



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC1066-2021

Radicación n° 23001-31-03-002-2016-00219-01

(Aprobada en sesión virtual de once de febrero de dos mil veintiuno)

Bogotá D.C., cinco (5) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por William Salleg Taboada, frente a la sentencia de 5 de marzo de 2018, proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en el proceso verbal que el recurrente enfiló contra María Victoria Salleg de Jaller, Ramón, Daniel y Luis Fernando Jaller Salleg, al que se llamó en garantía a Liberty Seguros S.A.

I.- EL LITIGIO

1.- El accionante pidió declarar que los convocados son civilmente responsables por abuso del derecho al actuar de mala fe, con culpa grave y temeridad, en el proceso que le promovieron ante la Superintendencia de Sociedades y

condenarlos a pagarle solidariamente \$600'000.000 por daño emergente y \$50'000.000 por lucro cesante, más los perjuicios morales ocasionados.

Narró que María Victoria Salleg de Jaller, Ramón, Daniel y Luis Fernando Jaller Salleg instauraron demanda de nulidad ante la Supersociedades en procura de invalidar la cesión de 241.542 acciones hecha por Enrique Salleg Taboada a William Salleg Taboada, cancelar su inscripción en el libro de registro de accionistas y declarar al cedente responsable de los daños ocasionados, con el pretexto de que ese acto vulneró el artículo 404 del Código de Comercio ya que aquel era miembro de la Junta Directiva de la Clínica Montería S.A., y quebrantó el derecho de preferencia dado que tenían interés en adquirir esa participación.

En ese certamen se decretó el embargo de las 241.542 acciones, de lo cual se informó a la Clínica Montería S.A., el 12 de junio de 2014 y aunque William Salleg Taboada, que fue el cesionario, recurrió esa decisión y ofreció caución para lograr su levantamiento, no tuvo éxito. Además, en fallo de 27 de febrero de 2015, la Supersociedades negó las súplicas, canceló las cautelas y remitió copias a la Fiscalía para investigar a los accionantes por posible fraude procesal y falsedad en documento privado.

Iniciaron esa acción, a pesar de saber que cuando se hizo el negocio Enrique Salleg Taboada, que fue el cedente, no integraba la junta directiva de la Clínica Montería S.A., ya que en la Resolución n° 1081 de 2009 la Supersalud la

intervino y removió a sus directivos; asimismo, desbordaron los límites de la acción y afectaron los derechos del cesionario, pues dejaron de lado el concepto No. 2-2011-063521 de 20 de septiembre de 2011 en el que la Supersalud ratificó la separación del cargo a los directivos de la Clínica Montería, entre ellos Enrique Salleg Taboada.

De manera dolosa intentaron desconocer su negligencia al no haber ejercido en tiempo el derecho de preferencia, lo que revela temeridad y mala fe porque instaron una medida cautelar sobre el patrimonio de William Salleg Taboada y así le impidieron disponer de los bienes afectados, obligándolo a contratar un abogado para defenderse y pagarle \$600'000.000, fuera de que sufrió congoja y fue visto como un empresario incumplido, a pesar de ser honesto y gozar de buena reputación en el Departamento de Córdoba.

2.- Ramón Jaller Salleg alegó *«[i]nexistencia del nexo causal por abuso del derecho»* y *«[a]usencia de culpa»*; además, llamó en garantía a Liberty Seguros S.A., quien planteó *«[i]nexistencia de abuso del derecho», «[i]nexistencia de culpa grave», «[i]nexistencia de temeridad y mala fe», «[e]nriquecimiento sin justa causa», «[n]o cobertura de responsabilidad por abuso del derecho, culpa grave y temeridad o mala fe»* y *«[c]oncurrencia de la suma asegurada y límite de responsabilidad de la aseguradora»* (fls. 55 a 66; 124 a 126; 193 y 244 a 256 c. 1).

María Victoria Salleg de Jaller, Daniel y Luis Fernando Jaller Salleg se opusieron a las súplicas (fls. 199 a 217 c. 1).

3.- El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Montería, en sentencia de 24 de agosto de 2017, declaró la excepción de «*inexistencia de abuso del derecho*» alegada por la llamada en garantía, negó las pretensiones y condenó en costas al accionante (fls. 344 a 356 cno. 1).

4.- El *ad quem*, al desatar la alzada propuesta por el pretensor, confirmó esa decisión (fls. 10 a 13 cno. 2).

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

La acción de abuso del derecho es extracontractual y el factor de imputación cualificado, ya que se debe probar que el causante del daño obró con mala fe o temeridad en contravención a lo dispuesto en los artículos 78 a 81 del CGP.

El impulsor no demostró que sus oponentes incurrieron en alguna de esas conductas porque la documental en la que consta que instauraron una demanda de nulidad impide establecer su mala fe o temeridad, máxime cuando estos tenían interés en discutir el acto que buscaron invalidar, sin que la sola revocatoria de las medidas cautelares tenga la virtualidad de probar el actuar torticero a ellos atribuido, ya que fueron decretadas porque el juzgador halló apariencia de buen derecho; además, debía probarse que esos postulantes obraron de forma desbordada o maliciosa, lo que tampoco salió a relucir, sobre todo porque en ese juicio no se alegó ni discutió tal comportamiento, circunstancia que impedía al fallador pronunciarse al respecto.

Como en ese pleito se debatió lo referente al derecho de preferencia de los socios frente a la oferta de venta de acciones que uno de ellos hizo, cada extremo tenía unas expectativas legítimas de probar los supuestos fácticos expuestos, lo que impide colegir que la parte vencida obró de forma maliciosa o temeraria, máxime cuando ni allá y tampoco en este pleito se probó que el documento de aceptación de la oferta es falso, sin que la compulsión de copias que en ese juicio se ordenó permita arribar a ese colofón.

La confesión *ficta* derivada de la inasistencia de María Victoria Salleg de Jaller a la audiencia en que iba a ser interrogada y el testimonio de terceros que de esa conducta emergió frente a los demás demandados resultan desvirtuados con las pruebas practicadas, que no evidencian el actuar doloso de los convocados.

DEMANDA DE CASACIÓN

El promotor recurrió en casación y plantea un cargo por la segunda causal del artículo 336 del Código General del Proceso, específicamente por error de hecho, que será despachado con base en la referida compilación al estar vigente cuando se interpuso la opugnación (9 mar. 2018).

CARGO ÚNICO

Alega la violación indirecta de los artículos 830 del Código de Comercio; 95 numeral 1° de la Constitución Política; 1612, 1613 y 1615 *in fine* del Código Civil; 78

numeral 2° y 80 del Código General del Proceso, que fueron inaplicados, como consecuencia de errores de hecho en la valoración de las pruebas.

En síntesis, aduce que el tribunal:

1.- Tergiversó el fallo de 27 de febrero de 2015, en el que la Supersociedades constató que *«mucho antes de que se celebrara la cesión controvertida en este proceso ya existía claridad acerca de la remoción de los miembros de la junta directiva por razón de la intervención de que fue objeto la clínica mencionada»*, ya que, según el artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, *«la toma de posesión conlleva la separación de los administradores y directores de la administración»*, lo que reiteró cuando resaltó que el interventor de esa sociedad, Álvaro Correa Rivera, fue enfático en advertir que los directores de la Clínica Montería S.A., cesaron en sus funciones desde que fue intervenida, lo que significa que cuando se hizo la cesión, el cedente no hacía parte del órgano directivo de esa persona jurídica.

Fruto de ese error no vio que desde 2009, cuando se intervino a esa Clínica, finalizaron las funciones de su junta directiva y que los socios tenían que saberlo, pues el proceso de nulidad comenzó 4 años después y en esa época se hizo la cesión, sobre todo porque era una empresa familiar que les generaba ingresos, de ahí que conocían su situación.

Se equivocó, por tanto, el tribunal cuando supuso que los promotores de la acción de nulidad no sabían cuál era la

situación de la sociedad de la que hacían parte y que estos buscaban adquirir unas acciones cuyo valor rondaba los \$30.000'000.000 sin conocer los detalles de la empresa, lo que es ilógico, por lo que debía inferirse que sabían de la intervención y toma de posesión, lo cual hizo que su dirección quedara a cargo del ente de vigilancia y conllevó la separación de los órganos de administración; además, si sabían los detalles del negocio, significa que estaban informados que ese ente era dirigido por el Estado y no por los accionistas.

De haber valorado bien esa sentencia, habría visto que existía una conducta contradictoria y sospechosa de fraude, así como dolosa y perversa de los promotores de esa acción, quienes, por una parte, querían adquirir las acciones de Enrique Salleg Taboada y, por la otra, lo veían como miembro de la junta directiva, lo cual revela su actuar temerario al pretender comprar unas acciones en un negocio que, según su pretensión, era nulo.

Pasó por alto la inferencia de la Supersociedades, quien constató que, según el artículo 14 de los estatutos de la Clínica Montería, los socios tenían 30 días comunes a partir del aviso para ejercer el derecho de preferencia, en cuyo caso debían hacérselo saber al gerente, pero expresaron su interés de forma tardía, pues, como la oferta les fue comunicada el 27 de febrero de 2013, tenían hasta el 29 de marzo de 2013 para aceptarla, pero solo lo hicieron el 30 de ese mes y año.

Si hubiese valorado correctamente esa conclusión habría constatado el desacierto de los convocados al sostener

en el juicio de nulidad que como la oferta vencía en un día feriado se extendía hasta el hábil siguiente según el artículo 829 del Código de Comercio, a pesar que el parágrafo 1° de ese precepto establece que los plazos de días se entenderán hábiles y los convencionales, comunes, aparte normativo que, de forma malintencionada, obviaron. En fin, pretirió la deducción de la Supersociedades referente a que la carta en que María Victoria Salleg de Jaller aceptó la oferta fue radicada, en verdad, el 30 de marzo de 2013 y no el 29 como se hizo constar, lo que prueba la intención dañina de esa parte al presentar un documento adulterado, con independencia de que ello hubiere configurado un delito.

2.- Tergiversó la Resolución n° 001081 de 6 de agosto de 2009 de la Supersalud, porque dejó de ver que, 4 años antes de la enajenación de las acciones, ese ente ordenó la toma de posesión e intervención forzosa administrativa de la Clínica Montería S.A., lo que aparejó la remoción de su representante legal, administradores y directores, pues era ilógico que un interventor designado para vigilarla y controlarla recibiera órdenes y directrices de su junta directiva, ya que ello implicaría dos órganos de dirección, lo que revela el error del tribunal que concluyó que *«la junta directiva había cesado en sus funciones»*. De haber valorado de forma correcta esa prueba, habría visto que los opositores faltaron a la verdad al decir que el cedente Enrique Salleg Taboada hacía parte del órgano de dirección de la Clínica.

3.- Desconoció los autos de 30 de mayo y 10 de septiembre de 2014 en los que la Supersociedades decretó el

embargo de las acciones enajenadas tras ver apariencia de buen derecho, ya que tal justificación carece del alcance que el tribunal le otorgó, pues se trató de una posición preliminar fundada en los hechos de la demanda, por lo que es equivocado y absurdo descartar la mala fe y la temeridad de quienes pidieron tal medida con sustento en que el juzgador halló *fumus boni iuris*, lo que revela el *yerro de facto* del tribunal que pasó por alto el abuso del derecho porque torció el contenido de la documental.

4.- No vio que la inasistencia de María Victoria Salleg de Jaller a absolver interrogatorio de parte configuró consecuencias adversas porque al ser litisconsorte facultativa debió ser tenida como confesa o, al menos, valorar su conducta como testimonio de tercero, pues, al ser quien firmó la carta espuria cuya presentación oportuna descartó la Supersociedades, su no comparecencia implicaba colegir que conocía los estatutos de la sociedad, la regulación del derecho de preferencia, la oferta de venta de las acciones de Enrique Salleg Taboada, que sabía que contaba con 30 días comunes para aceptarla, pero lo hizo de forma tardía, que estaba informada de que los miembros de la junta directiva de la Clínica Montería S.A., habían sido removidos por razón de su intervención administrativa, que su hermano Enrique no estaba impedido para enajenarlas y que ello se hizo según la ley, lo que pasó por alto el tribunal.

5.- Cercenó el testimonio de Daniel Felipe Taboada porque lo analizó de forma genérica y coligió que se refirió solo al trámite judicial en que fungió como apoderado de

William Salleg Taboada, a pesar que mencionó el valor de los honorarios, cómo fueron pactados y las razones por las que, en su momento, estimó que el juicio de nulidad de la cesión era infundado, así como la actuación temeraria de quienes lo promovieron porque sabían que su solicitud de aceptación de oferta había sido tardía y que el enajenante no fungía como miembro de la junta directiva de la Clínica Montería S.A.

6.- Como el accionante no buscó probar la temeridad de sus adversarios con la revocatoria de las medidas cautelares porque tal situación ocurrió a causa del fallo adverso a quienes instaron su práctica, ello derrumba el argumento que en diverso sentido dio el tribunal; además, una cosa es que en ese pleito no se haya alegado ni estudiado la temeridad ni la mala fe de quienes lo promovieron y otra, muy distinta, creer que obraron correctamente y que la falta de discusión al respecto le impide a la víctima alegar tales faltas en juicio separado, pues ello sería tanto como cercenarle el derecho de acción (fls. 6 a 19).

CONSIDERACIONES

1.- El ordenamiento legal dispensa a los coasociados diversas herramientas jurídicas para defender sus derechos subjetivos en sede jurisdiccional cuandoquiera que sean amenazados o desconocidos; sin embargo, tal poder de acción no es absoluto, irrestricto ni ilimitado, pues debe ejercerse, en cada caso, acorde con su finalidad y sin la intención de hacer daño a los demás. De ahí que ese poder de acción encuentra sus límites en el respeto de los atributos

de los demás sujetos o, mejor dicho, en la prohibición genérica impuesta a cada persona de abusar de sus derechos, so pena de tener que indemnizar los daños irrogados a terceros.

En eso consiste la teoría del abuso del derecho forjada en la jurisprudencia francesa, según lo refiere el jurista Julien Bonnecase, quien en su obra de Derecho Civil¹ alude a varias sentencias en las que se abordó tal institución.

La primera de ellas, de 10 de noviembre de 1808, proferida por la Corte de Apelaciones de Metz, en la que resolvió un litigio contra el dueño de un taller que incomodaba a sus vecinos con «*evaporaciones desagradables e insalubres*» y concluyó que «*a todos se permite disponer de su propiedad como mejor les plazca, pero sin perjudicar a tercera persona*» y que era indudable «*que el establecimiento del apelante, tal como se encuentra, perjudica gravemente a su contraparte, como se comprueba por el dictamen pericial y por las corroboraciones que hicieron el Tribunal de Primera Instancia y el Alcalde de Mezieres*», por lo que le ordenó adoptar las medidas sugeridas por los peritos para hacer cesar los inconvenientes .

También aparece allí la sentencia de 16 de agosto de 1820 en la que esa misma Corte desató el pleito propuesto contra el dueño de un horno (Sebastián Mercy) construido

¹ Bonnecase, Julien. Elementos de Derecho Civil. Tomo II, Puebla, Caijca, 1945, pág. 322.

sin las condiciones que le imponía la costumbre y que al funcionar incomodaba a los vecinos. En esa ocasión, ese alto tribunal, dijo que las personas *«solo pueden usar sus propiedades respetando las de su vecino; que siendo sus respectivos derechos iguales, el de cada uno de ellos necesariamente debe conciliarse con el de los demás; que sería contra toda justicia que un propietario, por lo demás no sujeto a una servidumbre, fuese al mismo tiempo molestado y sujeto en su propiedad, por el uso que a su vecino le hubiese gustado hacer de la suya»*.

Sobresale, igualmente, una sentencia de 1861, en la que la Corte de Apelación de Colmar en el caso Grosheintz, encontró que la limpia realizada en la propiedad Ochs, contigua al jardín de Grosheintz, a una profundidad de 13 metros en algunos puntos, generó el hundimiento considerable del suelo del primero, a quien le causó un daño real más o menos importante, por lo que halló al segundo responsable con estribo en que *«si es verdad que el propietario es dueño absoluto de las cosas que le pertenecen, y que es libre para modificarlas, desnaturalizarlas y aun destruirlas»*, también lo es que *«en relación a los terceros, al ejercicio de este derecho corresponde la obligación de tomar todas las medidas necesarias, para no perjudicar a los vecinos»*.

Precisó también que *«quien desee realizar trabajos en un predio que le pertenezca, contiguo al de su vecino, debe tomar todas las precauciones que las circunstancias exijan, para evitarle todo daño»*, ya que *«para incurrir en responsabilidad no le bastaría conformarse a las reglas ordinarias del arte, si*

en razón de la naturaleza particular del suelo en el cual deben ejecutarse, era necesario tomar medidas especiales o precauciones excepcionales para evitar el daño».

Sobre esa corriente liberal se erigió el pensamiento del Tribunal Supremo de España en torno a la teoría del abuso del derecho, toda vez que en sentencia de 13 de junio de 1942 (RJ 1942/767) aplicó la máxima *qui iure suo utitur, nemini iniuri am facit* (el que ejerce su derecho no hace daño a nadie) y así comenzó a moldear esa institución, que adquirió carta de naturaleza propia en el Código Civil de 1974 (art. 7.2.).

En el ámbito nacional, tal figura hizo su entrada en la jurisprudencia del siglo pasado que desarrolló el principio romano de GAYO, conocido como *male enim nostro jure uti non debemus* (no debemos usar mal de nuestro derecho) y ha sido reiterada en múltiples decisiones²; empero, solo se reguló en el Código de Comercio de 1971, cuyo artículo 830 dispuso que «[e]l que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause» y, posteriormente, se constitucionalizó en la Carta Política de 1991 (art. 95).

2 CSJ. 30 oct. 1935. G.J. t XLIII No. 1907-1908, pág. 310 a 316; 5 ago. 1937, G.J. XLV No. 1927, pág. 418 a 422; 21 feb. 1938, G.J. t. XLVI. No. 1933, pág. 56 a 63; 24 ago. 1938. t. XLVII. No. 1940, pág. 54 a 60; 24 mar. 1939. G.J. t. XLVII. No. 1940, pág. 742 a 748; 28 sept. 1953. G.J. t. LXXVI. No. 2134, pág. 407 a 416; 30 jun. 1955 G.J. t. LXXX. No. 2154, pág. 485 a 491; 5 abr. 1962 G.J. t. XCVIII. No. 2251 a 2252, pág. 341 a 344; 27 may. 1964. G.J. t. CVII. No. 2272, pág. 231 a 237; 21 nov. 1969. G.J. t. 2318, 2319 y 2320, pág. 157 a 180; 11 oct. 1973. G.J. t. CXLVII. No. 2372-2377, pág. 79 a 86; 13 oct. 1988. G.J. t. CXCII. No. 2341, pág. 203 a 209; 12 jul. 1993 (S-101); 2 dic. 1993, rad. 4159; 2 ago. 1995, rad. 4159; 13 ago. 1996, rad. 4570; 8 oct. 1997, rad. 4818; 6 feb. 1998, rad. 5007; 17 sept. 1998, rad. 5096; 27 nov. 1998, rad. 4909; 23 jun. 2000, rad. 5464; 9 ago. 2000, rad. 5372; 14 feb. 2001, rad. 5976; 1 abr. 2003, rad. 6499; 22 oct. 2003, rad. 7451; 30 jun. 2004, rad. 7130; 24 ene. 2005, rad. 2131; 27 ene. 2005, rad. 7653; 2 feb. 2005, rad. 0464; 30 jun. 2005, rad. 0040; 14 mar. 2006, rad. 1996-13977-01; 16 sep. 2010, rad. 2005-00590-01; 1 nov. 2013, rad. 1994-26630; SC11770-2016; SC3840-2020 y SC3930-2020, entre otras.

Así se recordó en CSJ SC 1 nov. 2013, rad. 1994-26630-01, cuando se expuso:

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

Por consiguiente, no es que el sistema jurídico le restrinja al sujeto *iuris* el legítimo ejercicio de sus prerrogativas porque se lo garantiza a plenitud, solo que impide abusar o exceder, de cualquier forma, del marco de legalidad que las rige. Es así como el artículo 95 de la Constitución Política contempla, en su numeral primero, la obligación que tienen los habitantes de «[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios», lo cual evidencia que los derechos subjetivos no son absolutos, sino relativos y su ejercicio debe hacerse con miramiento al fin social para el cual fueron creados por el sistema jurídico y dentro del ámbito y límites que él consagra. Queda claro, entonces, que, a la luz del ordenamiento positivo, los derechos subjetivos tienen restricciones, por lo que deben ser utilizados por su titular de acuerdo con su finalidad y sin la intención de dañar a los demás, pues de hacerlo con este último propósito el responsable debe resarcir los daños que ocasione a terceros.

2.- Del abuso del derecho a litigar:

Toda persona tiene derecho a acceder al sistema de justicia. Así lo prevé la Carta Política de 1991 en su artículo 229. Por ende, activar ese servicio público y esencial no genera *per se* ninguna responsabilidad ni débito indemnizatorio. Solo, excepcionalmente, cuando se hace con temeridad, mala fe, negligencia o intención dañina, el afectado puede, ahí sí, buscar la forma de ser desagraviado mediante la condigna reparación de los daños irrogados.

Empero, como en tal caso no hay vínculo material entre el ofensor y la víctima, la controversia debe resolverse en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, bajo el sistema de la culpa probada establecido en el artículo 2341 del Código Civil, que, para el caso, es cualificada, por lo que el reclamante debe demostrar:

(...) una conducta humana antijurídica, en este caso, el adelantamiento de un proceso o la realización de un acto procesal particular en forma desviada de su finalidad; un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, que en la referida hipótesis, como viene de explicarse, solamente puede consistir en la temeridad o mala fe; un daño o perjuicio, es decir, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad; y, finalmente, una relación o nexo de causalidad entre el comportamiento de aquel a quien se imputa la responsabilidad y el daño sufrido por el afectado (SC, 1° nov. 2013, rad. n.° 1994-26630-01).

La jurisprudencia ha identificado diversas situaciones constitutivas del abuso del derecho a litigar o de las vías legales, entre ellas, interposición de una acción temeraria basada en el albur del proceso y sin consideración al derecho

en discusión (CSJ. SC. 30 oct. 1935), CSJ SC 10 may. 1941. G.J. LI, pág. 283 a 291 y CSJ SC, 28 sep. 1953, entre otras); la formulación de una denuncia penal sin fundamento (CSJ SC. 21 nov. 1969 G.J. CXXXII, pág. 156-180); el desistimiento de un proceso inesperadamente para evitar un inminente fallo adverso que diere la victoria a la contraparte (*ídem*); y la promoción de un compulsivo sin fundamento ni respaldo (CSJ SC, 15 dic. 2009, rad. 2006-00161-01).

En el primero de esos fallos, la Corte precisó que:

La existencia de un Código de Procedimiento Civil para regular el modo como deben ventilarse y resolverse las transgresiones del derecho entre los particulares (art. 194), significa que éstos pueden recurrir lícitamente a ese medio con que la sociedad ha querido sustituir el derecho a la fuerza. El mismo código, al regular el ejercicio judicial de los derechos, va determinando la extensión que puede hacerse de las acciones tendientes a perseguir o defender un derecho. Y mientras el que recurre a él se mantenga dentro de los límites útiles y conducentes, hace uso de su derecho y a nadie daña. Pero el uso anormal, malintencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen esas leyes rituarias para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho a litigar y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituyen un caso de culpa civil.

Lo propio reiteró en CSJ SC, 14 feb. 2005, exp. n.º 12073, donde destacó que «*el ejercicio abusivo del derecho a litigar es un fenómeno que puede configurar la responsabilidad civil extracontractual de quien acude a la jurisdicción de manera negligente, temeraria o maliciosa para obtener una tutela jurídica inmerecida*» y replicó en CSJ SC3930-2020 donde dijo que «*el ejercicio del derecho a litigar es una prerrogativa que, si bien puede generar consecuencias negativas para quien tiene que resistir la pretensión, sólo*

comporta el débito indemnizatorio cuando a través de ella se busque agraviar a la contraparte o se utilice de forma abiertamente imprudente».

En compendio, cuando una persona acude al aparato judicial de mala fe, con negligencia, temeridad o *animus nocendi*, a reclamar un derecho a sabiendas que no le corresponde, con ello afecta, correlativamente, a quien tiene que resistir la pretensión, lo que ha forjado la teoría del abuso del derecho a litigar.

En tal evento, el afectado, si aspira a ser desagraviado a través de la condigna indemnización de perjuicios, debe canalizar su reclamo a través de una acción de responsabilidad civil extracontractual y probar los siguientes elementos: **a).** La existencia de una conducta antijurídica (dolo, culpa, temeridad o mala fe) del sujeto respecto de quien se dirige la acción; **b).**- El perjuicio sufrido y, desde luego, **c).**- La relación o nexo de causalidad entre el actuar de aquél a quien se imputa el daño sufrido por éste.

Con todo, es el juez, en cada caso, el llamado a constatar si las pruebas regular y oportunamente recaudadas demuestran la concurrencia de los axiomas constitutivos del abuso del derecho a litigar, porque si no logran tal cometido, la acción naufragará por incumplirse la regla del *onus probandi* prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso, que fija en cada contendor el deber de demostrar el sustento de sus aspiraciones, porque de ello depende el resultado del litigio.

3.- El recurrente aduce que el tribunal desvirtuó la responsabilidad de los demandados porque pretirió algunas pruebas y torció el contenido de otras que, según comenta, revelaban el abuso del derecho endilgado a los convocados.

Fracasa la acusación porque al cotejar la sentencia de segunda instancia con los reparos que le hace el censor, se advierte que estos son inexistentes.

3.1.- La Superintendencia de Sociedades negó la nulidad absoluta de la cesión de las 241.542 cuotas sociales que en el 2014 Enrique Salleg Taboada le hizo a William Salleg Taboada, con estribo en lo siguiente:

Si bien el cedente aparecía registrado como miembro principal de la junta directiva de la Clínica Montería S.A., lo que sería suficiente para concluir que estaba incurso en la prohibición establecida en el artículo 404 del Código de Comercio, ello se dio por una aparente contradicción entre el artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que dispone que la toma de posesión conlleva la remoción automática de los administradores y directores de la intervenida y el Decreto 2211 de 2004 acorde con el cual la remoción de los administradores no se produce en forma automática tras la toma de posesión, sino que requiere un pronunciamiento por parte de la entidad que ordena la intervención, aparente contraste que, según enfatizó, movió al apoderado de los pretensores a plantear una controversia sobre el alcance del acto por medio del cual se intervino a la Clínica Montería S.A.

Hecha esa precisión, descartó que el cedente estuviera incurso en la referida prohibición, porque encontró que aunque en la Resolución n° 1089 de 2009, que decretó la toma de posesión de la Clínica Montería S.A., no se ordenó expresamente la remoción de sus directivos, en su artículo 5° dispuso que esa decisión produciría los efectos previstos en las normas vigentes sobre la materia y, en especial, los del artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, «entre los cuales se cuenta la remoción de los directores de la sociedad intervenida», a lo que añadió que esa aparente divergencia fue resuelta por la Supersalud en el Concepto n° 2-2011 063521 y también por el agente interventor designado en la toma de posesión de esa persona jurídica.

Desvirtuó también el supuesto desconocimiento del derecho de preferencia previsto en los estatutos de la clínica (art. 13) porque aunque se dijo que María Victoria Salleg de Jaller presentó una carta el 29 de marzo de 2014 en la que reveló su intención de aceptar la oferta, lo cierto es que Nairú Montalvo, que fue quien recibió tal documento y lo firmó, sostuvo que fue realmente recibido el 1 de abril de 2014, es decir, después de finalizada la oferta y no el viernes anterior (29 mar.) como se hizo constar en tal pliego, lo que revela que la aceptación fue tardía ya que se hizo por fuera del término que tenían los socios para manifestar su interés en adquirir el paquete accionario brindado (fls. 19 a 25, c.1).

3.2.- El tribunal no deformó la sentencia de 27 de febrero de 2015 en la cual la Supersociedades desestimó las súplicas de María Victoria Salleg de Jaller, Ramón, Daniel y

Luis Fernando Jaller Salleg contra la Clínica Montería S.A., Enrique y William Salleg Taboada en el juicio de nulidad; lo que aconteció fue que después de valorarla descartó el actuar temerario, culposo o malicioso que se les endilgó a los accionados porque dicho juzgador se convenció de que esas personas tenían interés en discutir la cesión, al ser accionistas de la Clínica Montería S.A.

Al respecto, expresó:

(...) en lo atinente a la prueba documental, advierte la Sala que no está probada la temeridad o mala fe de los accionantes dentro de la demanda de nulidad absoluta que se adelantó ante la SuperSociedades, pues no basta el solo hecho de haber acudido los accionistas en el ejercicio del derecho que reclaman, ya que en razón de su animus societario tenían intereses legítimos en controvertir la validez del contrato de venta de acciones y cosa diferente es que sus pretensiones no prosperaran luego del análisis de las pruebas realizadas en la sentencia que puso fin al proceso.

En el sub lite no se allega ninguna otra prueba distinta al trámite de la acción de nulidad para probar la temeridad o mala fe, siendo carga del recurrente, y debe advertirse, a su vez, que la sola revocatoria de las medidas cautelares que en su momento merecieron la calificación de apariencia de buen derecho no es prueba suficiente, pues, recuérdese que se debe obrar en tales actuaciones de forma maliciosa o desbordada, lo que tampoco se prueba con la mera circunstancia de que con la sentencia que puso fin al proceso se desestimaran las pretensiones de la demanda. Se advierte, también, que en el proceso génesis –acción de nulidad– no fue objeto de debate ni se planteó la nulidad o mala fe por la parte demandada, por lo que era apenas lógico que el sentenciador ningún pronunciamiento realizara al respecto, máxime cuando en el decreto de las medidas cautelares se había conceptuado la apariencia de buen derecho frente a las pretensiones, y si ahora en el presente proceso el demandante alega la existencia de temeridad o mala fe debe probarlo suficientemente, lo cual no hizo.

Y, en coherencia con esa línea argumentativa, agregó:

Comoquiera que en la acción de nulidad absoluta el debate se centró en la interpretación y aplicación de las normas y estatutos relativos al derecho de preferencia en la compra de acciones, cada extremo de la litis tenía, entonces, una expectativa legítima en probar los hechos en que fundaba sus pretensiones o excepciones según el caso y, siendo aplicable la regla de la libertad en materia probatoria y la sana crítica para valoración por parte del Juez, se colige con la sola aportación de pruebas por parte de los demandantes no se desbordaba ese interés legítimo en obtener el éxito de las pretensiones de la demanda ni mucho menos con ello se demuestra su actuar culposo o doloso. En este punto, se advierte sobre el documento de aceptación de la oferta que alega el apelante es falso, que no está probado ni en la demanda de nulidad ni en este proceso de responsabilidad civil la falsedad o la intención dañina, pues la compulsa de copias ordenada en la sentencia obedece a una apreciación del fallador ante la duda sobre la existencia o no de un hecho lícito, mas no que estuviese probado, tampoco ninguna prueba allegó el recurrente sobre el resultado de dicha compulsa. Es así que los reparos concernientes a la valoración de la prueba documental vertida y de la valoración de las decisiones dictadas por la Superintendencia de Sociedades dentro del proceso génesis no tienen vocación de prosperidad.

Mediante ese razonamiento, que fue envolvente, el *ad quem* descartó el abuso del derecho atribuido a los accionantes en el pleito de nulidad, al extrañar la prueba de su culpa, mala fe o temeridad.

Fue así como entendió que si bien la sentencia de la Superintendencia de Sociedades da cuenta que desde 2009, cuando se decretó la intervención administrativa de la Clínica Montería S.A., cesaron las funciones de sus directivos, entre ellos Enrique Salleg Taboada, ello no permite inferir el actuar torticero atribuido a María Victoria Salleg de Jaller, Ramón, Daniel y Luis Fernando Jaller Salleg por haber suscitado el juicio de invalidez de la cesión, pues, al ser accionistas de esa entidad hospitalaria, tenían interés jurídico para tratar de vaciar su eficacia, lo que, de por sí, no constituía abuso del derecho, sin que esa reflexión luzca

errada dado que la Supersociedades constató que en los registros de la clínica, particularmente en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Montería, seguía figurando el cedente como miembro de la junta directiva, conforme lo expresó en la sentencia (fl. 21, c.1).

Además, dicho juzgador recalcó que los demandados estaban facultados para deprecar la nulidad de la cesión, porque aunque alegaron la supuesta vulneración del artículo 404 mercantil, que prohíbe a los administradores enajenar acciones, indicaron también haber aceptado la oferta en tiempo, sin que se haya probado que el documento con el que buscaron probar tal hecho es falso porque *«no está probado ni en la demanda de nulidad ni en este proceso de responsabilidad civil la falsedad o la intención dañina»*, aunado a que *«la compulsa de copias ordenada en la sentencia obedece a una apreciación del fallador ante la duda sobre la existencia o no de un hecho lícito, mas no que estuviese probado, tampoco ninguna prueba allegó el recurrente sobre el resultado de dicha compulsa»*, lo que descarta, igualmente, el actuar temerario y doloso atribuido.

Para llegar a esa conclusión, el *ad quem* se apoyó en la sentencia dictada por la Supersociedades, labor que no resulta reprochable si en cuenta se tiene que esa pieza fue regular y oportunamente arrimada al pleito, por lo que bien podía ser apreciada conforme al mérito demostrativo que tuviere, sobre todo porque contiene los fundamentos que exteriorizó el órgano jurisdiccional que la profirió y deja ver

las pruebas que esa autoridad tuvo en cuenta para resolver, entre ellas el testimonio de Nairú Montalvo, quien dijo haber recibido la carta de aceptación de la oferta presentada por María Victoria Salleg de Jaller (fls. 23 a 24, c.1).

Precisamente, frente al mérito demostrativo de las sentencias trasladadas de otro expediente, esta Sala en CSJ SC9123-2014 expresó:

Justamente, apreciar, en una de las acepciones semánticas del Diccionario de la Real Academia Española, es “(...) reconocer y estimar el mérito de alguien o de algo”³; en consecuencia, como por regla general las instancias juzgadoras del Estado democrático no están sujetas a tarifa probatoria alguna, salvo las excepciones que el ordenamiento prevea; y como secuela el juez no es un arbitrador androide, le compete entonces, determinar, apreciar, valorar, establecer la cualidad o el mérito que le merecen esas pruebas trasladadas, con independencia del criterio y de la valoración que le otorgó el sentenciador primigenio o en el litigio donde ya se surtió el juzgamiento, y desde donde se trasladan las copias. Claro, esto es así, no para desconocer los efectos de cosa juzgada que allí se contienen, si la hay, en la resolutive del fallo, porque de ello no se trata, sino para inquirir cuál es el valor o mérito que despliegan esas pruebas en el nuevo juicio.

Lo anterior corrobora que la comprensión del fallador no se revela arbitraria ni alejada de toda sindéresis, sobre todo porque lo que el sistema repele es el abuso de las vías legales, supuesto que no se configura cuando una persona habilitada para disputar la validez de un negocio jurídico ejerce las acciones provistas para ese específico propósito, con independencia del resultado de esa gestión jurisdiccional.

³ RAE; Diccionario esencial de la lengua española, Reedición. Madrid: Espasa, 2006 p. 117.

En resumidas cuentas, si la Superintendencia de Sociedades reconoció, en la sentencia que desató el juicio de nulidad, que el cedente aparecía como miembro activo de la Clínica Montería S.A., a pesar de haber dejado de serlo desde 2009 cuando se decretó la toma de posesión de esa entidad, no pudo haberse equivocado el tribunal al tener en cuenta dicho hallazgo para descartar la actuación torticera, perversa o malévola de quienes deprecaron la nulidad de la cesión con base en tal circunstancia, sobre todo porque al aparecer reflejada en el certificado de existencia y representación legal de la clínica intervenida, hacía pensar que con la cesión se había desconocido la prohibición prevista en el artículo 404 mercantil, con independencia que en el proceso se haya demostrado lo contrario.

3.3.- En la sentencia que definió el pleito de nulidad se dijo que la comunicación en la que uno de los socios de la Clínica Montería S.A., manifestó su intención de adquirir las acciones ofertadas fue radicada, al parecer, con posterioridad a la fecha que aparece inserta en esa misiva; empero, como lo puntualizó el tribunal, ello es insuficiente para establecer que hubo abuso del derecho porque tal situación no prueba temeridad, ni culpa de quienes promovieron ese certamen.

Sobre tal cuestión, dicho juzgador reflexionó así:

En este punto, se advierte sobre el documento de aceptación de la oferta que alega el apelante es falso, que no está probado ni en la demanda de nulidad ni en este proceso de responsabilidad civil la falsedad o la intención dañina, pues la compulsas de copias ordenada en la sentencia obedece a una apreciación del fallador ante la duda sobre la existencia o no de un hecho lícito, mas no

que estuviese probado, tampoco ninguna prueba allegó el recurrente sobre el resultado de dicha compulsiva.

En eso tiene razón el tribunal porque la Superintendencia de Sociedades no encontró que la falta de concordancia entre la fecha de radicación que aparece inserta en esa comunicación y la que, según la versión de Nairú Montalvo, quien dijo haber sido quien la recibió, corresponde realmente a su presentación, haya sido generada de forma dolosa, culposa o malintencionada por quienes intervinieron en ese trámite, porque lo único que extrajo es que, al parecer, «*tales discrepancias obedecieron a una simple confusión*» por lo que dispuso remitirle copia a la Fiscalía para que estableciera lo pertinente, sin que se tenga noticia del resultado de esa averiguación.

Desde esa perspectiva, queda en evidencia que la valoración que hizo el *ad quem* de la sentencia proferida por la Supersociedades en el juicio de nulidad que precedió a esta *litis*, no fue desatinada porque coincide con lo que allá se extrajo acerca de la no configuración de la prohibición del artículo 404 del C. de Co., y también respecto del vencimiento del plazo para hacer valer el derecho de preferencia.

Además, el censor no precisó qué pruebas permitían inferir que los promotores de la acción de nulidad conocían la situación legal, administrativa y económica de la Clínica Montería S.A., y aun así, de forma maliciosa, optaron por plantear ese reclamo, lo que era necesario para demostrar el yerro de *facto* atribuido al fallador por preterir, suponer o torcer el contenido de tales medios, sobre todo porque al

haberse perfeccionado la cesión, era comprensible, como lo advirtió el tribunal, que buscaran invalidarla, al estar facultados por la ley para hacerlo, lo cual de por sí no constituía desafuero.

3.4.- El argumento consistente en que la interpretación y el alcance que los enjuiciados hicieron en el proceso de nulidad respecto de la forma de contabilizar los términos previstos en el artículo 829 del Código de Comercio, prueba su mala fe y temeridad, es novedoso porque no fue expuesto ni desarrollado en el litigio, lo que impide su formulación en esta sede que no está hecha para replantear la disputa y proponer defensas no exteriorizadas oportunamente, so pena de sorprender a la contraparte y desconocerle el debido proceso, lo que significaría juzgarla con alegaciones de último momento y, sobre todo, que fueron ajenas al litigio.

Al efecto, en CSJ SC3345-2020, se reiteró que:

(...) un alegato sorpresivo que la doctrina denomina ‘medio nuevo’, esto es, aquel que uno de los litigantes guarda para erigirlo cuando han fenecido las oportunidades de contradicción previstas en el ordenamiento jurídico o... para revivirlo a pesar de que lo abandonó expresamente», debe ser repelido en el escenario extraordinario, por ir en desmedro «del principio de lealtad procesal para con el estamento jurisdiccional y con su contendora (SC131, 12 feb. 2012, rad. n.º 2007-00160-01).

Ello se explica, sin dificultad, porque si las partes dejan de exponer, en las fases procesales pertinentes, algunos aspectos de la controversia, no pueden luego, y menos en sede de casación, tratar de introducirlos sorpresivamente por ser ello extemporáneo y contrario a la buena fe y la lealtad

procesal que se deben entre sí y también frente al sistema de justicia (núm. 1, art. 78 C.G.P.)

Es que la casación no es proceso y, por ende, impide replantear el litigio. Es más, su espectro se circunscribe a las precisas causales legales que habilitan el estudio de legalidad del fallo del tribunal (CSJ SC 16 jul. 1965, GJ n° 2278-2279, pág. 106). Fue por eso que en CSJ SC19300-2017, reiterada en SC3345-2020 y en SC5142-2020, se precisó que:

(...) este instrumento extraordinario no habilita un nuevo juzgamiento de la controversia, sino que se circunscribe a la evaluación de la providencia censurada a la luz de los yerros que le son endilgados por el recurrente. Así las cosas, no puede emplearse para retomar el estudio de la causa petendi y, menos aún, innovar en los hechos que le sirven de soporte».

En suma, la falta de alegación oportuna de los efectos derivados de la interpretación que los precursores del juicio de nulidad hicieron del artículo 829 del Código de Comercio, impide discutir ese aspecto en casación, ya que se tornó punto pacífico, por lo que abordarlo implicaría burlarle la defensa y contradicción a la contraparte.

Con todo, como ese argumento tampoco fue desarrollado ante el tribunal, no pudo esa colegiatura haber errado en su resolución, pues, sin reparo al respecto, no estaba compelido a indagar inquisitivamente por tal cuestión, ya que los contornos de la decisión estaban demarcados por los planteamientos de la acción, las excepciones de los convocados y las demás que, siendo declarables de oficio, aparecieran probadas.

De cualquier modo, tal cuestión no tiene la trascendencia que en ella ve el censor comoquiera que se trató de un planteamiento hermenéutico en torno al ámbito temporal de esa norma, que, al ser abstracta, bien podía propiciar una proposición tendiente a defender esa exégesis, al margen que fuera o no acertada, sin que ello constituya abuso del derecho porque si así fuera, entonces, en todos los casos la parte vencida en juicio incurriría automáticamente en esa falta, lo cual iría en contra del derecho fundamental que tienen todas las personas para acceder al sistema de justicia a defender sus derechos, al margen de la suerte de su reclamo jurisdiccional.

Al efecto, en CSJ SC 10 may. 1941. G.J. LI, pág 283-291, la Corte precisó:

No siempre que se intenta un pleito y el actor no triunfa, como sucede con frecuencia, puede decirse que hay abuso del derecho, porque si es evidente que el artículo 194 del C. Judicial está condicionado a que el ejercicio de la acción incoada sea serio y recto, también lo es que reemplazando en toda sociedad civilizada el derecho a la fuerza, está atribuido a los Jueces dar a cada uno lo que le corresponde, según las normas legales y las diferencias entre los particulares, se someten a la decisión de la autoridad competente, por cuanto es la diversidad de conceptos, los diferentes aspectos de una cuestión, las diferentes pruebas, las que suscitan la controversia entre los particulares, que no pudiendo resolver éstos hace menester el imperio de la decisión judicial, toda vez que una de las partes no puede erigirse en juzgadora de la contraria.

Ello es así porque si el Estado prohíbe a los coasociados extralimitarse en el ejercicio de sus prerrogativas, es solo cuando desatienden ese postulado superlativo que se les puede responsabilizar por abusar de sus derechos; no así cuando acuden a pedir tutela judicial porque sienten que una

garantía les está siendo conculcada, porque el hecho de que sus pedimentos sean desatendidos no basta para deducir automáticamente su actuar mendaz y malintencionado en perjudicar a quien llamaron a juicio, pues esto último, que es la excepción, debe probarse.

3.5.- Recalca el casacionista que el *ad quem* desdibujó la Resolución n° 001081 de 6 de agosto de 2009 en que la Supersalud decretó la intervención forzosa administrativa de la Clínica Montería S.A., a pesar que dicho medio demuestra que los promotores de la acción de nulidad sabían que desde ese año cesaron en sus funciones los órganos de dirección de esa entidad y por ello no podían fincar su reclamo en que Enrique Salleg Taboada, el cedente, era miembro de su junta directiva y estaba, por tanto, impedido para hacer ese negocio ya que el artículo 404 del estatuto mercantil le prohíbe a los administradores adquirir o enajenar acciones de las empresas en que ejercen sus funciones.

Tal argumento carece de fortaleza porque la Superintendencia de Sociedades identificó una aparente discrepancia entre el artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Resolución n° 1089 de 2009 que decretó la toma de posesión de la Clínica Montería S.A., en torno a cuándo se produjo la separación de los miembros de la junta directiva de esa entidad y, finalmente, halló que tal divergencia simplemente no existía porque el acto administrativo en cuestión dijo, en su artículo 5°, que produciría los efectos del citado estatuto, entre los que están la remoción de los directivos de la entidad intervenida.

Quiere decir que la discusión que se planteó en torno a la incursión por parte del cedente en la prohibición prevista en el artículo 404 del Código de Comercio no fue caprichosa, banal, ni amañada porque, como lo expresó la Superintendencia de Sociedades, los promotores de la acción de nulidad exhibieron una interpretación diversa de esas normas, que, aunque no se impuso, tampoco puede ser tildada de temeraria ni malintencionada, en la medida que el acto administrativo que decretó la toma de posesión no fue explícito al respecto, tanto así que en el registro de la clínica siguió figurando Enrique Salleg Taboada como miembro principal de su junta directiva.

Por tanto, si los socios inconformes estaban habilitados para cuestionar la eficacia de la cesión, el haberlo hecho no permite deducir la responsabilidad que por abuso del derecho se reclama ahora, como así lo entendió el tribunal, debido a que alegaron que esa transferencia era nula por contradecir el artículo 404 mercantil, tema que no era del todo claro dado que el cedente siguió apareciendo registrado como miembro principal de la junta directiva de la Clínica Montería S.A., después de decretada la toma de posesión e inclusive cuando se hizo la cesión, lo que revela que el alegato que con base en esa situación plantearon los precursores de la nulidad no fue malintencionado, pues hallaba sustento en la información pública que tenían acerca de la composición de los órganos directivos de la intervenida, sin que el hecho de que la Supersociedades haya dilucidado que la separación de esos directivos se dio realmente con el acto administrativo que decretó la toma de posesión, demuestre lo contrario.

3.6.- Se descarta también la preterición de los autos de 30 de mayo y 10 de septiembre de 2014 en los que la Superintendencia de Sociedades se pronunció en torno a las medidas cautelares solicitadas por los impulsores del pleito de nulidad, porque si esos medios no demostraban los axiomas sobre los que se erige la responsabilidad civil extracontractual por abuso del derecho, era imposible que el fallador los extrajera de allí; de donde se sigue que sí los ponderó tácitamente, máxime si se tiene en cuenta que las cautelares fueron decretadas porque la ley las autoriza para esa clase de procedimientos y buscaban asegurar el cumplimiento del fallo en caso de ser estimatorio de las pretensiones. Además, como lo tiene dicho la jurisprudencia *«(...) la falta de mención de una probanza por sí misma no siempre comporta preterición del elemento probativo respectivo, particularmente, cuando del contenido integral del fallo, y la exposición del juzgador, puede deducirse su valoración implícita, así no se haya hecho ostensible»* (CSJ SC 17 may. 2011, rad. 2005-00345-01).

3.7.- Aduce el censor que el *ad quem* pretirió el testimonio surgido de la inasistencia de María Victoria Salleg de Jaller a la audiencia en que iba a ser interrogada.

En ese sentido, enlista unos hechos que estima eran pasibles de ser demostrados por esa vía, entre ellos, que María Victoria Salleg de Jaller, *«conocía los estatutos de la sociedad, la regulación del derecho de preferencia, la oferta de venta de las acciones de Enrique Salleg Taboada, que sabía que contaba con 30 días comunes para aceptarla, pero lo hizo*

de forma tardía», sumado a que «estaba informada de que los miembros de la junta directiva de la Clínica Montería S.A., habían sido removidos por razón de su intervención administrativa, que su hermano Enrique no estaba impedido para enajenarlas y que ello se hizo según la ley».

Tiene razón dicho recurrente porque el fallador omitió establecer qué hechos, en concreto, eran susceptibles de ser probados por confección *ficta* o el testimonio deducible de la conducta de la remisa en razón a la consecuencia jurídica que fija el artículo 205 del Código General del Proceso.

A pesar de lo anterior, el yerro carece de trascendencia porque el juzgador entendió que las conductas alegadas como constitutivas de abuso del derecho fueron desvirtuadas por las demás pruebas y que, por tanto, era imposible establecer los elementos axiológicos de la acción.

Al efecto, expresó:

Sobre el reparo relativo a la inasistencia de la demandada MARÍA VICTORIA SAYEK al interrogatorio de parte, se observa que por ser una litisconsorte facultativa, sobre lo cual no hay discusión en el proceso, tal inasistencia no genera automáticamente que se tengan por confesos los hechos de la demanda ni las preguntas asertivas formuladas en el interrogatorio, por cuanto los efectos procesales que otorga el artículo 192 del CGP para este evento, es que de resultar la confesión aplicable se tenga como testimonio de un tercero, por lo que en el asunto bien hizo el Juez en valorar conjuntamente las pruebas allegadas para concluir que no estaba probada la intención dañina. Tampoco es acertado dar por probada dicha temeridad o mala fe en el hipotético caso en que se aceptara la confesión ficta o presunta por la inasistencia, pues, tratándose de una presunción de orden legal admite prueba en contrario por no ser absoluta y, comoquiera que las demás pruebas vertidas en el proceso no demuestran dicho actuar doloso, el resultado sigue siendo adverso a las pretensiones del recurrente.

Entonces, aunque no precisó cuáles hechos podían ser cobijados por la confesión *ficta* o el testimonio deducido de la inasistencia de María Victoria Salleg de Jaller a la audiencia en que iba a ser interrogada, porque en ese sentido fue ambiguo e impreciso, sí explicó por qué los relegó.

Al respecto, señaló que de apreciar esa conducta como confesión ficta frente a la remisa y testimonio de tercero frente a los otros demandados, ello sería fútil porque, en el primer caso, la confesión, al ser *ficta*, admitiría prueba en contrario y, en el segundo, el testimonio tendría que ser valorado junto con los demás medios que, según dijo, en aquel evento, desvirtúan los hechos presumidos en torno al dolo o culpa de los promotores de la nulidad y, por ende, la confesión presunta, y, en este otro, le restan peso al testimonio deducido por fuerza de la ley (art. 192 y 205 CGP) ya que las demás pruebas desmienten su actuar injusto.

Tal razonamiento no luce desfasado, sino que coincide con los elementos de convicción obrantes en el infolio, entre ellos el fallo de la Superintendencia de Sociedades que estableció que el cedente, Enrique Salleg Taboada, siguió figurando en Cámara de Comercio como miembro activo de la junta directiva de la Clínica Montería S.A., a pesar de haber sido removido con la toma de posesión decretada en 2009, y en este caso no se demostró que el alegato que en tal sentido propusieron los accionantes fue temerario.

Adicionalmente, esa prueba también reveló que la aceptación de la oferta por uno de los socios que entabló la

acción de nulidad sí existió, solo que se hizo a destiempo, y ese tema, según se expresó en ese pleito, no resultó del todo pacífico porque, al parecer, existió una confusión respecto de la fecha de radicación del escrito, sin que se haya determinado quién la propició, lo que refuerza la idea de que no fue maliciosa la actuación de los demandantes en esa disputa porque alegaron hechos sobre los que había cierto grado de incertidumbre que finalmente fue despejada con la decisión que clausuró el debate.

Por ende, todo indica que los hechos constitutivos de abuso del derecho, cuya demostración podía hacerse por vía de confesión ficta o de testimonio, como lo reclama el censor, fueron desvirtuados por otras pruebas, en concreto por la sentencia de 15 de agosto de 2015 que zanjó el juicio de nulidad génesis de este asunto, conforme atinó a decirlo el tribunal.

Desde esa perspectiva, es intrascendente la preterición probatoria que le atribuye el censor a esa colegiatura debido a que la conclusión a que arribó en cuanto a que la prueba recolectada no demostró que la acción de nulidad fue iniciada de forma caprichosa o malintencionada por quienes la promovieron, sino que tuvo un sustento fáctico y jurídico que la respaldó, con independencia de su desenlace, se mantiene en pie y, por tanto, sostiene la sentencia fustigada.

3.8.- No se dio el cercenamiento del testimonio de Daniel Felipe Taboada, porque el tribunal sí lo tuvo en cuenta para decidir la contienda, tanto así que lo analizó como sigue:

Otro medio de prueba del cual se repara en el recurso, es decir, el testimonio del profesional en derecho Daniel Felipe Taboada Velásquez, observa la Sala que tampoco se demuestra la temeridad o mala fe de los actores con el trámite de la demanda de nulidad ante la SuperSociedades, pues el mismo solo se limita a narrar los hechos y vicisitudes propias de ese proceso y su apreciación sobre el éxito obtenido con su gestión, no es más que consecuente con el resultado obtenido y la técnica utilizada para la defensa, por lo que tampoco prospera este reparo.

Entonces, carece de razón el ataque que por supresión de ese medio planteó el casacionista, pues es patente que fue ponderado en conjunto con las demás pruebas, solo que el tribunal coligió que no demostraba los supuestos fácticos sobre los que se fincó el reclamo indemnizatorio, sin que por ello se le pueda sindicarse de haberlo preterido porque una cosa es que el censor esté en desacuerdo con lo que de ese informativo coligió el sentenciador y otra, muy distinta, decir que fue cercenado porque esto último no ocurrió; además, las reflexiones que de ese relato recogió el fallador no lucen desfasadas si en cuenta se tiene que tal declarante ofreció su versión sobre el juicio de nulidad en que apoderó a uno de los convocados, agregó en qué consistió su labor y cuáles fueron los honorarios convenidos con su cliente, sin que ello pruebe el abuso del derecho, conforme lo advirtió el *ad quem*.

3.9.- Tampoco tiene asidero el ataque consistente en que el tribunal dedujo que la falta de alegación de la mala fe y temeridad de los impulsores del juicio de nulidad en ese certamen le frustró a los allí convocados la posibilidad de discutir las en juicio separado, ya que el fallador no aplicó un razonamiento de tal calibre. Lo único que dijo, sobre el punto, fue que:

(...) en el proceso génesis –acción de nulidad– no fue objeto de debate ni se planteó la nulidad o mala fe por la parte demandada, por lo que era apenas lógico que el sentenciador ningún pronunciamiento realizara al respecto, máxime cuando en el decreto de las medidas cautelares se había conceptualizado la apariencia de buen derecho frente a las pretensiones, y si ahora en el presente proceso el demandante alega la existencia de temeridad o mala fe debe probarlo suficientemente, lo cual no hizo.

Luego, es claro que no vio en tal hecho un impedimento para encarar el debate, tanto así que después de hacer esa advertencia se adentró en su análisis a fin de verificar lo expuesto por el pretensor, solo que no halló prueba de que los socios que intentaron la acción de nulidad lo hicieron de forma culposa, infundada o torticera para perjudicar a quienes intervinieron en la cesión, por lo que en ese sentido tampoco tiene razón el recurrente.

En ese orden de ideas, naufraga el cargo.

4.- Conforme a los artículos 349 *in fine* y 365 del Código General del Proceso, se impondrá al impugnante el pago de las costas procesales en el trámite de esta senda, cuya liquidación será realizada por separado frente a cada uno de los demandados, entre quienes se distribuirá, por partes iguales, las agencias en derecho, cuya tasación se hará teniendo en cuenta que hubo réplica (fls. 29 a 51).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA**

la sentencia de 5 de marzo de 2018, proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, dentro del proceso verbal que William Enrique Salleg Taboada adelantó contra María Victoria Salleg de Jaller, Ramón, Daniel y Luis Fernando Jaller Salleg.

Costas a cargo del recurrente a favor de los accionados.
Inclúyase \$12'000.000 como agencias en derecho.

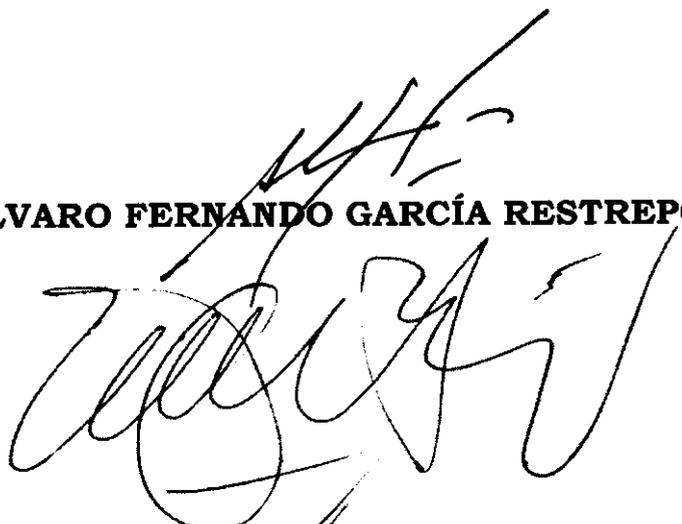
En su oportunidad, devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

Notifíquese,



FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Presidente de Sala



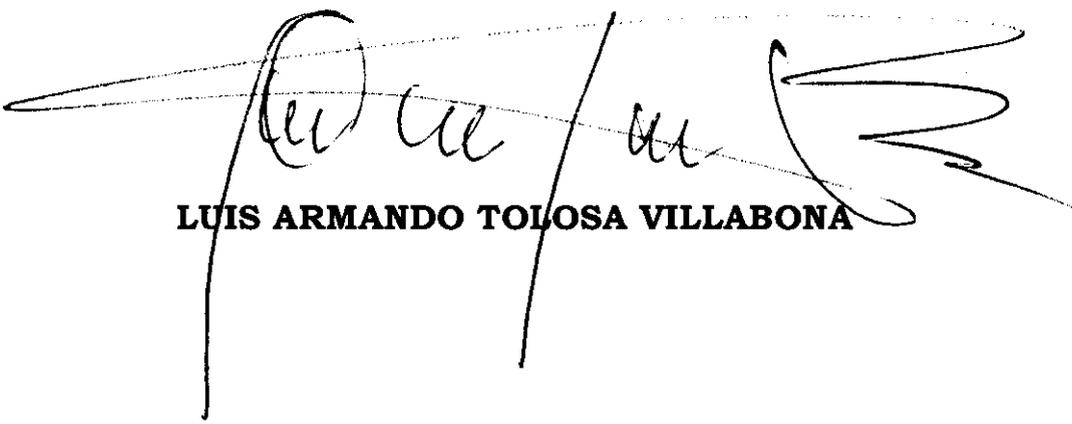
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Radicación n° 23001-31-03-002-2016-00219-01



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA