

SENTENCIA

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

Partes

Carlos Hakim Daccach

contra

Jorge Hakim Tawil, Alejandro Hakim Dow, Angélica Patricia de la Torre Gómez, José Alejandro Samper Carreño, Daniel Alfredo Materón Osorio, Jaime Cano Fernández, Luis Miguel García Peláez, José Mauricio Rodríguez Morales, Carlos Alberto Campos Murcia, Edduar Leonardo Flórez Bohórquez, Luis Fernando Amaya Mateus y Raquel Castillo González

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2014-801-50

Duración del proceso

368 días¹

I. ANTECEDENTES

El proceso iniciado por Carlos Hakim Daccach surtió el curso descrito a continuación:

1. El 9 de abril de 2014 se admitió la demanda.
2. El 23 de julio de 2014 se cumplió el trámite de notificación.
3. El 6 de noviembre de 2014 se celebró la audiencia judicial convocada por el Despacho.
4. El 3 de mayo de 2016 las partes presentaron sus alegatos de conclusión.
5. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. PRETENSIONES

La demanda presentada por Carlos Hakim Daccach contiene 64 pretensiones encaminadas a controvertir la conducta de los demandados en la gestión de los negocios de Gyptec S.A. En particular, se han formulado pretensiones declarativas respecto del incumplimiento de los deberes a cargo de los demandados, así como pretensiones de condena atadas a los perjuicios sufridos tanto por el demandante como por Gyptec S.A. También se ha solicitado dejar sin efectos muchas de las operaciones reprochadas en este proceso, junto con el reconocimiento de las consecuencias legales que ello conlleva.

¹ Este término se cuenta 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.

III. HECHOS

El demandante, Carlos Hakim Daccach, inició este proceso judicial para controvertir la expropiación de sus intereses como accionista minoritario de Gyptec S.A. En este capítulo se narran los principales antecedentes del conflicto que llevó a la presentación de la demanda del señor Hakim Daccach y se presenta una síntesis de las pruebas recaudadas en el curso del presente proceso.

1. Acerca del conflicto entre Carlos Hakim Daccach y Jorge Hakim Tawil

Gyptec S.A. fue creada en julio de 2004, a instancias de Jorge Hakim Tawil y algunos miembros de su familia, para la producción industrial de placas de yeso y otros materiales de construcción. Poco tiempo después de la constitución de Gyptec S.A., Carlos Hakim Daccach decidió efectuar una inversión en la compañía. Para ese fin, el demandante en este proceso sostiene haberle entregado a Jorge Hakim Tawil y a personas a él vinculadas la suma de US\$970.000, mediante operaciones de diversa naturaleza.² Como contraprestación por haber transferido los dineros indicados, el señor Hakim Daccach alega haber recibido 10 acciones ordinarias de Gyptec S.A., equivalentes al 0.001883% del capital suscrito de la compañía, así como un porcentaje de participación en las sociedades panameñas Arkata Investments Inc. y Ukiah International Corp., propietarias del 99% de las acciones en circulación de Gyptec S.A.³ La titularidad sobre tales acciones le ha servido de base al señor Hakim Daccach para afirmar su interés sobre un porcentaje apreciable de los flujos de caja producidos por el cumplimiento de las actividades de esta última sociedad.

A pesar de lo anterior, Jorge Hakim Tawil ha rechazado en forma vehemente la idea de que Carlos Hakim Daccach tenga un verdadero interés en los negocios de Gyptec S.A. Para tal efecto se ha dicho, por ejemplo, que el señor Hakim Daccach nunca efectuó aportes de capital para contribuir al funcionamiento de Gyptec S.A., Arkata Investments Inc. o Ukiah International Corp.⁴ En criterio de los demandados, el señor Hakim Daccach simplemente entregó unas sumas a título de mutuo, sin que por ello pueda entenderse que al referido demandante le correspondan los derechos que reclama en Gyptec S.A.⁵ El señor Hakim Tawil también ha dejado claro que, en su criterio, el señor Hakim Daccach ha diseñado una compleja estrategia legal para lucrarse indebidamente de 'la valorización de [inmuebles de propiedad de Gyptec S.A.] y de la capitalización de dineros de terceros realizados a través de las Sociedades Panameñas' (vid. Folio 7262).

Es importante advertir que las diferencias entre Carlos Hakim Daccach y Jorge Hakim Tawil guardan estrecha relación con la compra, por parte de Gyptec S.A., de dos inmuebles ubicados en Cartagena. Para el demandante, tales activos fueron adquiridos con dineros girados en el extranjero por su padre, Salomón Hakim

² En el interrogatorio de parte, el demandante explicó que 'primero, aporté US\$350.000 de uno de los préstamos de Alex y Jorge conmigo, [...] es decir, esa deuda la tenían Jorge y Alex conmigo y Alex me dijo que él puso ese dinero como aporte de capital mío; [...] segundo, aporté US\$400.000 que se enviaron a la cuenta de Skyline en la que Alex Hakim manejaba los dineros de la compañía; [...] y] tercero, aporté US\$220.000 que se enviaron directamente a la cuenta de Gyptec'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 9 de diciembre de 2014 (33:55 a 34:57) (vid. Folio 5015).

³ Los apoderados de las partes han planteado una controversia en cuanto a la participación del señor Hakim Daccach en las compañías extranjeras mencionadas en el texto principal. Mientras que el demandante considera que es propietario del 33% de las acciones de tales compañías, los apoderados de los demandados han manifestado que tal porcentaje es del 0.3333%. Es claro que al Despacho no le corresponde pronunciarse acerca de las diferencias suscitadas en torno a la participación del señor Hakim Daccach en Arkata Investments Inc. y Ukiah International Corp.

⁴ Para el apoderado de Jorge Hakim Tawil, 'Carlos Hakim no ha aportado un solo centavo a las sociedades familiares' (vid. Folios 7160 y 7161).

⁵ 'Ninguno de estos pagos que se afirman por el propio Carlos Hakim Daccach como aportes a Arkata y Ukiah o Gyptec lo son, pues él mismo los presenta como préstamos y él mismo los presenta como provenientes no de Carlos Hakim Daccach sino de Salomón Hakim' (vid. Folio 7643).

Dow. En esa circunstancia se apoya una buena parte de los derechos económicos que Carlos Hakim Daccach considera que le corresponden en Gyptec S.A. Jorge Hakim Tawil ha sido enfático en sostener, sin embargo, que la adquisición de esos lotes sólo fue posible por las aportaciones efectuadas por su padre, Alejandro Hakim Dow.

Las circunstancias narradas en los párrafos precedentes han nutrido un prolongado conflicto entre los señores Hakim Daccach y Hakim Tawil, en el que el primero reclama insistentemente un retorno por su inversión de capital en Gyptec S.A., al paso que el segundo niega que se hubiera hecho inversión alguna. Tales diferencias han dado lugar a numerosos procesos judiciales, tramitados ante instancias nacionales y extranjeras desde hace ya casi una década, en los que se han debatido asuntos tales como la titularidad de las acciones al portador emitidas por Arkata Investments Inc. y Ukiah International Corp. y la escisión parcial de Gyptec S.A. para transferirle los inmuebles indicados a una sociedad por acciones simplificada.

En el curso del conflicto antes descrito, el señor Hakim Daccach presentó la demanda que le dio origen a este proceso. Con ella, el demandante intenta demostrar que los demandados han administrado a Gyptec S.A. con prodigalidad y que los flujos de caja de la compañía han sido destinados a sufragar los gastos personales de Jorge Hakim Tawil y sus familiares.⁶ Carlos Hakim Daccach considera que la conducta de los demandados es contraria al régimen de responsabilidades de los administradores sociales, en tanto en cuanto representa graves violaciones de los deberes contemplados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Adicionalmente, según se anota en la demanda, las actuaciones cuestionadas en este proceso han permitido la expropiación total de los derechos económicos que le corresponden al señor Hakim Daccach en Gyptec S.A.

En su defensa, los demandados han planteado diversos argumentos procesales en los que se cuestiona desde la legitimación del demandante para reclamar perjuicios sufridos por Gyptec S.A. hasta la competencia de esta Superintendencia para dirimir controversias de la naturaleza planteada por el señor Hakim Daccach. Los demandados también han hecho especial énfasis en que las operaciones controvertidas en este proceso no son para nada reprochables, por cuanto se registraron oportunamente en la contabilidad de Gyptec S.A., no le representaron un conflicto de interés a los demandados y guardaron congruencia con los deberes de los administradores en una sociedad de familia (vid. Folios 2481 a 2587).

2. Acerca de las pruebas recaudadas en el presente proceso

Durante el curso de este proceso, uno de los más largos que se ha surtido ante esta Delegatura, se recaudaron numerosos elementos de prueba, incluidos 250 tomos de información sobre las actividades de Gyptec S.A.; dictámenes periciales sobre el estado de sus sistemas informáticos, la manera en que se lleva la contabilidad de la compañía y el registro de miles de operaciones en sus estados financieros; 21 testimonios e interrogatorios y, finalmente, más de 3.500 páginas de argumentos legales formulados en los diferentes documentos presentados por las partes.

Luego de estudiar ese voluminoso acervo probatorio, lo primero que debe decirse es que la conducta de los demandados no coincide exactamente con el patrón de conducta descrito en la demanda. A pesar de que el señor Hakim Daccach considera que los demandados han administrado los negocios de Gyptec S.A. en forma oprobiosa, la información disponible apunta a que, por el contrario, los esfuerzos profesionales de los demandados, en particular del señor Hakim Tawil,

⁶ Para el apoderado del demandante, 'Gyptec viene siendo administrada por personas que, de forma ilegal, abusiva y en abierto incumplimiento de sus deberes, desvían los recursos de la sociedad a sus patrimonios y a los de sus familiares' (vid. Folio 4).

han hecho de Gyptec S.A. una compañía bastante próspera. El Despacho tampoco encontró una expropiación de la magnitud alegada por el demandante en este proceso. Aunque es cierto que los demandados recibieron giros de la naturaleza descrita en la demanda, tal y como se explica más adelante, una buena parte de tales sumas le han sido debidamente reintegradas al patrimonio de Gyptec S.A. No se trata, pues, de una expropiación absoluta de los intereses del minoritario demandante, como ha ocurrido en otros casos analizados por este Despacho.⁷

Dicho lo anterior, es preciso anotar que los demandados sí dispusieron de recursos sociales en beneficio propio, en contravención de los principios de conducta que rigen la actividad de los administradores de sociedades colombianas. Como consta en el amplísimo expediente consultado por el Despacho, los demandados recibieron cuantiosas sumas de parte de Gyptec S.A., a título de préstamos, anticipos y honorarios, así como erogaciones de variada naturaleza. Aunque el señor Hakim Daccach considera reprochable que se hubieran usado recursos sociales para los fines antes descritos, uno de los principales argumentos de defensa de los demandados consiste en que tales actividades resultan apenas habituales en una sociedad de las características de Gyptec S.A.⁸

Puede entonces advertirse que el debate entablado en este proceso está relacionado con uno de los asuntos centrales del derecho societario, vale decir, la protección de accionistas minoritarios como un límite a la discreción de los empresarios para conducir los negocios de una compañía. En el siguiente capítulo se aborda el estudio de esta materia.

IV. ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE ACCIONISTAS MINORITARIOS

Esta Delegatura ha defendido, con empeño, la idea de que los empresarios deben contar con la más amplia discreción para gestionar los negocios de una compañía, sin temer la intromisión indebida de los jueces. En la idea referida se apoya el rigor con que este Despacho ha refrendado, en múltiples autos y sentencias, el beneficio de limitación de responsabilidad que les corresponde a los accionistas de una sociedad de capital.⁹ A partir de ese postulado también se han desestimado numerosas pretensiones judiciales formuladas en contra del ejercicio legítimo de los derechos de un accionista controlante. En las respectivas sentencias quedó claro que esta Superintendencia no interferirá con la potestad decisoria de un asociado mayoritario por el simple hecho de que las decisiones aprobadas en una reunión asamblearia fueron contrarias a los intereses subjetivos de uno o varios accionistas de la minoría.¹⁰ Tampoco puede dejarse de lado el categórico reconocimiento que esta Superintendencia ha hecho de la posibilidad de regular cualquier aspecto de la gestión de una compañía mediante la suscripción de acuerdos de accionistas.¹¹ Por lo demás, es preciso mencionar la amplísima deferencia que ha mostrado este Despacho ante la gestión de los administradores

⁷ Cfr., en este sentido, la sentencia n.º 800-133 del 15 de octubre de 2015.

⁸ Por ejemplo, el apoderado Jorge Hakim Tawil adujo que 'por ser Gyptec una sociedad de familia, los préstamos a los socios, incluidos los préstamos al demandante, han sido siempre una práctica usual' (vid. Folio 115). También se ha dicho que 'los préstamos a los [accionistas] no se encuentran prohibidos por los estatutos de Gyptec', y que 'el total de los préstamos a los socios [...] corresponden al 1,9 % de los activos de Gyptec' (vid. Folios 2512 a 2514, 2547, 2558).

⁹ Desde la entrada en funcionamiento de esta Delegatura, en julio de 2012, no ha prosperado una sola acción de desestimación de la personalidad jurídica bajo la modalidad de extensión de responsabilidad. Para un explicación sobre el carácter excepcional de esta medida, cfr. la sentencia n.º 801-15 del 15 de marzo de 2013.

¹⁰ Cfr., por ejemplo, las sentencias n.ºs 800-78 del 14 de noviembre de 2014, 801-81 del 20 de noviembre de 2014, 800-50 del 8 de mayo de 2015, 800-54 del 15 de mayo de 2015 y 800-25 del 4 de abril de 2016.

¹¹ Podría incluso aceptarse la asignación *ex ante* de rentas privativas (*private benefits of control*) pactada entre el controlante y los minoritarios, en los términos descritos por R Gilson y A Schwartz, *Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms Versus Ex Post Transaction Review* (2012) Yale Law & Economics Research Paper n.º 455.

sociales, cuyas decisiones objetivas de negocios suelen estar a salvo de escrutinio judicial por parte de esta entidad.¹²

Así como esta Superintendencia ha defendido la precitada autonomía empresarial, también se ha dicho que esa libertad de configuración tiene límites bastante precisos. Por ejemplo, los empresarios no pueden valerse de la creación de sociedades para burlar restricciones legales que consideren inconvenientes o desatinadas. De ahí que, en una sentencia emitida hace ya varios años, este Despacho censurara la interposición de compañías para evadir limitaciones contempladas en el régimen agrícola colombiano.¹³ En otro pronunciamiento, emitido en el año 2012, esta Superintendencia encontró ‘múltiples indicios que apuntan al posible abuso del tipo de la SAS—perpetrado [...] mediante la constitución en masa de sociedades unipersonales infracapitalizadas—con el propósito de alterar los resultados de las elecciones a la junta directiva de [una Cámara de Comercio]’. En los pronunciamientos antes citados se estudió la posibilidad de que detrás de actuaciones tan habituales como la constitución de compañías pudiera esconderse el ánimo reprochable de violar la ley.

La discreción de los empresarios para gestionar sus negocios encuentra otro importante límite en la denominada expropiación de accionistas minoritarios. Esta conducta consiste simplemente en la usurpación, por parte de un accionista controlante, de beneficios económicos que deberían corresponderle a la minoría. Puede pensarse en una compañía que dispone de excedentes de liquidez por \$1.000.000.000. Un accionista controlante titular, por ejemplo, del 51% de las acciones, podría aceptar que se repartieran tales sumas a título de dividendos, en cuyo caso le corresponderían \$510.000.000. Sin embargo, esa persona podría ejercer su potestad mayoritaria en la compañía para apropiarse de la totalidad de esos excedentes, sin distribuir monto alguno entre los minoritarios. Para ello, bastaría con que el controlante dispusiera que le giraran a sus cuentas personales la suma de \$1.000.000.000, a título de préstamo o anticipo. Aunque esta práctica de distribuir utilidades por vía de préstamos¹⁴ y anticipos¹⁵ es bastante rutinaria en el ámbito societario—al punto que en la doctrina especializada se le conoce como el pago de dividendos *de facto*—cuando estas distribuciones se hacen exclusivamente a favor del controlante y sus allegados, los minoritarios pueden verse despojados de un retorno sobre su inversión en la compañía.¹⁶

También es frecuente que la expropiación de minoritarios se concrete en el ejercicio de los derechos políticos atados a las acciones de los controlantes. Un ejemplo de esta conducta puede encontrarse en el caso de un mayoritario que se vale de sus derechos de voto para privar de dividendos a la minoría. Al controlante que se proponga cumplir ese objetivo le bastará con votar en contra de la repartición de utilidades o, si está obligado a respetar la regla del artículo 155 del Código de Comercio, aprobar, en forma reiterada e injustificada, la capitalización de

¹² Cfr., por ejemplo, la sentencia n.º 801-72 del 11 de diciembre de 2013.

¹³ Sentencia n.º 800-55 del 16 de octubre de 2013.

¹⁴ Para Sanín Bernal, ‘los préstamos subsidiados otorgados por la sociedad a favor de sus socios o accionistas [...] comportan una especie de dividendo disfrazado equivalente a la diferencia entre los bajos (o los ningunos) intereses que la sociedad cobra a sus asociados, y las tasas comerciales de colocación de los fondos [...]. No cabe duda de que las consecuencias patrimoniales son idénticas si el préstamo es en dinero o en otros bienes. De todas maneras se produce un beneficio en quien los recibe, a costa de quien los entrega’ (I Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario: El propuesto desde el estatuto tributario (1999, Biblioteca Jurídica Diké) 179 a 181).

¹⁵ Es relevante consultar la opinión de Sanín Bernal sobre la práctica de girarle anticipos a los asociados. En su criterio, ‘si bien [el anticipo que la sociedad hace a su asociado a cuenta de dividendos o participaciones futuras] se contabiliza como una cuenta por cobrar al socio o accionista en acatamiento a lo ordenado por los decretos 2649 y 2650 de 1993, su origen no está en un contrato de mutuo del cual jurídica y técnicamente se originan los préstamos; y tan no lo está que su cancelación se produce contra el posterior decreto del dividendo, y no mediante el reembolso de sumas de dinero que a título de solución de la obligación realice el deudor’ (I Sanín Bernal (1999) 183).

¹⁶ Sentencia n.º 800-46 del 11 de mayo de 2016.

dividendos. Aunque la retención de utilidades suele obedecer a propósitos tan loables como el fortalecimiento del patrimonio social o la expansión de la capacidad industrial de una compañía, también es perfectamente factible que esa decisión busque perjudicar en forma deliberada a un grupo de asociados.

Cabe entonces preguntarse si las circunstancias explicadas en los párrafos anteriores ameritan una intervención del Estado para que los accionistas minoritarios cuenten con mecanismos que les permitan proteger sus intereses. Para responder a ese interrogante, es preciso advertir que, de no existir medios efectivos de protección, las personas que pretendieran adquirir participaciones minoritarias en el capital de una compañía simplemente se abstendrían de hacerlo o intentarían descontar del precio de compra las pérdidas futuras derivadas de la apropiación de recursos sociales por parte del mayoritario.¹⁷ Esta circunstancia tendría graves repercusiones financieras, en la medida en que la renuencia a asumir posiciones minoritarias incrementaría de manera uniforme el costo de capital de sociedades abiertas y cerradas y, además, haría inviable el funcionamiento de un mercado público de valores verdaderamente robusto.¹⁸ La desprotección de minoritarios también podría deprimir los índices de crecimiento económico de un país en la medida en que las asociaciones mercantiles se producirían principalmente entre personas ligadas por vínculos de parentesco, con la esperanza—con frecuencia vana—de que esas relaciones filiales se convirtieran en un obstáculo moral para evitar la expropiación.¹⁹ Parece entonces suficientemente claro que los minoritarios deben disponer de medios suficientes para evitar que un controlante los oprima con impunidad. En el cumplimiento de este objetivo va envuelta la preservación del orden público económico, cuya estabilidad peligraría si se permitiera la expropiación rampante de la minoría.

Por supuesto que estas explicaciones no son para nada novedosas. La necesidad de salvaguardar los derechos de asociados minoritarios se basa en consideraciones económicas que han sido objeto de contundentes verificaciones empíricas.²⁰ Puede incluso afirmarse que en ese objetivo yace uno de los postulados centrales del derecho societario contemporáneo.²¹ Ello puede apreciarse en la Unión Europea, en cuyos países miembros se han introducido reglas bastante severas para hacerle frente a la expropiación de minorías, desde la acción por el uso indebido de activos sociales vigente en Francia hasta la prohibición alemana de efectuar distribuciones encubiertas a favor de los mayoritarios.²² También en los Estados Unidos se ha defendido, desde hace varias décadas, el principio según el cual el accionista controlante no puede valerse de sus tratos con

¹⁷ Es factible, por supuesto, que los asociados pacten mecanismos contractuales de protección de minoritarios, tales como acuerdos de voto en convenios parasociales o mayorías calificadas en los estatutos. No obstante, además de los altos costos que representa para los empresarios diseñar estos mecanismos, los asociados difícilmente podrán anticiparse a todas las desavenencias futuras que puedan surgir en el curso de sus relaciones intrasocietarias. En otras palabras, estos mecanismos contractuales de protección suelen ser insuficientes para contrarrestar la expropiación de asociados minoritarios. Esta circunstancia es particularmente problemática para los asociados minoritarios de compañías cerradas, quienes no tendrán la opción de vender sus participaciones de capital en mercados de valores ante la expropiación concertada entre el mayoritario y los administradores (sentencia n.º 800-44 del 18 de julio de 2014).

¹⁸ FH O'Neal y RB Thompson, *Oppression of Minority Shareholders and LLC Members* (2004, 2ª ed., Thomson West) 1-7 a 1-8.

¹⁹ RD Cooter y HB Schäfer, *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations* (2013, Princeton University Press).

²⁰ R Gilson y A Schwartz (2012); B Black, *The legal and institutional preconditions for strong securities markets* (2001) 48 UCLA L Rev 781, 832.

²¹ L Enríques y otros, *The Basic Governance Structure Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies* en R Kraakman y otros (eds), *The Anatomy of Corporate Law* (2009, OUP, Oxford) 89 a 113.

²² PH Conac y otros, *Constraining Dominant Shareholders' Self-dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy* (2007) ECGI Working Paper n.º 88. Para el caso del Reino Unido, cfr. A P Davies, *Principles of Modern Company Law* (2008, 8ª Ed, Sweet & Maxwell, Londres).

la sociedad para lucrarse a título personal, en detrimento de los intereses de los minoritarios.²³ No puede dejar de mencionarse, por lo demás, que organizaciones supranacionales tales como la OCDE y el Banco Mundial suelen medir el grado de desarrollo de las instituciones de un país a partir de su capacidad para precaver o remediar la expropiación de minorías.²⁴

En línea con lo anterior, esta Superintendencia ha intervenido decididamente, hasta en las esferas más íntimas de una compañía, para proteger los derechos de minoritarios oprimidos. En el contexto del abuso del derecho de voto, por ejemplo, este Despacho ha reprendido la conducta indebida de accionistas en la remoción de administradores,²⁵ la emisión primaria de acciones,²⁶ la retención de utilidades,²⁷ la capitalización de dividendos,²⁸ la enajenación global de activos²⁹ y la creación de juntas directivas.³⁰ En todos estos casos, a partir de vigorosos debates probatorios, pudo desentrañarse la intención lesiva detrás de determinaciones sociales en apariencia legítimas.

Esta entidad también ha censurado la expropiación de minoritarios que se cumple a partir del ejercicio de las funciones de los administradores sociales.³¹ En varios casos tramitados ante esta Superintendencia se detectó la desviación irregular de recursos sociales mediante la celebración de negocios pertenecientes a la órbita del representante legal, tales como giros dinerarios injustificados a favor del mayoritario y sus allegados³² y la venta de bienes sociales subvalorados a favor de compañías vinculadas al controlante.³³ Aunque esta clase de operaciones suele pertenecer al giro ordinario de los negocios de una compañía, en las sentencias correspondientes se dejó sentado que tales negocios jurídicos no pueden usarse para frustrar los derechos económicos de los asociados minoritarios.

En síntesis, pues, la discreción de los empresarios para gestionar los negocios de una compañía encuentra un límite certero en la necesidad de salvaguardar los derechos de las minorías. Ello no quiere decir, por supuesto, que los intereses de tales asociados prevalezcan sobre el interés social o sobre los derechos del controlante. Por el contrario, este Despacho ha sido enfático no sólo en defender la potestad del accionista controlante para ejercer en forma legítima sus mayorías accionarias, sino también en censurar el ejercicio abusivo de los derechos de los minoritarios.³⁴ Pero cuando el controlante se valga de su ascendencia sobre la sociedad para expropiar a los demás asociados, esta Superintendencia intervendrá enérgicamente para remediar esa situación injusta.

²³ Harbor Finance Partners v. Sugarman, 1997 WL 162175 (Del. Ch. Apr. 3, 1997).

²⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Related party transactions and minority shareholder rights (2012).

²⁵ Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. (sentencia n.º 800-73 del 19 de diciembre de 2013).

²⁶ Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A. (sentencia n.º 800-20 del 27 de febrero de 2014).

²⁷ Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S. (sentencia n.º 800-44 del 18 de julio de 2014).

²⁸ María Victoria Solarte contra CSS Constructores S.A. (auto n.º 800-2730 del 17 de febrero de 2015).

²⁹ Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S. (sentencia n.º 800-119 del 17 de septiembre de 2015).

³⁰ Edgar Orlando Corredor contra Induesa Pinilla & Pinilla S. en C. (sentencia n.º 800-46 del 11 de mayo de 2016).

³¹ Para una explicación sobre las diferentes modalidades de expropiación de asociados minoritarios en el contexto de sociedades cerradas, cfr. a FH O'Neal y RB Thompson (2004). Para el caso de la sociedades abiertas, cfr. a VA Atanasov y otros, Unbundling and Measuring Tunneling (2014) UNIV ILL L REV 1697.

³² María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López contra Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. y otros (sentencia n.º 800-133 del 15 de octubre de 2015).

³³ Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa contra Handler S.A.S. y otros (sentencia n.º 800-142 del 9 de noviembre de 2015).

³⁴ Alienergy S.A. contra Álvaro Márquez y Gestión Orgánica GEO S.A.S. (sentencia n.º 800-50 del 7 de mayo de 2015).

V. ACERCA DE LA EXPROPIACIÓN CONCERTADA ENTRE EL ACCIONISTA CONTROLANTE Y LOS ADMINISTRADORES

Las anteriores explicaciones adquieren particular relevancia en el presente caso por virtud de la modalidad de expropiación descrita en la demanda de Carlos Hakim Daccach. Según el demandante, sus intereses económicos en Gyptec S.A. se han visto menoscabados por la desviación irregular de recursos perpetrada por los administradores de la compañía, a instancias de su accionista controlante. Es decir que, como todas las operaciones cuestionadas en este proceso fueron celebradas por los administradores de Gyptec S.A., las pretensiones del señor Hakim Daccach tuvieron que inscribirse en el posible incumplimiento del régimen de deberes y responsabilidades de tales funcionarios. Y allí puede encontrarse uno de los principales vacíos del régimen societario colombiano.

Como bien lo anotaron los apoderados de los demandados, las conductas cuestionadas en este proceso tendrían la virtualidad de lesionar en forma directa el patrimonio de Gyptec S.A. y apenas indirectamente al señor Hakim Daccach. En esa medida, se ha insistido en que el demandante no puede reclamar, para sí, los perjuicios que le fueron irrogados a Gyptec S.A. Bajo las reglas vigentes en Colombia, tal asociado tampoco parece estar legitimado para representar a Gyptec S.A. en procesos judiciales que busquen resarcir el patrimonio social, a menos que cuente con la aprobación de la asamblea, impartida con los votos del propio controlante que, según se alega en la demanda, promovió las conductas cuestionadas.³⁵ En consecuencia, bajo la interpretación planteada por los apoderados de los demandados, un accionista minoritario no parecería tener mayores posibilidades de contrarrestar la expropiación concertada entre los administradores y el accionista controlante de una compañía. Las alarmantes implicaciones de esta postura hacen necesario adentrarse en el estudio de los medios de defensa disponibles para controvertir la opresión de minoritarios que se cumple desde la órbita de competencia de los administradores sociales.

1. Los problemas de la acción social de responsabilidad

El principal mecanismo previsto en nuestro ordenamiento para hacer efectiva la responsabilidad de los administradores es la denominada *acción social* consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. Al invocar esta vía judicial, una compañía puede reclamarles a sus administradores los perjuicios derivados de la violación de los deberes legales a cargo de estos funcionarios. Para tales efectos, bajo la regla prevista en el citado artículo 25, la decisión de iniciar una acción social de responsabilidad debe ser aprobada con el voto positivo de la mayoría de las acciones o cuotas sociales representadas en la respectiva reunión. Este sistema de autorización previa permite que los asociados puedan deliberar acerca de la conveniencia de controvertir la responsabilidad de los administradores, de modo que la demanda correspondiente se interponga tan sólo cuando obedezca a los mejores intereses de la sociedad.³⁶

No obstante, la regla del artículo 25 ha hecho inviable, en la práctica, el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad en hipótesis de expropiación de minoritarios. Ello obedece a que, cuando el controlante se ha apropiado de recursos de la compañía en su calidad de administrador o con el concurso de los

³⁵ Para el apoderado de Jorge Hakim Tawil, 'lo que está promoviendo es la llamada por la doctrina "acción derivada" que permite al socio solicitar a los administradores indemnizar los perjuicios que le causen a la sociedad y resulta que esta acción no se encuentra contemplada, hoy por hoy, en el ordenamiento comercial vigente, que solo la permite a la sociedad misma a través de la denominada acción social, reglamentada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995' (vid. Folio 7116).

³⁶ Es factible, por ejemplo, que una compañía tenga razones legítimas para abstenerse de demandar a un administrador, a pesar de haberse verificado una violación de los deberes a cargo de tal funcionario (P Davies, *Principles of Modern Company Law* (2008, 8ª Ed, Sweet & Maxwell, Londres) 605-606).

administradores, será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad en la asamblea general o junta de socios.³⁷ En verdad, conforme a la ley de las mayorías, la decisión de presentar la acción social dependerá del voto del mismo controlante que se lucró por la actuación desleal reprochada. Parece entonces poco probable que el controlante decida tramitar un proceso judicial en contra de sí mismo o de las personas que le permitieron apropiarse de recursos sociales en forma irregular.

Al ser imposible iniciar acciones sociales sin la anuencia del máximo órgano, la expropiación de los minoritarios podría quedar en la impunidad. Ciertamente, como la desviación de recursos sociales sólo lesiona en forma directa a la compañía, se ha dicho que la acción social de responsabilidad es la única vía disponible en Colombia para reclamar los perjuicios derivados de esa conducta.³⁸ En este sentido, los asociados oprimidos no podrían solicitar una indemnización a título personal con base en el daño irrogado al patrimonio social, puesto que se trataría de perjuicios indirectos, cuya reclamación es inviable en nuestro sistema. Es así como, 'si se produjo un daño a la sociedad afectando directamente su patrimonio y esta afectación golpeó consecuentemente al accionista, sólo habrá una acción social y no podrá ejercerse ninguna acción individual por parte de los accionistas, pues la acción sólo corresponde a la persona jurídica que es la que ha sufrido el perjuicio, debiendo ejercer esa acción a través de sus representantes. En efecto, el accionista, por el solo hecho de serlo, no tiene facultad de representar a la sociedad y las acciones sociales han de ser ejercidas por los mandatarios de la persona jurídica. Y tampoco puede el accionista actuar en su propio nombre, pues se trataría del ejercicio de una acción individual que sólo se le otorga cuando el perjuicio que ha experimentado es personal, particular y no social'.³⁹

Aunque la anterior posición es correcta desde una perspectiva formal, por esa línea de interpretación podría llegarse a una situación verdaderamente injusta. Puede pensarse en lo que ocurriría si, como lo alega el señor Hakim Daccach en su demanda, los administradores de una compañía decidieran destinar cuantiosos recursos sociales a sufragar los gastos personales del accionista controlante. El asociado que acuda a la asamblea para proponer que se tramite una acción social de responsabilidad contra tales administradores se enfrentará al obstáculo infranqueable del voto negativo emitido por el mayoritario. Según lo expresado en el párrafo anterior, tal minoritario tampoco podría reclamar una indemnización de

³⁷ Claro que la celebración de esta clase de negocios expropiatorios supone la anuencia de las personas encargadas de gestionar los negocios sociales. Podría entonces pensarse que los administradores no estarían dispuestos a participar en operaciones que atentan gravemente contra los deberes legales que rigen su conducta. Sin embargo, como se ha reconocido en la jurisprudencia societaria comparada, los administradores tienen una relación de dependencia con las personas que pueden removerlos en cualquier momento, vale decir, los accionistas mayoritarios (Cfr. la sentencia emitida por la Corte de Cancillería de Delaware en el caso de *In Re. EZCORP INC. Consulting Agreement Derivative Litigation*, C.A. No. 9962-VCL). Es decir que los administradores que se rehúsen a cumplir las instrucciones de un controlante serán rápidamente reemplazados por otros funcionarios más deferentes ante los intereses del mayoritario (cfr. a FH O'Neal y RB Thompson (2004) 3-5 a 3-8). No resulta para nada extraño, pues, que la expropiación de minoritarios pueda producirse a partir de la distracción de recursos sociales concertada entre el controlante y los administradores (M Zhang y otros *Controlling Shareholder-Manager Collusion and Tunneling: Evidence from China* (2014) 22 *CORPORATE GOVERNANCE* 6, 440 a 459; M Fox, *Reforming derivative suits in Korea: A comment on Professor Song* (2004) *Korean Development Institute*; MW Peng, *Outside Directors and Firm Performance During Institutional Transitions* (2004) 25 *STRAT MAN J* 453).

³⁸ Para Pinzón, por ejemplo, 'cualquier perjuicio común a todos los socios, en calidad de tales, es decir, en relación con la existencia y funcionamiento de la sociedad, es un perjuicio ocasionado a esta misma, que, como tal, solo puede ser reclamado en nombre o en interés de la sociedad' G Pinzón, *Sociedades Comerciales* (1982, 4ª ed., vol. 1, Bogotá, Editorial Temis) 223. Podría pensarse, sin embargo, que el perjuicio derivado de la expropiación no es común a todos los socios, en la medida en que el controlante obtiene un beneficio neto por virtud de las operaciones cuestionadas.

³⁹ J Suescún Melo, *Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (1996, Tomo II, Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, Bogotá) 320.

los daños sufridos a título personal, puesto que tales perjuicios se derivarían de la lesión al patrimonio social. Al no poderse iniciar acciones sociales ni individuales, los asociados minoritarios carecerían de medios legales para hacerle frente a la expropiación de sus intereses económicos en la sociedad.

2. La legitimación extraordinaria para presentar acciones sociales

La solución más efectiva al problema descrito en los párrafos anteriores consiste en conferirles a los asociados minoritarios la legitimación para presentar acciones sociales en nombre y por cuenta de la compañía, sin necesidad de obtener previamente la aprobación de la asamblea general de accionistas o junta de socios. Esta legitimación extraordinaria les permitiría a los minoritarios formular pretensiones indemnizatorias, orientadas a reparar los perjuicios sufridos por la sociedad. De salir victoriosos en juicio, la reintegración del patrimonio social bastaría para resarcir el daño sufrido por los minoritarios como consecuencia de la expropiación promovida por el controlante.

Esta idea de que los minoritarios deben contar con la legitimación extraordinaria para presentar libremente acciones sociales ha sido acogida en la mayoría de sistemas legales modernos. En Francia, por ejemplo, la denominada *action sociale ut singuli* habilita a cualquier asociado para demandar a los administradores, en nombre e interés de la compañía, con el fin de restablecer el patrimonio social.⁴⁰ Algo similar ocurre en Estados Unidos y el Reino Unido, en los que, desde hace más de un siglo, la denominada acción derivada (*derivative suit*) cumple un propósito idéntico al de la reseñada acción francesa.⁴¹ En varios países latinoamericanos—incluidos Chile,⁴² México,⁴³ Perú,⁴⁴ República Dominicana⁴⁵ y Uruguay⁴⁶—se ha contemplado también, aunque con diferentes contornos, la habilitación para que los minoritarios puedan hacer uso libre de la acción social.

En Colombia, sin embargo, no se ha previsto expresamente la legitimación extraordinaria que les permitiría a los minoritarios iniciar acciones sociales sin contar con la anuencia del máximo órgano. Aunque en el artículo 151 del proyecto de ley n.º 119 de 1993 se había previsto que ‘la acción social podrá ser ejercida por cualquier administrador, por el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad, sin que medie decisión de la asamblea’, en el texto final de la Ley 222 de 1995 se suprimió esta posibilidad. En verdad, al tenor del artículo 25 de la

⁴⁰ La denominada *action sociale ut singuli* está consagrada en el artículo L. 225-252 del Código de Comercio francés. Para una explicación sobre esta vía de acción judicial, cfr. a P Merle, *Droit des sociétés*, 493-494; Germain et Perin, *SAS*, 369; Le Cannu et Dondero, *Droit des sociétés*, 305.

⁴¹ En Estados Unidos, la acción derivada está disponible desde 1855 (cfr. a JC Coffee, *Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall and Future* (2015, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts) 33). En el Reino Unido, por su parte, esta acción ha sido reconocida por los jueces desde 1843.

⁴² En Chile, el artículo 133 bis de la Ley 18.064 sobre sociedades anónimas establece que ‘toda pérdida irrogada al patrimonio de la sociedad como consecuencia de una infracción a esta ley, su reglamento, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia, dará derecho a un accionista o grupo de accionistas que representen, a lo menos, un 5% de las acciones emitidas por la sociedad o a cualquiera de los directores de la sociedad, a demandar la indemnización de perjuicios a quien correspondiere, en nombre y beneficio de la sociedad’. Para una explicación sobre el ejercicio de estas acciones en Chile, cfr. a AL Puelma, *Conflicto de intereses en la sociedades*, (2002) 29 REV DER CHILENO 1, 47 a 93.

⁴³ Según el artículo 76 de la Ley General de Sociedades Mercantiles mejicana, ‘la acción de responsabilidad en interés de la sociedad contra los gerentes, para el reintegro del patrimonio social, pertenece a la asamblea y a los socios individualmente considerados [...]’.

⁴⁴ En Perú, el artículo 181 de la Ley General de Sociedades dispone que ‘los accionistas que representan por lo menos un tercio del capital social pueden ejercer directamente la pretensión social de responsabilidad contra los directores’.

⁴⁵ Según el artículo 236 de la Ley 479 de 2008, ‘además de la acción en reparación del perjuicio sufrido personalmente, los accionistas podrán individualmente o en grupo, según las condiciones fijadas a continuación, intentar la acción social de responsabilidad contra los administradores’.

⁴⁶ ‘La acción social de responsabilidad podrá ser ejercida por los accionistas que se hayan opuesto a la extinción de la responsabilidad’ (artículo 294 de la Ley 16.060 de 1989).

Ley 222, la legitimación extraordinaria de los minoritarios para presentar acciones sociales de responsabilidad quedó sujeta a la aprobación del máximo órgano social, tal y como puede apreciarse en el siguiente aparte de esa norma: ‘Cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad’. De haberse mantenido la redacción inicial del proyecto de ley n.º 119 de 1993, sería posible que los minoritarios presentaran demandas en interés de la compañía sin requerir la aprobación del mayoritario, tal y como se permite en otras latitudes. No obstante, las modificaciones introducidas durante el trámite legislativo del proyecto n.º 119 hicieron imposible, en la práctica, que los minoritarios se valieran de la acción social para hacerle frente a la apropiación de recursos concertada entre los administradores y el mayoritario.

Cabe ahora preguntarse si, a pesar de no existir una norma legal que lo permita expresamente, los asociados minoritarios cuentan con la legitimación extraordinaria para presentar acciones sociales sin la anuencia del máximo órgano. Esta posibilidad ya había sido estudiada en la doctrina local mucho antes de la promulgación de la Ley 222 de 1995. Bajo la vigencia de la derogada Ley 58 de 1931, por ejemplo, Rivas formuló las siguientes apreciaciones: ‘Se discute si los accionistas aisladamente pueden promover la acción social. [...] [Una corriente doctrinaria] propugna por la admisibilidad de la acción social ejercida “ut singuli” por los accionistas, inspirándose en el laudable afán de hacer más efectiva la responsabilidad de los administradores [...] No puede negarse que la admisión de la acción social “ut singuli” [...] presenta la ventaja de ser un medio muy eficaz para mantener a raya a los administradores, y que hoy existe una clara tendencia a no restringir excesivamente el ejercicio individual de la acción. [...]’.⁴⁷

A pesar de lo anterior, este Despacho no puede admitir que cualquier asociado presente acciones sociales en nombre y por cuenta de la compañía, en violación de los presupuestos exigidos en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.⁴⁸ Aunque el derecho societario ha sido terreno fértil para la legitimación extraordinaria de asociados, esta prerrogativa tan sólo puede ser conferida por ley, al tratarse de una regla procesal que no admite interpretaciones extensivas.⁴⁹ Más importante aún, la habilitación para que los minoritarios tramiten acciones sociales debe ir acompañada de mecanismos que reduzcan el riesgo de que se presenten demandas temerarias o abusivas en contra de los administradores. El diseño de estos mecanismos presupone una cuidadosa intervención legislativa, cuyo alcance y precisión difícilmente podría lograrse mediante la creación jurisprudencial de una legitimación extraordinaria en cabeza de todos los asociados. En consecuencia, para que los minoritarios puedan intentar una acción social sin la autorización de la asamblea o junta de socios, deberá contemplarse expresamente esa posibilidad en el ordenamiento societario colombiano. Mientras ello no ocurra, la legitimación para presentar acciones sociales estará sujeta a las reglas específicas contempladas en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

⁴⁷ JM Rivas, Responsabilidades de los administradores de sociedades anónimas (1942, Editorial Minerva, Bogotá) 63 a 66.

⁴⁸ En este sentido, Suescún Melo ha anotado lo siguiente: ‘debe admitirse que existen ciertos casos puntuales de acción oblicua en nuestro derecho—como la facultad que les reconoce ahora la Ley 222 de 1995 a los asociados y a los terceros—para entablar la acción social contra los administradores que le causen demérito económico a la sociedad. Pero, tratándose de una institución extraña y aún exótica, debe concluirse, en sana lógica, que la acción oblicua sólo cabe en los casos en que el legislador la consagre específicamente, sin que pueda ejercerse, mediante interpretación analógica o extensiva, en otros eventos no contemplados expresamente por las normas’. J Suescún Melo (1996) 335.

⁴⁹ Cfr., por ejemplo, los artículos 193, 254 y 294 del Código de Comercio.

3. La protección de los minoritarios expropiados

Los defectos legales antes explicados podrían tener consecuencias bastante adversas para las probabilidades de éxito de demandas como la presentada por Carlos Hakim Daccach. Aunque se probara la expropiación descrita por el señor Hakim Daccach, las reglas vigentes en materia de responsabilidad de administradores no le permitirían a este Despacho decretar la indemnización de perjuicios reclamada en este proceso. Ello se debe a que las actuaciones de los demandados habrían lesionado en forma directa el patrimonio de Gyptec S.A. y solo indirectamente al señor Hakim Daccach. En esa medida, como el demandante no podría formular pretensiones en nombre de Gyptec S.A., ni solicitar una indemnización a título personal con base en el daño irrogado al patrimonio de la sociedad, sus pretensiones serían inexorablemente desestimadas. A esta circunstancia habría que sumarle el hecho de que en la legislación societaria colombiana no se han consagrado explícitamente acciones legales para demandar a un mayoritario que se hubiera beneficiado de actos de la naturaleza antes descrita.

Podría entonces pensarse que un minoritario puesto en las circunstancias descritas por el señor Hakim Daccach carece por completo de acciones legales para cuestionar al controlante que promovió la expropiación o a los administradores sociales que la consumaron. Debe decirse, sin embargo, que esta conclusión es del todo inaceptable. Es evidente que las reglas que componen el ordenamiento colombiano no pueden interpretarse en el sentido de condonar la apropiación flagrante de activos sociales por parte de los accionistas mayoritarios, en detrimento del patrimonio social y los demás asociados. De mantenerse impune una actuación de esa naturaleza, no sólo se atentaría contra el orden público económico, por las razones explicadas en la sección anterior, sino que, además, se frustraría tanto el derecho de los minoritarios a la tutela judicial efectiva como el ánimo de lucro subjetivo que los llevó a adquirir una participación en el fondo social.

Así las cosas, se hace necesario estudiar algunos de los principales medios de defensa disponibles actualmente para que, a pesar de los vacíos legales reseñados, un minoritario pueda hacerle frente a la expropiación concertada entre un accionista controlante y los administradores sociales.

A. Abuso del derecho de voto por el bloqueo de la acción social de responsabilidad

Una primera vía de acción para el minoritario oprimido puede encontrarse en aquellos casos en los que el controlante hubiera bloqueado la aprobación de una acción social de responsabilidad, con el propósito de encubrir la desviación irregular de recursos de la compañía. Cuando ello ocurra, el minoritario podrá invocar la protección de la figura del abuso del derecho de voto para obtener una indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta reprochable del controlante. Según lo explicó esta Superintendencia en el caso de Sares Ltda., ‘cuando se hubiere negado la posibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad para encubrir las actuaciones irregulares de un administrador o proteger la desviación de recursos sociales a favor del accionista mayoritario [...] la decisión de rechazar la acción social correspondería a una finalidad que no es tolerada por el ordenamiento colombiano. Debe reiterarse, en este sentido, que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para provocar daños, ni para que un accionista se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados’.⁵⁰

⁵⁰ En el caso mencionado, este Despacho encontró que, al hacer imposible la aprobación de la acción social, el controlante obstruyó, en beneficio propio, la única vía judicial disponible en nuestro ordenamiento para reclamar los perjuicios posiblemente sufridos por la compañía. Según se expresó en la sentencia n.º 800-54 del 15 de mayo de 2015, ‘esta actuación, a todas luces censurable, encaja dentro de los presupuestos contemplados en la Ley 1258 de 2008 para la configuración del abuso del derecho de voto [...]’.

B. Violación del deber de lealtad en cabeza del controlante

En otros países, uno de los principales medios de defensa de los intereses de las minorías suele encontrarse en la consagración, por vía legal o jurisprudencial, de un deber de lealtad a cargo de los accionistas mayoritarios.⁵¹ Bajo este principio de conducta, la apropiación irregular de activos sociales puede ser juzgada como un acto desleal frente a los demás asociados, en forma tal que un controlante vencido en juicio estará obligado a indemnizar los perjuicios derivados de la expropiación.

En Colombia es posible encontrar un deber de similar entidad en el postulado de la buena fe a que aluden los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.⁵² Este principio ha sido interpretado en el sentido de imponerles a las partes de un contrato el deber de comportarse lealmente en el transcurso de la ejecución de ese negocio. Para la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, el artículo 1603 en cuestión lleva implícito un deber de lealtad a cargo de los contratantes. Según esa Corporación, 'la palabra «fe», fidelidad, quiere decir que la persona, o la parte, según el contexto, se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en la observancia de sus obligaciones [...] [se trata entonces de] comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico, con rectitud, corrección y lealtad'.⁵³ En sentido análogo se ha pronunciado la Corte Constitucional, tal y como puede apreciarse en el siguiente aparte de la sentencia n.º T-537 de 2009: 'El principio de buena fe [...] debe ser una guía en la lectura, interpretación y aplicación del [contrato], puesto que los deberes de lealtad, claridad, equilibrio, solidaridad y colaboración, entre otros, están implícitos en cualquier relación contractual [...]'. Finalmente, en criterio de Ospina Fernández, 'los actos jurídicos deben ser cumplidos de buena fe, vale decir, con entera lealtad, con intención recta y positiva [...]. El postulado de la buena fe en la ejecución de los actos jurídicos [...] exige que las prestaciones impuestas por tales actos deban ser ejecutadas lealmente, es decir, poniendo cada parte la buena voluntad necesaria para que se realice la finalidad perseguida mediante la celebración de aquellos'.⁵⁴

Parece claro, pues, que el postulado de la buena fe consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio lleva implícito un deber de lealtad de obligatoria observancia para las partes en un contrato.⁵⁵ Es indudable, además, que el referido postulado de la buena fe tiene plena vigencia en el curso de las relaciones derivadas del contrato de sociedad. Para Martínez Neira, por ejemplo, 'de particular importancia es este principio, en efecto tratándose de un contrato de colaboración como el de la sociedad, en el que los derechos individuales de los socios no pueden ejercerse simplemente bajo el prisma de derechos subjetivos, a partir de cuyo ejercicio se puede arrasar con los derechos de los demás'.⁵⁶

De lo anterior puede entonces colegirse que, por virtud del postulado de la buena fe, los asociados tienen el deber de comportarse con lealtad frente a las personas que detentan esa misma calidad en una compañía. Parece entonces indiscutible que el mayoritario que se apropia irregularmente de recursos sociales

⁵¹ Así se ha consagrado en Alemania, a partir de la sentencia emitida en el denominado caso *Linotype* de 1988 (cfr. a PH Conac y otros (2007) 501).

⁵² Esta relación entre la buena fe y el deber de lealtad ha sido estudiada también por el magistrado LE Strine, de la Corte Suprema de Delaware, en un artículo denominado *Loyalty's core demand: the defining role of good faith in corporation law* (2009) John M. Olin Center for Law, Economic and Business Discussion Paper n.º 630.

⁵³ Sentencia emitida por la Sala Civil el 2 de febrero de 2015.

⁵⁴ G Ospina Fernández y E Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (2005, 7ª ed., Bogotá, Editorial Temis) 327 a 329.

⁵⁵ Es por esta razón que las personas que se comporten de manera desleal en el curso de una relación contractual estarán obligadas a indemnizar los perjuicios derivados de su conducta (A Solarte Rodríguez, *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta* (2004) 108 UNIVERSITAS 311 a 312).

⁵⁶ NH Martínez Neira (2014) 85 a 86.

actúa en forma desleal frente a los demás asociados.⁵⁷ En estos casos, la conducta del controlante atenta contra el ánimo de lucro subjetivo que llevó a los minoritarios a efectuar una inversión en la sociedad, al tenor de lo previsto en el artículo 98 del Código de Comercio.⁵⁸ Al extraer bienes del patrimonio social, el controlante puede frustrar las expectativas económicas de los minoritarios, quienes verán menguado—o, incluso, suprimido—el retorno esperado por su inversión en la compañía. Es decir que la apropiación de activos sociales perjudica en tal forma a los asociados minoritarios que la conducta del controlante no puede sino calificarse como desleal. De manera que, al constituir la expropiación de minoritarios una violación del deber de lealtad a cargo del controlante, este último podrá ser obligado a resarcir los perjuicios que se deriven de sus actuaciones irregulares.⁵⁹

C. Violación del régimen de conflictos de interés

Una tercera vía de defensa para los minoritarios consiste en presentar acciones de nulidad con base en el régimen de conflictos de interés previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley de 1995 y el Decreto 1925 de 2009. Como la apropiación de recursos sociales suele suponer la celebración de negocios jurídicos entre la sociedad, el controlante, los administradores y personas vinculadas a éstos, podría invocarse el régimen en cuestión para controvertir la validez de tales operaciones.⁶⁰ Para tal efecto, serían útiles los antecedentes sentados por esta Superintendencia acerca de las hipótesis que pueden dar lugar a un conflicto de interés.

Existen ya varias sentencias en las que se ha detectado un conflicto de la naturaleza indicada cuando el administrador contrata directamente con la sociedad en la que ocupa ese cargo.⁶¹ Este Despacho también ha aclarado que existe un conflicto de interés cuando el administrador esté obligado a velar por los intereses de dos compañías que contratan entre sí.⁶² Algo similar ocurrirá cuando el administrador cuente con un interés económico en operaciones celebradas por la compañía en la que ejerce sus funciones.⁶³ Por lo demás, en varios pronunciamientos se ha dicho que la celebración de contratos con los accionistas mayoritarios le representa un manifiesto conflicto de interés a los administradores que participaron en el respectivo negocio.⁶⁴

⁵⁷ Una infracción de similar naturaleza cometerá el asociado minoritario que, con el fin de lucrarse a título personal, demore la celebración de una operación necesaria para el adecuado desarrollo del objeto social.

⁵⁸ Para un análisis del postulado de la buena fe en el contexto societario, cfr. a N Polanía Tello, Responsabilidad por violación de la buena fe en la sociedad por acciones simplificada (2012) 23 Revista de Derecho Privado 279.

⁵⁹ No está de más anotar que en Chile también se ha considerado la posibilidad de proteger a los asociados minoritarios con base en el postulado de la buena fe consignado en el artículo 1546 del Código Civil chileno, cuyo texto es idéntico al del ya citado artículo 1603. Con fundamento en esa disposición se ha dicho, pues, que 'la obligación primordial de los socios es cumplir el contrato social de buena fe, respetando los derechos de sus socios o accionistas. Es obvio entonces que [...] no procede bajo respecto alguno que, valiéndose del poder para administrar la sociedad, uno de los socios o accionistas, directa o indirectamente, obtenga para sí o para terceros relacionados con él, una utilidad por la vía de subir o bajar artificialmente el precio de una transacción'. A Lyon Puelma, Conflicto de intereses en las sociedades (2002) 29 REVISTA CHILENA DE DERECHO 57.

⁶⁰ 'Es bastante usual que los controlantes contraten con la compañía en la que detentan una participación mayoritaria de capital. Aunque tales operaciones pueden ser indispensables para asegurar la adecuada gestión de los negocios sociales, también es posible que los mayoritarios se valgan de sus tratos con la sociedad para recibir anticipadamente una porción de la plusvalía generada por el cumplimiento de la actividad social o, incluso, para apropiarse en forma irregular de activos de propiedad de la compañía' (cfr. auto n.º 800-6317 del 25 de abril de 2016).

⁶¹ Sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014.

⁶² Auto n.º 801-7259 del 19 de mayo de 2014.

⁶³ Auto n.º 800-15368 del 17 de noviembre de 2015.

⁶⁴ Sentencia n.º 800-142 del 9 de noviembre de 2015. Este Despacho se ha pronunciado ya acerca de la necesidad de fiscalizar rigurosamente las operaciones celebradas entre una compañía y aquellas personas que, como en el caso de los accionistas controlantes, puedan tener alguna

Ahora bien, cuando no se cumpla adecuadamente el trámite previsto en la Ley 222 para los casos de conflicto de interés, podrá solicitarse la nulidad absoluta de los negocios correspondientes. Aunque los apoderados de los demandados consideran que tal violación debería dar lugar a consecuencias diferentes de la nulidad reseñada, lo cierto es que existen suficientes argumentos para sostener que esta última es la sanción que procede bajo el ordenamiento colombiano. Así fue reconocido explícitamente en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009, a cuyo tenor 'el proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 de la Ley 222 de 1995 [...]'. En sentido análogo se ha pronunciado tanto la doctrina local como esta Superintendencia por vía administrativa.⁶⁵ No sobra advertir, finalmente, que en Francia, Italia y Alemania se ha previsto una sanción de similar entidad para las operaciones viciadas por conflictos de interés en el contexto societario.⁶⁶

VI. ACERCA DE LAS CONDUCTAS CUESTIONADAS POR EL DEMANDANTE

Con base en las anteriores consideraciones pueden ahora examinarse las conductas controvertidas en la demanda de Carlos Hakim Daccach. Como los argumentos de las partes son profusos y las pruebas aportadas voluminosas, es necesario hacer un breve recuento del análisis que emprendió este Despacho para resolver el conflicto debatido en este proceso.

El punto de partida de tal estudio fue una recopilación de los registros de la totalidad de las operaciones celebradas entre Gyptec S.A., los demandados y 55 personas vinculadas a estos últimos, entre el 31 de marzo de 2009 y el 19 de marzo de 2015. Esa información fue extraída directamente de los sistemas informáticos y contables de Gyptec S.A., con el apoyo de peritos expertos en computación y finanzas.

Las labores del perito informático abarcaron inicialmente la recopilación de decenas de miles de correos electrónicos enviados y recibidos desde los computadores de los demandados. Esta información fue depurada con base en las instrucciones impartidas por este Despacho, por cuya virtud se siguió el siguiente procedimiento: (i) bajo la supervisión de esta entidad, se abrieron los sobres cerrados que contenían los discos compactos en los que el perito había consignado los referidos correos electrónicos; (ii) el perito determinó que el contenido de los discos compactos no había sido alterado ni modificado en forma alguna; (iii) el perito realizó una primera depuración de los correos recaudados a fin de eliminar

influencia sobre la gestión de los negocios sociales (*related party transactions*). Este especial escrutinio se justifica por la posibilidad de que tales personas, conocidas en la doctrina comparada como 'partes vinculadas', se valgan de su ascendencia sobre la sociedad para extraer prerrogativas económicas inmerecidas en el curso de una relación contractual (L Enriques, *Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal)* (2015) 16 EUR BUSS ORG L REV 1). En la venta de activos sociales a un accionista controlante, por ejemplo, los administradores podrían verse alentados a fijar un precio irrisorio, aunque con ello se perjudique el patrimonio de la sociedad. Como ya se explicó, la potestad que suele tener el controlante de remover a los administradores en cualquier momento hace que tales funcionarios se muestren dispuestos a acatar las órdenes del asociado mayoritario (FH O'Neal y RB Thompson (2004) 3-5 a 3-8). Por los anteriores motivos, tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea se ha procurado que los jueces puedan escudriñar cuidadosamente los contratos suscritos entre una compañía y su accionista controlante, así como todas aquellas operaciones celebradas entre dos sociedades sujetas al control de una misma persona (cfr., por ejemplo, el Capítulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (*Model Business Corporation Act*) estadounidense).

⁶⁵ Para Gil Echeverry, por ejemplo, 'los actos celebrados en conflictos de intereses resultan absolutamente nulos'. JH Gil Echeverry, *Derecho Societario Contemporáneo: Estudios de Derecho Comparado*, (2012, 2ª ed, Editorial Legis, Bogotá) 284. Cfr. también el oficio n.º 220-140389, emitido por esta Superintendencia el 27 de noviembre de 2012.

⁶⁶ PH Conac y otros (2007) 516.

información repetida; (iv) se resaltaron los correos en los que aparecían las palabras identificadas por las partes como relevantes; (v) el Despacho revisó los correos resaltados, con el propósito de eliminar los mensajes que no fueran relevantes para el presente proceso; (vi) una vez conformada la lista depurada de correos, los apoderados de Gyptec S.A. se pronunciaron acerca de los mensajes que podían contener información reservada; (vii) el Despacho revisó la lista de correos identificados por los apoderados de Gyptec S.A., para efectos de conformar la lista de mensajes que sería aportada al expediente; (viii) con base en lo anterior, el Despacho determinó incluir 7.494 correos electrónicos en el expediente del presente proceso.

El perito financiero, por su parte, llevó a cabo el procedimiento que se transcribe a continuación: '(i) verificación de existencia de terceros en el sistema contable Novaplus; (ii) consolidación de los registros contables relacionados con cada uno de los sujetos a revisión por el periodo indicado anteriormente; (iii) verificación de saldos sobre auxiliares por terceros proporcionados por Gyptec; (iv) identificar los registros contables realizados por Gyptec para cada uno de los sujetos a revisión (v) revisión de la documentación aportada en archivos pdf y documentación física proporcionada por Gyptec para los sujetos a revisión; (vi) cruce de información contable con documentación de soporte'.⁶⁷

Como resultado de las anteriores labores, se obtuvo una base de datos con 7.494 correos electrónicos y 24.503 registros contables cuestionados, acompañada de dos extensos dictámenes periciales.

Ahora bien, para juzgar la conducta de los demandados, deberán tenerse en cuenta no sólo las conclusiones a las que arribaron los referidos peritos y los demás insumos mencionados, sino también los argumentos jurídicos presentados por las partes. Por ejemplo, será necesario depurar el registro de las operaciones objeto de revisión a partir de las alegaciones de Carlos Hakim Daccach y las múltiples excepciones de los demandados, con el fin de delimitar el alcance de la decisión que habrá de tomar el Despacho. También será preciso estudiar las numerosas pretensiones de la demanda a la luz de los argumentos procesales esgrimidos por los demandados. En las siguientes secciones se presenta un estudio pormenorizado de tales asuntos.

1. Acerca de los argumentos y excepciones de los demandados que serán acogidos por el Despacho

La defensa de los demandados está basada en una multiplicidad de argumentos, resumidos en 41 excepciones. En esta sección se estudian algunas de las excepciones que habrán de prosperar, a fin de delimitar el alcance de las operaciones que pueden ser analizadas en este proceso.

A. El demandante no puede reclamar los perjuicios sufridos por Gyptec S.A. por violaciones del deber de cuidado

Las explicaciones hechas en el capítulo anterior son suficientes para concluir que Carlos Hakim Daccach no puede reclamar, para sí ni para Gyptec S.A., los perjuicios derivados de eventuales violaciones del deber de cuidado a cargo de los demandados. Ciertamente, si con tales infracciones se le causó algún demérito al patrimonio social, le corresponderá a Gyptec S.A. presentar las demandas que correspondan. Además, como ya se indicó, el señor Hakim Daccach no puede solicitar una indemnización individual de perjuicios derivados de los que sufrió la compañía.

En todo caso, una vez revisadas las conductas cuestionadas, el Despacho no encontró indicios de la mayoría de las violaciones del deber de cuidado descritas en la demanda. Por ejemplo, el señor Hakim Daccach considera que los demandados actuaron en contravía de esa pauta de conducta al venderle a terceros

⁶⁷ Cfr. la página 11 el informe del perito contable y financiero.

los inmuebles denominados R-141 y R-142. Para tal efecto, se ha cuestionado tanto la motivación que llevó a que se celebrara esa operación como el precio fijado para la venta. Sin embargo, las pruebas disponibles apuntan a que los contratos cuestionados obedecieron a una informada decisión de negocios de los administradores de Gyptec S.A., para cuya adopción se contó con avalúos técnicos elaborados por Ahumada Ingenieros y Asociados Ltda. y Carlos Vélez Paz & Cía Ltda.⁶⁸ En este orden de ideas, debe recordarse que 'no le corresponde a esta entidad, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, escudriñar las decisiones de negocios que adopten los empresarios, salvo en aquellos casos en los que se acrediten actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés.'⁶⁹ Las normas que rigen las actuaciones de los administradores 'buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuirseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión. Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad (*business judgment rule*), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, a posteriori, por los resultados negativos de sus decisiones'.⁷⁰

B. El demandante no puede reclamar los perjuicios sufridos por Gyptec S.A. por violaciones del deber de conducta consagrado en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995

En los numerales 1.8.2 y 1.8.3 de las pretensiones de la demanda se alega que los demandados infringieron el deber específico de conducta consagrado en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, bajo el cual los administradores deben 'velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias'. En criterio del señor Hakim Daccach, tales violaciones se concretaron en la extralimitación de las funciones a cargo de los demandados y la celebración de operaciones *ultra vires*, vale decir, por fuera del ámbito del objeto social principal de Gyptec S.A. En este punto debe reiterarse que, como las conductas antes mencionadas tan sólo tendrían la virtualidad de lesionar directamente el patrimonio de Gyptec S.A., la acción social de responsabilidad sería la única vía disponible para reclamar los perjuicios correspondientes. Según se explicó antes, el demandante en este proceso no cuenta con la legitimación extraordinaria para presentar acciones sociales en nombre y por cuenta de Gyptec S.A.

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco es del todo claro que hubieran acaecido las violaciones en cuestión. El apoderado de Carlos Hakim Daccach considera, en este sentido, que 'el objeto social de Gyptec no permite a los administradores el pago de gastos personales [...], ni la utilización de sus recursos humanos para asuntos personales de los mismos [...] debido a la determinación y especialidad requerida por la ley en cuanto al objeto jurídico, Gyptec carece de capacidad para ejecutar todos los actos que estén por fuera del mismo (doctrina *ultra vires*) [...] contrario al objeto social -principal y secundario, directo e indirecto- de Gyptec, tal y como se probó a través del Dictamen de PWC y Deloitte, una parte importante de su patrimonio se ha [...] utilizado para operaciones no relacionadas con su objeto

⁶⁸ Vid. Folios 3245, 3287 del expediente y los anexos A5-VII del informe de aclaración del perito financiero. Así mismo, para tomar la decisión de venta de los inmuebles, Daniel Materón Osorio señaló que 'se presentaron [a la junta directiva] avalúos del lote [...] se expresó la necesidad de venderlo, se explicó para qué eran los recursos, parte de ellos era para mejoras de tecnología, desarrollo de nuevos productos, habían llegado placas más livianas a Colombia'. Cfr. audiencia del 9 de diciembre de 2014 (4:41:47 a 4:45:47) (Vid. Folio 5015).

⁶⁹ Sentencia n.º 801-0072 del 11 de diciembre de 2013.

⁷⁰ Sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014.

social, ni para el giro ordinario de sus negocios' (vid. Folio 6870). No obstante lo anterior, el apoderado de Gyptec S.A. ha resaltado que 'las [operaciones cuestionadas] se encuentran enmarcadas dentro del objeto social de la compañía, no generaron perjuicio alguno, y, por el contrario, [...] permitieron a Gyptec, sociedad ubicada en zona franca, desarrollar en forma adecuada su objeto social. Por lo tanto, no hubo desviación de recursos por la supuesta realización de actos por fuera del objeto social' (vid. Folio 7408).

Las alegaciones citadas dan cuenta de las dificultades conceptuales de establecer si un determinado acto se enmarcó en el ámbito específico de las actividades contempladas en el objeto social de una compañía. Esa labor se torna aún más compleja en sociedades cerradas y de familia, en las que las relaciones entre la compañía y sus administradores o accionistas siempre guardarán alguna relación con el cumplimiento de la actividad social. Ni hablar de la altísima carga probatoria que habría de satisfacerse para controvertir, bajo la teoría de los actos *ultra vires*, una multiplicidad de operaciones celebradas en un espacio superior a un lustro, como lo ha intentado hacer el señor Hakim Daccach.⁷¹ Las anteriores dificultades han llevado a que, en otros países, se desestime por completo la utilidad de la teoría del *ultra vires* como un mecanismo de protección de asociados minoritarios.⁷² En el presente caso, el Despacho no cuenta con suficientes elementos de juicio para esclarecer cuáles de las decenas de miles de actuaciones controvertidas pudieron haber sido incompatibles con el objeto social de Gyptec S.A. Por este motivo, debe insistirse en que las pretensiones consignadas en los numerales 1.8.2 y 1.8.3 no tienen vocación de prosperar.

C. En este proceso no pueden controvertirse operaciones celebradas entre Gyptec S.A. y terceros diferentes de los demandados

Como habrán de desestimarse las pretensiones atadas a la violación de los deberes descritos en los literales anteriores, el análisis de las conductas controvertidas estará restringido a las violaciones del régimen de conflictos de interés contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009. En este sentido, debe precisarse que, de los 24.503 registros contables consultados por el Despacho, 17.613 corresponden a operaciones celebradas entre Gyptec S.A. y personas que, aunque tienen vínculos de alguna naturaleza con los demandados, no formaron parte del presente proceso. En la siguiente tabla se resumen algunos de los principales registros contables anotados, con indicación de la parte vinculada, la naturaleza del vínculo y el monto total de las operaciones celebradas con Gyptec S.A.

TABLA N.º 1
Operaciones con personas vinculadas a los demandados

Jorge Hakim Tawil			
Persona vinculada	Naturaleza del vínculo	Sumas giradas por Gyptec S.A.	Concepto
Aleha S.A.S.	Su hermano, Alejandro Hakim Tawil, era	\$296.842.791	Préstamo

⁷¹ Tampoco debe perderse de vista que, bajo la interpretación postulada por Martínez Neira, la extralimitación del objeto social da lugar a la inoponibilidad de los actos y contratos celebrados por los administradores, al amparo del artículo 833 del Código de Comercio (NH Martínez Neira (2014) 200). A la luz de esa teoría, este Despacho no podría pronunciarse acerca de la inoponibilidad referida, a partir de lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de agosto de 2014.

⁷² H Hansmann y M Pargendler, The Evolution of Shareholder Voting Rights: Separation of Ownership and Consumption (2013) John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Research Paper n.º 466.

	representante legal principal y accionista único		
Gypotec Comercializadora (Constru-Depot S.A.S.)	Representante legal	\$351.899.852	Préstamo
Equipment Zona Franca	Representante legal	\$34.997.098	Préstamo
Hanetec S.A.	Representante legal	\$3.813.764.636	Préstamo
Hakim Tawil S. en C.	Sociedad controlada por sus familiares	\$80.549.298	Préstamo
Feel Logistics S.A.S	Representante legal	\$34.997.098	Préstamo
Logistic and Technical S.A.S.	Representante legal	\$133.416.649	Préstamo
Nohora Hakim Tawil	Hermana	\$107.293.588	Préstamo, comisiones y bonificaciones
Leticia Gnecco	Cuñada	\$549.941.672	Préstamo

Jaime Cano Fernández			
Persona vinculada	Naturaleza del vínculo	Monto de la operación	Concepto
Higueresa Latam S.A.S	Representante legal	\$204.547.315	Préstamo
Negozia S.A.S.	Accionista mayoritario y miembro principal de la junta directiva	\$76.439.127	Honorarios y asesoría financiera

José Mauricio Rodríguez Morales			
Persona vinculada	Naturaleza del vinculo	Monto de la operación	Concepto
Cosenit S.A.	Miembro principal de la junta directiva y representante legal	\$223.995.600	Honorarios y asesoría técnica

Aunque la celebración de las anteriores operaciones le representó un claro conflicto de interés a algunos de los demandados, a la luz de los ya citados pronunciamientos emitidos por esta Superintendencia, debe insistirse en que los terceros enumerados en la tabla n.º 1 no formaron parte del presente proceso. Por ese motivo, el Despacho no puede declarar la nulidad absoluta de las operaciones reseñadas, ni impartirle órdenes a los terceros antes mencionados. En esa medida, tras suprimir los registros correspondientes a esos negocios jurídicos, se obtiene un

total de 6.890 operaciones celebradas entre Gyptec S.A. y los doce demandados en este proceso.

D. Las conclusiones del perito financiero deben corregirse para remediar las imprecisiones identificadas por el apoderado de Gyptec S.A.

Otro importante elemento de juicio puede encontrarse en el interrogatorio del apoderado de Gyptec S.A. al perito financiero designado por el Despacho, efectuado al amparo de los artículos 52 y 432 del Código de Procedimiento Civil. En el curso de esa incisiva intervención, el apoderado de Gyptec S.A. identificó múltiples imprecisiones en el estudio elaborado por el perito, incluidos rubros duplicados injustificadamente y reclasificaciones contables cuyo origen no pudo establecerse con precisión (vid. Folios 7421 y siguientes). Para corregir las falencias anotadas, el Despacho suprimió, de la lista de 6.890 operaciones controvertidas, aquellos registros contables duplicados equivocadamente en el informe del perito. Para estos efectos, se eliminaron los registros erróneos que fueron resaltados por los apoderados de los demandados, junto con las duplicaciones adicionales identificadas por el Despacho. Posteriormente, se eliminaron los registros contables correspondientes a todas aquellas operaciones celebradas por fuera del período de revisión fijado por el Despacho, el cual va del 31 de marzo de 2009 al 19 de marzo de 2015.⁷³ Por esta misma vía se suprimieron las reclasificaciones contables de giros cuyo origen no pudo establecerse, con absoluta certeza, dentro del aludido período de revisión.⁷⁴ Por lo demás, se excluyeron todas aquellas erogaciones que, conforme a las pruebas disponibles, revistieran naturaleza laboral.⁷⁵

E. El demandante no puede reclamar perjuicios a nombre propio

Tal y como se explicó en el capítulo anterior, el Despacho no puede reconocer las indemnizaciones a favor del demandante que parecen reclamarse en la pretensión 1.10, consistente en que ‘se hagan extensivos los efectos de todas las pretensiones en lo que la Superintendencia de Sociedades considere pertinente frente a Carlos Hakim Daccach como accionista de Gyptec S.A.’ (vid. Folio 86). Aunque las órdenes impartidas en esta sentencia permitirán restablecer parcialmente el patrimonio de Gyptec S.A., en cumplimiento de lo previsto en el Decreto 1925 de 2009, la distribución entre los asociados de las sumas recuperadas deberá producirse conforme a las reglas vigentes en materia de repartición de utilidades. Una vez ello ocurra—o se pague la correspondiente cuota social de liquidación—el señor Hakim Daccach deberá defender sus intereses en el foro que se escogió para la constitución de Arkata Investments Inc. y Ukiah International Corp., vale decir, la República de Panamá.

F. Las sumas que Jorge Hakim Tawil deberá restituirle a Gyptec S.A. habrán de compensarse con las que la compañía le adeude

El apoderado del señor Hakim Tawil ha manifestado que, en caso de que el referido demandado deba reembolsarle a Gyptec S.A. alguna suma, tales valores deberán ser compensados con ‘[...] las comisiones que le fueron aprobadas a Jorge Hakim Tawil por la Junta Directiva de Gyptec y que aún no han sido pagadas’ (vid.

⁷³ Tal es el caso, por ejemplo, de una reclasificación contable de cuentas por cobrar a Jorge Hakim Tawil por concepto de impuestos de vehículos. Si bien la reclasificación se registró el 9 de julio de 2010, el detalle del movimiento permite ver que algunas de las cuentas reclasificadas son anteriores a marzo del 2009 (Cfr. Anexo C.12-4 del dictamen rendido por Price Waterhouse Coopers, registro AJ4 n.º 1007002).

⁷⁴ En el caso de Jorge Hakim Tawil, por ejemplo, se suprimieron reclasificaciones en el año 2012 que únicamente llevaban el detalle de ‘reclasificó cuenta’, sin indicar el concepto de la reclasificación y mucho menos el registro original reclasificado.

⁷⁵ Así, por ejemplo, los registros de cuentas por cobrar a Jorge Hakim Tawil por concepto de facturas de servicio de telefonía móvil, que en suma ascendían a \$27.839.183, no se tuvieron en cuenta porque reflejan, en lugar de operaciones anulables, gastos relacionados con su trabajo como representante legal de la compañía.

Folios 141 y 142). Aunque es cierto que deberá operar la compensación descrita por el apoderado del señor Hakim Tawil, el Despacho no cuenta con suficientes elementos probatorios para establecer el monto exacto de las sumas que Gyptec S.A. le adeuda al demandado en cuestión.⁷⁶ Por tal motivo, no se emitirá un pronunciamiento sobre ese particular.

2. Acerca de los argumentos y excepciones de los demandados que no se aceptan

Formuladas las anteriores explicaciones, es pertinente hacer referencia a las alegaciones de los demandados que, por las razones explicadas más adelante, no pueden ser acogidas por el Despacho.

A. La conducta de los demandados no se justifica por el hecho de que Gyptec S.A. sea una sociedad de familia

Los demandados consideran que, en una sociedad de familia, es factible que los administradores dispongan libremente del patrimonio social en beneficio de los accionistas y sus familiares. Así, pues, ‘siendo el bienestar de la familia el fin supremo de estas sociedades, aquél puede alcanzarse no solo a través de la repartición de dividendos sino también por medio de operaciones que le reporten beneficio personal a los socios, aun a costa de que, individualmente consideradas, ellas no resulten las que un buen hombre de negocios hubiera realizado en una sociedad común y corriente [...] ¿Acaso el más escrupuloso y agudo comerciante del planeta le negaría no digamos una donación sino un anticipo o aun un mutuo a su padre?’ (vid. Folio 7218).

Podría pensarse que las características propias de una sociedad de familia justificarían admitir alguna excepción al régimen general de conflictos de interés. Tal excepción estaría fundada en la idea de que, en esta clase de compañías, es usual que los accionistas y administradores contraten frecuentemente con la sociedad. También podría alegarse, como lo han hecho los demandados, que la naturaleza de esa sociedad como un simple repositorio del patrimonio familiar le confiere algún grado de legalidad a operaciones como las cuestionadas en este proceso.

Aunque tales argumentos parecen perfectamente sensatos, no debe perderse de vista que, con una excepción de la naturaleza indicada, podrían hacerse nugatorios los derechos de aquellos asociados que no formen parte del núcleo familiar o que, a pesar de revestir esa calidad, estén excluidos de la administración de los negocios sociales. Por ejemplo, si la totalidad de las utilidades se reparte por vía de honorarios y anticipos entre apenas algunos miembros de la familia, no quedarán recursos para el pago de dividendos al final del ejercicio. Es posible, pues, que los asociados que no participen de esas reparticiones se vean privados, en forma permanente, de un retorno sobre la inversión que efectuaron en la sociedad. Por razones que ya fueron suficientemente explicadas en el Capítulo IV, esta injusta circunstancia no puede ser tolerada por el ordenamiento societario.

En conclusión, es claro que el carácter familiar de una sociedad no puede invocarse para despojar a un asociado minoritario de sus derechos económicos en la compañía. Como lo explicó esta Superintendencia en el caso de El Puente S.A., ‘el conflicto de interés analizado en esta sentencia tampoco desaparece por el hecho de que las acciones en que se divide el capital suscrito de [la sociedad] se encuentren en manos de personas ligadas por vínculos de parentesco. Ciertamente, el régimen societario colombiano no contiene excepciones relativas a la celebración de operaciones viciadas por conflictos de interés en sociedades cerradas o de

⁷⁶ Una vez revisado el expediente, este Despacho únicamente pudo constatar que en las actas de junta directiva n°. 1 (vid. Folio 3210) y n°. 2 (vid. Folio 3212) de Gyptec, se hace mención a comisiones posiblemente debidas a Jorge Hakim, sin mencionar si estas efectivamente fueron aprobadas, o el valor concreto de dichas comisiones.

familia'.⁷⁷ Por este motivo, siempre que se presente un conflicto de interés para los administradores de sociedades como Gyptec S.A., será necesario acudir ante el máximo órgano a fin de solicitar la autorización a que se refiere el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

B. Los conflictos de interés no desaparecen si las operaciones cuestionadas fueron beneficiosas para Gyptec S.A.

En la defensa de los demandados se ha incluido también el argumento de que las conductas analizadas fueron beneficiosas para Gyptec S.A.⁷⁸

Es bastante usual, por supuesto, que una sociedad derive cuantiosos beneficios de la celebración de negocios con sus accionistas controlantes o administradores, particularmente cuando se trata de compañías cerradas y de familia.⁷⁹ Es bien sabido que, por virtud de tales vínculos, la sociedad podría obtener recursos para remediar problemas temporales de liquidez o, incluso, activos de indispensable importancia para la gestión de la empresa social. Es incluso frecuente que tales dineros se presten en condiciones más favorables que las que podría obtener la compañía en el sistema financiero o que los bienes se adquieran por debajo de precios de mercado. Una prohibición absoluta de operaciones conflictivas podría ir entonces en contra de los mejores intereses económicos de la compañía.⁸⁰

Sin embargo, ya se ha explicado cómo esa clase de operaciones podría servir también para despojar a los asociados minoritarios de un retorno sobre su inversión en la sociedad. Por este motivo, las reglas sobre conflictos de interés buscan permitir la celebración de operaciones que le representen un beneficio a la compañía y, simultáneamente, impedir aquellas motivadas por fines expropiatorios.⁸¹ El sistema previsto para tales efectos en Colombia parte de la necesidad de obtener una autorización impartida por la asamblea general de accionistas o la junta de socios. Si no se cumple con este requisito, la consecuencia será la nulidad de los respectivos actos o contratos, sin importar si ellos pudieron haber sido beneficiosos o perjudiciales para el interés social.

Aunque esta posición parezca excesivamente formalista, no debe olvidarse que en el adecuado cumplimiento del anotado régimen de conflictos de interés reposa, en buena parte, la protección de asociados minoritarios en Colombia. Mal haría entonces este Despacho en desarticular uno de los pocos mecanismos de defensa con los que cuentan los asociados de la minoría. Por tal razón se ha sostenido que 'los conflictos de interés [...] tampoco pueden desvirtuarse por la posibilidad de que las operaciones analizadas hubieren sido beneficiosas para [la compañía]. En verdad, los resultados económicos de los contratos analizados no hacen desaparecer los intereses contrapuestos que contaminaron el juicio del administrador al momento de celebrarse tales negocios. Es por ello que la simple configuración de un conflicto de interés hace necesario surtir el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, antes de que el administrador pueda participar en la celebración del acto o contrato concerniente'.⁸²

Es claro, en todo caso, que los resultados económicos de las operaciones viciadas por un conflicto de interés serán de inocultable relevancia al momento de

⁷⁷ Sentencia n.º 800-102 del 4 de agosto de 2015.

⁷⁸ Así, por ejemplo, se ha manifestado que 'a Jorge Hakim no se le hace pago diferente al de su salario, el cual no se le ha subido desde el año 2009, ni siquiera para mantener el poder adquisitivo del dinero' (54 y 81). Por su parte, el apoderado de Gyptec S.A. indicó que 'esos préstamos -como parte de su paquete de compensación laboral-se hicieron en razón a que no se aumentó el salario a Jorge Hakim Tawil desde 2009 inclusive'.

⁷⁹ A Paces, Control matters: law and economics of private benefits of control (2011) ECGI Working Paper n.º 131/2009 (2011).

⁸⁰ Z Goshen, The efficiency of controlling corporate self-dealing: theory meets reality (2003) 91 Cal. L. Rev. 400.

⁸¹ L Enríques (2015).

⁸² Cfr. Ángela María Azuero Figueroa y María Teresa Figueroa Clausen contra El Puente S.A. (sentencia n.º 800-102 del 4 de agosto de 2015)

establecer si tales negocios lesionaron el patrimonio social. De haberse procurado un beneficio para la compañía, la declaratoria de nulidad no iría acompañada de una condena pecuniaria en contra de los respectivos administradores, tal y como lo reconoció esta Superintendencia en el caso de SAC Estructuras Metálicas S.A.⁸³

C. La autorización del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 no puede inferirse a partir de otras decisiones sociales

Los apoderados de los demandados han puesto de presente que las conductas analizadas en este proceso fueron debatidas tanto en la junta directiva como en la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A. Así, por ejemplo, durante una reunión asamblearia celebrada el 1º de abril de 2014, el representante legal mencionó, en su informe de gestión, que había recibido anticipos de parte de la compañía en beneficio propio y de Alejandro Hakim Dow (vid. Folio 46 de la carpeta de reserva documental n.º1). Tales giros se reflejaron también en los estados financieros puestos a disposición de los accionistas de Gyptec S.A. Los demandados consideran que la aprobación del informe de gestión y los estados financieros concernientes fue suficiente para convalidar los giros a que se ha hecho referencia.

Sin embargo, las pruebas disponibles no permiten concluir que, para celebrar las operaciones controvertidas, se hubiera impartido la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Debe recordarse que el trámite consagrado en esa norma supone una manifestación expresa por parte del máximo órgano, la cual difícilmente podrá suplirse con inferencias o interpretaciones extensivas de otras decisiones sociales.⁸⁴ En este sentido, las actas consultadas por el Despacho no dan cuenta de autorizaciones explícitas que puedan dar a entender que se cumplió el trámite del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reglamentado en el Decreto 1925 de 2009. Por este motivo, el Despacho no puede aceptar los argumentos de los demandados en cuanto a la existencia de la autorización en comento.

D. Carlos Hakim Daccach no carece de legitimación para solicitar la nulidad mencionada en la demanda

De conformidad con lo previsto en el artículo 1742 del Código Civil, la nulidad absoluta puede ser reclamada en juicio 'por todo el que tenga interés en ello'. Esta disposición ha sido interpretada por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que los terceros que acrediten un interés específico en los actos cuestionados contarán con la legitimación para proponer su nulidad.⁸⁵ Para la Corte, ese interés 'debe ser serio, concreto, actual y ostentar una determinada relación sustancial de la que aquél haga parte, e igualmente que en tal nexo tenga incidencia tanto el contrato cuestionado como la sentencia que deba emitirse en el juicio de invalidez'.⁸⁶ Parece entonces indiscutible que el señor Hakim Daccach cuenta con un interés legítimo para proponer la nulidad absoluta alegada en la demanda, a la luz de su calidad de accionista de Gyptec S.A.

⁸³ 'A pesar de las infracciones legales descritas en los párrafos anteriores, el Despacho considera que los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A. Como ya se dijo, es factible que las operaciones viciadas por un conflicto de interés le reporten importantes beneficios a una sociedad, como en efecto parece haber ocurrido en el presente caso' (Cfr. SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Praxedis José Daniel Correa Senior y otros (sentencia n.º 801-35 del 9 de julio de 2013).

⁸⁴ Según el texto de la norma citada, se requiere la 'autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas'.

⁸⁵ Sentencia del 2 de agosto de 1999.

⁸⁶ Sentencia del 31 de agosto de 2012.

E. La participación de Gyptec S.A. en este proceso es suficiente para que puedan decretarse las nulidades solicitadas por el demandante

Gyptec S.A. se vinculó a este proceso como coadyuvante de los demandados. Estos últimos consideran, sin embargo, que Gyptec S.A. debió haber revestido la calidad de litisconsorte, en vista de que el señor Hakim Daccach formuló pretensiones encaminadas a controvertir la existencia, validez y oponibilidad de operaciones celebradas por la compañía.⁸⁷ Por su parte, el demandante se opuso a que la sociedad fuera vinculada como litisconsorte, por cuanto, en su criterio, 'los llamados a responder como consecuencia de la prosperidad de la acción son los demandados y no Gyptec' (vid. Folio 1527). Con todo, el apoderado del señor Hakim Daccach señaló, en sus alegatos de conclusión, que 'Gyptec se hizo parte en el proceso y participó en la práctica de pruebas. Por lo tanto, [...] le son extensibles todos los efectos de las pretensiones' (vid. Folio 618 alegatos). Debe entonces estudiarse si la participación de Gyptec S.A. en este proceso, en calidad de coadyuvante, es suficiente para que el Despacho decrete las nulidades solicitadas con la demanda.

Desde un punto de vista estrictamente procesal, pueden traerse a colación las opiniones de Parra Quijano y Devis Echandía, bajo cuyo criterio el coadyuvante puede actuar como parte dentro del proceso y queda vinculado por la sentencia que emita el juez.⁸⁸ Más aún, debe advertirse que Gyptec S.A. participó activamente en las diferentes etapas del presente proceso. Así, pues, Gyptec S.A. solicitó reiteradamente el levantamiento o la sustitución de las medidas cautelares decretadas por el Despacho (vid. Folios 268 a 281, 532 a 543 y 809 a 810 del cuaderno de medidas cautelares), presentó numerosos recursos de reposición en contra de diferentes autos emitidos por el Despacho (vid., por ejemplo, los folios 334 a 340 del cuaderno de medidas cautelares), descorrió traslados (vid. Folios 499-502, 575-582 del cuaderno de medidas cautelares) y alegó de conclusión. Además, las contundentes intervenciones del apoderado de Gyptec S.A. fueron indispensables para que este Despacho pudiera valorar, en forma adecuada, las numerosas pruebas disponibles en el expediente, particularmente en lo relacionado con las conclusiones consignadas en los dictámenes periciales. Así las cosas, el Despacho considera que las anteriores circunstancias son suficientes para que puedan estudiarse, en este proceso, las nulidades solicitadas en la demanda del señor Hakim Daccach.

F. Esta Superintendencia es competente para examinar la conducta de los demandados a la luz de las reglas sobre conflictos de interés

En dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia, emitidas el 16 de octubre de 2013 y el 28 de agosto de 2014, esa Corporación restringió el ámbito de las competencias jurisdiccionales de esta Superintendencia, al amparo del literal b del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso. Para tal efecto, se dijo que esta Delegatura no puede invocar normas ajenas al régimen societario colombiano para restarle efectos a negocios jurídicos celebrados entre una compañía y terceros diferentes de sus accionistas y administradores. No obstante, a diferencia de los casos antes explicados, en esta sentencia se invocan reglas contenidas en el ordenamiento societario colombiano—la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009—para examinar operaciones celebradas entre una compañía y sus administradores. Es decir que las cuestiones analizadas en esta sentencia no encajan dentro de los límites fijados por la Corte Suprema de Justicia respecto de las competencias jurisdiccionales de esta Superintendencia. Por este motivo, debe

⁸⁷ Dentro de las excepciones propuestas por los demandados se encuentra la denominada 'inexistencia del presupuesto procesal material: litisconsorcio necesario' (vid. Folio 2606).

⁸⁸ J Parra Quijano, Derecho Procesal Civil (1992, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá) 198; HF Devis Echandía, Teoría General del Proceso (2015, Editorial Temis S.A., Bogotá) 317 a 318.

concluirse que el Despacho sí es competente para examinar la conducta de los demandados a la luz de las precitadas reglas sobre conflictos de interés.

G. La conducta de los demandados no puede excusarse con el argumento de que Carlos Hakim Daccach nunca efectuó aportes al fondo social de Gyptec S.A.

Otro de los argumentos de defensa de los demandados consistió en que el señor Hakim Daccach nunca efectuó aportes para la conformación del fondo social de Gyptec S.A. Según el criterio del apoderado del señor Hakim Tawil, 'Carlos Hakim quiere apropiarse sin derecho de la valorización de [un inmueble de propiedad de Gyptec S.A.] y de la capitalización de dineros de terceros realizados a través de las Sociedades Panameñas'. (vid. Folio 7262). Por su parte, el apoderado de Gyptec S.A. ha manifestado que 'dentro del proceso se encuentran múltiples pruebas que demuestran que el demandante no efectuó aporte de capital alguno a Gyptec o a Arkata y Ukiah' (vid. Folio 6629).

Aunque el señor Hakim Tawil parece contar con una reclamación legítima en contra del señor Hakim Daccach, no por ello puede condonarse la apropiación de recursos sociales de Gyptec S.A. mediante la celebración de negocios viciados por conflictos de interés. Es claro que las controversias en cuanto a si Carlos Hakim Daccach o Salomón Hakim Dow efectuaron préstamos o aportes para el funcionamiento de Gyptec S.A. deben surtir ante las autoridades correspondientes. Mientras el señor Hakim Daccach revista la condición de accionista de Gyptec S.A., contará con los derechos inherentes a esa calidad, incluida la posibilidad de votar en las reuniones de la asamblea y percibir las sumas que correspondan a título de dividendos o cuota social de liquidación.

Debe advertirse que esta Superintendencia ha manifestado, en reiteradas oportunidades, que los conflictos entre empresarios no pueden resolverse mediante actuaciones que desborden el límite de lo permisible bajo el régimen societario colombiano. Por ejemplo, según lo expresado en la sentencia n.º 801-43 del 23 de julio de 2013, 'el [demandado] manifestó que cuenta con una reclamación legítima en contra del [demandante], a quien considera un simple 'socio facilitador' que, en realidad, no efectuó aportes para la constitución de [la compañía]. Sin embargo, en lugar de presentar esa situación ante las autoridades judiciales, el [demandado] recurrió a actuaciones irregulares para resolver su conflicto con el [demandante] [...] este Despacho no puede aceptar, en ningún caso, que los conflictos entre empresarios se resuelvan mediante vías de hecho como la que le dio origen al presente proceso. Si bien existen múltiples mecanismos legales a los que puede acudir para hacerle frente al incumplimiento de obligaciones en el contexto societario, el despojo forzado e irregular de la titularidad sobre las acciones de una compañía no es uno de ellos'.

En una sentencia más reciente se anotó, en sentido análogo, que 'la conducta de los mayoritarios ha estado orientada por la finalidad de privar a [la demandante] de las utilidades generadas por [la compañía], en represalia por la posible violación de un pacto de exclusividad [...]. Aunque el Despacho no puede convalidar las transgresiones de la [demandante], los demandados cuentan con múltiples mecanismos legales para hacer efectivos sus derechos contractuales. [...] Lo que no puede permitirse es que, en respuesta a una diferencia entre los asociados [...], los accionistas mayoritarios invoquen ilusorios proyectos de expansión para despojar a la [demandante] de sus derechos económicos en la compañía'.

H. Los activos de Gyptec S.A. no son de propiedad de Jorge y Alejandro Hakim

Tal y como se explicó en el Capítulo III de esta sentencia, los demandados han cuestionado los derechos que le corresponden al señor Hakim Daccach en Gyptec S.A., con base en la idea de que el patrimonio de la compañía se conformó,

exclusivamente, a partir de los aportes de Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Dow.⁸⁹

Aunque aquí también parecería existir una reclamación legítima en contra del demandante, el Despacho no puede aceptar las justificaciones antes mencionadas. Cuando se aportan activos al fondo social, los aportantes dejan de ser propietarios de tales bienes para convertirse en titulares de derechos políticos, incluidos los de voto e inspección, así como de derechos económicos sobre la plusvalía generada por la actividad de la sociedad. De suerte que, una vez constituida una compañía, se produce una separación total entre el patrimonio social y el de los asociados individualmente considerados. En la continuada vigencia de este principio de separación patrimonial, conocido en la doctrina especializada como *affirmative asset partitioning*, se funda la existencia de las sociedades de capital con limitación de responsabilidad.⁹⁰ No puede entonces aceptarse que un accionista intente justificar la apropiación de recursos sociales con el argumento de que los activos aportados al fondo social fueron alguna vez de su propiedad.⁹¹

VII. CONCLUSIONES

Con base en el análisis descrito en los capítulos anteriores, puede ahora concluirse que algunos de los demandados en este proceso incumplieron las reglas vigentes en materia de conflictos de interés, consagradas en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009. Ello se debe a que tales demandados participaron en actos y contratos que les representaron un conflicto de la naturaleza indicada, sin contar con la autorización expresa de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A. En las siguientes secciones se hace referencia expresa a los incumplimientos reseñados, así como a las sumas que deberán restituírsele al patrimonio de Gyptec S.A.

1. Acerca de las violaciones de los deberes a cargo de los demandados

A. Jorge Hakim Tawil

Según la información que reposa en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, el señor Hakim Tawil ha sido representante legal principal de Gyptec S.A. desde el 9 de julio de 2004 hasta la fecha (vid. Folio 110). En esa medida, el referido demandado estuvo obligado a ceñirse a las reglas de conflictos de interés durante el período examinado en el curso de este proceso. Sin embargo, el señor Hakim Tawil celebró operaciones con sociedades a él vinculadas y recibió cuantiosas sumas de parte de Gyptec S.A., a título de préstamos y anticipos, sin contar con la autorización de la asamblea general de accionistas. Por consiguiente, debe concluirse que el señor Hakim Tawil violó el deber contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

⁸⁹ El señor Hakim Tawil ha expresado que su padre, Alejandro Hakim Dow, 'invirtió todo su capital en Gyptec a través de la compra del Lote de la Zona Franca, y la compra del Lote de Conastil con la capitalización a través de Arkata, [pero] no ha recibido ni el Lote de la Zona Franca, ni su valor, como tampoco el Lote de Conastil o su valor' (vid. Folio 2582).

⁹⁰ Por virtud de este importante principio, los acreedores de un accionista insolvente no pueden perseguir los activos de la sociedad, sino apenas su participación en el capital de la compañía. H Hansmann y R Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law* (2000) Harvard Law School Discussion Paper n.º 284.

⁹¹ Los apoderados de los demandados han puesto de presente que el señor Hakim Daccach se benefició de las conductas que ahora reprocha, a lo menos hasta que entró en conflicto con el señor Hakim Tawil. Aunque ello podría servir para que se presentaran demandas en contra del señor Hakim Daccach, las circunstancias anotadas no pueden entenderse en el sentido de que los demandados han quedado exonerados de cumplir con el régimen colombiano en materia de conflictos de interés. Más aún, debe tenerse en cuenta que el señor Hakim Daccach presentó esta demanda precisamente porque, a partir del conflicto reseñado, ya no puede beneficiarse de las sumas repartidas a título de préstamos y anticipos

B. Alejandro Hakim Dow

El señor Hakim Dow ha ocupado diversos cargos en la administración de Gyptec S.A., desde representante legal suplente hasta miembro principal de la junta directiva.⁹² Durante la época en que ejerció funciones como administrador de la compañía, el señor Hakim Dow también recibió giros dinerarios por concepto de préstamos y anticipos sin obtener la autorización correspondiente.⁹³ Por tal motivo puede concluirse que el demandado en cuestión infringió el deber a que hace referencia el ya citado numeral 7.

C. Angélica de la Torre

La señora de la Torre ha sido elegida como miembro suplente de la junta directiva de Gyptec S.A. en diversas ocasiones desde la constitución de la compañía (vid. Folio 277 de la carpeta de reserva n.º 1 y 110 del cuaderno principal). Sin embargo, la demandada en comento tan sólo ejerció funciones de administración durante el período de designación comprendido entre el 5 de abril de 2010 y el 2 de abril de 2012.⁹⁴ Según la información consultada por el Despacho, durante ese interregno no se efectuaron giros cuestionables a favor de la señora de la Torre. Así, pues, el Despacho la exonerará de todas las pretensiones formuladas en su contra.

D. José Alejandro Samper Carreño

El señor Samper Carreño fungió como representante legal suplente de Gyptec S.A. entre el 9 de julio de 2004 y el 24 de marzo de 2011 (vid. Folio 150 y 184) y miembro suplente de la junta directiva entre el 12 de junio de 2009 y el 1º de abril de 2011. También debe decirse que, según las pruebas que obran en el expediente, el señor Samper Carreño ejerció funciones de administración en Gyptec S.A. entre los años 2008 y 2010.⁹⁵ Durante esa época, el demandado en cuestión recibió \$40.899.522, a título de préstamos y anticipos, sin contar con la autorización de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A.⁹⁶ Tal circunstancia es suficiente para que el Despacho concluya que el señor Samper Carreño violó el deber que le correspondía bajo el tantas veces citado numeral 7. Con todo, en vista de que el señor Samper Carreño le restituyó a Gyptec S.A. la totalidad de las sumas

⁹² Según la información que reposa en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, el señor Hakim Dow ha sido representante legal suplente de Gyptec S.A. desde el 9 de julio de 2004 (vid. Folio 110). Adicionalmente, fue miembro principal de la junta directiva de la compañía desde el 2 de abril de 2010 hasta abril de 2011 (vid. Folios 277 de la carpeta de reserva n.º 1 y 110 del cuaderno principal). A partir de esta última fecha, el señor Hakim Dow pasó a ser miembro suplente de la junta directiva de Gyptec S.A., cargo que aún ocupa (vid. Folios 233 de la carpeta de reserva n.º 1 y 110 del cuaderno principal).

⁹³ En un correo electrónico dirigido a Ana Karina Galindo el 19 de julio de 2010, la señora Raquel Castillo manifestó que 'siempre vamos a estar girando valores a cargo de [Alejandro Hakim Dow] y debemos tener clara la forma como se van a legalizar' (vid. Folio 1123 de la carpeta de reserva documental n.º 5).

⁹⁴ En la información inscrita ante el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá se dice que la señora de la Torre fue elegida como suplente, para un nuevo período, a partir del 2 de abril de 2012. En este sentido, según se explicó en el auto n.º 801-3311 del 8 de marzo de 2013, el régimen de administradores tan sólo podrá hacerse efectivo respecto de aquellos suplentes que, dentro del período para el cual fueron designados, ejercieron labores de administración en reemplazo de las personas que ocupan los cargos principales.

⁹⁵ El señor Samper Carreño actuó en su calidad de segundo suplente del representante legal en un acto celebrado en junio de 2008, por cuya virtud elevó a escritura pública una reforma estatutaria consistente en la modificación al objeto social de Gyptec S.A. (vid. Folios 147-153). Así mismo, el señor Samper Carreño actuó en su calidad de miembro suplente de la junta directiva en una reunión celebrada el 16 de julio de 2010.

⁹⁶ Vale aclarar que esta suma difiere del valor establecido para préstamos y anticipos en el dictamen pericial, pues contiene descuentos efectuados directamente por el Despacho tales como duplicidades, registros anteriores a marzo de 2009 y operaciones que no comportan conflicto de interés.

mencionadas, el Despacho se abstendrá de emitir una condena pecuniaria en contra del aludido demandado.

E. Daniel Alfredo Materón

Aunque el señor Materón ocupó el cargo de representante legal suplente de Gyptec S.A. entre el 23 de octubre de 2012 y el 20 de diciembre de 2013 (vid. Folio 111), el Despacho no encontró pruebas de que hubiera ejercido las funciones propias de ese cargo, en reemplazo del representante legal principal. Así, al no haber estado sujeto al régimen de deberes y responsabilidades de los administradores, el Despacho desestimaré las pretensiones formuladas en contra del señor Materón.⁹⁷

F. Jaime Cano Fernández

El señor Cano Fernández ha sido miembro principal de la junta directiva de Gyptec S.A. desde el 12 de junio de 2009 (vid. Folios 110, 195, 198, 208). Aunque en la contabilidad de Gyptec S.A. no aparecen giros cuestionables a favor del señor Cano Fernández, aquella compañía sí celebró negocios jurídicos con sociedades vinculadas al referido demandado, vale decir, Negozia S.A.S.⁹⁸ e Higuera Latam S.A.S.⁹⁹. El Despacho pudo establecer que el señor Cano Fernández es accionista, miembro de la junta directiva y representante legal de Negozia S.A.S. (vid. Folio 5346) y representante legal principal de Higuera Latam S.A.S. (vid. Folio 1163).

Así las cosas, a la luz de las explicaciones presentadas en el capítulo V de esta sentencia, las operaciones celebradas entre Gyptec S.A. y las compañías vinculadas al señor Cano Fernández le representaron a este último un conflicto de interés. Por consiguiente, como no se encontraron registros de la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, debe concluirse que el señor Cano Fernández incumplió con el deber previsto en esa norma. Sin embargo, en vista de que Negozia S.A.S. e Higuera Latam S.A.S. no formaron parte de este proceso, el Despacho se abstendrá de emitir una condena dineraria por tales operaciones.

G. Luis Miguel García Peláez

El señor García Peláez es miembro principal de la junta directiva de Gyptec S.A. desde el 2 de abril de 2012 (vid. Folio 110). Como en el curso del proceso no se acreditó que el referido demandado hubiera participado en operaciones viciadas por conflicto de interés, el Despacho desestimaré todas las pretensiones formuladas en su contra.

H. José Mauricio Rodríguez Morales

El señor Rodríguez Morales ha sido miembro principal de la junta directiva de Gyptec S.A. desde el 12 de junio de 2009 (vid. Folios 110, 195, 198, 208). Aunque en la contabilidad de Gyptec S.A. no aparecen giros cuestionables a favor del señor Rodríguez Morales, la compañía sí celebró negocios jurídicos con Cosenit S.A., una sociedad en la que el referido demandado ostenta la calidad de miembro de la junta directiva y representante legal principal (vid. Folio 5344). En consecuencia, a la luz de las explicaciones presentadas en el capítulo V de esta sentencia, las operaciones celebradas entre Gyptec S.A. y Cosenit S.A. le representaron al señor Rodríguez Morales un conflicto de interés. Por consiguiente, como no se encontraron registros de la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, debe concluirse que el señor Rodríguez Morales incumplió con el deber previsto en esa

⁹⁷ Aunque el señor Materón recibió algunas sumas a título de préstamos y anticipos, tales sumas le fueron devueltas en su integridad a Gyptec (Cfr. anexos A1, C12-5 y C12-1.1 del dictamen pericial de Price Waterhouse Coopers. Anexo L84 de las aclaraciones al dictamen).

⁹⁸ Según el dictamen del perito financiero, Negozia S.A.S. prestó servicios de asesoría financiera a Gyptec S.A., por cuya virtud recibió el pago de honorarios por \$76.439.127.

⁹⁹ Según el dictamen del perito financiero, Higuera Latam S.A.S. recibió pagos por concepto de préstamos por valor de \$204.547.315.

norma. Sin embargo, en vista de que Cosenit S.A. no formó parte de este proceso, el Despacho se abstendrá de emitir una condena dineraria por tales operaciones.

I. Carlos Alberto Campos Murcia, Edduar Leonardo Flórez Bohórquez, Luis Fernando Amaya Mateus y Raquel Castillo

El Despacho desestimaré todas las pretensiones formuladas en contra de los contadores y revisores fiscales de Gyptec S.A. Ello se debe, en primer lugar, a que no se probó que tales sujetos hubieran participado, en calidad de terceros, en las operaciones viciadas por conflicto de interés a que se ha hecho referencia. En segundo lugar, las pruebas disponibles no dan cuenta de violaciones que pudieran llevar al Despacho a censurar la conducta de tales demandados, a la luz de las facultades jurisdiccionales de esta Superintendencia delimitadas en el Código General del Proceso y las Leyes 446 de 1998, 1116 de 2006, 1258 de 2008, 1429 de 2010 y 1450 de 2011. En tercer lugar, por razones que ya fueron expuestas, el señor Hakim Daccach no estaría legitimado para representar a Gyptec S.A. en procesos judiciales iniciados en contra de Carlos Alberto Campos Murcia, Edduar Leonardo Flórez Bohórquez, Luis Fernando Amaya Mateus y Raquel Castillo.

2. Acerca de las sumas que Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Dow deberán restituirle a Gyptec S.A.

A. Jorge Hakim Tawil

Una vez consultado el registro depurado de operaciones descrito en el Capítulo VI de esta sentencia, el Despacho pudo establecer que el señor Hakim Tawil recibió préstamos y anticipos por un valor de \$2.679.718.314 entre los años 2009 y 2014. En la tabla n.º 2 se presenta un resumen de las aludidas transferencias dinerarias.

TABLA N.º 2

Préstamos y anticipos a favor de Jorge Hakim Tawil		
Año	Concepto	Monto
2009	Otros préstamos	\$376.100
	Pago de cánones de arrendamiento y de servicios públicos	\$2.967.010
	Pago de impuesto de vehículos	\$15.466.000
	Reclasificaciones y ajustes de cuenta	\$39.711.860
2010	Anticipo giro Manuel Alberto Morales Támara	\$40.000.000
	Compra computador Sony, Jorge Hakim Tawil	\$6.311.996
	Consumos Club El Nogal	\$2.777.050
	Otros préstamos	\$9.293.571
	Pago a firma de abogados Quijano & Ennis P.C.	\$233.241.521
	Pago de cánones de arrendamiento y de servicios públicos	\$1.863.370
	Pago de impuestos y revisiones técnico-mecánicas	\$6.718.000
	Pintura de velero	\$2.280.000
	Reclasificaciones y ajustes de cuenta	\$26.984.451
	Tarjetas de Crédito	\$9.896.257
	Compra SOAT	\$293.600
	CANC TC 4764	\$267.741
	Anticipo pago impuestos vehículos	\$2.582.000
	Anticipo pago Bancolombia	\$1.895.405
	Anticipo FTI Consulting Colombia S.A.S.	\$3.890.200
	Anticipo arriendo julio-agosto Nohora Hakim	\$3.000.000



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

30/35

Sentencia

Artículo 24 del Código General del Proceso
Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros

2011	Anticipo Manuel Alberto Morales Támara	\$20.000.000
	Compra de vidrios para lancha	\$837.100
	Consumos Club El Nogal	\$10.835.032
	Descuento de nómina, meses enero a mayo	\$6.000.000
	Gastos asociados a tribunales de arbitramento	\$61.092.707
	Otros préstamos	\$11.163.300
	Pago de cánones de arrendamiento y de servicios públicos	\$12.409.944
	Pago de impuestos	\$1.051.000
	Préstamos autorizados por Jorge Hakim Tawil	\$395.981.104
	Reembolso de gastos asociados a tribunales de arbitramento	\$53.263.516
	Reversiones, reclasificaciones y cruces de cuentas	\$33.335.800
	Tarjetas de crédito	\$28.918.041
	Anticipos autorizados	\$500.000
	Anticipo pago tarjeta de crédito Colpatria	\$8.890.000
2012	Anticipos y préstamos autorizados por Jorge Hakim Tawil	\$187.424.547
	Causación de intereses	\$67.374.257
	Otros préstamos	7.587.156
	Consumos Club El Nogal	\$4.899.419
	Costas proceso Tribunal Superior	\$3.333.333
	Pago de cánones de arrendamiento y de servicios públicos	\$12.000.000
	Reclasificaciones	\$9.727.457
	Tarjetas de Crédito	\$18.438.294
	Anticipos autorizados	\$186.411.507
	Préstamos autorizados	\$206.955.704
2013	Consumos generales Club El Nogal	\$4.518.455
	Préstamos autorizados JHT	\$304.325.155
	Reclasificaciones	\$16.604.547
	Tarjetas de crédito	\$24.020.540
	Anticipos	\$3.858.232
	Impuestos y gastos vehículos	\$1.009.000
	Pago servicios de terceros	\$1.323.346
	Comparendos	\$294.800
	Gastos proyecto Alex Hakim	\$220.000
	Provisión de intereses presuntos 7,07%	\$167.652.431
2014	Otros	\$6.363.344
	Consumos generales Club El Nogal	\$4.793.508
	Préstamos autorizados JHT	\$52.593.243
	Reclasificaciones	\$6.870.886
	Tarjetas de crédito	\$37.953.987
	Anticipos	\$76.553.092
	Pago servicios de familiares o terceros	\$817.777
	Pago servicios públicos Jorge Hakim	\$126.396
	Provisión de intereses presuntos 7,07%	\$208.317.680
	Masajes Club El Nogal	\$94.000
2015	Otros	\$136.919
	Préstamos autorizados JHT	\$1.542.225

Reclasificaciones	\$1.263.991
Tarjetas de crédito	\$ 219.411
TOTAL	\$2.679.718.314

Ahora bien, para calcular las sumas que el señor Hakim Tawil deberá restituírle a Gyptec S.A., es preciso tomar en consideración las reducciones en las cuentas de préstamos y anticipos detectadas por el perito financiero designado por el Despacho, según la siguiente tabla.

TABLA N.º 3

Disminución de las cuentas de préstamos y anticipos	
Concepto	Valor
Anulaciones	\$208.056.942
Cruces	\$136.360.632
Gastos	\$52.038.382
Ingresos en bancos	\$822.156.322
Reclasificaciones	\$480.140.383
Total	\$1.698.752.661

Así las cosas, por virtud de la decisión que habrá de proferir el Despacho, el señor Hakim Tawil deberá restituírle a Gyptec S.A. la suma de \$980.965.653. Con esta orden se le dará cumplimiento a lo previsto en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 en el sentido de restituír 'las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada'.

B. Alejandro Hakim Dow

De las pruebas consultadas por el Despacho, resumidas en la tabla n.º 4, se puede evidenciar que el señor Hakim Dow obtuvo, entre 2009 y 2014, anticipos y préstamos de Gyptec S.A. por valor de \$2.627.790.782.¹⁰⁰

TABLA N.º 4

Préstamos y anticipos a favor de Alejandro Hakim Dow		
Año	Concepto	Monto
2009	Anticipos otorgados por instrucción de Jorge Hakim	\$6.169.008
	Anticipos sobre facturas	\$144.990.032
	Anticipos - reclasificaciones	\$15.000.000
2010	Pago de servicios públicos, registrados como anticipos	\$35.961.675
	Otros anticipos	\$176.842.281
	Giro de cheques, registrados como anticipos	\$120.000.000
	Pago de impuestos y revisiones registrado como anticipo	\$23.710.180
2011	Anticipos otorgados por instrucción de Jorge Hakim	\$226.728.717
	Pago de servicios públicos, registrados como anticipos	\$9.270.125
	Giro de cheques, registrados como anticipos	\$69.360.000
	Otros anticipos	\$45.300.000

¹⁰⁰ Este valor no incluye una reclasificación efectuada el 23 de agosto de 2013 mediante la cual la suma de \$1.438.232.850 pasó de la cuenta de anticipos a la de préstamos otorgados al señor Hakim Dow. Sin embargo, la reclasificación no modificó el monto recibido por el demandado. De esta situación dio cuenta Raquel Castillo en su testimonio al explicar que 'el asesor de ese momento en NIIF, dijo que [Alejandro Hakim Dow] no era proveedor y que debíamos reclasificarlo a la cuenta de otras cuentas por cobrar' (Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 2 de diciembre de 2015, minuto 33:34 a 36:14, vid. Folio 5901).

	Pago de impuestos y revisiones registrado como anticipo	\$1.342.000
2012	Anticipos otorgados por instrucción de Jorge Hakim	\$519.634.554
	Pago de servicios públicos, registrados como anticipos	\$1.414.820
	Pago de impuestos y revisiones registrado como anticipo	\$7.613.000
	Otros anticipos	\$360.000
	Intereses sobre anticipos	\$68.722.612
	Anticipos - reclasificaciones	\$126.440.079
	Pago de servicios públicos registrado como préstamo	\$666.207
	Préstamos - reclasificaciones	\$125.893.000
2013	Anticipos - Reclasificaciones	\$201.438.131
	Anticipos otorgados por instrucción de Jorge Hakim	\$139.088.946
	Intereses sobre préstamos	\$120.797.200
	Pago de impuestos y revisiones registrado como anticipo	\$1.258.000
	Préstamos otorgados por instrucción de Jorge Hakim	\$217.269.650
2014	Intereses sobre préstamos	\$151.540.921
	Préstamos otorgados por instrucción de Jorge Hakim	\$66.783.370
	Préstamos - reclasificaciones	\$237.035
	Pago de servicios públicos registrado como préstamo	\$3.959.239
Sumas recibidas por Alejandro Hakim Dow		\$2.627.790.782

Sin embargo, para calcular las sumas que el señor Hakim Dow deberá restituirle a Gyptec S.A., es tener en cuenta las reducciones en las cuentas de préstamos y anticipos detectadas por el perito financiero designado por el Despacho,¹⁰¹ según la tabla que se presenta a continuación:

TABLA N.º 5	
Disminución de las cuentas de préstamos y anticipos	
Concepto	Valor
Anulaciones	\$ 46.498.339
Cruces	\$ 432.876.403
Ingresos en bancos	\$8.040
Reclasificaciones	\$446.727.492
Total	\$926.110.174

Así las cosas, por virtud de la decisión que habrá de proferir el Despacho, el señor Hakim Dow deberá restituirle a Gyptec S.A. la suma de \$1.701.680.608. Con esta orden se le dará cumplimiento a lo previsto en el citado artículo 5 del Decreto 1925 de 2009.

3. Acerca de las demás excepciones propuestas por los demandados

Se acogerán las excepciones identificadas con los títulos ‘no haber realizado las conductas a las que se refieren los hechos de la demanda’, ‘no haber recibido a cargo del patrimonio de Gyptec S.A. las sumas de dinero a las que se refiere la demanda’, ‘inexistencia de presupuestos que ameriten la remoción del demandado y su inhabilidad’, ‘no haber actuado como administrador’, ‘no haber realizado las conductas a las que se refieren los hechos de la demanda’, ‘haber cumplido con sus deberes y responsabilidades como revisor fiscal y no haber desviado recursos’, ‘ni permitido su desviación’, así como las estudiadas en el capítulo anterior y todas las formuladas por Raquel Castillo.

¹⁰¹ Cfr. Anexos A1, C12-5 y C12-1.1 del dictamen preparado por el perito financiero y L84 de las aclaraciones al dictamen.

Por lo demás, el Despacho considera necesario efectuar algunas precisiones sobre la inhabilidad para ejercer el comercio solicitada por Carlos Hakim Daccach. Aunque el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 faculta al juez para inhabilitar a los administradores que hubieren violado el régimen de conflictos de interés, esta sanción no procede en forma automática. En verdad, el juez deberá estudiar cada caso en particular a fin de establecer si se justifica imponer la inhabilidad a que se ha hecho referencia. Para tal efecto, se ha dicho que esta sanción es procedente para la 'guarda de ciertos intereses generales, como la seguridad de los terceros'.¹⁰² En este orden de ideas, aunque algunos de los demandados infringieron la regla del numeral 7 del artículo 23 en sus tratos con Gyptec S.A., el Despacho no ha encontrado motivo alguno para concluir que las conductas examinadas en este proceso ameriten imponer la drástica sanción estudiada.

4. Sanciones procesales y costas

Para cumplir con la exigencia del artículo 206 del Código General del Proceso, Carlos Hakim Daccach estimó que el valor de sus pretensiones ascendía a \$11.723.861.153. En este orden de ideas, los demandados le han solicitado a este Despacho que se impongan las sanciones consagradas en el citado artículo 206, a cuyo tenor 'si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a [...] una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada' y 'también habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo [...] en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios'.

Revisadas las pruebas disponibles, el Despacho considera que no se han cumplido los presupuestos previstos en el artículo 206 del Código General del Proceso para que se impongan las sanciones pecuniarias en comento. Según el tenor literal de la norma estudiada, tales condenas son procedentes cuando no se prueben los perjuicios solicitados con la demanda. En el presente caso, sin embargo, la desestimación de una buena parte de las pretensiones de Carlos Hakim Daccach está basada en la carencia de legitimación para solicitar perjuicios en nombre de Gyptec S.A., así como en el hecho de que varias personas naturales y jurídicas vinculadas a los demandados no formaron parte de este proceso. Así pues, tal y como se expresó en un reciente laudo arbitral emitido en el foro que administra la Cámara de Comercio de Bogotá 'si se niegan las pretensiones por causa distinta a la ausencia de prueba del perjuicio, no procede sanción, pues tal supuesto no se encuentra regulado en el inciso 4º ni en el parágrafo del artículo 206 [...] y las normas sancionatorias son de aplicación restrictiva'.¹⁰³

Ahora bien, en vista de que no han prosperado todas las pretensiones de la demanda y se han acogido diversas excepciones, el Despacho proferirá una condena parcial en costas, en los términos de los numerales 6 y 7 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. Así, luego de estudiar las circunstancias fácticas

¹⁰² Comisión Revisora del Código de Comercio, Exposición de Motivos del Libro Primero (1958, Bogotá, s.e.) 23 a 24.

¹⁰³ Cfr. Laudo de Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A. contra Agencia Nacional de Infraestructura Ani (13 de enero de 2016, Cámara de Comercio de Bogotá). No debe perderse de vista que la tasación anticipada de perjuicios que hizo el señor Hakim Daccach estuvo basada en un extenso acervo probatorio, aportado con la demanda, en el que se incluyó un dictamen financiero. Además, durante el curso del presente proceso, los apoderados del demandante emprendieron una juiciosa actividad probatoria para demostrar la existencia de los perjuicios precitados. En este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que '[la] sanción por falta de demostración de los perjuicios no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado' (sentencia n.º C-157 de 2013). Por lo demás, según las apreciaciones del perito financiero designado por el Despacho, los perjuicios derivados de las actuaciones cuestionadas en este proceso bien podrían haber alcanzado la proporción contemplada en el artículo 206 del Código General del Proceso para exonerar al demandante de las sanciones allí previstas.

y jurídicas planteadas durante el largo curso de este proceso, el Despacho considera apropiado efectuar la siguiente distribución porcentual de costas y agencias en derecho:

TABLA N.º 6

Costas	
Parte	Proporción
Carlos Hakim Daccach	50%
Jorge Hakim Tawil	50%

En los términos del Acuerdo 1887 de 2003, la liquidación de costas incluirá, a título de agencias en derecho, la suma de dos salarios mínimos a favor de Carlos Hakim Daccach y a cargo de Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Dow. Por su parte, Carlos Hakim Daccach será condenado al pago de agencias en derecho equivalentes a dos salarios mínimos a favor de cada uno de los siguientes demandados:

TABLA N.º 7

Agencias en derecho	
Demandado	Agencias
Angélica Patricia de la Torre Gómez	2 smmlv
Daniel Alfredo Materón Osorio	2 smmlv
Luis Miguel García Peláez	2 smmlv
Carlos Alberto Campos Murcia	2 smmlv
Edduar Leonardo Flórez Bohorquez	2 smmlv
Luis Fernando Amaya Mateus	2 smmlv
Raquel Castillo González	2 smmlv
Total	14 smmlv

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 Jorge Hakim Tawil, Alejandro Hakim Dow, José Alejandro Samper Carreño, Jaime Cano Fernández y José Mauricio Rodríguez Morales incumplieron los deberes a su cargo como administradores de Gyptec S.A., al participar en operaciones viciadas por conflictos de interés sin contar con la autorización exigida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Segundo. Declarar la nulidad absoluta de todos los actos y contratos por cuya virtud Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Dow recibieron, de parte de Gyptec S.A., cuantiosas sumas a título de préstamos y anticipos, según el contenido de las tablas presentadas en el capítulo VII de esta sentencia.

Tercero. Por virtud de lo anterior, ordenarles a Jorge Hakim Tawil y Alejandro Hakim Dow que le paguen a Gyptec S.A. las sumas de \$980.965.653 y \$1.701.680.608, respectivamente, junto con los intereses que correspondan hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo de estas obligaciones.

Cuarto. Desestimar las demás pretensiones formuladas contra Jorge Hakim Tawil, Alejandro Hakim Dow, José Alejandro Samper Carreño, Jaime Cano Fernández y José Mauricio Rodríguez Morales.

Quinto. Desestimar todas las pretensiones formuladas contra Angélica Patricia de la Torre Gómez, Luis Miguel García Peláez, Daniel Alfredo Materón Osorio, Carlos Alberto Campos Murcia, Edduar Leonardo Flórez Bohórquez, Luis Fernando Amaya Mateus y Raquel Castillo González.

Sexto. Declarar que prosperan las excepciones descritas en los Capítulos VI y VII de esta sentencia.

Séptimo. Efectuar las condenas en costas y agencias en derecho descritas las tablas presentadas en el Capítulo VII de esta sentencia.

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

El Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

José Miguel Mendoza

Nit: 830.144.340 Código Dep: 800
Exp: 55580 Trámite: 170001
Rad: 2014-01-149121 Cod F: M6866