

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN DE  
LA CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA**

En el proceso arbitral entre

**JORGE HERNÁN HERRERA MÁRQUEZ**  
Demandante

y

**LUZ STELLA ORTIZ FRANCO  
RAFAEL IGNACIO CASTAÑO HINCAPIÉ  
CARDIOESTUDIO S.A.S.**  
Demandados

**Proceso con radicado 2022 A 0004**

---

**LAUDO ARBITRAL**

---

*Árbitro*

Juan Carlos Gaviria Gómez

*Secretaria del Tribunal*

Sara Elena Agudelo Duque

**REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES**

*Representa a*

*Jorge Hernán Herrera Márquez*  
Dr. Francisco Javier Gil Gómez

*Representa a*

*Cardioestudio S.A.S*  
Dr. Mauricio Ortega Jaramillo

*Representa a Rafael Ignacio Castaño Hincapié*

Dr. Daniel Eduardo Robledo Orrego

*Representa a Luz Stella Ortiz Franco*

Dr. José Daniel Porras Nicholls

## TABLA DE CONTENIDO

<b>I. TABLA DE ABREVIACIONES Y TÉRMINOS DEFINIDOS .....</b>	<b>5</b>
<b>II. PARTES.....</b>	<b>5</b>
2.1. Demandante: .....	5
2.2. Demandados:.....	5
<b>III. SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES PROCESALES .....</b>	<b>5</b>
3.1. Demanda: .....	5
3.2. Constitución del Tribunal.....	5
3.3. Acuerdo arbitral .....	6
3.4. Actuaciones procesales .....	6
3.4.18.1. Por la parte demandante: .....	8
3.4.18.2. Parte demandada.....	10
<b>IV. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR.....</b>	<b>12</b>
<b>V. POSICIONES DE LAS PARTES.....</b>	<b>13</b>
5.1. Síntesis de los hechos.....	13
5.1.1. Posición general.....	13
5.1.2. Conflicto de intereses de la administradora Luz Stella Ortiz.....	13
5.1.3. El control de la sociedad por el accionista Rafael Castaño y por la gerencia .....	15
5.1.4. El incumplimiento de los deberes de la administradora .....	15
5.1.5. El ejercicio del derecho de voto abusivo por paridad del accionista Rafael Castaño .....	15
5.1.6. Los perjuicios que reclama el señor Jorge Hernán Herrera .....	16
5.2. Pretensiones del demandante .....	16
5.3. Contestación a la reforma de la demanda.....	18
<b>VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL .....</b>	<b>18</b>
6.1. Presupuestos procesales .....	18
6.2. Los problemas jurídicos sometidos a consideración del Tribunal.....	19
6.2.1. Sobre el abuso en el ejercicio del derecho al voto.....	19
6.2.2. Sobre el conflicto de intereses.....	24
6.2.3. Sobre la potestad del juez para intervenir en el manejo societario. Facultades y restricciones.....	30
6.2.4. Sobre los conflictos societarios y su resolución.....	33
6.2.5. Sobre la acción de responsabilidad en contra de los administradores.....	34
<b>VII. SOBRE LOS HECHOS DEMOSTRADOS EN EL PROCESO. VALORACIÓN PROBATORIA</b>	
<b>40</b>	
7.1. La sociedad Cardioestudio .....	40
7.2. El contrato de prestación de servicios celebrado entre el convocante y la sociedad convocada .....	41
7.3. La génesis del conflicto.....	42
7.4. Sobre la modificación de las condiciones de prestación del servicio del demandante.....	48
7.5. Sobre la situación financiera de Cardioestudio.....	53
7.6. Sobre el contrato de arrendamiento celebrado por Cardioestudio y La Hacienda S.A.S. ....	54
7.7. Sobre la invitación a vender Cardioestudio.....	54
7.8. Cuestionamientos a la gestión profesional del demandante .....	55
7.9. Sobre la prueba testimonial recaudada.....	55

<b>VIII. RESOLUCIÓN DEL CASO .....</b>	<b>57</b>
8.1. Primera pretensión principal dirigida a que se declare que la sociedad Cardioestudio está incurriendo en abuso al voto .....	57
8.2. Segunda pretensión principal dirigida a que se declare la existencia de un conflicto de intereses en los actos efectuados por la codemandada Luz Stella Ortiz Franco. ....	58
8.2.1. No hay lugar a imponer la multa que se reclama con fundamento en el artículo 2.2.2.3.5 del Decreto 1074 de 2015 (artículo 5º. del Decreto 1925 de 2009). ....	65
8.2.2. No hay lugar a que el Tribunal ordene la remoción de la señora Ortiz Franco de la administración de la sociedad; .....	67
8.2.3. No se accederá a aprobar la reforma estatutaria propuesta por el demandante. ....	68
8.2.4. Sobre la pretensión subsidiaria de las consecuenciales .....	68
8.3. Tercera pretensión principal dirigida a que se declare que se declare la existencia de un conflicto societario entre Rafael Ignacio Castaño y Jorge Hernán Herrera. ....	68
8.4. Cuarta pretensión principal dirigida a que se declare que Luz Stella Ortiz Franco incurrió en responsabilidad civil. ....	70
8.5. Quinta pretensión principal dirigida a que se declare que el señor Rafael Ignacio Castaño incurrió en abuso al voto .....	73
8.6. Sexta pretensión principal dirigida a que se ordene a los demandados reincorporar al demandante a los grupos institucionales de Whatsapp. ....	75
8.7. De las excepciones de mérito propuestas por las convocadas .....	75
8.8. Conducta procesal de las partes. ....	77
8.9. Del juramento estimatorio. ....	78
<b>IX. GASTOS Y COSTAS DEL PROCESO .....</b>	<b>78</b>
<b>X. DECISIÓN DEL TRIBUNAL .....</b>	<b>79</b>

<b>I. TABLA DE ABREVIACIONES Y TÉRMINOS DEFINIDOS</b>
---

Art.	Artículo
<b>Cardioestudio</b>	Cardioestudio S.A.S
<b>Centro de Arbitraje/ Centro</b>	Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia
<b>Parte demandante o convocante</b>	Hace referencia al accionante en el proceso: Jorge Hernán Herrera Márquez
<b>Parte demandada o convocada</b>	Hace referencia a las tres personas demandadas: Cardioestudio S.A.S Rafael Ignacio Castaño Hincapié Luz Stella Ortiz Franco
<b>Reglamento</b>	Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

<b>II. PARTES</b>
-------------------

**2.1. Demandante:**

El señor Jorge Hernán Herrera Márquez, identificado con C.C. 8.314.700. Es accionista titular del cincuenta por ciento (50%) de las acciones de la sociedad Cardioestudio.

**2.2. Demandados:**

El señor Rafael Ignacio Castaño Hincapié, identificado con C.C. 70.108.265. Es accionista titular del cincuenta por ciento (50%) de las acciones de la sociedad Cardioestudio.

La señora Luz Stella Ortiz Franco, identificada con C.C. 42.872.877. Es gerente y representante legal de la sociedad Cardioestudio.

La sociedad Cardioestudio S.A.S., sociedad por acciones simplificada, con domicilio en la ciudad de Medellín, identificada con NIT. 800.158.328-1, representada legalmente por su gerente la señora Luz Stella Ortiz Franco.

<b>III. SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES PROCESALES</b>
--

**3.1. Demanda:**

El 4 de febrero de 2022, el señor Jorge Hernán Herrera Márquez presentó ante el Centro de Arbitraje demanda arbitral contra los señores Luz Stella Ortiz Franco, Rafael Ignacio Castaño Hincapié, y la sociedad Cardioestudio.

**3.2. Constitución del Tribunal**

Las partes designaron de común acuerdo al abogado Juan Carlos Gaviria Gómez como árbitro del Tribunal, en reunión llevada a cabo ante el Centro de Arbitraje el 23 de febrero de 2022.

El abogado Gaviria Gómez aceptó su nombramiento dentro del término de 5 días posteriores a la notificación de su nombramiento.

Su aceptación fue puesta en conocimiento de las partes el 2 de marzo de 2022, sin que hubieran hecho manifestación alguna sobre su deber de información. Así mismo, las partes no objetaron su designación una vez fue puesta en conocimiento la ampliación del deber de información, en la audiencia de instalación llevada a cabo el 30 de marzo de 2022.

Como secretaria del trámite actuó la Dra. Sara Elena Agudelo Duque, nombrada por el Árbitro en la audiencia de instalación. La Dra. Agudelo cumplió su deber de información sin que ninguna de las partes hiciera reparos dentro del término de 5 días señalado para ello.

### 3.3. Acuerdo arbitral

La cláusula compromisoria que dio origen a este arbitraje, se encuentra dispuesta en el artículo 49 del Capítulo IV de los Estatutos de la sociedad CARDIOESTUDIO S.A.S. La cláusula arbitral es del siguiente tenor:

*“ARTICULO 49o. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIA. Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social, incluida la impugnación de determinaciones de la Asamblea General de Accionistas y de cualquier otro órgano que se cree, serán sometidas ante un Tribunal de Arbitramento conformado por un árbitro, el cual será designado por las partes, o en su defecto por la Cámara de Comercio de Medellín. El árbitro designado será abogado inscrito, fallará en derecho y se sujetará a las tarifas previstas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín. El Tribunal de Arbitramento tendrá como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, se regirá por las leyes colombianas y de acuerdo con el reglamento del aludido Centro de Conciliación y Arbitraje.”<sup>1</sup>.*

### 3.4. Actuaciones procesales

Se sintetizan las actuaciones procesales más relevantes, así:

- 3.4.1. El 9 de febrero de 2022, el Centro de Arbitraje remitió la primera comunicación a las partes informando del inicio del arbitraje y citando a reunión de nombramiento de árbitros.
- 3.4.2. El 23 de febrero de 2022 se llevó a cabo la reunión de nombramiento de árbitros, en la que las partes designaron de mutuo acuerdo al abogado Juan Carlos Gaviria Gómez.
- 3.4.3. El árbitro aceptó la designación, la cual fue puesta en conocimiento de las partes el 2 de marzo de 2022, sin que hubieran efectuado manifestaciones con respecto al cumplimiento de su deber de información.
- 3.4.4. El 30 de marzo de 2022 se llevó a cabo la audiencia de instalación, en la cual:  
i) el Tribunal se declaró instalado; ii) fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Arbitraje de la CCMA; iii) reconoció personería a los apoderados de las partes; iv) nombró como secretaria a la abogada Sara Elena Agudelo

<sup>1</sup> Ver en el expediente MASCinfo “2022 A 0004 ACTA 82 TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD DE LTDA A SAS” pág 16.

Duque; y v) fijó como reglas aplicables al procedimiento, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la CCMA.

- 3.4.5. Mediante Auto N° 2 fue admitida la demanda, se ordenó notificar a las demandadas, y se corrió traslado de la misma por el término de 20 días hábiles.
- 3.4.6. El 1º. de abril de 2022 fue puesto en conocimiento de las partes el deber de información de la Secretaria, sin que las partes hubieran hecho reparos al mismo.
- 3.4.7. El 2 de mayo de 2022 los demandados contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal, y propusieron excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio.
- 3.4.8. Mediante Auto N° 3 del 5 de mayo de 2022, fue posesionada la Secretaria, y se corrió traslado a la demandante de las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, y de las objeciones al juramento estimatorio.
- 3.4.9. El 12 de mayo de 2022, la convocante describió el traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio, y formuló nueva solicitud probatoria.
- 3.4.10. Mediante Auto N° 4 del 25 de mayo de 2022 el Tribunal fijó fecha para celebrar la audiencia de conciliación, y en caso de que ésta fracasara, seguir con la fijación de gastos y honorarios. La audiencia no se llevó a cabo en la oportunidad señalada, dado que la parte convocante presentó reforma de la demanda el 6 de junio de 2022.
- 3.4.11. El 10 de junio de 2022, mediante el Auto N° 5, fue admitida la reforma de la demanda y se corrió traslado a las convocadas por el término legal.
- 3.4.12. El 12 de julio de 2022, los convocados contestaron la demanda reformada, y propusieron excepciones de mérito y objeciones al juramento estimatorio.
- 3.4.13. El 13 de julio de 2022, estando dentro del término para contestar la demanda, el apoderado del señor Rafael Ignacio Castaño Hincapié presentó solicitud adicional de pruebas.
- 3.4.14. El 22 de julio de 2022, la parte convocante describió el traslado de las excepciones y presentó pruebas adicionales.
- 3.4.15. La audiencia de conciliación se inició el 12 de agosto de 2022. La audiencia se suspendió para que las partes analizaran fórmulas de arreglo y se continuó con la misma el 22 de agosto de 2022. Como las partes no llegaron a un acuerdo conciliatorio, el Tribunal fijó los gastos y honorarios.
- 3.4.16. Las partes hicieron los pagos decretados por el Tribunal en la oportunidad correspondiente.
- 3.4.17. **Primera audiencia de trámite.** El 3 de octubre de 2022 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite. En esta audiencia el Tribunal profirió el Auto No. 12 asumiendo competencia definitiva para resolver la controversia. Dicha decisión no fue objeto de recurso por las partes. En la misma audiencia, a través del Auto N° 13, fueron decretadas las pruebas.

**3.4.18. Pruebas decretadas y practicadas.** Las pruebas decretadas fueron las siguientes:

**3.4.18.1. Por la parte demandante:**

Respecto de las pruebas solicitadas por la parte convocante el Tribunal dispuso:

**“1.1. Documentales**

*Se ordena tener como pruebas los documentos siguientes:*

*1.1.1 Los relacionados y aportados con la demanda reformada (Numerales 1 y 2 del acápite VIII del escrito).*

*1.1.2 Los aportados con el traslado de las excepciones y objeción al juramento estimatorio frente a la demanda reformada (**Documentos 1.4 a 1.16 del numeral 1 del acápite de pruebas**).*

*En cuanto a los numerales 1.1 a 1.3 de los documentos relacionados en el acápite 6 de solicitud de pruebas relacionadas en el escrito por el que se descurre el traslado de las excepciones y objeción al juramento estimatorio frente a la demanda reformada, el Tribunal deja constancia de que el derecho de petición al que se hace mención en la solicitud de prueba no fue allegado, así como tampoco las pruebas relacionadas en los numerales referidos.*

*El Tribunal pregunta a la parte convocante sobre la existencia actual de los documentos relacionados en los numerales 1.17 a 1.19, los cuales no existían al momento de realizar la solicitud de prueba, y si siguen siendo relevantes. El apoderado informa que no existen todavía estos documentos, pero que encuentra necesario que de realizarse hagan parte del proceso.*

*El Tribunal solicita al apoderado de la parte convocante que una vez los hechos se hayan verificado y tenga los documentos respectivos, le informe al tribunal sobre la existencia de los mismos y en ese momento el tribunal hará el correspondiente pronunciamiento.*

*Por lo anterior, frente a los numerales 1.17 a 1.19, en tanto no existen, el Tribunal niega su decreto, sin perjuicio de que cuando se le informe sobre la existencia de los mismos, se pueda reevaluar la decisión.*

**1.2 Interrogatorio de parte**

*El Tribunal decreta el interrogatorio de parte a todos los demandados, solicitado por la parte demandante en la demanda reformada (numeral 4 del acápite de pruebas) y en el traslado de las excepciones frente a la demanda reformada (numeral 2 del acápite de pruebas).*

**1.3 Declaración de la propia parte**

*Se decreta el interrogatorio de la propia parte, solicitado por la demandante en el escrito de demanda reformado (numeral 3 del acápite de pruebas).*

#### **1.4 Declaraciones de terceros**

*Se decreta la declaración de los siguientes testigos solicitados por la demandante en el escrito de reforma de la demanda (numeral 6 del acápite de pruebas); y en el memorial que descurre el traslado de las excepciones frente a la demanda reformada (numeral 3 del acápite de pruebas):*

<i>FRANK MAURICIO PINEDA</i>
<i>JUAN CARLOS URIBE OSORIO</i>
<i>MARTA YANNET DUQUE ZULUAGA.</i>
<i>LINA MARÍA CORREA BOTERO</i>
<i>ANA GIRLESA MÚNERA ECHEVERRI.</i>

*Se solicita a la parte procurar su comparecencia para la fecha y horas que se señalarán a efectos de recepcionar sus declaraciones.*

#### **1.5 Exhibición de documentos**

*El Tribunal decreta la exhibición de documentos solicitada por la demandante en la reforma de la demanda (numeral 8 del acápite de pruebas), así:*

*Las convocadas deberán exhibir en audiencia, en la fecha que se señale para el efecto, los documentos objeto de la prueba solicitados en la demanda reformada (numeral 8 del acápite de pruebas):*

- 1. Acta de asamblea de accionistas del año 2022.*
- 2. Acta de reunión de comité médico del 16 de mayo de 2022.*
- 3. Libro de accionistas de la sociedad Cardioestudio S.A.S.*

#### **1.6 Prueba por informe**

*Se decreta la prueba por informe solicitada por la parte demandante, a cargo del señor Frank Mauricio Pineda, Director Médico de Cardioestudio S.A.S. o quien haga sus veces, solicitada en la reforma de la demanda (numeral 7 del acápite de pruebas) y en el traslado de las excepciones y objeción al juramento estimatorio frente a la demanda reformada (numeral 4 del acápite de pruebas).*

*Por secretaría se libraré el oficio a la parte interesada y en él se señalará el término de 15 días para que el destinatario remita la información solicitada.*

#### **1.7 Prueba pericial**

*Se decreta la prueba pericial solicitada por la parte demandante en la reforma de la demanda (numeral 5 del acápite de pruebas) y en el traslado de las excepciones frente a la demanda reformada (numeral 5 del acápite de pruebas).*

*Se concede plazo hasta el 4 de noviembre de 2022, para que la parte Convocante aporte el peritaje que anuncia, con la advertencia de que no puede presentarse por la misma parte más de un dictamen sobre cada hecho o materia. Se requiere a las partes para que colaboren con la práctica de la prueba”.*

### **3.4.18.2. Parte demandada.**

Por la parte demandada se decretaron las pruebas de la siguiente forma:

#### **“2.1 Documentales**

*Se ordena tener como pruebas los documentos siguientes:*

*2.1.1 Los relacionados en las contestaciones de la demanda reformada (numeral 6.1 del acápite de pruebas).*

*2.1.2 Los documentos presentados por el apoderado del señor Castaño en la oportunidad para contestar la demanda reformada, mediante correo electrónico del 13 de julio de 2022.*

#### **2.2 Interrogatorio de parte**

*Se decreta el interrogatorio de parte solicitado por las demandadas en las contestaciones de la demanda reformada (numeral 6.3 del acápite de pruebas).*

#### **2.3 Declaraciones de terceros**

*Se decreta la declaración de los siguientes testigos, solicitados por las demandadas en los escritos de contestación a la reforma de la demanda (numeral 6.2 del acápite de pruebas):*

<i>FRANK MAURICIO PINEDA</i>
<i>JUAN CARLOS URIBE OSORIO</i>
<i>MARTA YANNET DUQUE ZULUAGA</i>
<i>LINA MARÍA CORREA BOTERO</i>
<i>ANA GIRLESA MÚNERA ECHEVERRI</i>

*Se solicita a las partes procurar su comparecencia para la fecha y horas que se señalarán a efectos de recepcionar sus declaraciones”.*

**3.4.19.** No se interpuso recurso contra el auto que decretó las pruebas (Auto N° 13).

**3.4.20.** En la etapa probatoria se practicaron las siguientes pruebas:

#### **3.4.20.1. Prueba por informe a cargo del director médico de Cardioestudio, señor Frank Mauricio Pineda**

Por secretaría se libró oficio para que el doctor Pineda, de conformidad con lo ordenado en el Auto de decreto de pruebas (Auto N°13), en el término de 15 días, remitiera la siguiente información:

*“1. La cantidad de exámenes médicos que se realizan en Cardioestudio S.A.S. durante el periodo de un año.*

*2. La cantidad de exámenes médicos que son asignados en promedio a los médicos especialistas que prestan su servicio a Cardioestudio S.A.S., discriminando por tipo de examen.*

*3. El tiempo de asignación de las citas médicas para la realización de los distintos exámenes, indicando el lapso que pasa, en promedio, entre la solicitud del examen por*

*el paciente o la entidad médica correspondiente, la asignación del examen, y la realización de este.”*

El 28 de octubre de 2022, el doctor Pineda remitió respuesta al informe. El 24 de noviembre de 2022, el apoderado de la parte demandante presentó solicitud de *“aclaración, complementación y ajuste de prueba por informe”*.

El 2 de diciembre de 2022 el doctor Pineda presentó respuesta a la solicitud de aclaración, la cual fue ordenada mediante el Auto N° 17 del 18 de noviembre de 2022.

#### **3.4.20.2. Dictamen pericial a cargo de la parte demandante**

El 4 de noviembre de 2022, el apoderado de la parte demandante radicó dentro del término concedido para el efecto, dictamen pericial de carácter contable elaborado por el contador público Walter Hernán Álvarez Villegas, perteneciente a la sociedad Álvarez Tamayo Asesores S.A.S.

En la solicitud de la prueba, el demandante anunció que el dictamen era *“referente a la situación contable y a las diferencias de ingresos por honorarios en Cardioestudio de los profesionales en cardiología”*. En el dictamen, el perito señaló en la introducción lo siguiente:

*“Este documento se desarrolló desde el punto de vista contable, con el análisis de la información entregada por la sociedad CARDIOESTUDIO S.A.S. con NIT. 800.158.328-1 por los periodos 2018, 2019, 2020 y 2021, para determinar y cuantificar los ingresos durante este lapso, la comparación de los honorarios de los prestadores de servicios médicos, y el comportamiento de la situación financiera de la sociedad, haciendo énfasis en la situación del accionista Doctor JORGE HERNÁN HERRERA MÁRQUEZ, en relación a los servicios profesionales prestados por este y del accionista Doctor RAFAEL IGNACIO CASTAÑO HINCAPIÉ.”*

Del dictamen se corrió traslado a los demandados por el término de 3 días hábiles mediante Auto N° 16 del 8 de noviembre de 2022, guardando silencio.

#### **3.4.20.3. Documentos aportados por el apoderado del señor Rafael Castaño el 8 de noviembre de 2022**

El 8 de noviembre de 2022, el apoderado del señor Rafael Castaño, aportó varios documentos, con la siguiente indicación: *“Me permito anexar las pruebas decretadas por el Tribunal cuya autorización se había solicitado en correo del 13 de julio de 2022.”*

La parte demandante se opuso a la incorporación de los documentos aportados por considerarla extemporánea. Mediante el Auto N° 19 del 7 de diciembre de 2022, el Tribunal dispuso de manera oficiosa la incorporación de estos documentos al expediente y el traslado de los mismos a las demás partes. El 24 de enero de 2023, el apoderado del demandante recorrió el traslado de las pruebas adicionales y aportó documentos. El 30 de enero de 2023, el apoderado del señor Rafael Castaño se pronunció sobre el memorial.

#### **3.4.20.4. Pruebas documentales sobrevinientes aportadas por el demandante**

El 6 de diciembre de 2022, el apoderado de la parte demandante aportó nuevas pruebas documentales que habían sido anunciadas como probables desde el escrito por medio

del cual se descorrió el traslado de las excepciones y la objeción al juramento estimatorio frente a la demanda reformada. El apoderado del señor Rafael Castaño descorrió el traslado frente a los documentos, y coadyuvó la incorporación de la grabación de la Asamblea de Accionistas llevada a cabo el día 28 de noviembre del 2022.

Mediante Auto N° 19 del 7 de diciembre de 2022, el Tribunal dispuso la incorporación al proceso de los documentos aportados.

#### **3.4.20.5. Exhibición de documentos**

En audiencia llevada a cabo el 7 de diciembre de 2022, los convocados realizaron la exhibición de los documentos decretada. El apoderado de la parte demandante quien solicitó la prueba, manifestó estar conforme con la exhibición.

#### **3.4.20.6. Declaración e interrogatorios de parte**

En la audiencia realizada el 7 de diciembre de 2022 se llevó a cabo en primer lugar, la declaración de parte del demandante, a continuación el interrogatorio de parte del demandante, y finalmente el interrogatorio de parte de los demandados. El primero de los demandados en ser interrogado fue el señor Rafael Castaño, y con posterioridad la señora Luz Stella Ortiz como persona natural y como representante legal de Cardioestudio.

#### **3.4.20.7. Declaraciones de terceros**

Se practicaron las declaraciones de los siguientes testigos, cuyas intervenciones fueron grabadas y sus transcripciones fueron incorporadas al expediente:

- La señora Ana Girsela Múnera, testigo común, el 7 de diciembre de 2022.
- El señor Juan Carlos Uribe Osorio, testigo común, el 7 de diciembre de 2022.
- El señor Frank Mauricio Pineda, testigo común, el 7 de diciembre de 2022.
- La señora Marta Yannet Duque Zuluaga, testigo común, el 25 de enero de 2023. El apoderado de los convocados desistió de este testigo, pero no así el apoderado del convocante.
- La señora Lina María Correa Botero, testigo común, el 25 de enero de 2023.

#### **3.4.20.8. Audiencia de alegaciones**

Mediante Auto N° 22 del 6 de febrero de 2023, el Tribunal decretó el cierre de la etapa probatoria, y fijó el 8 de marzo de 2023 como fecha para la audiencia de alegatos.

En la fecha, los apoderados expusieron sus alegaciones de manera verbal, y al final de la audiencia aportaron los escritos contentivos de las mismas. Mediante Auto N° 23 del 8 de marzo de 2023, notificado en audiencia, se fijó fecha de laudo para el 9 de mayo de 2023, la cual fue pospuesta inicialmente para el 23 de mayo y posteriormente para el 24 de mayo de la misma anualidad.

### **IV. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10° de la Ley 1563 de 2012, en caso de que las partes no establezcan el término de duración del proceso, este será de 6 meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite.

Según el artículo 11 de la misma norma, al término se le adicionarán los días de suspensión, los cuales, si fueron solicitados por las partes, no podrán superar 120 días.

Por lo anterior, se tiene lo siguiente:

La fecha de finalización de la primera audiencia de trámite fue el 3 de octubre de 2022, por lo cual el plazo vencería el 3 de abril de 2023. Sin embargo, por solicitud de las partes, el proceso estuvo suspendido las siguientes fechas:

<b>Suspensión decretada</b>	<b>Cantidad de días</b>
Entre el 4 de octubre y 3 de noviembre de 2022, ambas fechas inclusive.	22 días hábiles
Entre el 8 de diciembre de 2022 y el 19 de enero de 2023, ambas fechas inclusive.	29 días hábiles
<b>Número total de días suspendido</b>	<b>51 días hábiles</b>

Por lo anterior, al sumar los días hábiles al término del proceso, este tiene como fecha límite el 21 de junio de 2023, y en consecuencia la expedición de este laudo es oportuna.

## **V. POSICIONES DE LAS PARTES**

### **5.1. Síntesis de los hechos**

A continuación, se sintetizan los hechos que fundamentan las pretensiones de la demanda, de conformidad con el texto de la demanda reformada.

#### **5.1.1. Posición general**

El señor Jorge Herrera pretende el cambio de administrador de la sociedad Cardioestudio, y la indemnización de perjuicios por \$75.512.618 más intereses a cargo de la administradora actual de la sociedad, señora Luz Stella Ortiz, al considerar que esta ha actuado incurso en un conflicto de intereses al ser cónyuge del accionista Rafael Castaño. Este conflicto ha llevado a que la administradora actúe en desatención de sus intereses como socio, disminuyendo y en algunos casos negando, la asignación de exámenes médicos.

El convocante considera que el accionista Rafael Ignacio Castaño ha hecho ejercicio de su derecho de voto de forma abusiva por paridad. Con esto ha impedido que se tomen medidas frente a la permanencia de la gerencia de Cardioestudio. El demandante solicita de manera solidaria la condena por indemnización de perjuicios por valor de \$75.512.618 más intereses.

El demandante solicita que se declare que la sociedad Cardioestudio está incurriendo en abuso al voto a través de su máximo órgano de administración, con ocasión de la posición de dominio del señor Rafael Ignacio Castaño.

#### **5.1.2. Conflicto de intereses de la administradora Luz Stella Ortiz**

La señora Luz Stella Ortiz fue nombrada para el cargo de administradora de la sociedad Cardioestudio, desde el 16 de septiembre de 2002 mediante el acta 32 de la junta de socios.

El demandante y el señor Rafael Ignacio Castaño, son médicos especialistas en cardiología, y han prestado sus servicios a Cardioestudio en igualdad de condiciones.

El demandante afirma que en el año 2020 empezó a sentir que la administradora no estaba tomando en cuenta sus planteamientos sobre la visión y la manera de administrar la sociedad. En particular, la administradora consideró que por su edad ya no es apto para seguir prestando sus servicios a la sociedad.

Afirma el demandante que la administradora es cónyuge del accionista Rafael Castaño, y con la decisión de disminuir y en algunos casos no asignarle exámenes médicos, lo está perjudicando a él, mas no así a su cónyuge.

La gerente tomó la decisión de suspender sus labores y decidió dar prioridad al personal médico no socio, argumentando que es en beneficio de Cardioestudio.

Desde mayo de 2020, se impuso por la administradora y por voluntad del accionista Rafael Castaño, la no realización de exámenes en la ciudad de Medellín por parte de los accionistas de Cardioestudio. Señala el demandante que la razón principal es que el accionista Rafael Castaño de manera voluntaria decidió no realizar más exámenes en Medellín, ya que puede obtener ingresos considerables de la realización de los exámenes en Apartadó.

El demandante señala que ha expresado su inconformidad de manera verbal, y en las siguientes oportunidades:

- En asamblea ordinaria del 13 de noviembre de 2020: Propuso un código de buen gobierno que permitiera superar el conflicto de interés de Rafael Ignacio y Luz Stella. La propuesta se votó favorablemente, pero la administración de la sociedad no propició espacio alguno para la implementación de este código de buen gobierno.
- En asamblea ordinaria del 16 de abril de 2021, propuso de forma planeada y con un cronograma de cambio paulatino, el cambio de la gerencia. La propuesta fue votada negativamente por el accionista Rafael Castaño.
- Comunicación del 26 de mayo de 2021: respuesta a comunicado de la gerencia del 11 de mayo de 2021. En esta comunicación el demandante insiste en su intención de llegar a acuerdos sobre una administración independiente a ambos accionistas y señalando la necesidad de “definir cuanto antes una primera fecha de reunión”. No hubo respuesta de la gerencia ni del accionista Rafael Castaño.
- Asamblea ordinaria del 16 de abril de 2022: El demandante propuso nombramiento de nueva gerencia. La propuesta fue votada negativamente por el accionista Rafael Castaño.

El demandante afirma que, en la asignación de exámenes, históricamente los accionistas han tenido un peso porcentual de más del 12%, pero en esto desde 2020 solo se mantiene el Dr. Rafael Ignacio, mientras que en el Dr. Jorge Hernán ha bajado del 16% al 7% en 2020 y a un 3% en 2021.

Afirma que no ha sido posible que se le asignen exámenes en la ciudad de Medellín y se le ha asignado un número menor en Apartadó.

### **5.1.3. El control de la sociedad por el accionista Rafael Castaño y por la gerencia**

El demandante afirma que a pesar de que en el Certificado de Existencia y Representación Legal él figura como representante legal gerente, en la realidad del día a día, él no tiene control en la dirección médica, pues quienes tienen control en la dirección médica son la señora Luz Stella Ortiz y su cónyuge el señor Rafael Castaño.

El demandante aduce que, en el mes de febrero de 2022, una vez enterados de la demanda arbitral, el señor Rafael Castaño lo eliminó del grupo de WhatsApp institucional denominado “*CARDIO ECO CARDIOESTUDIO*” creado el 24 de marzo de 2020 con colegas de Cardioestudio. También en la misma fecha, el demandante afirma haber sido retirado del grupo de WhatsApp de especialistas en cardiología de la ciudad, el grupo denominado “*ECO MEDELLÍN*”.

Indica el demandante que empezando el año 2022, se presentó la oportunidad de vender a Cardioestudio. No obstante, la gerencia de la sociedad sin estar legitimada para decidir sobre ventas de acciones, decidió no continuar con los acercamientos.

De acuerdo con el demandante, una vez manifestó su intención de retomar los exámenes, el 16 de mayo de 2022 el accionista Rafael Castaño contestó que debía capacitarse nuevamente.

### **5.1.4. El incumplimiento de los deberes de la administradora**

Según el demandante, la señora Luz Stella Ortiz ha incumplido con el deber de dar un trato equitativo a todos los socios, deberes de lealtad, y abstenerse de participar en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, materializado en lo siguiente:

- Suspender las labores del demandante desde 2020 y durante varios meses sin consultar ni acordar con él.
- La decisión unilateral de terminar las negociaciones de venta, sobrepasando las atribuciones de la gerencia.
- Tomar partido en las propuestas presentadas por el demandante, en al menos tres asambleas de accionistas, como si fuese parte del bando de alguno de los accionistas.
- Limitación del regreso a labores del señor demandante, llevando a la práctica la propuesta del señor Rafael Castaño de recapitación.

### **5.1.5. El ejercicio del derecho de voto abusivo por paridad del accionista Rafael Castaño**

El demandante afirma que ante sus planteamientos sobre la modificación a las condiciones de la gerencia, se ha presentado un ejercicio del derecho de voto abusivo por paridad de parte del señor Rafael Castaño, quien es cónyuge de la gerente.

Indica que en un lote de propiedad de la familia de la señora Luz Stella, se encuentra construido un edificio de propiedad de Cardioestudio. Más adelante el lote deberá ser restituido junto con el inmueble edificado y sin reconocimiento de las mejoras hechas por la Sociedad, por lo cual ante el conflicto de intereses, en caso de un perjuicio para Cardioestudio, jamás tendría las mayorías requeridas para ejercer acciones como la

acción social de responsabilidad, pues el accionista Rafael Ignacio Castaño -cónyuge de la administradora- votaría negativamente ante esta proposición.

Indica que lo propuesto por él en la Asamblea Ordinaria de 2021 para hacer frente a las condiciones desiguales no ha tenido prosperidad por el voto negativo del accionista Rafael Ignacio.

Según el convocante, es claro que el señor Rafael Castaño y la administradora Luz Stella, seguirán ejerciendo el control de la sociedad, en perjuicio de él.

#### **5.1.6. Los perjuicios que reclama el señor Jorge Hernán Herrera**

El demandante afirma que tiene derecho a una indemnización a título de lucro cesante por valor de \$75.512.618 más intereses de mora, por concepto de la diferencia injustificada entre los honorarios médicos de los dos accionistas paritarios, teniendo en cuenta el periodo de 2020 y 2021.

### **5.2. Pretensiones del demandante**

El demandante formuló las siguientes pretensiones:

**“1) PRIMERA PRINCIPAL.** *Sírvase declarar que la sociedad **CARDIOESTUDIO S.A.S** está incurriendo en abuso al voto a través de su máximo órgano de administración, con ocasión de la posición de dominio del Señor Rafael Ignacio Castaño.*

**2) SEGUNDA PRINCIPAL.** *Sírvase de (sic) declarar la existencia de un conflicto de intereses en los actos efectuados por la administradora Luz Stella Ortiz Franco, particularmente, en el Contrato de prestación de servicios de su cónyuge el señor Rafael Ignacio Castaño.*

• **CONSECUENCIAL PRIMERA.** *Impóngase la multa que el Honorable Tribunal estime a la señora Luz Stella Ortiz Franco, junto con las consecuencias jurídicas del artículo 2.2.2.3.5 del Decreto 1074 de 2015.*

• **CONSECUENCIAL SEGUNDA DE LA PRETENSIÓN 2a.** *Sírvase resolver el conflicto de interés, removiendo a la señora Luz Stella Ortiz de la administración de la Sociedad.*

• **CONSECUENCIAL TERCERA DE LA PRETENSIÓN 2a.** *Sírvase resolver el conflicto de interés existente en **CARDIOESTUDIO S.A.S.**, aprobando la reforma estatutaria propuesta por el accionista Jorge Hernán Herrera lo que implica una orden a la sociedad **CARDIOESTUDIO S.A.S** para que a través de su máximo órgano se reforme los estatutos.*

**SUBSIDIARIA DE LAS CONSECUENCIALES.** *En caso de no removerse de la administración a la Señora Luz Stella Ortiz ni acogerse la reforma estatutaria que se ordene a la sociedad **CARDIOESTUDIO S.A.S.** superar el conflicto de interés mediante la aprobación de un mecanismo que permita reemplazar en la administración a Luz Stella Ortiz, para lo cual dentro de un plazo perentorio la asamblea debe adoptar una reforma estatutaria que implique la salida programada de Luz Stella Ortiz como administradora.*

**3) TERCERA PRINCIPAL.** *Sírvase declarar la existencia de un **CONFLICTO SOCIETARIO** entre los señores Rafael Ignacio Castaño y Jorge Hernán Herrera, como accionistas paritarios de la sociedad **CARDIOESTUDIO S.A.S.**, identificada con el NIT. 800.158.328-1.*

• **CONSECUENCIAL PRIMERA.** *Sírvase resolver el conflicto societario existente entre los accionistas de **CARDIOESTUDIO S.A.S.**, removiendo a la señora Luz Stella Ortiz de la administración de la Sociedad.*

• **CONSECUENCIAL SEGUNDA DE LA DE LA PRETENSIÓN 3a** *Sírvase resolver el conflicto societario existente entre los accionistas de **CARDIOESTUDIO S.A.S.**, aprobando la reforma estatutaria propuesta por el accionista Jorge Hernán Herrera.*  
**SUBSIDIARIA DE LAS CONSECUENCIALES.** *En caso de no removerse de la administración a la Señora Luz Stella Ortiz ni acogerse la reforma estatutaria que se ordene a la sociedad **CARDIOESTUDIO S.A.S.** superar el conflicto societario mediante la aprobación de un mecanismo que permita reemplazar en la administración a Luz Stella Ortiz, para lo cual dentro de un plazo perentorio la asamblea debe adoptar una reforma estatutaria que implique la salida programada de Luz Stella Ortiz como administradora.*

**4) CUARTA PRINCIPAL.** *Sírvase declarar la responsabilidad de la señora Luz Stella Ortiz Franco **POR HABER INCUMPLIDO SUS DEBERES COMO ADMINISTRADORA** de la sociedad **CARDIOESTUDIO S.A.S.**, referentes a sus obligaciones de buena fe, lealtad, trato igualitario a los accionistas de la sociedad y no obrar en conflicto de intereses.*

• **CONSECUENCIAL PRIMERA**

- a. *Como consecuencia, declárese responsable de los perjuicios patrimoniales ocasionados por la señora Luz Stella Ortiz Franco al accionistas Jorge Hernán Herrera y al pago de **SETENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL SEICIENTOS DIECIOCHO PESOS MONEDA LEGAL (COP\$75.512.618)** por concepto de **LUCRO CESANTE** hasta diciembre de 2021.*  
b. *Sírvase condenar al lucro cesante generado desde enero de 2022 hasta la fecha de emisión del Laudo, conforme al dictamen pericial que se practique.*  
c. *Que sobre las sumas anteriores se condene a intereses de mora, causados desde la constitución en mora (la notificación del auto admisorio).*  
c.I. *Si no se considera procedente la mora, se indexe las sumas comprobadas como lucro cesante para el momento de la emisión del Laudo.*

• **CONSECUENCIAL SEGUNDA DE LA PRETENSIÓN 4a.** *Como consecuencia, declárese responsable a Luz Stella Ortiz Franco por los perjuicios extrapatrimoniales ocasionados Jorge Hernán Herrera y se condene al pago de **QUINCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (15 SMLMV)** por concepto de daños extrapatrimoniales.*

**5) QUINTA PRINCIPAL.** *Sírvase de declarar que el señor Rafael Ignacio Castaño incurrió en **uso abusivo del derecho al voto por paridad** buscando perpetuar indefinidamente a su cónyuge como administradora de la sociedad **Cardioestudio S.A.S.**, para la obtención de una ventaja injustificada en perjuicio del accionista Jorge Hernán Herrera Márquez.*

• **CONSECUENCIAL PRIMERA.** *Ordénese el pago de los perjuicios ocasionados por el accionista Rafael Ignacio Castaño con el uso abusivo del derecho al voto, que sean probados dentro del proceso de referencia una vez se realice una evaluación técnica de la información aportada por **Cardioestudio S.A.S.**, para definir la ventaja injustificada en cabeza del accionista Castaño.*

- a. *Que se condene solidariamente a Rafael junto a Luz Stella Ortiz Franco a la suma de **SETENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL SEICIENTOS DIECIOCHO PESOS MONEDA LEGAL (COP\$75.512.618)** por concepto de **LUCRO CESANTE** hasta diciembre de 2021.*

*b. Sírvase condenar solidariamente a Rafael junto a Luz Stella Ortiz Franco al lucro cesante generado desde ese 31 de julio de 2021 hasta la fecha de emisión del Laudo, conforme al dictamen pericial que se practique.*

*c. Que sobre las sumas anteriores se condene a intereses de mora, causados desde la constitución en mora (la notificación del auto admisorio).*

*c.1. Si no se considera procedente la mora, se indexe las sumas comprobadas como lucro cesante para el momento de la emisión del Laudo.*

**6) SEXTA PRINCIPAL.** *Ordenese a Cardioestudio S.A.S., Luz Stella Ortiz Franco y Rafael Ignacio Castaño el respeto de los derechos del accionista Jorge Herrera mediante la reincorporación de los grupos institucionales de whatsapp **CARDIO ECO CARDIOESTUDIO** creado el 24 de marzo de 2020, así como la conminación de no realizar conducta similar y **“ECO MEDELLÍN”**.*

**7) SÉPTIMA PRINCIPAL.** *Condénese en costas a la parte demandada.”*

### **5.3. Contestación a la reforma de la demanda**

Los convocados contestaron oportunamente la demanda y la reforma de la demanda. Se pronunciaron sobre los hechos y se opusieron a la prosperidad de todas las pretensiones, planteando las excepciones de mérito que denominaron así:

*“4.1. Inexistencia de la violación de los deberes de los administradores sociales”*

*“4.2. Inexistencia del perjuicio patrimonial cuya indemnización se reclama”*

*“4.3. Inexistencia del nexo causal entre el daño cuya indemnización se pretende y las decisiones adoptadas por Luz Stella en su calidad de Gerente”*

*“4.4. Ejercicio lícito del derecho de voto por parte del doctor Rafael Ignacio”*

*“4.5. Inexistencia del nexo causal entre el ejercicio del derecho al voto y los daños cuya indemnización se pretende”*

*“4.6. Abuso del derecho de voto por parte del doctor Jorge Herrera y por tanto la inexistencia de su derecho a reclamar lo pretendido”*

*“4.7. Excepción genérica.”*

## **VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **6.1. Presupuestos procesales**

El Tribunal encuentra que los presupuestos procesales para decidir de fondo la controversia se encuentran satisfechos, en tanto el convocante es una persona natural plenamente capaz, al igual que los convocados señores Rafael Castaño y Luz Stella Ortiz. La existencia y representación legal de Cardioestudio como persona jurídica, se encuentra acreditada en debida forma. Por lo anterior, las personas intervinientes en el proceso tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso, actuando a través de apoderados judiciales.

El Tribunal arbitral es competente para resolver el litigio puesto a su consideración, al tratarse de una controversia que involucra asuntos de libre disposición, y que queda

comprendida dentro de la cláusula compromisoria establecida en el artículo 49 del Capítulo IV de los Estatutos de la sociedad Cardioestudio, la cual dispone: *“Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social, incluida la impugnación de determinaciones de la Asamblea General de Accionistas y de cualquier otro órgano que se cree, serán sometidas ante un Tribunal de Arbitramento(...)”*

El pacto arbitral invocado reúne los requisitos de existencia y validez previstos por la ley, sin que se haya aducido o acreditado algún vicio en su celebración.

El Tribunal ratifica los argumentos expuestos en la primera audiencia frente a su competencia para dirimir el litigio, y no encuentra elementos de juicio que lo lleven a modificar su decisión, poniendo de presente que las partes no han controvertido dicha competencia.

Las relaciones jurídicas procesales se constituyeron regularmente y no existe defecto alguno en las actuaciones surtidas que constituya causal de nulidad.

## **6.2. Los problemas jurídicos sometidos a consideración del Tribunal**

Teniendo en cuenta las pretensiones planteadas por la parte convocante y las excepciones y razones de defensa aducidas por los demandados, el Tribunal considera que los problemas centrales de la controversia que se deben entrar a resolver, se pueden sintetizar así, determinar: i) si la sociedad Cardioestudio ha incurrido en situación de abuso al voto; ii) si la codemandada Luz Stella Ortiz ha estado inmersa en conflicto de intereses al adoptar las decisiones administrativas que cuestiona el demandante y a las que les atribuye haber sido fuente del perjuicio invocado en la demanda; iii) si es posible declarar la existencia de un conflicto societario entre los señores Rafael Ignacio Castaño y Jorge Hernán Herrera como accionistas paritarios de la sociedad Cardioestudio; iv) si la señora Luz Stella Ortiz ha incurrido en responsabilidad como administradora en razón de las decisiones que habría adoptado en perjuicio del demandante; v) si el codemandado Rafael Ignacio Castaño ha incurrido en abuso del derecho al voto para obtener una ventaja injustificada; y vi) si al demandante se le han vulnerado los derechos como accionista al haber sido retirado de grupos institucionales de whatsapp.

En consecuencia, el Tribunal considera que se deben abordar los siguientes problemas jurídicos: i) determinar cuáles son los supuestos que deben concurrir para que se estructure el abuso en el derecho al voto al interior de una sociedad, particularmente cuando los accionistas están en situación de paridad; ii) establecer cuáles son los presupuestos que deben reunirse para que se pueda reconocer un conflicto de intereses en relación con el administrador de una sociedad comercial; iii) determinar los elementos que estructuran la responsabilidad en cabeza de un administrador; y iv) delimitar el marco de las potestades del juez para intervenir en los conflictos que se susciten al interior de una sociedad entre los socios, o entre éstos y los administradores.

Para el efecto se harán unos planteamientos jurídicos sobre cada uno de los problemas identificados, que servirán de base para la resolución de las pretensiones de la demanda.

### **6.2.1. Sobre el abuso en el ejercicio del derecho al voto.**

La teoría del abuso del derecho se origina en la premisa de que los derechos no son absolutos. El ordenamiento jurídico establece límites en su ejercicio, y su titular no puede, en desmedro de otros, desconocer su función o razón de ser. En otras palabras,

los derechos, como intereses individuales jurídicamente protegidos, no son absolutos, ya que no pueden ser ejercidos ilimitadamente en detrimento de los intereses de terceros.

Para el doctrinante Ernesto Rengifo: *“el abuso del derecho se comete con el ejercicio del derecho subjetivo o sin su ejercicio (...) cuando se afecta un interés no reconocido en norma jurídica, por cuanto si se afecta un interés reconocido en norma, se estaría ante un conflicto de derechos; sin embargo, si bien el abuso del derecho no afecta un interés específico otorgado por una particular norma jurídica, sí representa, en palabras de Fernández Sessarego, una violación o una trasgresión a lo que él llama un deber jurídico de carácter genérico, es decir, a una prohibición que hace parte de un principio general del derecho. En resumen, en el abuso del derecho hay un conflicto entre una conducta y un principio general del derecho”*<sup>2</sup>.

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado sobre la teoría del abuso del derecho:

*“Desde los albores del siglo pasado, en la mayoría de las naciones del mundo occidental, se consolidó la tesis jurídica según la cual, cuando del ejercicio de los derechos subjetivos se trata, dado el carácter relativo que en general tienen las prerrogativas que el ordenamiento jurídico reconoce, su titular no puede actuar arbitrariamente, con exceso o con desconocimiento tanto de los derechos ajenos, como de los límites y finalidades que los propios suponen, toda vez que si así procede y con su obrar ocasiona daño a otro, está obligado a reparar los perjuicios que de tal modo haya provocado.*

*2. Teniendo como fundamento claras directrices del derecho antiguo, en particular, del Romano, la doctrina y la jurisprudencia dieron forma a la teoría del “abuso del derecho”, que, en esencia, asigna a aquel que ejerce sus propios derechos en forma desbordada o desviada respecto de la finalidad que el ordenamiento jurídico reconoce para ellos teniendo presentes los principios y valores que los inspiran, el deber de reparar los daños que con su comportamiento hubiese causado, tesis que en Colombia, luego de haber sido expuesta y aplicada durante muchos años por esta Corporación, fue recogida en el artículo 830 del Código de Comercio, que a la letra reza: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”, y tuvo posterior consagración constitucional, como quiera que la Carta Política de 1991, en su artículo 95, establece que “[s]on deberes de la persona y del ciudadano: (...). 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. (...)”.*

*3. No se trata, como se infiere de los anteriores preceptos y de lo que en precedencia se dejó delineado, de restringir el legítimo ejercicio de los derechos sino, lo que es bien distinto, de comprometer la responsabilidad de las personas que, al pretender hacer efectivas las prerrogativas con que cuentan, superan, de una u otra forma, el marco de legalidad de las mismas.*

*Por consiguiente, hay que destacarlo, no es el “uso” o ejercicio de los derechos el perceptor de la mencionada responsabilidad, sino el “abuso” de los mismos, el que da lugar al surgimiento del referido deber de reparación.*

*(...) Así las cosas, es pertinente concluir que el ejercicio adecuado de los derechos, esto es, el que se ajusta a los propósitos y límites que su propia naturaleza les impone, teniendo en cuenta para ello los parámetros que el ordenamiento jurídico vigente, con la Constitución Política a la cabeza, establezca, no es, ni puede ser, objeto de reproche, así otras personas resulten afectadas -ejercicio legítimo del derecho-, razón por la cual la responsabilidad civil por abuso del derecho surge, como se ha reseñado, por el*

<sup>2</sup> RENGIFO GARCÍA, Ernesto (s.f.). El abuso del derecho. [En línea]. Disponible en: Garrido&Rengifo Abogados: <http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/El%20Abuso%20del%20Derecho.pdf>. [2012, oct 2]

*contrario, de los daños que su extralimitación, desviación o desbordamiento ocasione a otras personas*<sup>3</sup>. (Subrayas fuera del texto original).

La Corte Constitucional refirió los requisitos que deben confluir para que se estructure el abuso del derecho:

*“De lo anterior se concluye que, en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue”*<sup>4</sup>.

Conforme a lo expuesto, el ejercicio del derecho de forma abusiva se contrapone a principios constitucionales y legales como el de la buena fe, ya que el titular ejerce las prerrogativas derivadas de éste de manera ilegítima, generando un perjuicio un perjuicio o menoscabando el derecho correlativo de un tercero.

El abuso del derecho implica que su titular lo ejerce por fuera de su razón de ser, desbordando el ámbito que permite su tutela jurídica, afectando a otra u otras personas que no están en posición de soportar la conducta abusiva.

La legislación mercantil reguló de manera general las consecuencias del abuso del derecho en el artículo 830 del Código de Comercio<sup>5</sup>, consagrando al mismo como fuente de responsabilidad civil, al establecer como consecuencia la indemnización de perjuicios.

Más puntualmente, en el ámbito societario, se ha reconocido la posibilidad de que en el ejercicio del derecho al voto se incurra en abuso.

De manera específica, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 reguló el supuesto del abuso del derecho al voto en las sociedades por acciones simplificadas, en los siguientes términos:

*“Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. 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 una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.*

*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 de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario”.*

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1° de noviembre de 2013. M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez. Radicado: 08001-3103-008-1994-26630-01.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-258 del 7 de mayo de 2013. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente D-9173 y D-9183.

<sup>5</sup> Artículo 830. Abuso del derecho-indemnización de perjuicios. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

Si bien es cierto que el derecho al voto es una prerrogativa que le permite a los socios o accionistas expresar su voluntad y participar en las deliberaciones y toma de decisiones, también lo es que pueden existir supuestos en los que el ejercicio de este puede llegar a ser abusivo e ilegítimo, tal como lo reconoce la norma citada.

Concretamente, de conformidad con la norma invocada, ello ocurre cuando el voto se ejerce: i) con el propósito de generarle una afectación a la sociedad; ii) cuando la finalidad es la de generarle un perjuicio a los otros accionistas; o iii) cuando tiene como causa obtener para sí o para una tercera persona un beneficio injustificado.

Sobre el uso abusivo del derecho al voto explica el doctor Néstor Humberto Martínez Neira lo siguiente:

*“Con apego a los alcances de la buena fe contractual puede afirmarse que la ejecución de las distintas prestaciones que surgen del contrato de sociedad y, en especial, el ejercicio de los distintos derechos sociales que le asisten a cada asociado deben efectuarse de manera honesta y recta.*

*En particular, la práctica de los derechos políticos y económicos de cada accionista debe corresponder no solamente a los dictados de la ley y de los estatutos, sino también a unos deberes complementarios que el derecho da por supuesto, para que a través de su ejercicio no se conculquen los derechos de los consocios y se haga su efectiva realización, de manera leal con cada uno de ellos y con el objetivo mismo de la asociación, y en forma que corresponda a la naturaleza propia de un contrato de colaboración. (...) Es así como el derecho de voto, para mencionar uno de ellos, nace de la ley y del contrato para que la mayoría que se forme a través de él consulte el interés social y no para subyugar a las minorías.*

*Por ejemplo, se actúa de manera contraria a la buena fe contractual cuando se promueven capitalizaciones de una sociedad de manera orientada única y exclusivamente a diluir a los consocios en su participación accionaria, estando probado que tales capitalizaciones son artificiosas e innecesarias frente al giro ordinario de los negocios”<sup>6</sup>.* (Subrayas fuera del texto original).

Es así como el abuso del derecho al voto afecta el ánimo de colaboración o el propósito de beneficio común que es propio de las sociedades, a través de la adopción de decisiones, o de oposición a las mismas, por intereses personales que comprometen bien sea el patrimonio social, el giro ordinario de los negocios o a otros accionistas.

En desarrollo de los presupuestos generales establecidos en la ley<sup>7</sup> -citados en precedencia-, la jurisprudencia y la doctrina se han pronunciado sobre el abuso del derecho a voto diferenciando: i) el abuso del derecho al voto de las mayorías; ii) el abuso del derecho al voto por las minorías; y iii) el abuso del derecho al voto en las situaciones de paridad.

Sobre estas tres modalidades de abuso del derecho al voto en el ámbito societario expuso la Superintendencia de Sociedades en sentencia del 14 de mayo de 2015:

*“Como lo ha expresado el Despacho en otras oportunidades, en la legislación societaria colombiana se han previsto criterios bastante definidos para establecer si un asociado ha ejercido su derecho de voto en forma censurable. 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*

<sup>6</sup> Martínez Neira, Néstor Humberto Cátedra de Derecho Contractual Societario. Colombia: Legis. (2014). (p. 85-86)

<sup>7</sup> i) de causar daño a la compañía o a otros accionistas; ii) de obtener para sí o para otro ventajas injustificadas; iii) generar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.

*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>8</sup> la retención de utilidades<sup>9</sup> y la remoción de administradores<sup>10</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 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. 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>11</sup> (Subrayas fuera del texto original).*

La configuración del abuso del derecho al voto en las sociedades en las que existe paridad entre los socios, se presenta cuando uno de los bloques de manera deliberada e injustificada impide la adopción de decisiones con el fin de causar un perjuicio o detrimento a la compañía, o al restante accionista o grupo de accionistas, o cuando pretende obtener un beneficio individual e ilegítimo.

El abuso de la paridad es diferenciable de las simples discrepancias entre los accionistas o asociados, pues aquel signado por un actuar arbitrario o injustificado (contrario a la razón de ser del voto en el ámbito societario; mientras que estas son el reflejo del

<sup>8</sup> Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A (sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014).

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S (sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013).

<sup>11</sup> Superintendencia de Sociedades. Proceso verbal de Jovalco S.A.S. contra Construcciones Orbi S.A. Sentencia 800-54 del 14 de mayo de 2015. Radicado: 2014-801-166.

derecho de los asociados a decidir de manera justificada y soportada acerca de las necesidades de la sociedad, teniendo como parámetro el beneficio social.

Sobre las características del abuso al voto en situaciones de paridad la Superintendencia de Sociedades explicó en sentencia del 22 de febrero de 2016, lo siguiente:

*“En un pronunciamiento reciente emitido en el caso de Jovalco S.A.S. contra Construcciones Orbi S.A., el Despacho analizó la figura del abuso de paridad en el contexto del ejercicio del derecho de veto. Según se expresó en la sentencia n.º 800-54 del 14 de mayo de 2015, “[l]a 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. 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>12</sup>. (Subrayas fuera del texto original).*

Con base en el recuento efectuado se para que se configure el supuesto de abuso del derecho al voto se requiere la concurrencia de dos elementos, uno de carácter objetivo y otro de naturaleza subjetiva.

Por ello, quien persiga la declaratoria de tal situación deberá acreditar como elemento objetivo que la actuación del socio o accionistas demandado(s) generó: i) un perjuicio directo a la sociedad o a quien se afirma víctima; o ii) una ventaja injustificada en favor del accionista o socio demandado o de un tercero.

Adicional a ello, se deberá probar el elemento subjetivo del abuso del derecho al voto, traducido en: i) que el accionista o socio demandado tuvo la intención de causar un perjuicio a quien se reputa víctima, o a la sociedad; o ii) que dicho accionista o asociado tuvo la intención de obtener una ventaja injustificada para sí o para un tercero<sup>13</sup>.

Se resalta que para la configuración del abuso del derecho al voto es preciso que la votación realizada cumpla con los requisitos sustanciales para adoptar la misma (v.g. citación, quórum y mayorías), ya que si adolece de tales presupuestos la acción pertinente deberá ser diferente (v.gr. impugnación de actas).

Cumplidos los anteriores requisitos será procedente dar aplicación a las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 decretando la nulidad de la decisión adoptada o negada en abuso del derecho al voto, con la consecuente reversión de sus efectos, o la indemnización de los perjuicios causados (según corresponda).

### **6.2.2. Sobre el conflicto de intereses.**

El régimen de conflicto de intereses de los administradores tiene soporte normativo en el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, el cual les impone a aquellos la obligación de “*abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés*

<sup>12</sup> Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-14 del 22 de febrero de 2016.

<sup>13</sup> Superintendencia de Sociedades. Proceso verbal de Sandra Beatriz Martínez González contra Sagrotrán S.A., Claudia Patricia Martínez González, César Andrés Martínez González, Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S.A. e Inversiones Zimmer S.A. Radicado: 2018-800-00216.

*personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas”.*

El conflicto de intereses en el ámbito societario se encuentra regulado en el Decreto 1925 de 2009, del cual se citan los siguientes preceptos, que resultan relevantes para la resolución del asunto debatido:

*“Artículo 1°. El administrador que incurra por sí o por interpuesta persona, en interés personal o de terceros, en conductas que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad en violación de la ley y sin la debida autorización de la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios, responderá solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a los asociados, a la sociedad o a terceros perjudicados, con el propósito de lograr, de conformidad con la ley, la reparación integral.*

*Artículo 2°. Conforme al precepto legal consagrado en el último párrafo del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en caso de conflicto de interés o competencia con la sociedad, el administrador ordenará la convocatoria o convocará a la Asamblea General o Junta de Socios, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que le representa conflicto de interés o competencia con la sociedad. Durante la reunión de la Asamblea o Junta de Socios, el administrador suministrará toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio.*

*En todo caso, de conformidad con la Ley 222 de 1995, 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.*

*(...) Artículo 4°. Los socios que hayan autorizado expresamente la realización de un acto respecto del cual exista conflicto de interés o competencia con la sociedad, que perjudique los intereses de la sociedad, serán responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que ocasionen a esta, a los socios y a terceros, salvo que dicha autorización se haya obtenido de manera engañosa. Lo anterior, sin perjuicio de la declaratoria de nulidad que pudiese resultar de los actos amparados en tales decisiones por violación de la ley.*

*Artículo 5°. 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 7° 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; sin perjuicio de otros mecanismos de solución de conflictos establecidos en los estatutos. 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, sin perjuicio de las acciones de impugnación de las decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 y siguientes del Código de Comercio.*

*Mediante este mismo trámite, el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios. El juez competente, según lo establecido en la ley, podrá sancionar a los administradores con multas y/o con la inhabilidad para ejercer el comercio, sin perjuicio de la responsabilidad penal que dicha conducta pudiese generar.*

*Parágrafo: En el caso de que la sociedad hubiese pactado cláusula compromisoria o compromiso, se estará a las normas respectivas. En el caso de la Sociedad por Acciones Simplificada se aplicará el artículo 44 de la Ley 1258 de 2008”.*

Las normas legales del ordenamiento jurídico colombiano que en el ámbito societario hacen referencia al conflicto.

Como lo explica Carlos Andrés Arcila Salazar en un ensayo titulado “*Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado*”<sup>14</sup> se trata de un “*concepto jurídico indeterminado*”, es decir, el que se usa en una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho, tal como ocurre con el “*interés público*”, la “*urgencia*”, la “*protección adecuada*”, etc .”

La jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades ha considerado que se configura un conflicto de intereses de los administradores cuando se presenta una situación que “*pued[e] nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada*”<sup>15</sup> . o cuando se presentan “*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>16</sup> .

Mónica García Niño define el conflicto de intereses como: “*una situación de hecho que se presenta cuando concurren en cabeza del administrador el interés de la sociedad y su propio interés, en este caso el administrador se encuentra ante una situación donde hay una contraposición entre sus deberes con la sociedad y la satisfacción de su interés personal*”<sup>17</sup> .

Para José Serranos Cañas el conflicto de intereses “*hace referencia a los intereses cuyo titular sea el administrador, sean de él o de terceros. Ese interés no necesariamente debe ser patrimonial, la naturaleza económica no es necesaria, basta con que exista un interés de carácter psico-social como el prestigio, la gratitud o de carácter político, entre otros. Es suficiente la presencia de cualquier elemento extraño al interés social, indistintamente de su naturaleza, desde que sea razonable y objetivamente apto para poner en tela de juicio la ecuanimidad e independencia de criterio del adm social*”<sup>18</sup> .

La Superintendencia de Sociedades ha reconocido de manera clara en sus pronunciamientos jurisdiccionales que, la existencia de un conflicto de intereses no genera *per se* un actuar contrario a los intereses de la compañía o de los accionistas, susceptible de ser sancionado.

En sentencia No. 800-029 del 14 de mayo de 2014 dicha entidad analizó el problema jurídico que se aborda, en los siguientes términos:

*“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>19</sup>. En compañías cerradas, la proscripción absoluta de operaciones con accionistas o administradores*

<sup>14</sup> (Arcila, C. A. (2017). Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado. *Estudios Socio-Jurídicos*, 19(2), 157-196. DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5245>)

<sup>15</sup> Superintendencia de Sociedades. Sandra Beatriz Martínez González contra Beatriz González de Martínez, César Andrés Martínez González, Claudia Patricia Martínez González, Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S.A. (Antes Metalbogotá S.A.), Sagotran S.A. y BDM S.A. Radicado: 2017-800-00236.

<sup>16</sup> Concepto No. 2007059749-001 del 28 de diciembre de 2007.

<sup>17</sup> García, M. "Los conflictos de intereses de los administradores y su aplicación en el manejo de la información privilegiada". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 14, n.º 1, enero-junio, 2015. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v14n1.05>.

<sup>18</sup> SERRANO CAÑAS. José Manuel. *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2008, p. 71.

<sup>19</sup> A Paces Control Matters: Law and Economics of Private Benefits of Control, ECGI Working Paper No.131/2009 <http://ssrn.com/abstract=1448164> (2011).

*podría, incluso, ser nociva para la gestión de los negocios de la sociedad<sup>20</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. 801-035 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 expropiación, 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>21</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 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. Sobre*

<sup>20</sup> Z Goshen, *The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality* (2003) 91 Cal. L. Rev. 400.

<sup>21</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.

*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>19</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>22</sup>*

En sentencia posterior, la Superintendencia de Sociedades analizó el tema del conflicto de intereses y sus consecuencias, de la siguiente manera:

*“En la doctrina comparada se ha reconocido que las normas que regulan los conflictos de interés en el ámbito societario revisten vital importancia para el ordenamiento económico. Las reglas existentes sobre la materia apuntan, en mayor o menor grado, a reducir el riesgo que genera la contraposición de intereses entre los accionistas, los administradores y la sociedad, sin desconocer que las operaciones viciadas por conflictos de esa naturaleza no son necesariamente nocivas para la actividad de la compañía. En algunos sistemas, las reglas sobre estos asuntos se basan en la aplicación de pautas especiales de fiscalización judicial, diseñadas para establecer si una operación controvertida se celebró bajo condiciones de mercado. En el Estado de Delaware, por ejemplo, tras detectarse un posible conflicto, la Corte de Cancillería podría examinar la operación correspondiente bajo el más estricto criterio de revisión judicial (entire fairness test). En países de tradición romano-germánica, la regulación sobre la materia estudiada se centra en la necesidad de que los órganos sociales impartan su anuencia respecto de negocios jurídicos en los que exista un conflicto de interés. Es así como, bajo la legislación francesa, debe obtenerse la aprobación de la junta directiva y la ratificación del máximo órgano social para poder celebrar operaciones en las que un administrador—o, incluso, un accionista de la compañía—tenga un interés directo o indirecto. 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.*

*Por su parte, las reglas colombianas en materia de conflictos de interés fueron concebidas en función de 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 deberán ‘abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas’. Al igual a como ocurre en Francia, en nuestro sistema se ha establecido un requisito de autorización previa, a cargo del máximo órgano social, para la celebración de operaciones en las que se presente un conflicto de interés. En el segundo inciso del citado numeral 7 se establece que, en estas hipótesis, ‘el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad’. 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, en este orden de ideas, que la Ley 222 de 1995 ‘no impide definitivamente la realización de tales actos, sino que somete su celebración a un riguroso procedimiento*

<sup>22</sup> Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 801-0059 del 4 de diciembre de 2013

*mediante el cual se pretende, en lo esencial, proteger los intereses de la sociedad, sus asociados y terceros interesados’.*

*A pesar de que en la Ley 222 no se le asignó una sanción expresa a la violación de lo previsto en el citado artículo 23, la doctrina ha coincidido en que la falta de la autorización a que se ha hecho referencia puede dar lugar a la nulidad absoluta de las operaciones concernientes. Para Gil Echeverry, por ejemplo, ‘los actos celebrados en conflictos de intereses resultan absolutamente nulos’. En este mismo sentido, 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’. También debe anotarse que 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, sin perjuicio de las acciones de impugnación de las decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 y siguientes del Código de Comercio’.*

*Efectuadas las anteriores precisiones, es necesario aludir ahora a los negocios jurídicos objeto del presente proceso. Por una parte, 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 trata, 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’.*

*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 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.*

*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. Esta circunstancia generó un conflicto de interés en cabeza de los representantes legales conjuntos de SAC Estructuras Metálicas S.A. Desde el punto de vista de Daniel Correa Senior, parece haberse configurado la interposición a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222. Según lo ha expresado esta Superintendencia por vía administrativa, el conflicto de interés por interpuesta persona se presenta cuando 'la compañía celebra operaciones con [...] el cónyuge o compañero permanente del administrador, o las personas con análoga relación de afectividad'. 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 por interpuesta persona. No obstante, 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 interposición. 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”<sup>23</sup>*

El recuento efectuado evidencia que, para determinar la existencia de un conflicto de intereses de los administradores es necesario verificar si existe una situación que podría llegar a alterar la objetividad con la que este actúa en el desarrollo de sus funciones; y que el administrador en quien concurra la situación, haya participado en el acto cuestionado, generando una situación de afectación a la sociedad o a los socios o accionistas.

Es de advertir que, aún verificada la existencia de una circunstancia de tal naturaleza, y la participación del administrador en la misma, el conflicto de intereses podrá superarse si se obtiene autorización de la junta de socios o asamblea de accionistas en la celebración de los actos.

En todo caso, se insiste, a efectos de derivar consecuencias de la actuación del administrador frente a la compañía -diferentes a la declaratoria de nulidad de los actos viciados- deberá tenerse en cuenta si la decisión cuestionada le ocasionó perjuicios a la sociedad o a los accionistas, pues puede ocurrir que estos antes “*le reporten importantes beneficios a una sociedad*”; y que, en razón de ello, no pueda derivarse otro tipo de consecuencias de la actuación del administrador.

### **6.2.3. Sobre la potestad del juez para intervenir en el manejo societario. Facultades y restricciones.**

En el derecho societario, y en atención a la trascendencia del principio de autonomía privada, no está permitida en principio la intervención judicial para la reconfiguración de los órganos sociales, la administración de la compañía, ni para la modificación de decisiones especialmente reservadas a los órganos sociales y a los administradores.

<sup>23</sup> Superintendencia de sociedades. Proceso verbal de Estructuras Metálicas S.A. contra Praxedis José Daniel Correa Senior, Santiago Francisco Correa Laverde y Gloria Estella Gallo Pérez. Sentencia n.º 801-35. Radicado: 2013-801-007.

Por ello, la regla general del ordenamiento es que las decisiones que tomen los accionistas y los administradores están a salvo de la intervención judicial.

Solo de manera excepcional se permite la intromisión del juez en los asuntos societarios, en los casos en que se verifique la existencia de una actuación ilegal, abusiva o viciada por conflicto de intereses.

En la sentencia No. 801-072 del 11 de diciembre de 2013 la Superintendencia de Sociedades 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>24</sup>. (Subrayas fuera del texto original).*

En relación con la intervención judicial para la remoción de administradores la Superintendencia de Sociedades ha considerado que *“la elección y remoción de los directores de una compañía les corresponde a los accionistas, reunidos en el seno del máximo órgano social, con sujeción al sistema de votación aplicable 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’. Es claro, pues, que la intervención judicial de esta Superintendencia en la designación y remoción de administradores tan sólo podrá producirse de manera excepcional, cuando se acrediten debidamente los presupuestos del abuso del derecho de voto o se verifique alguna otra violación del ordenamiento societario colombiano que pueda justificar una actuación de esa naturaleza”<sup>25, 26</sup>. (Subrayas fuera del texto original).*

La Superintendencia de Sociedades ha sido enfática en su posición de respeto por las decisiones sociales, y de no inmiscuirse en los asuntos debatidos por los accionistas, a menos que se trate de una situación de incumplimiento de las obligaciones de los administradores, o de uso abusivo del derecho al voto. Concretamente ha expuesto sobre el particular que:

*“En el caso de Oben Muebles S.A., por ejemplo, este Despacho consideró la posibilidad de suspender la designación de una representante legal, a partir del aparente incumplimiento de las obligaciones contenidas en un protocolo de familia (cfr. auto n.º 801-11759 del 20 de agosto de 2014)”*

*“Por virtud de esta deferencia judicial, las decisiones que tomen los accionistas en cuanto a la identidad y la remuneración de los administradores sociales suelen estar a*

<sup>24</sup> Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 801-072 del 11 de diciembre de 2013. Concepto expuesto igualmente en la sentencia No. 801-0059 del 4 de diciembre de 2013.

<sup>25</sup> Superintendencia de Sociedades. Auto n.º 801-11759 del 20 de agosto de 2014.

<sup>26</sup> Superintendencia de Sociedades. Proceso verbal de Luz Stella Bedoya Henao y Andrea Catalina Sandoval Bedoya contra Luis Humberto Sandoval Rodríguez y Cristal 2010 S.A.S. Sentencia 800-25 del 4 de abril de 2016.

salvo de cualquier escrutinio. No tendría mayor sentido, en verdad, que los jueces decidieran asumir la potestad de inmiscuirse, a tal grado, en la gestión de los asuntos internos de una compañía<sup>27</sup>. Por tal razón, este Despacho se ha mostrado particularmente renuente a poner en tela de juicio las decisiones de los empresarios acerca de la composición de los órganos de administración de una compañía. En el caso de Cristal 2010 S.A.S., por ejemplo, el Despacho desestimó pretensiones orientadas a controvertir la designación del accionista controlante de esa compañía como representante legal principal. En la sentencia n.º 800-25 del 4 de abril de 2016 se dijo, en este sentido, que ‘aunque el apoderado de las demandantes considera que el [accionista mayoritario] accedió al cargo de representante legal para “tener control absolutamente de todo”, el Despacho no encuentra en esa circunstancia motivo alguno de censura. [...] La decisión del [demandado] obedeció apenas al ejercicio legítimo de sus derechos como titular de la mayoría de las acciones en que se divide el capital de Cristal 2010 S.A.S. Al no haberse demostrado el abuso del derecho invocado en la demanda, mal haría este Despacho en limitar la potestad del controlante de asumir personalmente la representación legal de esa compañía’.

Claro que, como también se ha reconocido en el derecho comparado, existen circunstancias excepcionales que harían necesaria la intromisión judicial en la órbita interna de una compañía, incluso respecto de decisiones tan importantes como la composición de los órganos de administración y la remuneración de sus miembros<sup>28</sup>. Ello sería procedente cuando la actuación cuestionada en juicio hubiera desbordado los límites de lo permisible bajo el ordenamiento societario colombiano, como ocurriría, por ejemplo con la violación del régimen de conflictos de interés<sup>29</sup> o la suplantación irregular de directores y representantes legales<sup>30</sup>. La intervención de los jueces en la organización interna de una sociedad también sería procedente cuando un accionista hubiera ejercido su derecho de voto en forma abusiva, como quedó sentado en el proceso de Serviucis S.A contra Nueva Clínica Sagrado Corazón (NCSC) S.A.S.

En el caso citado, este Despacho censuró la conducta de un accionista controlante que removió a un accionista minoritario, Serviucis S.A., de la junta directiva de la sociedad demandada. Según se explica en la sentencia n.º 800-73 del 19 de diciembre de 2013, la particular estructura societaria diseñada para inyectarle capital a NCSC S.A.S. había dado lugar a que Serviucis S.A. tan sólo pudiera informarse acerca de la actividad social mediante su participación en la junta directiva de aquella compañía. Ante el surgimiento de un agudo conflicto intrasocietario y en ciernes de la venta del bloque mayoritario de acciones de NCSC S.A.S., el accionista controlante decidió expulsar a Serviucis S.A. de la junta. En la sentencia aludida, este Despacho explicó que ‘la decisión controvertida tuvo como propósito primordial restringir el acceso directo de Serviucis S.A. a la información sobre las operaciones de [NCSC S.A.S.]. La remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de [NCSC S.A.S.] no sólo despojó efectivamente a aquella compañía de una importante prerrogativa, sino que le permitió al bloque mayoritario [...] controlar el flujo de información acerca de las actividades de la Clínica Sagrado Corazón. Lo anterior es tanto más grave cuanto que ocurrió con ocasión de un pronunciado conflicto intrasocietario y antes de iniciar negociaciones para transferir el control sobre [NCSC S.A.S.]. Es por ello por lo que el Despacho encuentra que se ejerció el derecho de voto en forma abusiva, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008’.

Aunque en el caso de NCSC S.A.S. se anuló la remoción malintencionada de un administrador, este Despacho también resaltó que la intervención judicial en la composición de los órganos sociales debe revestir un carácter absolutamente

<sup>27</sup> Por ejemplo, en el contexto específico del abuso del derecho de voto, la Corte de Casación francesa ha manifestado 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’ (cfr. sentencia del 31 de marzo de 2009).

<sup>28</sup> FH O’Neal y RB Thompson, *Oppression of Minority Shareholders and LLC Members* (2004, 2ª ed., Thomson West) 3-55.

<sup>29</sup> Ángela Azuero contra El Puente S.A. (sentencia n.º 800-116 del 3 de septiembre de 2015).

<sup>30</sup> Inversiones Cajiao Canfield S.A.S. contra Ricardo Hormaza Meza y otros (sentencia n.º 800-13 del 28 de enero de 2014).

excepcional. Así, pues, 'lo expresado en esta sentencia no puede entenderse en el sentido de que los accionistas minoritarios cuentan con un derecho intrínseco a participar en los órganos de administración de una compañía, ni mucho menos de que, una vez tales asociados formen parte de la junta directiva, se conviertan en funcionarios inamovibles. Es claro para este Despacho que la elección y remoción de los directores de una compañía les corresponde a los accionistas, reunidos en el seno del máximo órgano social [...]. 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'.

En síntesis, pues, la intervención judicial de esta Superintendencia en la designación y remoción de administradores tan sólo podrá producirse *de manera excepcional, cuando se acredite la opresión de accionistas minoritarios mediante decisiones sociales abusivas o alguna otra violación del ordenamiento societario colombiano que haga necesaria una actuación de esa naturaleza*<sup>31</sup> (Subrayas fuera del texto original).

Las restricciones aludidas para la intervención judicial en el marco de la administración de la sociedad tienen fundamento en la libertad de empresa, y en la potestad que tienen los administradores y los accionistas de autodeterminar los negocios de la sociedad, y de decidir sobre los riesgos comerciales que se asumen. Concretamente refirió la Superintendencia de Sociedades sobre el particular que:

*“Al respecto, debe reiterarse que, por virtud de la denominada regla de la discrecionalidad (“business judgment rule”), los jueces deben abstenerse de auscultar las decisiones adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Sobre este asunto, en la sentencia n.º 800-52 del 1 de septiembre de 2014 se sostuvo que “[e]ste 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.[...] 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”. Con todo, como lo ha sostenido esta entidad, hay numerosas razones que podrían justificar un escrutinio judicial de la gestión de los administradores. 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, o en eventos de dolo o mala fe”<sup>32</sup>.*

Conforme a la línea jurisprudencial expuesta, que el Tribunal comparte, la intervención judicial frente a la administración social y los asuntos debatidos al interior de esta es limitada y excepcional, sin que le esté permitido al juez la intromisión en los asuntos sociales por la sola existencia: i) de desavenencias entre los accionistas, o entre estos y los administradores; o ii) de circunstancias que podrían generar incomodidad o dificultades entre estos, pero que no alcanzan a configurar una de las causales de excepción de intervención previstas.

#### **6.2.4. Sobre los conflictos societarios y su resolución.**

El artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 reconoció de manera expresa la posibilidad de que los conflictos societarios se pudieran someter a decisión arbitral. Dicha norma dispone:

<sup>31</sup> Superintendencia de Sociedades. Proceso verbal de Edgar Orlando Corredor contra Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla. Sentencia 800-46 del 11 de mayo de 2018.

<sup>32</sup> Superintendencia de Sociedades. Proceso verbal de Sandra Beatriz Martínez González Contra Sagrotrán S.A., Claudia Patricia Martínez González, César Andrés Martínez González, Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S.A. e Inversiones Zimmer S.A. Radicado: 2018-800-00216

*“Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables compondores, si así se pacta en los estatutos”.*

Los conflictos societarios son desacuerdos que se presentan en las sociedades por diferencias entre sus accionistas, entre estos y la sociedad, o entre ellos y los administradores, y que pueden surgir por múltiples razones, tales como intereses personales, o desacuerdos sobre el capital social de la empresa, o incumplimiento de los deberes de los administradores.

No obstante la existencia de un conflicto intrasocietario, se estima que no lo corresponde al juez *“la declaración de su existencia”*, ya que se trata de una simple situación de hecho, y el ordenamiento jurídico tiene establecidas acciones tendientes a la resolución de las situaciones derivadas de la existencia de este. Es con respecto a dichas acciones que el juez debe pronunciarse.

Sobre la competencia del juez para declarar la existencia de conflictos societarios, la Superintendencia de Sociedades ha explicado:

*“En cuanto a la pretensión segunda de la demanda, es preciso aclarar que las facultades jurisdiccionales que el Código General del Proceso le ha asignado a esta Superintendencia respecto de la resolución de conflictos societarios no se refieren a una acción particular, orientada a que el juez declare la existencia de un conflicto de este tipo. Concretamente, se trata de una atribución general de competencia en cuanto a la resolución de disputas que puedan surgir entre los sujetos que interactúan entre sí con ocasión de la existencia de la sociedad, y que ameriten la intervención del juez para que dé aplicación a las disposiciones previstas en el ordenamiento societario. Es decir, no se trata de que esta Delegatura declare la existencia de un conflicto societario, que sería una cuestión de hecho, como resultado del proceso, sino de su competencia para conocer de los distintos conflictos de esta naturaleza, como es el caso de aquellos que fueron puestos en conocimiento del despacho en las demás pretensiones de la demanda”<sup>33</sup>.*

De manera que no corresponde a una facultad judicial verificar la existencia per se de un conflicto intrasocietario para efectos de su declaración, pues la atribución otorgada por el legislador al juez concierne a la resolución de las consecuencias derivadas de este.

#### **6.2.5. Sobre la acción de responsabilidad en contra de los administradores.**

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano un listado de personas consideradas administradores, en los siguientes términos:

*“Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”.*

En el ejercicio de las funciones del cargo de administrador se deben cumplir las obligaciones, deberes y mandatos impuestos a los mismos por: i) la ley; ii) los estatutos

<sup>33</sup> Superintendencia de Sociedades. Proceso verbal de Sandra Beatriz Martínez González contra Beatriz González de Martínez, César Andrés Martínez González, Claudia Patricia Martínez González, Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S.A. (Antes Metalbogotá S.A.), Sagotran S.A. y BDM S.A. Radicado: 2017-800-00236

sociales; iii) los órganos sociales de superior jerarquía; iv) las autoridades administrativas o judiciales; y v) los contratos.

Respecto de los deberes de los administradores el artículo 23 de la legislación en referencia, enuncia los siguientes:

*“Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.*

*En el cumplimiento de su función los administradores deberán:*

- 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
- 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*
- 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*
- 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
- 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*
- 6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*
- 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.*

*En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad”.*

Conforme el precepto normativo citado, corresponde a los administradores cumplir sus funciones, *“actuando siempre con lealtad y privilegiando los intereses de la sociedad sobre los propios o los de terceros”*<sup>34</sup>.

Sobre la naturaleza y características de los deberes de buena fe, lealtad y diligencia exigibles a los administradores se pronunció la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC2749-2021, así:

*“Tres son, entonces, los deberes fiduciarios generales de todo administrador de sociedad: buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, para cuyo cabal acatamiento y comprensión, no necesitan de consagración contractual o estatutaria, dado que es, por ministerio de la ley, que cada administrador está compelido a satisfacerlos en el desempeño de los actos propios de su cargo.*

*2.2.1. Deber de buena fe: se trata de un módulo rector de la conducta de toda persona, que por su importancia está consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política. En materia mercantil su trascendencia la remarca el artículo 871, que exige su aplicación en la celebración y ejecución de los contratos.*

*En el marco de los deberes de los administradores de sociedades, la ley erige la buena fe como un deber fiduciario autónomo, que corresponde, según lo ha destacado la Superintendencia de Sociedades en una de sus Circulares Externas, que es de carácter administrativo y no jurisdiccional, a que “los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad, y de los negocios que ésta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande”. En los términos expuestos, se entiende, y ello es natural, que el deber de buena fe para los sujetos que ejercen la administración de una sociedad, se condensa en la conciencia de que han de obrar de manera recta y honrada ante los socios y ante los terceros que*

<sup>34</sup> Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 100-006 26 de marzo de 2008.

*se relacionan con la sociedad en el giro cotidiano de los negocios. El deber de buena fe, en otros términos, ajusta el comportamiento del administrador a las exigencias no solo formales para el desempeño de las obligaciones legales y contractuales, o para la concreción de un vínculo jurídico (verbigracia contrato), sino que impone, además, y ello es esencial, honestidad de intención en su proceder, esto es, libre de malas artes o subterfugios.*

*Lo dicho concuerda con el entendimiento que al mencionado principio da la doctrina extranjera, al exponer que “[L]a buena fe constituye un principio informador del ordenamiento jurídico y exige el rechazo de todas aquellas actitudes que no se ajusten a los parámetros de la honradez y de la justicia. En su perfil positivo, a su vez, identifica aquel modelo de conducta que socialmente es considerado honesto y adecuado, conforme a unas reglas y valores que la conciencia social impone al tráfico jurídico”.*

*2.2.2. Deber de lealtad: aunque emparentado con el deber de obrar de buena fe, en el contexto de la taxonomía de los deberes, el de lealtad tiene entidad propia, que consiste en el desempeño del cargo de administrador como un representante leal o fiel, que implica que en desarrollo de las facultades que le son propias, no las utilice para fines que son distintos para los que han sido otorgadas. Además, el deber de lealtad acarrea guardar secreto sobre los asuntos propios de su cargo, con las salvedades propias producto de lo establecido en la ley y de lo ordenado por autoridades judiciales o administrativas. Consustancial también a este deber de fidelidad, es la adopción del representante de todas aquellas medidas indispensables para que no se den situaciones estructurantes de conflictos de intereses.*

*En la ya citada Circular Externa de la Superintendencia de Sociedades, se apunta, brevemente, que el deber de lealtad consiste en “el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de sus intereses se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios”.*

*De manera que, con el deber de lealtad, los directores deben, principalmente, trabajar con la mira puesta en el mejor interés de la sociedad, y trazar una línea demarcatoria que separe sus intereses personales de los intereses de la compañía, caso, por ejemplo, como el de utilizar el nombre ella en búsqueda de su beneficio particular.*

*2.2.3. Deber de diligencia de un buen hombre de negocios: La connotación que destaca este deber, es que se trata de una obligación general, cuya satisfacción no exige una conducta concreta, sino la adecuación de las tareas o compromisos propios del administrador, con arreglo a un estándar o modelo de comportamiento específico, esto es, el de un “buen hombre de negocios”, diferente, como ya se dijo, al patrón medio para evaluar la conducta en el derecho común, referido al buen padre de familia.*

*La ley, de esta manera, entiende que no es posible detallar cada uno de los supuestos necesarios para reputar el actuar de un administrador como de diligente, habida cuenta de las innumerables situaciones a las que se ve enfrentado quien está a cargo de los destinos de una compañía.*

*Por lo mismo, se ha señalado que el deber de diligencia resultar ser, en últimas, una cláusula residual que incorpora un patrón de comportamiento, al que han de ajustar su desempeño los administradores, so pena de verse incurso ante un eventual reclamo de responsabilidad patrimonial.*

*Ese patrón o modelo de comportamiento que marca cómo ha de ser o de qué manera puede evaluarse si un acto de administración fue diligente o no, es en palabras de la ley, el de un “buen hombre de negocios”, frase que encierra la consagración de una diligencia superior a la del hombre medio, valga anotar, la de un profesional en el manejo de los asuntos de la empresa, pues, el legislador no se limitó a exigir el actuar*

que tiene cualquier negociante en el desempeño de sus responsabilidades, sino aquél que es característico de los “buenos hombres de negocios”.

En relación con ese deber, atinó la Superintendencia de Sociedades a indicar, en la ya citada Circular Externa, que ahí se está en presencia de un claro deber profesional, connatural al de “un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma siempre esté adecuada a la ley y los estatutos, **lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa**” (énfasis a propósito).

Es decir, en otros términos, que el administrador en relación con las obligaciones legales, estatutarias y contractuales que asume en razón de su cargo de representación y gestión, ha de ser visto como un deudor de carácter cualificado, cuya diligencia ha de ir más allá que la empleada de ordinario por una persona promedio en sus negocios, porque, se reitera, se trata de un deber o diligencia **profesional**, que como bien lo apunta la doctrina extranjera autorizada, “consistirá en una mayor previsión y prudencia en las actuaciones, al igual que una actitud distinta ante las situaciones planteadas, una actitud que manifiesta una superior iniciativa y capacidad técnica”<sup>35</sup> (Las subrayas y las negrillas son propias)

Respecto de la responsabilidad en que incurren los administradores en el ejercicio de sus funciones consideró la Corte Constitucional en sentencia C-123 de 2006 lo siguiente:

“Puede concluir la Corte, que en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad”<sup>36</sup>.

A la par del establecimiento de los deberes de los administradores, la Ley 222 de 1995 consagró la acción de responsabilidad en contra de estos, como el mecanismo idóneo para obtener la indemnización de los perjuicios que estos hubiesen podido causar por culpa o dolo a la sociedad, a los socios o a terceros, en desarrollo de sus funciones.

El artículo 200 del Código de Comercio regula lo concerniente a la acción de responsabilidad contra los administradores, así:

**“Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.**

*No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.*

**En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.**

*De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en*

<sup>35</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC2749-2021 del 7 de julio de 2021. M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo. Radicado: 08001-31-03-005-2012-00109-01.

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-123 del 22 de febrero de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5936. 2006.

*el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.*

*Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.*

*Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”. (Las subrayas son propias)*

Se trata de una acción de responsabilidad civil especial, derivada del contrato social y de la actuación de sus administradores, basada por regla general en un criterio subjetivo, toda vez que el administrador en principio sólo responde por los perjuicios que cause a los accionistas, a la sociedad o a terceros por actuaciones dolosas o culposas; estableciéndose en dicho régimen una presunción de culpa para los eventos en que: i) exista incumplimiento o extralimitación de las funciones, violación de la ley o de los estatutos; o ii) los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha referido a las características de esta acción indemnizatoria, así:

*“E]s dable visualizar que el legislador, además de la responsabilidad contractual fincada en el negocio jurídico que da origen a las sociedades comerciales y que vincula por igual a quienes lo celebran, estableció un régimen particular de responsabilidad en relación con sus administradores, que opera sólo respecto de ellos, nada más que en su condición de tales, y como consecuencia de las acciones u omisiones en que, mediando dolo o culpa, incurran al desempeñar dicha función, en razón del cual aquéllos deben responder por los perjuicios que ocasionen a la sociedad, sus socios o terceros, régimen que, cuando el administrador es una persona jurídica, se extiende solidariamente a su representante legal. Sin duda, se trata de un régimen especial de responsabilidad civil cuyo propósito es brindarle a sus beneficiarios un mecanismo particular de reparación frente a las actuaciones de los administradores que afecten ilegítimamente sus derechos, y que, por sus características, no puede, ni debe confundirse con la estrictamente contractual -derivada de los conflictos que puedan presentarse entre los socios y la sociedad o de aquellos entre sí-, toda vez que dicha acción fue concebida como un instrumento adicional a ésta y porque la única razón de ser de la primera es el mandato expreso del legislador -que se activa por el contrato social y la actuación de los administradores-, lo que significa que su configuración y su efectiva aplicación, en ningún caso, depende de la mera voluntad expresada en el contrato social, al punto que, como ya se transcribió, en el inciso final del artículo 200 del Código de Comercio se dispuso que '[s]e tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos'. En este orden de ideas, se debe destacar que las notas más significativas de la responsabilidad de que se trata y que, por lo tanto, permiten identificar su genuina naturaleza jurídica son las siguientes: se trata de un régimen particular de responsabilidad civil derivado del contrato social y de la actuación de sus administradores; los sujetos que en ella participan están definidos en la ley, en tanto que los titulares de la correspondiente pretensión resarcitoria son solamente la sociedad, los socios y los terceros con interés legítimo, mientras que los llamados a resistirla son quienes ostenten la calidad de administradores de la correspondiente persona jurídica, independientemente de que concurra en ellos la condición de socios; se deriva, exclusivamente, de los actos dolosos o culposos que éstos cometan en desarrollo de la administración que ejerzan, es decir, que el factor de atribución de la responsabilidad es de naturaleza subjetiva; en los supuestos de 'incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o*

de los estatutos' y de que los administradores 'hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia', se presume su culpabilidad; y, en virtud de dicho sistema, los administradores están llamados a responder en forma personal, autónoma e ilimitada, esto es, con total independencia de la responsabilidad que como consecuencia de esos mismos actos pueda desprenderse para la sociedad, como persona jurídica independiente tanto de sus socios como de sus administradores<sup>37</sup>. (Subrayas fuera del texto original).

La acción de responsabilidad en contra de los administradores puede ser de naturaleza social, cuando es ejercida por la sociedad en razón de los perjuicios sufridos de manera directa por esta; o individual, en los casos en que la formulen los accionistas o los terceros afectados. Pero, en todo caso, ambas acciones se encuentran soportadas en los mismos presupuestos.

Ello fue explicado de manera diáfana por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia C2749-2021 del 7 de julio de 2021, así:

*“En el régimen especial que estatuye la Ley 222 de 1995, se conciben dos acciones indemnizatorias, a saber: La acción individual de responsabilidad que busca el resarcimiento del patrimonio individual del demandante (acreedor o socio, v.g.), y la acción social de responsabilidad que tiene por objeto el resarcimiento del patrimonio social. Esta última, en otros términos, opera cuando el obrar ilícito del administrador ha perjudicado de manera directa a la sociedad, produciendo un quebranto en su patrimonio*

*Los presupuestos de una y otra, en líneas generales, son los mismos, y lo que las distingue es la finalidad que se persigue con cada una de las acciones, y los sujetos legitimados para proponerlas*<sup>38</sup>.

En coherencia con lo expuesto, las pautas que deben tenerse en cuenta para analizar la prosperidad de la pretensión indemnizatoria que se esgrime con base en el régimen de responsabilidad de los administradores, son las siguientes:

*“Para tales fines, deberán observarse las siguientes pautas:*

*(a) La legitimación en la causa por activa está en cabeza de los socios o terceros afectados por la negligencia o incuria del liquidador;*

*(b) el legitimado por pasiva será el encargado de adelantar el proceso de extinción de la sociedad;*

*(c) la causa petendi debe estar referida a la desatención de los deberes legales o estatutarios, como una forma de cuestionar las actuaciones del liquidador (cfr. CSJ, SC, 5 ag. 2013, exp n° 2004-00103-01);*

*(d) la pretensión es eminentemente resarcitoria y comprometerá el patrimonio personal del encargado de la liquidación;*

*(e) Corresponde al interesado demostrar el daño, su cuantía, así como la conexión entre éste y el actuar ilegal del liquidador; y*

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2011. Radicado: 2002-00007-01. Reiterada en SC2476-2019.

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC2749-2021 del 7 de julio de 2021.. M.P. Dr. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO. Radicado No. 08001-31-03-005-2012-00109-01

(f) *la responsabilidad es solidaria e ilimitada entre los liquidadores*<sup>39</sup>.

Finalmente se resalta que, al tratarse la acción de responsabilidad contra los administradores de un tipo de responsabilidad civil, es menester que la parte reclamante acredite, para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria formulada en contra del administrador los presupuestos generales de la responsabilidad civil, a saber: *“el incumplimiento, el daño y el nexo causal entre el actuar y los perjuicios reclamados”*<sup>40</sup>.

## VII. SOBRE LOS HECHOS DEMOSTRADOS EN EL PROCESO. VALORACIÓN PROBATORIA

Para efectos de adoptar la decisión el Tribunal tendrá en cuenta la totalidad de las pruebas decretadas y practicadas en el proceso, a las cuales se hizo referencia en los numerales 3.4.18.1 a 3.4.20.7.

Sobre las pruebas decretadas y practicadas, y los hechos demostrados, el Tribunal efectúa el siguiente análisis:

### 7.1. La sociedad Cardioestudio

Se acreditó en el proceso que la sociedad Cardioestudio fue constituida mediante la escritura pública No. 284 del 12 de febrero de 1992 de la Notaría Séptima del Círculo de Medellín como una sociedad de responsabilidad limitada (certificado de existencia y representación legal de la sociedad).

Los socios iniciales fueron Jorge Hernán Herrera Márquez con una participación de un 50%, Luz Stella Ortiz Franco con un 25% y Rafael Ignacio Castaño con un 25%.

La sociedad fue constituida con la finalidad de la prestación de servicios médicos, y en particular cardiológicos, y de propiciar que los doctores Herrera Márquez y Castaño Hincapié ejercieran su profesión como cardiólogos. Quedó acreditado que los servicios profesionales del doctor el doctor Herrera Márquez se han prestado para Cardioestudio (certificado de existencia y representación legal de la sociedad en concordancia con los interrogatorios absueltos por las partes).

El objeto de la sociedad fue delimitado de la siguiente forma: *“la sociedad tendrá como objeto principal la prestación de servicios de salud y la inversión, diseño y proyección de actividades que estén directa o indirectamente relacionadas con la prestación de servicios profesionales en el campo de la medicina y la tecnología médica, en todas y cada una de las ramas y especialidades médicas”* (certificado de existencia y representación legal de la sociedad y estatutos de esta) .

En Junta de Socios llevada a cabo el 16 de diciembre de 2013, documentada en el Acta No. 82 incorporada al proceso, se aprobó por unanimidad la transformación de Cardioestudio en una sociedad por acciones simplificada, con la denominación *“CARDIOESTUDIO S.A.S.”*.

<sup>39</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC19300-2017 del 21 de noviembre de 2017. M.P. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicado 11001-31-03-025-2009-00347-01.

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC19300-2017 del 21 de noviembre de 2017. M.P. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicado 11001-31-03-025-2009-00347-01.

En el Acta No. 82 se dejó consignado que la composición accionaria de la sociedad quedaba estructurada de la siguiente forma:

Jorge Hernán Herrera con 141.966 acciones con un porcentaje del 50%.

Rafael Ignacio Castaño con 70.983 acciones con un porcentaje del 25%.

Luz Stella Ortiz Franco con 70.983 acciones con un porcentaje del 25%.

En los estatutos societarios, aprobados en la sesión de Junta de Socios referida se estableció que: i) la sociedad tendría un término de duración indefinido (artículo 3°.); ii) *“todos los títulos de capital emitidos pertenecen a la misma clase de acciones ordinarias”* correspondiéndole a cada acción un voto en las decisiones de la Asamblea General de Accionistas (artículo 7°.); iii) *“las acciones son nominativas, ordinarias y de capital”* (artículo 11°.); iv) los órganos sociales serían *“una Asamblea General de Accionistas y dos Gerentes que serán a su vez representantes legales”* (artículo 27°.); *“La representación Legal de la compañía en juicio y extrajudicialmente y la administración de los negocios estará a cargo de dos Gerentes, personas naturales o jurídicas, accionistas o no, quienes podrán obrar independientemente dentro del límite de sus funciones”* (artículo 40°.).

En la misma sesión de Junta de Socios se decidió que *“El revisor fiscal y su suplente así como los Gerentes Luz Stella Ortiz Franco y Jorge Hernán Herrera Márquez continúan en sus cargos, hasta pronunciamiento diferente del órgano societario correspondiente.”*

Como gerentes de la sociedad demandada han fungido de manera simultánea, por lo menos formalmente, el señor Jorge Hernán Herrera y la señora Luz Stella Ortiz, como lo demuestra el certificado de existencia y representación legal de Cardioestudio, y como lo reconocieron el demandante y la señora Ortiz Franco al absolver interrogatorio de parte.

Las pruebas aportadas, y en particular el interrogatorio de parte rendido por el convocante y por la señora Ortiz Franco, acreditan que el rol principal como gerente ha sido ejercido por esta desde el año 2002.

La prueba documental -en particular los chats incorporados como prueba, y que no fueron desconocidos ni tachados- dan cuenta de que el demandante ha estado al tanto de la administración de la sociedad.

También se demostró que la señora Luz Stella Ortiz Franco le cedió en el año 2014 sus acciones a su cónyuge Rafael Ignacio Castaño, quedando la sociedad en una situación de paridad entre dos socios (el señor Castaño Hincapié con un 50% y el señor Herrera Márquez con un 50%). Así lo acredita el libro de accionistas incorporado como prueba.

Se destaca que no existe norma expresa en los estatutos de Cardioestudio que les atribuya a los socios el derecho a trabajar en la sociedad.

## **7.2. El contrato de prestación de servicios celebrado entre el convocante y la sociedad convocada.**

Es un hecho aceptado por las partes que los doctores Jorge Hernán Herrera y Rafael Ignacio Castaño son cardiólogos, y que desde los inicios de la sociedad le han prestado

sus servicios profesionales a Cardioestudio en el área de la cardiología, realizando exámenes como eco dopplers, pruebas de esfuerzo, Holter Mapa y EKG.

En el proceso se demostró que los doctores Castaño Hincapié y Herrera Márquez tienen celebrados con la sociedad sendos contratos de prestación de servicios para “*prestar los servicios propios de su profesión*”.

En el caso del convocante, el contrato de prestación de servicios aportado al proceso data del 1º de abril de 2002. De dicho contrato se destacan las siguientes cláusulas:

**“PRIMERA: OBJETO. EL ESPECIALISTA se compromete para con LA ENTIDAD a prestar los servicios propios de su profesión, bajo la modalidad de evento.**

**SEGUNDA: SITIO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO.** *Los servicios objeto del presente contrato, los prestará EL ESPECIALISTA en las instalaciones de LA ENTIDAD, en los horarios establecidos por mutuo acuerdo entre las partes y de acuerdo a la programación de una agenda de pacientes.*

**(...) SEXTA: OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD.**

a). *Cancelar al ESPECIALISTA el valor de las facturas de conformidad con lo dispuesto en el presente contrato.*

b). *Garantizar y facilitar al ESPECIALISTA, instalaciones adecuadas, personal de planta, elementos y materiales necesarios para prestar en forma adecuada los servicios que se contratan.*

**(...) DECIMA: VIGENCIA DEL CONTRATO.** *El presente contrato tendrá una duración de un año a partir de su firma. El contrato podrá prorrogarse en forma automática por el mismo periodo, salvo que una de las partes manifieste a la otra lo contrario en forma escrita y con una antelación no inferior a 30 días hábiles.*

**(...) DÉCIMA SEGUNDA: RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO.** *El presente contrato es de naturaleza civil, de tal manera que el ESPECIALISTA prestara los servicios con plena autonomía e independencia, salvo lo dispuesto en sentido contrario en este contrato. En ningún caso surgirá relación laboral entre LA ENTIDAD Y EL ESPECIALISTA”.*

Lo hasta aquí expuesto, evidencia que en el caso del convocante (como igualmente ocurre en el caso del señor Castaño Hincapié) existen dos relaciones jurídicas vinculadas, pero diferentes, a saber: i) la relación societaria; y ii) el contrato de prestación de servicios celebrado con la sociedad Cardioestudio.

Ello resulta trascendente, puesto que el Tribunal está habilitado para juzgar la controversia derivada del vínculo societario del demandante, más no para determinar si el contrato de prestación de servicios se ha incumplido. Lo anterior, teniendo en cuenta el alcance de la cláusula compromisoria invocada y la forma como fue planteado el litigio.

### 7.3. La génesis del conflicto

La delimitación de los hechos objeto de la controversia y la prueba practicada en el proceso (especialmente los interrogatorios de parte) permiten afirmar que tanto la relación societaria, como la derivada del contrato de prestación de servicios antes relacionado, transcurrieron sin conflictos relevantes o significativos hasta el momento en que se presentó la pandemia generada por el Covid 19 en el mes de marzo de 2020.

La pandemia conllevó a que se redujeran sustancialmente los servicios médicos que presta Cardioestudio y a que tanto el doctor Castaño Hincapié como el doctor Herrera Márquez se aislaran preventivamente y dejaran de prestarle sus servicios a la sociedad.

En el caso del demandante, su aislamiento tuvo carácter obligatorio, por ser persona mayor de 70 años de edad, de conformidad con la Resolución 464 del 18 de marzo de 2020 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social (incorporada como prueba al proceso).

Este conflicto tiene su génesis en las decisiones que adoptó la señora Luz Stella Ortiz, como gerente de Cardioestudio, en razón de la pandemia; decisiones que se tradujeron, fundamentalmente en: i) la suspensión inicial de la prestación de servicios por parte de los socios; ii) la contratación de nuevos cardiólogos para la sede de la sociedad en la ciudad de Medellín; iii) la decisión de que los doctores Castaño Hincapié y Herrera Márquez prestaran sus servicios en la sede de Apartadó, y no en la sede de Medellín; iv) la decisión del doctor Herrera Márquez de no ir físicamente a la sede de Apartadó, y su solicitud -no atendida- de ser tenido en cuenta para prestar sus servicios en la sede de Medellín; y v) que el doctor Herrera Márquez sólo viene efectuando lecturas de exámenes Holter, mapa y electro correspondientes a la sede de Cardioestudio en el municipio de Apartadó.

Dichas decisiones marcaron una línea administrativa diferente, pues con antelación a la pandemia existía una distribución equitativa del tiempo de servicio de cada socio, el uno prestando el servicio en las horas de la mañana y el otro en las horas de la tarde; ambos en la sede de Cardioestudio en la ciudad de Medellín, tal como lo acredita el interrogatorio de parte absuelto por el doctor Castaño Hincapié, así como la prueba testimonial (especialmente la declaración de Lina María Correa), a la que se hará referencia específica en un acápite posterior.

Para entender el origen del conflicto, su evolución y la posición de las partes en relación con aquel, resultan especialmente importantes los interrogatorios absueltos por aquellas.

De la declaración rendida por el demandante en el interrogatorio absuelto a instancia de la parte convocada y en virtud de la declaración de parte solicitada por la parte demandante, se destacan los siguientes apartes:

*“Entonces ahí se hizo mucho más agudo porque yo venía leyendo exámenes. Tuve que parar. Cardioestudio paró digamos dos meses de hacer eco porque no había forma de hacer presencial porque el riesgo que había, los pacientes no asistían. Bueno. Pero empezaron a colocar exámenes como donde no tienen que estar uno que los podemos leer remoto como los Holter de monitoreo de presión y los electros entonces el eco como es presencial no los estaba haciendo porque yo tengo el paciente aquí y yo estoy aquí, la cara mía contra la del paciente. Entonces había un riesgo, yo no podía trabajar todavía pero sí podía leer otros exámenes. Cuando vi que no me volvieron a asignar exámenes. No asignaron. Entonces yo le dije a Luz Estela, Luz Estela qué pasó que no tengo Holter, ni monitoreo. Ah no, es que yo tengo que defender la sociedad y tengo que defender a los médicos que están trabajando, a los cardiólogos que trabajan los tengo que estimular, entonces les estoy asignando a ellos esos exámenes y a vos no te vamos asignar nada porque vos no estas yendo allá a trabajar. Entonces yo le dije, pero es que yo puedo leer exámenes pues es que fíjate que hasta el mismo Gobierno Nacional no me deja ir. No, porque es que si ellos se deterioran en sus ingresos de pronto se pueden retirar y conseguir cardiólogos es muy difícil y entonces no, no te vamos asignar nada. Acabas de vender las acciones de la Clínica La Vegas ahí tenés unos ahorros, gástatelos. Le dije, pero es que yo puedo leer y son mis ahorros yo veré qué hago con ellos y son*

*del trabajo de 30 años. Y sobre todo que no está en riesgo la sociedad, a mí me parece que no está en riesgo, ella tiene la teoría de que conseguir los cardiólogos es muy difícil. Pero un cardiólogo y está certificado por el contador, trabajando medio tiempo en un año se gana hasta 500 millones de pesos allá. Entonces yo creo que hay muchos Doctores en la ciudad y en el resto del país que pueden venir a Cardioestudio a trabajar y se han ido consiguiendo.*

*Entonces.... Pero ella siguió con esa política. Hablamos mucho telefónicamente porque en esa época pues no se podía hacer nada presencial. Hablamos mucho, conversaciones de hasta de 1 hora. No y no y no. Yo estoy defendiendo a Cardioestudio. La supervivencia de la empresa entonces no podés hacer exámenes. Luz Estela pero el Holter... No, que los Doctores que estén allá estén muy bien y que les vaya muy bien y entonces no podés trabajar.*

*Entonces no pude nunca que ella cambiara de actitud. Siguió igual. Ha seguido igual. Eso nos tiene por aquí también. Y hemos hecho 4 asambleas en todo el transcurso de este tiempo, 2020, 2021, 2022 no hemos podido llegar a un punto donde haya un cambio en ese sentido y entonces sigo igual. Y con un perjuicio económico muy grande.*

*(...) Eso es lo que yo le he estado pidiendo a la señora Luz Estela que me asignen ecos. Y que me asignen ecos porque me preocupa mucho en este momento, el día de ayer, los ecos están a 65 días los de EPS. Los Holter están a 60 días también. Entonces yo decía, vea yo hago ecos, díganme en qué momento cuando un Doctor no vaya a ir, cuando este de vacaciones, cuando este incapacitado, díganme en qué ratico de la semana yo puedo ir y yo hago 4 exámenes, 5 exámenes, yo no pido un número de exámenes. Pido que me dejen hacer para que la oportunidad se mejore. Además yo trabajo pero también a Cardioestudio me preocupa que tenga esas citas tan largas. Cierto. Entonces yo pedía que.... Hacer eso. No. Estamos en esa dificultad.*

*(...) Doctor, siempre ha habido cosas de conflicto de intereses, de decisiones que no son tan... O como que ve uno que no hay la equidad que debería haber. Cierto. Por el bien de la sociedad y por no tener conflictos, yo también he tratado como de tolerar o dejar llevar algunas cosas. Pero ya a nivel... Con el momento de la pandemia, eso se hizo ya más intenso donde mis derechos empezaron a ser pues maltratados. Como es una cosa grave que se da contra el socio. Y entonces ahí se hizo más evidente todo esto. Y además con todas las veces que tratamos de hablar, de conciliar, de buscarle una salida a esto, ella siempre me hablaba de que no hay Doctores, de que hay que ayudarlo a los que estén ahí, que estén muy bien para que no se vayan. Entonces.... Pero cuando yo me ofrecí a prestar servicios, ya me dijeron que no”.*

Por su parte, y con respecto al origen del conflicto, el doctor Castaño Hincapié explicó en su declaración al absolver interrogatorio de parte:

*“Pues después de muchos años y de largos años de trabajo y de una convivencia yo digo sana porque en todas las relaciones pueden haber algunas diferencias que uno con el tiempo va como limando o arreglándose y que no tienen ningún problema en la continuidad de la empresa o de la Institución. Este conflicto se inicia básicamente a raíz de la pandemia. Yo creo que antes pues no había en ningún momento ningún conflicto que realmente ameritara un problema tal cual al que hemos llegado a este momento. Yo creo que la pandemia fue el disparador clave del origen de este conflicto”.*

Al ser inquirido por las situaciones que habrían impedido resolver el conflicto expuso:

*“Ha impedido que nosotros vemos no solamente desde antes de la pandemia tener unas ideas de renovación de la empresa en la institución que se venían dando a partir de lo que yo estaba haciendo y yo estaba generando, dándole cabida a otros médicos que entraran a la institución de parte mía, ocupando el tiempo que yo ejercía, parte de mi tiempo que ejercía. En la pandemia se vio que este talento humano que ya estaba*

*trabajando con nosotros que era un talento humano joven con necesidades no solamente en la parte económica que es la más importante que originó esta pandemia pues debíamos mostrar o por lo menos en mi caso yo como accionista debía mostrar una voluntad que yo la llamo no retiro voluntario, sino un retiro solidario. Yo la llamo un retiro solidario. Debíamos afrontar que este talento humano por el cual nos habíamos esforzado debía permanecer en la entidad, seguir en la entidad, tratar de que se preservaran todos los puestos en la entidad. De hecho, nadie salió de la entidad por causa de la pandemia como tal, pueden haber salido por causas externas, pero no porque realmente le hayamos dicho que se tengan que ir, sino siempre conservando la integridad de la empresa y siendo solidario pues lógicamente llegó un momento en que el Doctor Herrera no le gustó. Y eso es una decisión expresada por él. Nadie puede decir, es que él tiene que pensar como yo pienso, no. Pero si yo pienso en forma solidaria y yo pienso que yo debo hacer un retiro voluntario y solidario pues yo tengo el derecho a expresarlo. Cómo lo expreso. Lo expreso en una voluntad que tengo de un voto en el cual yo expreso cuál es mi decisión al respecto. Eso como digo yo, no es considerar que yo tenga abuso de mi derecho al voto. Y hago uso de un derecho solidario y a un derecho de que en la empresa siga trabajando gente que está acompañándonos desde un principio y siempre pensando en una parte no solamente sostenible al momento, en el momento de crisis sino a futuro dándole una renovación que yo voy dándole desde el punto de vista generacional”.*

De otro lado, la señora Luz Stella Ortiz Franco, quien absolvió interrogatorio de parte en nombre propio y en representación de la sociedad Cardioestudio, expuso sobre el origen del conflicto y especialmente sobre las decisiones administrativas que adoptó como gerente en razón de la situación generada por la pandemia:

*“O sea, nosotros no habíamos tenido problemas, creo que dice en la demanda, hasta múltiples problemas. No. O sea, siempre las decisiones eran conversadas común y corriente; uno decía tal cosa, a veces quedaba en un Acta. Pero todo había sido conversado. Ya otra cosa es que por la misma pandemia se presentaron, se tuvieron que tomar decisiones con el fin de salvar la empresa pues ponerla sostenible.”*

*(...) Cerramos para todo paciente ambulatorio, excepto los hospitalizados de la Clínica Las Vegas y los pacientes que tenían comorbilidades que había que ser prioritarios. Pero era muy poco. Entonces como era muy poco pues los médicos no podían ir a trabajar porque no había trabajo. Entonces se turnaban, los que atendían pacientes hospitalizado y una que otra ambulatoria. Las salas eran vacías. Cierto. Entonces ellos estaban muy preocupados porque empezaron a ganar muy poco dinero. Y a pesar de que al mes larguito empezamos a abrir los servicios pues la gente no asistía a los servicios ambulatorios porque por todos lados les decían, no vaya a una clínica, no vaya a un hospital, evite ir. Cierto. Entonces los volúmenes eran nada. Y al ver la preocupación de los médicos y las quejas.... Un médico que facturaba 30 millones, va a facturar en un mes 1 millón. Entonces yo dije, bueno hay que hacer algo, es parte de la solidaridad de nosotros como empresa y los socios que empezando con ellos que ellos se retiraron inmediatamente y no están yendo presencial ninguno de los socios porque eso en una de las actas digo yo, si fuera por los socios esta empresa no hubiera seguido. Por qué. Porque los terceros fueron los que sí se quedaron trabajando. Los socios, no. Entonces ahí se da uno cuenta la necesidad que tiene uno de tener recurso y conservar ese recurso humano de terceros, no de los socios, empezando porque tiene que haber también un cambio generacional. Yo no me voy a perpetuar en ningún cargo.*

*Y entonces tomé la decisión, le conté a Rafael Ignacio, llame a Jorge Herrera y le dije que iba a tomar esa decisión, de.... O sea, ellos no estaban yendo hacer ecos y los pocos Holter y Mapa que tenían tanto de Apartadó como de Medellín se los iba a asignar a estos médicos para tener mayores ingresos. Fuera de eso en la ciudad hay una escasez impresionante de especialistas en ecocardiografía y cardiólogos también y sobre todo de ecocardiografistas que es el fuerte de nosotros, por todos lados ellos mismos contaban que les estaban llegando ofertas de trabajo de todas partes. Entonces me*

*mostraban hasta las tarifas que estaban pagando por eco, me mostraban todo. Y yo tenía que empezarles a mejorar el ingreso. Cierto. Uno tiene unas tarifas pactadas con una aseguradora que en este caso es Sura que la tarifa es bajita y por lo tanto el honorario es un porcentaje de esa tarifa. Entonces la forma que uno tiene para mejorar el ingreso y hasta es compartido con la aseguradora.... Con Sura, miren lo que usted me está pagando, mire los honorarios médicos que le están pagando.... Que le estoy pagando yo a los médicos, cómo mejoro yo ese honorario, a través de los volúmenes de Holter y monitores de presión que me mandan, con eso yo mejoro el ingreso del médico. Entonces yo tengo mis cálculos para saber, este médico trabaja tantas horas, lee más o menos tantos exámenes, entonces quiero saber, a pesar de que Holter y Mapa trabaja pero por el solo hecho de dedicarse a la ecocardiografía estos volúmenes, este trabajo a este médico en realidad se está ganando tanta plata por hora. Cierto. Entonces así nos volvemos competitivos en la ciudad para que estos médicos trabajen con nosotros. Y así he contratado más médicos. Con nosotros empezó durante la pandemia a trabajar el Doctor Ochoa y a finales... Y en julio empezaron a trabajar dos cardiólogas adicionales, la Doctor Múnera y la Doctora Luz Amanda Ocampo. Una forma de contratación es decirle. Porque a mí me lo reclaman. Es que usted cobra muy barato una ecocardiografía. Sí, pero yo te mejor el ingreso con los Holter y Mapa. Y en realidad ha sido así.*

*Entonces en este momento estoy contratando dos médicos cardiólogos clínicos. Y cuando van a trabajar, cuánto va a ganar. Cierto. Y con base en eso yo les mandó un cuadro y les digo, usted va a trabajar tantas horas. Por las horas que usted dedica a Cardioestudio en forma presencial se le va a mejorar y le va quedar tanto el valor hora por los honorarios que va trabajar. Entonces es la forma que nosotros hemos ido atrayendo especialistas. Y fuera de eso los mismos médicos dicen, es la IPS de Cardiología no invasiva que más cardiólogos subespecialistas en cardiología tiene la ciudad. Entonces es una forma de retención del talento y de la renovación también del talento. Porque este tipo de empresas, no es lo mismo, la mano de obra es el médico y es una mano de obra altamente especializada, costosa y escasa.*

*Entonces Cardioestudio tiene que ser demasiado competitivo para conservación de ese recurso humano. Entonces eso es lo que estamos tratando de hacer. Hacer una empresa sostenible en el tiempo con un recurso humano bueno, especializado porque si yo no lo cuido, no vendo. Y ellos son los que me generan los ingresos. No es lo mismo que yo tener un operario haciendo pantalones que lo puedo cambiar fácilmente a mano de obra tan especializada. Entonces la columna vertebral y así lo he entendido siempre en esta empresa, es el recurso humano especializado. Y por eso yo a los médicos les facilito en la parte administrativa todo el trabajo. Y la concepción de trabajo de nosotros es facilitarles mucho trabajo a los médicos. Aquí vinimos a trabajar bueno. Que todo funcione bien. Que todo lo tengan listo. Que sea fluido el trabajo. Que somos receptivos ante lo que ellos dicen. Les facilitamos todo.*

*(...) Entonces si uno se compromete a dar un volumen de estudio pues me deja a mi amarrada para poder contratar el recurso médico que nosotros necesitamos. Entonces la estrategia se derrumba. O sea, a una Gerente que se le pide, una sostenibilidad de la empresa. Si yo no tengo recurso humano no puedo ser sostenible. Lo más importante aquí es entender que es un recurso humano escaso, costoso y pues escaso. Entonces es muy complicado.*

*Y qué pasa. Yo tengo que empezar a renovar la planta de personal. O sea, si a uno lo nombran de Gerente, usted es responsable de las decisiones que toma como empresa, la sostenibilidad. Es que yo no soy sostenible.... Sostenibilidad no es nada más para los accionistas. O sea, cuando empezó esta sociedad esta sociedad era el sitio de trabajo de dos socios. Pero fue creciendo. Y fue contratando más personal médico y fue contratando personal asistencial pues en la parte médica y en la parte administrativa. Entonces Cardioestudio en este momento estamos hablando de una planta casi de personal por nomina, casi de 60 personas y más de 18 médicos especialistas, mas Cardioestudio Zona Franca. Entonces ya la responsabilidad social no es solo con los*

*accionistas. O sea, la sostenibilidad la tengo que buscar yo porque hay demasiadas partes de interés, está fuera de los accionistas, está los empleados, están los contratistas por prestación de servicio que son los médicos, está los proveedores y si debo plata a las entidades. Entonces yo tengo que ser sostenible en todos los aspectos. Entonces la sostenibilidad es conservar el recurso humano que tengo, así le doy sostenibilidad.*

*O sea, para cumplir una exigencia de un socio para que el de trabajo, pues yo no lo veo lógico porque se desbarata toda la estrategia para atraer recurso humano a la institución”.*

Sobre la estrategia concebida por la gerente para el manejo del recurso humano, y que llevó a que se redujeran los servicios del doctor Herrera, indicó la señora Luz Stella Ortiz al absolver el interrogatorio de parte:

*“... A ver puede no ponerla en peligro. Pero yo digo, o sea, yo no sé si meto la pata pues a decir eso. O sea, la estrategia de esta Gerencia es tener gente actualizada y renovar la parte.... Sabemos que el Doctor Jorge Herrera cumple 74 años ahora. Cierto. Entonces la estrategia es renovar. El Doctor Castaño no sale en este momento, aunque tiene muchos deseos de jubilarse porque yo no tengo con quién reemplazar al Doctor Castaño en Apartadó. Él no está haciendo estudios acá en Medellín. Y la idea de nosotros es tener gente joven realizando exámenes. Que vean renovación, conocimiento. Que muestren estudio. Pues a mí me dicen, usted qué prefiere, contratar una persona de 74 años o prefiere contratar una persona que acaba de salir de su especialización en ecocardiografía. Por qué. Porque esta persona de 74 años, no sé cuánto tiempo va a estar. En cambio, la de.... la que acaba de salir de ecocardiografía, es una persona más joven que pueda tener más trayectoria en la sociedad. Y si es un recurso humano escaso pues yo no me voy a ir a contratar el que más rápido va a salir, sino con el que me pueda quedar más tiempo en la sociedad.*

*Entonces esta sociedad.... El problema que tienen las sociedades médicas, es que los médicos tienen, piensan que por solo el hecho de ser socios y que no está establecido contractualmente por ningún lado, que tienen el derecho al trabajo. En la sociedad no tenemos derecho al trabajo. Pues los socios, no tienen el derecho.... En esta sociedad los socios no tienen el derecho al trabajo. Es por evento. Cierto. Aquí nunca se estableció contractualmente que por ser socios tenían derecho al trabajo. La cuestión es hacer una sociedad en el tiempo y que dure en el tiempo y que las decisiones que uno tome en el tiempo sean responsables para que sobreviva ahora, en mediano plazo y en largo plazo. Pero Jorge Herrera.... Yo empiezo a darle unos estudios a Jorge Herrera y qué es.... Entonces qué es lo que está. Esta es por uno o dos estudios por decir que está trabajando o quiere que la sociedad que es su patrimonio también se renueve. O sea, no quiere que su patrimonio se renueve. Yo pienso que la vida va evolucionando. Y la vida ha evolucionado tanto que nosotros en la pandemia teníamos una forma de trabajar y la pandemia nos hizo evolucionar a todo el mundo en la forma de trabajar, de tal forma que vimos que era mejor que los accionistas no trabajaran para la sobrevivencia de la empresa”.*

En la misma línea de las explicaciones brindadas en el interrogatorio de parte antes citado, en comunicación del 25 de marzo de 2021 dirigida al convocante, la señora Ortiz Franco le informó a este las razones por las cuales tomó la decisión de que los “accionistas no leyeran estudios en Medellín y Apartadó”. Al respecto le indicó:

1. *Cuando comenzó la pandemia los accionistas dejaron de ir en forma presencial para la prestación del servicio. Las ayudas diagnósticas se bajaron en forma significativa y para tratar de compensar en algo el ingreso de los especialistas que estaban trabajando en Cardioestudio Medellín y en las disponibilidades de la Clínica Las Vegas, yo, como Gerente, tomé la decisión de entregar el poco trabajo que se tenía, a los médicos que estaban de manera presencial. Es*

*importante resaltar que dentro de los compromisos con ellos se tiene determinado un número de ayudas diagnósticas para su lectura diaria.*

2. *La decisión anterior fue tomada con el fin de preservar a los médicos no accionistas, que son una mano de obra altamente especializada y escasa. Cardioestudio se da el lujo de tener en la ciudad un buen número de ellos y todos con la especialización en Ecocardiografía.*
3. *Con el fin de tener menos costos en hora médico Cardiólogo Clínico, se asigna a estos las lecturas de ayudas diagnósticas, lo que hace que se mejore el ingreso de los especialistas sin tener mayores costos.*
4. *En el momento tenemos especialistas comprometidos con Cardioestudio, que hace que podamos prestar los servicios en las Sedes de Medellín, Apartadó, en Cardioestudio Zona Franca y en la Clínica Las Vegas y hayamos podido seguir operando en estos tiempos de pandemia.*
5. *Durante todo el tiempo que he estado a cargo de la Gerencia de Cardioestudio hemos estado de acuerdo que para el crecimiento de la empresa debemos tener especialistas diferentes a los accionistas, que hace que la empresa perdure en el tiempo. Esto quedó demostrado en estos meses de pandemia. Bajo esta situación y bajo una visión compartida tomé la decisión.*

*En cuanto a la reforma del Código de Buen Gobierno esto se puede hacer, pero bajo una visión de accionista, no bajo la figura de prestador de servicios, porque se estaría bajo una visión corta para llevar a la sociedad a afrontar los retos venideros. Como usted bien lo dice regular las relaciones de los accionistas y los administradores, pero en beneficio común a las responsabilidades sociales que tiene la sociedad.*

*Quiero recordarle también que desde el mes de septiembre se comenzó a asignarle a los accionistas las ayudas diagnósticas de la sede de Apartadó y de Cardioestudio Zona Franca, las cuales tienen un valor mayor de honorarios y son distribuidas de la misma forma como se venía haciendo antes de la pandemia.*

*Como Gerente de esta sociedad debo tomar decisiones que ayuden a mantener el funcionamiento de la sociedad y la inversión de los accionistas y no el ingreso por trabajo de ellos.*

*Con relación al Código de Buen Gobierno, del cual hablamos en días pasados con los abogados, con el fin de tener una propuesta para su elaboración, la única preocupación al respecto manifestada por usted, fue la no entrega para su lectura de ayudas diagnósticas en Medellín. Tema que no lo veo claro para estar incluido en este documento”.*

En conclusión, el conflicto que dio lugar a este proceso, tiene como eje central los cambios de política administrativa trazados por la gerencia con respecto a la prestación de los servicios que presta la sociedad, tanto en lo que respecta a la participación de los doctores Herrera y Castaño, como al rol preponderante que se le ha asignado a los médicos especialistas externos, especialmente después de la pandemia.

#### **7.4. Sobre la modificación de las condiciones de prestación del servicio del demandante.**

Es un hecho indiscutible que las condiciones del demandante en relación con la prestación de sus servicios profesionales como cardiólogo a Cardioestudio se modificaron sustancialmente después de la pandemia; en primer lugar por las

restricciones generadas por esta, y en segundo lugar, por la nueva política administrativa trazada e implementada por la gerente.

Dichos cambios consistieron fundamentalmente en la no asignación de trabajo de la sede de Cardioestudio en Medellín y la asignación (lectura) de exámenes correspondientes a la sede de Apartadó.

Cambios que dieron lugar a inconformidades del demandante y a solicitudes reiteradas dirigidas por él a la gerente para que se le permitiera continuar prestando sus servicios, y de manera presencial, en la sede de Medellín.

Tales modificaciones en la prestación del servicio afectaron negativamente los honorarios percibidos por el doctor Herrera Márquez.

Tal hecho -afectación de los ingresos derivados del ejercicio de su profesión- encuentra respaldo en: i) el dictamen pericial de parte rendido por el contador Walter Hernán Álvarez Villegas; ii) la certificación remitida al Tribunal el 29 de abril de 2022 suscrita por la contadora Marta Yannet Duque Zuluaga, la cual fue aclarada el 5 de julio de 2022 en cuanto a los honorarios percibidos por el convocante durante el año 2019; iii) la respuesta dirigida al Tribunal el 28 de octubre de 2022 por el doctor Frank Mauricio Pineda Aguilar en respuesta a la solicitud de información requerida por el Árbitro, la cual fue complementada el 2 de diciembre de la misma anualidad; iv) los cuadros de estadísticas de exámenes y honorarios incorporados como pruebas; y v) el propio interrogatorio de parte absuelto por la señora Luz Stella Ortiz.

La prueba pericial demuestra, en relación con el punto que se analiza, que después de la pandemia: i) los honorarios del convocante se redujeron sustancialmente; ii) que su participación porcentual respecto de los demás cardiólogos que le han prestado servicios a la sociedad disminuyó, pasando del 16% en el año 2018 al 3% en el año 2021; y iii) que los honorarios que ha percibido el convocado doctor Rafael Ignacio Castaño después de la pandemia son superiores a los devengados por el demandante, a diferencia de lo que ocurría con antelación.

Así lo acreditan los siguientes cuadros que se extraen del dictamen pericial decretado como prueba, el cual se encuentra debidamente fundamentado, y al cual el Tribunal le da plena credibilidad:

HONORARIOS MÉDICOS AÑOS 2018-2019-2020 Y 2021									
PROFESIONAL		AÑO 2018		AÑO 2019		AÑO 2020		AÑO 2021	
		HONORARIOS	%	HONORARIOS	%	HONORARIOS	%	HONORARIOS	%
RAFAEL CASTAÑO	IGNACIO	459.724.425	16%	335.913.514	11%	214.426.136	9%	304.473.336	9%
JORGE HERRERA	HERNÁN	462.169.306	16%	495.370.882	16%	152.004.563	7%	97.443.019	3%

Honorarios cobrados	2018		
Dr. Jorge Herrera	Puesto	Valor facturado	%
	1	462.169.306	16%
Honorarios cobrados	2019		
Dr. Jorge Herrera	Puesto	Valor facturado	%
	1	495.370.882	16%
Honorarios cobrados	2020		
Dr. Jorge Herrera	Puesto	Valor facturado	%
	7	152.004.563	7%
Honorarios cobrados	2021		
Dr. Jorge Herrera	Puesto	Valor facturado	%
	12	97.443.019	3%

<b>Honorarios cobrados</b>	<b>2018</b>		
Dr. Rafael Castaño	Puesto	Valor facturado	%
	2	459.724.425	16%
<b>Honorarios cobrados</b>	<b>2019</b>		
Dr. Rafael Castaño	Puesto	Valor facturado	%
	2	335.913.514	11%
<b>Honorarios cobrados</b>	<b>2020</b>		
Dr. Rafael Castaño	Puesto	Valor facturado	%
	4	214.426.136	9%
<b>Honorarios cobrados</b>	<b>2021</b>		
Dr. Rafael Castaño	Puesto	Valor facturado	%
	5	304.473.336	9%

La afectación en las condiciones de prestación del servicio ha llevado a que el convocante le efectúe requerimientos a la gerente de Cardioestudio y a que haya planteado: i) su posible incursión en un conflicto de intereses; ii) su desvinculación del cargo; iii) la adopción de un código de buen gobierno; y iii) reformas a los estatutos de la sociedad, especialmente en lo concerniente a la representación legal de la empresa.

De las actas de asamblea de accionistas incorporadas como prueba documental al proceso se destacan las siguientes situaciones:

- i) En la reunión de asamblea llevada a cabo el 2 de mayo de 2018 (acta 107) se insinúan diferencias entre el doctor Herrera Márquez y la señora Luz Stella Ortiz. Mientras que el primero reclamó equidad en la lectura de los EKG de Urabá, la segunda manifestó su inconformidad con lo que consideró una pretensión de coadministración del primero.
- ii) En la reunión de asamblea celebrada el 13 de noviembre de 2020 (acta 117) – convocada por el doctor Herrera Márquez- este solicitó que se rindiera información “sobre medidas contractuales y administrativas tomadas por la gerencia durante la emergencia declarada por COVID-19”.

Dicha solicitud fue respondida por la gerente de la sociedad en los siguientes términos:

*“CARDIOESTUDIO ha estado constantemente en renovación con miras al crecimiento de la empresa y al posicionamiento en el medio, compitiendo con instituciones hospitalarias de gran calidad y reconocimiento y que tienen contrataciones más competitivas que las por evento, como es el PGP.*

*La Gerencia informa que en cuanto al trabajo profesional de los especialistas se ha dado prioridad al personal médico no socio, como ya se ha explicado, dada la disponibilidad y la necesidad de conservar estos profesionales para alcanzar los objetivos presentes y futuros, en beneficio de Cardioestudio y por ende de sus accionistas.*

*Durante la cuarentena decretada por el gobierno nacional Cardioestudio no realizó actividades programadas del 19/03/2020 al 26/04/2020, solo se realizaban actividades catalogadas como urgentes/prioritarias de Sura EPS y los pacientes hospitalizados de la Clínica Las Vegas.*

*Ante la disminución de trabajo generada por las restricciones de la PANDEMIA se optó por distribuir el trabajo en los médicos adscritos, que devengan sus sustentos por honorarios, la mayoría de ellos jóvenes en proceso de afianzar un patrimonio. Es así*

*como los ECOCARDIOGRAMAS en sus diferentes modalidades y los otros estudios tales como HOLTER, MAPA y EKG fueron asignados a los doctores mencionados con quienes se tiene compromisos de asignación de un cierto volumen de estas ayudas diagnósticas y que no era posible cumplir por los volúmenes de trabajo que se tenían.*

*A partir del 27 de abril Cardioestudio abrió agendas para los pacientes ambulatorios no prioritarios y los volúmenes fueron asignados a ellos, más no a los médicos accionistas.*

*Es importante también aclarar que los cardiólogos clínicos tienen un contrato de pago por hora, que con relación a lo que se paga en la ciudad es más bajo y al recibir honorarios con la lectura de las ayudas diagnósticas mejoran su ingreso.*

*Igualmente tener en cuenta que el Gobierno Nacional marginó a la población mayor de 70 años hasta el 30 de noviembre, razón por la cual el Dr. Jorge Herrera no pudo asistir a la institución presencialmente.*

*Desde antes de la pandemia estábamos buscando un Cardiólogo Ecocardiografista que nos ayudará a cubrir la demanda creciente tanto en Medellín como en Apartadó, es así como en el mes de julio, Cardioestudio contrata al Dr. Alejandro Ochoa Moron.*

*El Dr. Rafael Castaño ha dado muestras de solidaridad y canceló su agenda presencial en CARDIOESTUDIO Medellín y solo por falta de disponibilidad de médicos especialistas en 2 días específicos, asistió a la Institución, pues no está cobijado en la resolución 1642 donde los mayores de 70 años deben guardar cuarentena estricta.*

*Si los deseos del Dr. Jorge Herrera fueran regresar al trabajo presencial, al igual que al Dr. Rafael Castaño, se le agendan servicios en CARDIOESTUDIO APARTADO Y CARDIOESTUDIO ZONA FRANCA, enfrentándose a los riesgos que esta PANDEMIA pueden ocasionar, como lo están haciendo los demás especialistas. En Cardioestudio Medellín es importante verificar las disponibilidades de pacientes y salas para la realización de las ayudas diagnósticas y que realice las disponibilidades para la atención de pacientes hospitalizados como en este momento lo hacen los especialistas. Adicionalmente para su reintegro, el Dr. Jorge Herrera debe cumplir los requerimientos que tiene la Institución en lo relativo a SST, uno de ellos es el examen ocupacional que hasta la fecha no ha cumplido a pesar que se le ha solicitado en varias oportunidades por la Coordinadora del área.*

*A partir del mes de agosto, cuando se comenzó a ver que las agendas de Holter y Mapa se estaban comportando bien, la Gerencia decidió que podía asignarles nuevamente la lectura de estas ayudas diagnósticas realizadas en Apartadó. También se volvió a la modalidad que cuando el especialista este en Apartadó es el que lee estas ayudas diagnósticas, lo cual se inició en el mes de octubre con Rafael Castaño y continuará en noviembre con el Dr. Alexander Londoño.*

*La Gerencia ha adoptado estas medidas como forma de conservar a sus especialistas que como ha sucedido en esta época y se ha repetido en varias ocasiones, si el trabajo estuviera bajo responsabilidad de los socios, Cardioestudio no existiría. Debido a las diferentes decisiones que hemos tomado durante varios años de ingresar especialistas es que Cardioestudio ha soportado los altibajos del trabajo en esta época.*

*Espero que logre comprender el alcance a esta posición que se comparte al interior de la institución.*

*La Gerencia informa que en esta época Cardioestudio no ha tenido problemas de liquidez, protegimos el empleo, no cambiamos las condiciones contractuales de nuestros empleados y se contrató personal adicional en oficios varios”.*

- iii) En la reunión de asamblea realizada el 16 de abril de 2021 (acta 119) el doctor David Sierra, quien obró en condición de representante del doctor Herrera Márquez: a) solicitó “*Declarar conflicto de interés interno de la actual gerente y representante de la Dra. Luz Stella Ortiz Franco por ser conyugue (sic) de uno de los socios, Dr. Rafael Castaño*”; propuesta votada de manera negativa por el doctor Rafael Ignacio Castaño, manifestando que “... *esto no había sido impedimento durante la existencia de la sociedad y expresa su preocupación de cuál es el interés del Dr. Herrera al considerar esta petición luego de tantos años*”; y con la manifestación de la señora Ortiz Franco acerca de que “...*este conflicto siempre ha existido y que no ha sido impedimento en los 29 años que ha estado encargada de la Gerencia. Solicita que por favor demuestren que sus decisiones han beneficiado en algún momento a su esposo*; b) presentó a consideración reforma estatutaria, la cual fue votada negativamente por el doctor Castaño Hincapié; c) puso a consideración el inicio de un proceso de selección para la designación de un nuevo gerente, siendo votada la proposición de manera negativa por el doctor Castaño Hincapié, y motivando una manifestación de la señora Luz Stella Ortiz en el sentido de que “... *a todos nos llega el momento de retirarnos y que ha sido algo que ya había sido manifestado con anterioridad al Dr. Herrera, con el fin de poder hacer una transición adecuada para las empresas y que no sea traumática. También habla que los temas llevados como proposiciones y varios se podrían haber conversado con anterioridad para ser debatidos y poder llegar a acuerdos*”.

Se destaca que las solicitudes y manifestaciones efectuadas por el convocante en la reunión de la asamblea del 16 de abril de 2021 conllevaron a que la señora Luz Stella Ortiz le dirigiera comunicación: i) rechazando la existencia del conflicto de interés; ii) expresando su disposición a “*iniciar un plan de sucesión organizado*”, resaltando la importancia de que se definiera su situación pensional; iii) haciéndole observaciones sobre la reforma estatutaria propuesta; y iv) solicitándole “*no entorpecer la administración de la compañía*”.

El 26 de mayo de 2021 el convocante le dirigió comunicación a los convocados expresándoles su disposición “... *a llegar a acuerdos puntuales de manera negociada*” insistiendo en la importancia de “*una administración independiente a los dos accionistas*” aduciendo que “... *mi porcentaje en la sociedad no se está reflejando en las decisiones prácticas de la compañía*”.

En dicha misiva manifestó su disposición a vender su participación societaria y expuso que “*mientras sea accionista de la sociedad, insisto en que se me está afectando económicamente en tanto no se me están asignando exámenes en Medellín*” y expresó su decisión de no retirarse del ejercicio profesional en el mediano plazo, pues el mismo hacía parte de su “*motivación esencial de vida*”.

El 30 de marzo de 2022 el convocante anunció nueva propuesta de reforma estatutaria de Cardioestudio y de la sociedad Cardioestudio Zona Franca S.A.S., para ser discutida en las sesiones de la asamblea ordinaria programadas para ser llevadas a cabo el 31 de marzo de dicha anualidad; reformas estatutarias que tendrían como punto central la modificación de las reglas relativas al ejercicio de la representación legal. Igualmente manifestó su decisión de volver a presentar una propuesta de “*plan de retiro de la Gerencia actual*”.

- iv) En la reunión de asamblea llevada a cabo el 31 de marzo de 2022 (acta 121) el doctor Herrera Márquez presentó: i) propuesta de reforma estatutaria en lo referente al nombramiento del gerente; ii) plan de retiro de la gerente actual; y

- iii) propuesta de acuerdo o conciliación para “*detener la demanda*”. Dichas propuestas no fueron aceptadas por el doctor Cataño Hincapié. En esta sesión la gerente manifestó que “*estamos trabajando por la empresa con ánimo para preservación de empleo y no una visión egoísta de ingreso personal, para poder tener así una empresa sólida y que las decisiones tomadas sean en beneficio de ella*”. Aunque ambas partes manifestaron interés en procurar un acuerdo para poner fin a las diferencias societarias, no lograron concretar fórmulas.
- v) En el mes de noviembre de 2022 (con posterioridad a la integración del contradictorio) se llevó a cabo una nueva asamblea con propósitos y resultado análogos a las anteriores (al proceso se incorporó como prueba la grabación de dicha sesión).

## 7.5. Sobre la situación financiera de Cardioestudio.

La prueba pericial, consonante con los estados financieros de Cardioestudio allegados al proceso, también demuestra que la situación financiera de la sociedad ha venido evolucionando positivamente y que los socios se han visto beneficiados de tal hecho, percibiendo utilidades anuales cuyo valor se ha incrementado año por año.

El resultado positivo de la situación financiera está cabalmente demostrado en el proceso.

Tal afirmación tiene sustento en el dictamen pericial aportado por la parte demandante, concordante con la prueba incorporada al proceso sobre la situación financiera de Cardioestudio. Del dictamen pericial, en lo que interesa para el punto que se analiza, se destacan los siguientes apartes:

***“1. Con base a los Estados financieros de la Sociedad ¿Cómo ha sido el comportamiento de la sociedad CARDIOESTUDIO S.A.S., en cuanto a ingresos de 2018 a 2021?”***

*Los ingresos y las utilidades de CARDIOESTUDIO S.A.S. durante los años 2018, 2019, 2020 Y 2021 son los siguientes:*

*Un año 20.18 con resultados moderados con unos ingresos de ventas por \$6.414 millones y una utilidad de \$409 millones, en el año 2019 un muy buen año para el sector salud con ventas por \$7.638 millones y Una utilidad record para la empresa por \$1.484 millones, ya en el año 2020 en el contexto de la pandemia por el COVID-19 las venta cayeron a \$5.407 millones con una utilidad también baja de \$216 millones. Este 2020 dejó como resultado las ventas y utilidades más baja de los últimos 4 años. Ya en el 2021 se ve una importante recuperación y se obtuvieron unas ventas por \$8.155 millones, las más altas de los últimos cuatro años, y una utilidad por \$714 millones, la segunda mejor utilidad de estos 4 años, después de la del año 2019.*

### ***EBITDA***

*Este indicador nos muestra el resultado del beneficio que le queda neto a la empresa después de restar impuestos, depreciación y el deterioro de cartera, para CARDIOESTUDIO S.A.S. el comportamiento de este indicador es favorable, con un pico muy alto en el año 2019 debido al buen año que tuvo la compañía en ventas y resultados ese año. Por los otros años muestra un comportamiento favorable y un 2021 superior a los años 2018 y 2020.*

*En el año 2018 hubo unas utilidades por \$472.646.228,23 y unos dividendos para socios por valor total de \$19.893.600, distribuidos en partes iguales.*

*En el año 2019 hubo unas utilidades por \$1.520.324.463,00 y unos dividendos para socios por \$1.716.468.727,00, distribuidos en partes iguales.*

*En el año 2020 se presentaron unas utilidades por \$741.636.864,07 y no se decretaron dividendos por decisión de ambos accionistas, según acta de asamblea entregada por Cardioestudio S.A.S.*

*En el año 2021 se presentaron unas utilidades por \$623.079.243.39 más unas reservas a disposición de la asamblea, para un total de \$930.000.000, los cuales se decretaron distribuir como dividendos en el momento de contar con esos recursos, por decisión de ambos accionistas, según acta de asamblea”.*

Igualmente, al absolver interrogatorio de parte el convocante reconoce haber recibido utilidades en los años 2021 y 2022.

Resulta claro que los resultados económicos de la sociedad Cardioestudio no son el objeto de cuestionamiento en este litigio; pero es un elemento, que teniendo en cuenta los argumentos aducidos por las partes (especialmente la convocada) debe ser considerado por el Árbitro.

#### **7.6. Sobre el contrato de arrendamiento celebrado por Cardioestudio y La Hacienda S.A.S.**

El 31 de mayo de 2017 Cardioestudio celebró contrato con la sociedad La Hacienda S.A.S. mediante el cual esta sociedad le entregó a aquella a título de arrendamiento un inmueble ubicado en la diagonal 100 con la carrera 107A esquina del municipio de Apartadó por el término de 10 años.

Dicho inmueble fue tomado en arriendo por Cardioestudio para la prestación de servicios de salud en dicho Municipio.

El contrato referido fue suscrito por el señor Jorge Hernán Herrera Márquez en su condición de representante legal de Cardioestudio, y el señor Jaime Alberto Ortiz F. lo suscribió en su condición de representante legal de la sociedad La Hacienda S.A.S.

La señora Luz Stella Franco tiene vínculos de orden familiar con accionistas de la sociedad La Hacienda S.A.S, conforme se reconoció en el proceso. El contrato fue suscrito por el demandante, para evitar un conflicto de intereses.

#### **7.7. Sobre la invitación a vender Cardioestudio**

En el año 2022 la empresa Harbor Capital manifestó su interés en adelantar negociaciones para una posible compra de Cardioestudio y de otras empresas vinculadas a esta.

En correo electrónico del 24 de marzo de 2022 la señora Ortiz Franco le comunicó al demandante que ella y su cónyuge no consideraron que fuera el momento oportuno para poner en venta las sociedades.

Dicha comunicación es del siguiente tenor:

*“Buenos días Jorge*

*Con relación a la consulta sobre el envío del acuerdo de Confidencialidad a Harbor Capital, con el fin de iniciar estudios de la sociedad Cardioestudio y sus otras sociedades, para una posible compra; Rafael Ignacio Castaño y yo no vimos que era el momento oportuno para poner las sociedades a la venta, debido a la demanda interpuesta por usted, que nos llegó con fecha el 3 de febrero del presente año.*

*No vemos lógico, que uno de los aspectos de la demanda es el cambio de la Gerencia y cambio de estatutos con relación al nombramiento del Gerente, si el deseo es vender. Adicionalmente consideramos que, si se identifica un conflicto societario, la sociedad pierde valor para los accionistas, que tiene el deseo de venderla. Los compradores aprovecharían tal situación.*

*Es por esto que preferimos darnos un tiempo para que se resuelva el tema de la demanda y luego de esto definir la acción a seguir en cuanto a la venta.*

*Me parece importante que el tema se hable en una reunión en la que no se encuentre el personal administrativo que asiste a una asamblea. Le propongo que tengamos otra reunión sobre este tema.*

*Feliz día”.*

El demandante se duele en la demanda de la posición asumida por los demandados, y en particular por la señora Ortiz Franco, al cerrarle las puertas al proceso de negociación.

#### **7.8. Cuestionamientos a la gestión profesional del demandante.**

También está demostrado que se han presentado cuestionamientos o discrepancias ocasionales con respecto a las lecturas de estudios (ECG y Holter) efectuadas por el convocante (correos electrónicos del 13 de mayo de 2021, del 4 de octubre de 2021, del 17 de junio de 2022 dirigidos al demandante por el doctor Frank Mauricio Pineda Aguilar de la Dirección Médica y de Calidad de la sociedad demandada).

#### **7.9. Sobre la prueba testimonial recaudada.**

La prueba testimonial recaudada resulta concordante con las premisas precedentes, tal como pasa a exponerse, para dar cuenta de que la misma fue valorada en su integridad.

Las declaraciones de los testigos le merecen pleno crédito al Tribunal, pues las mismas estuvieron signadas por la objetividad, por la claridad y por el conocimiento directo de los hechos sobre los que las mismas versaron.

En el proceso declararon los señores Ana Girlesa Múnera Echeverri, Juan Carlos Uribe Osorio, Frank Mauricio Pineda Aguilar, Marta Yannet Duque y Lina María Correa.

La doctora Ana Girlesa Múnera Echeverri, médica especialista en cardiología, vinculada a Cardioestudio desde el mes de julio de 2022 a través de contrato de prestación de servicios manifestó en su declaración: i) que presta sus servicios en la ciudad de Medellín; ii) que pese a tener otras ofertas laborales se vinculó a Cardioestudio por su reputación, porque pagan puntualmente y por contar con “*muy buenos equipos*”; iii) que los estudios ambulatorios que realiza para Cardioestudio le compensan su retribución económica; iv) que hay poca disponibilidad de ecocardiógrafos en la ciudad de Medellín; v) que actualmente la Sociedad Colombiana de Cardiología tiene concebido un proceso de recertificación para los médicos que dejan de prestar un tiempo sus servicios; vi) que considera que al doctor Herrera Márquez sí se le debía pedir un reentrenamiento aduciendo que “*...la especialidad de*

*nosotros es de alta precisión. La medicina va volando, cada día salen cosas, artículos y es con vida que nosotros trabajamos*"; vii) que los cardiólogos de Cardioestudio hacen parte de un chat que se denomina Eco Cardioestudio, aclarando que no están algunos como el doctor Luis H. o la doctora Adriana Ocampo; viii) que no encuentra al doctor Jorge Herrera en ese chat; ix) que advierte que los administradores del chat son el doctor Alexánder y el doctor Castaño.

El doctor Juan Carlos Uribe Osorio, médico especialista en cardiología, vinculado a la sociedad Cardioestudio desde 2014 a través de contrato de prestación de servicios refirió: i) que se han incrementado los servicios que él le presta a la sociedad, en razón del mayor número de pacientes; ii) que en el último tiempo la sociedad ha contratado nuevos médicos especialistas (como Ana Girlesa Múnera y Luz Adriana Ocampo); iii) que ha desechado otras ofertas laborales, por estar satisfecho con su labor en Cardioestudio y con el hecho de poder prestar sus servicios en Medellín; iv) que el porcentaje de los servicios que presta de manera virtual es cercano al 50%; v) que hay escasez de cardiólogos en la región ; vi) que no existe la obligación de recertificación para los médicos, pero la Sociedad Colombiana de Cardiología tiene previsto un proceso de recertificación.

El doctor Frank Mauricio Pineda Aguilar, médico especialista en auditoría médica, vinculado a la sociedad Cardioestudio como empleado desde febrero de 2007, expuso: i) que hace parte de la Dirección Médica, encargándose de *"coordinar, manejar la parte del recurso humano, tecnológico y asistencial"* con que la empresa cuenta *"para prestar los servicios de salud que tenemos ofertados a las entidades aseguradoras"*; ii) que hubo casos en los que la labor profesional del doctor Herrera Márquez fue objeto de auditoría; iii) que hace parte del Comité Técnico Científico de Cardioestudio, que también lo integran el doctor Castaño y el doctor Herrera; iv) que en la sesión del Comité llevada a cabo después de la pandemia el convocante expresó sus deseos de volver a prestar servicios personales, habiendo considerado el doctor Castaño que *"...para poder a iniciar los trabajos o través él debía cumplir unos ciertos requisitos que eran importantes que los tuviera presente para iniciar las actividades sobre todo por el paro que había durado sin haber realizado las actividades durante la pandemia y posterior a la pandemia"*; v) que consideró válida la posición asumida por el doctor Castaño; vi) que resultaba *"sano"* que se acogiera una política tendiente al reentrenamiento de los médicos que se inactivaban en la prestación del servicio; vi) que la planta de médicos cardiólogos de Cardioestudio se ha incrementado pasando de 5 profesionales a 8; vii) que los estudios que se originan en la sede de Apartadó se reparten por partes iguales entre los dos socios; viii) que el doctor Jorge Herrera no ha solicitado viajar a Apartadó a prestar sus servicios; ix) que es difícil encontrar especialistas que viajen a Apartadó a prestar sus servicios; x) que con los médicos que tiene la empresa no es posible reemplazar al doctor Rafael Ignacio Castaño en los servicios que presta en Apartadó; y xi) que por razones de competitividad está de acuerdo en que la asignación de exámenes se canalice con los nuevos médicos.

La señora Marta Yannet Duque Zuluaga, contadora de la sociedad convocada, vinculada laboralmente desde el 16 de noviembre de 2016, manifestó en su testimonio: i) que la empresa ha venido creciendo significativamente, sin desconocer que afrontó situaciones complejas en razón de la pandemia, afirmando que *"Todos los demás años han sido supremamente positivos y va en crecimiento la institución"*.; ii) que después de la pandemia se ha incrementado el nivel de facturación y el de pago de honorarios a los médicos; iii) que han ingresado nuevos médicos; y iv) que anualmente ha habido distribución equitativa de utilidades entre los socios.

La señora Lina María Correa Botero, quien labora para la empresa desde hace más de 25 años, y quien ocupa el cargo de directora administrativa y financiera, expuso en su declaración: i) que la pandemia determinó la suspensión en los servicios de Cardioestudio; ii) que se privilegió en la prestación del servicio en la sede de Medellín a los médicos externos; iii) que cuando la sede de Apartadó reabrió el doctor Castaño fue quien manifestó su disponibilidad a ir físicamente a prestar los servicios en la misma; iv) que se han vinculado nuevos médicos especialistas a la compañía; v) que los socios, después de la pandemia, no prestan servicios en la ciudad de Medellín “*porque fue una política que se tomó en el 2020 para la protección de ese personal que estaba trabajando en el 2020 de cara a la pandemia, expuesto y con una reducción enorme de honorarios*”; vi) que se trató de decisiones tomadas por la gerencia; vii) que las tarifas de los exámenes en Apartadó son muy superiores a las de Medellín (“*el doble o el triple*”); viii) que la diferencia entre el valor de los honorarios devengados por el doctor Herrera y el doctor Castaño obedece a los servicios que se le pagan a este por la labor presencial que hace una semana al mes en el municipio de Apartadó; ix) que se dejaron de realizar las reuniones administrativas que se hacían regularmente con antelación a la pandemia; x) que hasta el 2020 los doctores Herrera y Castaño “*tenían la asignación de una sala, la mañana uno y la mañana otro. Fuimos montando otras salas con otros exámenes y ahí fueron donde fueron entrando los otros médicos. Pero hasta el 2020 cada uno de ellos tenían la mitad del tiempo.*”; xi) que conoció la negociación celebrada para la construcción de la sede de Apartadó, la cual se llevó a cabo con familiares de la señora Luz Stella Ortiz, habiendo intervenido el convocante en dicha negociación, mostrando su aquiescencia con la celebración del contrato de arrendamiento; x) que hay tres grupos de whatsapp institucionales, haciendo parte el convocante de uno de ellos, encontrándose inactivo el otro y correspondiendo el tercero a un chat del que no hacen parte ni el doctor Herrera ni el doctor Castaño

## VIII. RESOLUCIÓN DEL CASO

Con base en: i) el marco jurídico inicialmente expuesto; ii) la valoración probatoria efectuada; iii) los hechos demostrados; y iv) el principio de consonancia, el Tribunal procede a abordar el estudio de cada una de las pretensiones formuladas en la demanda reformada.

### 8.1. Primera pretensión principal dirigida a que se declare que la sociedad Cardioestudio está incurriendo en abuso al voto

La primera pretensión principal de la demanda es del siguiente tenor:

**“1) PRIMERA PRINCIPAL.** *Sírvase declarar que la sociedad **CARDIOESTUDIO S.A.S** está incurriendo en abuso al voto a través de su máximo órgano de administración, con ocasión de la posición de dominio del Señor Rafael Ignacio Castaño.*”

Con respecto a esta pretensión se destaca que la misma: i) tiene como sujeto pasivo a la sociedad Cardioestudio; y ii) se fundamenta en el abuso al voto por parte de la sociedad, en razón de la posición de dominio del codemandado Castaño Hincapié.

El derecho al voto al interior de una sociedad corresponde a una atribución que se le otorga a los socios o accionistas para efectos de intervenir en la toma de decisiones de la persona jurídica, especialmente en las reuniones de asamblea o de juntas de socios.

El voto, cuando se trata de decisiones que se adoptan en relación con la sociedad, no se le atribuye a la persona jurídica.

En el caso concreto el máximo órgano de administración de la sociedad es la Asamblea General de Accionistas, conforme lo establecen los estatutos (art. 27 y 29), la cual está integrada por los “*accionistas inscritos en el Libro de Registro de Accionistas*”.

En este caso los accionistas e integrantes de la Asamblea General de Accionistas o Junta de socios son los señores Jorge Hernán Herrera y Rafael Ignacio Castaño, que son quienes intervienen en las sesiones de dicho órgano tomando decisiones a través del voto.

Los cuestionamientos que se hacen con respecto a la forma como el doctor Castaño Hincapié ha ejercido el voto no son atribuibles, ni extensivos a la sociedad, con independencia de que se presente una “*posición de dominio*” o de paridad.

La conducta específica que se cuestiona en relación con el codemandado Rafael Ignacio Hincapié se abordará al resolver la pretensión quinta de la demanda.

Conforme a lo expuesto, el abuso en el derecho al voto por parte de un socio o accionista no se puede predicar de la sociedad, y por ello se impone desestimar la pretensión en la forma en que fue planteada.

## **8.2. Segunda pretensión principal dirigida a que se declare la existencia de un conflicto de intereses en los actos efectuados por la codemandada Luz Stella Ortiz Franco.**

La segunda pretensión principal de la demanda se planteó de la siguiente forma:

*“2) SEGUNDA PRINCIPAL. Sírvase de (sic) declarar la existencia de un conflicto de intereses en los actos efectuados por la administradora Luz Stella Ortiz Franco, particularmente, en el Contrato de prestación de servicios de su cónyuge el señor Rafael Ignacio Castaño.”*

Esta pretensión, que es eje central de la controversia, tiene como objeto establecer si la señora Luz Stella Ortiz Franco está inmersa en un conflicto de intereses en las actuaciones que ha desplegado como gerente y administradora de Cardioestudio, especialmente, pero no exclusivamente, en lo concerniente a las decisiones que ha adoptado con respecto al contrato de prestación de servicios celebrado por el señor Rafael Ignacio Castaño con la sociedad demandada.

Para la resolución de esta pretensión se considera relevante tener en cuenta los siguientes hechos, a los que previamente se hizo referencia:

- i) La señora Luz Stella Ortiz Franco y el señor Rafael Ignacio Castaño Hincapié son cónyuges;
- ii) La señora Luz Stella Ortiz fue inicialmente socia de Cardioestudio (con una participación del 25%), y por lo menos desde 2002, ha fungido como administradora de esta;
- iii) El demandante avaló desde un comienzo la designación de la señora Ortiz Franco como gerente de la sociedad;
- iv) El doctor Herrera Márquez también ha tenido la condición de gerente de la sociedad, dada la figura de duplicidad de gerentes establecida en los estatutos de

la sociedad (art. 27), pero quien ha ejercido el cargo es la señora Ortiz Franco, tal como lo reconoce en el interrogatorio de parte absuelto;

- v) Hasta la época en que se generó la pandemia por el Covid 19 no existen evidencias en el proceso de mayores cuestionamientos del demandante a la gestión gerencial de la señora Ortiz Franco;
- vi) En razón de la pandemia la señora Ortiz Franco le dio un giro al manejo de la sociedad en cuanto a los servicios profesionales del doctor Herrera Márquez y del doctor Castaño Hincapié y en cuanto a la contratación de personal médico externo;
- vii) Se afirma lo anterior, puesto que hasta la pandemia cada uno de los cumplía con una disponibilidad de servicios igual (interrogatorio de parte del doctor Castaño Hincapié y testimonio de Lina María Correa), existiendo una distribución “*equitativa*” (término empleado por el codemandado Rafael Ignacio Castaño) del tiempo de servicio;
- viii) Las decisiones de la gerencia han sido cuestionadas por el demandante, quien considera: a) que se le ha prodigado un trato desigual con respecto al otro socio; b) que se le han afectado sus ingresos profesionales; c) que se le ha obstaculizado la posibilidad de continuar prestando sus servicios profesionales; y d) que se ha pretendido “*jubilarlo*” por su edad, en contra de su voluntad;
- ix) La parte convocada considera que las decisiones adoptadas se enmarcan dentro de una política administrativa de beneficio para la empresa, para la que resulta conveniente contar con un grupo de especialistas médicos externos a quienes se debe privilegiar en procura de una mayor calidad en la prestación del servicio, lo cual implica asignarles preponderantemente el trabajo en la sede de la ciudad de Medellín. Niega categóricamente la existencia del conflicto de intereses que invoca la parte demandante.
- x) Para el Tribunal, las explicaciones brindadas por la codemandada Luz Stella Ortiz al absolver interrogatorio de parte con respecto a las decisiones adoptadas en relación con el tratamiento prodigado al doctor Herrera Márquez resultan ambiguas. Si bien la codemandada insiste en el tratamiento igualitario que se le ha dado a ambos socios, plantea que el demandante debe reentrenarse para volver a practicar exámenes presenciales, pero a renglón seguido expresa sus dudas del regreso de aquel a sus actividades presenciales, en razón de su edad (esgrime que va a cumplir 74 años), reconociendo que quiere “*gente joven*” prestando el servicio y que no quiere “*..., que en Cardioestudio, pues estén trabajando los viejitos*”. Adicionalmente, sostiene que el demandante podría prestar sus servicios en Apartadó, pero que tal vez no habría espacio para él en la sede de Medellín;
- xi) El 31 de mayo de 2017 la sociedad Cardioestudio celebró contrato de arrendamiento con la sociedad La Hacienda S.A.S. en virtud del cual esta le entregó a aquella, a tal título la tenencia de un inmueble en el municipio de Apartadó, para el funcionamiento de la sede de la sociedad demandada en dicha localidad. La sociedad La Hacienda S.A.S. es una persona jurídica de propiedad de la familia de la señora Ortiz Franco. El contrato fue suscrito por el doctor Herrera Márquez en representación de Cardioestudio;

- xii) Se acreditó en el proceso que en el mes de febrero de 2022 se planteó el interés de un tercero en una “*posible compra*” de Cardioestudio;
- xiii) Los señores Rafael Ignacio Castaño y Luz Stella Ortiz tomaron la decisión de no seguir adelante con esa negociación, aduciendo la existencia del presente litigio;
- xiv) Al haber inquirido el demandante sobre el estado de dicha negociación, recibió respuesta de la señora Ortiz Franco (correo electrónico del 24 de marzo de 2022) en el que se le informó que “*Rafael Ignacio Castaño y yo no vimos que era el momento oportuno para poner las sociedades a la venta, debido a la demanda interpuesta por usted,...*”.

Le corresponde al Tribunal verificar si en las actuaciones desplegadas por la señora Ortiz Franco como gerente de la sociedad demandada que se cuestionan en la demanda se configura el conflicto de intereses invocado por la parte convocante.

Conforme se expuso en precedencia, al momento de delimitar los problemas jurídicos que envuelve este caso, el conflicto de intereses corresponde a un concepto que en la legislación colombiana es indeterminado, pues se hace referencia normativa al mismo (prohibiéndole a los administradores celebrar actos cuando se encuentren inmersos en tal situación), pero no se define cuando se estructura el mismo.

De acuerdo con la Superintendencia de Sociedades, el conflicto de intereses se configura cuando *se presentan "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"*.

La indeterminación normativa lleva a que casos como el que se debate resulten especialmente complejos, dada la ausencia de pautas legales.

Existen contextos en los cuales el solo vínculo de parentesco genera una situación de impedimento por el conflicto de intereses que el mismo entraña (v.g. los impedimentos en el marco de las actuaciones judiciales); pero ese criterio no se puede aplicar a “*raja tabla*” en el ámbito de relaciones signadas por la autonomía privada, como ocurre en el ámbito societario.

Para el Tribunal, teniendo en consideración: i) la estructura de Cardioestudio; ii) la génesis e historia de dicha sociedad; iii) la gestión que por más de 18 años llevó a cabo la gerente de la sociedad; iv) el aval del doctor Jorge Hernán Herrera para la designación de la señora Ortiz Franco como gerente; y v) la conformidad hasta antes de la pandemia -por lo menos no existe prueba de lo contrario- del demandante con la gestión de la gerente, no es posible sostener que el vínculo conyugal entre la gerente y el socio Rafael Ignacio Castaño genere per se un conflicto de intereses.

El solo vínculo de parentesco -en casos como el que conoce el Tribunal- no genera en el ámbito societario, en el que prevalece la autonomía privada, una situación que por sí sola impida ejercer con transparencia, equilibrio y objetividad una función administrativa y en particular la de gerente y representante legal de una sociedad.

Aceptar una conclusión contraria conllevaría a desconocer la realidad de las sociedades cerradas, o de las sociedades de familia, en las cuales es lógico y coherente con la

estructura y causa societarias que los administradores tengan vínculos directos (inclusive de parentesco) con los socios, o que, inclusive estos, ocupen el cargo de administradores, sin que se pueda pregonar un estado permanente de conflicto de intereses.

Para que se configure el conflicto de intereses se requiere, en un contexto como el que es objeto del conflicto, que se establezca que el administrador de la sociedad ha tomado participado en decisiones dirigidas a favorecer sus intereses personales o de las personas con las que la liga un vínculo especial; o decisiones afectadas en su objetividad por sus intereses propios o los de un tercero con los que tiene un nexo especial.

En el caso concreto, las decisiones adoptadas por la gerente de la sociedad, que son cuestionadas por la parte convocante, se centran en tres puntos: i) en primera medida, en las modificaciones en el cambio en las condiciones de la prestación de los servicios profesionales por parte del demandante, y en la gestión del contrato de prestación de servicios que liga al doctor Castaño Hincapié con la sociedad; ii) en la conducta asumida por esta con respecto al interés manifestado por un tercero para adelantar contactos para una eventual compra de Cardioestudio; y iii) en el contrato de arrendamiento celebrado por Cardioestudio con integrantes de la familia de Luz Stella Ortiz respecto del inmueble en el que funciona la sede de la empresa en Apartadó.

Con respecto al primer punto, que se ha constituido en el centro de la controversia, el Tribunal encuentra que es necesario diferenciar la posición del demandante (y también del doctor Castaño Hincapié) como socio y como prestador del servicio; aspecto en el que en este caso particular existe una *“línea delgada”*.

En efecto, a diferencia de otras estructuras societarias, en este caso el derecho del demandante a prestar sus servicios profesionales a la sociedad demandada no tiene cómo fuente directa los estatutos de la sociedad.

Si bien la prestación de los servicios profesionales de los doctores Castaño Hincapié y Franco Márquez a la sociedad demandada fue una de las razones de ser (causa) de la constitución de Cardioestudio, en los estatutos de la sociedad no se estableció que la condición de socios les atribuía el derecho o prerrogativa a prestarle servicios profesionales a la sociedad, como si se ha establecido en otras sociedades constituidas para la prestación de servicios médicos.

La celebración de los contratos de prestación de servicios profesionales suscritos entre la sociedad Cardioestudio y sus socios, cuyas cláusulas principales fueron reseñadas en acápite antecedente, dan a entender que el derecho a la prestación de servicios profesionales de los socios tiene como fuente directa estos contratos.

Si la condición de socios les atribuyera a estos el privilegio de prestarle sus servicios profesionales a Cardioestudio, los contratos de prestación de servicios celebrados no tendrían razón de ser, por lo menos, bajo las condiciones en las cuales fueron acordados (contratos celebrados por el término fijo de un año, con la modalidad de prestación por evento).

No obstante que existen hechos indicativos de un acuerdo tácito para la prestación de servicios profesionales por parte de los socios en condiciones de paridad, dicho acuerdo no tiene la virtualidad de desconocer los contratos de prestación de servicios celebrados, los cuales no han sido objeto de cuestionamiento, y respecto de los cuales no se demostró un alcance diferente.

Se plantea lo anterior, para efectos de dejar en claro que los reproches que invoca la parte convocante con respecto a la afectación del demandante por la reducción de los servicios profesionales que le han sido programados después de la pandemia (hecho indiscutible) no puede comportar de manera inequívoca la violación de un derecho como socio, sino eventualmente como prestador del servicio.

Si el contrato de prestación de servicios celebrado le atribuye al demandante el derecho a prestar sus servicios en condiciones diferentes a las fijadas por la gerencia después de la pandemia generada por el Covid 19 es asunto que no puede entrar a dirimir este Tribunal, por no ser objeto de la controversia, ni estar comprendido dentro del pacto arbitral celebrado.

Ahora bien, ello no significa que el Tribunal no esté habilitado para analizar si el tratamiento que se le ha prodigado al demandante por la gerencia está signado por la inequidad o por un trato discriminatorio con respecto al otro socio (doctor Castaño Hincapié), pues sí es obligación de la gerente darles un tratamiento equitativo a los socios, máxime cuando uno de ellos es su cónyuge.

A diferencia de la tesis planteada por la parte convocante, el Tribunal no encuentra que las decisiones de la gerencia hayan tenido como finalidad la de privilegiar a su cónyuge, ni la de generar un tratamiento desigual del doctor Herrera Márquez frente al doctor Castaño Hincapié.

La decisión de la gerencia consistente en que después de la pandemia los socios no continuaran prestando sus servicios profesionales en la sede de Cardioestudio en la ciudad de Medellín, y que solo lo hicieran en Apartadó, fue común para ambos, sin que allí se advierta un propósito de beneficiar a su cónyuge, y sin que se hubiera demostrado que ello comporta una violación a los derechos que el contrato de sociedad les atribuye a los accionistas. En el mismo sentido, la determinación de privilegiar la prestación de servicios por los especialistas externos en la ciudad de Medellín, afectó a ambos socios.

Está claro que en razón de dicha determinación el doctor Herrera Márquez redujo sus ingresos laborales (derivados del contrato de prestación de servicio), pero ello obedeció a su decisión de no desplazarse a Apartadó a prestar sus servicios profesionales, sin que se pueda afirmar que se hubiera demostrado que la misma estuvo signada por móviles torcidos, de causar daño o de favorecer a su cónyuge.

Las explicaciones brindadas por los convocados, con respaldo en la prueba testimonial, muestran un grado de razonabilidad en cuanto a la contratación de médicos especialistas externos, a la importancia para ellos de prestar sus servicios en la ciudad de Medellín, y a la trascendencia para Cardioestudio de lograr su permanencia en la sociedad.

Infortunadamente dicha claridad se pierde cuando la señora Ortiz Franco intenta explicar el tratamiento que le ha prodigado al demandante y las decisiones que se han adoptado con respecto a él en particular; y aquí no se trata solamente de su posición como socio, sino de su dignidad como ser humano.

Las explicaciones de la gerente son ambiguas. Adviértase al respecto que al absolver interrogatorio de parte: i) expuso la necesidad de que el demandante se reentrene o recapite para efectos de poder continuar prestando sus servicios presenciales, en razón del tiempo prolongado en que se ausentó por la pandemia; ii) pero dijo, que aun si se reentrenara, no sabría si le daría la oportunidad de prestar sus servicios en la sede de Medellín, por ya existir especialistas suficientes (pese a que por lo menos dos de

ellos fueron contratados después de que se suscitó este conflicto); y más grave aún, invocando razones de edad, al expresar que “... desde el punto de visión de empresa yo quiero gente joven”.

Tal razonamiento envuelve un doble problema: de un lado, la decisión de restringir los servicios profesionales del demandante por motivos de edad, pese a que una de las razones de ser de la constitución de la sociedad fue la de propiciar que los socios ejercieran de manera independiente su profesión de cardiólogos (así ello no hubiera quedado consignado en los estatutos); y de otro lado, el planteamiento tácito de que un profesional de la tercera edad podría prestar sus servicios en un municipio distante (Apartadó), pero no en la ciudad de Medellín; como si el grado de idoneidad profesional del médico tratante pudiera ser diferente según la ubicación de los usuarios.

Las decisiones de la gerente no tipifican un conflicto de intereses, pues con las mismas no se evidencia el ánimo de favorecer a su cónyuge, ni para el Tribunal generan una situación de inequidad entre los socios.

Adicionalmente, no se puede afirmar la existencia de un conflicto de intereses de la señora Ortiz Franco “en el Contrato de prestación de servicios de su cónyuge el señor Rafael Ignacio Castaño”, puesto que dicho contrato se celebró hace más de veinte años, se ha ejecutado desde esa época sin reproches, y los parámetros con los cuales se ha tratado a ambos socios -en lo que atañe a las condiciones de prestación del servicio- son los mismos.

**Los cuestionamientos que efectúa la parte convocante no alcanzan -en criterio del Tribunal- a configurar un conflicto de intereses, pero si deben invitar a la reflexión sobre la pertinencia de que la gerencia de la sociedad continúe en cabeza de la cónyuge de uno de los socios, cuando para el otro ello no es garantía de objetividad y de imparcialidad.**

Es cierto que el demandante avaló por muchos años la permanencia en la gerencia de la señora Luz Stella Ortiz Flórez, pero ello no significa que, frente a nuevas decisiones, frente a una nueva visión gerencial, no pueda perder la confianza en quien durante mucho tiempo la tuvo depositada.

Resulta lamentable que por la forma como fueron concebidos los estatutos, y por el acuerdo que se celebró mucho tiempo atrás, no sea posible lograr en una sociedad en la que existe paridad un acuerdo para el cambio de la gerencia, máxime cuando la imposibilidad para el relevo se da por la decisión de uno de los socios de mantener en el cargo a su cónyuge, pese a la pérdida de la confianza del otro socio.

Pero no es el conflicto de intereses que alega la parte convocante (el que para el Tribunal no se alcanza a configurar) el mecanismo que permita lograr el cambio en la gerencia de la sociedad.

El segundo punto cuestionado por la parte convocante rotulado como “indebido manejo de la opción de venta” se hizo consistir en que “... a inicios del año 2022 se presentó una oportunidad de venta de la sociedad Cardioestudio S.A.S., en dicha oportunidad, pese a haber existido acercamientos, se tomó de forma unilateral la decisión de no continuar con ellos, negando la posibilidad de venta de Cardioestudio” (demanda reformada y alegato de conclusión presentado por la parte demandante).

En el proceso se demostró que a comienzos del año 2022 se planteó por la sociedad Harbor Capital la posibilidad de unos acercamientos (tratos preliminares) tendientes a analizar la posibilidad de venta de Cardioestudio.

El demandante se duele de que los convocados hubieran tomado la decisión unilateral de no adelantar el proceso de negociación.

En efecto, al proceso se allegó correo electrónico que le dirigió la señora Luz Stella Ortiz al demandante el 24 de marzo de 2022, en el cual le expresó:

*“Buenos días Jorge*

*Con relación a la consulta sobre el envío del acuerdo de Confidencialidad a Harbor Capital, con el fin de iniciar estudios de la sociedad Cardioestudio y sus otras sociedades, para una posible compra; **Rafael Ignacio y yo no vimos que era el momento oportuno para poner las sociedades a la venta, debido a la demanda interpuesta por usted, que nos llegó con fecha el 3 de febrero del presente año.***

*No vemos lógico que uno de los aspectos de la demanda es el cambio de la Gerencia y cambio de estatutos con relación al nombramiento del Gerente, si el deseo es vender. Adicionalmente consideramos que si se identifica un conflicto societario, la sociedad pierde valor para los accionistas, que tiene el deseo de venderla. Los compradores aprovechan tal situación”. (El resaltado es propio)*

La comunicación referida evidencia que, en relación con la negociación propuesta, la señora Luz Stella Ortiz Franco no diferenció su posición de gerente, de los intereses de su cónyuge como socio de Cardioestudio.

La expresión *“Rafael Ignacio y yo no vimos que era el momento oportuno para poner las sociedades en venta”* demuestra que en esta actuación la codemandada no delimitó sus deberes y responsabilidades como gerente, de los intereses patrimoniales de su cónyuge como socio (a los que ella se sumó) en Cardioestudio.

El hecho de que la demanda arbitral se hubiera instaurado, y que en ella se pretendiera el cambio de gerencia, no era razón para que la señora Ortiz Franco, desconociendo su rol imparcial de gerente, manifestara la decisión conjunta con su cónyuge de no abrir la posibilidad de analizar la viabilidad de la negociación que se propuso adelantar (como si los dos fueran los socios).

En este punto concreto, se considera que sí se presentó una situación de conflicto de intereses que impidió que se gestionara adecuadamente, y consultando los intereses de ambos socios, y no de uno solo de ellos, la invitación para adelantar una negociación para la posible venta de la compañía, sin que la demanda arbitral presentada justificara la conducta asumida, y la confusión de roles.

Para el Tribunal, en esta actuación específica se presentaron *“situaciones de interferencia entre esferas de interés”* que llevaron a que la señora Ortiz Franco no deslindara su posición como gerente, y los deberes que la misma le imponía, frente a sus intereses como cónyuge del socio Rafael Ignacio Castaño.

Por ello el Tribunal declarará la existencia del conflicto de intereses en las actuaciones llevadas a cabo por la señora Ortiz Franco con respecto a la invitación recibida para adelantar una posible negociación tendiente a la venta de la empresa, y la exhortará a no volver a incurrir en situaciones constitutivas de un conflicto de tal naturaleza.

Valga advertir que en la pretensión segunda principal de la demanda se hizo énfasis en el conflicto de intereses en la gestión de la señora Ortiz Franco relativa al “*Contrato de prestación de servicios de su cónyuge el señor Rafael Ignacio Castaño*”, pero no se circunscribió a tal punto.

Por ello, y por haberse planteado en la reforma de la demanda, como un hecho fundante de las pretensiones el que concierne a la conducta desplegada por la señora Ortiz Franco con respecto a la negociación frustrada, le es dable al Tribunal reconocer el conflicto de intereses referido.

Finalmente, el Tribunal no encuentra demostrada una situación de conflicto de intereses de la señora Ortiz Franco con respecto al contrato de arrendamiento del bien inmueble celebrado el 31 de mayo de 2017 por Cardioestudio con La Hacienda S.A.S. (de la que son accionistas parientes de la codemandada) para el funcionamiento de la sede de la empresa en el municipio de Apartadó.

Precisamente para superar un eventual conflicto de intereses, el contrato de arrendamiento en referencia fue suscrito por el señor Jorge Hernán Herrera Márquez en su condición de gerente de la sociedad, existiendo plena transparencia en la celebración de dicho negocio jurídico.

Aunque en el hecho 24 de la demanda se hacen cuestionamientos sobre “*las condiciones actuales del contrato*”, sobre las implicaciones económicas de su restitución una vez finalice su término de vigencia y sobre eventuales dificultades que se generen con respecto del mismo, nada se demostró en concreto.

No se probó por lo tanto que en la ejecución del contrato de arrendamiento aludido la señora Ortiz Franco hubiera incurrido en conductas que tipifiquen un conflicto de intereses.

Por lo anterior, no se reconocerá un conflicto de intereses con respecto al contrato de arrendamiento al que se ha hecho referencia; advirtiendo que, en este caso, en lo que atañe a la celebración del contrato, se procedió por la gerente de la sociedad Cardioestudio de manera leal y transparente.

### **Pretensiones consecuenciales de la segunda principal**

Las pretensiones consecuenciales de la segunda principal, tienen como objeto que: i) se imponga multa a la señora Luz Stella Ortiz, junto con las consecuencias previstas en el artículo 2.2.2.3.5 del Decreto 1074 de 2015; ii) se remueva a la señora Ortiz Franco de la administración de la sociedad; iii) se apruebe la reforma estatutaria propuesta por el doctor Herrera Márquez; y iv) en subsidio de lo anterior, se apruebe un mecanismo que permita reemplazar a la señora Ortiz Franco en sus funciones.

Con respecto a las pretensiones consecuenciales de la segunda principal, el Tribunal considera:

#### **8.2.1. No hay lugar a imponer la multa que se reclama con fundamento en el artículo 2.2.2.3.5 del Decreto 1074 de 2015 (artículo 5°. del Decreto 1925 de 2009).**

La norma invocada como sustento de la pretensión que se analiza es del siguiente tenor:

*“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*

*7 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; sin perjuicio de otros mecanismos de solución de conflictos establecidos en los estatutos. 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, sin perjuicio de las acciones de impugnación de las decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 y siguientes del Código de Comercio.*

*Mediante este mismo trámite, el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios. El juez competente, según lo establecido en la ley, podrá sancionar a los administradores con multas y/o con la inhabilidad para ejercer el comercio, sin perjuicio de la responsabilidad penal que dicha conducta pudiese generar.*

*PARÁGRAFO. En el caso de que la sociedad hubiese pactado cláusula compromisoria o compromiso, se estará a las normas respectivas. En el caso de la Sociedad por Acciones Simplificada se aplicará el artículo 44 de la Ley 1258 de 2008”.*

Conforme al inciso segundo de la norma citada, cuando un administrador viola los deberes consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 debe indemnizar los perjuicios que haya generado con su conducta.

Igualmente, la norma le atribuye al juez una potestad de sancionar al administrador con multas y/o con la inhabilidad para ejercer el comercio “según lo establecido en la ley”.

El Tribunal entiende que la potestad que atribuye la norma está correlacionada con la gravedad de la falta cometida por el administrador, sin que el reconocimiento de la violación de un deber por parte del administrador conlleve necesariamente a la imposición de la sanción.

Sobre la procedencia de dicha sanción ha considerado la Superintendencia de Sociedades que:

*“Sobre este punto debe decirse que, si bien el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 faculta al juez para imponer multas e inhabilitar a los administradores que hubieren violado el régimen de conflictos de interés, estas sanciones no proceden en forma automática. De esta forma, el juez deberá estudiar cada caso en particular a fin de establecer si se justifica imponer multas o la inhabilidad a que se ha hecho referencia. Para tal efecto, se ha dicho que estas sanciones son procedentes para la “guarda de ciertos intereses generales, como la seguridad de los terceros”. Con fundamento en lo anterior, en el caso bajo análisis, el Despacho no ha encontrado motivos suficientemente contundentes como para concluir que las conductas examinadas en este proceso, ameriten imponer las sanciones a las que se ha hecho referencia”<sup>41</sup>.*

En el presente caso, se considera que la falta en la que incurrió la señora Ortiz Franco -al no diferenciar sus funciones como gerente de los intereses económicos de su cónyuge como socio de Cardioestudio- obedeció a una ligereza y no a un acto recurrente, malintencionado o de mala fe.

Para el Tribunal en este caso no se acreditó que la conducta cuestionada hubiera afectado “intereses generales”, ni parece proporcional a dicha conducta la imposición de una sanción como la que se reclama.

<sup>41</sup> Superintendencia de Sociedades. Proceso verbal de Miguel Ángel Rodríguez contra Luz Norela Correa Garzón, Mito Therapies S.A.S. y Peter Luc Dielwart. Radicado: 2020-800-00248

Teniendo en cuenta la premisa precedente, y reiterando que la imposición de la multa es potestativa, el Tribunal considera que no es procedente en este caso la imposición de la misma. **En lugar de ello se exhortará a la señora Ortiz Franco a que no vuelva a incurrir en actos que configuren un conflicto de intereses.**

### **8.2.2. No hay lugar a que el Tribunal ordene la remoción de la señora Ortiz Franco de la administración de la sociedad;**

El artículo 5° del Decreto 1925 de 2009 establece las consecuencias que se siguen de la violación por parte de un administrador de sus deberes legales.

Dentro de las consecuencias normativamente establecidas se encuentran la nulidad del acto jurídico celebrado, la indemnización de los perjuicios causados por la infracción de los deberes del administrador y la imposición de multas o de la inhabilidad para ejercer el comercio.

La norma no contempla como una consecuencia del actuar incorrecto del administrador la remoción del cargo, pues ello comporta una intromisión de un tercero (el juez) en la administración de la sociedad.

Como se explicó con antelación, la Superintendencia de Sociedades ha reconocido por excepción la posibilidad de que el Juez remueva al administrador de una sociedad indicando que *“...tan sólo podrá producirse de manera excepcional, cuando se acrediten debidamente los presupuestos del abuso del derecho de voto o se verifique alguna otra violación del ordenamiento societario colombiano que pueda justificar una actuación de esa naturaleza.”*

En el caso concreto, el Tribunal considera que no es proporcional con la conducta reprochada ni conveniente ordenar por vía judicial la remoción de la gerente de la sociedad demandada.

Se afirma lo anterior, puesto que: i) la falta en la que se considera incurrió la señora Ortiz Franco no tiene la magnitud para que se pueda entrar a tomar una medida de intervención de carácter excepcional; ii) los resultados que ha mostrado la administración de Cardioestudio son positivos; y iii) la remoción de la gerente conllevaría a que la gerencia de la empresa quede en poder del demandante, lo cual no constituye un remedio para el conflicto societario que se ha presentado.

Ello no es óbice para que el Tribunal, en aras de que se supere el conflicto, y para que no queden los hálitos de duda que pesan sobre las decisiones que ha adoptado la gerente actual, le recomiende a la señora Ortiz Franco apartarse de la gerencia de la empresa en procura de que se designe un nuevo gerente que no tenga vínculo con las partes, que les genere tranquilidad a ambos socios, y que permita que Cardioestudio continúe siendo una empresa exitosa, libre de conflictos internos.

No parece que tenga sentido que un gerente se aferre a un cargo, cuando el titular del 50% de las acciones de la empresa no está de acuerdo con su gestión. No es un tema que se pueda resolver a través de una orden judicial, pero sí a partir de la ética empresarial y de la sensatez humana, a veces obnubilada por los sentimientos, el orgullo y las pasiones, que en ocasiones impiden la empatía y la consideración por el otro (expresiones estas últimas que en este caso se hacen de manera respetuosa y que tienen como destinatarias a todas las personas involucradas en el conflicto).

Por lo expuesto, no se ordenará la remoción de la señora Luz Stella Ortiz Franco, pero si se la exhortará (invitará) a que tome voluntariamente tal decisión.

### **8.2.3. No se accederá a aprobar la reforma estatutaria propuesta por el demandante.**

No existe norma alguna que habilite al Juez a aprobar una reforma estatutaria de una persona jurídica.

La aprobación por parte del juez de una reforma estatutaria propuesta por un socio constituiría un acto inaceptable de intromisión judicial en el ámbito de una sociedad.

En el marco de la autonomía privada -salvo casos excepcionales como el de la teoría de la imprevisión- no es dable que el operador judicial entre a modificar o a regular la relación jurídica negocial construida por las partes.

La función del Juez en el marco negocial y societario está circunscrita a juzgar la eficacia o la validez de los contratos negocios jurídicos celebrados, o a verificar situaciones de incumplimiento y a reconocer las consecuencias derivadas de estas, pero no se extiende a crear o modificar las reglas establecidas por las partes en el marco de la autonomía privada.

El poder de los jueces no puede llegar al punto reclamado por la parte convocante, pues ello conduciría a resquebrajar el régimen económico acogido por la Constitución Nacional (la libre iniciativa de los particulares) y los pilares del ordenamiento jurídico del derecho privado en Colombia.

Igualmente, la atribución al órgano judicial de implementar reformas estatutarias desquiciaría los principios que rigen el derecho de asociación en el marco societario, y la razón de ser del contrato de sociedad.

Se concluye que no le es dable al Juez entrar a imponer o aprobar reformas estatutarias.

Por lo expuesto, se desestimará esta pretensión.

### **8.2.4. Sobre la pretensión subsidiaria de las consecuenciales**

Por las mismas razones expuestas con antelación -no intromisión del juez en las decisiones societarias- no es posible que el Juez ordene que en un *“plazo perentorio la asamblea de accionistas adopte una reforma estatutaria que implique la salida programada de Luz Stella Ortiz como administradora”*.

El Juez no puede imponerle a un órgano societario que adopte una decisión en un determinado sentido para resolver un conflicto interno.

Por ello, no se acogerá la pretensión subsidiaria analizada.

### **8.3. Tercera pretensión principal dirigida a que se declare que se declare la existencia de un conflicto societario entre Rafael Ignacio Castaño y Jorge Hernán Herrera.**

La parte Convocante solicita al Tribunal la declaratoria de existencia de un conflicto societario entre Rafael Ignacio Castaño y Jorge Hernán Herrera, como consecuencia de la cual reclama su solución: i) removiendo a la señora Luz Stella Ortiz de su cargo de administradora de la sociedad; ii) aprobando la reforma estatutaria propuesta por el

Convocante; o iii) ordenando la aprobación de otro mecanismo que permita el reemplazo de la actual administradora.

En el escrito de la reforma de la demanda se planteó esta pretensión en los siguientes términos:

*“TERCERA PRINCIPAL. Sírvase declarar la existencia de un CONFLICTO SOCIETARIO entre los señores Rafael Ignacio Castaño y Jorge Hernán Herrera, como accionistas paritarios de la sociedad CARDIOESTUDIO S.A.S., identificada con el NIT. 800.158.328-1.*

• *CONSECUENCIAL PRIMERA. Sírvase resolver el conflicto societario existente entre los accionistas de CARDIOESTUDIO S.A.S., removiendo a la señora Luz Stella Ortiz de la administración de la Sociedad.*

*CONSECUENCIAL SEGUNDA DE LA PRETENSIÓN 3ª. Sírvase resolver el conflicto societario existente entre los accionistas de CARDIOESTUDIO S.A.S., aprobando la reforma estatutaria propuesta por el accionista Jorge Hernán Herrera.*

*SUBSIDIARIA DE LAS CONSECUENCIALES. En caso de no removerse de la administración a la Señora Luz Stella Ortiz ni acogerse la reforma estatutaria que se ordene a la sociedad CARDIOESTUDIO S.A.S. superar el conflicto societario mediante la aprobación de un mecanismo que permita reemplazar en la administración a Luz Stella Ortiz, para lo cual dentro de un plazo perentorio la asamblea debe adoptar una reforma estatutaria que implique la salida programada de Luz Stella Ortiz como administradora”.*

En la forma como fue planteada la pretensión tercera principal de la demanda, resulta claro para el Tribunal que se trata de un asunto meramente declarativo, toda vez que lo perseguido con dicha petición es el reconocimiento o declaratoria de certeza de una situación que existe con anterioridad a la sentencia.

Sobre las características de este tipo de pretensiones se ha pronunciado la doctrina extranjera de la siguiente manera:

*“La finalidad de la pretensión meramente declarativa no es otra que la necesidad de que la declaración jurisdiccional origine una situación de certeza ante una posición jurídica controvertida, quedando satisfecho el factum que sirve de sustento al derecho del sujeto -derecho subjetivo- con esa declaración. Es la denominada “declaración de la existencia de derecho y de situaciones jurídicas” (artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil).*

*La pretensión meramente declarativa tiende a crear certeza (“tendono ad ottenere l’ accertamento dell’ esistenza (...) o inesistenza (...) di un rapporto giuridico incerto e controverso, o, in caso di espressa norma di legge, di un fatto giuridicamente rilevante ZANZUCCHI). Pero, mientras en la pretensión declarativa de condena y constitutiva, la declaración existe como “prejudicial” a la condena o a la nueva constitución jurídica, las pretensiones meramente declarativas persiguen la certidumbre jurídica del derecho controvertido (“l’ accertamento esiste come pregiudiziale alla condanna e alla modificazione giuridica. Nelle (...) di mero accertamento, però, l’ accertamento, anziche avere un valore pregiudiziale, esaurisce lo scopo (...) del processo, ed ha questa sola funzione: quella di far certo il diritto” ZANZUCCHI)”<sup>42</sup>.*

<sup>42</sup> Autor del comentario de doctrina: Antonio María Lorca Navarrete. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco. El comentario de doctrina forma parte del libro: *El nuevo diseño del proceso civil. Constitución, Derecho de la Unión Europea, Partes, Jueces y Letrados de la Administración de Justicia*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2020 con ISBN: 978-84-949459-4-6. En concreto, de su Capítulo III y formará parte del libro *90 CUESTIONES CLAVES QUE PERMITEN OPINAR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL*, de próxima publicación. Scientific CV: <https://orcid.org/0000-0003-3595-3007>

Se advierte pues que, las pretensiones mero declarativas buscan eliminar la incertidumbre acerca de un asunto controvertido, dotándolo de certeza en virtud de la declaración judicial; por lo que, la inexistencia de debate sobre el asunto planteado torna inane su declaración judicial.

En el presente asunto no existe discusión acerca de la existencia de un conflicto societario entre Rafael Ignacio Castaño y Jorge Hernán Herrera como accionistas paritarios de Cardioestudio.

Ello determina que, como el fundamento fáctico que sirve de soporte a la pretensión tercera principal es reconocido por ambas partes no existe incertidumbre sobre su existencia (“verdad de perogrullo”), y, por ende, resulta innecesario efectuar pronunciamiento judicial sobre el particular; máxime si sobre las pretensiones formuladas de manera consecencial y subsidiaria se emitió pronunciamiento al momento de resolver la pretensión segunda.

Adicional a ello, aunque se llegare a considerar que la situación de hecho descrita en precedencia no reviste grado de certeza y que en razón de ello es necesaria la emisión de un pronunciamiento judicial al respecto, deberá tenerse en cuenta que conforme a la jurisprudencia citada en el acápite 6.2.4. de esta providencia, la función jurisdiccional respecto de los conflictos societarios no abarca la declaratoria de existencia de los mismos.

En consecuencia, no se acogerá la pretensión tercera principal.

#### **8.4. Cuarta pretensión principal dirigida a que se declare que Luz Stella Ortiz Franco incurrió en responsabilidad civil.**

En la pretensión cuarta de la demanda el convocante pretende la declaratoria de existencia de responsabilidad civil en cabeza de la señora Luz Stella Ortiz Franco, por incumplimiento de sus obligaciones como administradora de la sociedad, con la consecuente indemnización de perjuicios, de la siguiente forma:

*“CUARTA PRINCIPAL. Sírvase de declarar la responsabilidad de la señora Luz Stella Ortiz Franco POR HABER INCUMPLIDO SUS DEBERES COMO ADMINISTRADORA de la sociedad CARDIOESTUDIO S.A.S., referentes a sus obligaciones de buena fe, lealtad, trato igualitario a los accionistas de la sociedad y no obrar en conflicto de intereses.*

*• CONSECUCIONAL PRIMERA a. Como consecuencia, declárese responsable de los perjuicios patrimoniales ocasionados por la señora Luz Stella Ortiz Franco al accionistas Jorge Hernán Herrera y al pago de SETENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO PESOS MONEDA LEGAL (COP\$75.512.618) por concepto de LUCRO CESANTE hasta diciembre de 2021.*

*b. Sírvase condenar al lucro cesante generado desde enero de 2022 hasta la fecha de emisión del Laudo, conforme al dictamen pericial que se practique.*

*c. Que sobre las sumas anteriores se condene a intereses de mora, causados desde la constitución en mora (la notificación del auto admisorio).*

*c.1. Si no se considera procedente la mora, se indexe las sumas comprobadas como lucro cesante para el momento de la emisión del Laudo”.*

La pretensión cuarta de la reforma de la demanda contiene una solicitud de declaración de responsabilidad civil en contra de la administradora de la sociedad de carácter

individual, ejercida por el accionista que se considera afectado con las actuaciones de la señora Luz Stella Ortiz Franco.

Como fundamento de dicha petición se afirma la existencia de un incumplimiento de los deberes que le son exigibles a la codemandada como administradora *“referentes a sus obligaciones de buena fe, lealtad, trato igualitario a los accionistas de la sociedad y no obrar en conflicto de intereses”*.

Como se dejó explicado en acápites anteriores, la prosperidad de la pretensión indemnizatoria formulada en contra del administrador requiere la acreditación, por parte del demandante, de: i) la causación de un daño al reclamante; ii) que exista un actuar doloso o culposo de la señora Ortiz Franco -incumplimiento de los deberes u obligaciones impuestos a los administradores-; y iii) que se acredite una relación de causalidad entre el daño invocado y la actuación imputada a la codemandada.

Conforme a la prueba recaudada en este trámite, la cual quedó detallada en acápites anteriores, el señor Jorge Hernán Herrera sufrió un daño<sup>43</sup> en su patrimonio, derivado de la reducción de los ingresos generados por la prestación de sus servicios profesionales como médico cardiólogo.

En efecto, los elementos de convicción recaudados, en especial la prueba documental, pericial y testimonial recibida son demostrativas de que después de la pandemia: i) los honorarios del convocante se redujeron sustancialmente; ii) que su participación porcentual respecto de los demás cardiólogos que le han prestado servicios a la sociedad disminuyó, pasando del 16% en el año 2018 al 3% en el año 2021; y iii) que los honorarios que ha percibido el convocado doctor Rafael Ignacio Castaño después de la pandemia son superiores a los devengados por el convocante.

El perjuicio, conforme quedó delimitado desde el escrito de reforma de la demanda, se estructura por las sumas de dinero que dejó de percibir el convocante como consecuencia de la modificación de las condiciones en la prestación del servicio y de la reducción de los eventos de atención profesional que se le asignan.

Sin embargo, para el Tribunal la reducción de dichos ingresos no tiene como causa una violación de los deberes u obligaciones de la señora Ortiz Franco como gerente de la sociedad Cardioestudio.

En efecto, se indica en la demanda que la codemandada incumplió sus deberes como administradora referidos a la *“buena fe, lealtad, trato igualitario a los accionistas de la sociedad y no obrar en conflicto de intereses”*.

El Tribunal no encuentra que se hubiera demostrado que la señora Ortiz Franco ha obrado de mala fe, de forma desleal o prodigándole un tratamiento desigual a los accionistas.

---

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC2107-2018 del 12 de junio de 2018. M.P. Dr. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA. Radicado 11001-31-03-032-2011-00736-01.

5.2.1. El daño es entendido por la doctrina de esta Corte, como *“la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio”*.

El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del *“(…) perjuicio que el daño ocasionó (…)”*

La prestación de los servicios profesionales del demandante a la sociedad demandada tiene fundamento en el contrato de prestación de servicio celebrado, que es el que sirve de título a los honorarios percibidos por el doctor Herrera Márquez.

Si dichos honorarios se han rebajado, en contravía de los derechos que emanan de dicho contrato (y no del vínculo como socio, que no es estatutariamente el que le atribuye el derecho a trabajar), es asunto del que este Tribunal no se puede ocupar, pues ello desborda el marco de las pretensiones de la demanda y de la competencia que atribuye la cláusula compromisoria pactada con el fin de resolver problemas societarios, y no los derivados del contrato de prestación de servicios.

Como previamente se indicó, en el demandante concurren dos relaciones jurídicas, que no se pueden confundir, estando habilitado el Tribunal solamente para resolver las controversias que atañen al vínculo societario y no al contrato de prestación de servicios.

Adicionalmente, y en línea de lo que se expuso al resolver la pretensión segunda principal, en el proceso no se acreditó que: i) las decisiones de la gerencia hayan tenido como finalidad la de privilegiar al convocado Castaño Hincapié y perjudicar al convocante Herrera Márquez; ii) la decisión de la gerencia consistente en suspender de manera temporal los contratos de prestación de servicios y que después de la pandemia los socios no continuaran prestando sus servicios profesionales en la sede de Cardioestudio en la ciudad de Medellín, estuviera dirigida a uno solo de los accionistas; iii) la determinación de privilegiar la prestación de servicios por los especialistas externos en la ciudad de Medellín tuviera como finalidad generar beneficios al accionista convocado y perjudicar al accionista convocante.

Dentro de las medidas adoptadas por la representante legal de la sociedad para el manejo de negocios no se advierte la existencia de arbitrariedad o capricho, sino estrategias comerciales tendientes al mejoramiento de la misma, y al aumento de sus ingresos, que el Tribunal no puede calificar como violatorias de los deberes u obligaciones que se afirman incumplidos.

Adicional a lo anterior, tampoco se acreditó en el proceso que las manifestaciones efectuadas por la señora Ortiz Franco relativas a su visión sobre la inconveniencia de que en la empresa laboren personas de edad mayor, tengan la virtualidad de materializar un perjuicio.

Ello, por cuanto se trata de la expresión de un criterio -bastante cuestionable desde el punto de vista del respeto por las personas de la tercera edad- pero que no se ha materializado en una decisión, pues el demandante no ha sido excluido de la prestación del servicio; y si así fuera, el origen del conflicto pareciera estar en el contrato de prestación de servicios y no en la violación de los derechos como accionista.

Finalmente, si bien al resolver la pretensión segunda principal se reconoció una situación de conflicto de intereses en la que incurrió la codemandada Ortiz Franco, el perjuicio económico que se invoca como fuente de la pretensión cuarta de la demanda corresponde a la disminución de los ingresos económicos percibidos por el demandante como consecuencia de la modificación de sus condiciones de trabajo; perjuicio que no tiene relación de causalidad con la violación al deber de no incurrir en actuaciones signadas por conflictos de intereses.

Adicionalmente, no se probó que el demandante hubiera sufrido un perjuicio cierto derivado de la actuación que tipificó el conflicto de intereses reconocido al dirimirse la pretensión segunda principal.

En síntesis, se negará la pretensión cuarta de la demanda, ya que: i) el perjuicio invocado y demostrado por la parte demandante no tuvo como causa el incumplimiento de deberes u obligaciones de la señora Ortiz Franco como administradora; y ii) no se acreditó que el demandante hubiera sufrido un perjuicio derivado de la violación del deber de no incurrir en actuaciones constitutivas de conflicto de intereses.

En consecuencia, al no estructurarse los presupuestos de la responsabilidad civil de los administradores, se impone desestimar la pretensión cuarta principal de la demanda.

#### **8.5. Quinta pretensión principal dirigida a que se declare que el señor Rafael Ignacio Castaño incurrió en abuso al voto**

La pretensión quinta principal de la demanda se formuló de la siguiente forma:

*“QUINTA PRINCIPAL. Sírvase de (sic) declarar que el señor Rafael Ignacio Castaño incurrió en uso abusivo del derecho al voto por paridad buscando perpetuar indefinidamente a su cónyuge como administradora de la sociedad Cardioestudio S.A.S., para la obtención de una ventaja injustificada en perjuicio del accionista Jorge Hernán Herrera Márquez”*

El problema jurídico que entraña esta pretensión es el de determinar si se configura el abuso en el derecho al voto por parte del doctor Rafael Ignacio Castaño al haber votado negativamente la propuesta de retiro o desvinculación de Cardioestudio de su cónyuge Luz Stella Ortiz Franco.

El artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 regula los cauces dentro de los cuales debe ejercerse el derecho al voto en el ámbito societario, así como los presupuestos para que este se considere abusivo.

Dicha norma es del siguiente tenor:

*“Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. 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 una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.*

*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 de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario”.*

En sentencia del 22 de febrero de 2016 -previamente citada- la Superintendencia de Sociedades explicó con respecto al abuso en el derecho al voto:

*“Este Despacho se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca de 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 alguno*

*de los asociados 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. De esta forma, quien inicia una acción judicial por abuso del derecho de voto debe satisfacer una altísima carga probatoria”.*

Conforme a los lineamientos legales y a los parámetros de la jurisprudencia desarrollada por la Superintendencia de Sociedades, que el Tribunal comparte, para que se estructure el ejercicio abusivo del derecho al voto en una sociedad en la que los accionistas están en una situación de paridad se requiere: i) que el demandante demuestre que la forma en que el demandado ejerció el derecho al voto le causó un perjuicio a él o a la sociedad, o que sirvió de base para obtener una ventaja injustificada; y ii) que quien hizo uso del derecho al voto hubiera tenido como propósito el logro de fines desviados.

Significa lo anterior, que el abuso en el derecho al voto implica la acreditación de un presupuesto objetivo (causación de un perjuicio para el socio o para la sociedad) y un presupuesto subjetivo que es la finalidad de quién votó de generar una consecuencia negativa en la esfera de la sociedad o de los demás asociados.

La parte demandante afianza esta pretensión en el hecho de que el demandado Rafael Ignacio Castaño ha votado negativamente en varias oportunidades las propuestas formuladas por el doctor Herrera Márquez en reuniones de asamblea de accionistas, tendientes al retiro del cargo de gerente de la señora Luz Stella Ortiz Franco.

En el caso concreto el demandante cuestiona la decisión del doctor Castaño Hincapié al considerar que con la misma se busca perpetuar a su cónyuge en la administración de la sociedad. Por su parte el demandado, considera que votó de acuerdo con sus convicciones sobre la conveniencia en el manejo de la sociedad, al considerar que la administración que se le ha dado a la misma es adecuada.

Si bien es cierto que el demandante considera que no es conveniente para él y para la sociedad que la señora Castaño Ortiz continúe como gerente de Cardioestudio, ello no significa que la visión del otro socio deba ser coincidente con la suya.

En el caso concreto el Tribunal aprecia que cada uno de los socios ha votado de acuerdo con sus convicciones y sin el propósito de generarle un perjuicio al otro.

El voto corresponde a un típico acto de autonomía, y ello explica que solo en las situaciones de excepción antes descritas se pueda configurar un abuso en su ejercicio.

Infortunadamente en este caso las decisiones de los socios -también fruto de la autonomía- llevaron a que para la remoción de la gerente se requiera una decisión mayoritaria de la asamblea de accionistas, que en el caso de esta sociedad (dada la paridad) implica la unanimidad.

Si el accionista vota de conformidad con sus convicciones, sin el propósito de generar un perjuicio, así el otro accionista no esté de acuerdo, no se puede estructurar el abuso en el derecho ejercido.

Al no haberse demostrado en este caso que el demandado Castaño Hincapié votó negativamente las proposiciones de retiro de su cónyuge en contravía de los intereses de la sociedad o para afectar los derechos del demandante, no se puede declarar el ejercicio abusivo del derecho en la forma pretendida en la demanda, advirtiendo que la pretensión tuvo como base un abuso del derecho y no el conflicto de intereses en el que

se podría haber incurrido en las votaciones (aspecto que el Tribunal no puede juzgar, por no ser objeto de las pretensiones).

Por ello se desestimará la pretensión quinta principal de la demanda, sin que haya lugar a pronunciarse sobre las pretensiones consecuenciales.

#### **8.6. Sexta pretensión principal dirigida a que se ordene a los demandados reincorporar al demandante a los grupos institucionales de Whatsapp.**

La pretensión sexta de la demanda fue formulada en los siguientes términos:

*“SEXTA PRINCIPAL. Ordénese a Cardioestudio S.A.S., Luz Stella Ortiz Franco y Rafael Ignacio Castaño el respeto de los derechos del accionista Jorge Herrera mediante la reincorporación de los grupos institucionales de whatsapp **CARDIO ECO CARDIOESTUDIO**” creado el 24 de marzo de 2020, así como la conminación de no realizar conducta similar y **“ECO MEDELLÍN”**.*

En el proceso quedó demostrado que el convocante hacía parte de un grupo de WhatsApp denominado Cardio Eco Cardioestudio.

También quedó acreditado que concomitantemente con la presentación de la demanda arbitral el demandante fue retirado de dicho grupo.

El grupo de WhatsApp referido era administrado por el codemandado Rafael Ignacio Castaño, en su condición de médico de la sociedad demandada.

Si bien existen indicios de que el retiro del demandante correspondió a una retaliación por la presentación de la demanda, no es posible acceder a la pretensión, pues no existe certeza de que dicho grupo -pese a su nombre- sea un grupo institucional, ni que la pertenencia al mismo tuviera sustento en la condición de accionista del demandante.

Así mismo, no existe ningún elemento de juicio para afirmar que la calidad de accionista del demandante le atribuya el derecho a exigir su permanencia en un grupo del que hacen parte médicos vinculados a la sociedad que no tienen la condición de accionistas.

Nuevamente el Tribunal destaca la imposibilidad de adoptar medidas en relación con el ámbito privado de las partes involucradas en el conflicto, cuando no queda claro que las conductas cuestionadas tengan como causa el vínculo societario.

Por ello no se acogerá la pretensión en la forma planteada.

#### **8.7. De las excepciones de mérito propuestas por las convocadas**

Por lógica procesal, el juez únicamente debe pronunciarse respecto de las excepciones de fondo o de mérito, sí la pretensión está llamada a prosperar, puesto que es solo ahí donde la excepción adquiere sentido: demostrar un hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho, el cual logre enervar total o parcialmente la pretensión.

Al respecto ha expuesto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

*“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.*

*A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.*

*Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.*

*De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido 'y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolucióndel demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen''<sup>44</sup>.*

Como en el presente evento se desestimaron las pretensiones primera principal, tercera principal, cuarta principal, quinta principal, sexta principal y las pretensiones consecuenciales de la pretensión segunda principal, no hay lugar a emitir pronunciamiento respecto de las excepciones formuladas por los convocados frente a las mismas.

Como la única pretensión que se declarará prospera será la pretensión segunda principal, procederá el Tribunal a resolver las excepciones formuladas por los convocados frente a la misma.

Frente a la pretensión segunda principal el codemandado Rafael Ignacio Castaño Hincapié formuló las “excepciones” que denominó: i) inexistencia de la violación de los deberes de los administradores sociales; y ii) excepción genérica.

Por su parte la señora Ortiz propuso las “excepciones” que denominó: i) inexistencia de violación de un deber fiduciario”; ii) violación del deber de buena fe; iii) inexistencia de la violación al deber de obrar con lealtad; iv) no existe trasgresión de la prohibición de obrar ante la inexistencia de un conflicto de intereses; v) inexistencia del supuesto incumplimiento al deber de dar un trato equitativo a todos los socios; vi) sobre el incumplimiento del deber de abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros.

No obstante, dichos argumentos de defensa no constituyen verdaderas excepciones, y en razón de ello, no hay lugar a efectuar pronunciamiento frente a las mismas.

En efecto, desde el punto de vista de la técnica procesal, las excepciones de mérito formuladas no pueden ser catalogadas como tales, teniendo en consideración que no es un hecho que de ser demostrado impida la prosperidad total o parcial de la pretensión (que es lo que determina que se esté frente a una verdadera excepción); pues hacen referencia a la ausencia de configuración de los presupuestos necesarios para la prosperidad de la pretensión.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 3 de marzo de 2015 con ponencia del Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez, expuso lo siguiente:

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de junio de 2001. Expediente 6343.

*“Ahora bien, no cualquier argumento encaminado a desestimar las pretensiones corresponden estrictamente a excepciones, así se les dé esa denominación, en la medida que, como lo dijo la Corporación en SC de 11 de junio de 2001, rad. 6343, (...) el carácter de tal solamente lo proporciona el contenido intrínseco de la gestión defensiva que asuma dicha especie, con absoluta independencia de que así se la moteje. Es bien claro que la mera voluntad del demandado carece de virtud para desnaturalizar el genuino sentido de lo que es una excepción (...) La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose (...) A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor (...) Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (...) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido “y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolució del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen” (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830).*

*(...) En particular no caen en la cuenta [los juzgadores] de lo impropio que es calificar de excepción la simple falta de derecho en el demandante, lo cual, “según los principios jurídicos no puede tener este nombre, porque la falta de acción por parte del actor implica inutilidad de defensa por parte del reo, y aquélla impone la necesidad de la absolució directa sin el rodeo de la excepción”, según viene sosteniendo esta Corporación desde antiguo (XXXII, 202). Débese convenir, entonces, que en estrictez jurídica no cabía pronunciamiento expreso sobre lo que no fue una verdadera excepción, habida consideración de que -insístese- “cuando el demandado dice que excepciona pero limitándose, (...) a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción ninguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto”; de donde se sigue que la verdadera excepción difiere en mucho de la defensa común consistente en oponerse a la demanda por estimar que allí está ausente el derecho peticionado; y es claro también que “a diferencia de lo que ocurre con la excepción cuya proposición (...) impone la necesidad de que el juez la defina en la sentencia, la simple defensa no requiere una respuesta específica en el fallo final; sobre ella resuelve indirecta e implícitamente el juez al estimar o desestimar la acción” (CXXX, pag. 19). (...)”<sup>45</sup>. (Subrayas fuera del texto original).*

En consecuencia, no se acogerán las “excepciones” propuestas.

## **8.8. Conducta procesal de las partes.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 280 del Código General del Proceso, el Tribunal considera que no hubo comportamientos temerarios o reprochables de los apoderados o de las partes, de los cuales se puedan derivar consecuencias procesales. Pese a la complejidad del conflicto, el comportamiento procesal de los apoderados de las partes y de las partes mismas fue ejemplar, sin que pueda encontrar el Tribunal razones de reproche frente a su comportamiento.

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC4574-2015 del 3 de marzo de 2015. M.P. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez. Radicado: 11001-31-03-023-2007-00600-02

## 8.9. Del juramento estimatorio.

De acuerdo con el artículo 206 del Código General del Proceso, el juramento estimatorio es prueba del monto de los perjuicios alegados mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. La objeción le resta valor probatorio cuando esta se hace en debida forma, caso en el cual el juramento estimatorio deja de ser prueba y debe ser reemplazado por otros medios probatorios.

La norma referida, establece dos supuestos para imponer sanciones en relación con el juramento estimatorio. Uno es el relativo al exceso en la estimación realizada, y el otro, que no se demuestre perjuicio alguno.

La norma dispone:

*“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.*

(...)

*PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

*La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte (...).”*

En la sentencia C-157 de 2013, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del párrafo que se transcribe, al considerar que no puede imponerse sanciones a la parte que no demostró los perjuicios aducidos, cuando ha actuado de forma diligente y proba.

En el presente caso, si bien las pretensiones de condena no están llamadas a prosperar, no se encuentra procedente imponer sanción alguna, puesto que la desestimación de las pretensiones no obedece a insuficiencia probatoria de los perjuicios alegados, los cuales encuentran respaldo en la prueba pericial incorporada al proceso; debiéndose destacar la lealtad y probidad con la que actuó la parte demandante.

## IX. GASTOS Y COSTAS DEL PROCESO

El numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

*“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”.*

El numeral 5 de la misma norma regula la condena en costas cuando las pretensiones de la demanda prosperan de manera parcial, así:

*“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.*

En el presente caso solo sale avante la pretensión segunda principal de la demanda, que sin duda se erigió en un aspecto central del litigio.

Por lo anterior, el Tribunal encuentra equitativo que las costas sean asumidas por la parte demandante en un 70%. En consecuencia, corresponde el reembolso a las demandadas del 70% de lo que estas pagaron por concepto de gastos y honorarios (\$ 19.340.000), para un total de **TRECE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL PESOS (\$ 13.580.000,00)**.

El Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PSAA16- 10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece en el artículo 5 la forma de fijar las agencias en derecho en los procesos declarativos de única instancia, lo cual se puede trasladar al proceso arbitral, para el que no existe norma especial para la fijación de agencias. La norma dispone que en aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, la tarifa se fija entre 1 y 8 S.M.M.L.V. Tal como se dispuso en la fijación de honorarios y gastos para el proceso, las pretensiones más representativas de la demanda son las de carácter declarativo. Por lo anteriormente expuesto, se condenará a la parte demandante, en agencias en derecho por valor de 8 S.M.M.L.V., que con la limitación reconocida (condena al 70%) corresponde a **SEIS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS (\$ 6.496.000,00)**.

En consecuencia, la condena en costas a cargo de la parte demandante y a favor de los demandados corresponde a **VEINTE MILLONES SETENTA Y SEIS MIL PESOS (\$ 20.076.000,00)**.

## X. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

De conformidad con lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en virtud de la voluntad de las partes de resolver sus diferencias a través de arbitraje, el Tribunal

### FALLA

**PRIMERO:** Desestimar las pretensiones primera principal, tercera principal, cuarta principal, quinta principal y sexta principal de la demanda, así como las pretensiones consecuenciales de las mismas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

**SEGUNDO:** Acoger parcialmente la pretensión segunda principal de la demanda declarando que la señora Luz Stella Ortiz Franco incurrió en conflicto de intereses en la actuación desplegada con respecto a la invitación formulada en el año 2022 para adelantar una negociación para la posible venta de la compañía.

**TERCERO:** Exhortar a la señora Luz Stella Ortiz Franco a no incurrir en actuaciones que configuren conflictos de intereses.

**CUARTO:** Desestimar las pretensiones primera, segunda y tercera consecencial de la pretensión segunda principal, así como la pretensión subsidiaria de estas, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**QUINTO:** Recomendar a la señora Luz Stella Ortiz Franco separarse de la gerencia de la sociedad Cardioestudio para efectos de facilitar la solución del conflicto societario existente entre los señores Jorge Hernán Herrera Márquez y Rafael Ignacio Castaño Hincapié.

**SEXTO:** Desestimar las excepciones de mérito propuestas por los convocados.

**SÉPTIMO:** No imponer las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva del laudo.

**OCTAVO:** Condenar al demandante a pagar a los demandados la suma de **VEINTE MILLONES SETENTA Y SEIS MIL PESOS (\$ 20.076.000,00)** por concepto de costas procesales.

**NOVENO:** Declarar causado el saldo de los honorarios del árbitro y de la secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes.

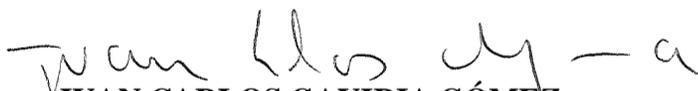
**DÉCIMO:** Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo del árbitro y de la secretaria, para lo cual el árbitro único hará las deducciones y librára las comunicaciones respectivas.

**DÉCIMO PRIMERO:** Ordenar la liquidación final, y si a ello hubiera lugar, la devolución de las sumas no utilizadas de la partida “gastos del proceso”.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo, con las constancias de Ley y con destino a cada una de las partes.

**DÉCIMO TERCERO:** Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje, de conformidad con el artículo 78 del Reglamento y el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

El árbitro único,

  
**JUAN CARLOS GAVIRIA GÓMEZ**  
Árbitro único

La secretaria,

  
**SARA ELENA AGUDELO DUQUE**