

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO – “PAULA SALDARRIAGA DAZA Y GRUPO ORBIS S.A.”

LAUDO ARBITRAL – 2015 A 040

1

Siendo las once de la mañana (11:00 a.m.), del tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), los árbitros RODRIGO PUYO VASCO, JUAN CARLOS GAVIRIA GOMEZ Y ERNESTO RENGIFO GARCIA, con acompañamiento del Secretario, CARLOS MARIO ESPINOSA CUADROS, profieren el siguiente Laudo Arbitral que pone fin al proceso promovido por PAULA SALDARRIAGA DAZA en contra del GRUPO ORBIS S.A. La decisión se profiere en derecho.

CAPITULO PRIMERO – ANTECEDENTES -

I. CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL.

Con fecha del veintinueve (29) de septiembre de dos mil quince (2015), la señora PAULA SALDARRIAGA DAZA presentó ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para que este dirimiera el conflicto que dijo tener frente a la entidad “SOCIEDAD GRUPO ORBIS S.A” con fundamento en el artículo 34 de los estatutos sociales (folio 184) y cuyo texto es del siguiente tenor:

“DE LOS ACCIONISTAS CON LA COMPAÑÍA ARTICULO 34.- Las diferencias que se susciten entre accionista o accionistas con la compañía por razón del contrato social, en cualquier tiempo anterior a la conclusión de la liquidación, serán sometidas a decisión arbitral en derecho. Los árbitros en sus fallos deberán dar aplicación a los estatutos y a las leyes pertinentes l régimen de las sociedades anónimas, así como a las disposiciones legales concordantes. Los árbitros, que deberán ser abogados provistos de tarjeta profesional, serán designados de común acuerdo por las partes o, a falta de acuerdo, serán designados por la cámara de comercio de Medellín, la cual reemplazará a los designados por las partes que no aceptaren o faltaren por otra causa y en los mismos casos, a los que ella designe. La sede del tribunal será Medellín. El arbitramento se tramitará de acuerdo con las normas legales.”

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

De conformidad con la Ley y con el Pacto Arbitral, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín citó a los representantes legales de las partes para que de común acuerdo, directamente o por intermedio de sus apoderados designaran los árbitros que deberían dirimir el conflicto. En efecto las partes designaron de común acuerdo (Folios 205 a 207) a Ernesto Rengifo García, Juan Carlos Gaviria Gómez y Rodrigo Puyo Vasco, quienes oportunamente aceptaron el cargo. (Folios 210 a 217).

II. DILIGENCIAS ARBITRALES

Admitida la demanda el día diecisiete (17) de diciembre de dos mil quince (2015) en la audiencia de instalación (Folios 224 a 227), se procedió a notificar personalmente del auto admisorio de la demanda al apoderado especial de la sociedad convocada en la misma fecha. (Folio 228)

El día dieciocho (18) de enero de dos mil dieciséis (2016) la parte convocada presentó escrito de contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, formulando excepciones de mérito y además propuso excepción de caducidad. (Folios 234 a 250)

De las excepciones propuestas por la parte convocada frente a la demanda se corrió traslado a la parte convocante por el término de cinco días para los efectos del artículo 21 de la ley 1563 de 2012 el día veintidós (22) de enero de dos mil dieciséis (2016). (Folio 343)

El Tribunal fijó audiencia tendiente a buscar la conciliación y para adelantar el trámite ordenado por la ley, para el día dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Como no se logró conciliación entre las partes, en la misma audiencia fijó los gastos de arbitraje y los honorarios de los árbitros y del secretario (Folios 353 a 357). Consignados los honorarios por las partes, se realizó la primera audiencia de trámite el jueves doce (12) de mayo de dieciséis (2016), en la que el Tribunal asumió competencia para procesar y juzgar el asunto sometido a su conocimiento, además resolvió positivamente que la

demanda arbitral había sido interpuesta dentro del término legal correspondiente y por ende no operaba la caducidad, finalmente decretó las pruebas pedidas por las partes.

El auto mediante el cual se asumió la competencia fue recurrido por el apoderado de la parte demandada por considerar que el fenómeno de la caducidad había operado en el presente caso aduciendo que la parte convocante excedió el término consagrado en el artículo 95 de la ley 1564 de 2012 para la presentación de la demanda.

Del recurso se corrió traslado al convocante y una vez escuchados sus argumentos el Tribunal confirmó su decisión por considerar que la parte demandante había obrado conforme al principio de confianza legítima y presentó el escrito de demanda dentro del término legal otorgado por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín.

En la misma audiencia el Tribunal decidió negar la solicitud de medidas cautelares, decisión que fue recurrida por el apoderado de la parte demandante y que fuera confirmada por auto del día 30 de junio de 2016, previo al inicio de la instrucción del proceso. (Folios 425 – 429)

Las pruebas ordenadas se practicaron, con sujeción a la ley y frente a ellas operó la plena contradicción por las partes, recíprocamente.

El día treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016) el Tribunal inició la instrucción del proceso con la recepción de los testimonios de los señores PABLO TRUJILLO TEALD, testimonio que fue tachado por circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad por parte del apoderado de la parte convocada, JAIRO IVAN GONZALEZ GOMEZ y RICARDO EMILIO OBREGON TRUJILLO, testimonio que fue tachado por circunstancias que afectarían su credibilidad o imparcialidad por parte del apoderado de la parte convocante. (Folios 425 a 429 y 552 a 553)

El día veintiséis 26 de julio de dos mil dieciséis se continuó con la instrucción del proceso y se recibió el testimonio del señor SERGIO IGNACIO MEJIA MEJIA, y se practicó el interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad convocada señor DIEGO

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO – “PAULA SALDARRIAGA DAZA Y GRUPO ORBIS S.A.”

LAUDO ARBITRAL – 2015 A 040

4

MAURICIO VIANA OSORIO y por solicitud de las partes se suspendió el proceso desde el día 27 de julio de 2016 hasta el 4 de septiembre de 2016 ambas fechas inclusive.(596 a 598).

Igualmente en esta diligencia se desistió por las partes de la práctica de la prueba testimonial de los señores LUIS GERMAN SALDARRIAGA DUQUE y ALFONSO SALDARRIAGA

Continuando con la instrucción del proceso el Tribunal celebró audiencia el día cinco (5) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) en la que se recibieron los testimonios de los señores ADRIANA MARIA GOMEZ PALACIOS y JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA DAZA, testimonio que fue tachado por circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad por parte del apoderado de la parte convocada, con lo que se agotó la prueba peticionada por las partes. (Folios 684 a 685)

Las tachas propuestas no son de recibo para el tribunal, ya que analizados los testimonios encuentra el Tribunal que, atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se obtiene el conocimiento de los hechos, los testigos prestan credibilidad para este Tribunal no obstante tener relación con la parte convocante o parte convocada.

Agotado el período probatorio, el Tribunal declaró concluida la instrucción del proceso mediante auto proferido el día 5 de septiembre de dos mil dieciséis (2016) y se procedió a fijar como fecha para escuchar los alegatos de las partes el día 7 de octubre de 2016.(Folio 685)

Vencidas las etapas procesales, el Tribunal se encuentra dentro del término para proferir el laudo, habida cuenta de que el plazo de seis (6) meses, de carácter legal, ha de contarse a partir de la primera audiencia de trámite llevada a cabo el doce de mayo de 2016, descontando los días de suspensión comprendidos entre el día 27 de julio de 2016 y 4 de septiembre de 2016, lo que permite concluir que el término se vence el próximo dieciocho

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

de diciembre de 2016.

III. SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA PRINCIPAL

En el escrito de convocatoria la parte convocante narró, en resumen, los siguientes hechos:

Narra el escrito introductor, como sustento de las pretensiones que se invocan para que sean acogidas por el Tribunal de Arbitramento lo que enseguida, de manera sintética como lo manda el Código General del Proceso en su artículo 280, se presenta:

Que la señora PAULA SALDARRIAGA DAZA es accionista de la sociedad GRUPO ORBIS S.A, sociedad en la que existe un acuerdo de accionistas del que hacen parte socios que representan el 76.39% de las acciones y del cual no hace parte la convocante.

Señala la convocante que dicho acuerdo tiene como finalidad votar afirmativamente las proposiciones que surgieran del Consejo de Dueños.

Afirma que el día 21 de marzo de 2014 se adoptaron varias decisiones en la asamblea general de accionistas, que se encuentran consagradas en el acta número 72, entre ellas la atinente a una reforma estatutaria que reza:

“Anualmente se realizará la evaluación de gestión de la junta y de sus miembros, por parte de un tercero independiente experto en la materia, a ser escogido por la junta directiva.

Dicha evaluación era de participación obligatoria para todos los miembros de la junta. La no participación en la evaluación inhabilitara a quien no participe para ser parte de la junta en el próximo periodo estatutario.”

Refiere la convocante que dicha decisión fue adoptada por los accionistas que pertenecen al acuerdo de accionistas y que ningún accionista no adherente consintió con dicha reforma por considerar que atenta contra los derechos de los accionistas minoritarios y resulta ilegal por ser contraria a leyes imperativas y constituir un abuso del derecho, por lo que pretende la nulidad del acto.

IV. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La convocada contestó oportunamente la demanda aceptando algunos hechos y negando otros, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y formulando como excepción la de CADUCIDAD.

En síntesis, manifestó la accionada, que la reforma estatutaria objeto de impugnación es obligatoria para GRUPO ORBIS S.A y ha sido uno de los sustentos legales utilizados por la sociedad para responder la encuesta Código País. Igualmente la decisión se adoptó con el fin de velar por el interés general de la sociedad y de garantizar herramientas que permitan una selección de candidatos idóneos para ser miembros de la Junta Directiva.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

Las partes que se encuentran vinculadas en la relación jurídica-procesal son personas jurídicas estatutarias que se hallan debidamente constituidas, acreditadas y representadas por sus apoderados judiciales a los cuales se les ha reconocido su calidad para actuar en el presente proceso.

La controversia sometida al conocimiento y decisión del Tribunal, planteada en la demanda principal, en la demanda de reconvención, y en las respuestas a los escritos que las contienen, involucra derechos de índole patrimonial, transigibles, disponibles y renunciables; por ende, la controversia traída al trámite y decisión arbitral es susceptible de ser dirimida por esta vía, acorde con lo previsto en el artículo 1o de la ley 1563 de 2012.

Finalmente, la constitución del Tribunal se ha realizado conforme a la voluntad de las partes expresada en el acuerdo arbitral, y con sujeción a la normatividad legal vigente para ese momento y que aún rige en materia arbitral, ley 1563 de 2012. No se advierte vicio procesal que afecte la actuación. Por tal razón, al concurrir los presupuestos procesales, podrá proferirse, como en efecto se hace, laudo de mérito.

II. LA PRUEBA PRACTICADA

La instrucción del proceso agotó los diferentes medios probatorios invocados por las partes. Se practicó el interrogatorio a las partes convocadas, las declaraciones de terceros solicitadas por las partes, fueron evacuadas en su totalidad en cada una de las oportunidades procesales que fueron fijadas para ello. La prueba documental, que reposa en el expediente, fue arrimada, legalmente, con la demanda inicial, con la contestación a la demanda y con las respuestas a los oficios librados por el Tribunal.

III. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Oportunamente los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión, los cuales se sintetizan así:

La parte convocante, hizo énfasis en que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la decisión adoptada puede calificarse de abusiva por adolecer de nulidad absoluta en cuanto viola una norma de carácter imperativo superior y por tener causa ilícita en tanto que no se ajusta a lo previsto en el artículo 830 del código de comercio.

A su turno, la parte convocada hizo énfasis en que la parte convocante no contaba con legitimación en la causa por no contar con la calidad de ausente o disidente. Igualmente señaló que la reforma estatutaria corresponde a una política permanente de mejoramiento y profesionalización de la administración y los administradores.

Señala que de las pruebas practicadas y que fueron pedidas por la parte convocante se encuentra probado que los miembros de Junta Directiva no están en desacuerdo con la evaluación sino con su obligatoriedad.

IV. JUICIO DE MÉRITO

FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA.

La parte demandada ha presentado como una de las razones de defensa la falta de legitimidad en la causa de la parte demandante, argumentando que esta no ha acreditado la calidad de accionista disidente, lo cual sería un requisito necesario para adelantar esta acción judicial.

Al respecto, debe recordarse como la ley determina que los socios o accionistas facultados para adelantar esta reclamación judicial son los ausentes o disidentes sin que se refiera a los abstencionistas.

Se entiende por ausentes o disidentes:

El disidente. Según la Academia de la Lengua Española, María Moliner o don Manuel Seco, disidente es quien se separa de la común ocurrencia o doctrina. En el mundo jurídico societario, es quien fue minoritario en la toma de decisiones del órgano social.

El ausente. Es quien no está en el lugar, el que está separado de una cosa o lugar. En el plano jurídico se emplea en el mismo sentido anterior, se dice del asociado que no concurrió a la votación de una decisión social.

Más allá de estas precisiones sobre las calidades de los socios o accionistas, debe considerarse el texto del acta No. 72 del 21 de marzo de marzo de 2014 de la Asamblea de Accionistas del hoy Grupo Orbis S.A, la cual textualmente en su numeral 17, expresa que “Ninguno de los no adherentes estuvo de acuerdo” con la decisión adoptada.

Por esta razón, es decir por qué la demandante hacia parte del grupo “de los no adherentes”, se equivoca la parte demandada al invocar la ausencia de una manifestación contraria de voluntad de la demandante en contra de la decisión asamblearia que la faculte para adelantar esta acción judicial, pues ella hace parte, se insiste, del grupo de los no adherentes, como lo acepta la misma parte demandada y que no acompañó a esta, en esa decisión aprobatoria y además al revisar la asistencia a la Asamblea de Accionistas de la sociedad hoy Grupo Orbis S.A. se comprueba su participación.

Por lo anterior, no se configura la excepción propuesta por la demandada relativa a la falta de legitimidad en la causa de la demandante.

CONSIDERACIONES DE FONDO DEL TRIBUNAL.

En el presente caso el fallador debe acudir la facultad de interpretar la demanda a fin de buscar la finalidad del peticionario y su relación con el fundamento normativo de los derechos que invoca o sea la fuente de las obligaciones de la cual se originan los mismos.

Bien puede el Tribunal interpretar que el convocante aspira a: i. Que se decrete la nulidad de la decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas de la sociedad, pues según la actora, la decisión es contraria a la legalidad y ii. Que además con esta decisión se ha originado un abuso del derecho al voto en contra de las minorías sociales.

En resumen, estos son los dos temas básicos en los cuales se fundamenta la petición de la demandante y por tanto debe el Tribunal proceder a su análisis y revisión.

1. La Decisión Adoptada.

La decisión adoptada por la Asamblea de Accionistas el día 21 de marzo de 2014, que consta en el acta 72 del hoy Grupo Orbis S.A. y que se encuentra en la escritura pública 1432 de la notaria 17 de Medellín, registrada en la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia es la de **“Modificar la función trigésima cuarta de la del (sic) artículo 10 – Funciones de la Junta Directiva de los Estatutos de la Sociedad así: Anualmente se realizará la evaluación de la gestión de la Junta y de sus miembros, por parte de un tercero independiente experto en la materia, a ser escogido por la Junta Directiva. Dicha evaluación será de participación obligatoria para todos los miembros de la Junta, la no participación en la evaluación inhabilitará a quien no participe para ser parte de la Junta en el próximo periodo estatutario, los resultados de la evaluación serán compartidos luego de su finalización con todos los accionistas de la sociedad.”**

De conformidad con el texto aprobado se deduce:

- a. La decisión adoptada fue **“aprobada por los accionistas adherentes al acuerdo de accionistas sin que ningún accionista no adherente estuviera de acuerdo con ella. Por consiguiente, fue aprobada por el 76.39% de las acciones presentes o representadas”¹**, como consta en el acta respectiva y que ahora hace parte del estatuto social, habiendo sido elevada a escritura pública y debidamente inscrita en el Registro Mercantil.
- b. De conformidad con esa decisión, la Junta Directiva designará un tercero independiente experto en la materia, es decir en la evaluación de las Juntas Directivas y de sus miembros.
- c. La evaluación de la Junta Directiva y de sus miembros será anual.

¹ Acta Asamblea de Accionistas Grupo Orbis S.A. 21 de marzo de 2014.

- d. La participación en la evaluación es obligatoria para los miembros de la Junta y requisito habilitante para participar en la Junta Directiva en el periodo siguiente.
- e. Los resultados de la evaluación serán compartidos luego de su finalización con todos los accionistas, es decir, serán de dominio de la comunidad societaria.

Ahora bien, el tema central jurídico de análisis de la reforma puede dividirse en dos aspectos sustanciales:

- a. **Sobre la posibilidad jurídica de adelantar una evaluación a los miembros de la Junta Directiva de la sociedad.**
- b. **Si el elevar a categoría de requisito habilitante la evaluación de los miembros de Junta, para ser parte de ella en el siguiente periodo estatutario, se ajusta a la ley comercial.**

LEGALIDAD DE LA REFORMA ESTATUTARIA.

Es necesario revisar, si las reformas estatutarias adoptadas atentan contra los derechos de los accionistas. Al respecto, se debe recordar como la doctrina ha clasificado los derechos de los accionistas en tres categorías:

La Primera: Es la relativa a los **derechos económicos** derivados de la calidad de socio, entre los cuales están los derechos a participar en las utilidades sociales, en las suscripciones preferenciales de capital, a ser partícipes en la cuota parte porcentual al momento de la liquidación del patrimonio, poder ejercer el derecho de receso como una forma de participación anticipada del patrimonio y a la facultad de enajenar los derechos o acciones que se deriven de la titularidad social.

La Segunda: Los llamados **derechos políticos**, o sea aquellos referidos a la posibilidad de hacer parte de los órganos sociales de la compañía ya sea mediante el voto para aprobar decisiones o elegir directivos o en el manejo de la misma, ya sea porque estos derechos surjan de normativas legales o estatutarias.

La Tercera: Los derechos denominados **derechos de orden general**, tales como la facultad de obtener información de los negocios de la sociedad, tanto de los estados financieros como de los proyectos de escisión, fusión o transformación. El derecho a impugnar las decisiones sociales y el de recibir un trato equitativo e igual de los administradores.

Excepciones: La doctrina y la ley nacional y extranjera, en forma creciente han autorizado limitaciones a los derechos atrás mencionados, permaneciendo como de orden público o inderogables los esenciales o de la naturaleza del contrato social como son dentro de los económicos el de percibir las utilidades y la cuota parte correspondiente al patrimonio al finalizar la vida social u operarse el receso. Sin embargo, aun el derecho a percibir utilidades ha aceptado limitaciones que obligan a transitorios no repartos. En lo relacionado con el derecho a impugnar decisiones, se aceptan restricciones en el tiempo -plazos de caducidades de la acción- y en cuanto al trato equitativo e igualitario no existen excepciones para las conductas de los administrados o de la sociedad con los asociados y cada vez son más estrictas las reglas sobre el derecho a la información, preservándose la reserva de los secretos comerciales y de la información privilegiada de la sociedad.

En cuanto a los derechos políticos se han considerados limitaciones, razón por la cual se autoriza la emisión de acciones con derechos económicos pero sin derecho a voto que convierten al asociado en un mero inversionista. Es en este plano en el cual debe

adelantarse el examen de la concordancia o contradicción con la ley de la reforma estatutaria adoptada por la Asamblea de Accionistas del Grupo Orbis S.A. que ha dado lugar a este litigio arbitral. La limitación de estos derechos políticos que surgen de la reglamentación aprobada por la Asamblea de Accionistas de ORBIS S.A., puede traducirse en la obligatoriedad de someterse a una evaluación la gestión de los miembros de la Junta Directiva para estar habilitados para integrar la del siguiente periodo.

Las evaluaciones de las Juntas Directivas y de los Consejos Directivos u órganos sociales y de sus componentes se han convertido en una tendencia universal de las compañías mercantiles y se han incorporado como elemento valioso del llamado gobierno corporativo, bajo el entendido de ser adecuado y conveniente el examen de la conducta, del aporte y del cumplimiento de las personas que han recibido el encargo de la dirección o manejo de una sociedad. Esta tendencia es mayor en aquellas compañías en las cuales por el número de propietarios, la administración es distante de los mismos como lo son las sociedades públicas que cotizan en bolsa, en las que los accionistas solo reciben una información anual del desempeño de sus gestores².

² A este respecto pueden consultarse legislaciones extranjeras que regulan esta materia:

1. Código unificado de Buen Gobierno de las sociedades españolas cotizadas, expedido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el 22 de mayo de 2006, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea y de la OCDE.

Este Código está basado en el principio de voluntariedad, el cual exige que al no seguirlo las compañías deben revelar los motivos de su proceder para que accionistas, los inversores y el mercado puedan juzgarlos.

Dentro de estas recomendaciones encontramos las normas que rigen el gobierno corporativo de las compañías y en el caso que ocupa a este tribunal el siguiente comentario y la recomendación 22.

“Evaluación periódica

El Consejo hace de estar alerta frente al riesgo de la rutina y la inercia. Resulta por ellos conveniente que adopte putas de autocontrol y examine con cierta periodicidad su propio funcionamiento y el de sus Comisiones, ya sea mediante sus propios medios o, si se considera oportuno, con el asesoramiento profesional de expertos externos. Aunque no se prevé con carácter general que esa evaluación se extienda necesariamente a cada consejero, parece oportuno que tenga por objeto la labor realizada por el Presidente y por el primer ejecutivo.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Entre nosotros, el llamado Código País de que trata la Circular 028 de 2014 de la Superintendencia Financiera, que finalmente es un texto de recomendaciones de **buen gobierno** sugerido por el órgano de vigilancia y control, contiene normas específicas al respecto y que han sido traídas al proceso por la parte demandada.

Como puede observarse, no estamos ante un invento nacional³ o una creación de la Asamblea del Grupo Orbis S.A., sino ante una verdadera tendencia normativa mercantil

Por ellos, se recomienda:

Información a los consejeros

22. Que el Consejero en pleno evalúe una vez al año:

a. La calidad y eficiencia del funcionamiento del Consejo;

b. Partiendo del informe que le eleve la Comisión de Nombramientos, el desempeño de sus funciones por el Presidente del Consejo y por el primer ejecutivo de la compañía;

c. El funcionamiento de sus Comisiones, partiendo del informe que éstas le eleven.”

Esta recomendación concuerda con la europea de 15 de febrero de 2005, la cual expresa que debe hacerse “8. **Evaluación del Consejo de Administración o de supervisor.** El consejo de administración de vigilancia debe proceder anualmente a una evaluación de su rendimiento. En ella figurará un examen de su composición, organización y funcionamiento como grupo y eficacia de cada uno de sus miembros y comités y se considerará su rendimiento en función de los objetos que se hubiere fijado” En sentido similar se había pronunciado en su recomendación 10, el informe o licencia.

Posteriormente en el año 2015, el Nuevo Código de Buen Gobierno de las sociedades españolas cotizadas, reiteró y aumentó las recomendaciones sobre evaluaciones anuales del Consejo de Administración. Hoy recomendación 36.

En el estudio denominado “Recomendaciones de Buen Gobierno versus Regulación en Iberoamérica”. En su apartado comparativo sobre Códigos europeos de Buen Gobierno -Capítulo 6-, encontramos como:

1. E Alemania se establece la necesidad de que exista un procedimiento de voluntades que la reelección de Consejeros debe estar sujeta a su buen desempeño...
2. En el Reino Unido se exigen evaluaciones formales y rigurosas del Consejo, Comisiones y de cada Consejero, cada tres años, por un externo.
3. En Holanda se recomienda evaluaciones anuales de los Consejeros.
4. En Francia las evaluaciones serán cada tres años con informe a los accionistas de los resultados de las evaluaciones.

³ Ver Testimonio del señor Jairo Ivan Gonzalez Gomez

sobre las Juntas Directivas o Directores de las Compañías, particularmente de las públicas o enlistadas en bolsas de valores.

El segundo aspecto que debe analizarse de la reforma estatutaria, es el relativo a crear como prerrequisito o factor habilitante el haber sido sujeto de evaluación el miembro de Junta Directiva. En esta materia, se insiste, es creciente la tendencia a exigir la calificación profesional, una revisión de la asistencia a las reuniones, los antecedentes o de experiencia de los miembros de las Juntas Directiva o Directores. Más allá de cualquier consideración excluyente, estos prerrequisitos buscan que quienes llegan a esas posiciones de mando o dirección cumplan con estándares o mínimos de cumplimiento de sus deberes, de conocimientos y aun de calificaciones.

La regla aprobada por la Asamblea de Accionistas del Grupo Orbis S.A., incluyó como prerrequisito la evaluación para participar en el periodo siguiente de la Junta Directiva sin que una calificación negativa conllevara a la exclusión o inhabilitación para ser elegido. Debe tenerse en cuenta que el cumplimiento del proceso de evaluación aceptado sin reticencias por las tendencias normativas mundiales en esta materia, no se cumpliría a cabalidad o por lo menos sería incompleto si uno o varios de los miembros de la Junta Directiva se negase a participar en el proceso de evaluación. Incluso, el miembro de junta doctor Pablo Trujillo Tealdo en su declaración confirma la necesidad de adelantar la evaluación por la totalidad de los miembros de la Junta⁴.

En opinión del Tribunal esta restricción a los derechos políticos, no menoscaba su esencia y tiene una justificación plena al pretender la escogencia de administradores

⁴ Al ser interrogado por el doctor David Ricardo Sotomonte, apoderado de la demandada contestó “El grupo mayoritario inmediatamente toma una decisión inteligente y dice “la evaluación sin todos no funciona tenemos que estar todos de acuerdo en que se haga la evaluación para que esto sea productivo, cosa en la que nosotros estamos de acuerdo...”

calificados para la sociedad. En conclusión, para este juez arbitral la reforma estatutaria que obliga a la evaluación de la Junta Directiva y en particular de sus miembros y que la establece como requisito habilitante para participar en ella, no puede considerarse como restricción inaceptable a los derechos políticos de los accionistas, pues ella consulta los intereses y finalidades de la sociedad sin hacer nugatorios los derechos societarios políticos de los accionistas.

ABUSO DEL DERECHO.

Un segundo fundamento de la petición de nulidad es el que se ha incurrido por parte de los accionistas mayoritarios, en un abuso del derecho al voto contra las minorías societarias.

Debe recordarse como el abuso del derecho, sin duda un típico principio general de orden jurídico, que informa la normatividad nacional, ha recibido consagración constitucional en la Carta de 1991⁵ y previamente había sido incorporado al estatuto mercantil⁶ y más recientemente en la ley sobre sociedades por acciones simplificadas SAS⁷. Además, existen importantes precedentes judiciales y abundantes referencias doctrinales⁸.

⁵ Constitución de 1991. Artículo 95 numeral 1º. 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;

⁶ Código de Comercio. **ARTÍCULO 830. ABUSO DEL DERECHO-INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.** El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

⁷ Ley 1258 de 2008. **ARTÍCULO 43. ABUSO DEL DERECHO.** 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 esta materia, es luminoso el estudio de los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, los cuales clasifican el abuso del derecho dentro de la categoría de los ilícitos atípicos, tales como el fraude a la ley y la desviación del poder y cuya característica principal es la discordancia entre la regla legal y un principio jurídico, como lo es el del abuso del derecho que informa nuestro sistema normativo.

En asuntos societarios se presentan situaciones típicas de abuso del derecho al voto, por ejemplo, un no reparto sistemático de utilidades sin necesidad de retenerlas, abuso en capitalizaciones con fines de dilución, oposición de socios minoritarios con derecho a voto en decisiones benéficas para la sociedad. En este caso, debe examinarse si la imposición de condiciones o prerrequisitos habilitantes y la exigencia de evaluación de la Junta y de los socios determina una limitación a los derechos a elegir o ser elegido o genera un detrimento en los derechos políticos de los accionistas minoritarios, que sin violar la ley sustancial, tal como lo acepta la parte demandante, en relación con las reglas de convocatoria, mayorías, atribuciones de los órganos sociales, conlleve a un abuso del derecho al voto al introducir estas nuevas reglas que exigen la evaluación anual de los miembros de la junta y de sus miembros y que se constituye como requisito habilitante.

⁸ Véase en especial SAMUEL FINKIELSZTEIN, *El abuso del derecho en las decisiones tomadas por junta de socios y asambleas generales*, en Revista de la Superintendencia de sociedades Anónimas, t. XX, No. 36, Bogotá, Imprenta Nacional, 1965, p. 317. FRANCISCO REYES, *La Sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Legis, 2010, p. 119 y 120. ERNESTO RENGIFO GARCÍA, “*El abuso del derecho como forma de control o límite en el derecho de sociedades*”, en memorias del III Congreso Internacional de Derecho Comercial, Bogotá, Colegio de Abogados Comercialistas y Cámara de Comercio de Bogotá, 2013, p. 67-89. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 1 de abril de 2003. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, laudo de 3 de agosto de 2011 que dirimió el conflicto entre Yepes Ávila y Cia S. en C. y otros contra Inversiones Lopera Macías S. en C. y otros. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, proceso 2012-801-052, Serviucis S.A vs. Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.

De las declaraciones de las partes y en especial de los testimonios rendidos por los señores Pablo Trujillo T. y Juan Guillermo Saldarriaga, representantes del Grupo que no participan del llamado **acuerdo de accionistas** y que se ha opuesto a esta reforma, se deduce que de la aplicación de las reglas surgidas de esta modificación estatutaria no se han generado perjuicios, detrimentos o situaciones contrarias a los intereses de los accionistas minoritarios. Incluso, de estas mismas declaraciones se concluye que la evaluación adelantada, en especial la segunda o más reciente, ha sido plenamente aceptada por la totalidad de la Junta Directiva y que esta se ha constituido en un aporte serio para los intereses societarios de la compañía, calificando los resultados de la evaluación como muy interesantes y excelentes y se han escogido firmas confiables y profesionales⁹.

De otro lado, debe anotarse como la casi totalidad de las decisiones tomadas en ese órgano social “La Junta Directiva del Grupo Orbis S.A.” han sido de consenso y las elecciones de miembros de Junta Directiva se han realizado mediante una lista única que ha sido aprobada por unanimidad por los integrantes de la Asamblea de Accionistas, lo cual reflejaría la ausencia de abuso del derecho en el desarrollo de lo dispuesto o reglado en la reforma estatutaria atacada en este litigio. En este sentido

⁹ Juan Guillermo Saldarriaga le responde al Presidente del Tribunal a la pregunta sobre las dos evaluaciones realizadas así: “sí, los dos se circularon, la segunda fue muy buena una excelente evaluación me pareció a mí. Ojalá ustedes pidieran una copia, las recomendaciones de la doctora Sanin van muy en línea con lo que nosotros hemos criticado...” más adelante afirmó al cuestionario del árbitro Juan Carlos Gaviria Gómez que “dígamos que al mecanismo en sí no le tenemos cuestionamientos. ... Yo no sentí ningún sesgo pero siento que no nos aportó mucho”. El mismo Juan Guillermo Saldarriaga le responde al doctor Alvaro Londoño Restrepo en cuanto las evaluaciones de la compañía A.T. Kearney de la cual es socia la doctora Eulalia Sanin que “Sí, yo pienso fue una evaluación muy profesional” “No discriminó” “para nada” y añadió “Sí, sin embargo le voy a contar algo: pienso que se han escogido firmas que son confiables, pero la verdad usted puede tener unas hojas de vida muy buenas y muchas veces ahí se cometen equivocaciones. O sea, no creo que sea un método infalible para nada.” Pablo Trujillo Tealdo, testigo y miembro de la junta directiva de Orbis, le responde al árbitro Ernesto Rengifo García sobre el mecanismo de evaluación “Si, el mecanismo de evaluación de la junta fue discutido por la misma junta, La junta, y yo diría toda en pleno, es una convencida de que tener un mecanismo de evaluación de su funcionamiento es adecuado. En lo que existe una divergencia es, un el tipo de evaluación, porque ahí si hay una sustancial diferencia entre los criterios de los miembros de la junta. Al no llegarse a un acuerdo en esos puntos, fue cuando se acudió al mecanismo de volverlo obligatorio para que se pudiera imponer un criterio en esos dos puntos en que no estábamos llegando a un acuerdo.”

declaró el Presidente de Junta doctor Ricardo Obregón Trujillo y el miembro de la misma señor Juan Guillermo Saldarriaga¹⁰.

Lo anterior, en criterio del Tribunal revela que la reforma estatutaria, válida formalmente, tampoco ha servido para realizar un fraude a la ley o mejor a los derechos de la minoría mediante un abuso del derecho al voto que podría surgir de su aplicación, por ejemplo con la designación de unos evaluadores sesgados y sin profesionalismo y neutralidad o que la información a los accionistas hubiese servido para descalificar a alguno de los miembros de la Junta Directiva, conductas que claramente si se hubiesen enmarcado en una violación del principio general, constitucional y legal que prohíbe abusar de los derechos.

Por las razones expuestas el Tribunal concluye que las pretensiones esgrimidas en la demanda deben ser desestimadas. Como consecuencia de ello, la parte convocante será condenada a pagar las costas del proceso, las cuales comprenden las agencias en derecho y los gastos del proceso asumidos por la parte convocada.

Por concepto de agencias en derecho se fija la suma de siete millones setecientos cincuenta y seis mil quinientos setenta y cinco pesos (\$7'756.575,00), y por concepto de gastos asumidos por la parte convocada la sociedad demandante le deberá reembolsar la suma de veintiún millones novecientos noventa y cinco mil doscientos cincuenta y tres pesos (21'995.253,00) que canceló por concepto gastos de

¹⁰ Preguntado por el Presidente del Tribunal en relación con las elecciones de junta directiva de los años 2014, 2015 y 2016 respondió así “han sido en el mismo sentido que le comenté, porque ellos entendieron y me parece muy bien, que lo podemos hacer de común acuerdo y todo lo hemos hecho así”. El Presidente de la Junta Directiva Ricardo Obregón Trujillo al interrogatorio del árbitro Ernesto Rengifo García sobre la existencia de algún mecanismo de discriminación en la estructura del Grupo Orbis contestó “Créame que lo he vivido estos tres años y me he encargado de que eso no exista. O sea, para mí todos son iguales, a todos los respetos, a todos los aprecio; a veces uno puede tener diferencias como en cualquier reunión, pero es que ese es mi trabajo, darles la palabra a todos y dejarlos que aporten y que contribuyan, y como les digo y les vuelvo a repetir: todas las decisiones que se han tomado en la junta, que han sido muchas, han sido por consenso, a excepción de una, que tenga que ver con gestión de la compañía.”

administración del centro arbitral, gastos del proceso y honorarios de los árbitros y del secretario.

DECISION

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre “PAULA SALDARRIAGA DAZA” y “GRUPO ORBIS S.A”, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero.

Desestimar las pretensiones formuladas en la demanda.

Segundo.

Condenar en costas a la parte convocante en la suma de veintinueve millones setecientos cincuenta y un mil ochocientos veintiocho pesos (\$ 29.751.828,00), discriminada así:

- 2.1 siete millones setecientos cincuenta y seis mil quinientos setenta y cinco pesos (\$7'756.575) por concepto de agencias en derecho.
- 2.2 veintiún millones novecientos noventa y cinco mil doscientos cincuenta y tres pesos (21'995.253) por concepto de gastos del proceso.

Tercero

Ordenar que las obligaciones impuestas en este Laudo se cumplan dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del mismo.

Cuarto

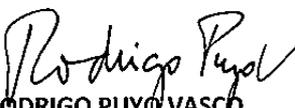
Ordenar la entrega de copias de este Laudo, a cada una de las partes, en los términos que señala la regla segunda del artículo 114 del Código General del Proceso.

Quinto

Se ordena el archivo del expediente en el centro de arbitraje y amigable composición de la cámara de comercio de Medellín de conformidad con el artículo 47 de la ley 1563 de 2014.

Notifíquese y Cúmplase.

Lo resuelto queda notificado en la audiencia de Fallo, previamente señalada.


RODRIGO PUYO VASCO
Arbitro


JUAN CARLOS GAVIRIA GOMEZ
Arbitro

(TELE – PRESENCIA)
ERNESTO RENGIFO GARCIA
Arbitro


CARLOS MARIO ESPINOSA CUADROS
Secretario