

---

# ESCALANDO EL EVEREST: MECANISMOS JURÍDICOS EXTRAPROCESALES Y PROCESALES PARA ENFRENTAR LAS ASIMETRÍAS DE INFORMACIÓN EN CONFLICTOS SOCIETARIOS EN COLOMBIA

Por: **Carlos Alberto Montoya Posada**

## Introducción

Cuando surge un conflicto entre el accionista mayoritario (controlante) y el accionista minoritario, este último suele encontrarse en posición de desventaja frente a su contraparte, no solamente porque carece del poder político suficiente para enderezar los rumbos de la compañía que considera está siendo perjudicada, sino también porque las herramientas de que dispone para lograr una intervención judicial que corrija lo que percibe como una vulneración a sus derechos pueden ser escasas, incompletas<sup>1</sup> y, en algunos casos, impracticables

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, se han identificado los llamados problemas de agencia, los cuales se agrupan en tres categorías: (i) entre los accionistas de la sociedad y sus administradores, (ii) entre los accionistas mayoritarios y los accionistas minoritarios, y (iii) entre los

---

<sup>1</sup> Este fenómeno es retratado por el profesor Gaviria Gil al examinar la figura del abuso del derecho de voto, véase Juan Antonio Gaviria Gil, "Inocuidad de la acción de abuso del derecho al voto en el derecho societario colombiano," Revista de Derecho Privado, no. 47 (julio-diciembre 2024): 197-226, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/9493/16385>

accionistas y los terceros externos a la sociedad.<sup>2</sup> En las estructuras económicas de capital concentrado, es particularmente frecuente el segundo de estos problemas (entre mayoritarios y minoritarios).<sup>3</sup>

En Colombia, este segundo problema de agencia generalmente viene acompañado de un conflicto adicional entre accionistas minoritarios y administradores, debido a que estos últimos suelen actuar como un brazo o extensión de los intereses del accionista mayoritario.<sup>4</sup> Así, el conflicto societario puede presentarse como una doble disputa que enfrenta tanto a minoritarios y mayoritarios como a minoritarios y administradores, lo que, en última instancia, constituye una arista adicional del conflicto que es importante tener en cuenta para los efectos del presente escrito.

Lo anterior es relevante porque en la práctica, cuando los incentivos para evitar el oportunismo han fallado,<sup>5</sup> el surgimiento de un conflicto intrasocietario significa que el minoritario deberá enfrentar no solamente al mayoritario, sino también al administrador quien muy probablemente intentará obstaculizar el inicio de acciones judiciales o buscará entorpecer el éxito de las que se hayan iniciado recurriendo a estrategias como negar el acceso a cualquier documentación de la sociedad.<sup>6</sup>

En este contexto, una de las principales limitaciones que enfrenta un accionista minoritario al intentar demandar a la

---

2 Los problemas de agencia han sido descritos en importantes obras, véase; Reinier Kraakman, John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Mariana Pargendler, Wolf-Georg Ringe y Edward Rock, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3ra ed. (Oxford: Oxford University Press, 2017), 29-31.

3 La doctrina especializada describe cómo una alta concentración de capital tiende generar divergencias entre mayoritarios y minoritarios en mayor medida que las generadas entre accionistas y administradores, en estos casos el minoritario actúa como principal y el mayoritario como agente, véase; Francisco Reyes Villamizar, *El análisis económico del derecho societario* (Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, Grupo Bancolombia y Pontificia Universidad Javeriana, 2012), 38.

4 En ocasiones el mayoritario puede ser el mismo administrador, véase; Superintendencia de Sociedades, Sentencia No. 2014-801-166, *Jovalco S.A.S. contra Construcciones Orbi S.A.*, Bogotá D.C., 7.

5 Desde el análisis económico se refieren las llamadas "regulatory strategies" y "governance strategies." Véase; Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law*, 29-31.

6 La negativa a entregar información generalmente ocurre como el resultado de una acción coordinada entre el accionista mayoritario y los administradores.

sociedad en la que participa o al accionista mayoritario que la controla, es la falta o asimetría de información.<sup>7</sup> Aunque en muchos casos el accionista minoritario puede sospechar que la administración o el controlante están desviando recursos de la compañía, a menudo no puede determinar con exactitud las proporciones de dicha sustracción ni los medios utilizados para llevarla a cabo,<sup>8</sup> incluso al obtener alguna información, no será fácil para el minoritario acceder a los documentos que la respalden debido a su exclusión de la administración y al interés del administrador por restringir el conocimiento de las operaciones sociales reprochables.

Aún más problemático es que, en muchos casos, cuando el minoritario descubre la sustracción, esta ha ocurrido con anterioridad y acceder a la documentación necesaria para demostrarla se convierte en una verdadera odisea, al punto que supone un desafío obtener documentos que la ley considera públicos, como los estados financieros aprobados y sus notas.<sup>9</sup>

Esta situación derivada de la asimetría de información inherente a las relaciones de agencia entre mayoritarios y minoritarios, invita a indagar los mecanismos procesales y extraprocesales con que cuenta el accionista minoritario en su estrategia de litigio para cumplir la carga de la prueba establecida por el artículo 167 del Código General del Proceso, que prescribe *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Bajo esta premisa normativa, el minoritario debe en primer lugar, estar en capacidad de demostrar la existencia de los presupuestos de la acción judicial que interpone, y para

---

<sup>7</sup> Esta problemática tiene desarrollo local en la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades que apelando a doctrina extranjera, ha descrito algunos problemas derivados de la asimetría de información, véase; Superintendencia de Sociedades, Sentencia No. 2021-800-00452, Construcciones y Explotación de Materiales Pétreos S.A. Contra Gonzalo Andrés de La Rosa Guañarita, Bogotá D.C, 8.

<sup>8</sup> Debe considerarse que los accionistas mayoritarios cuentan con múltiples caminos para apropiarse de los recursos de la compañía, entre estos se ha destacado en la doctrina el llamado tunneling en sus diferentes modalidades.

<sup>9</sup> Téngase en cuenta que estos documentos fueron catalogados como públicos por el artículo 41 de la ley 222 de 1995 pero aun así, los administradores suelen negar su entrega alegando el carácter confidencial de esta información.

ello, ineludiblemente deberá diseñar una estrategia que le permita, entre otros, recaudar suficiente información de las operaciones y actuaciones objeto de reproche, tarea difícil que podría asimilarse a escalar una montaña cuyas condiciones ambientales impiden cada paso.

El presente escrito pretende analizar algunos de los instrumentos de que dispone el accionista minoritario para mitigar o reducir las asimetrías de información de cara al proceso judicial en que se ventilará su conflicto societario tales como el derecho de inspección, el derecho de petición, la acción de tutela, las pruebas anticipadas y la carga dinámica de la prueba resaltando algunas de sus características, ventajas y desventajas de cara a la estrategia procesal.

## **1. El derecho de inspección**

Ejemplo de cuerpo de texto considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca. El minoritario que pretenda demandar al mayoritario, tendrá que acudir, en primer lugar, al derecho de inspección, que tratándose de una Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S) podrá ser ejercido, salvo norma estatutaria en contrario, durante los 5 días hábiles anteriores a la fecha de la reunión asamblearia en que se aprueben estados financieros de fin de ejercicio, la transformación, fusión o escisión.<sup>10</sup> Este derecho es un instrumento muy valioso para los minoritarios y será la primera herramienta de que dispondrán para enterarse de los negocios sociales inspeccionando documentos vitales sobre el estado de la compañía y sus cuentas, sin embargo, este ejercicio puede no ser suficiente para detectar operaciones perjudiciales minuciosamente planificadas, por las siguientes razones:

---

10 Ley 1258 de 2008, Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada, expedida por el Congreso de la República de Colombia, Diario Oficial No. 47.194, 5 de diciembre de 2008, Art. 20.

En primer lugar, porque el derecho de inspección tiene un límite temporal avalado por la Superintendencia de Sociedades en cuanto a los documentos que pueden ser objeto de escrutinio. Al respecto, se ha decantado que únicamente pueden ser objeto de inspección los documentos del año correspondiente al ejercicio social sometido a aprobación en la respectiva asamblea, es decir, si se ejerce el derecho de inspección para la asamblea ordinaria del año 2025, solamente podrán ser objeto de inspección los documentos del año 2024<sup>11</sup>, situación que por supuesto, limita grandemente el alcance de la inspección probatoria requerida en casos donde la desviación de recursos ocurrió durante el curso de varios años.

En segundo lugar, el derecho de inspección no permitiría obtener copias ni fotos de los documentos objeto de inspección<sup>12</sup> y en esa medida, por sí solo no sería efectivo para obtener la prueba documental que sirva de soporte en el proceso judicial, aunque puede arrojar información útil para estructurar los fundamentos de una eventual demanda y determinar la mejor ruta de acción, no tendría vocación recaudatoria del medio de prueba documental para lo cual será necesario acudir a otros mecanismos.

En tercer lugar, salvo estipulación estatutaria en contrario, el derecho de inspección está atado a la convocatoria de las reuniones asamblearias que refiere el numeral 2 del artículo 20 de la Ley 1258 de 2024, esto condiciona su ejercicio a que efectivamente las personas facultadas para convocar las mentadas reuniones decidan hacerlo siendo frecuente que la administración con el ánimo de limitar el acceso a la información

---

<sup>11</sup> Circular Básica Jurídica 100-000008-de-2022, Título III, numeral 3.8.7, Superintendencia de Sociedades: "La información que el administrador debe poner a disposición es por regla general, la correspondiente al último ejercicio, pues los documentos propios a ejercicios anteriores, en principio fueron objeto de fiscalización individual en la oportunidad legal correspondiente."

<sup>12</sup> Este aspecto ha sido objeto de múltiples conceptos y se definió en la Circular Básica Jurídica 100-000008-de-2022, Título III, numeral 3.11, Superintendencia de Sociedades: "Solicitud de copias durante ejercicio del derecho de inspección. La inspección apunta a verificar el contenido de los documentos sin que tengan derecho a pedir copias, por lo que el hecho de que la administración de la sociedad se niegue a suministrarlas a los socios no configura violación alguna del citado derecho (...)"

del minoritario (especialmente en sociedades familiares) eluda esta convocatoria con la intención de impedir la activación del derecho de inspección y con ello, el acceso a la información del minoritario. Esta es una de las tantas formas con que cuenta la administración para negar la información al minoritario y aunque pudiera pensarse en denunciar la falta de convocatoria ante la Superintendencia de Sociedades, lo cierto es que dicha entidad no puede actuar en todos los casos<sup>13</sup> y tardará meses en pronunciarse restando efectividad al ejercicio de las acciones que se pretendan impetrar.

De esta manera, cabe preguntarse; además del derecho de inspección que existe en Colombia, *¿qué mecanismos alternativos pueden resultar eficaces para obtener información relevante previo a impetrar una acción judicial?* Ciertamente existen varios mecanismos que pueden ser útiles para recaudar documentación de la sociedad en que se participa como accionista, los cuales utilizados en forma estratégica y coordinada pueden reducir la asimetría de información que soporta el accionista minoritario. A continuación, se examinan varios de ellos sin que sea pretensión del escrito realizar un estudio acabado sobre los mismos.

## **2. El derecho de petición y la acción de tutela**

Se trata de un viejo conocido consagrado constitucionalmente por el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia y regulado en la Ley 1437 de 2011 y en la Ley 1755 de 2015, así como reglamentado en algunos aspectos en el Decreto 1166 de 2016.

Lo importante de este instrumento extraprocesal es que el artículo 32 de la ley 1755 de 2015 autoriza el derecho de petición

---

<sup>13</sup> Recordemos que el artículo 87 de la ley 222 de 1995 establece varias condiciones para que proceda el inicio de una investigación administrativa, entre ellas que el denunciante tenga una participación igual o superior al diez por ciento (10%) del capital y que la respectiva sociedad registre a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior activos iguales o superiores a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes o ingresos iguales o superiores a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En los demás casos, la actuación de la Superintendencia es poco probable.

ante organizaciones e instituciones privadas señalando además que; *“las organizaciones privadas solo podrán invocar la reserva de la información solicitada en los casos expresamente establecidos en la Constitución Política y la ley”*. Así mismo, en caso que la sociedad niegue la entrega de copias, tendrá que explicar de forma suficiente las razones por las cuales considera que existe reserva frente al accionista y en cualquier caso, existirá la posibilidad de insistencia en los términos establecidos por el artículo 26 de la Ley 1755 de 2025, así como de acudir a la Acción de Tutela para que un juez ordene la entrega de información que legítimamente pueda conocer el accionista por esta vía.<sup>14</sup>

Aunque pudiera pensarse que la naturaleza patrimonial de los vínculos jurídicos entre la sociedad y sus accionistas, impide evidenciar la presencia de un derecho fundamental susceptible de ampararse mediante la Acción de Tutela, lo cierto es que el derecho de acceso a la administración de justicia ha sido considerado fundamental<sup>15</sup> y por lo tanto, mientras la información solicitada se vincule directamente con la finalidad de presentar acciones judiciales existirá la oportunidad de obtener documentos vía derecho de petición.

Tampoco tendría que considerarse un obstáculo el principio de subsidiariedad propio de la Acción de Tutela por existir otro mecanismo como el derecho de inspección para acceder a la información, por cuanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha decantado que no resultan excluyentes.

En sentencia T-109 de 2019, la Corte examinó el caso de un asociado que solicitó copias de documentos a la sociedad en la que era accionista, en este caso ordenó la entrega de la información solicitada, además de indicar:

---

<sup>14</sup> La acción de tutela procede en los términos establecidos por el decreto 2591 de 1991.

<sup>15</sup> Es decantada la jurisprudencia constitucional en este sentido puede consultarse, entre otras, la sentencia T-103 de 2019 proferida por la Corte Constitucional.

“El derecho de inspección no excluye el ejercicio del derecho de petición. Se trata de dos garantías que, aunque pueden tener en común el hecho de que a través de ellas las personas logran acceder a información; no se anulan entre sí”.

Así mismo, en sentencia T-358 de 2020, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“Con todo, conviene recordar que el Derecho de Petición no puede desplazar, en ninguna circunstancia, el derecho de inspección de los socios. En efecto, esta es una garantía que fue prevista explícitamente por el ordenamiento jurídico (...), que les permite adelantar labores de fiscalización de la empresa, y con ello, mantenerse informados de la situación financiera y administrativa de la misma. En este orden de ideas, únicamente **cuando con el derecho de petición se busque la salvaguarda de otro derecho fundamental, como por ejemplo el acceso a la administración de justicia, éste puede proceder frente a sociedades**, para la expedición de copias o documentos” (destacado propio)

Según se aprecia, el derecho de petición combinado con la acción de tutela, puede ser un mecanismo efectivo para obtener información de la compañía ante la necesidad de recaudar material probatorio que facilite activar la administración de justicia de forma relativamente celeré, sin embargo, ha de tenerse en cuenta que este mecanismo no permitiría acceder a todo tipo de documentos puesto que, se mantiene la reserva en los que casos en que aplique. No obstante, existen precedentes en los que se ha ordenado por ejemplo, la entrega de actas de Junta Directiva.<sup>16</sup>

Adicionalmente, no pueden olvidarse las consecuencias que un fallo de tutela puede tener para los administradores que funjan como representantes legales cuando ordenada la entrega de cierta información por parte del juez de tutela, la administración se rehúse o intente eludir el cumplimiento del fallo ya que, en los términos del artículo 52 del decreto 2591 de

---

<sup>16</sup> Véase; la sentencia T-317 de 2019 donde la Corte Constitucional ordenó la entrega de actas de Junta Directiva.

1991 se activaría la posibilidad de iniciar un incidente desacato<sup>17</sup> que puede llegar a ser incluso más persuasivo que una eventual sanción impuesta por la Superintendencia de Sociedades en sede administrativa.

En conclusión, el derecho de petición y la acción de tutela pueden ser instrumentos efectivos para reducir la asimetría de información que experimenta el accionista minoritario ante la necesidad de iniciar acciones judiciales contra el

### 3. Las pruebas anticipadas

El Código General del Proceso establece la posibilidad de solicitar y practicar pruebas extraprocerales antes de iniciar acciones judiciales, entre estas se destacan dos:

1. Interrogatorio de Parte (Art. 184 CGP).
2. Exhibición de documentos (Art. 186 CGP).

En ambos casos, la norma establece que quien pretenda demandar o tema que se le demande podrá pedir tanto el interrogatorio de parte como la exhibición de documentos, respecto al interrogatorio debe indicarse concretamente lo que pretenda probar y este se practicará con supervisión de un Juez, a su turno, el artículo 205 del Código General del Proceso establece la confesión presunta para el citado a interrogatorio de parte que no comparezca a la práctica de la prueba, se niegue a responder o responda con evasivas, en tales casos se presumirán ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión,<sup>18</sup> siempre que se acompañe el cuestionario por escrito.

---

17 El artículo 52 del decreto 2591 de 1991 prescribe que: "Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar."

18 El artículo 205 del Código General del Proceso prescribe; "La inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito".

El interrogatorio de parte resulta especialmente útil cuando el minoritario que pretende demandar requiera precisar aspectos fácticos sobre la eventual defensa de su contraparte, de esta manera, al conocer anticipadamente la línea narrativa del mayoritario o del administrador (según pretenda demandar a la administración, la sociedad o al accionista) sin que estos conozcan todavía su demanda, podrá planificar y robustecer de mejor manera el caso previo a su presentación. Así mismo, el interrogatorio extraprocesal permitiría identificar tempranamente informaciones y documentos sobre los que sería necesario profundizar durante el proceso judicial pues como se advirtió antes, muchas veces el minoritario no tiene claridad sobre la información específica que requiere y el interrogatorio anticipado, sería útil para precisar estas necesidades en función de la línea discursiva asumida por su contraparte, el interrogatorio extraprocesal además, dificulta que los futuros demandados modifiquen su versión de los hechos una vez iniciado del proceso judicial.<sup>19</sup>

Respecto a la exhibición de documentos, puede constituirse en un mecanismo efectivo para conocer información que la administración podría calificar como confidencial, la jurisprudencia ha decantado la posibilidad de solicitar la exhibición de documentos privados siempre y cuando estos se relacionen con el objeto del eventual litigio,<sup>20</sup> cuando el derecho de inspección y el derecho de petición han sido ineficaces para acceder a información que permita reducir la asimetría de información previo al proceso, la exhibición de documentos puede ser efectivo permitiendo acceder a correos

---

19 Situación para la que sería aplicable la teoría de juegos, la Jurisprudencia ha señalado que “la prueba anticipada constituye un apoyo para el futuro demandante, porque puede ofrecerle certeza acerca de sus pretensiones y definir la estrategia que empleará en su demanda. También podrá indicarle que no hay fundamentos para iniciar un proceso o que el resultado obtenido en ella no será usado en su demanda”. (Corte Constitucional, sentencia C-798 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño)

20 La Corte Suprema de Justicia ha sostenido: “cuando en desarrollo de un proceso civil, una de las partes reclama de su contraria, o de un tercero, la exhibición de documentos privados, y más exactamente los libros de contabilidad y papeles de comercio, la situación se ubica, precisamente, en una de las excepciones previstas en la norma constitucional y, por ende, ella no traduce la vulneración del derecho a la intimidad o al de inviolabilidad de la correspondencia” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 4 de septiembre de 2007. Ref: 05001-22-03-000-2007-00230-01)

electrónicos, contratos, balances, cuentas y en general a la información económica y financiera de la compañía sin limitarse (como en el caso del derecho de inspección) al último ejercicio siendo factible solicitar la exhibición de documentos que permitan probar situaciones de años anteriores,<sup>21</sup> así mismo, la exhibición de documentos tiene como ventaja respecto al derecho de inspección que no requiere activarse con actos del administrador como convocar a una asamblea en que se evalúen cuentas de fin de ejercicio en tanto puede ser solicitada en cualquier momento previo al proceso judicial.

Ahora bien, tanto el interrogatorio de parte como la exhibición de documentos revisten limitaciones importantes, una de ellas consiste en la falta de celeridad para la practica de la prueba debido a que, por tratarse de un ejercicio sometido a la supervisión de un juez de la república suele verse afectado por la congestión judicial y la agenda del despacho al que sea repartida, en la mayoría de casos, puede tardarse meses en ser practicada.<sup>22</sup>

Por otro lado, en el caso del interrogatorio de parte el cuestionario se limita a 20 preguntas,<sup>23</sup> por lo tanto, las posibilidades de indagar a profundidad sobre temas específicos de las operaciones y situaciones objeto de prueba resultan reducidas. No ocurre lo mismo con los testimonios que permiten un cuestionario más extenso, sin embargo, dicha prueba extraprocesal no es objeto de análisis en este escrito pero se advierte su utilidad en los casos en que el sujeto pasivo de la pretensión sea la sociedad, pudiendo llamar a rendir

---

21 Los artículos 265 y 266 del Código General del Proceso establecen las condiciones que debe cumplir la solicitud de exhibición, señalando que debe expresarse los hechos que pretende demostrar y afirmar que el documento se encuentran en poder de la persona llamada a exhibirlos, su clase y la relación que tenga con los hechos. (Ley 1564 del 12 de julio de 2012, Arts. 265 y 266, Congreso de la república)

22 Se trata de una realidad en la justicia colombiana, véase; Sebastián Restrepo Rodríguez, "Eficiencia y congestión judicial en Colombia," Serie Documentos de Trabajo 42 (marzo de 2017): 1- [páginas]. Universidad de los Andes - Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo, ISSN 2215-7816, <https://acortar.link/acEKc0>

23 Según el artículo 202 del Código General del Proceso "El interrogatorio no podrá exceder de veinte (20) preguntas, pero el juez podrá adicionarlo con las que estime convenientes (...)" (Ley 1564 del 12 de julio de 2012, Art. 202, Congreso de la República)

testimonio al mayoritario sin verse limitado por el tamaño del cuestionario.

La exhibición de documentos también presenta limitaciones que vale la pena resaltar, una de ellas consiste en la necesidad de especificar en forma precisa la utilidad de los documentos cuya exhibición se solicita<sup>24</sup> y afirmar que los mismos se encuentran en poder del futuro demandado. Esta condición puede ser problemática considerando que, en ocasiones el minoritario ni siquiera conoce la existencia de determinados documentos porque carece del contexto necesario sobre las operaciones que busca cuestionar y por lo tanto, no los pide en la solicitud de prueba extraprocesal limitando la efectividad de su práctica.

Adicionalmente, el diseño de esta prueba extraprocesal no habilita (en principio) la solicitud de nuevos documentos cuya existencia sea detectada después de practicarse la exhibición contenida en la solicitud inicial, en tal caso, si del análisis de los documentos exhibidos se descubre la existencia de otros documentos relevantes, estos no podrían ser solicitados en el mismo procedimiento, lo cual marca un alcance limitado de la prueba y una diferencia importante con otros procedimientos de larga tradición en jurisdicciones extranjeras como el *Discovery*<sup>25</sup> que sí permite profundizar en la investigación documental a medida que se evidencian nuevas informaciones y sobre el que se realizará una breve referencia más adelante.

En resumen, las pruebas extraprocesales son instrumentos útiles para hacer frente a las asimetrías de información que el minoritario demandante debe superar. No son estas las únicas pruebas extraprocesales disponibles, también existe la inspección judicial, declaraciones sobre documentos y el

---

24 En consonancia con el artículo 169 del Código General del Proceso que consagra la obligación de evaluar la utilidad de la prueba respecto a los hechos objeto de controversia.

25 Para contextualización de la institución véase; Yolanda De Lucchi López-Tapia, La evolución de la institución del discovery en las Federal Rules of Civil Procedure estadounidense: Especial referencia a su tratamiento en la obra del profesor Angelo Dondi (Universidad de Málaga, 2023), <https://acortar.link/CiZEj0>.

testimonio sin citación de la contraparte establecidas en los artículos 183 y siguientes del Código General del Proceso, los cuales combinados y utilizados de forma sinérgica podrían ayudar a obtener información valiosa para el éxito de las pretensiones de una futura demanda.

#### 4. Las medidas cautelares

Las medidas cautelares son decisiones adoptadas antes, durante o después de un proceso para asegurar o garantizar la eficacia de los derechos objeto de controversia judicial.<sup>26</sup> El artículo 590, literal C) del Código General del Proceso estableció las llamadas medidas cautelares innominadas en virtud de las cuales el juez puede adoptar cualquier medida que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio o asegurar la efectividad de la pretensión.<sup>27</sup>

A su turno, en materia arbitral, el artículo 32 de la Ley 1563 otorgó expresamente a las medidas cautelares una dimensión probatoria, señalando que estas *“también podrán tener como objeto recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia (...)”*.

Las medidas cautelares innominadas constituyen un campo del derecho procesal poco explorado hasta el momento que, sin duda, bajo la prudencia del juez y su progresiva concientización sobre las asimetrías de información que afectan al minoritario, podrían llevar a consolidar un instrumento importante para el ejercicio probatorio en contextos donde el acceso a la prueba constituye un reto desafiante.

Aunque no son comunes los pronunciamientos en que los jueces hayan recaudado pruebas por la vía del decreto de

---

26 Véase; Marco Antonio Álvarez Gómez, Las medidas cautelares en el Código General del Proceso (Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2014), [https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/modulo\\_medidascautelares\\_cgpp.pdf](https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/modulo_medidascautelares_cgpp.pdf).

27 El artículo 590, literal C) del Código General del Proceso prescribe: c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. (...)

medidas cautelares innominadas, existen algunos ejemplos donde la Superintendencia de Sociedades ha decretado medidas cautelares para ordenar la entrega de copias de actas de Junta Directiva, Actas de Asamblea y Estados Financieros, como sucedió en auto de medidas cautelares proferido en el caso Edgar Orlando Corredor Ospina contra Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla Corredor, proceso número 2015-800-128, en el cual se ordenó la entrega de varias copias.

Aunque, en principio, el objetivo de las medidas cautelares es garantizar la efectividad de la sentencia, nada impide que, dentro del marco de la autonomía e independencia judicial, estas adquieran una dimensión que permita corregir falencias de información en las etapas iniciales del proceso cuando el demandante todavía puede reestructurar su estrategia de litigio, especialmente en casos donde la renuencia del demandado impide que la información sea aportada junto con la demanda.

Según se aprecia, las medidas cautelares podrían constituir un instrumento valioso para asegurar el material probatorio que sirva al proceso judicial.

## **5. La carga dinámica de la prueba para mitigar los efectos de la asimetría de la información: breve enunciación**

De forma adicional a lo comentado hasta el momento, pueden plantearse instrumentos que bien utilizados, constituyen herramientas complementarias para mitigar las asimetrías de información en los casos en que el minoritario pretenda iniciar acciones judiciales para hacer valer sus derechos. Al respecto, resulta interesante analizar la carga dinámica de la prueba establecida en el inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso en el contexto específico de los conflictos

societarios, figuras similares se han utilizado en otras jurisdicciones como mecanismo para equilibrar las cargas de las partes, ejemplo de ello es el Estado de Delaware donde por vía de estándares como el *Entire Fairness*<sup>28</sup> y *Business Judgment Rule*,<sup>29</sup> se alteran las reglas para la asignación ponderada de las cargas demostrativas que incumben a las partes, invirtiendo la carga de la prueba en función de la acreditación de ciertos elementos facticos.

En cuanto a la norma colombiana en materia de carga dinámica de la prueba, puede concluirse que su redacción permite un amplio margen de discreción para el juez del proceso en tanto las circunstancias que lo autorizan para reasignar la carga de la prueba son suficientemente abiertas y diversas como para ser tenidas en cuenta en el marco de los conflictos societarios caracterizados muchas veces por una pronunciada asimetría de información entre demandante y demandado, el citado artículo 167 establece que el juez podrá distribuir la carga de la prueba en cualquier momento antes de fallar, cuando una parte se encuentre en mejor posición de demostrar determinado hecho, entendiendo “mejor posición” en los siguientes supuestos<sup>30</sup>:

## 1. Cercanía con el material probatorio.

---

28 En Colombia la Superintendencia ya ha mencionado la posibilidad de tener en cuenta el Entire Fairness en procesos de exclusión forzosa de asociados recordando precedentes norteamericanos como el célebre caso Weinberger contra UOP 457 A.2d 701 (Del 1983), véase; Superintendencia de Sociedades, Sentencia No. 2014-801-136, Martha Cecilia López contra Comercializadora G.L. S.A.S., Luis Enrique Gil Builes y Distribuidora del Kamino S.A.S., Bogotá D.C., 4. y Superintendencia de Sociedades, Auto No. 2016-800-98, Luis Helí Tovar & Cía S. en C. contra Embotelladora del Huila S.A., Bogotá D.C., 4.

29 El Business Judgment Rule ha tenido un rol protagónico en el derecho societario colombiano, siendo reconocido tanto en la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades como de la Corte Suprema de Justicia en forma más reciente, hasta su consagración positiva en el artículo 2.2.2.3.5 del decreto 046 de 2024 el cual tradujo como Deferencia al Criterio de Discrecionalidad Empresarial de los administradores, señalando que “en desarrollo del deber de actuar conforme a la diligencia de un buen hombre de negocios contenido en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, las autoridades respetarán el criterio adoptado por los administradores en la toma de decisiones de negocios, por cuanto se entenderá que se adoptaron de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, bajo un juicio suficientemente informado. Lo anterior, salvo los casos de mala fe, extralimitación de sus funciones, incumplimiento o violación de la ley o de los estatutos, violación del deber de lealtad o cuando correspondan a una decisión manifiestamente mal informada.”

30 El artículo 167 del Código General del Proceso prescribe; “(...) según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.”

2. Tener en su poder el objeto de la prueba.
3. Circunstancias técnicas especiales.
4. Intervención directa en los hechos que originaron el litigio.
5. Estado de indefensión o incapacidad de la contraparte.
6. Entre otras circunstancias similares.

Nótese, por ejemplo, que en conflictos donde se cuestiona determinada operación societaria por considerarse vulneratoria de los derechos del minoritario como una venta de activos sociales a precios artificialmente bajos, una exclusión de accionistas con precios fijados unilateralmente por el mayoritario, entre otros. Normalmente quien adelanta dicha operación es la sociedad en concurso con el mayoritario, quienes intervienen en forma directa en los hechos que originan el litigio, en estos escenarios podría justificarse en determinados casos y guardando prudencia frente a las decisiones de negocios, una reasignación de la carga de la prueba exigiendo probar determinados hechos a quienes participaron en la operación objeto de reproche, lo anterior, bajo el supuesto de existir una clara situación de desventaja informativa para el accionista minoritario.<sup>31</sup>

Así mismo, en muchos casos será la sociedad quien tenga mayor cercanía con el material probatorio siendo razonable - en los casos en que esta actúe como parte en el proceso- asignarle la carga de demostrar ciertos hechos asociados al material probatorio en su poder.

## Conclusión

Si bien el ordenamiento jurídico colombiano establece varios instrumentos que podrían ser útiles para enfrentar las

asimetrías de información en los conflictos societarios, lo cierto es que en muchos casos, estos no resultan suficientes para equilibrar las desventajas informativas que enfrenta un minoritario que pretende iniciar acciones judiciales, por ello, hay quienes han planteado la conveniencia de implementar una instancia análoga al *Pretrial Discovery*<sup>32</sup> del sistema legal estadounidense que permite un ejercicio de recaudo probatorio previo al proceso jurisdiccional con amplias posibilidades para la averiguación de información, documentos, datos, indicios, deposiciones de empleados, exempleados, miembros de junta directiva, socios y terceros que resulten relevantes sin que en principio, pueda presentarse oposición por parte de quién tiene la información en su poder.<sup>33</sup>

Tal propuesta, aunque pudiera resultar tentadora no necesariamente solucionará los problemas de las instituciones locales y tampoco, podría caerse en el error de pensar que el *Discovery* por sí solo, solucionaría una serie de problemas que se originan no solamente en la estructura y diseño de nuestras instituciones sino también, y a veces con mayor peso, en la forma de entenderlas y aplicar nuestro derecho. Quizá convenga más, repensar LOS instrumentos que el derecho colombiano consagra buscando darle nuevos alcances, utilidades y sentidos teniendo en cuenta experiencias del derecho comparado.

---

32 Véase; De Lucchi López-Tapia, La evolución de la institución del discovery, <https://acortar.link/CiZEj0>. Opc. Cit.

33 Véase; David Antonio Lizarazo Álvarez, Compañías de capital y asimetrías en la información: Correctivos en el litigio societario colombiano (tesis de maestría, Universidad de los Andes, 2020) <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/4842a588-487a-45ab-99e6-9104feffa79e>

## Referencias

- Álvarez Gómez, M. A. (2014). *Las medidas cautelares en el Código General del Proceso*. Consejo Superior de la Judicatura. [https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/modulo\\_medidascautelares\\_cgp.pdf](https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/modulo_medidascautelares_cgp.pdf)
- Congreso de la República de Colombia. (1991, 6 de noviembre). *Decreto 2591 de 1991: Por el cual se reglamenta la acción de tutela*.
- Congreso de la República de Colombia. (1995). *Ley 222 de 1995: Por la cual se modifica el Código de Comercio y se dictan otras disposiciones*.
- Congreso de la República de Colombia. (2008, 5 de diciembre). *Ley 1258 de 2008: Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada*. Diario Oficial 47.194.
- Congreso de la República de Colombia. (2012, 12 de julio). *Ley 1564 de 2012: Código General del Proceso*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia C-798 de 2003*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia T-103 de 2019*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia T-317 de 2019*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (2007, 4 de septiembre). *Sentencia 05001-22-03-000-2007-00230-01*.
- De Lucchi López-Tapia, Y. (2023). *La evolución de la institución del discovery en las Federal Rules of Civil Procedure estadounidense: Especial referencia a su tratamiento en la obra del profesor Angelo Dondi* [Trabajo de fin de máster, Universidad de Málaga].
- Gaviria Gil, J. A. (2024). Inocuidad de la acción de abuso del derecho al voto en el derecho societario colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (47), 197-226.
- Kraakman, R., Armour, J., Davies, P., Enriques, L., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, K., Kanda, H., Pargendler, M., Ringe, W.-G., & Rock, E. (2017). *The Anatomy of Corporate Law: A*

*Comparative and Functional Approach* (3.a ed.). Oxford University Press.

Lizarazo Álvarez, D. A. (2020). *Compañías de capital y asimetrías en la información: Correctivos en el litigio societario colombiano* [Tesis de maestría, Universidad de los Andes].

Presidencia de la República de Colombia. (2024, 30 de enero). *Decreto 046 de 2024: Por el cual se establece la deferencia al criterio de discrecionalidad empresarial de los administradores.*

Reyes Villamizar, F. (2012). *El análisis económico del derecho societario*. Grupo Editorial Ibáñez; Grupo Bancolombia; Pontificia Universidad Javeriana.

Restrepo Rodríguez, S. (2017). *Eficiencia y congestión judicial en Colombia* (Serie Documentos de Trabajo 42). Universidad de los Andes, Escuela de Gobierno Alberto Lleras Carmargo.

Superintendencia de Sociedades. (2014). *Sentencia No. 2014-801-166, Jovalco S.A.S. contra Construcciones Orbi S.A.*

Superintendencia de Sociedades. (2014). *Sentencia No. 2014-801-136, Martha Cecilia López contra Comercializadora G.L. S.A.S., Luis Enrique Gil Builes y Distribuidora del Camino S.A.S.*

Superintendencia de Sociedades. (2016). *Auto No. 2016-800-98, Luis Helí Tovar & Cía S. en C. contra Embotelladora del Huila S.A.*

Superintendencia de Sociedades. (2021). *Sentencia No. 2021-800-00452, Construcciones y Explotación de Materiales Pétreos S.A. contra Gonzalo Andrés de La Rosa Guañarita.*

Superintendencia de Sociedades. (2022). *Circular Básica Jurídica 100-000008 de 2022, Título III.*



**CAMARA DE COMERCIO<sup>®</sup>  
DE MEDELLIN PARA ANTIOQUIA**

ENCUÉTRANOS

ESCÚCHANOS



**cámarafm95.9<sup>®</sup>**

[camaramedellin.com.co](http://camaramedellin.com.co)