta hipótesis, lo cierto es que el art. 25 de la ley 222 de 1995 nada dice al respecto'. NH Martínez, 203.

11 Antes de la promulgación de la Ley 222 de 1995, 'cuando los administradores irrogaban perjuicios a la sociedad, los asociados y los acreedores, indirectamente perjudicados por la actuación, no tenían forma de intentar el resarcimiento de tales perjuicios'. FH Reyes Villamizar, *Derecho Societario* (2ª ed, 2006, Editorial Temis, Bogotá, 607).

Puede pensarse entonces en lo que ocurriría si una compañía sufre cuantiosos perjuicios debido a que los administradores dispusieron de recursos sociales para sufragar gastos personales de los accionistas mayoritarios o celebraron operaciones viciadas por conflictos de interés en beneficio del controlante. El asociado minoritario que acuda a la asamblea para proponer que se tramite una acción social de responsabilidad probablemente se enfrentará a un obstáculo infranqueable, es decir, el voto negativo del mayoritario. En este caso, el minoritario tampoco podrá recurrir a la acción individual regulada en el último inciso del artículo 25 de la Ley 222, por cuanto los perjuicios correspondientes le fueron irrogados a la sociedad.<sup>12</sup> Es claro, pues, que el sistema de autorización previsto para iniciar acciones sociales de responsabilidad puede dejar a los minoritarios indefensos ante la extracción de recursos sociales concertada entre el accionista controlante y los administradores.<sup>13</sup>

A pesar de lo anterior, esta Superintendencia ha hecho algunos esfuerzos de interpretación para remediar los problemas que presenta el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. En la Circular Externa No. 20 de 1997, por ejemplo, la entidad expresó lo siguiente: 'Cuando el administrador tenga la calidad de asociado, deberá abstenerse de participar en la respectiva decisión y, en consecuencia, sus partes de interés, cuotas o acciones no podrán ser tomadas en cuenta para determinar el quórum, ni mucho menos la mayoría decisoria'. Con todo, en la doctrina local se ha rebatido la tesis antes expuesta, debido a que no existe una disposición legal que, para la hipótesis específica de la acción social, limite el derecho de voto de los asociados que ostenten la calidad de administradores. En criterio de Gil Echeverry, 'de la simple redacción del artículo 25 de la Ley 222 se puede inferir que nuestra legislación no restringe el derecho al voto del socio administrador, puesto que la decisión se toma por mayoría de los votos presentes en la reunión, sin que se haya hecho ninguna otra especificación [...]. Al respecto, hay que tener en cuenta que toda

12 En otros países se ha contemplado la posibilidad de permitir que un asociado minoritario presente una acción individual de responsabilidad para que se le resarzan a la sociedad los perjuicios sufridos como consecuencia de los actos de los administradores. En los Estados Unidos ello sería procedente cuando la administración social estuviere a cargo, en forma directa o indirecta, de un accionista controlante que hubiere intentado oprimir a un minoritario. Cfr, por ejemplo, las explicaciones formuladas en el caso de *Richards v. Bryan*, 879 P.2d 638 Kan. Ct. App. (1994).

13 Bajo el ordenamiento vigente, los minoritarios que no puedan acudir a la acción social de responsabilidad cuentan otras alternativas, como, por ejemplo, la de controvertir la validez de negocios jurídicos celebrados sin la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Claro que el sistema regulado en ese numeral presenta problemas similares a los de la acción social, en tanto la autorización allí prevista requiere también de la anuencia del accionista controlante.

inhabilidad o restricción al voto, no puede surgir como consecuencia de la analogía, sino que requiere disposición expresa [...].<sup>14</sup> En todo caso, aunque se aceptara la posición expresada en la Circular No. 20, debe aclararse que ella abarca apenas aquellos casos en los que la misma persona natural revisita, simultáneamente, la calidad de accionista y administrador.

Ahora bien, otra de las posibles soluciones al problema explicado puede encontrarse en la acción judicial por el ejercicio abusivo del derecho de voto. Esta alternativa sería procedente cuando se hubiere negado la posibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad para encubrir las actuaciones irregulares de un administrador o proteger la desviación de recursos sociales a favor del accionista mayoritario. En estos casos, la decisión de rechazar la acción social correspondería a una finalidad que no es tolerada por el ordenamiento colombiano. Debe reiterarse, en este sentido, que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para provocar daños, ni para que un accionista se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados.

La hipótesis planteada en el párrafo anterior es precisamente la que ha llevado a Jovalco S.A.S. a presentar la demanda que le dio origen a este proceso. Ciertamente, la sociedad demandante considera que Construcciones Orbi S.A. votó en contra de la propuesta de iniciar una acción social de responsabilidad no sólo para evitar que se censurara judicialmente la conducta de la representante legal de Sares Ltda., sino también para ocultar los efectos nocivos de una operación viciada por un conflicto de interés (vid. Folios 3 y 4).

Así las cosas, es preciso señalar que esta misma Superintendencia encontró, por vía administrativa, que Ligia Ortega Valbuena, la representante legal de Sares Ltda., violó los deberes inherentes a su cargo como administradora. La decisión emitida por esta entidad se produjo en el contexto de un contrato de compraventa por cuya virtud Sares Ltda. le transfirió el dominio sobre su único activo a Nelly Ortega Valbuena, hermana de la representante legal, y Paola Andrea Córdoba Granda, nieta del gerente de Construcciones Orbi S.A. A partir de una queja presentada por Jovalco S.A.S., esta Superintendencia encontró que, a pesar de que la operación en comento le había representado un conflicto de interés a la representante legal de Sares Ltda., no se

<sup>14</sup> JH Gil Echeverry, *La Especial Responsabilidad del Administrador Societario* (2015, Editorial Legis, Bogotá) 694 y 697.

obtuvo la autorización exigida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Por una parte, en la Resolución No. 610-292 del 13 de septiembre de 2012, la intendencia regional de Medellín sostuvo que ‘existe conflicto de interés por parte de la Representante Legal de la sociedad Sares Ltda en cuanto a la enajenación del único activo del que disponía la sociedad [...] conflicto que se presenta por las compraventas celebradas entre la sociedad Sares Ltda. y la señora Nelly Esperanza Ortega Valbuena (hermana de la representante legal) y la señorita Paola Andrea Córdoba Granda (nieta del esposo de la representante legal) [...]’. Posteriormente, la misma intendencia emitió la Resolución No. 610-330 del 2 de noviembre de 2012, en la cual se multó a la representante legal de Sares Ltda., principalmente por la violación del régimen de conflictos de interés. Según el texto de esa providencia, ‘es claro para este Despacho [...] que se presentó un conflicto de interés [...] la responsabilidad frente a la cual nos estamos pronunciando es la responsabilidad administrativa que se predica del representante legal de Sares Ltda, por una violación de tipo legal a los deberes del administrador (numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995) y no de la civil. [...] el representante legal incumplió el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 [...]’. Por último, mediante la Resolución No. 300-1985 del 7 de marzo de 2013, la Delegada para Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia confirmó la sanción impuesta por virtud de la Resolución No. 610-330 del 2 de noviembre de 2012. En esa oportunidad se dijo que ‘se presentó conflicto de interés por parte de la administradora [...] por lo cual debía haber obtenido autorización previa del máximo órgano social’.

De otra parte, en los diferentes pronunciamientos de la Superintendencia se encuentran indicios de que el contrato de compraventa examinado podría haberle causado perjuicios a Sares Ltda. En la Resolución No. 610-292 del 13 de septiembre de 2012 se dijo, por ejemplo, que el activo fue enajenado por un valor inferior al registrado en los libros de la sociedad. Adicionalmente, en la Resolución No. 610-330 del 2 de noviembre de 2012 se desestimaron los argumentos de defensa planteados por la representante legal de Sares Ltda. para justificar el precio al que fue enajenado el activo en cuestión. En consecuencia, de conformidad con la investigación administrativa adelantada por esta Superintendencia, es bastante probable que el negocio jurídico celebrado por Ligia Ortega Valbuena, en su calidad de representante legal de Sares Ltda., le haya causado perjuicios a la compañía.

Como puede apreciarse en los párrafos anteriores, cuando Jovalco S.A.S. propuso iniciar una acción social durante la reunión del 13 de abril de 2013, la señora Ortigón Valbuena ya había sido condenada por la violación de sus deberes en la celebración de un contrato que podría haber perjudicado a Sares Ltda. Es decir que, a lo menos para la época de esa sesión de la junta de socios, parecían existir suficientes méritos para intentar la actuación judicial estudiada. No obstante, el representante legal de Construcciones Orbi S.A. votó en contra de la acción social sin ofrecer una justificación articulada para oponerse de manera tajante a la propuesta de Jovalco S.A.S.<sup>15</sup> En todo caso, una vez consultadas las pruebas aportadas por las partes, parece suficientemente claro cuáles fueron los motivos que llevaron a Construcciones Orbi S.A. a ejercer su derecho de voto para hacer imposible demandar a la señora Ortigón Valbuena, según se explica a continuación.

En primer lugar, es importante resaltar que Ligia Ortigón Valbuena tiene una estrecha relación con Construcciones Orbi S.A. Ciertamente, la señora Ortigón Valbuena no sólo ha sido una de las principales accionistas de esta compañía, sino que, además, ocupa en la actualidad los cargos de miembro principal de junta directiva y representante legal suplente (vid. Folios 133 y 27). Además, según la información aportada por la sociedad demandante, la señora Ortigón Valbuena es cónyuge de José Israel Granda Arango, quien actúa como representante legal principal de Construcciones Orbi S.A. (vid. Folios 3 y 27). En segundo lugar, la operación que dio lugar a la censura administrativa de esta Superintendencia se celebró a favor de personas vinculadas a los accionistas y administradores de Construcciones Orbi S.A. En efecto, mientras que uno de los adquirentes del único activo de propiedad de Sares Ltda. es un pariente del representante legal principal de Construcciones Orbi S.A., la otra compradora es hermana de la señora Ortigón Valbuena.

Así las cosas, se hace necesario concluir que en el presente caso se configuró un abuso de paridad. En verdad, el Despacho no encontró una justificación legítima para que Construcciones Orbi S.A. hubiera rechazado la acción social

<sup>15</sup> En el acta correspondiente a la reunión del 31 de marzo se dijo apenas lo siguiente: 'En mi calidad de apoderado del socio Jovalco S.A.S. [...], teniendo en cuenta la nefasta gestión de la administración, solicito se adopte una acción social de responsabilidad contra la señora Ligia Consuelo Ortigón Valbuena. El socio Corbisa S.A. no la aprueba, el socio Jovalco S.A.S. sí la aprueba' (vid. Folio 13). Posteriormente, ante la propuesta de remover a la representante legal de Sares Ltda., el apoderado de Construcciones Orbi S.A. votó en contra debido a que la referida 'además de ilógica, ha sido emitida en forma grosera y amenazante recurriendo a frases discordantes' (vid. Folio 14).

propuesta por Jovalco S.A.S. en abril de 2013. Por el contrario, los elementos de juicio disponibles apuntan a que Construcciones Orbi S.A. se valió de su derecho de voto para encubrir la distracción de activos de Sares Ltda., a favor de personas vinculadas a aquella compañía, mediante actuaciones que infringieron el régimen colombiano en materia de conflictos de interés. Así, al hacer imposible la aprobación de la acción social propuesta por Jovalco S.A.S., Construcciones Orbi S.A. obstruyó, para beneficio de sus propios accionistas y administradores, la única vía judicial disponible en nuestro ordenamiento para reclamar los perjuicios posiblemente sufridos por Sares Ltda. Esta actuación, a todas luces censurable, encaja dentro de los presupuestos contemplados en la Ley 1258 de 2008 para la configuración del abuso del derecho de voto por paridad.

## 2. Acerca de las consecuencias del abuso de paridad

En las pretensiones de la demanda se ha solicitado, simplemente, 'declarar la nulidad del acto de voto de la socia Corbisa S.A. al haberse emitido en abuso del derecho de paridad' (vid. Folio 2). Si bien es claro que tal petición está llamada a prosperar, no por ello puede entenderse que la acción social de responsabilidad fue aprobada durante la reunión de la junta de socios de Sares Ltda. del 13 de abril de 2013. En verdad, aún descontados los votos en contra emitidos por Construcciones Orbi S.A., la propuesta de iniciar la acción social habría obtenido apenas un número de votos afirmativos equivalentes al 50% de las cuotas sociales presentes en la reunión.

Tampoco puede perderse de vista que, si este Despacho tuviera por aprobada la acción social, la señora Ortigón Valbuena sería removida automáticamente de su cargo como representante legal de Sares Ltda. Bajo esta hipótesis, la administración de la compañía quedaría a cargo de su suplente, Jorge Alberto Valencia Callejas, quien también reviste la calidad de representante legal principal de Jovalco S.A.S. Es decir que la remoción de la señora Ortigón Valbuena le permitiría a esta última sociedad asumir el control administrativo sobre Sares Ltda., lo cual podría ir en contra de los entendimientos informales de Jovalco S.A.S. y Construcciones Orbi S.A. sobre la manera en que habrán de gestionarse los negocios de aquella sociedad.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Cabe resaltar que la acción judicial por el abuso del derecho de voto no puede usarse con la finalidad de modificar las circunstancias de asociación, ni para desconocer entendimientos recíprocos entre los asociados.

Las anteriores explicaciones apuntan a lo que en la doctrina comparada se considera como uno de los principales problemas del abuso de minoría y paridad, vale decir, la sanción que debe acarrear esa conducta ilegal. Según explica Merle, las cortes francesas se han mostrado renuentes a dar por aprobadas aquellas decisiones que fueron bloqueadas por un voto abusivo.<sup>17</sup> En particular, la Corte de Casación de ese país ha sido enfática en que los jueces no pueden inmiscuirse en la esfera interna de las compañías hasta tal punto que ‘impongan una decisión que sólo puede ser tomada por los órganos sociales’.<sup>18</sup> De ahí que la solución preferida por la citada Corporación consista en enviar un mandatario para que, durante una nueva reunión del máximo órgano convocada por vía judicial, represente forzosamente al asociado que abusó de su derecho de veto.<sup>19</sup>

Otra posible consecuencia del abuso de minoría o paridad puede ser la indemnización de los perjuicios sufridos por el demandante. Esta alternativa encuentra consagración expresa en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, a cuyo tenor, ‘quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione’. Claro que, en estos casos, será preciso demostrar la existencia de los perjuicios invocados, en el curso del respectivo proceso judicial. La mayor o menor dificultad de esta labor probatoria dependerá principalmente de la naturaleza de la decisión social objetada. En el presente caso, por ejemplo, Jovalco S.A.S. podría reclamar los perjuicios generados por la imposibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad en contra de la señora Ortégón Valbuena. A su vez, tales perjuicios estarían relacionados con las posibles pérdidas sufridas por Sares Ltda. como consecuencia de la enajenación de un activo social por un valor inferior al registrado en los libros contables de la compañía. Con todo, en vista de que la demandante no ha solicitado perjuicios, el Despacho se abstendrá de emitir un pronunciamiento sobre el particular.

### 3. Acerca de las demás propuestas mencionadas en la demanda

Una vez revisadas las pruebas disponibles, el Despacho pudo establecer que Construcciones Orbi S.A. votó a favor de la aprobación de los estados financieros correspondientes a los ejercicios terminados el 31 de diciembre de

17 P Merle, *Sociétés Commerciales* (16ª ed., 2013, Editorial Dalloz, Paris) 729.

18 Sentencia del 31 de marzo de 2009.

19 P Le Cannu y B Dondero, *Droit des Sociétés* (4ª ed., 2012, Montchrestien, Paris) 102

2012 y 2013, al paso que Jovalco S.A.S. ejerció su derecho de voto para impedir que se adoptaran tales determinaciones (vid. Folios 7 a 16). Sin embargo, la sociedad demandante no presentó suficientes argumentos para soportar la idea de que Construcciones Orbi S.A. actuó abusivamente al apoyar la aprobación de los estados financieros en comento. No es claro para el Despacho cómo el hecho de haber votado a favor de propuestas que fueron rechazadas por la junta de socios de Sares Ltda. pudo haber perjudicado a Jovalco S.A.S. o generado una ventaja injustificada para la sociedad demandada. Esta misma conclusión puede formularse para el caso de los honorarios de la representante legal de Sares Ltda. Según puede apreciarse en las actas No. 11 y 12, a pesar de que Construcciones Orbi S.A. votó a favor de la propuesta mencionada, la sociedad demandante en este proceso ejerció su derecho de veto para impedir la aprobación de las decisiones correspondientes.

Por lo demás, deben analizarse las propuestas de reemplazar a la señora Ortega Valbuena por el representante legal de Jovalco S.A.S., formuladas durante las reuniones del 13 de abril de 2013 y 31 de marzo de 2014. Aunque la multa impuesta por la Superintendencia podría ser una razón de peso para remover a la representante legal de Sares Ltda., tal circunstancia no es la única que debe ser tenida en cuenta al momento de establecer si, en este caso, Construcciones Orbi S.A. ejerció su derecho de veto en forma abusiva. Por ejemplo, podrían existir entendimientos informales entre Jovalco S.A.S. y Construcciones Orbi S.A. respecto de la identidad de los administradores de Sares Ltda., particularmente en vista de la estructura de capital de la compañía. También sería relevante consultar el estado de los negocios de la sociedad, a fin de establecer si la permanencia de la señora Ortega Valbuena como gerente formó parte de una estrategia de Construcciones Orbi S.A. para perseguir alguno de los fines mencionados en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. Por lo demás, sería preciso analizar el estado de las relaciones entre los socios de la compañía, cuyo posible quebrantamiento parece constar en el texto de las actas de la junta de socios aportadas por las partes.<sup>20</sup> En síntesis, pues, la sociedad demandante no aportó suficientes elementos de juicio para sustentar la idea de que Construcciones Orbi S.A. actuó abusi-

20 Es ilustrativo consultar el acta No. 12, correspondiente a la reunión de la junta de socios del 31 de marzo de 2014. Durante esa sesión, ante la propuesta de reemplazar a la señora Ortégón por Jorge Valencia Callejas, quien funge como representante legal principal de Jovalco S.A.S., el apoderado de Construcciones Orbi S.A. expresó que ‘no acepta esa proposición, pues además de no existir razones valederas para proponer ese cambio, existen por el contrario antecedentes controversiales que no contribuyen en nada ni sería aconsejable el cambio’ (vid. Folio 10).

vamente al momento de votar en contra de la propuesta de reemplazar a la señora Ortega Valbuena por el representante legal de Jovalco S.A.S.

[...]

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 la nulidad del voto emitido por Construcciones Orbi S.A. en contra de la propuesta de iniciar una acción social de responsabilidad, durante la reunión extraordinaria de la junta de socios de Sares Ltda. celebrada el 13 de abril de 2013.

**Segundo.** Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

**Tercero.** Condenar en costas a Construcciones Orbi S.A. y fijar como agencias en derecho a favor de la demandante una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere a los catorce días del mes de mayo de dos mil quince y se notifica en estrados.

# Medidas Cautelares

---

## Auto No. 801-21426 del 23 de diciembre de 2013

<b>Partes</b>	Jhon Fredy Díaz Arbeláez contra Álvaro Antonio Noreña Noreña
<b>Asunto</b>	Requisitos para que se examinen las actuaciones de accionistas y administradores en la gestión de los asuntos internos de una compañía.

### I. Consideraciones del Despacho

Este Despacho se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para establecer la procedencia de medidas cautelares en procesos societarios.<sup>1</sup> Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma en los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar medidas cautelares de la naturaleza solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de juicio disponibles, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico del demandante, según se expresa a continuación.

#### 1. Las probabilidades de éxito de la demanda

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el Artículo 590 del Código General del Proceso. La apariencia de buen derecho ha sido referida a 'la carga de acreditar de forma provisional e indiciaria, que la pretensión principal

<sup>1</sup> Las providencias mencionadas en el texto principal pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: <http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles>

presenta visos de poder prosperar; [es preciso establecer] una probabilidad cualificada de éxito de la pretensión que se pretende cautelar'.<sup>2</sup>

El análisis preliminar a que se ha hecho referencia no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.<sup>3</sup> Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que en el momento de dictar sentencia, el juez llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares. En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para haber aceptado o rechazado la medida. En criterio de Bejarano Guzmán, 'no se trata de una decisión de fondo sino preliminar, que por supuesto puede ser modificada en la sentencia que le ponga fin al proceso [...] si el juez no decreta la suspensión provisional [...], en modo alguno ello significa que la sentencia será adversa al demandante, pues las pruebas recaudadas en el proceso pueden contribuir a cambiar la decisión que se adopte en la sentencia'.<sup>4</sup>

Con fundamento en las anteriores precisiones, se analizará la solicitud formulada en la demanda, con el fin de estimar si el demandante ha demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar. La demanda presentada ante el Despacho está encaminada a que se declare que a partir del 25 de octubre de 2011 y hasta la fecha, Álvaro Antonio Noreña ha fungido como administrador de hecho de la sociedad Noreña & Díaz S.A.S. Además de lo anterior, el demandante pretende comprometer la responsabilidad del señor Noreña, por posibles violaciones del régimen de deberes previsto en la Ley 222 de 1995. Finalmente, en la demanda se solicita la devolución de utilidades repartidas indebidamente, así como una rendición de cuentas por parte del señor Noreña.

2 J Garnica Martín, 'Medidas Cautelares en el Proceso de Impugnación de Acuerdos Sociales' en Órganos de la Sociedad de Capital, Tomo I (2008, Valencia, Tirant Lo Blanch) 580.

3 En opinión de Garnica Martín, el análisis preliminar requerido para establecer la apariencia de buen derecho 'no tiene por qué significar que el juez que ha emitido un juicio previo haya perdido su imparcialidad: ambos juicios versan sobre lo mismo pero no se emiten a partir de los mismos elementos probatorios, por lo que no es difícil que pueda cambiar la visión del juez que dictó medidas cautelares sobre el asunto cuando dicta sentencia' (2008) 580.

4 R Bejarano Guzmán, Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales, 5ª Edición (2011, Bogotá, Editorial Temis) 167.

Lo primero que debe decirse, en este orden de ideas, es que este Despacho no suele interferir con las decisiones adoptadas por accionistas y administradores en la gestión de los asuntos internos de una compañía. Así, por ejemplo, en el caso de Apolinar Martínez contra Ferretería Álvaro Martínez S.A. en liquidación, este Despacho desestimó las pretensiones del demandante, orientadas a controvertir la designación del representante legal como liquidador de la sociedad.<sup>5</sup> El fundamento de las pretensiones del demandante apuntaba a que el aludido funcionario no había presentado suficiente información para que los accionistas aprobaran el informe de gestión requerido bajo el artículo 230 del Código de Comercio. En esa oportunidad, el Despacho señaló que los jueces no deben 'inmiscuirse en la gestión de los asuntos internos de una compañía, a menos que se acredite la existencia de actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. [...] la acción presentada por Apolinar Martínez Barrantes no busca demostrar que se presentó una actuación de la naturaleza indicada, sino simplemente recurrir al supuesto incumplimiento de una formalidad para alegar la nulidad de una decisión aprobada por accionistas representantes del 92.67% del capital de Ferretería Álvaro Martínez S.A. Debe reiterarse, pues, que a los accionistas de la compañía les pareció que la información suministrada por Álvaro Martínez Gomez fue suficiente para justificar su designación como liquidador y, posteriormente, aprobar su gestión el 18 de abril de 2013'.<sup>6</sup>

Así mismo, en el caso de Aldemar Tarazona y otros contra Alexander Ilich León Rodríguez, el Despacho rechazó pretensiones que buscaban controvertir una decisión de negocios adoptada por el demandado en su calidad de representante legal de la sociedad Pharmabroker S.A.S. C.I. En la sentencia No. 801-72 del 11 de diciembre de 2013, el Despacho concluyó que 'no le corresponde a esta entidad, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, escudriñar las decisiones de negocios que adopten los empresarios, salvo en aquellos casos en los que se acrediten actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. [...] los demandantes pretenden obtener una indemnización de perjuicios, para lo cual invocan la desacertada política de precios que fijó el señor León Rodríguez para la venta de medicamentos, en su calidad de gerente de Pharmabroker S.A.S. C.I. Sin embargo, el Despacho no encuentra que con la decisión en comento se haya transgredido el régi-

5 Sentencia No. 801-59 del 4 de diciembre de 2013.

6 Id.

men de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales en Colombia. Ciertamente, las pruebas disponibles apuntan a que la fijación de los aludidos precios obedeció a una simple decisión de negocios del señor León Rodríguez. En este sentido, los demandantes no demostraron la existencia de conflictos de interés o circunstancias irregulares que pudiesen comprometer el ejercicio objetivo del cargo de administrador por parte de Alexander Ilich León Rodríguez’.

Según puede apreciarse en los antecedentes citados, existen algunas circunstancias que podrían llevar al Despacho a examinar las decisiones adoptadas por los accionistas y administradores de una compañía, en el curso de la gestión de los negocios sociales. En el presente caso, se ha invocado no sólo la posible celebración de operaciones viciadas por conflictos de interés, sino también la aparente ejecución de actos de fuerza en el contexto de un agudo conflicto intrasocietario. Debe resaltarse que este Despacho se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca de la importancia de algunos de los elementos descritos por el apoderado del demandante.

Por una parte, la existencia de un conflicto intrasocietario suele ser suficiente para que el Despacho examine, con especial atención, las actuaciones de los asociados, particularmente en el seno del máximo órgano social.<sup>7</sup> Según se expresó en la Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013, ‘la existencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de determinaciones que perjudiquen a un accionista minoritario. Ante el deterioro de las relaciones entre los

7 Por ejemplo, en el Auto No. 801-12735 del 18 de junio de 2013 se señaló que ‘la verificación de un marcado conflicto entre [los asociados] podría usarse como un criterio analítico para estudiar el carácter potencialmente abusivo de las decisiones asamblearias objeto de este proceso’. De otra parte, en la Sentencia No. 800-54 del 4 de octubre de 2013, este Despacho señaló lo que se transcribe a continuación: ‘las pruebas que obran en el expediente son suficientes para concluir que el señor Restrepo de la Cruz ejerció el poder otorgado por Refricenter International Trade Zona Libre S.A. en manifiesta contraposición con los intereses de esta compañía. Ello se debe a que, en el curso de un agudo conflicto entre su poderdante y Carlos Alberto Urquijo, el señor Restrepo de la Cruz utilizó ese poder para aprobar, por sí solo, diversas determinaciones asamblearias que le permitieron al señor Urquijo ejercer el control absoluto sobre la administración de Refricenter Group S.A.S. Las actuaciones del apoderado de Refricenter International Trade Zona Libre S.A. fueron indispensables para que el señor Urquijo pudiera, posteriormente, transferir activos de propiedad de Refricenter Group S.A.S. a favor de compañías vinculadas, es decir, Dinatel C.I. S.A. y Refrisistemas Corp S.A.S. El señor Restrepo de la Cruz también intentó valerse de ese mismo poder para cederle a Dinatel C.I. S.A. las acciones que Refricenter International Trade Zona Libre S.A. detenta en Refricenter Group S.A.S. Se trata, pues, de múltiples actuaciones irregulares, consumadas en rápida sucesión, con el evidente fin de despojar a Refricenter International Trade Zona Libre S.A. de su participación económica en Refricenter Group S.A.S., en el curso de un conflicto suscitado entre esa compañía panameña y Carlos Alberto Urquijo. De ahí que, en vista de que la intervención del señor Restrepo de la Cruz hizo posible la expropiación de su mandante, el Despacho considere procedente darle aplicación a lo previsto en el artículo 838 del Código de Comercio.’

asociados, los denominados problemas de agencia entre mayoritarios y minoritarios suelen volverse más severos. Ciertamente, un distanciamiento de esa naturaleza puede reforzar la contraposición entre los intereses económicos de los accionistas y, además, deteriorar los vínculos recíprocos de confianza que podían haber existido entre el controlante y la minoría. En otras palabras, el surgimiento de una disputa intrasocietaria suele incrementar, de manera considerable, los incentivos que tienen los accionistas mayoritarios para aprobar decisiones que los favorezcan exclusivamente, en detrimento de los minoritarios. Al mismo tiempo, el quebrantamiento de las relaciones entre los asociados hace que desaparezcan los reparos personales que podrían haber tenido los mayoritarios para adoptar decisiones con la oprobiosa finalidad mencionada.<sup>8</sup> Aunque el aparte antes transcrito alude a conflictos entre mayoritarios y minoritarios, las consideraciones formuladas en la Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013 resultan igualmente aplicables en hipótesis de accionistas con participaciones paritarias en el capital de una compañía.

De otra parte, este Despacho ha censurado, en forma enérgica, cualquier intento por solucionar conflictos entre accionistas mediante la ejecución de actos de fuerza. De conformidad con lo expresado en la Sentencia No 801-43 del 23 de julio de 2013 ‘el Despacho no puede aceptar, en ningún caso, que los conflictos entre empresarios se resuelvan mediante vías de hecho como la que le dio origen al presente proceso. Si bien existen múltiples mecanismos legales a los que puede acudir para hacerle frente al incumplimiento de obligaciones en el contexto societario, el despojo forzado e irregular de la titularidad sobre las acciones de una compañía no es uno de ellos’.<sup>9</sup>

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho debe concluir que el demandante ha acreditado que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican el decreto de una medida cautelar. En verdad, las numerosas pruebas disponibles en esta etapa del proceso dan cuenta de un agudo conflicto entre los dos accionistas de Noreña & Díaz S.A.S., en medio del cual se han consumado intentos por asumir el control administrativo de la compañía mediante la celebración de reuniones por derecho propio (vid. Folio 95), al tiempo que se han producido enfrentamientos personales entre los accio-

8 El Despacho también se ha valido de la existencia de serias diferencias entre accionistas mayoritarios y minoritarios para justificar el decreto de medidas cautelares. Cfr., por ejemplo, los Autos No. 700-8103 del 10 agosto 2012, 801-12437 del 3 de septiembre de 2012 y 801-13957 del 4 de octubre de 2012.

9 Esta sentencia fue dejada sin efectos por virtud de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia.

nistas, como el ocurrido el 16 de julio de 2011 (vid. Folio 117). Además, los documentos disponibles dan cuenta de la posible realización de actividades positivas de gestión por parte de Álvaro Antonio Noreña Noreña, incluida la cancelación de una cuenta bancaria de Noreña & Díaz S.A.S (vid. Folio 87) y la presentación de declaraciones tributarias en nombre de la compañía (vid. Folio 82). También se adjuntaron recibos de caja de menor en los que se da cuenta del reparto de sumas dinerarias por concepto de ‘utilidades Egapan’, a favor del señor Noreña, sin que en las actas aportadas por el demandante aparezca el decreto efectivo de utilidades por parte del máximo órgano social de Noreña & Díaz S.A.S. (vid. Folios 112 y siguientes). Por último, en el certificado de matrícula mercantil del establecimiento de comercio registrado a nombre de Angela María Rincón Parra aparece un posible indicio acerca de sus vínculos con el señor Álvaro Antonio Noreña Noreña, vale decir, la inscripción de la dirección de correo electrónico alvaronorena@gmail.com.

Debe reiterarse, pues, que el demandante ha acreditado, con méritos, que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican el decreto de una medida cautelar. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

## 2. El interés económico del demandante

Tras una revisión del expediente, el Despacho pudo constatar que el demandante cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso.<sup>10</sup> En verdad, Jhon Fredy Díaz Arbeláez no sólo detenta la calidad de accionista de Noreña & Díaz S.A.S, sino que también ha acreditado que se encuentra en conflicto con el señor Alvaro Antonio Noreña Noreña, el otro accionista de la compañía. El interés del demandante también puede apreciarse en función de las operaciones controvertidas, por cuyo efecto, según lo expresado en la demanda, se ha intentado perjudicar a Jhon Fredy Díaz Arbeláez. En vista de

<sup>10</sup> Según lo expresado en el Auto No. 800-4336 del 22 de marzo de 2013, el denominado ‘interés económico del demandante’ conjuga varios de los elementos a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso, incluidos el interés para obrar y la necesidad de la medida cautelar solicitada.

lo anterior, el Despacho puede concluir, sin efectuar consideraciones adicionales, que el demandante ha acreditado que cuenta con un interés económico suficiente justificar el decreto de la medida cautelar solicitada.

[...]

Por virtud de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

### Resuelve

**Primero.** Fijar una caución por la suma de \$10.000.000, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto y práctica de las medidas cautelares aquí descritas estará sujeto a la condición de que el demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

**Segundo.** Una vez prestada la caución en forma debida, decretar el embargo de las acciones de propiedad de Alvaro Antonio Noreña Noreña en la sociedad Noreña & Díaz S.A.S.

**Tercero.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle al señor Alvaro Antonio Noreña Noreña que le permita al representante legal principal de Noreña & Díaz S.A.S. ejercer sus funciones como administrador de la compañía. En cumplimiento de esta orden, deberá permitírsele al aludido representante legal el ingreso inmediato a los establecimiento de comercio que sean de propiedad de Noreña & Díaz S.A.S.

**Cuarto.** Una vez prestada la caución en forma debida, practicar una inspección judicial en el establecimiento de comercio denominado “Brigada Aérea”, el cual funciona en el local No. 39 del Aeropuerto Internacional José María Córdoba.

**Quinto.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle al representante legal de Noreña & Díaz S.A.S. que proceda de conformidad con lo expresado en esta providencia.

**Sexto.** Una vez prestada la caución en forma debida, informarle a la Cámara de Comercio de Medellín, por el medio más expedito, acerca de la medida cautelar ordenada por este Despacho.

### Auto No. 800-5205 del 9 de abril de 2014

<b>Partes</b>	Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros
<b>Asunto</b>	Orden de abstenerse de celebrar operaciones por fuera del giro ordinario de los negocios de una compañía.

## I. Consideraciones del Despacho

Este Despacho se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para establecer la procedencia de medidas cautelares en conflictos societarios.<sup>1</sup> Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma en los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar medidas cautelares de la naturaleza solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de juicio disponibles, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico del demandante, según se expresa a continuación.

### 1. Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles en esta etapa del proceso, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del C.G.P. Como lo ha explicado el Despacho en varios pronunciamientos, este análisis preliminar no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento

<sup>1</sup> Cfr. Autos No. 801-2289 del 20 febrero 2013 y No. 800-16014 del 19 noviembre 2012. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: [www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html](http://www.supersociedades.gov.co/pmercantiles.html)

que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.<sup>2</sup> Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que, al momento de dictar sentencia, se llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares.<sup>3</sup>

Formuladas las anteriores precisiones, se analizará ahora la solicitud presentada ante este Despacho, a fin de estimar, de modo preliminar, si en la demanda se acreditó que las pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de medidas cautelares. El demandante pretende controvertir la responsabilidad de diversos administradores de Gyptec S.A., con fundamento en el incumplimiento de los deberes que les corresponden a tales sujetos bajo lo previsto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Según lo expresado en la demanda, 'Gyptec viene siendo administrada por personas que, de forma ilegal, abusiva y en abierto incumplimiento de sus deberes, desvían los recursos de la sociedad a sus patrimonios y a los de sus familiares' (vid. Folio 4). Así, pues, luego de una extensa descripción de las operaciones que, en criterio del demandante, podrían comprometer la responsabilidad de los demandados, se solicita una declaración del Despacho acerca del 'incumplimiento de sus deberes como administradores de Gyptec S.A.' (vid Folio 79). En la demanda también se solicita el reconocimiento de perjuicios por la suma de \$11.723.861.153 (vid. Folio 103).

Lo primero que debe decirse es que este Despacho no suele interferir con las decisiones adoptadas por los administradores en el curso ordinario de los negocios de una compañía.

[...]

Ahora bien, como ya se dijo, existen circunstancias que podrían llevar al Despacho a examinar las decisiones que tomen los administradores en la gestión de los negocios sociales. El mencionado escrutinio judicial sería procedente, por ejemplo, cuando se acrediten circunstancias que comprometan el juicio objetivo de los administradores, como ocurriría en la celebración de negocios jurídicos viciados por un conflicto de interés. La intervención

<sup>2</sup> Cfr. Auto 801-3311 del 8 de marzo de 2013.

<sup>3</sup> En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para aceptar o rechazar la cautela. Cfr Auto No. Auto 801-3311 del 8 de marzo de 2013.

judicial también estaría justificada cuando se compruebe que tales sujetos se han apropiado indebidamente de recursos sociales, mediante operaciones de cualquier naturaleza. En casos como éstos, el Despacho estudiará con detenimiento la conducta de los administradores, con el fin de establecer si se le han provocado perjuicios a la compañía o a sus accionistas.

En el presente proceso, el demandante ha descrito múltiples conductas que podrían justificar un cercano escrutinio judicial de las actuaciones de los administradores de Gyptec S.A. Según el amplísimo acervo probatorio aportado con la demanda, tales conductas van desde la apropiación indebida de recursos sociales, hasta la extralimitación de funciones y la celebración de numerosos negocios jurídicos viciados por conflictos de interés. A continuación se describen algunas de las operaciones posiblemente irregulares en las que se fundamentan las pretensiones de la demanda.

De una parte, el demandante ha puesto de presente que los administradores de Gyptec S.A. han destinado una porción de los recursos sociales al pago de sus gastos personales. Así, por ejemplo, según aparece en la demanda, 'en la contabilidad de Gyptec se registraron transacciones en el periodo de referencia por valor de COP\$288.025.000, por concepto de pago de mercados y fiestas de cumpleaños' (vid. Folio 20). Estas erogaciones fueron descritas también en un dictamen pericial preparado por Deloitte Asesores y Consultores S.A., cuya copia se adjuntó con la demanda. En el dictamen aludido se señala, en este sentido, que 'los gastos personales relativos a mercados y gastos para fiestas de cumpleaños no suelen hacer parte de las obligaciones que adquieren las sociedades comerciales, como Gyptec, en el giro ordinario de sus negocios' (vid. Folios 1029 y 1030). Los activos de Gyptec S.A. también parecen haber sido usados para sufragar el costo de las matrículas académicas de personas vinculadas a Jorge Hakim Tawil. Según se describe en el dictamen preparado por Deloitte Asesores y Consultores S.A., 'los gastos personales de los colegios que se describen anteriormente aparecen en los registros contables debitados de la cuenta por pagar relativa a la nómina de Jorge Hakim Tawil. No obstante lo anterior, no hay evidencia que hayan sido efectivamente descontados de la nómina de Jorge Hakim' (vid. Folios 1030 y 1031). Así mismo, en las pruebas disponibles en esta etapa del proceso se alude al pago de 'gastos personales en servicios de facturas y mensualidad del Club de Pesca en Cartagena y consumo de champagne' (vid folio 1033).

Por lo demás, se han aportado documentos en los que se mencionan otros pagos que el demandante considera irregulares, tales como las cuotas de administración en edificios que no son de propiedad de Gyptec S.A., el mantenimiento de vehículos de propiedad de los administradores, los impuestos correspondientes a inmuebles registrados a nombre de algunos de los demandados y los honorarios de asesores legales que no le prestan servicios a la compañía (vid. Folios 1031 a 1036).

De otra parte, las pruebas consultadas por el Despacho dan cuenta de préstamos y anticipos aparentemente efectuados por Gyptec S.A. a favor de algunos de sus administradores. En el dictamen preparado por Deloitte Asesores y Consultores S.A. se alude, por ejemplo, a la transferencia de más de \$400.000.000 a diferentes miembros de la familia Hakim Tawil, por concepto de préstamos (vid. Folio 1034). Por su parte, según lo expresado por la señora Raquel Castillo, a quien el demandante ha identificado como la contadora de Gyptec S.A., ‘a don Alejandro Hakim Dow sí se le han venido dando unos anticipos por una instrucción específica de don Jorge Hakim y esos anticipos están registrados en la contabilidad como un anticipo, o sea, una cuenta por cobrar a don Alejandro Hakim Dow’ (vid. Folio 587).<sup>4</sup>

En criterio del demandante, los administradores de Gyptec S.A. que participaron en la celebración de las operaciones antes descritas estaban incurso en un claro conflicto de interés. El demandante también ha puesto de presente que, a pesar de existir un conflicto de la naturaleza indicada, ‘los Demandados no levantaron el conflicto de intereses para desviar los recursos de Gyptec, y aún si hubieran hecho, esta no habría podido ser concedida por el órgano competente en la medida en que estas conductas perjudican gravemente los intereses de la sociedad y no le reportan beneficio alguno’ (vid. Folio 75).

Debe decirse, por lo demás, que las conductas descritas en los párrafos anteriores provocaron la censura de los árbitros designados para dirimir un conflicto entre Carlos Hakim Daccach y Jorge Hakim Tawil. De conformidad con lo expresado en el laudo del 10 de octubre de 2011, ‘al tribunal se le revelaron hechos que si se hubiesen quedado en el espacio de las relaciones pacíficas de

<sup>4</sup> Debe advertirse que el Despacho no cuenta aún con suficiente información sobre el negocio jurídico celebrado respecto del inmueble identificado con el folio de matrícula No. 060-272410. Con todo, en vista de las consideraciones formuladas en el texto principal, el Despacho se ocupará en esclarecer si las condiciones bajo las cuales se produjo la transferencia del referido inmueble le generaron perjuicios al demandante.

socios que eran familiares, no tendrían trascendencia, pero que puestas en el espacio de lo público y en conocimiento de quienes ejercen función pública temporal, no pueden dejarse pasar [...] también, los datos contables que arrojó la contabilidad de Gyptec que enjugaron gastos personales de terceros o de la familia del convocado. Frente a estas conductas, el Tribunal no tiene competencia, pero no puede pasar desapercibido de lo que obra en el plenario, por lo que no puede encubrir la que ha conocido, razón por la cual se dispondrá poner en conocimiento de las autoridades competentes para que en lo de su resorte y conforme a sus competencias tomen las decisiones que les correspondan’ (vid. Folios 434 y 435).

A la luz de las anteriores precisiones, el Despacho puede concluir, sin formular consideraciones adicionales, que el demandante ha acreditado con mérito que las probabilidades de éxito de sus pretensiones, en esta etapa del proceso, justifican la práctica de las medidas cautelares solicitadas. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá en el momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este Auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del C.G.P.

## 2. El interés económico del demandante

A la luz de las explicaciones formuladas por este Despacho en el Auto No. 801-16354 del 23 de noviembre de 2012, es claro que el demandante, en su calidad de accionista de Gyptec S.A.—así como de accionista de algunas de las sociedades panameñas que detentan un porcentaje significativo en el capital de aquella compañía— cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso.<sup>5</sup>

## 3. Acerca de las medidas cautelares solicitadas

En ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 590 del Código General del Proceso, el Despacho considera necesario formular algunas pre-

<sup>5</sup> Según lo expresado en el Auto No. No. 800-004336 del 22 de marzo de 2013, el denominado ‘interés económico del demandante’ conjuga varios de los elementos a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso, incluidos el interés para obrar y la necesidad de la medida cautelar solicitada.

cisiones acerca de las medidas cautelares que serán decretadas. En cuanto a la ‘suspensión de erogaciones de Gyptec a favor de los demandados o los familiares de éstos’, el Despacho debe aclarar que esta medida no podrá, en ningún caso, entorpecer el funcionamiento de Gyptec S.A. Por este motivo, se excluirán del alcance de la medida las erogaciones efectuadas en el giro ordinario de los negocios de Gyptec S.A., incluidos los pagos de los salarios de sus administradores y trabajadores, las sumas requeridas para atender obligaciones financieras y las transferencias para pagar las deudas de la compañía con sus proveedores. En este mismo sentido, el Despacho practicará una inspección judicial en las oficinas de administración de Gyptec S.A., con el acompañamiento de contadores expertos, a fin de establecer si se le ha dado estricto cumplimiento a lo ordenado en este auto.

En lo relacionado con las ‘erogaciones de Gyptec por concepto de asesoría legal’, se ordenará la suspensión de todos los pagos de honorarios profesionales derivados de los asuntos personales de los demandados, con excepción de los gastos de defensa del presente proceso. Ello no quiere decir que los demandados podrán disponer libremente de los recursos de Gyptec S.A. para sufragar los costos legales generados en el curso de este proceso. El punto es, simplemente, que el Despacho no cuenta con suficiente información acerca de la existencia o validez de acuerdos entre Gyptec S.A. y los demandados—por ejemplo, respecto de la defensa judicial por la presunta violación de sus deberes como administradores—para emitir una medida cautelar de la naturaleza referida. En todo caso, el Despacho estudiará, con especial atención, si Gyptec S.A. puede asumir los gastos de defensa a que se ha hecho referencia. Si ello no es posible, es claro que los demandados deberán reintegrarle a Gyptec S.A. la totalidad de las sumas desembolsadas por la compañía.

Finalmente, no se decretará la inscripción de la demanda en el libro de registro de accionistas de Gyptec S.A., por cuanto el Despacho no encuentra una relación entre esa medida y las pretensiones formuladas en la demanda.

#### 4. La caución

Antes de que se decrete la medida cautelar solicitada, deberá prestarse una caución, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso. En el artículo 590 del Código General del Pro-

ceso se establece que la caución debe ser ‘equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda’. De ahí que el monto inicial previsto para la caución ascienda a la suma \$2.344.772.230. No obstante, el mismo artículo 590 dispone también que ‘el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable’. Es claro, pues, que este Despacho cuenta entonces con alguna discreción para modificar la cuantía antes mencionada. Para tal efecto, es necesario aludir a la naturaleza de las medidas cautelares solicitadas por el demandante.

En primer lugar, se ha solicitado la ‘suspensión de erogaciones de Gyptec a favor de los demandados o los familiares de éstos [y] por concepto de asesoría legal en relación con el presente proceso judicial y demás asuntos legales personales de los Demandados’ (vid. Folio 3 del cuaderno de medidas cautelares). En criterio del Despacho, la medida antes descrita recae sobre todas aquellas erogaciones hechas a favor los administradores, sus familiares o cualquier otro tercero, que no estén relacionadas con el giro ordinario de los negocios de Gyptec S.A., incluidos préstamos y anticipos, pagos de honorarios para asesores legales y cualquier otro gasto personal de los sujetos indicados. Se trata, pues, de operaciones que, en principio, no podrían celebrar los administradores de Gyptec S.A. sin infringir el estricto régimen de deberes contemplado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

En segundo lugar, el demandante le ha pedido al Despacho que ordene la inscripción de la demanda en algunos registros inmobiliarios administrados por la Oficina de Instrumentos Públicos de Cartagena. Por tratarse de la simple inscripción de la demanda para ‘dar publicidad acerca de la presente acción’, el Despacho encuentra que, aparte de la posible pérdida de oportunidades de venta por parte de Gyptec S.A., la medida solicitada no tiene la virtualidad de generarles mayores perjuicios a los demandados.

Así las cosas, una vez examinada la naturaleza de las medidas cautelares solicitadas, el Despacho estima necesario reducir la cuantía de la caución a la mitad de la suma descrita anteriormente, es decir, \$1.172.386.115.

Ahora bien, en varias oportunidades este Despacho ha recurrido al expediente de usar las probabilidades de éxito de la demanda como un factor para graduar el monto de la caución. Se trata de una simple relación inversamente proporcional, por cuyo efecto, entre mayores sean las probabilidades

de éxito, menor será el valor de la caución. Esta fórmula encuentra justificación en el hecho de que la caución sólo se hace efectiva cuando no prosperan las pretensiones del demandante.<sup>6</sup> Así, en vista del voluminoso acervo probatorio aportado por el demandante y las consideraciones efectuadas en los acápites anteriores, el Despacho estima necesario reducir el valor ya estimado de la caución a la suma de \$234.477.223.<sup>7</sup>

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

### Resuelve

**Primero.** Fijar una caución por la suma de \$234.477.223, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto y práctica de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que el demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

**Segundo.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle a Gyptec S.A. que se abstenga de efectuar erogaciones de cualquier naturaleza a favor de los demandados y sus familiares, a menos que cuente con la autorización expresa de este Despacho.

Esta medida cautelar no cubre las erogaciones efectuadas en el giro ordinario de los negocios de Gyptec S.A., incluidos los pagos de los salarios a los administradores y trabajadores de Gyptec S.A., las sumas requeridas para atender obligaciones financieras y las transferencias para pagar las deudas de la compañía con sus proveedores.

**Tercero.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle a Gyptec S.A. que se abstenga de efectuar erogaciones por concepto de asesoría le-

<sup>6</sup> Según lo expresado por Garnica Martín, 'la fortaleza de la apariencia de buen derecho es un factor determinante del importe de la caución, y es razonable que lo sea, dado que es un factor directamente indicativo del riesgo de que se produzcan los daños y perjuicios que se pretenden garantizar'. J Garnica Martín, (2008) 584.

<sup>7</sup> Este ajuste no significa, necesariamente, que se le haya asignado a las pretensiones de la demanda unas probabilidades de éxito del 80%. Los cálculos efectuados en el texto principal se derivan de simples estimaciones, basadas en una aproximación preliminar a los numerosos documentos que se han aportado en esta temprana etapa del proceso.

gal en asuntos personales de los demandados y sus familiares, a menos que cuente con la autorización expresa de este Despacho.

Esta medida cautelar no cubre las erogaciones efectuadas para pagar los gastos derivados del presente proceso.

**Cuarto.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la inscripción de la demanda en los certificados de libertad y tradición de los inmuebles identificados con los folios de matrícula No. 060-272409, 060-272410, 060-216493, 060-216494, 060-216495, 060-216496, 060-216497 y 060-59056.

**Quinto.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la práctica de una inspección judicial en las oficinas de administración de Gyptec S.A., con el propósito de establecer si se le ha dado cumplimiento a las medidas cautelares descritas en el presente auto.

### Auto No. 801-8025 del 29 de mayo de 2014

<b>Partes</b>	Jhon Fredy Díaz Arbeláez contra Álvaro Antonio Noreña Noreña
<b>Asunto</b>	Suspensión de contratos celebrados con el posible propósito de evadir el cumplimiento de una medida cautelar.

### Consideraciones del Despacho

En una nueva solicitud de medidas cautelares, el apoderado del demandante ha puesto en conocimiento del Despacho la celebración de un contrato de compraventa el pasado 5 de mayo, por cuya virtud el señor Álvaro Antonio Noreña ha intentado enajenar el establecimiento de comercio de propiedad de Noreña & Díaz S.A.S. Para tal efecto, según aparece en el documento aportado por el demandante, el señor Noreña invoca su calidad de representante legal de la compañía. A pesar de lo anterior, el Despacho debe advertir que, según lo expresado en el Auto No. 801-4698 del 1º de abril de 2014, el señor Álvaro Antonio Noreña no reviste la calidad de representante legal principal de Noreña & Díaz S.A.S. En este orden de ideas, debe advertirse que la representación legal de la compañía le corresponde al señor Jhon Fredy Díaz Arbeláez, al paso que el señor Noreña sólo podrá actuar ante la ‘ausencia del titular [...] la capacidad para contratar a nombre de la compañía sólo nace para [el suplente] en el momento en que el titular no puede ejercer el cargo y por consiguiente, si no se ha dado dicho presupuesto, el suplente actuaría sin poder para ello’.<sup>1</sup>

El Despacho también ha podido constatar, a la luz de las numerosas pruebas disponibles, que el señor Noreña ha intentado impedir que el señor Jhon Fredy Díaz Arbeláez ejerza sus funciones como representante legal principal de Noreña & Díaz S.A.S. Es claro que estas vías de hecho no pueden dar lugar a la ‘ausencia del titular’ requerida para que el señor Noreña pueda actuar como representante legal principal.

<sup>1</sup> Oficio No. 220-45508 del 22 de julio de 1998.

Así las cosas, parece suficientemente claro que el señor Noreña no contaba con las facultades necesarias para celebrar el contrato de compraventa a que se ha hecho referencia. Sobre este particular, es relevante traer a colación lo expresado por este Despacho en la Sentencia No. 801-30 del 26 de junio de 2013, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

‘para efectos de determinar sanción que le corresponde a la irregularidad antes descrita, es preciso hacer referencia al artículo 833 del Código de Comercio, a cuyo tenor, “los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste”.<sup>2</sup> En el contexto societario, la anterior disposición ha sido entendida por Martínez Neira en el sentido de que “los actos jurídicos concluidos por el representante legal en nombre de una sociedad, por fuera del límite de sus facultades, no producen efectos en relación con la compañía”.<sup>3</sup> [...] Por lo demás, según lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, “los actos de los representantes que desborden los límites antedichos son sancionados por el ordenamiento de una particular forma de ineficacia que se conoce como la inoponibilidad del negocio frente al representado, figura distinta a cualquier otro medio de sanción de los actos irregulares”.<sup>4</sup> [...] debe concluirse que el negocio jurídico controvertido en este proceso no adolece de nulidad, como lo propone el apoderado de la demandante, sino que simplemente le es inoponible a [la sociedad demandante], por expresa disposición legal. [...] ese negocio jurídico nunca vinculó a la sociedad demandante’.

A la luz de las consideraciones precedentes, el Despacho ampliará la medida cautelar decretada mediante Auto No. 801-21426 del 23 de diciembre de 2013, en los términos descritos en la parte resolutoria de este pronunciamiento. Adicionalmente, por virtud de lo expresado anteriormente, el Despacho considera innecesario ampliar la caución fijada en el Auto No. 801-21426 del 23 de diciembre de 2013.

2 Por su parte, en el artículo 841 se establece que ‘el que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de éste, será responsable al tercero de buena fe exento e culpa de la prestación prometida’.

3 NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (2010, Bogotá, Abeledo Perrot) 165.

4 Sentencia del 15 de agosto de 2006. En este mismo sentido pueden consultarse también las opiniones de Martínez Neira (op.cit., 168) (‘la inoponibilidad hace que el contrato no produzca efectos para la sociedad desde el día cero [...]’) y Gil Echeverry (op.cit., 317) (‘la [nulidad] requiere necesariamente declaración judicial, la [inoponibilidad] no y constituye una excepción válida para que la sociedad pueda abstenerse de cumplir el contrato o la prestación respectiva’).

Por lo demás, el Despacho debe censurar lo que parece ser un nuevo intento por incumplir con las órdenes decretadas por esta entidad en el curso de diferentes procesos judiciales. Es preciso recordar, en este sentido, que en el Auto No. 801-21426 del 23 de diciembre de 2012 se le ordenó al señor Noreña que le permitiera al señor Díaz ejercer sus funciones como representante legal principal de Noreña & Díaz S.A.S. Esta orden incluyó la instrucción de que se le entregara al señor Díaz la tenencia sobre el establecimiento de comercio que ahora pretende enajenarse. Es necesario advertir que las medidas decretadas por el Despacho no han sido cumplidas aún por el señor Noreña. En vista de lo anterior, el Despacho considera que la celebración del mencionado contrato de compraventa podría encajar dentro de la conducta tipificada en el artículo 454 del Código Penal, consistente en ‘[sustraerse del] cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial’. Por esta razón, se le remitirá un informe a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que esa entidad estudie si se ha configurado un hecho punible.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

### Resuelve

**Primero.** Dejar en suspenso los efectos del contrato de compraventa celebrado entre el señor Álvaro Antonio Noreña y Fabio Londoño Patiño, respecto del establecimiento de comercio denominado Egapán.

**Segundo.** Ordenarle a la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño que deje en suspenso el acto de registro mediante el cual se inscribió la enajenación del establecimiento de comercio Egapán, con matrícula 31777 del 1 de septiembre de 1997.

**Tercero.** Decretar el embargo del establecimiento de comercio Egapán, con matrícula 31777 del 1 de septiembre de 1997.

**Cuarto.** Ordenarle a la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño, por el medio más expedito, que proceda de conformidad con lo ordenado por este Despacho.

**Quinto.** Remitirle un informe a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que esa entidad estudie si en el presente caso se han configurado hechos punibles.

## Auto No. 801-11097 del 5 de agosto de 2014

<b>Partes</b>	Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP contra Codensa S.A. ESP
<b>Asunto</b>	Interpretación de acuerdos de inversión.

### I. Consideraciones del Despacho

Este Despacho se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para establecer la procedencia de medidas cautelares en procesos societarios.<sup>1</sup> Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma en los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar medidas cautelares de la naturaleza solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de juicio disponibles, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico del demandante, según se expresa a continuación.

#### 1. Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

[...]

La demanda presentada por Empresa de Energía de Bogotá (EEB) S.A. ESP busca que se resuelvan las controversias suscitadas en torno a la interpretación y ejecución de un acuerdo de accionistas celebrado entre aquella compañía y Codensa S.A. ESP. En el denominado Acuerdo de Inversión, suscrito el 25 de febrero de 2009, EEB S.A. ESP y Codensa S.A. ESP fijaron las reglas para administrar su inversión conjunta en las sociedades Distribuidora Eléctrica de Cun-

<sup>1</sup> Cfr. Autos No. 801-2289 del 20 febrero 2013 y No. 800-16014 del 19 noviembre 2012. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: <http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles>.

dinamarca (DECSA) S.A. ESP y Empresa de Energía de Cundinamarca (EEC) S.A. ESP. Según consta en la cláusula primera del Acuerdo de Inversión, ese convenio busca ‘definir las bases para la toma de decisiones al interior DECSA y de la EEC tendientes a la operación y desarrollos de los negocios de la EEC para que como sociedades de capital que son las Partes, DECSA y la EEC, se retribuya rentablemente el capital aportado por los accionistas de cada una dichas sociedades’ (vid. Folio 160). EEB S.A. ESP considera que las actuaciones de Codensa S.A. ESP, en ejecución del Acuerdo de Inversión, pueden haber constituido un abuso del derecho o un incumplimiento de las disposiciones contenidas en ese convenio parasocial. En desarrollo de lo anterior, se han solicitado diversas declaraciones relacionadas con los efectos y la vigencia del Acuerdo de Inversión, así como una cuantiosa indemnización de perjuicios.

#### **A. Diferencias relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones de asistencia técnica reguladas en el Acuerdo de Inversión**

Una de las diferencias invocadas por EEB S.A. ESP tiene que ver con la prestación de los servicios de asistencia técnica regulados en el Acuerdo de Inversión. Según las cláusulas 1.4, 7.5 y 10 del Acuerdo, EEB S.A. ESP y Codensa S.A. ESP acordaron que esta última compañía apoyaría a EEC S.A. ESP en el desarrollo de su objeto social.<sup>2</sup> Para el efecto, en la cláusula décima del Acuerdo de Inversión se determinó aplicar ‘los conocimientos técnicos de Codensa en la ejecución de las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica al servicio prestado por la EEC en su zona de influencia [...]’ (vid. Folio 169). También es relevante anotar que el alcance de la referida asistencia se reguló en el denominado Modelo de Oferta para la Prestación de Servicios de Asistencia Técnica, contenido en el Anexo No. 4 del Acuerdo de Inversión. En los términos del Modelo de Oferta, ‘es de interés de EEC que CODENSA le entregue su “Know How” para desempeñar los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica y comercialización de bienes y servicios a favor de sus clientes, con el fin de optimizar y potencializar el negocio de EEC’ (vid. Folio 254).<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Según la cláusula primera del Acuerdo, el objeto de ese convenio incluye un ‘régimen de colaboración de Codensa en la prestación del servicio público de energía en la zona geográfica atendida por la EEC’ (vid Folio 160).

<sup>3</sup> También podría ser relevante la cláusula décimo quinta del Modelo de Oferta para la Prestación de Servicios de Asistencia Técnica, en la que se regula la propiedad sobre la información generada por la prestación de los aludidos servicios.

Así, pues, la demanda presentada por EEB S.A. ESP pretende que se reconozca que Codensa S.A. ESP ha desatendido las disposiciones del Acuerdo de Inversión que regulan la prestación de los servicios técnicos descritos en el párrafo precedente. Para sustentar lo anterior, EEB S.A. ESP se vale de algunas afirmaciones hechas por personas vinculadas a Codensa S.A. ESP. Por ejemplo, el representante legal de esta última compañía ha manifestado, por escrito, que ‘la terminación del contrato de asistencia técnica sin haber elaborado un plan de choque para contrarrestar la carencia de [sistemas tecnológicos para el desarrollo del objeto social de la EEC] conllevaría a la pérdida de valor de la [EEC] y el incumplimiento de obligaciones regulatorias [...]’ (vid. Folio 15). Para el apoderado de EEB S.A. ESP, esta clase de afirmaciones permiten establecer que ‘EEC no tiene la capacidad de operar en forma autónoma e independiente, pero manteniendo la eficiencia y calidad, sin la asistencia de Codensa [...]’ (vid. Folio 15). Por consiguiente, en la demanda se afirma que las actuaciones de Codensa S.A. ESP, en ejecución del Acuerdo de Inversión, constituyen un abuso de los derechos regulados en ese convenio parasocial. El apoderado de la demandante también le ha solicitado a este Despacho que declare ‘que Codensa [...] incumplió el [Acuerdo de Inversión], en la medida en que, al no cumplir con su obligación de transferencia de habilidades y aptitudes conforme al numeral 4 de la Cláusula 2 del [Contrato de Asistencia Técnica], transgredió las Cláusulas 1.4, 7.5 y 10, el Anexo IV y el *animus societatis* estipulado bajo el [Acuerdo de Inversión]’ (vid. Folio 18).

Debe decirse, desde ahora, que el Despacho no cuenta aún con elementos de juicio para establecer, ni siquiera de manera preliminar, si la conducta de Codensa S.A. ESP puede calificarse como abusiva o si se ha producido un posible incumplimiento de las obligaciones del Acuerdo de Inversión. En esta temprana etapa del proceso, la posición expresada por el apoderado de la demandante encuentra sustento, principalmente, en indicios tales como las afirmaciones efectuadas por funcionarios de Codensa S.A. ESP.<sup>4</sup> Lo anterior es claramente insuficiente para que el Despacho pueda estudiar la apariencia de buen derecho de las pretensiones formuladas en la demanda. En todo caso, debe advertirse que EEB S.A. ESP tampoco parece contar con suficiente información acerca de la manera en que Codensa S.A. ESP ha ejecuta-

<sup>4</sup> El incumplimiento invocado por EEB S.A. ESP también encuentra fundamento en la renuencia de Codensa S.A. ESP a dar por terminado el contrato de asistencia técnica celebrado con EEC S.A. ESP, según las explicaciones formuladas más adelante.

do sus obligaciones de apoyo técnico. Según lo anotado por el apoderado la demandante, ello se debe a que Codensa S.A. ESP no le ha permitido a EEB S.A. ESP verificar el cumplimiento del contrato de asistencia celebrado con EEC S.A. ESP (vid. Folios 19 y 20). Así, pues, ante la carencia de información acerca de los servicios técnicos prestados por Codensa S.A., el Despacho llevará a cabo una inspección judicial en las oficinas de administración de EEC S.A. ESP, a fin de recaudar elementos probatorios que permitan establecer si es necesario adoptar una medida cautelar en el presente proceso.

### **B. Diferencias relacionadas con la vigencia del contrato de servicios técnicos regulado en el Acuerdo de Inversión**

La demanda presentada por EEB S.A. ESP también busca dirimir las controversias que se han presentado en cuanto a la terminación del contrato de asistencia técnica regulado en el Acuerdo de Inversión. Aunque los mencionados servicios de asistencia debían ser prestados por un periodo inicial de cuatro años, prorrogables por un término idéntico, EEC S.A. ESP y Codensa S.A. ESP cambiaron el correspondiente plazo de ejecución 'con el fin de que [...] revisar el Acuerdo Marco de Inversión y la estructura societaria más apropiada, retomando en todo caso el espíritu que llevó a estas Empresas a hacer la inversión en EEC' (vid. Folio 759). Por efecto de esta modificación, contenida en el documento denominado Otrosí No. 4, el contrato de asistencia técnica celebrado entre EEC S.A. ESP y Codensa S.A. ESP habría estado vigente, en principio, hasta el 18 de marzo de 2014 (vid. Folio 10). Con todo, el demandante señala que ese negocio jurídico se extendió por virtud de lo previsto en la cláusula primera del Otrosí No. 4, a cuyo tenor, '[el plazo] se prorrogará automáticamente por un (1) año adicional, en el evento que: (a) Ninguna de las Partes manifieste a la otra por escrito su intención de no continuar con los servicios [...] con una antelación no menor de treinta (30) días calendario al vencimiento del plazo de ejecución y/o b) No exista acuerdo entre Codensa y la EEB en los términos de revisión del Acuerdo Marco de Inversión [...] (vid. Folio 759).

Tal y como aparece en los documentos aportados con la demanda, a comienzos del año 2014, EEB S.A. ESP insistió en que EEC S.A. ESP diera por terminado el contrato de asistencia técnica celebrado en desarrollo del Acuerdo de Inversión. Para el efecto, en ejercicio de las mayorías que EEB S.A. ESP

detenta en las juntas directivas de DECSA S.A. ESP y EEC S.A. ESP, se le impartió al representante legal de esta última compañía la orden de iniciar el trámite de terminación a que alude el Otrosí No. 4. Sin embargo, en la demanda se afirma que el representante legal de EEC S.A. ESP, cuya designación le corresponde a Codensa S.A. ESP, no actuó a tiempo para evitar la prórroga automática del contrato de asistencia técnica. En criterio del apoderado de la demandante, 'de no haber sido por las intervenciones reprochables de los delegados de Codensa, así como de las maniobras dilatorias llevadas a cabo por ésta, dicha comunicación de no prórroga habría sido efectivamente enviada' (vid. Folio 13). Es por ello que EEB S.A. ESP considera que Codensa S.A. ESP ejerció de manera abusiva sus derechos bajo el Acuerdo de Inversión, 'al haber impedido, obstaculizado y dilatado la adopción de la decisión de terminación del CAT al vencimiento de su plazo contractual' (vid. Folio 18).

Una vez revisados los documentos aportados con la demanda, el Despacho encontró suficientes méritos para decretar una medida cautelar relacionada con el contrato de asistencia técnica. Esta conclusión encuentra soporte en la posibilidad de que Codensa S.A. ESP pueda valerse de sus derechos bajo el Acuerdo de Inversión para obtener una ventaja posiblemente injustificada. Bajo la estructura societaria contemplada en el Acuerdo de Inversión, EEB S.A. ESP y Codensa S.A. ESP son propietarias de acciones en DECSA S.A. ESP, en porcentajes del 51% y 48.9% respectivamente. A su vez, DECSA S.A. ESP es titular de acciones equivalentes al 82.34% del capital suscrito de EEC S.A. ESP. Adicionalmente, las reglas de gobierno contempladas en el Acuerdo de Inversión le confieren a EEB S.A. ESP la potestad de postular a la mayoría de los miembros de las juntas directivas de DECSA S.A. ESP y EEC S.A. ESP, así como al representante legal de DECSA S.A. ESP.

A pesar de que la estructura societaria antes descrita parecería conferirle a EEB S.A. ESP el control sobre DECSA S.A. ESP y EEC S.A. ESP, el apoderado de la demandante considera que Codensa S.A. ESP 'controla desde el punto operativo, técnico, financiero, administrativo, tecnológico [y] legal [...] a EEC' (vid. Folio 9).<sup>5</sup> El fundamento de lo anterior parecería radicar en la regla prevista en la cláusula 7.2 (C) del Acuerdo de Inversión, según la cual

<sup>5</sup> No está de más advertir que, en caso de que se termine el contrato de asistencia técnica, los directores designados por EEB S.A. ESP en EEC S.A. ESP, quienes representan la mayoría en la junta, podrían determinar la identidad del representante legal principal de esta última compañía, con lo cual EEB S.A. ESP pasaría a controlar la totalidad de las operaciones de EEC S.A. ESP.

Codensa S.A. ESP, en su calidad de asesor técnico, tiene el derecho exclusivo de postular nombres para la elección del representante legal de EEC S.A. ESP (vid. Folio 165). Es preciso advertir que, en criterio del representante legal de Codensa S.A. ESP, esta potestad nominadora no le confiere a esa compañía el control sobre EEC S.A. ESP. Según lo expresado en una carta del 13 de marzo de 2014, ‘es DECSA S.A. ESP quien elige [al representante legal], sociedad en la cual EEB tiene mayoría en Junta Directiva’ (vid. Folio 835).

Con todo, es claro que la posibilidad de definir los nombres que deberá considerar la junta directiva de DECSA S.A. ESP sí le confiere alguna injerencia a Codensa S.A. ESP sobre la gestión operativa de EEC S.A. ESP. Más aún, esa potestad nominadora podría darle a Codensa S.A. ESP un importante margen de discreción respecto del contrato de asistencia técnica a que se ha hecho referencia. En verdad, Codensa S.A. ESP puede determinar quién será la persona con la que habrá de entenderse para definir la ejecución y la vigencia del contrato de asistencia técnica, es decir, el representante legal principal de EEC S.A. ESP. En este orden de ideas, el apoderado de la demandante ha puesto de presente que el actual representante legal principal de EEC S.A. ESP tiene un vínculo cercano con Codensa S.A. ESP. Según aparece en la demanda, ‘la negociación que debía entablar el gerente de EEC por orden de su junta directiva, era con quien, casualmente, además de ser su superior jerárquico en la organización Codensa, un día antes le había enviado una carta exponiendo las razones para no dar por terminado el CAT’ (vid. Folio 12). Por este motivo, el demandante considera que Codensa ‘se encuentra inmersa en un profundo conflicto de interés’ (vid. Folio 16).

Como ya se dijo, pues, la influencia que Codensa S.A. ESP parece ejercer sobre el representante legal principal de EEC S.A. ESP, podría usarse para que aquella compañía obtenga ventajas indebidas. Por ejemplo, según se apunta en la demanda, ‘aprovechándose de los términos contractuales previstos para que el CAT se renovara automáticamente, Codensa logró evitar que EEC enviara la notificación en tiempo obteniendo, para su beneficio, una prórroga automática del CAT’ (vid. Folio 12).<sup>6</sup> No debe perderse de

<sup>6</sup> En sentido análogo, se ha afirmado que ‘la posición contractual de Codensa [...] ha sido usada de manera abusiva para controlar a la EEC a conveniencia de Codensa [...]. La recurrente negativa de Codensa a terminar el CAT [...] es evidencia clara de que es interés directo de Codensa mantener la posición contractual cómoda que le permite controlar vedadamente los designios de EEC. Es igualmente claro la manera reprochable con la que manipularon los mecanismos previstos en el CAT para obtener, a su favor, prórroga de tal contrato y evitar su sana y justa terminación’ (vid. Folios 19 y 20).

vista, sin embargo, que la posición privilegiada de Codensa S.A. ESP surgió como consecuencia de los términos contractuales pactados libremente entre esa compañía y EEB S.A. ESP. También parece claro que, para preparar el Acuerdo de Inversión, EEB S.A. ESP contó con asesoría legal calificada, con cuya participación se incluyeron en ese convenio sofisticadas disposiciones societarias. Por este motivo, podría pensarse que la intención de las partes al momento de diseñar el Acuerdo de Inversión era, precisamente, que Codensa S.A. ESP contara con la potestad de determinar tanto la vigencia como los términos de ejecución del contrato de asesoría técnica. De ser ello así, Codensa S.A. ESP podría estar simplemente ejerciendo las prerrogativas contractuales convenidas con EEB S.A. ESP. El Despacho se ocupará en retomar esta discusión durante el curso del presente proceso, una vez la sociedad demandada haya tenido la oportunidad de contestar la demanda.

En todo caso, por las razones expuestas, existe la posibilidad de que Codensa S.A. ESP pueda ejercer indebidamente las prerrogativas descritas en el párrafo anterior. En consecuencia, mientras se esclarece el alcance de las cláusulas contenidas en el Acuerdo de Inversión y sus anexos, se le ordenará a Codensa S.A. ESP y EEC S.A. ESP que se abstengan de modificar los términos del contrato de asistencia técnica o de reemplazarlo con otros negocios jurídicos, a menos que cuenten con la autorización expresa de este Despacho.

### C. Acerca de la existencia de posibles conflictos de interés

En la demanda presentada por EEB S.A. ESP se hace referencia a múltiples conflictos de interés en los que podrían haber estado incursos los administradores de DECSA S.A. ESP y EEC S.A. ESP. El origen de tales conflictos parece ser el contrato de asistencia técnica celebrado entre EEC S.A. ESP y Codensa S.A. ESP. Según el apoderado de la demandante, los señores Paulo Orozco y Aurelio Bustilho, directores de DECSA S.A. ESP y EEC S.A. ESP, ‘están vinculados laboralmente a Codensa o a empresas de su mismo grupo económico. En esa medida, actúan como administradores [...] pero representan, sin duda alguna, los intereses de Codensa’ (vid. Folio 16). También se afirma en la demanda que el representante legal de EEC S.A. ESP tiene un vínculo directo con ‘la organización Codensa’ (vid. Folio 12). Así, pues, los aludidos sujetos podrían estar incursos en un conflicto de interés respecto de todos aquellos negocios jurídicos que se celebren entre

EEC S.A. ESP y Codensa S.A. ESP, incluido, especialmente, el contrato de asistencia técnica.

En este punto debe ponerse de presente lo expresado por el Despacho en el caso de Aurelio Bustilho contra EEC S.A. ESP, en el cual se dijo lo siguiente: ‘para resolver la solicitud de medidas cautelares objeto de este auto, debe decirse que el señor Roa Barragán efectivamente ocupa el cargo de miembro principal de las juntas directivas de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. ESP y Codensa S.A. ESP [...]. También es preciso reiterar que las decisiones impugnadas están relacionadas con la terminación de un negocio jurídico celebrado entre Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. ESP y Codensa S.A. ESP, es decir, las dos compañías en las cuales el señor Roa ostenta la calidad de administrador [...] en su calidad de director de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. ESP, cualquier actuación del señor Roa Barragán respecto del referido contrato de asistencia técnica debe cumplirse ‘en interés de la sociedad’, según dispone el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Con todo, al ocupar un puesto en la junta directiva de Codensa S.A. ESP, el señor Roa Barragán debe actuar también en interés de esta última compañía. Al confluir en cabeza del señor Roa Barragán los intereses contrapuestos a que se ha hecho referencia, parece haberse configurado la hipótesis fáctica del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. De ser ello cierto, el señor Roa Barragán deberá obtener la anuencia de la asamblea general de accionistas de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. ESP para poder participar en cualquier gestión relacionada con la terminación del contrato de asesoría técnica suscrito entre aquella compañía y Codensa S.A. E.S.P.’<sup>7</sup>

Es claro, pues, que los administradores de DECSA S.A. ESP y EEC. S.A. ESP que tengan algún vínculo laboral o societario con Codensa S.A. ESP—o con compañías afiliadas a Codensa S.A. ESP—podrían estar incurso en un conflicto de interés respecto de cualquier actuación atinente al contrato de asistencia técnica objeto de este auto. Por ello, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los sujetos que se encuentren inmersos en un conflicto de la naturaleza reseñada deberán abstenerse de participar en la adopción de cualquier determinación relacionada con el aludido contrato

<sup>7</sup> Cfr. Auto No. 801-7259 del 19 de mayo de 2014. El Despacho debe advertir la insólita situación que se presentaría si el señor Aurelio Bustilho tiene un vínculo laboral con Codensa S.A. ESP, como lo afirma el apoderado de EEB S.A. ESP. Bajo esta hipótesis, el señor Bustilho habría presentado una demanda con fundamento en un conflicto de interés en el que él mismo también podría estar incurso.

de asistencia, a menos que cuenten con la anuencia del respectivo órgano social.<sup>8</sup> Sin embargo, las únicas pruebas disponibles acerca de la existencia de un vínculo entre Codensa S.A. ESP y los administradores de EEC S.A. ESP son las manifestaciones efectuadas en la demanda (vid. Folio 16). Es por ello que el Despacho les solicitará a los administradores de DECSA S.A. ESP y EEC. S.A. ESP que informen si tienen algún vínculo, de cualquier naturaleza, con Codensa S.A. ESP, o con compañías afiliadas a Codensa S.A. ESP.<sup>9</sup> Una vez se reciba esta información, será posible establecer si debe ampliarse la medida cautelar decretada en este auto.

## 2. El interés económico del demandante

Tras una revisión del expediente, este Despacho pudo constatar que la demandante cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso, en su calidad de accionista de DECSA S.A. ESP y EEC S.A. ESP, así como por virtud de su participación en la celebración del Acuerdo de Inversión.<sup>10</sup>

[...]

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

### Resuelve

**Primero.** Fijar una caución por la suma de \$10.000.000, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del pre-

<sup>8</sup> En caso de existir un conflicto de la naturaleza descrita en el texto principal, es posible que tal circunstancia se hubiere producido en ejecución del Acuerdo de Inversión, cuyos términos contractuales fueron diseñados conjuntamente por EEB S.A. ESP y Codensa S.A. En el curso del proceso, el Despacho deberá establecer si lo anterior es relevante para efectos de analizar las pretensiones formuladas por la demandante.

<sup>9</sup> Esta medida es procedente aunque EEB S.A. ESP no haya presentado pretensiones en contra de los administradores de DECSA S.A. ESP y EEC. S.A. ESP. Ello se debe a que las actuaciones de tales administradores podrían incidir sobre el objeto de este proceso, es decir, la ejecución de las reglas contenidas en el Acuerdo de Inversión y sus anexos. Es claro, en todo caso, que los administradores sociales siempre deben cumplir con las disposiciones imperativas que regulan los conflictos de interés en Colombia (cfr. Sentencia No. 800-29 del 14 de mayo de 2014).

<sup>10</sup> Según lo expresado en el Auto No. 800-4336 del 22 de marzo de 2013, el denominado ‘interés económico del demandante’ conjuga varios de los elementos a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso, incluidos el interés para obrar y la necesidad de la medida cautelar solicitada.

sente 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.

**Segundo.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle a Codensa S.A. ESP y EEC S.A. ESP que se abstengan de modificar los términos del contrato de asistencia técnica a que alude el Acuerdo de Inversión o de reemplazarlo con otros negocios jurídicos, a menos que cuenten con la autorización expresa de este Despacho.

**Tercero.** Practicar una inspección judicial en las oficinas de administración de EEC S.A. ESP, con el propósito de recaudar información acerca de la asesoría técnica prestada por Codensa S.A. ESP.

**Cuarto.** Ordenarles a los administradores de DECSA S.A. ESP y EEC S.A. ESP que le informen al Despacho si en la actualidad tienen algún vínculo, de cualquier naturaleza, con Codensa S.A. ESP o con sociedades vinculadas a esta última compañía.

**Quinto.** Informarle al representante legal de EEC S.A. ESP, así como a los demás administradores de esta compañía y de DECSA S.A. ESP, acerca del contenido del presente auto.

### Auto No. 801-11759 del 20 de agosto de 2014

<b>Partes</b>	Beatriz Helena Obando Benjumea contra Oben Muebles S.A.
<b>Asunto</b>	Ejecución de protocolos de familia.

## I. Consideraciones del Despacho

[...]

Las pretensiones de la demandante encuentran fundamento en la posible violación de las disposiciones contenidas en un acuerdo celebrado entre los accionistas de Oben Muebles S.A. En el aludido convenio parasocial, denominado Protocolo de Familia, se han establecido algunas calificaciones profesionales que deben acreditar los sujetos que se proponen ocupar el cargo de representante legal de la compañía. Entre tales requisitos se encuentra el consignado en el Parágrafo I del Artículo Décimo Octavo, a cuyo tenor, 'cualquier FIRMANTE accionista que desee ser Gerente General debe poseer por lo menos un título profesional en el área de las ciencias administrativas' (vid. Folio 76). Según la demandante, la decisión de la junta directiva de Oben Muebles S.A. de designar a Maria del Socorro Obando como representante legal principal contravino la citada regla, puesto que la señora Obando no cumple con los requisitos profesionales determinados en el estudiado Protocolo de Familia.

Este Despacho se ha pronunciado en varias oportunidades acerca de los mecanismos judiciales disponibles para remediar la transgresión de un acuerdo de accionistas. Así, por ejemplo, en la sentencia No. 801-16 del 23 de abril de 2013 se explicó que 'en nuestro régimen societario existen diversas maneras de hacer efectivo un acuerdo de voto celebrado por los accionistas de una sociedad anónima. Por una parte, el incumplimiento de un convenio de esa naturaleza puede dar lugar a la ejecución específica de las obligaciones correspondientes. Esta acción judicial, descrita en el parágrafo segundo del

artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, puede presentarse ante la Superintendencia de Sociedades en el caso de las sociedades anónimas, por disposición de los artículos 252 de la Ley 1450 de 2011 y 24 del Código General del Proceso. De otra parte, en los términos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995, es factible controvertir los votos computados en contra de lo pactado en un acuerdo oponible a la sociedad, con el fin de impugnar la correspondiente determinación asamblearia’.

Dicho lo anterior, debe advertirse ahora que las pruebas disponibles en esta temprana etapa del proceso parecen servirle de sustento a las pretensiones formuladas por la demandante. Ciertamente, en el acta correspondiente a la reunión de la junta directiva del 6 de junio de 2014 quedó constancia de la oposición de varios directores a la postulación de la señora Maria del Socorro Obando como representante legal principal de Oben Muebles S.A. Según aparece en el acta mencionada, los directores Beatriz Obando y Hugo Obando invocaron el Protocolo de Familia suscrito entre los accionistas de la compañía para controvertir la designación de la nueva representante legal (vid. Folios 17 y 18). A pesar de lo anterior, el nombramiento de María del Socorro Obando como representante legal de Oben Muebles S.A. fue aprobado por tres de los cinco directores presentes en la reunión del 6 de junio de 2014, vale decir, Francisco, María Victoria y José Gabriel Obando Benjumea.

En este punto debe decirse que aún no es claro si la nueva representante legal de Oben Muebles S.A. tiene las calificaciones profesionales exigidas en el Protocolo de Familia. Sin embargo, existen indicios de que la señora Maria del Socorro Obando no cuenta con un ‘título profesional en el área de las ciencias administrativas’. Por ejemplo, durante la reunión del 6 de junio, el director Francisco Obando parece haber desconocido el carácter vinculante del convenio parasocial analizado. Para el efecto, según consta en el acta de esa reunión, el señor Obando expresó que ‘corresponde a la Junta Directiva elegir a quien hará las veces de gerente; sobre el protocolo de familia es un acuerdo privado que en ningún caso puede contrariar la ley y menos los estatutos’ (vid. Folio 17). Además, ante las preguntas acerca de las calificaciones profesionales de la señora María del Socorro Obando, el señor Francisco Obando manifestó que ‘es una persona de la casa, que tiene su talante [...] Mariana tiene un perfil comercial dentro de la organización’ (vid. Folio 19). Tanto el desconocimiento de los efectos vinculantes del Protocolo de Familia,

como la renuencia a responder las preguntas formuladas acerca de las calificaciones profesionales de la señora Maria del Socorro Obando, apuntan a una posible violación del acuerdo de accionistas bajo estudio.

En este sentido, debe advertirse que es perfectamente factible, en criterio del Despacho, que los accionistas de una sociedad anónima celebren acuerdos privados en los que se regule la designación de los administradores sociales.<sup>1</sup> Tampoco puede perderse de vista lo expresado en la sentencia No. 801-16 del 23 de abril de 2013, en la cual se censuró el incumplimiento de acuerdos de accionistas, en vista de la importante función económica que cumplen estos convenios, así como por la ‘necesidad de hacer efectivos los postulados que rigen la celebración y ejecución de contratos en Colombia’. De ahí que, por virtud de las pruebas disponibles en esta temprana etapa del proceso, el Despacho considere necesario decretar una medida cautelar.<sup>2</sup> Sin embargo, en lugar de suspender la decisión de designar a Maria del Socorro Obando como representante legal de Oben Muebles S.A., el Despacho ordenará la inscripción de la correspondiente demanda en el registro mercantil. Además, se le ordenará a Maria del Socorro Obando que le informe al Despacho si cumple con los requisitos profesionales establecidos en el Protocolo de Familia para ocupar el cargo de representante legal. Una vez el Despacho reciba esta información, será posible establecer si debe ampliarse la medida cautelar decretada en este auto.

[...]

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

1 Cfr., por ejemplo, el Auto No. 801-12735 del 18 de junio de 2013. Sin embargo, la regla del Protocolo de Familia que gobierna la designación de representantes legales por parte de la junta directiva de Oben Muebles S.A. no parecería encajar dentro de los requisitos que contempla el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 para la celebración de convenios que le sean oponibles a una sociedad. En todo caso, como se afirmó en la sentencia No. 801-16 del 23 de abril de 2013, ‘la ejecución específica de un acuerdo de voto no presupone su oponibilidad ante la sociedad. Ciertamente, un accionista podría solicitar que se le impartan órdenes a la parte infractora [...] sin impugnar directamente las decisiones adoptadas [...].’

2 Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

## Resuelve

**Primero.** Fijar una caución por la suma de \$1.000.000, la cual deberá ser prestada por la demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto y práctica de la medida cautelar aquí descrita estará sujeto a la condición de que la demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

**Segundo.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la inscripción de la demanda en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Cali.

**Tercero.** Una vez prestada la caución en forma debida, informarle al representante legal de Oben Muebles S.A., por el medio más expedito, acerca de la medida cautelar ordenada por este Despacho.

**Cuarto.** Ordenarle a Maria del Socorro Obando que, dentro del término de cinco días, le informe al Despacho si cuenta con un título profesional en el área de las ciencias administrativas, en los términos del Parágrafo I del Artículo Décimo Octavo del Protocolo de Familia de Oben Muebles S.A.

## Auto No. 801-17880 del 4 de diciembre de 2014

<b>Partes</b>	Londoño Hermanos y Cía. Ltda. y Doris Pinilla Acuña contra Procinal Bogotá Ltda. y otros
<b>Asunto</b>	Conflictos de interés del representante legal.

## Consideraciones del Despacho

[...]

La demanda presentada por Londoño Hermanos y Cía. Ltda. y Doris Pinilla Acuña pretende controvertir la responsabilidad de Rafael Alfonso Gaviria, en su calidad de representante legal de Procinal Bogotá Ltda. Como fundamento de sus pretensiones, los demandantes han invocado la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, por virtud de la cual los administradores deben ‘abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros [...] en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios [...]’. Los demandantes han puesto de presente que el aludido administrador infringió la regla del numeral 7 citado, al haber representado a Procinal Bogotá Ltda. en la celebración de un contrato con Cineworld S.A.S. En este sentido, se ha dicho que el señor Gaviria no sólo es accionista de Cineworld S.A., sino que también ocupa el cargo de representante legal en esta compañía (vid. Folios 10, 32, 37, 93). Por estos motivos, los demandantes estiman necesaria la práctica de una medida cautelar, consistente en la inscripción de la demanda sobre bienes propiedad de Rafael Alfonso Gaviria Barrientos, Procinal Bogotá Ltda. y Banco de Occidente S.A. Dicha solicitud se encuentra encaminada a evitar que el señor ‘Gaviria, por conducto suyo y de las sociedades Procinal y Cineworld que representa legalmente, siga realizando actos aparentemente fraudulentos’ (vid. Folio 18).

Para resolver la solicitud de medidas cautelares bajo estudio, debe advertirse que este Despacho ya se ha pronunciado acerca del conflicto de interés que

puede surgir cuando un mismo sujeto es administrador de dos compañías que contratan entre sí. En el caso de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., por ejemplo, se decretó una medida cautelar con fundamento en la participación entrelazada de un sujeto en dos juntas directivas. El señor Ricardo Roa Barragán, miembro principal de la junta directiva de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., ocupaba esa misma posición en Codensa S.A. E.S.P. Ambas compañías habían celebrado un contrato de asistencia técnica, por cuya virtud Codensa S.A. E.S.P. le prestaba diversos servicios a Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P. Durante una reunión de la junta directiva de esta última compañía, el señor Roa Barragán participó en las deliberaciones acerca de la terminación del contrato de asistencia técnica celebrado con Codensa S.A. E.S.P. y contribuyó, con su voto, a que se tomara la decisión de dar por terminado ese convenio. En una demanda presentada posteriormente por otro director de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., se afirmó que el señor Roa Barragán no podía haber participado en las deliberaciones antes mencionadas por encontrarse incurso en un conflicto de interés.

En este caso, el Despacho encontró ‘indicios acerca de la posible existencia del conflicto de interés mencionado en la demanda [...]’. En efecto, en su calidad de director de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., cualquier actuación del señor Roa Barragán respecto del referido contrato de asistencia técnica debe cumplirse “en interés de la sociedad”, según lo dispone el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Con todo, al ocupar un puesto en la junta directiva de Codensa S.A. E.S.P., el señor Roa Barragán debe actuar también en interés de esta última compañía. Al confluir en cabeza del señor Roa Barragán los intereses contrapuestos a que se ha hecho referencia, parece haberse configurado la hipótesis fáctica del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. De ser ello cierto, el señor Roa Barragán deberá obtener la anuencia de la asamblea general de accionistas de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P. para poder participar en cualquier gestión relacionada con la terminación del contrato de asesoría técnica suscrito entre aquella compañía y Codensa S.A. E.S.P.’<sup>1</sup>

Este Despacho también ha estudiado la hipótesis en la que un administrador cuenta con un interés económico significativo en una operación determina-

<sup>1</sup> Auto No. 801-7259 del 19 de mayo de 2014.

da. Por ejemplo, en el caso de Luque Torres Ltda., se dijo que ‘puede presentarse un conflicto cuando el administrador tenga un interés económico que sea lo suficientemente significativo como para menoscabar su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su cargo. Ello podría presentarse si el administrador [...] es accionista de una compañía que contrata con la sociedad [en la que ejerce sus funciones]’.<sup>2</sup>

Dicho lo anterior, es posible ahora establecer si las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda justifican el decreto de una medida cautelar. Por una parte, el Despacho pudo determinar que el señor Rafael Alfonso Gaviria detenta la calidad de representante legal principal tanto en Procinal Bogotá Ltda., como en Cineworld S.A.S. (vid. Folios 32 y 38). Los documentos disponibles en el expediente también apuntan a que el señor Gaviria detenta un porcentaje minoritario de las cuotas sociales en que está dividido el capital de Procinal Bogotá Ltda., así como la totalidad de las acciones emitidas por Cineworld S.A.S. (vid. Folios 83-92, 93, 95).

De otra parte, las pruebas aportadas por los demandantes parecen dar cuenta de la celebración de diversas operaciones entre Procinal Bogotá Ltda. y Cineworld S.A.S., en las cuales el señor Gaviria fungió como representante legal de ambas compañías. Así, por ejemplo, según aparece en la escritura pública No. 1302, otorgada en la Notaría 23 de Bogotá, Procinal Bogotá Ltda. parece haberle transferido los derechos de propiedad sobre diversos inmuebles a Banco de Occidente S.A., a fin de que esta entidad financiera celebrara una operación de leasing inmobiliario con Cineworld S.A.S. (vid. Folios 106-108, 111, 114, 117). Adicionalmente, los demandantes alegan que el señor Gaviria dispuso de recursos líquidos de Procinal Bogotá Ltda. para pagar obligaciones financieras a cargo de Cineworld S.A.S. (vid. Folio 5). También debe aludirse a lo expresado por esta Superintendencia en el Oficio No. 313-56300 del 16 de julio de 2012, en el cual la entidad aludió a la posible celebración de contratos de mutuo entre Procinal Bogotá Ltda. y Cineworld S.A.S. (vid. Folio 103). Por lo demás, en la demanda se describen múltiples otras operaciones que podrían haberle representado un conflicto de interés al señor Gaviria.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Cfr. Sentencia No. 800-52 del 1 de septiembre de 2014.

<sup>3</sup> Según los hechos narrados en la demanda, Rafael Alfonso Gaviria Barrientos habría realizado diferentes erogaciones de Procinal Bogotá Ltda. a favor de Cineworld S.A.S. por concepto de préstamos, los cuales se estimarían por los demandantes en la suma de ‘\$4.311 millones’, la cual representaría aproximadamente un 90% de las cuentas por cobrar de la compañía (vid. Folio 5). En la demanda se sostiene que ‘no se encontró documento alguno que justificara los desembolsos correspondientes

Así las cosas, las pruebas disponibles apuntan a que Rafael Alfonso Gaviria Barrientos pudo haber celebrado operaciones viciadas por un conflicto de interés. Por tal motivo, el Despacho debe concluir que, en esta etapa del proceso, los demandantes han acreditado que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican el decreto de una medida cautelar. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

[...]

### Acerca de las medidas cautelares solicitadas

Con base en las anteriores consideraciones, el Despacho estima procedente decretar la inscripción de la presente demanda en el registro de instrumentos públicos correspondiente a los bienes inmuebles descritos a continuación:

No. Matrícula	Dirección	Propietario
50C-897815	Carrera 31 No. 9-61 Lote 4 Manzana E	Rafael Alfonso Gaviria Barrientos (50%)
50N-527819	Oficina 601 Centro Comercial Los Hexágonos Avenida 15 No. 119 A-43	Rafael Alfonso Gaviria Barrientos
50N-527821	Oficina 603 Centro Comercial Los Hexágonos Avenida 15 No. 119 A-43	Rafael Alfonso Gaviria Barrientos
50N-527822	Oficina 604 Centro Comercial Los Hexágonos Avenida 15 No. 119 A-43	Rafael Alfonso Gaviria Barrientos
50N-1181342	Local 2-124 del Centro Comercial Bulevar Niza	Procinal Bogotá Ltda.

como un contrato, unas garantías, una autorización de la junta de socios o cualquier otro elemento de apoyo para justificar una operación tan representativa para la empresa' (Id.). Se sostiene, además, que se halló una partida de '\$624 millones' correspondiente a un préstamo a favor de Rafael Alfonso Gaviria Barrientos (vid. Folios 7-8). De otra parte, ponen de presente que '[s]e encontraron igualmente en Procinal desembolsos para compra de equipo 3D Iwana por \$113.012 millones girados a Multicines Iwana según comprobante de egreso BG-26944 del 26 de julio de 2011 cargado contablemente a la cuenta de Cineworld, [...] pagos varios a Centro Comercial Plaza de las Américas por \$3.250 millones por cuenta de Cineworld para pago de cuotas por crédito de adquisición Imax' (vid. Folio 7).

No. Matrícula	Dirección	Propietario
50N-1181341	Local 2-123 del Centro Comercial Bulevar Niza	Procinal Bogotá Ltda.
50S-40081762	Local 2508 del Centro Comercial Plaza de las Américas	Procinal Bogotá Ltda.
50S-40081765	Local 2511 del Centro Comercial Plaza de las Américas	Procinal Bogotá Ltda.
060-213590	Local 2E-4 de Multicentro La Plazuela de Cartagena	Procinal Bogotá Ltda. (50%) y Rafael Alfonso Gaviria Barrientos (25%)
50C-1435147	Local Salitre Plaza Centro Comercial	Banco de Occidente S.A.
50C-1435144	Local Salitre Plaza Centro Comercial	Banco de Occidente S.A.
50C-1435149	Local Salitre Plaza Centro Comercial	Banco de Occidente S.A.

Adicionalmente, en vista de la naturaleza de las infracciones invocadas por los demandantes, se hace necesario decretar una medida adicional, con fundamento en las facultades consagradas en el artículo 590 del Código General del proceso. Así, pues, el Despacho le ordenará a los administradores de Procinal Bogotá Ltda., incluido especialmente el señor Gaviria, que se abstengan de celebrar negocios jurídicos con Cineworld S.A.S., bien sea directamente o por intermedio de terceros, a menos que cuenten con la autorización expresa de este Despacho. El Despacho practicará una inspección judicial en las oficinas de administración de Procinal Bogotá Ltda. y Cineworld S.A.S., con el acompañamiento de contadores expertos, a fin de establecer si se le ha dado estricto cumplimiento a lo ordenado en este auto.

[...]

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

### Resuelve

**Primero.** Fijar una caución por la suma de \$89.305.000, la cual deberá ser prestada por los demandantes bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto y práctica de las medidas cautelares aquí descritas estará sujeto a la condición de que los demandantes presten la caución a que se ha hecho referencia.

**Segundo.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la inscripción de la demanda en los certificados de libertad y tradición de los inmuebles identificados en el cuadro que se expuso en el presente auto.

**Tercero.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle a los administradores de Procinal Bogotá Ltda. que se abstengan de celebrar negocios jurídicos con Cineworld S.A.S., bien sea directamente o por intermedio de terceros, a menos que cuenten con la autorización expresa de este Despacho

**Cuarto.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la práctica de una inspección judicial en las oficinas de administración de Procinal Bogotá Ltda. y Cineworld S.A.S., con el propósito de establecer si se le ha dado cumplimiento a las medidas cautelares descritas en el presente auto.

### Auto No. 800-2730 del 17 de febrero de 2015

<b>Partes</b>	María Victoria Solarte Daza contra CSS Constructores S.A.
<b>Asunto</b>	Capitalización abusiva.

## I. Consideraciones del Despacho

Este Despacho se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para establecer la procedencia de medidas cautelares en procesos societarios.<sup>1</sup> Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma en los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar medidas cautelares de la naturaleza solicitada, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de juicio disponibles, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico del demandante, según se expresa a continuación.

### 1. Las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda

El primero de los presupuestos mencionados consiste en un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles en esta etapa del proceso, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones presentadas por la demandante. Este presupuesto

<sup>1</sup> Cfr. Autos No. 801-2289 del 20 febrero 2013 y No. 800-16014 del 19 noviembre 2012. Las providencias mencionadas pueden consultarse en la sección de jurisprudencia de la página de la Superintendencia de Sociedades, disponible en la siguiente dirección: <http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/normatividad/Paginas/default.aspx>.

se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el Artículo 590 del Código General del Proceso.<sup>2</sup>

El análisis preliminar a que se ha hecho referencia no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto.<sup>3</sup> Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que en el momento de dictar sentencia, el juez llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares. En efecto, durante el curso del proceso pueden surgir elementos de juicio que le resten fuerza a los argumentos empleados por el juez para haber aceptado o rechazado la medida. En criterio de Bejarano Guzmán, ‘no se trata de una decisión de fondo sino preliminar, que por supuesto puede ser modificada en la sentencia que le ponga fin al proceso’.<sup>4</sup> Dicho lo anterior, se analizará ahora la solicitud de medidas cautelares formulada con la demanda, a fin de estimar si la demandante ha demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar.

La demanda presentada por María Victoria Solarte Daza busca controvertir la capitalización de dividendos aprobada durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de CSS Constructores S.A. celebrada el 10 de diciembre de 2014. En criterio de la demandante, la aludida determinación asamblearia estuvo orientada por la finalidad de modificar la distribución porcentual del capital suscrito de CSS Constructores S.A. Además, se ha expresado que la decisión en comento fue adoptada en violación de los requisitos formales atinentes al funcionamiento del máximo órgano social. Como consecuencia de todo lo anterior, se ha solicitado que este Despacho advierta la ineficacia o declare la nulidad de la decisión en comento. Adicionalmente, las pretensiones expuestas en la demanda incluyen una cuantiosa

2 La apariencia de buen derecho ha sido referida a ‘la carga de acreditar de forma provisional e indiciaria, que la pretensión principal presenta visos de poder prosperar; [es preciso establecer] una probabilidad cualificada de éxito de la pretensión que se pretende cautelar’. J Garnica Martín, ‘Medidas Cautelares en el Proceso de Impugnación de Acuerdos Sociales’ en Órganos de la Sociedad de Capital, Tomo I (2008, Valencia, Tirant Lo Blanch) 580.

3 En opinión de Garnica Martín, el análisis preliminar requerido para establecer la apariencia de buen derecho ‘no tiene por qué significar que el juez que ha emitido un juicio previo haya perdido su imparcialidad: ambos juicios versan sobre lo mismo pero no se emiten a partir de los mismos elementos probatorios, por lo que no es difícil que pueda cambiar la visión del juez que dictó medidas cautelares sobre el asunto cuando dicta sentencia’ (2008) 580.

4 R Bejarano Guzmán, Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales, 5ª Edición (2011, Bogotá, Editorial Temis) 167.

indemnización de perjuicios, estimados en alrededor de \$7.600.000.000 (vid. Folio 12).

### A. Acerca del abuso del derecho invocado por la demandante

El apoderado de la demandante considera que la capitalización controvertida fue aprobada con el propósito de modificar los porcentajes de participación de los accionistas de CSS Constructores S.A. Para tal efecto, en la demanda se afirma que ‘es indudable que la coalición mayoritaria de accionistas de CSS Constructores S.A. ha hecho ingentes esfuerzos por dar un manto de legalidad formal a lo que no es otra cosa que una decisión torticera. Mediante la pretendida distribución de utilidades en acciones emitidas por su valor nominal, los accionistas que aceptan dicha distribución, incrementan su participación en el capital social. Este incremento es en detrimento de los accionistas que reciban dividendos en dinero, quienes ven menoscabada su participación porcentual en el capital en un monto mucho mayor que los dividendos distribuidos en dinero’ (vid. Folio 11).

En este punto debe decirse que el Despacho se ha pronunciado, en diversas oportunidades, acerca del ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de accionistas mayoritarios. En las sentencias emitidas sobre la materia se ha hecho énfasis en que ‘el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista mayoritario se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados’.<sup>5</sup> Por este motivo, cuando se aporten pruebas que apunten a un posible abuso de mayorías, este Despacho analizará con detenimiento las actuaciones de los asociados, a fin de establecer si se produjo una actuación reprochable.<sup>6</sup>

También es relevante aludir a lo expresado en el caso de Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A., en el cual se analizó el ejercicio irregular del derecho de voto que se presenta en las denominadas capitalizaciones abusivas.<sup>7</sup> En esa oportunidad, el Despacho aclaró que la figura en

5 Cfr. Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014.

6 Cfr. Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013.

7 Cfr. Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014. La expropiación patrimonial que se produce en las capitalizaciones abusivas ha sido ampliamente analizada en el derecho comparado (Cfr. a V Atanasov, B Black and C Ciccotello, ‘Unbundling and Measuring Tunnelling’, University of Texas

cuestión ‘consiste en aumentar el capital suscrito de una sociedad con el propósito primordial de provocar modificaciones en la distribución porcentual de las acciones en circulación. La capitalización abusiva se presenta, por ejemplo, cuando una emisión primaria de acciones se aprueba para diluir, en forma premeditada, la participación de un accionista en el capital de la compañía. En esta hipótesis, la capitalización no tiene como propósito principal conseguir nuevos recursos para el fondo social, sino que, por el contrario, se convierte en un simple instrumento para expropiar a un asociado [...] Los nocivos efectos que pueden derivarse de la capitalización abusiva han llevado a que, de tiempo atrás, se censure esta práctica desde los estrados judiciales’.<sup>8</sup>

En el caso citado, este Despacho censuró los intentos de un accionista por hacerse al control de una sociedad mediante un proceso de capitalización. En los términos de la Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014, ‘la capitalización controvertida en este proceso estuvo dirigida, principalmente, a despojar a CAHC de su mayoría accionaria en CAH Colombia S.A., en un aparente intento por evitar que la compañía china le vendiera su bloque mayoritario a un tercero diferente del señor Pinzón. [...] el Despacho encontró, en las pruebas aportadas por las partes, suficientes indicios para cuestionar la rectitud de ánimo del señor Pinzón al aprobar las operaciones objeto de este proceso. En verdad, es claro para este Despacho que el patrón de conducta analizado—la aprobación de una emisión primaria sin sujeción al derecho de preferencia, en una reunión por derecho propio, con los accionistas minoritarios como únicos destinatarios de la correspondiente oferta de suscripción, en medio de un conflicto intrasocietario respecto del control de CAH Colombia S.A.—no encuentra justificación en las necesidades de liquidez invocadas por la sociedad demandada, particularmente en vista de las diferentes propuestas de financiación discutidas entre el señor Pinzón y CAHC a finales del año 2011’.

Dicho lo anterior, es preciso ahora analizar los argumentos presentados por el apoderado de la demandante para sustentar sus pretensiones. Para tal

Law and Economics Working Paper No. 117/2008 <http://ssrn.com/abstract=1030529>). En el caso de *Howard Smith Ltd. v. Ampol Petroleum Ltd.* ([1974] A.C. 821), por ejemplo, una corte del Reino Unido señaló, con vehemencia, que ‘en ningún caso puede aceptarse que un proceso de capitalización esté encaminado a modificar los derechos de voto de los accionistas [...]. Las facultades atribuidas [a los órganos sociales] no pueden usarse para descomponer una mayoría accionaria ya existente o configurar un nuevo bloque mayoritario’.

<sup>8</sup> Cfr. Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014.

efecto, se hará una breve reseña de los antecedentes más relevantes respecto de las relaciones entre los accionistas de CSS Constructores S.A., para luego estudiar si existen elementos de juicio que apunten a una posible capitalización abusiva de la compañía.

## 2. Hechos

CSS Constructores S.A. fue constituida en diciembre de 2001 para emprender proyectos de construcción e infraestructura (vid. Folio 96). Desde el momento de su constitución y hasta el año 2013, las acciones de CSS Constructores S.A. estuvieron distribuidas entre dos bloques de asociados con participaciones uniformes en el capital de la compañía. Según la información disponible, el primero de tales bloques, integrado por el señor Carlos Alberto Solarte Solarte y personas ligadas a él por vínculos de parentesco, ha detentado el 50% de las acciones en circulación de CSS Constructores S.A. desde el año 2001 (vid. Folios 94 y siguientes). El segundo bloque, propietario del 50% restante, estuvo inicialmente conformado, en forma exclusiva, por el señor Luis Héctor Solarte Solarte. Tras la muerte de este último, el 14 de mayo de 2012, las acciones que eran de su propiedad fueron repartidas entre sus herederos, de conformidad con el trabajo de partición y adjudicación aprobado por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá en diciembre de 2013 (vid. Folios 28 y 29). En la tabla presentada a continuación pueden apreciarse los cambios que se produjeron en la composición del capital de CSS Constructores S.A. por virtud de la sucesión del señor Luis Héctor Solarte Solarte.

**Tabla No. 1** *Variaciones en la composición de capital de CSS Constructores S.A. antes de la capitalización de dividendos<sup>9</sup>*

(30 de marzo de 2012)

Accionista	No. de acciones	Porcentaje
Carlos Alberto Solarte Solarte	700.530	49.989296%
Claudia Bibiana Solarte Enríquez	50	0.003568%
Carlos Andrés Solarte Enríquez	50	0.003568%
Paola Fernanda Solarte Enríquez	50	0.003568%
Luis Héctor Solarte Solarte	700.680	50%
<b>Total</b>	<b>1.401.360</b>	<b>100%</b>

<sup>9</sup> Cfr. Folios 161 y 257.

(10 de diciembre de 2014)

Accionista	No. de acciones	Porcentaje
Carlos Alberto Solarte Solarte	1.164.665	49.98931%
Claudia Bibiana Solarte Enríquez	83	0.003562495%
Carlos Andrés Solarte Enríquez	83	0.003562495%
Paola Fernanda Solarte Enríquez	83	0.003562495%
Nelly Daza de Solarte	582.457	25%
María Victoria Solarte Daza	116.491	4.999982831%
Luis Fernando Solarte Viveros	116.491	4.999982831%
Gabriel David Solarte Viveros	116.491	4.999982831%
Diego Alejandro Solarte Viveros	116.491	4.999982831%
Luis Fernando Solarte Morcillo	116.491	4.999982831%
Comunidad de herederos de Luis Héctor Solarte	2	0.0000858432%
<b>Total</b>	<b>2.329.828</b>	<b>100%</b>

También es preciso advertir que, por virtud de la capitalización de dividendos controvertida en este proceso, se modificó la composición porcentual descrita en la tabla anterior. En verdad, según una certificación emitida por la revisora fiscal de CSS Constructores S.A. el 27 de enero de 2015, la mayoría de los accionistas aumentaron su participación en el capital suscrito de la sociedad, al paso que Nelly Daza de Solarte, María Victoria Solarte Daza y la comunidad de herederos de Luis Héctor Solarte conservaron el mismo número de acciones que detentaban antes de la capitalización en comento, tal y como se registra en la Tabla No. 2 (vid. Folio 357).

**Tabla No. 2** Variaciones en la composición de capital de CSS Constructores S.A. después de la capitalización de dividendos

Accionista	No. de acciones antes de la capitalización	No. de acciones después de la capitalización	Porcentaje antes de la capitalización	Porcentaje después de la capitalización	Variación en el porcentaje
Carlos Alberto Solarte Solarte	1.164.665	1.325.003	49.98931%	51.87247%	+1.88316
Claudia Bibiana Solarte Enríquez	83	94	0.003562495%	0.00368%	+0.000117505
Carlos Andrés Solarte Enríquez	83	94	0.003562495%	0.00368%	+0.000117505
Paola Fernanda Solarte Enríquez	83	94	0.003562495%	0.00368%	+0.000117505
Nelly Daza de Solarte	582.457	582.457	25%	22.80258%	-2.19742
María Victoria Solarte Daza	116.491	116.491	4.999982831%	4.56050%	-0.439482831
Luis Fernando Solarte Viveros	116.491	132.528	4.999982831%	5.18833%	+0.188347169
Gabriel David Solarte Viveros	116.491	132.528	4.999982831%	5.18833%	+0.188347169
Diego Alejandro Solarte Viveros	116.491	132.528	4.999982831%	5.18833%	+0.188347169
Luis Fernando Solarte Morcillo	116.491	132.528	4.999982831%	5.18833%	+0.188347169
Comunidad de herederos de Luis Héctor Solarte	2	2	0.0000858432%	0.00008%	-0.000778432
<b>Total</b>	<b>2.329.828</b>	<b>2.554.347</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	

### 3. Análisis preliminar de la capitalización controvertida

Formuladas las anteriores consideraciones, debe ponerse de presente que el apoderado de la demandante se ha referido, de modo explícito, a la posibilidad de que la capitalización hubiere estado encaminada a concentrar un bloque accionario mayoritario en cabeza del señor Carlos Alberto Solarte Solarte. Según lo expresado en la demanda, 'todos los tortuosos antecedentes y circunstancias de la Asamblea acreditan el propósito de facilitar a un accionista en particular adquirir el control de la sociedad, dándole una participa-

ción en el capital social que le permite tomar en la Asamblea y en los demás órganos sociales la mayor parte de las decisiones sin contar con los demás accionistas [...]. Todo ello configura un abuso del derecho que perjudica a [María Victoria Solarte], a los demás accionistas y a la sociedad, pues, en la medida en que surge en la sociedad un accionista con capacidad de control, el valor de las demás acciones y su atractivo para otros eventuales inversionistas disminuye' (vid Folios 11 y 12).

En este orden de ideas, una simple lectura de la información expuesta en el acápite anterior es suficiente para concluir que la capitalización de dividendos examinada tuvo por efecto la concentración de una mayoría accionaria en cabeza de Carlos Alberto Solarte Solarte. Ciertamente, el señor Solarte Solarte pasó de detentar, a título individual, el 49.98931% del capital suscrito de CSS Constructores S.A., al 51.87247% de las acciones en circulación de la compañía. En vista de que las mayorías calificadas incluidas en los estatutos de CSS Constructores S.A. parecen haberse suprimido, la precitada modificación porcentual le permitiría al señor Solarte Solarte ejercer, por sí solo, la potestad mayoritaria en las reuniones del máximo órgano social, al amparo de lo previsto en el artículo 68 de la Ley 222 de 1995.<sup>10</sup> En síntesis, pues, el señor Solarte Solarte obtuvo una evidente ventaja económica por virtud de la capitalización aprobada en el seno de la asamblea general de accionistas de CSS Constructores S.A.<sup>11</sup>

También debe señalarse que la concentración de una mayoría accionaria en cabeza del señor Solarte Solarte se produjo en el curso de lo que parecería ser un agudo conflicto por el control de CSS Constructores S.A. Según la información aportada con la demanda, tal disputa surgió con ocasión del proceso sucesoral del señor Luis Héctor Solarte Solarte, antiguo propietario del 50% de las acciones de la compañía. Tras producirse el fraccionamiento del bloque accionario que era de propiedad de Luis Héctor Solarte Solarte, algunos de sus herederos han iniciado diversos procesos judiciales en contra de la compañía y Carlos Alberto Solarte Solarte, según aparece registrado en el acta correspondiente a la reunión de la asamblea general de accionistas celebrada el 10 de diciembre de 2014 (vid. Folios 282 a 285). Es relevante anotar que en uno de tales procesos se busca controvertir la celebración de un

<sup>10</sup> Cfr. Auto No. 801-8855 del 19 de junio de 2014

<sup>11</sup> Para un análisis de la denominada prima de control que suele asociarse al bloque de acciones de un asociado mayoritario, puede verse la Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014.

negocio jurídico que tuvo un efecto similar al de la capitalización analizada en este auto. En verdad, por virtud de una cesión de derechos herenciales celebrada entre Luis Fernando Solarte Morcillo y Carlos Alberto Solarte Solarte, este último adquirió suficientes acciones de CSS Constructores S.A. para consolidar un bloque mayoritario. En esa oportunidad, este Despacho suspendió los efectos de la cesión mencionada, tal y como puede apreciarse en el Auto No. 801-2647 del 21 de febrero de 2014.

Adicionalmente, el Despacho no encontró, entre las pruebas disponibles, una explicación detallada para justificar la capitalización de dividendos cuestionada por la demandante. La única razón esgrimida durante la reunión asamblearia del 10 de diciembre de 2014, tal y como consta en el acta No. 5, fue la expresada por el apoderado del señor Luis Fernando Solarte Morcillo en el sentido de 'continuar invirtiendo en una compañía tan próspera' (vid. Folio 322). También debe decirse que, según las actas de junta directiva que fueron aportadas con la demanda, los directores de CSS Constructores S.A. no parecen haber discutido la necesidad de acometer una capitalización de la sociedad (vid. Folio 247). Aunque existen múltiples razones legítimas para capitalizar dividendos—como, por ejemplo, la falta de liquidez para pagarlos en efectivo o la intención de fortalecer patrimonialmente a la sociedad—la carencia de estudios acuciosos sobre la necesidad de llevar a cabo esa operación podría verse como un indicio a favor de lo expresado por la demandante.

Los elementos de juicio presentados en los párrafos anteriores son suficientes para concluir, en forma preliminar, que la operación en comentario podría revestir las características de una capitalización abusiva, según lo explicado por este Despacho en la Sentencia No. No. 800-20 del 27 de febrero de 2014. Ello se debe a que la capitalización controvertida en este proceso no sólo tuvo como consecuencia la concentración de una mayoría accionaria en cabeza del señor Carlos Alberto Solarte Solarte, sino que, además, parece haberse aprobado sin mayores justificaciones y en el curso de una disputa entre los accionistas de CSS Constructores S.A. Es decir que los argumentos de la demandante son lo suficientemente verosímiles como para decretar las medidas cautelares solicitadas.<sup>12</sup> Por supuesto que la determinación final sobre

<sup>12</sup> Es relevante anotar que la solicitud formulada en la pretensión quinta de la demanda facultaría a esta Superintendencia para analizar la posible nulidad de la capitalización de dividendos, en los términos del literal e) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso.

los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

#### 4. Consideraciones adicionales acerca de las pretensiones de la demandante

A pesar de que el Despacho ha encontrado suficientes razones para decretar una medida cautelar, existen dos circunstancias que podrían tener alguna incidencia sobre las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda.

En primer lugar, la demandante parecería haber aceptado la dilución de su porcentaje de participación en CSS Constructores S.A. Según la información disponible, aunque el apoderado de María Victoria Solarte Daza manifestó su voluntad de participar en la capitalización de dividendos, al parecer no se surtió el trámite previsto para el efecto (vid. Folio 6). Durante la reunión del 10 de diciembre de 2014, el apoderado de la señora Solarte Daza manifestó que ‘mi mandante aceptará [...] recibir los dividendos en acciones, sin perjuicio de advertir que no por ello renuncia a las eventuales acciones judiciales por abuso del derecho’ (vid. Folio 325). Sin embargo, en la demanda se explica que la carta mediante la cual la señora Solarte Daza aceptó la capitalización ‘tiene sello de recibida el 18 de diciembre’, vale decir, un día por fuera del término previsto al momento de aprobarse la operación concerniente (vid. Folio 6).

En este orden de ideas, debe hacerse referencia a lo manifestado por el apoderado de la señora María Victoria Solarte Daza durante la reunión asamblearia del 10 de diciembre de 2014. En sus palabras, la demandante y la señora Nelly Daza de Solarte ‘viven de las utilidades de la compañía, de manera que es apenas evidente que ellas están contra la pared de verse diluidas si se acepta esta proposición o de permitir que su porcentaje se vea reducido de manera apreciable si toman la decisión de irse por el lado de la distribución de las utilidades en dinero’ (vid. Folio 323). Es decir que, según la opi-

nión antes expuesta, las señoras Solarte Daza y Daza de Solarte podrían haberse visto forzadas a recibir dividendos en dinero, a pesar de la pérdida de valor descrita en la demanda.<sup>13</sup> También es posible, sin embargo, que la demandante hubiere cumplido tardíamente las formalidades establecidas para aceptar el pago de dividendos en especie o, incluso, que la sociedad hubiere desconocido la voluntad del apoderado de la señora Solarte Daza, expresada de viva voz durante la reunión del 10 de diciembre de 2014. El Despacho se ocupará en estudiar estas hipótesis durante el curso del presente proceso.

En segundo lugar, la información disponible en esta etapa del proceso apunta a que el señor Luis Fernando Solarte Morcillo, uno de los herederos del señor Luis Héctor Solarte Solarte, ha venido actuando en forma coordinada con el bloque accionario del señor Carlos Alberto Solarte Solarte. Esta circunstancia puede apreciarse con claridad en las diversas actas de la asamblea general de accionistas de CSS Constructores S.A. que fueron aportadas con la demanda. Ciertamente, en las sesiones asamblearias acaecidas durante el año 2014, el señor Solarte Morcillo votó siempre en el mismo sentido que el bloque de accionistas vinculado al señor Carlos Alberto Solarte.<sup>14</sup> En otras palabras, parecería existir algún convenio entre los señores Luis Fernando Solarte Morcillo y Carlos Alberto Solarte Solarte para votar conjuntamente en las reuniones del máximo órgano social de CSS Constructores S.A. La actuación concertada entre tales accionistas sería suficiente para conferirle al señor Carlos Alberto Solarte Solarte la posibilidad de aprobar decisiones sociales por mayoría, como en efecto ocurrió durante buena parte del año 2014.

Aunque ejercer el control sobre una sociedad mediante la concentración de una mayoría accionaria es bien diferente a hacerlo por virtud de acuerdos entre accionistas o entendimientos informales, es claro que la circunstancia descrita en el párrafo anterior podría restarle fuerza a los argumentos presentados en la demanda. Le corresponderá entonces a la demandante explicar por qué el señor Solarte Solarte aprobaría una capitalización para au-

<sup>13</sup> El apoderado de la demandante en este proceso se ha referido a la posibilidad de que la capitalización cuestionada hubiera buscado perjudicar a los accionistas de CSS Constructores S.A. que no se aprestaran a recibir el pago de sus dividendos en especie. Según se explica en la demanda, ‘[la participación de la demandante] en el capital se habría reducido del 5.00% al 4.56% [...]. Aunque 0.44% parece un porcentaje pequeño, no lo es tanto si consideramos cuál es el valor contable del patrimonio de CSS Constructores S.A. [...] No es racional aceptar un pago en dinero de \$1.603.725.068, cuando es a costa de perder una participación en el patrimonio de la sociedad, que conservadoramente se estima valdría [...] \$3.970.332.327 (vid. Folio 11).

<sup>14</sup> Cfr. Folios 183, 226, 230, 234, 236, 241, 256, 273, 283, 284-286, 367, 370, 377, 379 y 440.

mentar su porcentaje de participación en CSS Constructores S.A., si ya puede ejercer la potestad mayoritaria por virtud de su avenencia con Luis Fernando Solarte Morcillo.<sup>15</sup>

[...]

## 5. El interés económico de la demandante

Tras una revisión del expediente, el Despacho pudo constatar que la demandante cuenta con un interés económico legítimo en el presente proceso, por detentar la calidad de accionista en CSS Constructores S.A., así como por el hecho de que la capitalización controvertida tuvo por efecto la reducción de su porcentaje de participación en la compañía.<sup>16</sup>

[...]

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

### Resuelve

**Primero.** Fijar una caución por la suma de \$611.261.317, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 10 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.

**Segundo.** Una vez prestada la caución en forma debida, dejar en suspenso la decisión de capitalizar dividendos, aprobada durante la reunión de la asamblea general de CSS Constructores S.A. celebrada el 10 de diciembre de 2014, según consta en el numeral 6 del acta No. 5.

**Tercero.** Una vez prestada la caución en forma debida, oficiarle al representante legal de CSS Constructores S.A., por el medio más expedito, para que proceda de conformidad con lo ordenado por este Despacho.

<sup>15</sup> En todo caso, esta situación habrá de tenerse en cuenta al momento de fijar la caución en el presente auto.

<sup>16</sup> Según lo expresado en el Auto No. 800-4336 del 22 de marzo de 2013, el denominado 'interés económico del demandante' conjuga varios de los elementos a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso, incluidos el interés para obrar y la necesidad de la medida cautelar solicitada.

### Auto No. 800-3504 del 27 de febrero de 2015

<b>Partes</b>	Vector Construcciones y Soluciones S.A.S. contra Edward Alberto Rico Ávila
<b>Asunto</b>	Conflictos de interés del representante legal.

## Consideraciones del Despacho

[...]

La demanda presentada ante este Despacho está orientada a que se declare responsable a Edward Alberto Rico Ávila por el incumplimiento de los deberes que le correspondían en su calidad de representante legal de Vector Construcciones y Soluciones S.A.S. Según se expresa en la demanda, durante el tiempo en que ocupó el cargo de administrador de la sociedad, el señor Rico Ávila 'utilizó a la compañía Ingenieros Técnicos de Colombia S.A.S., representada legalmente por su esposa, para distraer las sumas que Minas Paz del Río S.A. pagaba a Vector Construcciones y Soluciones S.A.S. (vid. Folios 2, 3). La sociedad demandante también alega que el señor Rico Ávila intentó ocultar sus actuaciones irregulares mediante la sustracción de la información contable relacionada con la ejecución del proyecto (id.).

Para resolver la solicitud de medidas cautelares estudiada, es necesario formular algunas consideraciones respecto de las operaciones viciadas por conflictos de interés. En el caso de Luque Torres Ltda., por ejemplo, el Despacho precisó que 'en Colombia no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario. Mientras subsista este vacío, les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido. [...] podría existir un conflicto de

interés si un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la respectiva operación. 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 pueden existir entre padres e hijos, sino también en el interés económico derivado de la vocación sucesoral del administrador'.<sup>1</sup>

Además, en el caso de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., el Despacho condenó a la representante legal de una compañía por haber celebrado un contrato de prestación de servicios con su esposo, sin contar con la autorización previa de la asamblea general de accionistas. En esa ocasión, se consideró que 'el señor Fredy Antonio Rodríguez Ardila tiene una estrecha relación con la [representante legal] Ávila Barrios, derivada del vínculo matrimonial que existe entre tales sujetos. Es decir que, al momento de celebrarse el contrato examinado, la señora Ávila Barrios contaba con importantes incentivos para salvaguardar el patrimonio del señor Rodríguez. Es claro que este interés económico subjetivo se contrapone al deber de la señora Ávila Barrios de obrar "en interés de la sociedad", en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. [...] Por consiguiente, la señora Ávila Barrios, en su calidad de administradora de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., debió haber solicitado la autorización a que se alude en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222. Sin embargo, según las actas consultadas por este Despacho, el máximo órgano social de la compañía demandante nunca impartió la aprobación requerida para el efecto'.<sup>2</sup>

Ahora bien, en el presente caso, las pruebas disponibles apuntan a que el señor Edward Alberto Rico Ávila, en su calidad de representante legal de Vector Construcciones y Soluciones S.A.S., celebró negocios jurídicos con la sociedad Ingenieros Técnicos de Colombia S.A.S., en la cual su esposa, Myriam Esther Parra López, funge como representante legal principal. Esta circunstancia puede apreciarse en los comprobantes que dan cuenta de la transferencia de cuantiosos recursos de Vector Construcciones y Soluciones S.A.S. a favor de Ingenieros Técnicos de Colombia S.A.S. (vid. Folio 35).<sup>3</sup> Así,

1 Cfr. Sentencia No. 800-52 del 1 de septiembre de 2014.

2 Cfr. Sentencia No. 800-29 del 14 de mayo de 2014.

3 En el expediente también obra una carta con fecha del 16 de febrero de 2015 en la que Myriam Parra López requirió a la demandante para que pagara la suma de \$164.457.618 (vid. Folio 61).

pues, las operaciones celebradas entre Vector Construcciones y Soluciones S.A.S. e Ingenieros Técnicos de Colombia S.A.S. podrían haberle representado un conflicto de interés al señor Rico Ávila. Ello se debe a que el vínculo matrimonial que aparentemente existe entre el señor Rico Ávila y la señora Parra López podría haber comprometido el juicio objetivo del demandado en el curso de las operaciones a que se ha hecho referencia. Por lo demás, el Despacho no encontró pruebas de que el señor Rico Ávila hubiera obtenido la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

A la luz de las anteriores precisiones, el Despacho debe concluir que, en esta etapa del proceso, la demandante ha acreditado que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican la práctica de una medida cautelar. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

[...]

### La medida cautelar solicitada

En ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 590 del Código General del Proceso, el Despacho considera necesario formular algunas precisiones acerca de las medidas cautelares que serán decretadas.<sup>4</sup> La sociedad demandante ha solicitado que el Despacho le impida a Edward Alberto Rico Ávila recibir pagos de Minas Paz del Río S.A. (vid. Folio 5). Con todo, en vista de que se ha presentado una acción social de responsabilidad, el Despacho considera que el embargo de los activos del demandado permitiría proteger, en mejor manera, los derechos objeto de este litigio. Ciertamente, en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, el señor Rico Ávila podría ser condenado a pagarle a Vector Construcciones y Soluciones S.A.S. una in-

4 Por virtud del artículo 590 del Código General del Proceso, el juez 'podrá decretar cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión [...]. Así mismo, el juez [...] si lo estimare procedente, podrá decretar una [medida cautelar] menos gravosa o diferente de la solicitada'.

demnización de perjuicios. Por este motivo, a fin de cumplir con los objetivos previstos en el citado artículo 590, se decretará el embargo de los bienes propiedad de Edward Alberto Rico Ávila por la suma de \$220.000.000, equivalente al monto de los perjuicios solicitados por la compañía demandante.

Adicionalmente, el Despacho considera necesario solicitar información acerca de la composición accionaria de Ingenieros Técnicos de Colombia S.A.S., a fin de establecer si el señor Rico Ávila o sus familiares han detentado participaciones de capital en esa compañía. Esta medida permitirá que el Despacho evalúe, en los términos del artículo 590 del Código General del Proceso, si debe ampliar la presente medida cautelar con el fin de ‘prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión’. Así, pues, se le oficiará a la Cámara de Comercio de Bogotá para que remita una copia del documento mediante el cual se constituyó Ingenieros Técnicos de Colombia S.A.S. Así mismo, el Despacho requerirá a la representante legal de esta última compañía para que envíe una copia íntegra del libro de registro de accionistas de la sociedad, así como una certificación en la que conste la composición accionaria de Ingenieros Técnicos de Colombia S.A.S desde el momento de su constitución.

[...]

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

### Resuelve

**Primero.** Fijar una caución por la suma de \$8.800.000, la cual deberá ser prestada por la 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 las medidas cautelares aquí descritas estará sujeto a la condición de que la demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

**Segundo.** Requerir a la sociedad demandante, por el medio más expedito, para que ponga en conocimiento del Despacho los bienes respecto de los cuales puede recaer la medida cautelar de embargo.

**Tercero.** Una vez identificados los activos concernientes y prestada la caución en forma debida, ordenar el embargo de los bienes propiedad de Edward Alberto Rico Ávila por el monto de \$220.000.000.

**Cuarto.** Una vez prestada la caución en forma debida, oficiarle a la Cámara de Comercio de Bogotá para que le remita a este Despacho una copia del documento mediante el cual se constituyó Ingenieros Técnicos de Colombia S.A.S.

**Quinto.** Una vez prestada la caución en forma debida, oficiarle a la representante legal de Ingenieros Técnicos de Colombia S.A.S para que le envíe a este Despacho una copia íntegra del libro de registro de accionistas de la sociedad, así como una certificación en la que conste la composición accionaria de la compañía desde el momento de su constitución y hasta la fecha del oficio remisorio correspondiente.

## Auto No. 800-3975 del 6 de marzo de 2015

<b>Partes</b>	Javier Antonio Gutiérrez Lozano contra Gilma Lozano de Gutiérrez y Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C.
<b>Asunto</b>	Ejercicio del derecho de inspección y solicitud de actas del máximo órgano social.

### I. Consideraciones del Despacho

[...]

#### 1. Acerca del ejercicio del derecho de inspección

El apoderado del demandante ha puesto de presente que la señora Gilma Lozano de Gutiérrez, representante legal de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C., no le ha permitido el ejercicio del derecho de inspección (vid. Folio 6). Según se anota en la demanda, a pesar de que el señor Gutiérrez ha intentado consultar los libros de la sociedad en al menos tres oportunidades diferentes, la señora Lozano se ha rehusado a ello (id.). En este punto debe advertirse que, de conformidad con lo previsto en el artículo 328 del Código de Comercio, 'el comanditario tendrá la facultad de inspeccionar en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante, los libros y documentos de la sociedad'. De ahí que el Despacho considere necesario ordenarle a la representante legal de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C. que le permita al señor Gutiérrez ejercer su derecho de inspección.<sup>1</sup> Para tal efecto, se dispondrá la práctica de una inspección judicial, durante la cual el Despacho se cerciorará del cumplimiento de la orden antedicha.

<sup>1</sup> Debe advertirse que la representante legal de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C. quedará exonerada de la orden mencionada en el texto principal si el demandante 'tiene un establecimiento dedicado a las mismas actividades del establecimiento de la sociedad o si forma parte de una compañía dedicada a las mismas actividades', en los términos del artículo 328 del Código de Comercio.

## 2. Acerca de las actas correspondientes a las reuniones de la junta de socios de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C.

El apoderado del demandante considera que se han presentado diversas irregularidades en el funcionamiento de la junta de socios de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C. (vid. Folios 5 y 6). Por ejemplo, el demandante ha manifestado, bajo la gravedad de juramento, que no ha asistido a las reuniones de la junta de socios de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C. celebradas entre 2008 y 2014, a pesar de que en las actas concernientes aparece registrada su participación (id.). Por este motivo, se ha solicitado que el Despacho le ordene a la representante legal de esa compañía la entrega de ‘copia de todas las actas correspondientes a las reuniones del máximo órgano social llevadas a cabo desde el año 2009 hasta la fecha’ (vid. Folio 11). Además, el apoderado del demandante ha puesto de presente que la junta de socios de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C. no ha aprobado los estados financieros correspondientes a los años 2009 a 2013, a pesar de que en las actas aportadas con la demanda se afirma que ello sí ocurrió (vid. Folios 53 a 60). Por este motivo, se ha solicitado que el Despacho ordene la convocatoria a una junta de socios para aprobar los estados financieros en cuestión.

Para resolver las anteriores solicitudes es preciso advertir que el artículo 189 del Código de Comercio le otorga pleno valor probatorio a las actas correspondientes a las reuniones del máximo órgano social de una compañía.<sup>2</sup> Según la mencionada norma ‘[l]a copia de estas actas, autorizada por el secretario o por algún representante de la sociedad, será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas’. Es decir que este Despacho no puede restarle valor probatorio a las afirmaciones efectuadas en un acta otorgada conforme al citado artículo 189, hasta tanto cuente con suficientes elementos de juicio para constatar que lo expresado en tal documento no se ajusta a la realidad. Por esta razón, en vista de que en las actas aportadas con la demanda se afirma que los estados financieros de los años 2009 a 2013 sí fueron aprobados por la junta de socios, el Despacho no accederá a la solicitud de convocar a una reunión de la junta de socios de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C.

<sup>2</sup> Cfr. Autos No. 801-19742 del 26 de noviembre de 2013 y 801-8855 del 19 de junio de 2014.

Ahora bien, en cuanto a la entrega de las actas correspondientes a las reuniones de la junta de socios de esa compañía, debe advertirse que el Despacho ha accedido, en diversas oportunidades, a solicitudes similares a la formulada por el apoderado del demandante. En el caso de El Canelo S.A., por ejemplo, se expresó lo siguiente: ‘El Despacho no puede restarle valor probatorio al acta No. 58, hasta tanto cuente con suficientes elementos de juicio para constatar la falsedad de lo expresado en ese documento. En todo caso, ante las diferencias que existen entre las declaraciones transcritas más arriba y el contenido del acta, el Despacho se ocupará en esclarecer esta contradictoria situación, a fin de determinar si se perpetró una actuación fraudulenta. Es por ello por lo que se le oficiará al representante legal de la sociedad demandada para le envíe a este Despacho una copia del acta No. 58, con las firmas del presidente y del secretario del reunión, así como cualquier grabación que exista respecto de lo transcurrido en la reunión concerniente’.<sup>3</sup> A la luz de lo anterior, el Despacho accederá a la solicitud consistente en que se entregue una copia de las actas ‘correspondientes a las reuniones del máximo órgano social llevadas a cabo desde el año 2009 hasta la fecha’. Para tal efecto, el Despacho solicitará una copia de tales documentos durante la inspección judicial mencionada en el acápite anterior.

## 3. Acerca del poder general conferido por la representante legal de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C.

En la demanda también se dice que la señora Gilma Lozano de Gutiérrez le delegó sus facultades de administración a un tercero, en contravención de lo previsto en los estatutos sociales. Como fundamento de lo anterior se ha aportado un poder general, otorgado por la señora Lozano a favor de Johana Paola Lozano Carvajal, con el fin de que esta última represente a Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C. en actividades tales como la enajenación de activos sociales, la representación de la sociedad ante terceros, la celebración de contratos de diversa naturaleza y ‘en general, para que asuma la personería de la poderdante siempre que lo estime conveniente de manera que en ningún caso quede sin representación en cualquier acto o negocio jurídico que le atañe’ (vid. Folios 45 a 48). En criterio del apoderado del demandante, el otorgamiento del referido poder general contravino lo previsto en el artículo décimo de los estatutos sociales, a cuyo tenor, ‘los socios gestores no

<sup>3</sup> Cfr. Auto No. 801-12876 del 22 de julio de 2013

podrán ceder ni transmitir las facultades indicadas en los artículos anteriores [...]’ (vid. Folio 23).

A la luz de lo anterior, podría pensarse, a primera vista, que la delegación de las facultades a cargo de la señora Lozano constituyó una violación de lo previsto en los estatutos de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C. Con todo, es relevante traer a colación lo previsto en el artículo noveno de los citados estatutos, en el cual se establece que ‘en caso de falta, impedimento o incompatibilidad del gerente José Antonio Gutiérrez Baquero, actuará la socia gestora Gilma Soacha de Gutiérrez, con las mismas facultades del Gestor o Gerente Principal’ (se resalta) (vid. Folio 23). Adicionalmente, el artículo décimo, citado en el párrafo anterior, dispone que ‘el socio gestor Jose Antonio Gutiérrez podrá delegar libremente la totalidad o parte de las [facultades de administración], sea temporal o permanentemente’ (id.). Así, pues, en esta temprana etapa del proceso no es del todo claro si la potestad de la señora Lozano de ejercer ‘las mismas facultades del Gestor o Gerente Principal’ pueda extenderse también a la posibilidad de ‘delegar libremente la totalidad o parte’ de tales facultades. En este orden de ideas, el Despacho no encontró elementos de juicio adicionales que permitieran dilucidar la controversia antes explicada.

Así las cosas, ante la imposibilidad de establecer con algún grado de precisión si los precitados argumentos del demandante son meritorios, el Despacho se abstendrá de suspender los efectos del poder general que le fue conferido a Johana Paola Lozano Carvajal. En todo caso, se ordenará la inscripción de la demanda en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, a fin de precaver a terceros acerca de la posibilidad de que el poder general en comento haya sido otorgado de manera irregular.

#### 4. Acerca de la disposición irregular de activos sociales

El apoderado del demandante ha solicitado diversas medidas cautelares orientadas a que el Despacho restrinja las facultades de la representante legal de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C. para disponer de los activos de la compañía. Sin embargo, con la demanda no se aportaron pruebas que apunten a una posible distracción de activos sociales, en violación de las normas que rigen la conducta de los administradores. Por este motivo, el Despacho negará las solicitudes en cuestión.

[...]

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

#### Resuelve

**Primero.** Fijar una caución por la suma de \$1.000.000, la cual deberá ser prestada por el demandante bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente auto. El decreto y práctica de las medidas cautelares aquí descritas estará sujeto a la condición de que el demandante preste la caución a que se ha hecho referencia.

**Segundo.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenarle a la representante legal de Palmeras La Cabaña y Cía. S. en C., por el medio más expedito, que le permita al señor Javier Antonio Gutiérrez ejercer su derecho de inspección, en los términos del artículo 328 del Código de Comercio.

**Tercero.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la inscripción de la demanda en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá.

**Cuarto.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la práctica de una inspección judicial en las oficinas de administración de Palmeras La Cabaña y Cía. S. en C., con el propósito de establecer si se le ha dado cumplimiento a las medidas cautelares descritas en el presente auto.

### Auto No. 800-4782 del 26 de marzo de 2015

<b>Partes</b>	Ángela María Azuero Figueroa y María Teresa Figueroa Clausen contra El Puente S.A.
<b>Asunto</b>	Conflictos de interés de los administradores por intereses paralelos a los de la sociedad.

### Consideraciones del Despacho

[...]

El proceso sometido a consideración del Despacho busca que se declare la nulidad de la autorización impartida por la junta directiva de El Puente S.A., el 29 de octubre de 2014, para permitir la celebración de un contrato de promesa de compraventa con Marval S.A. En sustento de lo anterior, se ha dicho que tal autorización favoreció los intereses de Mario René Verswyvel Villamizar, padre de uno de los directores que votaron a favor de la decisión en comento. Según se menciona en la demanda, el señor Verswyvel Villamizar es propietario de un inmueble que colinda con los que El Puente S.A. prometió venderle a Marval S.A. Así, pues, de conformidad con lo expresado por las demandantes, la autorización impartida por la junta directiva permitió que el señor Verswyvel Villamizar obtuviera ‘un provecho para sí y para su familia al negociar simultáneamente su inmueble de nominal propiedad, en condiciones más ventajosas que le hubiere significado su negociación individual, pues al negociarse en bloque su inmueble con los inmuebles de propiedad de El Puente S.A. captó el interés del comprador de los predios [...] a quien la huérfana negociación del lote del señor René Verswyvel Villamizar no le interesaba [...]’ (vid. Folio 8). Por este motivo, se ha afirmado que la determinación controvertida se aprobó a pesar de existir ‘un claro evento de conflicto de intereses que no fue advertido ni tramitado conforme la ley y los estatutos’ (vid. Folio 8).

Para resolver la solicitud de medidas cautelares estudiada, debe decirse, en primer lugar, que el conflicto de interés mencionado en la demanda se des-

prende de la existencia de vínculos de consanguinidad entre el señor Verswyvel Villamizar y uno de los directores que aprobaron la determinación cuestionada durante la reunión del 29 de octubre de 2014. En verdad, Juan Camilo Verswyvel Figueroa, en su calidad de miembro principal de la junta directiva de El Puente S.A., votó a favor de una decisión que, según las demandantes, podría favorecer los intereses económicos de su padre, Mario René Verswyvel Villamizar. Como lo ha expresado el Despacho en otras oportunidades, es usual que se configure un conflicto de interés cuando los administradores participan en actos o negocios en los que uno de sus parientes cuenta con un interés económico directo. En el caso de Luque Torres Ltda., por ejemplo, este Despacho precisó que ‘podría existir un conflicto de interés si un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la respectiva operación. 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 pueden existir entre padres e hijos, sino también en el interés económico derivado de la vocación sucesoral del administrador’.<sup>1</sup> Es claro, pues, que los vínculos de consanguinidad existentes entre Juan Camilo Verswyvel Figueroa y Mario René Verswyvel Villamizar podrían tener la virtualidad de configurar un conflicto de interés.

En segundo lugar, las demandantes consideran que la decisión controvertida permitió que el señor Verswyvel Villamizar le enajenara a Marval S.A. un inmueble que colinda con los que El Puente S.A. prometió en venta. Es decir que el conflicto invocado por las demandantes no habría surgido por virtud de un interés directamente contrapuesto al de El Puente S.A., como ocurriría si el señor Verswyvel Villamizar hubiera comprado activos de propiedad

<sup>1</sup> Cfr. Sentencia No. 800-52 del 1 de septiembre de 2014. Además, en el caso de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., el Despacho condenó a la representante legal de una compañía por haber celebrado un contrato de prestación de servicios con su esposo, sin contar con la autorización previa de la asamblea general de accionistas. En esa ocasión, se consideró que ‘el señor Fredy Antonio Rodríguez Ardila tiene una estrecha relación con la [representante legal] Ávila Barrios, derivada del vínculo matrimonial que existe entre tales sujetos. Es decir que, al momento de celebrarse el contrato examinado, la señora Ávila Barrios contaba con importantes incentivos para salvaguardar el patrimonio del señor Rodríguez. Es claro que este interés económico subjetivo se contrapone al deber de la señora Ávila Barrios de obrar “en interés de la sociedad”, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. [...] Por consiguiente, la señora Ávila Barrios, en su calidad de administradora de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., debió haber solicitado la autorización a que se alude en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222. Sin embargo, según las actas consultadas por este Despacho, el máximo órgano social de la compañía demandante nunca impartió la aprobación requerida para el efecto’ Cfr. Superintendencia de Sociedades, Sentencia No. 800-29 del 14 de mayo de 2014.

de la compañía. Se trata, por el contrario, de un interés afín al de El Puente S.A., en la medida en que tanto esta compañía como el señor Verswyvel Villamizar fungieron como vendedores en las operaciones celebradas con Marval S.A.

Para establecer si las anteriores circunstancias podrían encajar dentro de la hipótesis del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, es preciso traer a colación los criterios analíticos que ha fijado este Despacho para identificar la configuración de conflictos de interés. Tal y como se explicó en el caso de Luque Torres Ltda., ‘en Colombia no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario. Mientras subsista este vacío, les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido [...]’.<sup>2</sup>

En este punto debe decirse que los conflictos estudiados suelen presentarse cuando un administrador cuenta con un interés que se contrapone en forma directa al de la sociedad en la que ejerce sus funciones, como ocurre cuando el representante legal recibe un préstamo de la compañía.<sup>3</sup> En tales casos, ‘confluyen en cabeza del administrador dos intereses contrapuestos, vale decir, su interés personal como mutuuario y el interés de la compañía, en calidad de mutuante [...]. Mientras que el interés de la compañía es obtener la máxima tasa de interés permitida y las más sólidas garantías disponibles, el interés personal del administrador que recibe el préstamo apunta en el sentido exactamente contrario’.<sup>4</sup> Es perfectamente factible, sin embargo, que un conflicto de la naturaleza estudiada surja a partir de un interés que sea afín al de la sociedad. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si una compañía y su representante legal son copropietarios de un inmueble ofrecido en venta. En esta hipótesis, tanto la sociedad como el administrador buscarán que la operación se celebre en condiciones que los favorezcan en su calidad de vende-

<sup>2</sup> Cfr. Sentencia No. 800-52 del 1 de septiembre de 2014.

<sup>3</sup> Este Despacho se ha pronunciado ya acerca del conflicto de interés que se produce cuando los administradores celebran contratos de mutuo con la sociedad en la que ejercen sus funciones. Cfr. Sentencias No. 800-29 del 14 de mayo de 2014 y 801-35 del 9 de julio de 2013.

<sup>4</sup> Cfr. Sentencia No. 800-52 del 1 de septiembre de 2014.

dores conjuntos (p.ej. al mayor precio posible). Con todo, esta confluencia de incentivos no elimina la posibilidad de que el buen juicio del administrador se vea comprometido por su interés personal como copropietario del inmueble en cuestión. En efecto, la decisión del representante legal de vender el inmueble podría estar motivada por sus necesidades personales de liquidez, en lugar de obedecer a los mejores intereses de la compañía. Parece claro, pues, que la decisión de enajenar el inmueble le representaría un conflicto de interés a este administrador, a pesar de que, al momento de pactar las condiciones para efectuar la venta, sus incentivos económicos coincidieran con los de la sociedad.<sup>5</sup>

Así las cosas, un análisis preliminar de las pruebas disponibles en el expediente apuntan a la posible existencia de un conflicto de interés en el presente caso. En verdad, tanto El Puente S.A. como Mario René Verswyvel Villamizar celebraron con Marval S.A. sendos contratos de promesa de compraventa, el 3 de diciembre de 2014, para enajenar los inmuebles colindantes a que ya se ha hecho referencia. Estas circunstancias parecerían servirle de soporte a la tesis de las demandantes en el sentido de que los referidos contratos formaron parte de una operación conjunta en la que El Puente S.A. y Mario René Verswyvel Villamizar actuaron como vendedores. De ser ello cierto, podría haberse configurado un conflicto de interés en cabeza de Juan Camilo Verswyvel Figueroa, en los términos descritos en el párrafo anterior.<sup>6</sup> Bajo esta hipótesis, al momento de emitir su voto en la junta directiva, el señor Verswyvel Figueroa habría estado en posición de velar no sólo por los intereses de El Puente S.A., sino también por los de su padre, el señor Verswyvel Villamizar. Esta circunstancia haría indispensable cumplir con el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Sin embargo, las demandantes han expresado, bajo la gravedad de

5 En el derecho comparado se ha reconocido explícitamente la posibilidad de que los conflictos estudiados surjan de intereses afines a los de la sociedad. Cfr., por ejemplo, las explicaciones contenidas en el comentario oficial al artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital ('Model Business Corporation Act' o MBCA) estadounidense.

6 Es importante señalar que las operaciones viciadas por esta clase de conflictos no son necesariamente contrarias al interés social. Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el caso de SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Daniel Correa, en el cual este Despacho examinó diversos contratos de mutuo celebrados entre la sociedad demandante y sus antiguos administradores. En vista de la frágil situación financiera de SAC Estructuras Metálicas S.A., los referidos funcionarios decidieron obtener créditos bancarios a título personal, para luego prestarle tales recursos a la compañía. Según lo expresado por esta entidad en la Sentencia No. 801-35 del 9 de julio de 2013, 'los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A. [...] es factible que las operaciones viciadas por un conflicto de interés le reporten importantes beneficios a una sociedad, como en efecto parece haber ocurrido en el presente caso'.

juramento, que no se surtió el trámite requerido en la citada Ley 222 (vid. Folio 8).

A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho debe concluir que, en esta temprana etapa del proceso, las demandantes han acreditado que las probabilidades de éxito de sus pretensiones justifican la práctica de la medida cautelar solicitada. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes. En todo caso, para los efectos de este auto, debe considerarse cumplido uno de los presupuestos principales requeridos para decretar una medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.

[...]

### Acerca de las medidas cautelares solicitadas

En vista de que en el presente proceso se pretende la nulidad de la autorización impartida el 29 de octubre de 2014 por la junta directiva de El Puente S.A., este Despacho considera necesario aceptar la solicitud de medidas cautelares en lo atinente a la suspensión de la aludida determinación, así como de los efectos derivados del contrato de promesa de compraventa suscrito entre el Puente S.A. y Marval S.A. el 3 de diciembre de 2014. Sin embargo, el Despacho no decretará la medida cautelar consistente en la aprehensión o diligencia de inspección judicial de los libros de comercio de la sociedad demandada, por cuanto esta medida no parece guardar relación con las pretensiones formuladas en la demanda.

[...]

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

### Resuelve

**Primero.** Fijar una caución por la suma de \$10.000.000, la cual deberá ser prestada por las demandantes bajo cualquiera de las modalidades previstas

en la ley para el efecto, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación del presente auto. El decreto y práctica de las medidas cautelares aquí descritas estará sujeto a la condición de que las demandantes presten la caución a que se ha hecho referencia.

**Segundo.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la suspensión de la decisión aprobada por la junta directiva de El Puente S.A. el 29 de octubre de 2014, consistente en la autorización a la representante legal de la compañía para enajenar los inmuebles identificados con los números de matrícula inmobiliaria 300-249912 y 300-249913 a la sociedad Marval S.A.

**Tercero.** Una vez prestada la caución en forma debida, ordenar la suspensión de los efectos derivados del contrato de promesa de compraventa suscrito entre el El Puente S.A. y Marval S.A. el 3 de diciembre de 2014.

**Cuarto.** Una vez prestada la caución en forma debida, informarle a los representantes legales de El Puente S.A. y Marval S.A., por el medio más expedito, acerca de las medidas cautelares ordenadas por este Despacho.

## Índice de Jurisprudencia

### Jurisprudencia Nacional

*Corte Suprema de Justicia*, Sentencia del 15 de agosto de 2006: 258

Sentencia del 28 de abril de 2011: 96

*Corte Constitucional*, Sentencia C-83 de 1999: 77

Sentencia T-757 de 2009: 79, 80

*Consejo de Estado*, Sentencia del 6 de octubre de 2009: 80

Sentencia del 21 de octubre de 2010: 164

*Cámara de Comercio de Bogotá*, Laudo arbitral del 17 de marzo de 2007: 73

*Superintendencia de Sociedades*, Sentencia No. 801-50 del 8 de noviembre de 2012: 31

Sentencia No. 801-4 del 1º de febrero de 2013: 173, 174

Sentencia No. 801-16 del 23 de abril de 2013: 202, 208, 210, 271, 273

Sentencia No. 801-30 del 26 de junio de 2013: 258

Sentencia No. 801-35 del 9 de julio de 2013: 84, 92, 121, 307, 308

Sentencia No. 801-43 del 23 de julio de 2013: 198, 243

Sentencia No. 800-54 del 4 de octubre de 2013: 62, 145, 242

Sentencia No. 801-55 del 16 de octubre de 2013: 140

Sentencia No. 801-59 del 4 de diciembre de 2013: 53, 120, 141, 241

Sentencia No. 801-72 del 11 de diciembre de 2013: 53, 98, 120, 159, 241

Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013: 53, 54, 58, 61, 63, 72, 76, 142, 145, 154, 211, 224, 242, 243, 283

Sentencia No. 801-3 del 10 de enero de 2014: 194

Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014: 117, 142, 146, 154, 210, 224, 283, 284, 288, 289

Sentencia No. 800-50 del 8 de mayo de 2015: 224

Sentencia No. 800-29 del 14 de mayo de 2014: 120, 159, 269, 294, 306, 307

Sentencia No. 800-44 del 18 de julio de 2014: 211, 212, 224

Sentencia No. 800-78 del 14 de noviembre de 2014: 211

Sentencia No. 801-81 del 20 de noviembre de 2014: 211, 224

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia del 26 de junio de 2009: 19

### Jurisprudencia Extranjera

Eshleman v. Keenan [1937]: 141

Katzowitz v. Slider [1968]: 56

Gaiman v. National Association for Mental Health [1971]: 55

Howard Smith Ltd. v. Ampol Petroleum Ltd. [1974] A.C. 821: 55, 284

Smith v. Atlantic Properties [1981]: 210

Gabelli & Co. Inc. v. Liggett Group Inc. [1984]: 138

Unocal v. Mesa Petroleum Co. [1985]: 119

Sugarman v Sugarman [1986]: 137

Litle v. Waters [1992]: 70, 137

Richards v. Bryam [1994]: 227

Shapiro v. Greenfield [2000]: 166, 171

Dingle v. Xenit Inc. [2008]: 56

Sentencia del 16 de diciembre de 2009 de la Corte de Casación Francesa: 210, 225

Sentencia del 31 de marzo de 2009 de la Corte de Casación Francesa: 232

Luck Continent Ldt v Cheng Chee Tock Theodore [2013]: 210

## Índice de Autores

Armour: 53, 60, 83, 121

Atanasov: 55, 59, 85, 283

Bainbridge: 158, 159, 162, 163

Beck: 85

Bejarano Guzmán: 240, 282

Black: 55, 59, 85, 283

Ciccotello: 55, 59, 85, 283

Conac: 54, 86, 142

Davies: 54, 55, 157, 158, 161, 226

Demirgüç-Kunt: 85

Djankov: 83, 120

Dondero: 136, 210, 225, 232

Dyck: 59

Easterbrook: 53, 158, 209, 212

Eisenberg: 158

Enriques: 54, 86, 142, 208, 209

Finkielsztein: 139

Fischel: 158, 209, 212

Garnica Martín: 240, 254, 282

Gaviria Gutiérrez: 139

Gelter: 54, 86, 142

Gil Echeverry: 19, 26, 57, 88, 123, 227, 228, 258

Gilson: 53, 59, 83, 85, 121

Gordon: 59

Goshen: 84, 87, 121

Hansmann: 53, 60, 83, 121, 208

Hertig: 209

Israel: 136

Kanda: 209

Kershaw: 161, 175

Khanna: 84

Kraakman: 53, 60, 83, 121, 208, 209

Le Cannu: 136, 210, 225, 232

Maksimovic: 85

Manne: 137, 138

Martínez Neira: 25, 32, 54, 57, 69, 71, 88, 123, 138, 140, 160, 226, 258

Means: 54

Merle: 140, 232

Moll: 136, 137, 138, 152

Morck: 85  
 Nakamura: 85  
 Narváez: 30, 31  
 Neira Archila: 30  
 O'Kelley: 166, 171  
 O'Neal: 56, 136, 137, 208, 209, 210  
 Ospina Salamanca: 139  
 Paces: 84, 121  
 Palmiter: 158, 162, 166  
 Partnoy: 158, 162, 166

Peeples: 158  
 Pinzón: 30  
 Ramírez Gómez: 30  
 Reyes Villamizar: 29, 56, 57, 58, 59, 62, 69, 70, 77, 83, 86, 88, 120, 122, 123, 137, 138, 142, 158, 160, 162, 225, 226  
 Schwartz: 83, 85, 121  
 Thompson: 54, 56, 142, 166, 171, 208, 209, 210  
 Yafeh: 84  
 Zingales: 59

## Índice Analítico de Materias

Abuso del derecho de voto  
 Por mayoría: 51-76, 141-155, 189-191, 224, 283-285  
 Carga probatoria: 189-190  
 Por minoría: 208-212, 224  
 Carga probatoria: 211  
 Consecuencias: 232  
 Por paridad: 225, 230-234  
 Consecuencias: 231-232

Acuerdos de accionistas  
 Interpretación: 202-203, 261-270  
 Ejecución judicial: 201-205  
 Función económica: 273  
 Protocolos de familia: 271-274

Actas  
 Del máximo órgano social: 300-301  
 De la junta directiva: 35-39  
 Falsedad: 25-26, 193-199  
 Valor probatorio: 36, 193-194, 300-301

Administradores: 17-24, 89-99, 120-130, 157-175, 240-242, 248-251, 267-268, 275-280, 293-297, 305-310  
 Acción social de responsabilidad: 226

Aportes  
 En industria: 29

Pago por compensación de deudas: 177-181

Business Judgment Rule: 157-159

Capitalización abusiva: 53-76, 189, 283-285  
 De dividendos: 281-292

Condena en abstracto: 96

Conflictos de interés: 17-24, 267-268, 275-280, 293-297  
 Criterios para identificarlos: 83-88, 160, 165-167, 307-308  
 Definición  
 En Colombia: 83-88, 120-123, 157-162, 164, 307-308  
 En derecho comparado: 85-86, 120, 162-164  
 En grupos empresariales: 84-85  
 Importancia económica de su regulación: 83-84  
 Perjuicios derivados: 93, 95-96, 122-123  
 Sistema de autorización: 21, 86-88, 122-123, 159

Derecho de inspección: 299

Dispersión y concentración de capital: 60, 111, 115, 116, 119

Entire fairness: 85

Exclusión de asociados: 27-33, 183-187

Ineficacia: 177, 180-181

    Por falta de convocatoria: 31-33

Inexistencia: 25-26, 193-199

Libros de comercio: 30

    Valor probatorio: 30, 36

Prima de control: 59-60

Private Benefits of Control: 59, 208

Reunión por derecho propio: 70-71, 117-118

Usufructo de acciones: 183-187

#### Utilidades

    Cláusula leonina: 152

    Montos de repartición obligatoria: 139-141

    Retención abusiva: 136-155

        En sociedades cerradas:  
        136-141

        En sociedades abiertas:  
        136-137