

*Sobre la teoría del abuso del derecho y en especial del abuso de las mayorías en el derecho societario colombiano**

Wilson Iván Morgestein Sánchez**

Recibido: 27 de septiembre de 2016 • Aceptado: 21 de junio de 2017

DOI: 10.22395/ojum.v16n31a9

RESUMEN

A través del presente escrito se hará un estudio del abuso de los derechos de las mayorías en las sociedades comerciales en Colombia. Así, se realizará una exposición de los aspectos genéricos de la doctrina del abuso del derecho y de varias de las instituciones del derecho de sociedades colombiano para entregar a la comunidad jurídico-empresarial colombiana una propuesta de solución basada al abuso, en una interpretación y aplicación neo-contratualista de las diversas normas que integran nuestro ordenamiento jurídico societario.

Palabras clave: Abuso del derecho; derecho de sociedades; derechos de las mayorías.

* Artículo de reflexión académica, resultado del proyecto: "Actualización y modernización del Derecho Societario colombiano: la SAS como punto de referencia", proyecto de investigación con vigencia 2016-2017, y en el cual el autor del presente trabajo académico participa como investigador principal. El presente escrito se elaboró en la línea de investigación en Derecho Privado Sustancial, del grupo de investigaciones en Derecho Privado y del Proceso de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, seccional Bogotá, Institución que se encargó de financiar esta investigación.

** Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Especialista en Derecho Privado-Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, adjunto a la línea de investigación en Derecho Privado Sustancial, del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado y del Proceso. ivanmorgestein@hotmail.com.

About the theory of abuse of law and abuse of majorities in the Colombian Company Law

ABSTRACT

This article is intended to conduct a study on the abuse of the rights of majorities in business entities in Colombia. Therefore, an exposition of the generic aspects will be made on the doctrine of abuse of law and several institutions of company law in Colombia in order to give the juridical-business community in Colombia a solution proposal based on the abuse in a neo-contractual interpretation and application of the different norms that integrate our company law system.

Key words: Abuse of law; right of companies; right of majorities.

INTRODUCCIÓN

La doctrina del abuso del derecho, que en materia jurídico-privada inicialmente fue desarrollada por la jurisprudencia de la Sala Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia, y posteriormente incorporada a nuestra legislación mercantil a través del artículo 830 del Código de Comercio, ahora "extiende su influencia a todo el ordenamiento positivo hasta el punto de convertirse en una de las bases fundamentales del derecho vigente en el país, como lo indica, en forma categórica, por cierto, la Constitución Nacional en su artículo 95 (numeral 1, inciso 3.º)" (Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 19 de octubre de 1994, magistrado ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss, citada por Martínez, 2010, p. 398). Así las cosas, el derecho de sociedades, entendido en su acepción más básica como aquella rama del derecho que "regula la organización y funcionamiento de las sociedades mercantiles" (Córdoba. 2014, p. 29), en la interpretación y aplicación de las normas que le son propias no puede permanecer ajeno a esta teoría del abuso de los derechos, la cual, como ya se advirtió, desde hace ya varios lustros adquirió rango constitucional. Es verdad, la creación, hermenéutica y puesta en práctica de las diversas disposiciones jurídicas que integran el derecho societario debe estar dirigida a garantizar que en el desarrollo de la empresa social se salvaguarden no solo los intereses de todos y cada uno de los asociados, sino también los de la compañía como persona jurídica distinta de los socios individualmente considera-

dos, y a evitar que uno o varios socios obtengan para sí o para terceros ventajas injustificadas, en claro detrimento de los derechos de sus consocios y de la misma sociedad comercial.

Así las cosas, ningún asociado se puede escudar en el ejercicio de su derecho al voto, ni en la "ley de las mayorías" para causarles daño a sus consocios (Martínez, 2010, pp. 395 y 396), o a la compañía mercantil, o para obtener prerrogativas arbitrarias para sí mismos o para terceras personas, y en el evento de que esto suceda, el afectado por el ejercicio abusivo que un socio haga de sus derechos no solo podrá reclamar la correspondiente indemnización de perjuicios (artículo 830 del Código de Comercio), sino que también podrá solicitar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud en el objeto (artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 y literal e) del número 5 del artículo 24 del Código General del Proceso).

METODOLOGÍA

Teniendo presente que el objetivo de este trabajo es el de hacer un estudio de algunas de las instituciones del derecho societario colombiano que en la práctica jurídico-empresarial se ven afectadas por un ejercicio abusivo del derecho de las mayorías en una compañía mercantil, la metodología que se va a emplear para el desarrollo de este escrito es de naturaleza esencialmente normativa, para lo cual se hará uso de un método básicamente cualitativo. De conformidad con lo antes expuesto, se empezará revisando los aspectos generales de la doctrina del abuso

de los derechos, tales como su noción, criterios para determinar su ocurrencia, elementos constitutivos y responsabilidad en la que se incurre. Luego, y después de haber hecho un planteamiento del problema, se hará una exposición de varias de las instituciones de nuestro ordenamiento jurídico-societario que se ven impactadas por un ejercicio abusivo de los derechos de las mayorías, para ofrecer, a los distintos operadores del derecho de sociedades en Colombia, una propuesta de solución a partir de los postulados propios de la doctrina del neo-contractualismo societario.

DISCUSIÓN JURÍDICA Y RESULTADOS

1. *Del abuso del derecho: Noción — Criterios para determinar su ocurrencia — Elementos constitutivos — Responsabilidad en la que se incurre*

Durante el imperio del individualismo jurídico, el ejercicio de los derechos de una persona solo estaba limitado por las prohibiciones de carácter legal. Así las cosas, si al ejercer un derecho un sujeto causaba daño a otro individuo, aquel no estaba obligado a indemnización alguna, a no ser que hubiera actuado con dolo o con culpa grave. Pero pronto esta concepción fue abandonada con ocasión del surgimiento de la teoría de la relatividad de los derechos, la cual pregonó que estos deben ejercerse atendiendo a su finalidad y consultando un criterio de utilidad social, lo que dio lugar al nacimiento de la doctrina del abuso de los derechos, la cual, dentro de las varias cuestiones que plantea, se encuentra la de determinar si se incurre en responsabilidad cuando

en el ejercicio de un derecho propio se lesiona un interés ajeno (Monroy, 1996, pp. 341-342)¹.

Dentro de los distintos criterios que se han construido para establecer si hay abuso del derecho, podemos encontrar los siguientes: (i) El intencional o subjetivo, el cual se basa en el ejercicio de un derecho con intención de dañar, es decir, abusar de un derecho es cometer un dolo civil, (ii) El económico, el cual sostiene que se abusa de un derecho cuando se ejerce contrariando sus finalidades socio-económicas, es decir, sin utilidad alguna, (iii) El del balance de intereses, que afirma que habrá ejercicio abusivo de un derecho, si el daño ocasionado por el ejercicio de la respectiva facultad es superior al perjuicio social resultante de la lesión de un derecho reconocido por las leyes, y (iv) El funcional, cuyo autor es Josserand, quien sostuvo que el ordenamiento jurídico concede derechos a las personas para que sean ejercidos con el fin de cumplir los fines económicos y sociales que les son propios (Monroy 1996, pp. 343-344)².

¹ Sobre este interrogante, expone Tamayo (2009, p. 123): "La cuestión pareció insólita a primera vista y los no partidarios de la teoría esgrimieron el argumento según el cual, quien ejerce un derecho, no puede cometer culpa ni ser responsabilizado. Otro factor en contra se halla en que la teoría hace su aparición en vigencia del individualismo, característico del siglo XIX. A partir de este criterio se reconoció el absolutismo de los derechos subjetivos. El titular, respaldado en su derecho, no podía hacer mal. Se le consideraba como si tuviera un verdadero derecho de perjudicar".

² Por eso, y con toda razón sostiene Suárez (2008, p. 202): "El derecho moderno, y especialmente el derecho actual, hace del abuso una idea mucho más comprensiva; es abusivo todo acto que, por sus móviles y por su fin, es opuesto a la destinación, a la función del derecho en ejercicio; el criterio

Ahora bien, teniendo en cuenta que el abuso del derecho implica la ejecución de un acto conforme a las prescripciones legales vigentes, pero que causa daño a otro³, Monroy (1996, pp. 345-346) enumera como elementos constitutivos de la institución, los siguientes: (i) Ejercicio de un derecho objetiva y externamente legal, (ii) Existencia de un daño inmoral o anti-social que se puede manifestar tanto en forma objetiva como en la subjetiva⁴ y (iii) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, porque, de lo contrario, se estaría en presencia más bien de un conflicto de derechos. No se comparte este último requisito men-

cionado por el profesor Monroy sino que más bien se acoge la opinión de Córdoba (2006, p. 42), quien sostiene que el abuso de los derechos lleva a una relativización de los mismos y a su no reconocimiento total o parcial, habida cuenta de que se considera que existen unos derechos que reclaman una mayor protección.

En lo que tiene que ver con la doctrina del abuso de los derechos en el ordenamiento jurídico privado colombiano, sin temor alguno se puede afirmar que el máximo órgano de la jurisdicción civil ordinaria ha acogido las tesis de Jossierand, por cuanto dicho tribunal ha sostenido que se incurre en responsabilidad cuando el derecho se ejerce contrariando bases de estricta justicia, y sin atender el fin social para el cual está destinado⁵. Por su parte, el Máximo Órgano de nuestra Jurisdicción Constitucional ha expresado que incurre en abuso del derecho: (i) Quien lo adquirió en forma legítima, pero que lo emplea para propósitos no deseados por el ordenamiento jurídico; (ii) Quien se aprovecha de la interpretación de las normas jurídicas para fines inconciliables con el ordenamiento jurídico; (iii) Aquel titular de un derecho que lo usa de ma-

puramente intencional tiende a sustituir un criterio funcional, deducido del espíritu del derecho, de la función que le ha sido asignada. Cada derecho tiene su espíritu y su finalidad”.

³ Afirma Suárez (2008, p. 201): “El problema del abuso del derecho se presenta también desde otra perspectiva ¿hasta dónde la autoridad del Estado debe proteger a quien ejerce un derecho con fundamento en la normativa jurídica que con esta actuación daña y maliciosa causa daño a otro u otros?”.

⁴ Al decir de Martínez (2010, p. 401): “Desde esta perspectiva, los tres criterios reseñados por la jurisprudencia pueden ser de naturaleza objetiva o subjetiva. Dice la Corte que la ilicitud en el ejercicio de los derechos ‘puede manifestarse de manera subjetiva –cuando existe en el agente la definida intención de agravar un interés ajeno o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo’. Al tratarse de criterios subjetivos, su prueba suele ser más compleja porque supone penetrar en el fuero interno de la voluntad del titular del derecho en ciernes, con miras a establecer la finalidad seria o innoce en el ejercicio de éste. Por lo general, será a través de la confesión o de la prueba indiciaria como el juez podrá persuadirse que un derecho se ha ejercido con el propósito o la voluntad de lesionar a un tercero en su persona o en su patrimonio”.

⁵ “[...] deberá apreciarse si el mencionado titular obró con interés serio y legítimo, esto es, buscando el fin económico y social a que normalmente está dirigido el derecho de que se trate; en caso contrario se concluirá que actuó sin un interés importante y genuino y si con ello produce perjuicios a terceros, se estará en la hipótesis de un hecho ilícito generador de responsabilidad civil... De esta forma, con torcida intención, o sin ella, el titular de un derecho puede ejercitarlo de manera excesiva, inoportuna, innecesaria o con un propósito o finalidad desviada, dando lugar, en todos estos eventos, a un típico ejercicio abusivo del derecho” (Suescún, 1996, pp. 19-20).

nera inapropiada e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) Quien invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-090 de 2014, magistrado ponente Mauricio González Cuervo).

Ahora bien, a pesar de que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana fundamentalmente ha desarrollado la teoría del abuso del derecho sobre las bases de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, acudiendo para ello a la disposición contenida en el artículo 2341 del Código Civil, en las últimas décadas se ha venido aceptando que el abuso del derecho es susceptible de engendrar una responsabilidad contractual cuando se produce con ocasión del cumplimiento, interpretación o rescisión de un contrato⁶ (Rengifo, 2004, p. 65).

Sentado esto, se hace necesario poner de presente que la afirmación de un sector de la doctrina en el sentido de que el abu-

so de los derechos es un asunto fáctico que le corresponde al juez en cada caso concreto establecer⁷, en el ámbito del derecho societario, y desde la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008, ya no resulta del todo cierta, habida cuenta de que la disposición contenida en el artículo 43 de la Ley de SAS consagra precisos elementos que deben guiar al juez para establecer si el asociado ejerció su voto de manera abusiva.

2. ABUSO DEL DERECHO Y DERECHO SOCIETARIO COLOMBIANO

2.1. *Planteamiento del problema y una propuesta de solución acudiendo a una visión neo-contractualista del derecho de sociedades*

A pesar de que el negocio jurídico societario pertenece a la categoría de los contratos de colaboración y, en conse-

⁶ "En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quien realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por la fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, puede exigir la correspondiente indemnización" (Cas. 19 de octubre de 1994, M.P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO, CCXXXI, segundo semestre, 709 a 777, citada por Rengifo, 2004, pp. 66-67).

⁷ Así, sostiene Martínez (2010, p. 403): "Pese a que se han desarrollado criterios o pautas para el análisis de una conducta frente al deber objetivo de no causar daño a otro a partir del ejercicio de un derecho, lo cierto es que nuestros jueces han reconocido que no existen elementos de derecho positivo excluyentes para concluir en qué casos no hay lugar a la aplicación del art. 830 del estatuto mercantil, de suerte que corresponde al juez en cada caso concreto dirimir si el ejercicio de un derecho da lugar o no a un deber indemnizatorio, en tanto este se haya dispuesto o ejecutado de manera 'abusiva'. En este empeño, el operador judicial tiene un poder moderador que debe guiarse esencialmente por la finalidad de impedir que alguien ejecute su derecho de manera ignominiosa, desbordando los fines de éste y causando daño a otro". Y en palabras de Rengifo (2004, pp. 118 – 119): "el abuso del derecho es lo que los jueces dicen que ello es. Hay, pues, en esta materia un cierto grado de discrecionalidad y de libertad del juez en la apreciación de pruebas y circunstancias del abuso del derecho. El juez, en fin, tiene poder discrecional en la apreciación de los medios probatorios que en el debate judicial le proporcionan las partes".

cuencia, el interés general de la compañía es el que debe inspirar las decisiones que tomen los asociados (Finkelstein, citado por Martínez, p. 404), no son pocos los casos en que algunos asociados ejercen sus derechos en el interior de la compañía mercantil en claro detrimento de los derechos de sus consocios, de los de la sociedad comercial, o para obtener prerrogativas injustificadas y desmedidas en beneficio propio, o para favorecer intereses de personas extrañas al desarrollo de la empresa social⁸.

Ahora bien, el moderno derecho de sociedades ha venido superando la concepción tradicional de que el abuso del derecho en el ámbito societario se circunscribe a los casos del levantamiento del velo corporativo⁹, para aceptar que la doctrina

del abuso de los derechos se extiende a todos aquellos casos en que, fundamentalmente, se hace un ejercicio abusivo del derecho de voto¹⁰ y, so pretexto de la aplicación del postulado de la ley de las mayorías, se desatiende la función socio-económica de la empresa social¹¹,

asambleas o juntas de socios”.

⁸ Así las cosas, y tal y como lo advierte Martínez (2010, p. 404), “El derecho societario es uno de los campos más fecundos para la aplicación de la teoría del ‘abuso del derecho’”. En el mismo sentido Peña (2015, p. 4): “En el campo del derecho societario no es de minúscula relevancia la figura; por el contrario, este es particularmente susceptible de que se abuse de los derechos, pues las sociedades se caracterizan por ser un punto de confluencia de diversos tipos de intereses, tanto personales como sociales, que pueden fácilmente oponerse... Así, debido a la presencia de diversas relaciones y nexos entre todos estos actores, la sociedad puede fácilmente convertirse en un nicho asidero de comportamientos oportunistas movidos por el deseo natural de satisfacción del beneficio individual. Además, como las posiciones y facultades de los distintos actores no son las mismas, la propensión al abuso siempre es latente”.

⁹ Advierte Reyes (2016, p. 252): “En general, se reconoce en la doctrina comparada, la existencia del denominado *abuso de la personalidad jurídica de la sociedad*, que no es sino la utilización de la forma asociativa en el exclusivo interés personal de quienes la dirigen o controlan. Sin embargo, como ya se afirmó, el ámbito en que la teoría ha tenido mayor aplicación es el de las determinaciones de

¹⁰ Ahora bien, Martínez (2010, p. 405), pone de presente la diferencia que existe entre los conceptos de “conflicto de interés” y “abuso del derecho al voto”: “Nuestra legislación no prohíbe como regla general el ejercicio del derecho de voto por parte del accionista cuando por cuenta propia o ajena tiene un interés contrario al de la sociedad, como sí lo disponen la ley argentina (art. 248, Ley de Sociedades Comerciales) y la italiana (art. 2373). No obstante, parte del supuesto de que las decisiones de la asamblea deben tener carácter general, vale decir, afectan de una misma manera a todos los socios, so pena de que el acuerdo respectivo sea inoponible a los socios ausentes y disidentes (art. 190, Código de Comercio). En casos concretos, no obstante, el legislador se ha anticipado al conflicto de intereses, inhibiendo el voto del accionista, como sucede en relación con la aprobación de los balances de fin de ejercicio y las cuentas de los administradores, situación frente a la cual el art. 185 del Código de Comercio prohíbe a los administradores-accionistas votar sus propias cuentas. Otro tanto ocurre frente al administrador que pretende negociar acciones de la propia sociedad, en cuyo caso le está vedado participar en las decisiones del órgano competente orientadas a aprobar o improbar su participación (art. 404, ibídem). En todos estos eventos, se habla de un verdadero conflicto de interés que conduce a que el socio deba abstenerse de ejercer el voto, porque en estos casos ‘la satisfacción del propio interés se haría en sacrificio del interés social’. Sin embargo, una cosa es votar en medio de un conflicto de interés y otra bien distinta, abusar del derecho al voto. Porque aunque, según nuestro criterio, en ambos casos el titular del derecho político lo ejerce sin consideración al interés social, lo cierto es que el abuso del derecho se produce cuando tal transgresión a la regulación del voto se hace con un motivo ilícito, consistente en causar daño a los socios o a la sociedad”.

¹¹ Sobre “el derecho al voto y su conexión con la función social del derecho de propiedad accionaria”, sostiene Córdoba (2014, p. 3989): “Las acciones

y se desconocen los legítimos derechos de los demás asociados en la compañía comercial (Martínez, 2010, p. 404).

Pero lo que si no resulta fácil en la práctica es determinar cuándo el poder de decisión de los asociados mayoritarios constituye una genuina expresión de sus derechos, y cuándo se erige como un ejercicio abusivo de los mismos, comoquiera que se ejercitaron con el fin de causar un perjuicio a sus coasociados o a la misma compañía mercantil (Martínez 2010, pp. 404 - 405)¹².

Para solucionar la dificultad anteriormente planteada, de mucha utilidad resulta tener en cuenta que el derecho societario contemporáneo se dirige hacia una interpretación y aplicación neo-contractualista de sus normas, la cual "apunta hacia una solución ecléctica que entiende que los socios tienen derecho a incrementar sus ganancias económicas, pero también están en la obligación de atender los diversos intereses que confluyen en el desarrollo de la empresa societaria"

son bienes que pertenecen a sus titulares que en el ejercicio de sus derechos no escapan al orden constitucional, en particular porque se trata del derecho de dominio sobre unos títulos que incorporan unos derechos, en particular el de voto, que deben ser ejercidos según la Constitución".

¹² No obstante, con buen criterio, la jurisprudencia de la Delegatura para los Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades ha expresado que: "la existencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de determinaciones que perjudiquen a uno o varios asociados" (Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia de febrero 27 de 2014, proceso n° 2012 - 801 - 029. Caso Capital Airports Holding Company v CAH Colombia SA).

(Morgestein, 2011, p. 6). En efecto, no se puede desconocer que el derecho de sociedades en Colombia reposa sobre la concepción de la sociedad como contrato, y de ello dan cuenta disposiciones tales como la preferencia de las estipulaciones contractuales, capacidad, vicios del consentimiento, nulidades y responsabilidad de los administradores, normas que, sin lugar a dudas, están dirigidas a proteger la autonomía y capacidad de decisión de los contratantes (Córdoba, 2000, pp. 49-50). Pero no es menos cierto que en nuestra legislación societaria se encuentran plasmadas varias expresiones de la corriente institucionalista del derecho de sociedades, dentro de las cuales se pueden mencionar, entre otras: (i) Inciso 2.º del artículo 98 del Código de Comercio¹³; (ii) Número 6 del artículo 420 del Código de Comercio¹⁴; (iii) Inciso 1.º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995¹⁵; (iv) Inciso 1.º del Código de Comercio¹⁶; (v) Inciso 3.º del artículo 25 de la Ley 222 de 1995¹⁷; (vi) Inciso 3.º del artículo 193 del Código

¹³ "La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios".

¹⁴ "La asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes: ...6. Adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad".

¹⁵ "Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad".

¹⁶ "Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad".

¹⁷ "Sin embargo, 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, esta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad".

de Comercio¹⁸, y (vii) Inciso 2.º del artículo 42 de la Ley 222 de 1995¹⁹ (Numa, 2005)²⁰.

Así las cosas, y trayendo al campo del derecho societario las nociones fundamentales de la concepción funcionalista de la doctrina del abuso de los derechos, un asociado desconocerá la función socio-económica de las facultades que le ha otorgado el ordenamiento jurídico societario y, en consecuencia, se configurará un ejercicio abusivo de sus derechos²¹,

no solo cuando desconoce el derecho de sus consocios a obtener utilidades de carácter patrimonial con ocasión del desarrollo de la empresa societaria, sino también cuando trasgrede los derechos de la misma sociedad comercial y los de los demás grupos de interés que se ven impactados por la ejecución de la actividad económica²².

¹⁸ "La acción podrá ser ejercida por cualquier administrador, por el revisor fiscal o por cualquier asociado en interés de la sociedad".

¹⁹ "Los administradores y el revisor fiscal, responderán por los perjuicios que causen a la sociedad, a los socios o a terceros por la no preparación o difusión de los estados financieros".

²⁰ Acerca de las teorías institucionalistas del Derecho de Sociedades, sostiene Rovira (2010, pp. 154-155): "Entendido que la rentabilidad de la empresa es la consecución del éxito de ésta en la inserción en una comunidad por la calidad o necesidad de sus productos y servicios, las nuevas doctrinas que se han venido desarrollando en la ciencia de la administración muestran la importancia de focalizar la gestión no solo en la rentabilidad medida como la relación costo-precio, sino también en la obtención de mercado y reconocimiento por aquellos a quienes van destinados los productos o servicios que genera o comercializa la empresa. Surge, así, la necesidad de una visión del desarrollo institucional –y también la concepción *aggiornada* de la empresa institución- que tome en cuenta la importancia de satisfacer otros intereses menos mezquinos para poder ser éxitos en un mercado".

²¹ Sobre la naturaleza jurídica del derecho al voto, dentro del contexto propio del concepto de "interés social", sostiene Rovira (2006, pp. 133-134): "Se han elaborado diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica de este derecho. De este modo, quienes analizan la sociedad desde la perspectiva institucionalista conciben al voto como una potestad. Otros, como JAEGER, lo consideran ligado a un deber de colaboración entre los socios. Finalmente, otra posición lo considera un derecho subjetivo y otros lo califican como un derecho función, en tanto si bien es un derecho y no una obligación (pues

el socio no puede ser obligado a votar), el ejercicio de ese derecho debe ser realizado en atención al cumplimiento del interés social".

²² Al decir de De Romisier (1979, p. 74): "Más moderadamente, y ateniéndose a las características que le son propias a las sociedades por acciones, sobre todo a partir de la segunda guerra mundial, se ha elaborado en la doctrina francés la teoría del abuso del derecho y de la desviación de poder, que se apoya en mucho, en la concepción de Josserand de los derechos-funciones., según la cual tales derechos no son conferidos para su ejercicio egoísta sino que debe tenerse en mira el interés general. Así, cuando se trata de derechos-funciones, las prerrogativas conferidas guardan estrecha relación con los deberes que le son impuestos a su titular. En el ámbito societario, los derechos otorgados por la ley o los estatutos tiene por fin que sus titulares desarrollen una actividad beneficiosa para la sociedad, cabiéndole al juez determinar si tales derechos han sido ejercidos conforme a su destino y procediendo la anulación de una decisión tomada por los órganos societarios cuando ella revista carácter abusivo".

En un sentido muy similar sostiene Rovira (2010, pp. 154-155): "Entendido que la rentabilidad de la empresa es la consecución del éxito de ésta en la inserción en una comunidad por la calidad o necesidad de sus productos y servicios, las nuevas doctrinas que se han venido desarrollando en la ciencia de la administración muestran la importancia de focalizar la gestión no solo en la rentabilidad medida como la relación costo-precio, sino también en la obtención de mercado y reconocimiento por aquellos a quienes van destinados los productos o servicios que genera o comercializa la empresa. Surge, así, la necesidad de una visión del desarrollo institucional –y también la concepción *aggiornada* de la empresa institución- que tome en cuenta la importancia de satisfacer otros intereses menos mezquinos para poder ser éxitos en un mercado".

De otra parte, resulta del todo afortunada la redacción del artículo 43 de la Ley 1258, al establecer que se considerará abusivo: (i) El voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas, (ii) El voto ejercido con el propósito de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, y (iii) El voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas, por cuanto en este punto el tenor de la disposición se armoniza con el avance jurisprudencial logrado por la Sala Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia, quien ha sostenido que la ausencia de dolo o culpa grave en el ejercicio de un derecho no es un impedimento para que eventualmente se configure un abuso del mismo (Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 19 de octubre de 1994, magistrado ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss, citada por Martínez, 2010, p. 398).

En efecto, sobre la escuela clásica o individualista que ve en el abuso del derecho una fuente de responsabilidad para quien ha obrado con dolo o con culpa, prima la moderna escuela socialista que predica que incurre en responsabilidad civil quien excusándose en el ejercicio de un derecho lo hace en forma contraria a su finalidad social y económica. Esta última concepción filosófico-jurídica es de mayor recibo entre la mayor parte de operadores jurídicos contemporáneos, por cuanto mantiene la autonomía del abuso de los derechos como fuente de responsabilidad patrimonial frente al dolo y la culpa, respetando así la validez y consagración positiva de la disposición

contenida en el artículo 830 del Estatuto Mercantil colombiano (Velásquez 2010, pp. 656-660).

Pero es más, sobre la dificultad de que todo voto ejercido con dolo o culpa grave pueda ser anulado vía acción declarativa por abuso del derecho, advierte Polanía (2012, p. 302): "¿es viable la preservación del acto jurídico del voto si el mismo se ejerce con la intención de causar daño a un tercero, pero al tiempo se hace de forma motivada y seriamente fundada en los mejores intereses de la sociedad? Situación no solo perfectamente posible, sino compleja y para cuya solución se deben considerar muchas variables, incluso la solución en equidad. En efecto, ¿es justo que la sociedad y los demás accionistas, y aun los empleados de una compañía, vean frustradas sus esperanzas económicas y sus proyectos de vida, porque una decisión administrativa de salvamento de la empresa deviene inválida debido a que uno de los votantes tenía, además de la intención de proteger su inversión y actuar en el mejor interés de la compañía, el propósito de causar daño al administrador, con quien tiene una diferencia personal?, ¿es comunicable el dolo en el acto del voto al acto complejo que configura con los demás votos y que se materializa en una orden administrativa, viciándolo de forma irremisible?".

Por lo demás, el que se haya visto afectado por el ejercicio abusivo que un asociado haya hecho de las facultades que la ley societaria le concede en el interior de la sociedad comercial puede colocar la componenda en conocimiento de la

Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, al tenor de lo dispuesto por el literal e) del número 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, norma que, al igual que el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, no solo permite la reclamación de los perjuicios irrogados sino también la declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto²³.

²³ Reyes (2016, pp. 434-435): "Como es sabido, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 estableció que el abuso del derecho en las determinaciones de asamblea, además de dar lugar a la indemnización de perjuicios, puede ocasionar la nulidad absoluta de la decisión adoptada, por la ilicitud del objeto. Las nuevas normas procesales son armónicas con los desarrollos sustantivos introducidos en esta materia por la ley de la SAS. En efecto, la regulación procesal permite suplir las deficiencias advertidas en el contenido del artículo 830 del Código de Comercio, bajo cuyo imperio solo es viable impetrar la indemnización de perjuicios en los casos de abuso del derecho... Aparte de las sanciones a que acaba de aludirse, tampoco puede desestimarse el hecho de que sea posible intentar acciones de responsabilidad de los administradores en aquellos casos en que la determinación hubiere sido adoptada por los miembros de la junta directiva, como ocurre en la colocación de acciones de sociedades anónimas. Con fundamento en lo previsto en el artículo 23, numeral 6 de la Ley 222 de 1995, les corresponde a los administradores sociales, además por que se cumplan las normas legales y estatutarias, el deber de darle un trato equitativo a todos los asociados. La capitalización abusiva podría considerarse como una actuación parcializada en contra de ciertos grupos de accionistas. Por último, no escapa al entendimiento la posibilidad de que algunas de las acciones judiciales a que se han hecho referencia puedan intentarse de modo concomitante. Así, pues, podrían coexistir acciones de nulidad con las de responsabilidad de administradores. La prescripción correspondiente sería, en todo caso, la de 5 años, prevista en el artículo 235 de la ley 222 de 1995".

2.2. *Aumento del capital social y abuso del derecho*

Una modalidad muy frecuente de abuso del derecho en materia societaria se presenta cuando la compañía experimenta la necesidad de aumentar su capital social, y alguno o algunos de los asociados, por diversos motivos: (i) O no pueden concurrir con su cuota proporcional a la efectiva realización del incremento, (ii) O sí quieren suscribir el aumento de capital, pero se les impida hacerlo, haciendo uso para esos efectos de las disposiciones contenidas en el inciso final del artículo 388 y en el número 5 del artículo 420 del Estatuto Mercantil colombiano, los cuales establecen que por voluntad del máximo órgano social, determinada emisión de acciones se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia, lo que permitiría que otros accionistas o terceros extraños a la sociedad adquirieran en todo o en parte las acciones de la compañía (Gaviria, 2004, pp. 51 y 53)²⁴.

²⁴ Al decir de Martínez (2010, p. 418): "No cabe duda de que la asamblea, con el voto de mayoría requerido en la ley o en los estatutos, puede hacer dejación del derecho de preferencia respecto de una determinada emisión de acciones, impidiendo que los socios actuales ejerzan el derecho a suscribir una proporción de la nueva emisión. Pero tal decisión debe estar inspirada en el interés social, como sucede por ejemplo, cuando se trata de incorporar a la propiedad de la compañía un socio estratégico para el desarrollo de la empresa... Pero, como ocurre frecuentemente, cuando la decisión se funda en el interés de la mayoría de que el suscriptor sea una persona vinculada a la mayoría, para diluir a los demás accionistas, en detrimento de sus intereses, se estará en presencia de una conducta abusiva, proscrita por el legislador... Por eso la Superintendencia de Sociedades ha precisado: "... si la supresión, por acuerdo de mayoría, se orienta a favorecer a determinados accionistas en detrimento del interés de los demás, los disidentes o ausentes mantendrán siempre la opción a sus-

Es incuestionable que si la sociedad requiere de nuevos fondos para continuar con el desarrollo de la empresa societaria, tiene derecho a aumentar su capital, así este incremento de capital eventualmente lleve a una disminución de la participación en el mismo de uno o varios de los asociados, pero, en algunas ocasiones, precisamente este es el motivo que lleva a algunas compañías a efectuar un aumento de capital: la dilución del porcentaje de participación en el capital de alguno o algunos de sus asociados –con las consecuentes reducciones de su participación en el máximo órgano social y de los beneficios económicos que les corresponden– y hasta la eventual exclusión de los mismos de la compañía²⁵ (Gaviria, 2004, pp. 51-52)²⁶.

cribir la proporción que a ellos corresponda si así lo manifiestan expresamente a la sociedad, y en tales eventos, la Superintendencia hará respetar el derecho preferencial. Una interpretación diferente conducirá a patentizar el abuso del derecho por parte de los accionistas mayoritarios contra las minorías, abuso que sanciona expresamente la legislación comercial (Código de Comercio, art. 830)'. ...".

²⁵ Sobre este punto ha sido enfática la Superintendencia de Sociedades al expresar que: "no es suficiente alegar que las decisiones aprobadas en una reunión asamblearia fueron contrarias a los intereses subjetivos de un accionista minoritario. Para acreditar que se produjo un abuso, debe demostrarse que las actuaciones del mayoritario estuvieron orientadas por una finalidad ilegítima. Ello ocurriría, por ejemplo, si el derecho de voto fue ejercido con la intención deliberada de causarle un perjuicio al accionista minoritario. De no acreditarse esta u otra finalidad ilegítima, las pretensiones judiciales del minoritario serían inexorablemente desestimadas" (Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia de noviembre 20 de 2014, proceso n.º 2013 – 801–129. Caso Alexander Rodríguez v. Jorge Díaz Ángel, Ricardo Alonso Zamudio Alarcón y Jannas Grupo Empresarial SAS).

²⁶ Sobre la capitalización abusiva, se ha pronunciado la Delegatura para los Procedimientos Mercanti-

2.3. Precio de colocación de acciones y abuso del derecho

El número 4 del artículo 386 de nuestro Estatuto Mercantil establece que el reglamento de suscripción de acciones contendrá "el precio al que sean ofrecidas, que no será inferior al nominal". El uso de esta prerrogativa resultará legítimo si el aumento del capital se justifica financieramente, y con elementos de juicio objetivos se prevé que todos los accionistas harán uso de su derecho de suscripción preferencial, pero en el evento en que los accionistas-administradores aprueben el reglamento de colocación de acciones por su valor nominal, a sabiendas de que la colocación de acciones no será tomada por todos los asociados, bien puede configurarse un abuso del derecho por cuanto por decisión de la mayoría se estaría haciendo una apropiación contable y financiera de una porción del superávit patrimonial de la empresa al no pagar la prima de colocación, en claro detrimento de los accionistas no suscriptores, quienes verían impávidos como pierden la diferencia entre el valor nominal y el va-

les de la Superintendencia de Sociedades, en los siguientes términos: "Esta figura consiste en aumentar el capital suscrito de una sociedad con el propósito primordial de provocar modificaciones en la distribución porcentual de las acciones en circulación. La capitalización abusiva se presenta, por ejemplo, cuando una emisión primaria de acciones se aprueba para diluir, en forma premeditada, la participación de un accionista en el capital de la compañía. En esta hipótesis, la capitalización no tiene como propósito principal conseguir nuevos recursos para el fondo social, sino que, por el contrario, se convierte en un simple instrumento para expropiar a un asociado" (Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia de febrero 27 de 2014, proceso n.º 2012 – 801 – 029. Caso Capital Airports Holding Company v. CAH Colombia SA).

lor intrínseco de las acciones (Martínez, 2010, p. 421).

Pero también se hace necesario advertir que la fijación de una prima en colocación desproporcionada puede hacer excesivamente onerosa la suscripción para los accionistas de menores recursos. De igual forma, la colocación de grandes cantidades de acciones, ya sea que esta se efectúe por su valor nominal —si este es inferior al intrínseco— o por su valor comercial, eventualmente puede tener como propósito hacer imposible que los asociados de menor capacidad económica concurren a la suscripción (Reyes, 2016, pp. 429-430), casos en los cuales también se configuraría un flagrante abuso del derecho.

2.4. *Negativa de aprobación de la cesión de cuotas sociales y abuso del derecho*

El inciso 2.º del artículo 354 de nuestro Código de Comercio establece que el capital social de la compañía de responsabilidad limitada estará dividido en cuotas de igual valor, cesibles en las condiciones previstas en la ley o en los estatutos. De otra parte, el artículo 362 del Estatuto Mercantil patrio dispone que los socios tendrán derecho a ceder sus cuotas, y que dicha cesión implicará una reforma estatutaria, que al tenor del artículo 360 *ibídem* debe ser aprobada con la mayoría prevista en los estatutos o, en su defecto, con un número plural de asociados que represente, cuanto menos, el setenta por ciento de las cuotas en que se halle dividido el capital social. Por lo demás, el artículo 365 del Código Comercial estatuye la necesidad de

que el ingreso de un extraño a la sociedad de responsabilidad limitada sea aprobado por la junta de socios.

Ahora bien, resulta válido que la junta de socios de una compañía de responsabilidad limitada niegue el ingreso de un extraño a la sociedad, cuando ese tercero es un competidor de la empresa societaria o una persona con una reputación tan dudosa que eventualmente pueda afectar el prestigio de la sociedad, pero lo que sí resulta del todo abusivo es que los asociados mayoritarios desplieguen actuaciones tendentes a impedir o por lo menos a obstruir el legítimo derecho del minoritario a lograr que un tercero adquiera una parte de su participación en la compañía (Laudo del 17/3/2004, Tribunal de Arbitramento, de "Guillermo Mejía Rengifo versus Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros", árbitros: Francisco Reyes Villamizar, Florencia Lozano Reveiz y Fernando Silva García, citado por Martínez, 2010, p. 419).

2.5. *Constitución de reservas ocasionales — Capitalización de utilidades y abuso del derecho*

El inciso 1.º del artículo 154 del Código de Comercio prescribe que "Además de las reservas establecidas por la ley o los estatutos, los asociados podrán hacer las que consideren necesarias o convenientes, siempre que tengan una destinación especial, que se aprueben en la forma prevista en los estatutos o en la ley".

Las reservas ocasionales, también llamadas facultativas o voluntarias²⁷, las cuales

²⁷ "[...] aunque inadecuadamente, porque las estatu-

tienen su origen en una decisión del órgano máximo de la compañía: (i) No son permanentes y, en consecuencia, solo rigen para el ejercicio social en que fueron decretadas, y (ii) Responden a específicos motivos de conveniencia establecidos en la respectiva sesión del máximo órgano social, pero la disposición legal permite que la destinación inicialmente establecida se pueda variar por una sola vez.

Ahora bien, con la finalidad de proteger el derecho de los asociados de una compañía mercantil a percibir el porcentaje que a cada uno de ellos les corresponde en las utilidades sociales que arroje cada ejercicio²⁸, el artículo 155 de nuestro Estatuto Mercantil exige una mayoría calificada del 78 % de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la junta de socios o asamblea de accionistas, para que las utilidades líquidas del respectivo ejercicio social puedan repartirse en un porcentaje inferior al 50 %²⁹ (Reyes, 2016, pp. 567-569)³⁰.

tarias también resultan de la voluntad social que se condensa en el cuerpo de reglas que rigen la vida de la sociedad" (Narváez, 2008, p. 205).

²⁸ Al decir de Neira (2006, pp. 89-90): "Aquí tiene un papel predominante el derecho esencial del socio de participar en las utilidades sociales; luego la asamblea o junta de socios debe determinar exactamente las necesidades o las conveniencias que le servirán de fundamento a su determinación. Esta es la razón para que deba dárseles una destinación especial".

²⁹ No obstante, el artículo 454 de nuestro Estatuto Mercantil advierte que: "Si la suma de la reserva legal, estatutario u ocasionales excediere del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas que deberá repartir la sociedad conforme al artículo 155 se elevará al 70 %".

³⁰ Sobre el particular sostiene Pinzón (1988, pp. 164-165): "Estas medidas de previsión meramente

No obstante, no en pocas ocasiones grupos de accionistas que ejercen el control del máximo órgano social se valen de las disposiciones anteriormente citadas para hacer una injusta constitución de reservas ocasionales³¹, y con ello oprimir a los asociados minoritarios con el fin de recomprar sus alícuotas de capital social

circunstanciales constituyen reservas ocasionales y están expresamente previstas en el artículo 154 del Código de Comercio, pero subordinadas a... que tengan una destinación especial cierta, es decir que se hagan para fines ciertos y conocidos por los socios, ya que estos, como dueños de las utilidades, tienen derecho a que no se distraigan para fines que escapen a su control... y que el destino de las utilidades así congeladas no se altere sino por acuerdo de la misma asamblea general de socios, adoptado en la forma prevista en los estatutos para decretar o crear las reservas, a fin de que los socios sigan ejerciendo el control que les corresponde sobre la inversión o destino de unas utilidades que no han dejado de ser suyas y que pueden ser distribuidas en cualquier momento en que resulten innecesarias para los fines justificativos de estas reservas". Por su parte, Velásquez (2010, p. 282), afirma "Las reservas consideradas en su conjunto no deben exceder de un determinado porcentaje de las utilidades repartibles, porque el legislador ha creído que en este punto no debe hacer libertad absoluta, y que por lo menos el 50 % de éstas debe ser repartido a los socios al final de cada ejercicio (art. 155 del C. De Co.). Salvo que el quórum del 78 % de los asistentes decida repartir un porcentaje inferior".

³¹ "No debe perderse de vista, sin embargo, que la decisión de retener utilidades puede obedecer al loable propósito de fortalecer la empresa social. Cuando ello ocurra —es decir, si la retención de utilidades atiende a un propósito legítimo de negocios y no a la intención de perjudicar a un accionista minoritario o de perseguir alguna otra finalidad extralegal— no parecería existir una verdadera justificación jurídica para que los jueces intervengan en los asuntos internos de la compañía" (Colombia Superintendencia de Sociedades, Sentencia de julio 18 de 2014, proceso n.º 2012 – 801-061. Caso Isabel Cristina Sánchez Beltrán v. Centro Integral de Atención del Infractor S.A.S., Jeny Marcela Cardona y Juan Carlos Cardona).

a menor precio³², lo que sin dubitación alguna se erige como un claro abuso del

derecho en el ámbito societario³³ (Martínez, 2010, p. 420)³⁴.

³² En opinión de la Superintendencia de Sociedades: "En las sociedades que negocian sus acciones en los mercados de valores, las cortes rara vez interfieren con las políticas fijadas para la repartición de dividendos. Esta renuencia judicial está basada en un análisis eminentemente económico. La distribución de utilidades no es la única vía por la cual los inversionistas de una sociedad abierta pueden recibir los beneficios derivados de la actividad social. Cuando la compañía determina retener las utilidades del ejercicio, las sumas que no se repartieron fortalecen el patrimonio de la sociedad. Los accionistas pueden hacer efectivo este mayor valor mediante la simple venta de sus acciones en una bolsa de valores. Esta circunstancia, sumada al amplio margen de discreción que los jueces les dan a los administradores sociales y a la disciplina de mercado que impone la posible depresión en el precio de las acciones, suele dejar la política de dividendos de una sociedad abierta a salvo de cualquier escrutinio judicial. En las sociedades cerradas, ante la carencia de un mercado líquido para negociar acciones, la retención de utilidades puede ser bastante más problemática. En esta clase de compañías, los asociados usualmente ocupan cargos en la administración o le prestan servicios de alguna otra naturaleza a la sociedad. La remuneración derivada de estas actividades les permite a los accionistas recibir una porción de las sumas dinerarias generadas por la empresa social, sin que sea necesario decretar dividendos. Si un accionista minoritario no cuenta con un cargo remunerado en la compañía, la repartición de utilidades se convierte en el único mecanismo disponible para que ese asociado reciba un retorno sobre la inversión que efectuó en la sociedad. Por ello, la retención reiterada de utilidades puede privar al minoritario, de manera permanente, de la plusvalía generada en desarrollo de los negocios sociales. De ahí que esta práctica sea de frecuente uso cuando un accionista mayoritario pretende forzar una compra, a descuento, de las acciones de los minoritarios. Esta estrategia de opresión, conocida en la doctrina especializada como la exclusión inducida (squeeze-out o freeze-out), 'se manifiesta en una serie de actuaciones, tales como la negativa a repartir dividendos, la asignación de remuneraciones excesivas a favor de los accionistas mayoritarios que forman parte de la administración, la celebración de contratos con partes vinculadas, el favorecimiento de parientes de aquellos que controlan a la sociedad,

el monopolio de los cargos de gestión, etcétera'. En estos casos de abuso, existe consenso en torno a la necesidad de que las decisiones de no decretar dividendos sean examinadas por un juez" (Colombia Superintendencia de Sociedades, Sentencia de julio 18 de 2014, proceso n.º 2012 – 801-061. Caso Isabel Cristina Sánchez Beltrán v. Centro Integral de Atención del Infractor S. A. S., Jeny Marcela Cardona y Juan Carlos Cardona). da como la exclusión inducida (edades: "a). ntencia de os Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades ha expresado que: ag da como la exclusión inducida (edades: "a). ntencia de os Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades ha expresado que: ag

³³ La cuestión jurídico – económica es formulada por Amaya (2015, p. 5), en los siguientes términos: "El problema reside en determinar si la decisión de retener las ganancias obtenidas en desarrollo de la actividad social obedece a la consecución de un verdadero proyecto legítimo de negocios, o al inconfesable propósito de los accionistas mayoritarios de adjudicarse prerrogativas individuales a expensas de los minoritarios. Al resolver un conflicto de esta naturaleza, el juez societario se enfrenta con la compleja labor de examinar detalladamente las decisiones internas de una compañía, ante la posible presencia de expedientes opresivos que pueden ser utilizados por los mayoritarios para lesionar deliberadamente a la minoría".

³⁴ Sobre este particular, advierte Narváz (2008, p. 209): "la praxis comprueba que cuando las reservas de la sociedad son cuantiosas, en algunas de las sociedades se pone de manifiesto la tendencia generalizada entre los administradores de proponer ensanches o inversiones a sabiendas de que no se realizarán, para justificar la disminución de la porción de utilidades repartibles a título de dividendos o de participaciones". Y en criterio de la Superintendencia de Sociedades: "La retención de las utilidades generadas por una compañía suele rebatirse, con bastante frecuencia, ante las instancias judiciales. Ello se debe a que, en estos casos, puede presentarse un conflicto entre los intereses subjetivos de los accionistas, quienes esperan recibir un retorno sobre su aporte al fondo social, y el interés de la compañía en disponer de las utilidades para reforzar su situación financiera o emprender proyectos de expansión" (Colombia Superintendencia de Sociedades, Sentencia de julio 18 de 2014, proceso n.º 2012 – 801-061. Caso Isabel Cristina Sánchez Beltrán v. Centro Integral

2.6. *Remoción de un accionista minoritario de la junta directiva y abuso del derecho*

Sobre este particular se pronunció la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, en sentencia de diciembre 19 de 2013, en el proceso n.º 2012-801-052 de Serviucis S. A. S. versus Nueva Clínica Sagrado Corazón S. A. S. En dicho fallo, la Superintendencia consideró abusiva la exclusión de la junta directiva, por decisión unánime del bloque controlante, del único integrante minoritario del órgano de administración. En la sentencia respectiva, la entidad tuvo en cuenta las siguientes consideraciones: (i) Que la luz de la disposición contenida en el artículo 198 del Código del Estatuto Mercantil, los administradores de las sociedades constituidas en Colombia son libremente removibles, (ii) Que no hay duda alguna de que se deben respetar los resultados obtenidos al aplicarse los mecanismos de votación previstos en la ley para elegir a tales funcionarios, (iii) Que a pesar de que los accionistas minoritarios no cuentan con un derecho intrínseco a participar en los órganos de administración de una compañía, la intervención de los mismos en la junta directiva de una sociedad puede ser un importante mecanismo para la defensa de sus intereses, ante las posibles actuaciones abusivas del controlante, particularmente en hipótesis de conflictos intrasocietarios. Así, por ejemplo, la designación de directores que sean independientes del mayoritario podría facilitar la detección temprana de

conductas anómalas, (iv) Que si bien es cierto que una vez los asociados minoritarios forman parte de la junta directiva no se puede entender que se convierten en funcionarios inamovibles, no lo es menos que, en muchos casos, la intervención de las autoridades judiciales se justifica en la medida en que la exclusión del minoritario obedezca, principalmente, a la intención premeditada de perjudicarlo –como lo puede ser el apartarlo de la gestión de las operaciones sociales o impedirle el acceso a información estratégica de la empresa– o de favorecer al accionista mayoritario o a un tercero.

CONCLUSIONES

La disposición contenida en el artículo 830 del Estatuto Mercantil colombiano que obliga al que abusa de sus derechos a indemnizar los perjuicios que cause, desde hace ya cinco lustros ha venido siendo interpretada y aplicada a la luz del ordinal 1.º del inciso 3.º del artículo 95 de nuestra Carta Magna, que prohíbe de forma categórica el abuso de los derechos. Ahora bien, en el ámbito del derecho de sociedades, la Ley 1258 de 2008 introdujo, para la sociedad por acciones simplificada, una regulación específica en lo que tiene que ver con la materia del abuso del derecho de voto de los asociados en una compañía mercantil, norma que desde la entrada en vigencia del Código General del Proceso se ha extendido a las demás especies societarias. Ahora bien, instituciones tales como el aumento del capital social, el precio en la colocación de acciones, la negativa de aprobación de la cesión de cuota sociales, la constitución de

de Atención del Infractor S. A. S., Jeny Marcela Cardona y Juan Carlos Cardona).

reservas ocasionales y la remoción de un accionista minoritario de la junta directiva son instituciones del derecho societario que con frecuencia se ven afectadas por un ejercicio abusivo de los derechos de las mayorías de una sociedad comercial. Para prevenir, morigerar y corregir las expresiones de un ejercicio abusivo de los derechos de los cuales se encuentran investidos los accionistas de una compañía mercantil, una visión neo-contractualista del derecho de sociedades se erige como una herramienta indispensable para lograr que los que hacen parte de una sociedad comercial en calidad de asociados ejerzan sus derechos no solo en beneficio propio sino también en interés de la persona jurídica societaria y, en general, de todos aquellos grupos de personas que se ven impactados por el desarrollo de la actividad económica de los cuales es titular el ente societario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amaya, J. (2015). Abuso del derecho en materia societaria: opresión de accionistas y políticas de repartición de utilidades en Colombia. *Revista de Derecho Privado (Universidad de los Andes)*, (53): 1-27.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-090 de 2014, magistrado ponente Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia de noviembre 20 de 2014, proceso n.º 2013 – 801-129. Caso Alexander Rodríguez versus Jorge Díaz Ángel, Ricardo Alonso Zamudio Alarcón y Jannas Grupo Empresarial SAS.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades. Sentencia de diciembre 19 de 2013, proceso n.º 2012-801-052. Caso Serviucis S. A. S. versus Nueva Clínica Sagrado Corazón S. A. S.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia de febrero 27 de 2014, proceso n.º 2012 – 801-029. Caso Capital Airports Holding Company versus CAH Colombia SA.
- Colombia Superintendencia de Sociedades, Sentencia de julio 18 de 2014, proceso n.º 2012 – 801-061. Caso Isabel Cristina Sánchez Beltrán versus Centro Integral de Atención del Infractor S. A. S., Jeny Marcela Cardona y Juan Carlos Cardona.
- Córdoba, P. (2000). El gobierno de la empresa y el derecho. *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)*, (5): 39-55.
- Córdoba, P. (2006). Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad social de la holding. Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana. *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)*, (10): 51-101.
- Córdoba, P. (2014). *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- De Roimisier, M. (1979). *El interés social en la sociedad anónima*, Buenos Aires: De Palma.
- Gaviria, E. (2004). *Apuntes sobre el derecho de sociedades*, Medellín: Señal Editora.
- Martínez, N. (2010). *Cátedra de derecho contractual societario*, Bogotá: Abeledo Perrot.
- Monroy, M. (1996). *Introducción al derecho*, Bogotá: Temis.
- Morgestein, W. (2011). El concepto de interés social y su impacto en el derecho de sociedades colombiano. *E–mercatoria*, 10 (2): 1-21.
- Narváez, J. (2008). *Teoría general de las sociedades*, Bogotá: Legis.

- Neira, L. (2006). *Apuntaciones generales al derecho de sociedades*, Bogotá: Temis.
- Numa, M. (2005). Interés común de los asociados, interés de la sociedad e interés de la empresa. Reflexiones en torno a la toma de decisiones en las sociedades anónimas. En *La empresa en el siglo XXI*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Peña, M. (2015). Gobierno corporativo, oportunismo y abuso del derecho en sociedades mercantiles. *Revista de Derecho Privado* (Universidad de los Andes), (54): 1-49.
- Pinzón, G. (1988). *Sociedades comerciales. Vol. I. Teoría general*, Bogotá: Temis.
- Polanía, N. (2012). Responsabilidad por violación de la buena fe en la sociedad por acciones simplificada. *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), (23): 279-329
- Rengifo, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes, F. (2016). *Derecho Societario, I*, Bogotá: Temis.
- Rovira, A. (2006). *Pactos de socios*, Buenos Aires: Astrea.
- Suárez, R. (2008). *Introducción al Derecho Civil*, Bogotá: Temis.
- Suescún, J. (1996). *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo, Tomo I*, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá-Universidad de los Andes.
- Tamayo, A. (2009). *La responsabilidad civil extra-contractual y la contractual*, Bogotá: Doctrina y Ley.
- Velásquez, C. (2010). *Orden societario*, Medellín: Señal Editora.