



Superintendencia
de Sociedades

SENTENCIA

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

Partes

Isabel Cristina Sánchez Beltrán

contra

Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S., Jeny Marcela Cardona y Juan Carlos Cardona

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2012-801-061

Duración del proceso: 212 días¹

I. ANTECEDENTES

El proceso iniciado por Isabel Cristina Sánchez en contra de Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S., Jeny Marcela Cardona Gómez y Juan Carlos Cardona Gómez surtió el curso descrito a continuación:

1. El 14 de junio de 2013, mediante Auto No. 801-011002, este Despacho admitió la demanda presentada por Isabel Cristina Sánchez en contra de Cía. del Infractor de Tránsito S.A.S., Jeny Marcela Cardona Gómez y Juan Carlos Cardona Gómez.
2. El 9 de septiembre de 2013 se cumplió el proceso de notificación de los demandados.
3. Luego de responder una tutela y resolver numerosos recursos presentados por los demandados, el Despacho citó a las partes para el 21 de noviembre de 2013.
4. Durante la audiencia celebrada en esta última fecha se cumplieron las diferentes etapas procesales, hasta el decreto de pruebas.
5. Entre diciembre de 2013 y abril de 2014, se practicaron las pruebas decretadas, entre las cuales se encontraron interrogatorios de parte, múltiples testimonios y una inspección judicial con la intervención de un perito contable.
6. En mayo de 2014, una vez presentado el dictamen decretado por el Despacho, se formularon sendas solicitudes de aclaración y complementación.

¹ Este término se cuenta, en días hábiles, desde la notificación del auto admisorio de la demanda hasta la fecha en que se emitió la sentencia de primera instancia, según el método de cómputo establecido en el artículo 121 del Código General del Proceso.

7. Una vez concluida la etapa probatoria el Despacho citó a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión el 12 de junio de 2014.
8. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, el Despacho se dispone a proferir la sentencia que en derecho corresponde.

II. PRETENSIONES

La demanda presentada por Isabel Cristina Sánchez contiene las pretensiones que se transcriben abajo:

1. 'Que se declare la nulidad absoluta de la decisión contenida en el punto ocho (8) del acta No. 1 del día 29 de marzo de 2012, correspondiente al reparto de utilidades de la sociedad Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S. por el año correspondiente allí determinado, en aplicación del artículo 43 de la ley 1258 de 2008, por cuanto en la actuación, hay un abuso del derecho por parte de los accionistas mayoritarios en perjuicio del accionista minoritario Isabel Cristina Sánchez Beltran, al interior de la persona jurídica.
2. Se declare la nulidad absoluta de la decisión contenida en el punto ocho (8) del orden del día del acta No. 2, del día 18 del mes de marzo de 2013, correspondiente al reparto de utilidades de la sociedad Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S., por el año correspondiente allí determinado, en aplicación al artículo 43 de la ley 1258 de 2008, por cuanto en la actuación, hay un abuso del derecho por parte de los accionistas mayoritarios en perjuicio del accionista minoritario Isabel Cristina Sánchez Beltran, al interior de la persona jurídica.
3. En relación con la declaratoria de la decisión de nulidad absoluta contenida en los puntos primero y segundo de estas pretensiones, ordene la Superintendencia de Sociedades, a la sociedad Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S., el respectivo reparto de utilidades, en los porcentajes que tienen los accionistas en el capital social. Es decir, el dividendo se debe entregar a los accionistas, en proporción al porcentaje de capital suscrito que tienen los accionistas en la sociedad. Para evitar que se burle o desconozca la decisión de fondo, se pide determinar el fallo respectivo, un término mínimo para que la asamblea general de accionistas, cumpla la decisión.
4. Si la pretensión contenida en el punto tercero (3) no se considera viable desde el punto de vista jurídico, se solicita de manera subsidiaria: como consecuencia de la declaratoria de la decisión de nulidad absoluta contenido en los puntos primero y segundo de estas pretensiones ordene la Superintendencia de Sociedades, a la sociedad Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S., convocar a asamblea general de accionistas, para que se decrete el respectivo reparto de utilidades de la sociedad, en el porcentaje de capital suscrito que tienen los accionistas. Es decir, el dividendo se debe entregar a los accionistas, en proporción al porcentaje de capital suscrito que tiene al interior de la sociedad. Para evitar que se burle o desconozca la decisión de fondo, se pide determinar en el fallo respectivo, un término mínimo para que la asamblea general de accionistas, cumpla la decisión.
5. Se ordene por parte de la Superintendencia de Sociedades en aplicación de lo dispuesto por el artículo 43 de la ley 1258 de 2008, la respectiva indemnización de perjuicios, que debe hacerse constar de la siguiente manera: condenar a los señores accionistas mayoritarios, esto es Jeny Marcela Cardona Gómez y Juan Carlos Cardona Gómez y a favor de la accionista minoritaria Isabel Cristina Sánchez Beltran, por el abuso de

derecho generado por su conducta, en relación con las decisiones contenidas en las actas de asamblea general de accionistas de la sociedad Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S., Acta No. 1 del 29 de marzo de 2012 y Acta No. 2 del 18 de marzo de 2013, sobre la suma correspondiente a los dividendos no entregados de manera abusiva, en aplicación de la teoría del abuso del derecho, de las vigencias 2011 y 2012, lo correspondiente a la actualización con la corrección monetaria, como también igualmente los intereses comerciales generados sobre las sumas correspondientes al dividendo del accionista minoritario, sobre las sumas de dinero dejadas de entregar por la sociedad, con motivo de las votaciones que evitaron la entrega del dividendo [...].

III. HECHOS

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

A comienzos del año 2010, Isabel Cristina Sánchez y John Wiedemann decidieron constituir una compañía con el fin de ofrecer lecciones suplementarias de conducción para que los infractores de tránsito conmuten sus multas dinerarias. Para tal efecto, el 4 de noviembre de 2010 fue constituida la sociedad Centro Integral de Atención (CIA) del Infractor de Tránsito S.A.S.² El aporte de Isabel Cristina Sánchez a la nueva compañía estuvo conformado principalmente por las licencias requeridas para prestar el referido servicio de condonación de multas, mientras que personas vinculadas al señor Wiedemann entregaron unas sumas de dinero. Según la información disponible, la señora Sánchez se comprometió a que CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. tendría el derecho exclusivo a atender el mercado de infractores de tránsito en un área geográfica que incluía a la ciudad de Medellín.

Al momento de la constitución de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., Isabel Cristina Sánchez recibió un número de acciones ordinarias equivalentes al 25% del capital suscrito de la compañía. Por su parte, las acciones que le correspondían al bloque afiliado al señor Weidemann quedaron a nombre de su esposa, Jeny Marcela Cardona Gómez, quien se hizo titular del 60% de las acciones en circulación, y de Juan Carlos Cardona Gómez, propietario del 15% restante.³ En el documento de constitución de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. se determinó designar a Jeny Marcela Cardona Gómez, Juan Carlos Cardona Gómez e Isabel Cristina Sánchez como miembros de la junta directiva de la compañía. Además, la señora Sánchez fue designada como representante legal (vid. Folio 78).

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

² La sociedad se constituyó mediante documento privado del 29 de septiembre de 2010, inscrito en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Pereira el 4 de octubre de 2010 bajo el número 01017305 del libro IX.

³ Según lo expresado por la señora Cardona durante su interrogatorio, 'Digamos que [el señor Wiedemann] fue como el propulsor de la empresa pero finalmente ya por decisiones de tipo familiar y de digamos de la parte pues como de empresa matrimonial pues decidimos que yo haría parte de la empresa como socia'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2013, folio 439 del expediente (19:25).

Jeny Marcela Cardona fue designada como reemplazo de la señora Sánchez en el cargo de representante legal suplente (vid. Folio 650).

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

El 29 marzo de 2012, durante una reunión ordinaria de la asamblea general, los accionistas demandados en este proceso determinaron no repartir las utilidades generadas durante el año 2011. Esta decisión estuvo fundamentada en la existencia de 'diferentes proyectos de crecimiento, expansión, planes de inversión y exploración de nuevos negocios para la empresa, así como potenciales amenazas de mercado que generan incertidumbre sobre el negocio' (vid. Folio 673). El 28 de septiembre de 2012, la junta directiva de la sociedad designó a Jeny Marcela Cardona Gómez como representante legal principal. Esta decisión fue aprobada por los directores Jeny Marcela y Juan Carlos Cardona Gómez (vid. Folio 645).

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

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

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

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

⁴ Durante la etapa de fijación del objeto del litigio, el apoderado de la demandante expresó que 'no hay un argumento objetivo que permita [...] retener de manera injustificada esas utilidades allí dentro de la [sociedad]'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 21 de noviembre de 2013, folio 273 del expediente (11:22 a 11:56).

cumplimiento del objeto social' (vid. Folio 158). Esta idea fue reiterada durante la audiencia de alegatos de conclusión, en la cual se afirmó que 'no es una conducta atípica, censurable o clasificada como incorrecta el hecho de que una compañía propenda buscar que tenga un crecimiento, una estabilidad y una permanencia en el tiempo vía una capitalización, máxime cuando en este caso estamos hablando de una compañía [...] que llevaba dos o tres años en el mercado [...]'.⁵

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

1. Acerca de la retención de utilidades en sociedades cerradas

La retención de las utilidades generadas por una compañía suele rebatirse, con bastante frecuencia, ante las instancias judiciales.⁶ Ello se debe a que, en estos casos, puede presentarse un conflicto entre los intereses subjetivos de los accionistas, quienes esperan recibir un retorno sobre su aporte al fondo social, y el interés de la compañía en disponer de las utilidades para reforzar su situación financiera o emprender proyectos de expansión.⁷ En las sociedades que negocian sus acciones en los mercados de valores, las cortes rara vez interfieren con las políticas fijadas para la repartición de dividendos.⁸ Esta renuencia judicial está basada en un análisis eminentemente económico.⁹ La distribución de utilidades no es la única vía por la cual los inversionistas de una sociedad abierta pueden recibir los beneficios derivados de la actividad social. Cuando la compañía determina retener las utilidades del ejercicio, las sumas que no se repartieron fortalecen el patrimonio de la sociedad.¹⁰ Los accionistas pueden hacer efectivo este mayor valor mediante la simple venta de sus acciones en una bolsa de valores.¹¹ Esta circunstancia, sumada al amplio margen de discreción que los jueces les dan a los administradores sociales y a la disciplina de mercado que impone la posible

⁵ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de junio de 2014, folio 1067 del expediente (40:10 - 41:02)

⁶ DK Moll, Shareholder Oppression & Dividend Policy in the Close Corporation (2003) 60 WASH & LEE L REV 3, 861. Además, en criterio de Le Cannu y Dondero, 'la determinación más controvertida, en el contexto del abuso de mayorías, suele ser la retención de las utilidades generadas durante un ejercicio social [...]. Si esta práctica es reiterada y no obedece a la finalidad de proteger el interés social, los asociados minoritarios se verían injustamente despojados del único rendimiento económico derivado de su participación en la sociedad [...]'. P Le Cannu y B Dondero, Droit des Sociétés (4ª Ed, Ed. Montchrestien, 2012) 97.

⁷ DK Moll (2003) 861; FH O'Neal, Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights (1987) 35 CLEV ST L REV 12.

⁸ 'Una de las prácticas más antiguas y aceptadas del derecho societario consiste en aplicar la deferencia judicial que viene con la regla de la discrecionalidad en el contexto de las políticas de repartición de utilidades de una compañía'. DM Israel The Business Judgment Rule and the Declaration of Corporate Dividends: A Reappraisal (1975) 4 Hofstra L Rev 1, 73

⁹ FH O'Neal (1987) 125. Para un análisis acerca de las razones que justifican esta renuencia judicial, cfr. a DK Moll (2003) 842-843.

¹⁰ 'La práctica consistente en reinvertir las utilidades suele aumentar de modo correlativo el valor de las acciones, debido al fortalecimiento patrimonial de la sociedad y a su mayor valor en libros'. FH Reyes Villamizar, Derecho Societario en los Estados Unidos y la Unión Europea (4ª Ed, Editorial Legis, 2013b) 287.

¹¹ 'Para los asociados minoritarios de una sociedad abierta suele ser indiferente si la junta directiva decide repartir o retener las utilidades generadas durante el ejercicio [...]. Si se decreta un dividendo de un dólar por acción, el patrimonio de los accionistas minoritarios se ve aumentado en ese valor. Si, en cambio, la compañía decide no repartir utilidades, el valor patrimonial de la sociedad—y, por consiguiente el patrimonio de los minoritarios—se incrementa a razón de un dólar por acción. En este caso, basta con que los minoritarios vendan sus acciones en el mercado para que puedan realizar el mayor valor obtenido por la reinversión de las utilidades sociales'. DK Moll (2003) 859.

depresión en el precio de las acciones, suele dejar la política de dividendos de una sociedad abierta a salvo de cualquier escrutinio judicial.¹²

En las sociedades cerradas, ante la carencia de un mercado líquido para negociar acciones, la retención de utilidades puede ser bastante más problemática.¹³ En esta clase de compañías, los asociados usualmente ocupan cargos en la administración o le prestan servicios de alguna otra naturaleza a la sociedad. La remuneración derivada de estas actividades les permite a los accionistas recibir una porción de las sumas dinerarias generadas por la empresa social, sin que sea necesario decretar dividendos.¹⁴ Si un accionista minoritario no cuenta con un cargo remunerado en la compañía, la repartición de utilidades se convierte en el único mecanismo disponible para que ese asociado reciba un retorno sobre la inversión que efectuó en la sociedad.¹⁵ Por ello, la retención reiterada de utilidades puede privar al minoritario, de manera permanente, de la plusvalía generada en desarrollo de los negocios sociales. De ahí que esta práctica sea de frecuente uso cuando un accionista mayoritario pretende forzar una compra, a descuento, de las acciones de los minoritarios.¹⁶ Esta estrategia de opresión, conocida en la doctrina especializada como la exclusión inducida (*squeeze-out* o *freeze-out*), 'se manifiesta en una serie de actuaciones, tales como la negativa a repartir dividendos, la asignación de remuneraciones excesivas a favor de los accionistas mayoritarios que forman parte de la administración, la celebración de contratos con partes vinculadas, el favorecimiento de parientes de aquellos que controlan a la sociedad, el monopolio de los cargos de gestión, etcétera'.¹⁷ En estos casos de abuso, existe consenso en torno a la necesidad de que las decisiones de no decretar dividendos sean examinadas por un juez.¹⁸

No debe perderse de vista, sin embargo, que la decisión de retener utilidades puede obedecer al loable propósito de fortalecer la empresa social. Cuando ello ocurra—es decir, si la retención de utilidades atiende a un propósito legítimo de negocios y no a la intención de perjudicar a un accionista minoritario o de perseguir alguna otra finalidad extralegal—no parecería existir una verdadera justificación jurídica para que los jueces intervengan en los asuntos internos de la compañía.¹⁹

Los problemas asociados a la retención de utilidades no han pasado inadvertidos en nuestro sistema legal.²⁰ En la década anterior a la promulgación

¹² HG Manne, *Our Two Corporation Systems: Law and Economics* (1967) 53 VIRG L REV 2, 280.

¹³ En la jurisprudencia norteamericana existen numerosos antecedentes en los que se debate el problema de la retención de utilidades en sociedades cerradas. Según anota Reyes Villamizar, 'el célebre caso *Dodge vs. Ford Motor Co.* (1919) es quizás el más significativo antecedente judicial en el que los accionistas minoritarios de una sociedad cerrada tuvieron éxito en exigir judicialmente el pago de dividendos' (FH Reyes Villamizar (2013b) 288). Cfr. también las sentencias emitidas en los casos de *Litle v. Waters*, 1992 WL 25758 at *8 (Del. Ch., Feb. 11, 1992) y de *Sugarman v. Sugarman* 797 F.2d 3 (1986).

¹⁴ En la doctrina especializada se considera que estas sumas corresponden a dividendos *de facto* a favor de los asociados. DK Moll (2003) 877-880.

¹⁵ FH O'Neal (1987) 125.

¹⁶ HG Manne (1967) 281.

¹⁷ FH Reyes Villamizar, *SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada* (3ª Ed, Editorial Legis, 2013a) 143.

¹⁸ HG Manne (1967) 281.

¹⁹ *Gabelli & Co., Inc. v. Liggett Group, Inc.*, 479 A.2d 276, 280 (Del. 1984). En la doctrina estadounidense también se ha propuesto la posibilidad de que los jueces examinen la política de dividendos de una compañía aunque no medie una verdadera intención de oprimir a los accionistas minoritarios. Cfr. a DK Moll (2003).

²⁰ Según lo expresado por esta Superintendencia hace más de cuarenta años, '[la retención injustificada de utilidades] desestimula a los pequeños accionistas, quienes al no recibir ningún rendimiento en sus aportaciones, se ven forzados a vender sus acciones en circunstancias

del Código de Comercio, las mediciones empíricas de esta Superintendencia daban cuenta de los exiguos porcentajes de repartición de utilidades en compañías del tipo de las anónimas.²¹ Para la época, las normas societarias que regulaban la materia dejaban al arbitrio exclusivo de los asociados la definición de los montos que habrían de repartirse a manera de dividendos.²² En ejercicio de esta potestad discrecional, era usual que se repartiera menos del 50% de las utilidades generadas durante un ejercicio social.²³ Según el criterio de la Superintendencia, 'la política de distribución de utilidades en las sociedades anónimas ha evolucionado [...] en el sentido de mantener una parte cada vez mayor en reservas [...]. Esta tendencia puede resultar desalentadora para los inversionistas menores que generalmente aspiran a una rentabilidad máxima de sus capitales [...]'.²⁴

La situación descrita en el párrafo anterior provocó una importante respuesta legislativa.²⁵ Entre las reglas societarias introducidas en el Libro Segundo del Código de Comercio de 1971, se incluyeron porcentajes mínimos de utilidades que debían repartirse forzosamente entre los asociados, así como una obligación, posteriormente derogada, de justificar ante la Superintendencia de Sociedades la creación de reservas ocasionales.²⁶ En el artículo 155 del Estatuto Mercantil se dispuso que 'las sociedades repartirán, a título de dividendo o

desventajosas frente a los demás socios [...]. La distribución de los beneficios netos [...] es una legítima expectativa de los accionistas fundada en el acto constitutivo que la asamblea no puede impunemente vulnerar'. Superintendencia de Sociedades, Resolución No. 0377 del 12 de mayo de 1972, citada por LA Gómez Araujo y NH Martínez Neira, Derecho Societario Colombiano (Librería Fuente Jurídica, 1979) 209.

²¹ En criterio de Pinzón, 'si, conforme a los datos que ha recogido la Superintendencia de Sociedades Anónimas, en el país no se reparte más del cuarenta por ciento de las utilidades obtenidas por esta clase de sociedades, pues que el sesenta por ciento se destina a reservas o se oculta a los accionistas, es urgente invertir, por lo menos, estos porcentajes [...] al retener u ocultar al accionista las utilidades sociales, se lesiona directamente el más importante de sus derechos patrimoniales, el que sirve nada menos de causa o móvil de la asociación comercial'. J Gabino Pinzón, Prólogo a 'Los Dividendos en las Sociedades Anónimas' (Ed. Kelly, 1967) 10.

²² 'En la legislación anterior, el régimen respectivo era de completa libertad, y los socios, especialmente los grupos mayoritarios, podían llegar hasta el extremo de no distribuir ninguna utilidad, y destinarla toda a la formación de reservas. Esa situación no era justa, no era correcta, porque atentaba contra los derechos especialmente de los grupos minoritarios de socios o accionistas, y se presentaban en ese sentido casos de una mala fe muy ostensible, en los cuales los grupos mayoritarios de accionistas, deliberadamente, forzaban una decisión de la Asamblea o Junta en el sentido de no decretar utilidades, perjudicando de esa manera y en forma muy grave a los grupos minoritarios de accionistas o socios en general'. (S Finkielstein y otros, Comentarios al Código de Comercio (2ª Ed., Vol. I, Gama Impresores Ltda., 1980) 130-131).

²³ Según Ospina, entre los años 1959 y 1963, 'sólo se ha reconocido a los accionistas el exiguo porcentaje de 41.62% sobre las utilidades líquidas obtenidas por las sociedades anónimas más representativas en nuestro país' (A Ospina Salamanca, Los Dividendos en las Sociedades Anónimas (Ed. Kelly, 1967) 104).

²⁴ Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas (1964) No. 36, 26.

²⁵ Para Gaviria Gutiérrez, '[...] la realidad de los negocios ofrece además otros casos en los que, no por dificultades objetivas de financiación, sino por una conducta claramente dolosa, los socios mayoritarios imponen a las minorías la supresión arbitraria del pago de utilidades, con el ánimo preconcebido de colocarlos en una personal situación económica muy difícil y forzarlos, en seguida, a vender sus derechos sociales a precios muy bajos y ostensiblemente inequitativos. Para eliminar en lo posible estas anomalías y proteger el derecho esencial de todo socio a la percepción de utilidades, el Código de Comercio ha establecido un sistema de repartición obligatoria de al menos una parte de las utilidades [...]'. E Gaviria Gutiérrez, Las Sociedades en el Nuevo Código de Comercio (Editorial Temis, 1975) 180.

²⁶ 'De manera, pues, que [...] se ha puesto fin a la corruptela de las reservas a disposición de la junta directiva y otras de finalidades igualmente indeterminadas, con las cuales se lesionaba el derecho de los socios a disponer ellos mismos de las utilidades [...]'. JG Pinzón, Sociedades Comerciales (Editorial Temis, 1977) 112.

participación, no menos del cincuenta por ciento de las utilidades líquidas obtenidas en cada ejercicio'.²⁷ Este porcentaje mínimo de repartición obligatoria sólo podía modificarse mediante la aprobación de asociados titulares del 70% del capital representado en la respectiva reunión del máximo órgano social. Esa mayoría calificada se aumentó con la expedición de la Ley 222 de 1995 al 78% de las acciones o cuotas presentes. En el artículo 454 del Código de Comercio se incluyó, además, una regla especial para aquellos casos en los que la suma de las reservas en una sociedad anónima exceda el monto del capital suscrito. En estos casos, el porcentaje mínimo de repartición se eleva al 70% de las utilidades líquidas generadas por la compañía.

El mencionado sistema de repartición obligatoria busca asegurar, mediante un mecanismo de protección con efectos *ex ante*, que los asociados minoritarios tengan acceso a las utilidades producidas por una compañía en el transcurso de un ejercicio social.²⁸ Así, en lugar de afrontar la incertidumbre de controvertir la política de distribución de dividendos ante un juez, los asociados minoritarios tienen la certeza de que, con el simple ejercicio de sus derechos de voto, pueden acceder a un porcentaje de las utilidades generadas por la sociedad. Es claro, además, que este sistema de repartición obligatoria puede coexistir con la revisión judicial *ex post* de las decisiones adoptadas por el máximo órgano social en cuanto al destino que habrá de dársele a las utilidades repartibles.²⁹ En efecto, cuando un asociado detenta más del 78% de las acciones en circulación de una sociedad, tal sujeto podrá, por virtud de su mayoría accionaria, determinar que no se decreten dividendos. Esta decisión podría examinarse a la luz de las reglas que regulan el ejercicio abusivo del derecho de voto, según se explica más adelante.³⁰ También podría pensarse en analizar, bajo ese mismo rasero, la decisión de retener las sumas que excedan el porcentaje mínimo de repartición a que aluden los artículos 155 y 454 del Código de Comercio.

Ahora bien, para el caso de las sociedades por acciones simplificadas se ha previsto un régimen de repartición de utilidades que guarda alguna similitud con las reglas anteriores al Código de Comercio de 1971. Según las voces del artículo 38 de la Ley 1258 de 2008, 'las prohibiciones contenidas en los artículos 155 [...] y 454 del Código de Comercio no se les aplicarán a las sociedades por acciones simplificadas, a menos que en los estatutos se disponga lo contrario'. Es decir que, bajo el régimen de la SAS, al no existir un porcentaje mínimo de utilidades que deba repartirse, los asociados cuentan con absoluta discreción para fijar las políticas de dividendos que consideren más ajustadas a la gestión de los negocios sociales. Al mismo tiempo, para evitar la retención injustificada de utilidades, se

²⁷ 'En aras de proteger el interés de los asociados minoritarios, cuyo interés primordial en la asociación mercantil usualmente se circunscribe al disfrute de las utilidades sociales, la legislación en vigor ha previsto mecanismos de protección tendientes a procurar un reparto mínimo de utilidades'. FH Reyes Villamizar, Derecho Societario (Tomo I, 2ª Ed, Editorial Temis, 2006) 487.

²⁸ Para una explicación acerca de la diferencia entre los mecanismos de protección con efectos *ex ante* y *ex post*, puede verse la Sentencia No. 801-055 del 16 de octubre de 2013.

²⁹ 'Para que se distribuya un porcentaje menor de las utilidades líquidas de cada ejercicio [...] se requiere una mayoría especial señalada por la ley 222 de 1995 [...]. Pero esto no puede significar, en la más pura interpretación exegética, que cuando se concreta esta mayoría, la asamblea puede incrementar o crear reservas que retengan utilidades de manera injustificada [...]. No puede ser este un recurso al que se apele para retener utilidades injustamente, mucho más si de lo que se trata es de asfixiar a los socios minoritarios para recomprar sus acciones a menor precio, como se acostumbra, lo que determina un típico abuso del derecho [...]'. NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario (AbeledoPerrot, 2010) 420.

³⁰ En Francia, las cortes 'exigen que los accionistas demandantes acrediten que la retención de utilidades no va en línea con el interés social, sino que, por el contrario, busca favorecer a los asociados mayoritarios en detrimento de las minorías'. P Merle, Sociétés Commerciales (16ª Ed. Dalloz, 2013) 686.

han previsto importantes mecanismos de fiscalización judicial, tales como el contemplado en el artículo 43 de la Ley 1258 en materia de abuso de mayoría. Con estas modificaciones, el régimen previsto para la SAS busca promover un equilibrio entre la discreción con la que deben contar los empresarios para conducir sus negocios y la protección que merecen los asociados minoritarios de una compañía cerrada.

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

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

Como se ha manifestado en numerosas providencias, este Despacho no suele entrometerse en la gestión de los asuntos internos de una compañía, a menos que se acrediten actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés.³¹ Cuando se aporten pruebas que apunten al posible ejercicio irregular del derecho de voto, como ocurre en el presente caso, el Despacho analizará con detenimiento las actuaciones de los accionistas, a fin de establecer si se produjo una actuación censurable.³² Ello se debe a que, según se expresó en los casos de Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A.³³ y Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.,³⁴ 'el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para

³¹ Cfr. Sentencias No. 801-072 del 11 de diciembre de 2013 y No. 801-059 del 4 de diciembre de 2013. En sentido análogo puede consultarse la sentencia emitida por la Corte de Cancillería de Delaware en el caso de Eshleman v. Keenan 194 A. 40, 43 (Del.Ch. 1937).

³² No sobra advertir que el análisis requerido para establecer si se empleó indebidamente el derecho de voto comporta un estudio del trasfondo real de las relaciones entre los sujetos involucrados en el presente proceso (cfr. Sentencias No. 800-020 del 27 de febrero de 2014 y No. 800-073 del 19 de diciembre de 2013).

³³ Cfr. Sentencia No. 800-020 del 27 de febrero de 2014 ('[...] la capitalización controvertida en este proceso estuvo dirigida, principalmente, a despojar a CAHC de su mayoría accionaria en CAH Colombia S.A., en un aparente intento por evitar que la compañía china le vendiera su bloque mayoritario a un tercero diferente del señor Pinzón. [...] el Despacho encontró, en las pruebas aportadas por las partes, suficientes indicios para cuestionar la rectitud de ánimo del señor Pinzón al aprobar las operaciones objeto de este proceso. En verdad, es claro para este Despacho que el patrón de conducta analizado—la aprobación de una emisión primaria sin sujeción al derecho de preferencia, en una reunión por derecho propio, con los accionistas minoritarios como únicos destinatarios de la correspondiente oferta de suscripción, en medio de un conflicto intrasocietario respecto del control de CAH Colombia S.A.—no encuentra justificación en las necesidades de liquidez invocadas por la sociedad demandada, particularmente en vista de las diferentes propuestas de financiación discutidas entre el señor Pinzón y CAHC a finales del año 2011').

³⁴ Cfr. Sentencia No. 800-073 del 19 de diciembre de 2013 ('en síntesis, la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. se consumió de manera intempestiva y en el curso de un conflicto intrasocietario, poco tiempo después de que Edwin Gil Tobón hiciera efectivo el mecanismo de información descrito en el acápite precedente, con el efecto de que Serviucis S.A. fue reemplazado por un director vinculado al bloque de accionistas mayoritarios liderado por Mauricio Vélez Cadavid. Se trata, a todas luces, de un patrón de conducta que denota una intención premeditada de perjudicar a Serviucis S.A. y, correlativamente, procurar que el bloque mayoritario pudiera ejercer un control irrestricto sobre la operación de NCSC S.A.S. Debe concluirse, pues, que el bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid ejerció el derecho de voto de una manera que desborda el límite de lo permisible bajo el ordenamiento jurídico colombiano').

que el accionista mayoritario se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados'.³⁵

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

A. Los efectos de las decisiones controvertidas

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

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

Es claro, pues, que las decisiones controvertidas en este proceso le han generado un perjuicio a la demandante. Ciertamente, la retención reiterada de las utilidades de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., ha hecho imposible que la señora Sánchez materialice el ánimo de lucro subjetivo que la llevó a participar en la constitución de la compañía. Según lo expresado por la propia demandante, 'yo no hice una sociedad para no recibir dinero [...] Yo quería recibir dinero y necesitábamos dinero. Yo tengo dos hijos, yo tengo que asegurar muchas cosas,

³⁵ Para un estudio comparado de las acciones judiciales disponibles en hipótesis de abuso del derecho de voto, cfr. a RB Thompson, Allocating the Roles for Contracts and Judges in the Closely Held Firm (2010) Georgetown Business, Economics and Regulatory Law Research Paper No. 2; PH Conac, L Enriques y M Gelter, Constraining Dominant Shareholders' Self-dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy (2007) ECGI Working Paper No. 88, 13 y FH Reyes Villamizar (2013b) 177.

pues por eso busque una persona que tuviera capital, para que me pudiera asociar y producir dinero. Pues si yo no voy a recibir dinero pues no lo hubiera hecho'.³⁶ El perjuicio sufrido por la demandante es suficiente para que el Despacho considere acreditado el primero de los presupuestos requeridos para que se configure el abuso del derecho de voto.³⁷

Debe advertirse, por lo demás, que uno de los apoderados de los demandados considera que la señora Sánchez no ha sufrido perjuicio alguno, por cuanto su patrimonio personal se ha aumentado por virtud del fortalecimiento de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Según aparece en la contestación, 'el patrimonio de la demandante se ha valorizado en 2.100%, o sea que su aporte al valor nominal se ha multiplicado 22 veces [...]' (vid. Folio 159). Sin embargo, el Despacho considera que esa circunstancia no compensa el perjuicio descrito en el párrafo anterior. Por razones que ya fueron explicadas, la demandante, en calidad de accionista minoritaria de una sociedad cerrada de pequeñas dimensiones, difícilmente podrá realizar ese mayor valor patrimonial a que alude el referido apoderado.³⁸ Es preciso señalar, en todo caso, que la demandante sí intentó vender sus acciones en CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. (vid. Folio 1073). No obstante, el único sujeto dispuesto a comprar la participación de la señora Sánchez parece haber desistido de celebrar ese negocio jurídico por la intervención del señor Wiedemann. De conformidad con lo expresado durante el interrogatorio de la demandante, 'yo agoté todo el procedimiento que indica la norma para la venta de las acciones; primero las ofrecí a los socios de la empresa. Ellos se tardaron en responder, respondieron negativamente, no estaban interesados. Luego lo puse en oferta a terceros. Cuando había un tercero interesado [...] no pude finiquitar el negocio debido a una conversación que se tuvo con John Wiedemann y que él iba a desconocer completamente a esta persona, a Wilson Franco quien era quien estaba interesado en las acciones. [...] por una conversación que se tuvo con John Wiedemann donde él iba a desconocer completamente al nuevo propietario de esas acciones, simplemente quedó todo como en *standby*. Yo no quería más inconvenientes con otro socio, vender algo que no le iban a reconocer entonces simplemente todo se paró ahí. No alcancé a finiquitar la venta, no recibí dinero por las acciones'.³⁹

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

Como lo ha dicho el Despacho en otras oportunidades, los efectos perjudiciales de una decisión asamblearia no son suficientes, por sí solos, para que pueda predicarse el abuso de mayoría. Para ello se debe acreditar que el derecho de voto fue ejercicio con el propósito de provocar un perjuicio o de obtener una ventaja injustificada. De ahí que deba examinarse ahora si el patrón de conducta debatido en el presente proceso permite inferir la existencia de un

³⁶ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente (31:56 a 34:13)

³⁷ No está de más resaltar que la demandante podría estar sufriendo perjuicios económicos adicionales. Con todo, en vista de que la demandante no aportó los análisis financieros requeridos para probar otros perjuicios, el Despacho considera innecesario formular consideraciones adicionales en este sentido.

³⁸ Pocas personas estarían dispuestas a comprar una participación minoritaria en una sociedad cerrada como CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. sin antes poder negociar algún mecanismo de protección—o a lo menos reglas de gestión administrativa—con el accionista mayoritario.

³⁹ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente (28:02).

ánimo premeditado de perjudicar a la demandante o de procurar una prerrogativa ilegítima para los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S.

(i) La existencia de un conflicto intrasocietario

El punto de partida del presente análisis debe ser, necesariamente, el conflicto suscitado entre los asociados de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Cuando se presentan fuertes controversias entre los accionistas de una compañía, este Despacho suele examinar, con especial atención, las actuaciones acontecidas en las reuniones de la asamblea general.⁴⁰ Ello se debe a que la existencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de determinaciones que perjudiquen a uno o varios asociados.⁴¹

En el presente caso, el Despacho ha detectado un acentuado conflicto entre la señora Sánchez y los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Las diferencias suscitadas entre tales sujetos están relacionadas con el incumplimiento de un pacto de exclusividad que parece existir entre las partes. Como ya se explicó, CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. tiene por objeto la administración de cursos suplementarios de conducción para infractores de tránsito. Según los testimonios rendidos ante este Despacho, la demandante y el señor Wiedemann habían acordado que CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. tendría el derecho exclusivo a prestar los referidos servicios en un área geográfica determinada, en desarrollo de las licencias obtenidas por la señora Sánchez.⁴² Sin embargo, la demandante puso en marcha nuevos centros integrales de atención que, al parecer, prestan sus servicios en la misma zona en la que opera CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Estos actos de competencia, sumados al quebrantamiento de las relaciones personales entre la demandante y el señor Wiedemann, provocaron el conflicto que le dio lugar al presente proceso.

En las pruebas aportadas por las partes puede apreciarse, con bastante claridad, el surgimiento de las diferencias a que se ha hecho alusión. Por ejemplo, en noviembre de 2011, durante una reunión de la junta directiva, Jeny Marcela y Juan Carlos Cardona expresaron su molestia por la participación de Isabel Cristina Sánchez en la creación del Centro Integral de Tránsito CENINTRA, un establecimiento de comercio que había empezado a competir con CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Según aparece registrado en el acta No. 3, 'el presidente argumenta su preocupación por la situación que se presenta con la socia Isabel Cristina Sánchez, quien además es miembro principal de la junta directiva [...]'; la

⁴⁰ En el caso de Martín Morelli contra Santana Fruits S.A.S se señaló que 'la verificación de un marcado conflicto entre [los asociados] podría usarse como un criterio analítico para estudiar el carácter potencialmente abusivo de las decisiones asamblearias objeto de este proceso' (Auto No. 801-12735 del 18 de junio de 2013). Cfr. también la Sentencia No. 800-0054 del 4 de octubre de 2013.

⁴¹ Puede mencionarse lo expresado en la Sentencia No. 800-073 del 19 de diciembre de 2013 cuya parte pertinente se transcribe a continuación: 'Ante el deterioro de las relaciones entre los asociados, los denominados problemas de agencia entre mayoritarios y minoritarios suelen volverse más severos. Ciertamente, un distanciamiento de esa naturaleza puede reforzar la contraposición entre los intereses económicos de los accionistas y, además, deteriorar los vínculos recíprocos de confianza que podían haber existido entre el controlante y la minoría. En otras palabras, el surgimiento de una disputa intrasocietaria suele incrementar, de manera considerable, los incentivos que tienen los accionistas [...] para aprobar decisiones que los favorezcan exclusivamente [...]. Al mismo tiempo, el quebrantamiento de las relaciones entre los asociados hace que desaparezcan los reparos personales que podrían haber tenido [tales sujetos] para adoptar decisiones con la oprobiosa finalidad mencionada'. En sentido análogo, puede consultarse la Sentencia No. 800-020 del 27 de febrero de 2014.

⁴² Cfr. correo electrónico enviado por Isabel Cristina Sánchez el 8 de febrero de 2011 (vid. Folio 172).

inquietud obedece al vínculo de la socia en otra empresa que se configura como competencia directa de la empresa [...] en detrimento de los intereses de CIA del Infractor, que se ha tangibilizado con la reducción de las ventas y la pérdida de la participación de mercado' (vid Folio 649). En esa misma reunión, se discutió la posibilidad de decretar bonificaciones a favor de los empleados de la compañía 'ante la incertidumbre de continuar con el negocio por la presencia de competidores' (id.).

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

Para el momento en que se celebró la reunión ordinaria del año 2013, las relaciones entre los accionistas de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. se encontraban visiblemente deterioradas. En esa sesión, las propuestas sometidas a consideración de los accionistas fueron aprobadas con el voto positivo de los representantes del bloque mayoritario, titulares del 75% de las acciones emitidas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., al paso que la señora Sánchez se opuso consistentemente a la adopción de las determinaciones estudiadas por la asamblea (vid. Folios 660 a 665). Los accionistas presentes en esa reunión ni siquiera pudieron ponerse de acuerdo en cuanto al procedimiento para la elaboración del acta o la posibilidad de grabar las deliberaciones (vid. Folios 660 y 661).⁴³

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

⁴³ Los testimonios practicados por el Despacho también dan cuenta de la magnitud del conflicto intrasocietario que se presentó en CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Según el señor Sergio Soto, por ejemplo, 'había unas diferencias tan grandes entre John e Isabel Cristina. Es más, había situaciones de humillación y maltrato de parte de John a Isabel Cristina que simplemente limitaron la posibilidad de hacer otros negocios' (Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente (2:56:32 a 2:58:37). Debe advertirse que los demandados presentaron una tacha en contra del señor Soto Sin embargo, tras intervenir en la práctica del testimonio bajo sospecha, el Despacho considera que el testigo tachado expuso sus opiniones objetivamente, en consonancia con su apreciación real de los hechos objeto del proceso. De ahí que deba rechazarse la tacha formulada por los demandados. Además, en criterio del señor Cardona, 'ella le dio una licencia a otra persona [...] no fue leal a la originalidad de la sociedad de nosotros' Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente (55:30 a 57:08).

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

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

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

La justificación esgrimida para retener las utilidades de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. fue reiterada durante el curso del presente proceso. De conformidad con lo expresado por el señor Cardona, 'tengo entendido que se están haciendo unos estudios. Cuando se hagan esos estudios ya se puede convocar una asamblea y empezar a hablar sobre los proyectos que se van a ejecutar'.⁴⁴ Por su parte, la señora Cardona manifestó que 'nosotros no queremos despilfarrar nuestros ingresos y ante todo queremos darle consolidación a la empresa. Hoy en día le puedo mostrar unos avances que hemos hecho, es un macro proyecto donde estamos en la fase de diagnóstico, ya vamos a empezar la fase de mercadeo'.⁴⁵ La existencia de los proyectos indicados también le sirvió al apoderado de los demandados para estructurar su defensa. Por ejemplo, en la contestación de la demanda se afirmó que, 'el no reparto de utilidades [...] tiene como objeto directo la realización de inversiones para el cumplimiento del objeto social' (vid. Folio 158).

Como se explicó en la sección anterior, es perfectamente legítimo que los asociados decidan retener las utilidades generadas por la compañía con el fin de fortalecer la empresa social. En el presente caso, sin embargo, el Despacho no encontró pruebas acerca de la existencia de un verdadero proyecto de expansión de los negocios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. Debe recordarse, en este sentido, que los accionistas mayoritarios han alegado que la sociedad está incurso en diversos emprendimientos de esa naturaleza desde marzo de 2012.⁴⁶ Con todo, según las actas consultadas por el Despacho, en ninguna de las reuniones

⁴⁴ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente (54:17 a 54:48). Adicionalmente, en palabras del señor Wiedemann, 'lo que se ha buscado es desarrollar la empresa a largo plazo, buscar nuevos espacios comerciales y ha sido como el punto que se ha tenido como básico para poder asumir los riesgos de mercado y las condiciones pues difíciles y competitivas que hay'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2013, folio 439 del expediente (20:20 a 21:17)

⁴⁵ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2013, folio 439 del expediente (34:46 a 49:37).

⁴⁶ Conforme a lo manifestado por el señor Sergio Soto, antiguo representante legal de la compañía, 'el argumento que se utilizó en ese momento [para no repartir utilidades] era para la inversión en otros proyectos [...]. Nunca conocí cuáles eran esos otros nuevos proyectos (Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente (1:33:10 a 1:33:34).

de los órganos sociales de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. se han discutido los detalles específicos de los referidos proyectos.⁴⁷

Adicionalmente, durante el interrogatorio practicado por el Despacho en diciembre de 2013, la señora Cardona expresó que la administración social ni siquiera había terminado de diseñar los planes de expansión de la compañía. En sus palabras, ‘estamos mirando toda la parte de mercadeo para no, digamos, poner en riesgo la inversión y siempre se ha estado trabajando en esa parte. [...] lo que hemos querido [...] es ser muy correctos en las propuestas que le queramos hacer en la junta directiva y poder tomar decisiones muy precisas sin llegar a apresurarnos y cometer errores. Realmente no es tanto el hecho de decir que no hemos querido presentar sino que aún parte de la fase del proyecto no la hemos terminado para poderla presentar completamente [...] La realidad es que he estado en espera de terminar, digamos, uno de los temas que más nos llama la atención y es definir en qué vamos a invertir las utilidades de la empresa en estos dos años y medio de ejecución que tiene [...]’.⁴⁸

El único documento que da cuenta de la posible existencia de un plan de expansión fue aportado por la señora Cardona durante su interrogatorio. Aunque este documento contiene una explicación acerca del funcionamiento de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. y sus competidores, el Despacho no encontró información detallada acerca de la proyectada expansión de la compañía, sino solamente afirmaciones difusas como la que se transcribe a continuación: ‘Se pretende con este proyecto profundizar el portafolio de servicios de la CIA, debido a la situación actual que tiene de no poder expandirse, hecho que la hace muy vulnerable y propensa a desaparecer por la competencia con que se cuenta en la ciudad de Medellín [...] el objetivo es mejorar los niveles de ingresos y obtener mayor reconocimiento como empresa [...] y así lograr una expansión a nivel nacional (vid. Folios 283 a 285).⁴⁹ A pesar de que el documento estudiado alude a posibles iniciativas, no se presenta allí una proyección financiera del retorno esperado por el desarrollo del proyecto ni un cálculo de los costos estimados del plan de expansión de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S.

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

Por el contrario, el Despacho encontró pruebas de que una porción de los excedentes de liquidez de la compañía fue usada para especular en el mercado

⁴⁷ Según lo expresado por la señora Cardona en diciembre de 2013 ‘no se ha hecho junta directiva hasta el momento para proyectos de expansión’ (Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2013, folio 439 del expediente (1:07:00)).

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

⁴⁹ En otro aparte del texto entregado por la señora Cardona puede leerse la siguiente afirmación: ‘Se debe implementar un ambicioso plan de expansión y de mercadeo. En el sector hay presencia muy fuerte de la competencia y con una sola sede no es posible tener un crecimiento asertivo para el beneficio de la compañía impidiendo su crecimiento empresarial’ (vid. Folio 898).

público de valores.⁵⁰ En la Nota No. 4 a los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2012 aparece que CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. hizo ‘inversiones de carácter temporal [...] por intermedio de comisionistas de bolsa en transacciones de la Bolsa de Valores de Colombia en acciones de diferentes sociedades’ (vid. Folio 976). Entre las inversiones reportadas en los libros contables de la compañía se encuentran ‘derechos de recompra de inversión *Repos*’ por una suma de \$252.668.600. Estas inversiones formaban parte de una estrategia de especulación con operaciones de recompra de acciones en el mercado bursátil. Según el testimonio del señor Soto, ‘las primeras inversiones en operaciones *Repo* fueron por montos importantes [...] por 400 millones, por 500 millones. Pero a partir de ese momento había una directriz para que cada vez que tuviéramos 150 millones en la cuenta corriente inmediatamente teníamos que sacarlos de la cuenta para constituir operaciones *Repo*. Hubo algunas circunstancias en que había más de 150 millones y John Wiedemann me decía “¿por qué no has constituido la operación repo? [...] esos intereses dejados de ganar quién los va a asumir, te los saco de tu salario?” [...]’.⁵¹ El Despacho también pudo establecer que la estrategia de inversiones de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. no dio los resultados esperados. En la Nota No. 5 a los referidos estados financieros se expresa, en verdad, que ‘en deudores varios la cuenta más significativa corresponde al incumplimiento del repo del 29 de noviembre de 2012 por parte de Interbolsa S.A., el cual dada la situación de intervención de esa empresa, generó una cuenta por cobrar de la cual ya existe una manifestación de disposición de pago’.

(iii) Conclusión

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

En la práctica, una política invariable de retención de utilidades puede producir los mismos efectos que una cláusula leonina. En las sociedades por acciones simplificadas, ante la imposibilidad de aplicar las reglas de repartición mínima previstas en el Código de Comercio, es factible que los accionistas controlantes intenten privar a los minoritarios, en forma permanente, de un retorno sobre su inversión en la compañía. En estos casos, los asociados perjudicados pueden recurrir a la figura del abuso del derecho de voto para solicitar la revisión judicial de la conducta de los mayoritarios. Le corresponderá entonces al juez esclarecer si la política de dividendos cuestionada obedece a una finalidad legítima de negocios o si, por el contrario, es producto de la intención deliberada de lesionar a los minoritarios o de procurar una ventaja injustificada para el controlante.⁵²

En el presente caso, el Despacho encontró suficientes indicios para concluir que se ha presentado un ejercicio abusivo del derecho de voto. Los accionistas

⁵⁰ Las utilidades retenidas que no fueron usadas para especular en el mercado bursátil parecen haber sido depositados en un patrimonio autónomo (vid. Folios 205 y 976).

⁵¹ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 17 de diciembre de 2013, folio 631 del expediente. (1:34:48 a 1:38:08). Cfr. también los correos electrónicos disponibles en los Folios 513 a 518.

⁵² DK Moll (2003) 912.

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

El Despacho también pudo establecer que la conducta de los mayoritarios ha estado orientada por la finalidad de privar a Isabel Cristina Sánchez de las utilidades generadas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., en represalia por la posible violación de un pacto de exclusividad para la prestación de servicios de conmutación de multas de tránsito. Tanto en las actas de los diferentes órganos sociales de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., como en los demás documentos aportados por las partes, puede apreciarse el vínculo que existe entre el incumplimiento de la señora Sánchez y la decisión de retener las utilidades generadas por la compañía (vid. Folios 649 y 671).⁵³ Aunque el Despacho no puede convalidar las aparentes transgresiones de la señora Sánchez, los demandados cuentan con múltiples mecanismos legales para hacer efectivos sus derechos contractuales. Además, si la señora Sánchez ha participado en actos que impliquen competencia con CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., los accionistas mayoritarios podrían controvertir sus actuaciones a la luz de las normas que rigen la conducta de los administradores sociales. Lo que no puede permitirse es que, en respuesta a una diferencia entre los asociados de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., los accionistas mayoritarios invoquen ilusorios proyectos de expansión para despojar a la señora Sánchez de sus derechos económicos en la compañía.⁵⁴ Ello se debe a que, como ya lo ha manifestado este Despacho, el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para

⁵³ En palabras de uno de los apoderados de los demandados, 'siempre se ha mirado el beneficio de la sociedad y los nuevos desarrollos tienen sus amenazas, amenazas internamente, de una competencia interna que se está generando de la misma accionista demandante'. (29:26 – 29:57). Adicionalmente, en un correo electrónico enviado por el señor Jader Henao, un asesor de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. que trabaja con el señor Wiedemann en la sociedad Servicios Integrales ID System S.A.S., se hicieron las siguientes afirmaciones: 'La idea de que hayan aprobado a Pereira implica que a Isabel la situación desde ya se le va a poner complicada por [l]o cual comenzará a depender totalmente de Medellín, no se hace extraño que busque darle más convenios a Wilson en sus pretensiones independientes de CENINTRA y quizá en otras condiciones más favorables para ella. Por tal toma mucha más relevancia el ajuste de cuentas con ella por la vía que se requiera y sobre lo cual ya estamos trabajando, necesitamos que por lo menos no se divida más el mercado con más puntos de atención de la competencia [...]'. (vid. Folio 595).

⁵⁴ La conclusión expresada en el texto principal no cambia por el simple hecho de que la señora Sánchez pueda llegar a usar las utilidades de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. para financiar a los competidores de la compañía. En verdad, la posible intención de la señora Sánchez de competir con CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. no significa que esa accionista haya perdido su derecho de participar en las utilidades generadas por la sociedad.

lesionar deliberadamente a un grupo de accionistas, ni para que un asociado se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás.⁵⁵

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

V. COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de Isabel Cristina Sánchez y a cargo de los demandados, la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

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

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

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

El monto de la indemnización será equivalente al 25% de la cuantía actualizada de las utilidades repartibles generadas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. durante los años 2011 y 2012, según el dictamen pericial preparado para efectos

⁵⁵ Esta decisión sigue la línea de otros pronunciamientos emitidos por el Despacho, en los que se rechaza el ejercicio del derecho de voto para perjudicar a un accionista. Cfr., por ejemplo, las Sentencias No. 800-020 del 27 de febrero de 2014 y 800-0073 del 19 de diciembre de 2013.

de este proceso, es decir, \$668.544.891, sumado al 25% de las utilidades correspondientes al ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2013.

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

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

El Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

José Miguel Mendoza

Nit: 900387814
Exp: 0
Rad: 2013-01-214004

Código Dep: 801
Trámite: 170001
Cód. F: M6866