

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ABUSO DE DERECHO AL VOTO EN LAS SOCIEDADES POR ACCIÓN SIMPLIFICADA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Rodrigo Estupiñán¹
Gabriela Martínez²
Astrid Lorena Casanova³

Fecha de recepción: 27 de enero de 2021.

Fecha de aceptación: 31 de marzo de 2021.

Referencia: Casanova, A., Estupiñán, R., y Martínez, G. (2021). Criterios jurisprudenciales sobre el abuso de derecho al voto en las Sociedades por Acción Simplificada por la Superintendencia de Sociedades. *Revista Científica Codex*, 7(12), 85-118.

RESUMEN

Con la expedición de la Ley 1258 de 2008, además de establecerse la figura del abuso de derecho de voto, se le otorga competencia a la Superintendencia de Sociedades para conocer sobre los conflictos societarios que de ella se deriven, generando así, una serie de decisiones judiciales de las cuales se establecieron los criterios jurisprudenciales necesarios para definir en qué casos se configura el ejercicio abusivo del voto. El objeto del presente artículo, es dar a conocer dichas subreglas jurisprudenciales en el caso específico de las sociedades por acciones simplificadas, dado que este es el tipo societario predilecto de los comerciantes y empresarios colombianos. Para tal fin, se abordará en primer lugar,

-
1. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño.
 2. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño.
 3. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño.

los antecedentes y teoría del principio del abuso del derecho, su incorporación en sentencias y legislaciones internas, hasta su llegada a Colombia. Seguidamente, se estudia el concepto específico de abuso de derecho de voto en sociedades, teniendo en cuenta tanto el desarrollo legal como doctrinal. Finalmente, tras un análisis de las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Sociedades, se dan a conocer cuáles son los criterios esenciales y necesarios para que una decisión societaria pueda considerarse abusiva y contraria a lo establecido en la Ley y la Constitución.

Palabras clave: Abuso del derecho de voto, Superintendencia de Sociedades, accionista mayoritario y accionista minoritario.

ABSTRACT

With the issuance of Law 1258 of 2008, in addition to establishing the figure of abuse of voting rights, it gives to Superintendency of Companies the competence to know about the corporate conflicts that arise from it, giving as a result, a serie of judicial decisions of which the necessary jurisprudential criteria were established to define in which cases the abusive exercise of the vote is configured. The purpose of this article, is to present various jurisprudential sub-rules in the specific case of companies by simplified actions, because this is the type of society preferred by Colombian businessmen. Therefore, at first is necessary talk about the background and theory of the rule of abuse of the law, its incorporation in sentences and internal laws, until its arrival in Colombia. Afterwards, the specific concept of abuse of voting rights in societies is studied, both legal and doctrinal development. Finally, after an analysis of the decisions adopted by the Superintendency of Companies, the essential and necessary criteria for a corporate decision to be considered abusive and contrary to the provisions of the Law and the Constitution are disclosed. Finally, after analyzing the decisions submitted by the Superintendency of Companies, are disclosed, the essential and necessary criteries to consider a decision of the company abusive and contrary to what is established in the Law and the Constitution.

Keywords: Abuse of the right to vote, Superintendence of Companies, majority shareholder and minority shareholder.

INTRODUCCIÓN

El origen y evolución de la teoría del abuso de los derechos en los ordenamientos jurídicos continentales representó un gran avance respecto al límite al ejercicio de los mismos, los cuales perdieron su carácter absoluto, evitando que se usen en función de ocasionar perjuicios malintencionados. Si bien los primeros casos se dieron en el marco del derecho de propiedad, poco a poco esta teoría fue siendo aplicada por los jueces en diferentes esferas legales, tomando tal relevancia, que fue necesaria la incorporación del abuso del derecho en las legislaciones internas de los países. Colombia no fue ajena a este principio, la Corte Suprema de Justicia se atrevió a incorporar límites a la hora de utilizar derechos para causar un daño y justificarlo en el contenido de la ley, en sus decisiones respecto a temas como el abuso en el ejercicio del litigio, embargos de bienes excesivos y denuncias temerarias. Actualmente el abuso del derecho permea todas las ramas del derecho, al punto en que se crearon subcategorías de dicho principio, reguladas en extenso y con su propio camino procesal.

Es así como, en el contexto del derecho societario colombiano, con la promulgación de la ley 1258 de 2008, por la cual se crean y regulan las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.), la ley brinda a los socios herramientas que permiten proteger sus intereses y evitar perjuicios en sus derechos. Una de esas herramientas se encuentra en la acción de abuso del derecho de voto, la cual, en el marco de las S.A.S., busca la nulidad de decisiones adoptadas con el fin de perjudicar determinados socios o conseguir ventajas injustificadas que no obedecen a los objetivos sociales. Esta regulación del abuso del derecho de voto, busca evitar que las mínimas restricciones impuestas a las sociedades por acciones simplificadas, sean sinónimo de inobservancia de las actividades llevadas a cabo por los empresarios y comerciantes.

Es por ello, que constitucional y legalmente se dotó a la Superintendencia de Sociedades con competencias jurisdiccionales para conocer de diversos conflictos societarios, entre ellos, los derivados del ejercicio abusivo del derecho de voto, esto con el objetivo de agilizar el desarrollo de los procesos mercantiles y permitir un mejor acceso de los socios a la justicia. Actualmente, se encuentra una serie de fallos de la Superintendencia de Sociedades en los que desarrolla a fondo los elementos necesarios para que efectivamente se configure abuso de

derecho de voto en sociedades, en su mayoría, sociedades por acciones simplificadas, dichos fallos deben ser conocidos por los comerciantes y empresarios colombianos, para que logren identificar si en sus sociedades se toman decisiones ejerciendo de manera abusiva el derecho de voto, y de ser así, para conocer qué medidas tomar y cómo actuar al respecto.

En el presente artículo, mediante un estudio hermenéutico interpretativo de la figura del abuso del derecho de voto en las sentencias relevantes de la Superintendencia de Sociedades, se consolidarán una serie de criterios aplicados a la hora de solucionar conflictos societarios originados en el abuso del derecho de voto, con miras a definir la posición de la Superintendencia de Sociedades al respecto del problema jurídico en cuestión, de lo cual se puede ofrecer un resultado significativo e importante dentro del campo académico.

1. LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

Los primeros antecedentes sobre el principio del abuso de derecho se encuentran en la antigua Roma. En primer lugar, la existencia de reglas como *malee nim nostro iure uti non debemus* que traduce “no debemos usar el mal de nuestros derechos” (Gayo, como se citó en Rengifo, 2002, p. 5) y, en segundo lugar, la vigilancia realizada por la comunidad romana sobre el uso de los propios derechos (Iglesias, 1982). Siguiendo esta línea, Josserand (1999) considera que la teoría del abuso del derecho desde la perspectiva del derecho romano, encuentra su fuente generadora en la relatividad en los derechos subjetivos y se limita a la concepción de dolo y fraude, por tal motivo, el abuso del derecho solo era aquel que cumplía con la intención nociva de causar daño. De esta manera el autor concluye, que la figura del abuso del derecho romana evolucionó en el derecho moderno, al cambiar de un criterio intencional a un criterio social, pues lo que se castiga es el hecho de separar al derecho subjetivo de su espíritu, su finalidad, es decir de su misión social.

Sin embargo, frente a esta posición, existen autores como Giuseppe Grosso (1965), que defienden la teoría de la ausencia del principio de abuso del derecho de voto en la antigua Roma, puesto que, si bien se limitaba el ejercicio de algunos derechos, los romanos no se caracterizaban por “recoger en conceptos o categorías generales toda la riqueza

y los matices que ofrece la vida práctica” (p. 161-163). Adicionalmente, se debe recordar que las leyes romanas tenían una noción de los derechos objetiva, por lo cual, cada quien recibía lo que le correspondía, sin conceder facultad o potestad a su titular. Los Hermanos Mazeaud y André Tunc consideraban que no se estaba frente a una nueva fuente de responsabilidad, si no que el abuso del derecho es una culpa cometida en ejercicio de determinado derecho; finalmente, Boris Starck no comparte lo planteado por Josserand, pues considera que el derecho objetivo suministra la base del derecho objetivo, con lo cual el derecho termina donde el abuso inicia, no obstante, pese a las críticas planteadas, la teoría del abuso de derecho se impuso en fallos judiciales y la legislación de las naciones (Rengifo, 2002).

En la jurisprudencia francesa, el abuso del derecho se implementó para combatir el formalismo jurídico y el carácter absoluto de los derechos que trajo consigo el Código de Napoleón. Rengifo (2002) destaca fallos como el de la Corte de Colmar del 2 de mayo de 1855, en el cual se afirma que “el ejercicio del derecho de propiedad debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo” (p. 43), ello haciendo alusión a la construcción de una chimenea inútil con el fin de obstruir el paso de luz a un vecino. Más adelante, Clement Bayard, un ciudadano francés dedicado a la construcción de globos, es perjudicado por su vecino, quien ordena la construcción de altas empalizadas de madera con puntas de metal y alambres de púa al frente y a los lados de su hangar, con el fin de estropear los globos (León, 1931). Bayard acude a la justicia y en 1913, el Tribunal de Compiègne concluye que los derechos no pueden ser ejercidos para un objetivo distinto de aquel asignado por el legislador. De estos fallos se puede evidenciar como el abuso del derecho nace gracias al tránsito de una interpretación exegética de la norma, a una interpretación funcional que valora la finalidad para la cual fueron concebidos los derechos (Rengifo, 2002).

En el sistema del Common Law, el abuso del derecho se abordó desde un punto de vista diferente, sin llegar a ser aceptado como una regla general, pues dicha teoría se planteó en el marco de derecho abstracto, partiendo de la noción de derecho subjetivo, ideas originarias en el sistema continental, incluso el uso del precedente jurisprudencial como fuente del sistema legal inglés, dificultó la acogida de esta teoría (Ianello, s.f.). Incluso algunos autores ingleses consideraban la teoría

del abuso de derechos riesgosa, en palabras del catedrático Gutteridge (como se citó en Robilant, 2014), dice:

The conversations I have had with continental lawyers left me with the impression that abus de droit is regarded as a dangerous expedient which should only be utilized to prevent manifest injustice [...] It [abuse of rights] resembles a drug which at first appears to be innocuous, but may be followed by very disagreeable after effects. Like all indefinite expressions of an ethical principle it is capable of being put to an infinite variety of uses, and it may be employed to invade almost any sphere of human activity for the purpose of subordinating the individual to the demands of the State. [...]. But it is clear that the theories of abuse and of relativity of rights, in general, have no place in our law as it now stands (p. 2).

Muestra clara de esta renuencia a limitar el ejercicio de los derechos se encuentra en el precedente inglés “Allen V. Flood”, caso en el cual, cuarenta caldereros sindicalizados trabajaban para la compañía Glengall Iron reparando un barco. Dos de los trabajadores sindicalizados, adicionalmente realizaban labores de herrería para otra empresa, lo que causó un desacuerdo entre los caldereros, pues consideraban que esta actividad era de jurisdicción exclusiva de la organización sindical. En represalia, el líder sindical, Allen, amenazó a la compañía Glengall con iniciar una huelga sindical a menos de que se despidiera a los dos trabajadores antes mencionados, la compañía decidió despedirlos para evitar el cese de actividades laborales, los trabajadores entonces decidieron emprender acción contra el representante sindical por interferencia perjudicial en sus contratos de trabajo (Perillo, 1995). La cámara de Lores en pocas palabras manifestó que un contrato puede ser licencia para la crueldad y la maldad, uno de los argumentos para afirmar esto, se encuentra en las palabras de Lord Wills quien dijo:

Any right given by contract may be exercised as against the giver by the person to whom it is granted, no matter how wicked, cruel or mean the motive may be which determines the enforcement of the right. It is hardly too much to say that some of the most cruel things that come under the notice of a judge are mere exercises of a right given by contract (Perillo, 1995, p. 42).

Al final, como expresa La Fayette (1902), la mayoría de lores en Allen V. Flood encontraron que:

defendant had infringed no right of the plaintiffs; had done nothing which he had no legal right to do; and that the fact that he acted maliciously and with intent to injure the plaintiff did not, without more, entitle the plaintiffs to maintain an action (p. 53).

En EE.UU., la teoría de abuso de los derechos se vio reflejada en fallos como *Burke v. Smith*, en el año 1888, en el cual se acusaba al demandado de construir una cerca solo con el único propósito de privar al demandante de luz y aire a las ventanas de la planta baja. El Tribunal de Michigan concedió la facultad al demandante de abatir la cerca, para tomar esta decisión se tuvo en cuenta un enfoque moralista, en palabras del Tribunal:

the civil law furnishes redress, because the injury is malicious and unjustifiable. The moral law imposes upon every man the duty of doing unto others as he would that they should do unto him; and the common law ought to, and in my opinion does, require him to so use his own privileges and property as not to injure the rights of others maliciously, and without necessity (Perillo, 1995, p. 45).

Incluso, se presentaron casos con supuestos fácticos similares al del fallo *Allen v. Flood*, en los cuales los jueces estadounidenses llegaron a conclusiones contrarias a las dadas por la Cámara de Lores, pues consideraron que “...Both in the context of labor union organization and outside that context, at-will employees have been granted causes of action for malicious interference with their employment” (Perillo, 1995, p. 47).

Ahora bien, el abuso del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, ha evolucionado desde la década del treinta en el siglo XX, partiendo de la jurisprudencia de la Corte Suprema que reconoció el abuso como un principio para fundamentar las decisiones judiciales, buscando actualizar el derecho civil a los nuevos escenarios, las formas más tradicionales del abuso del derecho se encontraban en: i) exceso en embargo de bienes (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 05 de agosto 1937), ii) denuncias penales temerarias (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de agosto 1938), iii) insistencia en secuestro de bienes que no son de propiedad del ejecutado (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de mayo 1941) y iv) abuso del derecho a litigar

(Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de junio 1943).

Con la llegada del Código de Comercio, en su artículo 830 se materializa en la legislación esta teoría, al estipularse la obligación de indemnización por los perjuicios causados, en concordancia con el artículo 95 numeral 1 de la Constitución, que impone la carga de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

La inclusión del abuso del derecho en Colombia, se respalda en el desarrollo doctrinal de autores como el español Atienza (como se citó en Rengifo, 2002) quien cataloga al abuso del derecho como un “ilícito atípico”. Para el autor, los ordenamientos jurídicos están compuestos de principios y reglas, lo primero es la base para lo segundo. El abuso del derecho se da entonces, cuando un comportamiento trasgrede un principio, aunque dicha conducta no esté en contravía de una regla determinada, siendo así una manera de limitar el alcance de las reglas jurídicas permisivas. Para que una conducta sea abusiva debe darse en el ejercicio de un derecho subjetivo, dicha conducta debe dañar un interés que no se encuentra protegido por una norma específica y determinada y finalmente la acción fue movida con el interés de causar un perjuicio o por el exceso o anormal ejercicio del derecho. La teoría del abuso de derecho busca determinar si se incurre en responsabilidad al lesionar un interés ajeno en razón del ejercicio de un derecho propio, quebrantando la idea de que no habría lugar a indemnización cuando quien causó un perjuicio, no hubiese actuado con dolo o con culpa grave (Monroy, 1996).

Actualmente, para establecer si hay abuso del derecho o no, se debe acudir a los criterios: (i) intencional, (ii) económico, (iii) balance de intereses y (iv) funcional (Monroy, 1996). De igual manera, la Corte Constitucional ha planteado que se incurre en responsabilidad cuando un derecho se ejerce contrariando bases de estricta justicia, sin atender el fin social para el cual está destinado, por tanto, se incurre en abuso del derecho siempre que, quien es titular del derecho se aprovecha de la interpretación de las normas jurídicas o lo ejerce con fines inconciliables con las mismas, lo usa de manera inapropiada e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines o invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue (Corte Constitucional, T-511/93). Más adelante, desde el

marco constitucional, se plantea que se incurre en abuso cuando el titular de un derecho da uso inapropiado e irrazonable del mismo, a la luz de su contenido esencial y de sus fines (Corte Constitucional, T-280/17).

Con el paso del tiempo la Corte Suprema en concordancia con lo estipulado en el artículo 1280 del Código de Comercio, plantea que el abuso del derecho puede recaer sobre derechos de crédito y contractuales, cuando este se produce en el cumplimiento, en la interpretación o en la rescisión de un contrato; posteriormente se ha aplicado a todos los derechos subjetivos, pues se entiende como un instrumento de control del contenido negocial y como una forma de control de derechos, ya que puede presentarse cuando el ordenamiento otorga poder, prerrogativas o facultades a los particulares. En consecuencia, existe responsabilidad de quien causa perjuicio a un tercero, tanto al ejercer su derecho, por la omisión, abstención o no ejercicio del mismo, entendiendo que el daño se configura como un presupuesto para efectivizar las medidas compensatorias a las que hubiese lugar y no como elemento constitutivo del abuso (Rengifo, 2002).

Con el fin de aterrizar la figura del abuso del derecho en el tema materia del presente artículo, se abordará el desarrollo que ha tenido esta figura en el marco de las sociedades comerciales en Colombia, en específico, en las sociedades por acciones simplificadas.

2. MARCO LEGAL Y DOCTRINARIO DEL ABUSO DE DERECHO DE VOTO EN LAS S.A.S.

La regla general establece que las decisiones que se tomen en asamblea perseguirán el interés de la sociedad, esto permite a su vez, determinar lo que se considera decisiones abusivas dentro de la compañía, pues si bien el artículo 830 del Código de Comercio ha planteado una obligación de indemnización por los perjuicios resultantes del ejercicio abusivo de un derecho (Colombia, Código de Comercio), en el ámbito societario este planteamiento resulta insuficiente para resolver los conflictos que puedan suscitarse, según manifiesta Reyes (2009) por dos razones:

- (i) los conocidos problemas de jurisdicción ordinaria y de los tribunales de arbitraje, cuya usual lentitud entorpece la aplicación de la teoría del

abuso, en especial por las dificultades en la apreciación de pruebas, y; (ii) por la consideración según la cual el abuso del derecho tan sólo da lugar a una indemnización de perjuicios, de acuerdo con el artículo 830 citado (p. 64).

En consecuencia, se expidió la Ley 1258 de 2008, en la cual se regula el abuso del derecho de voto en sociedades, sin que la existencia de este régimen especial de responsabilidad implique la exclusión de la aplicación de normas generales, como la contenida en el artículo 830 del Código de Comercio. De esta manera, la Ley 1258 de 2008 además de regular el concepto de abuso de derecho de voto, establece situaciones en las que puede presentarse y hace una distinción del mismo bajo tres modalidades: el de minorías, mayorías y de paridad (Ley 1250 de 2008, Colombia).

Respecto al abuso de mayorías, Dominique Vidal (como se citó en Amézquita y González, 2012) ha manifestado que es una consecuencia del quebrantamiento del equilibrio jurídico entre los accionistas, que puede darse porque se ha vulnerado la igualdad de los derechos que les han sido reconocidos a los asociados, a través de los estatutos, o porque se fractura la igualdad externa frente a la calidad de asociado, por ejemplo, cuando el accionista minoritario es privado de una ventaja que en su lugar, le es concedida a un mayoritario, sin embargo dicha prerrogativa es recibida a causa de una relación externa al pacto social, no en su calidad de accionista (Reyes, 2013). Esta modalidad de abuso de derecho de voto, tendrá lugar siempre que la decisión tomada por la asamblea esté dirigida a obtener beneficios para los accionistas mayoritarios o para terceros, y no en aras del interés de la sociedad, por ejemplo, cuando se aprueba un aumento innecesario de capital, que tiene por fin perjudicar a los accionistas minoritarios, cuando el mismo no podría ser cumplido por dichos accionistas (González, 2012).

Al respecto, la Corte Constitucional planteó que las decisiones de la sociedad se adoptan de acuerdo a los intereses de los socios que ostenten control de la compañía y por ende, tienen la posibilidad de ejercer subordinación sobre la asamblea, es decir, ejercen su poder para obtener beneficios, sin atender a los intereses de la compañía o a los derechos del resto de los socios, caso en el cual resulta razonable que la ley proteja al accionista minoritario (Corte Constitucional, C-707-2005).

Por otro lado, se constituye abuso de minoría, también conocida como derecho de veto, cuando los accionistas minoritarios impiden de manera consciente la aprobación de decisiones cruciales para el correcto funcionamiento de la sociedad, sin que ello implique obtener beneficios para sí o ventajas económicas, pues su poder para lograr prerrogativas para sí, es muy limitado (Reyes, 2013). El abuso de minoría puede presentarse cuando las decisiones a tomar en asamblea estén sujetas a la voluntad de mayorías calificadas, en las cuales resulte crucial la concurrencia de algunos accionistas minoritarios, sin embargo, pese a que los intereses de la sociedad estén en riesgo, los accionistas minoritarios votan persiguiendo un fin egoísta (Reyes, 2013).

Sobre el abuso de paridad, se ha manifestado que se asemeja al abuso por minoría, puesto que en ambas situaciones se evidencia que la postura de los accionistas es abstenerse de votar de tal manera que resulte favorable para la sociedad, sin embargo, la diferencia de estas dos modalidades radica en que para que se constituya abuso por paridad, es necesario que el capital de la sociedad se encuentre distribuido en igual porcentaje entre dos bloques de accionistas, y uno de ellos vote en dirección contraria al interés de la sociedad, de esta manera, existe una situación de igualdad de derechos en la sociedad que representa una facultad mutua de bloqueo (González, 2012).

En conclusión, la ley 1258 de 2008 en concordancia con la ley 1450 de 2011, ha establecido que siempre que el voto emitido se realice con el propósito de causarle daño a la sociedad o a otros accionistas, con el propósito de obtener prerrogativas injustificadas para sí o para un tercero, existe abuso de derecho de voto, y por ende prevé como posibles sanciones ante esta conducta, la indemnización por los perjuicios ocasionados y la nulidad absoluta de la decisión adoptada por la asamblea, siendo competente para dirimir estos conflictos la Superintendencia de Sociedades.

En España, a diferencia del ordenamiento colombiano, se establece que la figura del abuso del derecho al voto tendrá lugar siempre que los accionistas mayoritarios tomen decisiones egoístas, que causen perjuicio a los accionistas minoritarios, es decir, no se requiere que el socio procure un beneficio para sí, sino que es suficiente la mera intención de vulnerar o desmejorar los derechos de socios minoritarios, puesto

que se considera que de esta manera dicho socio desatiende su obligación de procurar el bienestar de la sociedad (Henao, 2014).

Por otra parte, en el ordenamiento jurídico francés, se ha planteado que existirá abuso de minoría en aquellas situaciones en las que un socio bloquee una operación social, es decir, pone en riesgo el interés social con el fin de obtener una prerrogativa económica para sí. Sin embargo, para que se pueda determinar de manera efectiva la existencia de abuso de derecho por parte de la minoría, es necesario que tal operación que ha sido obstaculizada sea de trascendencia tal, que impida el normal funcionamiento y gestión de la sociedad (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 7 de mayo 2013).

2.1 Aspectos procesales de la acción de abuso del derecho de voto: competencia, requisitos formales y medidas cautelares

Actualmente, el ordenamiento jurídico colombiano ha planteado la posibilidad de que los conflictos que se susciten en el desarrollo del contrato social, entre los accionistas o los administradores y la sociedad, pueden someterse al conocimiento de tribunal de arbitramento o de amigable composición, siempre que así haya sido previsto en los estatutos de la sociedad. Sin embargo, cuando ello no ocurra, se entiende que la Superintendencia de Sociedades será la competente para dirimir los conflictos mencionados, puesto que en cumplimiento del artículo 116 de la Constitución Política, la ley 1258 de 2008 atribuye facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades en lo que respecta a las sociedades por acciones simplificadas. Posteriormente en la ley 1450 de 2011 que contiene el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014, específicamente en su artículo 252, se amplían las facultades de la Superintendencia de Sociedades, para conocer y resolver los conflictos societarios de todas las sociedades que estén bajo su supervisión (Colombia, Ley 1450 de 2011).

De esta manera, la Superintendencia de Sociedades es competente para conocer la acción de abuso de derecho al voto, a través de un proceso verbal sumario, precisando que, contra la sentencia que del mismo se profiera, no procede el recurso de apelación, puesto que se trata de un proceso de única instancia al cual la Superintendencia de Sociedades le dará trámite en una sola audiencia, en la cual podrá declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada por el máximo

órgano social y si tiene cabida, la indemnización de los perjuicios que hayan resultado de la misma.

Bajo este entendido, siempre que un asociado en ejercicio abusivo de su derecho al voto, cause un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas, podrá ejercerse la acción de abuso del derecho al voto, sin importar si se presenta en abuso de mayoría, minoría o paridad. Sin embargo, para obtener una respuesta favorable en el proceso, se requiere acreditar dicho perjuicio y, además, probar el propósito ilegítimo de causarlo o de obtener algún beneficio injustificado.

Debido a las facultades jurisdiccionales que tiene la Superintendencia de Sociedades, siempre que sea necesario salvaguardar el derecho objeto de litigio y en aras de evitar un perjuicio irreparable mediante indemnización pecuniaria, le es posible decretar medidas cautelares nominadas o innominadas. Para que las medidas cautelares sean decretadas es necesario que la delegatura de la Superintendencia realice un análisis concienzudo de los elementos de juicio disponibles, con el objetivo de determinar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico de la demandante (Superintendencia de Sociedades, 2017).

El primero de los presupuestos mencionados es analizar las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda, el cual consiste en realizar una evaluación preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles, para así determinar si las pretensiones formuladas en la demanda están llamadas a prosperar. Este presupuesto obedece a la apariencia de buen derecho a la que el Código General del Proceso se refiere como “la carga de acreditar de forma provisional e indiciaria, que la pretensión principal presenta visos de poder prosperar” (Colombia, Código General del Proceso). Sin embargo, es necesario aclarar que dicho análisis preliminar no conlleva a un prejuzgamiento que en posteriores etapas procesales le impida al juez pronunciarse acerca del fondo del asunto, pues al ser una valoración previa de las pruebas aportadas, es posible que la decisión dictada en sentencia sea diferente a la conclusión expresada en el auto de medidas cautelares. En ese sentido, Bejarano (2011) ha manifestado que:

no se trata de una decisión de fondo sino preliminar, que por supuesto puede ser modificada en la sentencia que le ponga fin al proceso...

si el juez no decreta la suspensión provisional... en modo alguno ello significa que la sentencia será adversa al demandante, pues las pruebas recaudadas en el proceso pueden contribuir a cambiar la decisión que se adopte en la sentencia (p. 167).

Por otra parte, para decretar la medida cautelar, el juez debe estudiar la legitimación y el interés económico de las partes para iniciar el proceso, de igual manera, debe determinar la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Es necesario establecer que el interés del demandante incluye elementos para obrar y la necesidad de la medida cautelar solicitada (Superintendencia de Sociedades, Auto de 2012). Por ello el juez debe determinar si en el proceso se compromete el patrimonio de las partes, y si existe interés económico legítimo para actuar. Algunas de las medidas cautelares que se decretan en los conflictos respecto a abuso de derecho al voto son : orden de no celebrar negocios jurídicos por fuera del giro ordinario de los negocios; orden de no celebrar una reunión de la asamblea general de accionistas; orden de entregar copias de los libros de comercio de una compañía, orden de reconstituir el patrimonio de una sociedad; suspensión de la elección de miembros de la junta directiva y del representante legal; suspensión de la venta de los principales activos de una compañía (Superintendencia de Sociedades, 2017).

Por último, es necesario mencionar que antes de ser decretada la medida cautelar, se requiere presentar una caución, pues se contempla la posibilidad de indemnización de perjuicios causados a la compañía o asociados, consecuencia de la práctica de la medida cautelar. Por ello en el ordenamiento jurídico colombiano se ha establecido que la caución debe ser “equivalente al 20% de las pretensiones estimadas en la demanda” (Colombia, Ley 1564 de 2012). Sin embargo, también se ha otorgado la facultad al juez para que de oficio o a petición de parte, pueda modificar el monto de la caución siempre que lo considere necesario.

3. SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES QUE ABORDAN EL ABUSO DEL DERECHO DE VOTO EN LAS S.A.S.

Una vez abordada la figura del abuso del derecho del voto en las sociedades por acciones simplificadas en la legislación colombiana y

entendida la labor jurisdiccional que cumple la Superintendencia de Sociedades, a continuación se presenta una revisión jurisprudencial de los fallos más relevantes emitidos por esta corporación respecto de la temática mencionada con el fin de extraer los criterios que reflejan la postura frente a los conflictos societarios derivados del presunto ejercicio abusivo del derecho.

3.1 Remoción del accionista minoritario de la junta directiva de la sociedad como posible ejercicio abusivo del derecho de voto por parte del accionista mayoritario.

La Superintendencia de Sociedades en principio tiene una posición clara de no interferencia en las decisiones adoptadas por accionistas y administradores sobre el manejo interno de la compañía, como nombramiento de administradores, decisiones de negocios, etc.; situación que encuentra excepción en aquellos casos que existan actuaciones ilegales, abusivas o viciadas de conflicto de interés. Ante la posibilidad de la existencia de abuso del derecho al voto por parte de un accionista mayoritario, se justifica la intervención judicial, por lo cual es necesario establecer si la finalidad con la que se ejercieron los derechos de voto excedió el ámbito de lo permisible dentro del ordenamiento jurídico.

El despacho conoció del conflicto societario entre Edwin Tobón y Mauricio Vélez cuyo problema jurídico a resolver fue determinar si existió o no ejercicio abusivo del derecho al voto por parte del accionista mayoritario en la decisión de remover de la junta directiva de la sociedad al accionista minoritario y demandante dentro del proceso. Al respecto, dejó claro que a tenor del artículo 198 del Código de Comercio, se entiende que los administradores son removibles libremente y se deben respetar los mecanismos por el cual fueron elegidos, pero también se tiene claro que la presencia de un accionista minoritario en la junta directiva de una sociedad es una buena forma de proteger sus intereses respecto de los intereses de la controlante y es una buena forma de detectar de forma temprana si hay anomalías en el manejo de la sociedad (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 19 de diciembre 2013).

Por otra parte, en situaciones de diferencias entre accionistas, se suele encontrar que la votación de los accionistas mayoritarios está

motivada en lesionar al accionista minoritario mediante la aprobación de determinadas decisiones. Una diferencia entre mayoritarios y minoritarios genera contraposición clara de intereses económicos entre estos y rompe la confianza que pudo haber entre controlante y la minoría. Así entonces, siempre que se observe la existencia de un conflicto intrasocietario, el despacho observará las decisiones de la sociedad en las que se afecte a las minorías (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 19 de diciembre 2013).

En el caso concreto y dando desarrollo al criterio en cuestión, la remoción de Serviucis S.A., accionista minoritario, de la junta directiva de la sociedad demandada, se produjo de manera clandestina, en medio de un conflicto intrasocietario, dicho socio minoritario fue reemplazado por un director parte del bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez. Esto muestra un patrón de conducta que indica la intención de afectar a Serviucis S.A. y que el bloque mayoritario pueda ejercer control sin límite alguno sobre NCSC S.A.S. (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 19 de diciembre 2013).

Además, en el acervo probatorio no se encontró sustento para justificar la remoción de Serviucis S.A. y es así como el despacho concluye que la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S., no sólo despojó efectivamente a aquella compañía de una importante prerrogativa, sino que le permitió al bloque mayoritario controlar el flujo de información acerca de la actividad de la Clínica Sagrado Corazón. Lo anterior es tanto más grave en cuanto ocurrió con ocasión de un pronunciado conflicto intrasocietario y antes de pactarse la venta de la sociedad NCSC S.A.S. Es por ello por lo que el Despacho encuentra que, en efecto, se ejerció el derecho de voto en forma abusiva, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 19 de diciembre 2013).

Debe reiterarse, en este sentido, que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista mayoritario se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados. Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente aclarar que la presente decisión debe interpretarse en forma restrictiva. Lo expresado en esta sentencia no puede entenderse en el sentido de que los accionistas minoritarios cuentan con un derecho intrínseco a participar en los órganos de administración de

una compaa, ni mucho menos que, una vez tales asociados formen parte de la junta directiva, se conviertan en funcionarios inamovibles. En este pronunciamiento simplemente se censura, por abusivo, el voto ejercido con la finalidad, a todas luces ilcitas, de ocasionar perjuicios y obtener ventajas indebidas, particularmente en hip3tesis de conflicto y en el curso de un proceso de venta sobre el control de una compaa (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 19 de diciembre 2013).

3.2 Retenci3n de utilidades que signifiquen afectaci3n al accionista minoritario en ejercicio abusivo de derecho al voto.

En esta oportunidad, la Superintendencia de Sociedades conoci3 del conflicto societario entre Isabel Cristina Sánchez contra Jeny y Juan Carlos Cardona como accionistas mayoritarios de la Sociedad Centro Integral de Atenci3n (CIA) del Infractor de Tránsito S.A.S, en cuyo caso por disposici3n estatutaria, los tres socios fueron nombrados miembros de la junta directiva y la primera, como representante legal. Lo anterior cobra importancia toda vez que tiempo despu3s, la accionista minoritaria y representante legal, fue retirada del cargo, e inclusive dej3 de ser suplente en el mismo, situaci3n que la motiv3 a abrir un nuevo centro de atenci3n denominado Cenintra, lo que, adicional a otras circunstancias, deterioraron la relaci3n entre los accionistas mayoritarios y la señora Sánchez (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014).

En virtud de lo anterior, mediante reuni3n ordinaria, los accionistas demandados determinaron no realizar el reparto de utilidades generadas en el determinado año contable con fundamento en “diferentes proyectos de crecimiento, expansi3n, planes de inversi3n y exploraci3n de nuevos negocios para la empresa” (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014), retenci3n que se volvi3 a hacer en el siguiente año contable, pues se decide retener las utilidades repartibles de la sociedad por los mismos motivos.

Dada la situaci3n, la accionista minoritaria demanda a la sociedad y a los accionistas mayoritarios con el fin de que se declare la nulidad sobre la decisi3n sobre el reparto de utilidades de la sociedad, consecuentemente se ordene hacer el reparto de utilidades teniendo en cuenta el porcentaje de capital suscrito que tena cada accionista de

la sociedad, además de los perjuicios causados (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014).

Para dar desarrollo al criterio en cuestión, la Superintendencia de Sociedades encontró que el problema jurídico a resolver consistía en averiguar si la retención de utilidades de la sociedad se hizo con fines de inversión y expansión de la misma o con el propósito de afectar a la accionista minoritaria y demandante dentro del caso concreto. Para ello, el despacho abordó el tema de la retención de utilidades en las sociedades cerradas. Al respecto se dijo que usualmente los asociados ocupan cargos de administración o prestan servicios a la sociedad, por lo cual reciben una remuneración que les permite percibir sumas dinerarias generadas por la empresa social sin necesidad de decretar dividendos, sin embargo, si un socio minoritario no ostenta ningún cargo remunerado en la compañía, el reparto de utilidades es la única vía para recibir un retorno de su inversión a la sociedad, es por eso que la retención de utilidades podría privar a este socio minoritario de manera continua de la plusvalía generada en desarrollo de los negocios sociales, estrategia conocida exclusión inducida. 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 si la retención no persigue un propósito de fortalecer la empresa si no que busca perjudicar al socio minoritario (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014).

El despacho deja claro, que, para el caso específico de las sociedades por acciones simplificadas, a su régimen de repartición de utilidades no le son aplicables las prohibiciones del Código de Comercio a menos que en los estatutos se disponga lo contrario, es decir no existe un porcentaje mínimo de utilidades que deba repartirse. Es por eso que para que la retención de utilidades realizada sea considerada abusiva se deben cumplir los siguientes presupuestos:

(i). Dicha retención debe causar un perjuicio a la demandante. De los hechos se conoce que la sociedad genera una cuantiosa suma de utilidades, sin embargo, no paga una remuneración a la señora Sánchez a título de salario u otro concepto, por lo cual la demandante no ha recibido un retorno por su inversión, con lo cual es claro que las decisiones controvertidas en este proceso le han generado un perjuicio e impidieron que se materialice al ánimo de lucro subjetivo que la llevó

a participar en la constituci3n de la compa1a (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 18 de julio 2014).

(ii). No es suficiente que los efectos de las decisiones sean perjudiciales para la demandante, sino que se debe probar que el derecho de voto fue ejercido con el prop3sito de provocar un perjuicio o de obtener una ventaja injustificada (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 18 de julio 2014). En este punto la Superintendencia de Sociedades considera esencial determinar si existe un conflicto intrasocietario que motive actuar a las partes, pues este ser3a un indicio importante de una posible intenci3n da1ina tras la toma de decisiones.

En el caso concreto, debido a un compromiso de exclusividad entre los socios, se originaron varias discusiones que deterioraron la relaci3n entre demandante y demandados y finalmente dio lugar al proceso en cuesti3n. Queda evidenciado entonces que la toma de decisiones controvertidas se dio en medio de varias diferencias y conflictos entre las partes, lo cual para el despacho constituyen un primer indicio de la intenci3n de perjudicar a la se1ora Isabel S1nchez con la retenci3n de utilidades (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 18 de julio 2014).

(iii) Para que el ejercicio abusivo del derecho de voto quede consolidado, no es suficiente la mera existencia del perjuicio sufrido por la demandante y un conflicto entre las partes subsistente en el periodo de tiempo en que se tomaron las decisiones controvertidas (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014). Al respecto, bien se pudo aprobar la retenci3n de utilidades de la sociedad con una finalidad leg3tima, es por eso que, en tercer lugar, la Superintendencia de Sociedades entr3 a analizar si efectivamente dicha retenci3n ten3a como prop3sito “diferentes proyectos de crecimiento, expansi3n e inversi3n” (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014) y si estos se llevaron a cabo. Pues cuando se busca fortalecer la empresa social y cumplir su objeto, esta retenci3n es plenamente v1lida. Sin embargo, los demandados no lograron acreditar que efectivamente existiera un verdadero proyecto de expansi3n de negocios de la sociedad, pues en ninguna de las reuniones de los 3rganos de CIA del Infractor de Tr1nsito S.A.S. se discutieron los detalles de los proyectos antes mencionados, no hay dise1o de planes de expansi3n o inversi3n, solo se encontraron afirmaciones difusas sin proyecci3n

financiera ni cálculo de costos (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-44 de 18 de julio 2014).

En conclusión, debido a que no existen prohibiciones respecto al reparto de utilidades en las S.A.S. es posible que los socios mayoritarios intenten privar de forma permanente a los minoritarios del retorno de su inversión, en casos como el que es analizado en esta sentencia, el socio perjudicado puede acudir a la figura del abuso del derecho de voto para que el juez determine si la retención de utilidades tiene un fin legítimo de negocios o si solo busca lesionar a los minoritarios o persigue la obtención de una ventaja injustificada para el controlante, encontrando el despacho en el caso concreto, suficientes indicios y evidencia para concluir que en efecto se hizo un ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de los socios mayoritarios con el único propósito de privar a la demandante de las utilidades generadas por la sociedad debido a diferencias existentes entre las partes (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 18 de julio 2014)

3.3 Decisión de ceder gratuitamente activos y pasivos de la sociedad en presunto ejercicio abusivo del derecho al voto por parte del accionista mayoritario

La Superintendencia de sociedades dio desarrollo a este problema jurídico cuando conoció del caso de Martha Cecilia López accionista minoritaria vs Luis Enrique Gil accionista mayoritario y representante legal de Sociedad Comercializadora GL S.A.S.; conociendo así de los problemas financieros que llevaron a la posibilidad de que la señora López adquiriera las acciones del socio mayoritario como única alternativa para el saneamiento contable de la empresa, además de asumir la condición de deudora solidaria de los pasivos dinerarios a cargo de la sociedad. Lo anterior, siempre que se realice una revisión minuciosa de los estados financieros de la compañía (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015).

Sin embargo, dicha revisión arrojó demasiadas irregularidades en las cuentas atribuidas a préstamos que el accionista mayoritario se habría realizado a sí mismo valiéndose de su cargo como representante legal y logrando adueñarse de dineros de la empresa. Todo esto significó el retracto de la señora López de comprar las acciones en venta y que el accionista mayoritario decidiera ceder de manera gratuita tanto

activos como pasivos de la sociedad a Distribuidora del Kamino S.A.S. Atendiendo las circunstancias la señora López decide ejercer su derecho de retiro, petición que le fue respondida negativamente, pues la sociedad no contaba con activos para cubrir los pasivos y además de ello, se adujo que ella realizó aportes de industria y por lo tanto solamente aportó trabajo pero no recursos a la sociedad (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015).

En palabras de la Superintendencia de Sociedades y para atender el caso concreto “La exclusión forzosa (freeze-out o squeeze-out) busca eliminar la participación que detenta un asociado minoritario en el capital de una compañía” (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-119 del 17 de septiembre 2015). Esta exclusión forzosa puede derivarse de múltiples negocios jurídicos, entre ellos la enajenación global de activos, pues el accionista mayoritario puede disponer que se realice la cesión total de activos a una sociedad de la cual él sea propietario del 100% de las acciones en circulación y fijar unilateralmente el precio del negocio jurídico. Así, el socio minoritario pasa a ser titular únicamente de un porcentaje de la suma dineraria recibida como contraprestación de la venta y una vez entregado el dinero se procede a realizar la disolución de la sociedad. Se trata de una práctica permitida en la normatividad societaria, aunque represente un riesgo a los intereses de los accionistas minoritarios, pues al ser el socio mayoritario quien fija el precio al que habrá de retornar la participación de los socios excluidos, quedando expuestos a recibir un valor irrisorio por sus acciones en la empresa social (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015). Ante este perjuicio, los socios afectados podrán acudir al juez, que, tratándose específicamente de enajenaciones globales, la Ley 1258 de 2008 en su artículo 32 dispone que los accionistas ausentes o disidentes pueden ejercer el derecho de retiro que regula la ley 222 de 1995 (Colombia, Código General del Proceso). Otra alternativa que encuentra el Despacho, es ejercer la acción de abuso de derecho de voto, teniendo en cuenta que quien invoque esta figura deberá acreditar que dicho ejercicio del derecho de voto buscaba una ventaja injustificada o causar un perjuicio y que efectivamente, el daño se ocasionó (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015).

La Superintendencia de Sociedades estudia entonces, si efectivamente se cumplen en el caso concreto los presupuestos para que se declare la existencia del abuso del derecho de voto en la exclusión forzosa de la señora López por parte del accionista mayoritario y de la sociedad. Para ello, el despacho estudia la forma en que se valoró la sociedad, en específico la estación de servicio que la sociedad administra. Dicha valoración se realizó teniendo en cuenta únicamente la información registrada en los libros contables, donde evidentemente se consigna que los pasivos de la sociedad son mucho mayores a los activos de la misma, razón por la cual se determinó la cesión de los mismos a título gratuito. Sin embargo, al tenerse en cuenta los libros de liquidación para fijar el precio, se usó un valor de liquidación de la sociedad, lo cual significaría que la compañía va a cesar sus actividades, situación que no ocurría en el caso concreto, pues la sociedad que adquirió la estación de servicio siguió administrando dicho establecimiento con normalidad, sin haber recibido inyección de capital o préstamos para mejorar su situación financiera. En esta oportunidad, la Superintendencia considera que la forma idónea de fijar el precio de la enajenación global, era valorando los flujos de caja y estudiar su capacidad para generar flujos de caja hacia futuro y no solo con base a los libros de contabilidad. Aunado a lo anterior, en la etapa de negociación llevada a cabo entre las partes para finiquitar los vínculos sociales, los dos socios tuvieron en cuenta el valor de la sociedad como una empresa que continuaría operando, para fijar un valor de venta a sus acciones. Por lo cual se concluyó por parte de la Superintendencia que, de realizarse el cálculo del valor de Comercializadora GL S.A.S. como debió hacerse, su valor resultaría positivo, es por eso que la cesión gratuita de activos y pasivos de la sociedad si generó perjuicios para la demandante (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015).

Tal y como ha reiterado la Superintendencia de Sociedades, no es suficiente acreditar la generación de perjuicios para que se configure el abuso de derecho, sino que adicionalmente, se debe probar que la decisión tomada tenía la finalidad de ocasionar ese perjuicio. Para este propósito, el despacho analiza la existencia de conflicto entre los socios, pues sería un indicio de que efectivamente se adoptó la decisión con fines lesivos y en efecto, la Corporación determinó que existía un agudo conflicto entre los socios provocado por la supuesta apropiación

de dinero por parte del accionista mayoritario y por la supuesta incompetencia en el trabajo por parte de la accionista minoritaria. Esto da origen a un importante indicio de que la enajenación global pudo estar dirigida a expropiar de su participación a la señora López (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015).

No obstante, debe existir certeza frente a la teoría de que el accionista mayoritario buscaba causar perjuicio, no es suficiente por sí solo el indicio dado por el conflicto entre los socios. Para eso, la Superintendencia analizó finalmente los móviles del accionista mayoritario para realizar la enajenación global de activos y pasivos de la sociedad, pues se adujo por parte de la parte demandada que se realizó la cesión a Distribuidora del Kamino S.A.S. para que encuentre la forma más eficiente de continuar con la explotación de la estación de servicio que era de propiedad de la sociedad. Sin embargo, no se pudo encontrar pruebas que demuestren el cumplimiento de lo afirmado, pues desde la cesión, la estación de servicio siguió operando de igual forma, no se obtuvieron nuevos recursos para refinanciar el negocio y solucionar sus problemas financieros y en segundo lugar, la enajenación global favoreció a una sociedad que está controlada por el demandado, lo que demuestra que la enajenación sólo sirvió para permitir que el señor Gil continuará explotando la estación de servicio sin tener que repartir las utilidades a la señora López, incurriendo así en ejercicio abusivo de su derecho al voto (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 17 de septiembre 2015).

3.4 Abuso de paridad como ejercicio abusivo del derecho de voto

La Superintendencia de Sociedades conoció del caso Martha Omaira Cárdenas Castelblanco contra Omar Dionisio Cárdenas Castelblanco, ambos accionistas propietarios del cincuenta por ciento de las acciones, en donde el conflicto a desarrollar parte de la imposibilidad de disolver la sociedad Pradera Group S.A.S. y la remoción de su representante legal. Lo anterior dado el negativo y presunto ejercicio abusivo del derecho al voto en las decisiones de las Asambleas por parte de los demandados, situación que le habrían ocasionado perjuicios no solo a la parte demandante sino también a la sociedad; toda vez que el representante legal de la sociedad podría haber beneficiado al accionista demandado a través de la constitución de obligaciones a cargo

de la sociedad y disposición de bienes sociales (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 22 de febrero de 2016).

Por su parte el demandado, manifestó que dejó de ser accionista de la sociedad en el momento en el que se tomaron las decisiones en Asamblea de accionistas, pues vendió sus acciones a un tercero, y por esta razón, no pudo haber abusado de un derecho del que no es titular. Por otro lado, los demandados sostienen que la remoción del representante legal y la disolución de la compañía nunca fueron asuntos propuestos o votados en las reuniones señaladas, y resaltaron que la vía para controvertir las actuaciones del representante legal no es la acción judicial por abuso del derecho de voto, sino la acción social de responsabilidad (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 22 de febrero de 2016).

La Superintendencia de Sociedades ya ha señalado que quien inicia una acción judicial por abuso del derecho de voto debe satisfacer una altísima carga probatoria, pues se requiere que este derecho haya sido ejercido con el propósito de generar efectos ilegítimos. Sin embargo, al estar el capital distribuido en dos bloques accionarios, no existe una mayoría decisoria en el máximo órgano social, pero si habrá actuación abusiva cuando un asociado impide que se toman decisiones con el fin de obtener un beneficio injustificado o causar un perjuicio, por ello, se deberá demostrar que el asociado se valió de su derecho de voto para causar un daño u obtener una ventaja injustificada.

Al respecto el despacho, analizó el abuso de paridad en función del ejercicio del derecho de veto, en donde ninguno de los grupos contará con votos suficientes para que se configure mayoría decisoria en las asambleas, lo que implica que cada bloque tiene un derecho de veto respecto de las propuestas sometidas a consideración dentro de la sociedad. Así entonces, la actuación abusiva se configura cuando el socio se vale de la posibilidad de obstruir la toma de decisiones, con el único propósito de obtener una ventaja injustificada o causar un daño. Es por ello que el abuso de paridad tiene similitud con el abuso de minoría, en el entendido que, en ambas situaciones, el socio emplea de forma malintencionada su derecho de veto (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 22 de febrero de 2016).

Por último, el despacho señaló que si bien la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009, establecen diversas consecuencias jurídicas por la violación del deber de lealtad que se produce cuando un administrador participa en actos o contratos en los que media un conflicto de la naturaleza indicada, probatoriamente no se configuraron los supuestos del abuso del derecho de voto pues las acciones podrían haberse encuadrado más en la infracción de los deberes de los administradores (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 22 de febrero de 2016).

3.5 El abuso de mayoría en ejercicio del derecho al voto

Para abordar el criterio de la Superintendencia de Sociedades respecto del abuso de la mayoría, es menester consolidar los aspectos que la configuran y que ya se han estudiado en otras sentencias. De tal manera, se estableció la elevada carga probatoria sobre los demandantes para demostrar que el accionista mayoritario se valió de su derecho de voto para obtener una ventaja injustificada, o para causar perjuicio a los demás socios o a la sociedad. Al respecto, el despacho conoció de la demanda presentada por dos accionistas minoritarias dentro de la sociedad Cristal 2010 SAS en un presunto abuso de la mayoría por parte del socio mayoritario en reuniones extraordinarias de la Asamblea de accionistas en diferentes años contables, en las que se aprobaron los estados financieros, la repartición de utilidades y se lo designó como representante legal. Así entonces debía el despacho determinar si se violan en algún momento los derechos de los socios demandantes quienes solicitaron aplazar las reuniones, recibiendo respuesta negativa y si, debido a su ausencia, fue que se logró aprobar las decisiones que para los demandantes resultaban autoritarias y dictatoriales (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 04 de abril 2016).

La Superintendencia de Sociedades, al respecto, dejó por sentado que el derecho de voto no puede considerarse un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista mayoritario se adjudique beneficios y prerrogativas a expensas de los demás asociados (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 22 de febrero 2016). Sin embargo, no debe entenderse que los accionistas minoritarios gozan de un derecho específico a participar en los órganos de administración de la sociedad en los términos ya señalados en la sentencia No. 800-73 del año 2013 emitida por este despacho.

A la luz de lo anteriormente planteado, la Superintendencia determina que, en el caso concreto, las pretensiones de las demandantes no prosperan, toda vez que las pruebas recaudadas son insuficientes para evidenciar el perjuicio sufrido por las demandantes como consecuencia de nombrar al demandado como administrador. Además, no se evidencia que el demandado se valió de su cargo para obtener beneficios propios, ni tampoco que tenga el control de toda la sociedad. Por ello, el despacho consideró que el actuar del accionista mayoritario se ciñe al ejercicio legítimo de los derechos que goza al ser accionista mayoritario del capital de la sociedad, y por tanto, la Superintendencia no puede limitar la potestad de la controlante de asumir personalmente la representación legal de la compañía (Superintendencia de Sociedades, 2016).

3.6 El ejercicio abusivo del derecho al voto a través de capitalizaciones abusivas

En esta oportunidad la Superintendencia de Sociedades conoció del conflicto intrasocietario entre Sforza Emprendimientos S.A.S. y Proyecto Calle 100 S.A.S. hoy liquidada y otros, asunto en el que la parte demandante aducía un posible ejercicio abusivo del derecho de voto en la toma de decisiones durante la Asamblea de Accionistas pues podría haberse aprobado emisión de acciones en reserva junto con su reglamento de emisión y colocación respectiva con el propósito de afectar al accionista minoritario (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 08 de agosto de 2019).

Al tanto, la Superintendencia de Sociedades se ocupó en analizar el posible ejercicio abusivo del derecho al voto respecto de la figura de las capitalizaciones abusivas que, sin más, la definió como una figura que consiste en aumentar el capital suscrito de una sociedad con el propósito primordial de provocar modificaciones en la distribución porcentual de las acciones que se encuentran circulando. Así entonces, se configuraría abusiva, la emisión primaria de acciones que se aprueban para minimizar la participación de un asociado en el capital de una compañía; pues el objetivo principal de esta emisión de acciones no es conseguir nuevos recursos para el fondo social, sino que, por el contrario, se convierte en una maniobra para perjudicar a un accionista. Teniendo en cuenta lo anterior, la Superintendencia de Sociedades en el caso concreto no concedió las pretensiones de nulidad reclamadas por

la parte demandante, pues no cumplió con la ardua carga probatoria en cuanto a probar el perjuicio injustificado y que el mismo se haya producido por la actuación de los accionistas en su ejercicio del derecho al voto en la asamblea de accionistas (Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 08 de agosto de 2019).

4. ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES RESPECTO A LA FIGURA DEL ABUSO DEL DERECHO AL VOTO EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS

Luego de haber realizado un análisis frente a los fallos de la Superintendencia de Sociedades en los asuntos en el que se encuentra presente la figura del abuso del derecho de voto en Sociedades por Acciones Simplificadas, se encuentra que el ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de los socios puede darse en diferentes modalidades tales como: la remoción de un administrador, la retención de la totalidad de las utilidades, la cesión gratuita de los activos de la sociedad, abuso de paridad, abuso del accionista mayoritario y capitalizaciones abusivas. A pesar de que, cada una de estas modalidades hayan sido tratadas desde diferente perspectiva toda vez que la forma en que se configura el abuso del derecho de voto es distinta, no se puede dejar de lado que la Superintendencia de Sociedades en sus fallos, ha dado por sentado algunos aspectos que permitirían inferir a los socios si se está o no frente a un posible ejercicio abusivo del derecho de voto y en todo caso entablar la acción judicial tendiente a determinar que las decisiones tomadas dentro de la sociedad, son abusivas y por lo tanto deben anularse.

Así las cosas, se debe tener en cuenta que, para que una decisión societaria sea considerada abusiva, según la Superintendencia de Sociedades, debe cumplir con los siguientes criterios: i) La decisión tomada debe causar un perjuicio real al socio demandante. Por ello, es que el accionante debe cumplir una extensa carga probatoria, la cual inicia con la evidencia irremediable de un daño a su patrimonio o una violación a sus derechos societarios. ii) Los perjuicios causados con la toma de la decisión cuestionada no obedecen un fin legítimo social. Una vez más, el demandante debe aportar pruebas que evidencien que la decisión tomada no persigue el cumplimiento del objeto de la socie-

dad, ni mucho menos busque el crecimiento, mejoramiento u progreso de la empresa, pues de ser este el objetivo de la decisión demandada, esta no puede ser considerada abusiva y se desestimaría la acción. iii) Finalmente el accionante debe acreditar un elemento subjetivo, que consiste en probar que la decisión tomada tenía como único propósito causar un perjuicio o daño al socio demandante.

Es aquí en donde se torna relevante la existencia de un conflicto entre los socios partes del proceso que pudiera ser el motivo para la toma de decisiones controvertidas, lo que motivaría a la Superintendencia de Sociedades a analizar el comportamiento de los demandados y determinar si su proceder mediante el ejercicio de su derecho al voto puede catalogarse con el propósito de causar un perjuicio al socio demandante.

La Superintendencia de Sociedades ha manifestado que determinar si existe un conflicto intra societario que motive a actuar a las partes, sería un indicio importante de una posible intención dañina tras la toma de decisiones, sin embargo, la existencia de conflicto entre socios no implica que ella intervenga o realice una valoración, toda vez que para que el ejercicio abusivo del derecho de voto quede consolidado, no es suficiente la mera existencia del perjuicio sufrido por la demandante y un conflicto entre las partes subsistente en el periodo de tiempo en que se tomaron las decisiones controvertidas, de igual manera se ha establecido que cuando hay certeza frente a la teoría de que el accionista mayoritario buscaba causar perjuicio, no es suficiente por sí solo el indicio dado por el conflicto entre los socios sin embargo, siempre que se observe la existencia de un conflicto intra societario, la Superintendencia de Sociedades observará las decisiones de la sociedad en las que se afecte a las minorías.

Atendiendo a que las decisiones en la sociedad pueden estar al servicio de los intereses de quien ejerce el control sobre la misma y por tanto, puede aplicar su poder, en aras de obtener unos resultados específicos, desconociendo los intereses de los socios, el ordenamiento societario ha optado por proteger especialmente al accionista minoritario. Sin embargo, dicha protección no debe entenderse como un derecho adquirido a participar en los órganos de administración de la sociedad, ni tampoco como si una vez los socios minoritarios formen parte de la junta directiva, se convierten en funcionarios inamovibles, pues como

bien ha manifestado la Superintendencia de Sociedades, la presencia de un accionista minoritario en la junta directiva es una buena forma de proteger, velar y supervisar el actuar de la sociedad en aras de sus intereses respecto de los intereses del controlante, y de igual manera, es una buena forma de detectar de forma temprana si hay anomalías en el manejo de la sociedad. Para los accionistas minoritarios estar dentro de la junta de socios es una forma de ejercer supervisión respecto del estado de la sociedad.

La Superintendencia de Sociedades ha señalado que sobre la persona que inicie una acción judicial en razón al abuso del derecho de voto, recae el deber de satisfacer una altísima carga probatoria que debe respaldar que los hechos por los que se da inicio a la reclamación, se hayan ejercido con el propósito de generar efectos ilegítimos. Bajo este entendido, el demandante debe demostrar que el accionista mayoritario se valió de su derecho de voto para obtener una ventaja injustificada, para causar perjuicio a los demás socios o a la sociedad, puesto que no es suficiente alegar que las decisiones tomadas en una reunión son contrarias a los intereses subjetivos de un accionista minoritario. Así como tampoco basta probar la generación de perjuicios causados a la parte demandante para que se configure el abuso de derecho, sino que se debe probar que la decisión tomada tenía la finalidad de ocasionar ese perjuicio, pues si el demandado acredita que su actuar estaba regido por el objeto social o era plenamente razonada, no hay lugar a un ejercicio abusivo del voto y, de no probarse las pretensiones propuestas por el demandante, deberán desestimarse.

Al establecer estos criterios, la Superintendencia de Sociedades limita de manera adecuada los escenarios en los cuales se puede intervenir excepcionalmente, en la toma de decisiones de los socios, para determinar si se encuentra en cada caso concreto frente a un ejercicio abusivo del derecho al voto y en consecuencia declarar la nulidad de las mismas. El carácter excepcional de la intervención de la Superintendencia de Sociedades obedece a lineamientos constitucionales como los son el artículo 38 de la Constitución Nacional de 1991, a cuyo tenor: “Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad” (Colombia, Constitución Política) y el artículo 333, que establece el deber del estado de velar por la libertad de la actividad económica y

la iniciativa privada, así como el fortalecimiento y estímulo al desarrollo empresarial (Colombia, Constitución Política). Dichos fundamentos constitucionales son la base de la creación de modelo de sociedad por acción simplificada que busca incentivar el crecimiento y desarrollo empresarial de los colombianos, mediante un proceso sencillo de constitución, mayor acceso a la formalidad y crédito.

Consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1258 de 2008, las Sociedades por Acción Simplificada son el resultado de las disposiciones constitucionales antes mencionadas que significaron la creación de un tipo de sociedad cuyo modelo y reglamentación permite a los socios asumir el mercado de manera flexible y autónoma en cuanto a la administración de la empresa. Así las cosas, es acertada la ardua carga probatoria que se ha impuesto por parte de la Superintendencia de Sociedades al socio que decida acudir a la instancia judicial porque considera que en su empresa hay un presunto ejercicio abusivo del derecho al voto, toda vez que la intervención de la Superintendencia de Sociedades en las decisiones de una sociedad no se puede convertir en la regla general. Por el contrario, en cada caso concreto en el que sí se decida intervenir, debe haber indicios que ciertamente justifiquen dicha acción y que de encontrar un ejercicio abusivo del derecho de voto en las decisiones internas de la sociedad, se tomen las medidas que se consideren adecuadas para equilibrar las condiciones entre los socios y se hagan cumplir los lineamientos constitucionales, legales y estatutarios y los derechos societarios que se derivan de estos.

CONCLUSIONES

La disposición contenida en el artículo 830 del Código de Comercio, que plantea la obligación de indemnizar los perjuicios que puedan ser causados por quien ejerza de manera abusiva sus derechos, en concordancia con las disposiciones de Ley 1258 de 2008, por la cual se regula de manera específica el abuso del derecho de voto en sociedades por acciones simplificada, dejan en evidencia una evolución que ha permitido que se establezca a la figura del abuso del derecho al voto como una herramienta necesaria para lograr que los asociados encaucen el ejercicio de sus derechos, más allá de sus intereses personales, a velar por el beneficio de la sociedad y en consecuencia, de todas las personas que resulten afectadas de la actividad económica de la compañía.

Sin embargo, es necesario reconocer que la doctrina del abuso de derecho que consideraba como elemento esencial la culpa grave para que este se configure, fue insuficiente para dirimir los conflictos que se suscitaban en la vida societaria, por ello se afirma que la disposición contenida en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, en concordancia con el artículo 252 de la ley 1450 de 2011, permiten un gran avance en el derecho societario colombiano, puesto que introdujeron al ordenamiento jurídico una medida eficaz, que se contrapone al abuso del derecho de voto ejercido en inobservancia de la finalidad social y el bienestar de la compañía, razón por la cual, le fue otorgada a la Superintendencia de Sociedades la competencia para conocer de diversos conflictos societarios, con el fin de efectivizar el acceso a la justicia.

Si bien la regla general es la no interferencia en las decisiones de los socios, respecto a la organización y manejo interno de la sociedad, la Superintendencia de Sociedades podría inaplicarla, en razón a la acción del abuso del derecho de voto. Sin embargo, el solo hecho de interponer dicha acción no garantiza que se declare la nulidad de la decisión tomada por asamblea, que a consideración del accionante se considere abusiva, puesto que la nulidad solo será declarada siempre que se determine:

1. La existencia de un conflicto entre los socios que figuran como partes del proceso. Determinar si se presenta un conflicto intrasocietario subsistente en el periodo de tiempo en que se tomaron las decisiones controvertidas, que motive a actuar a las partes, será un indicio importante de una posible intención dañina tras la toma de decisiones sociales. Si bien, no es suficiente por sí solo el indicio dado por el conflicto entre los socios para confirmar la existencia de una decisión abusiva, servirá como advertencia con el fin de que La Superintendencia de Sociedades observe las decisiones sociales en las que se afecte a las minorías.
2. Que la decisión controvertida causó un perjuicio al socio demandante y dicha decisión en realidad no tenía como objeto cumplir el fin legítimo aparente que la justificaba, sino que solo se usó como un medio para afectar a la parte demandante u obtener algún beneficio e infringir la ley, por tanto, se tendrá por decisión abusiva y se procederá a declararse su nulidad.
3. Que la decisión revisada perjudicó de manera intencionada al demandante, la parte interesada deberá acreditar cuáles fueron las

consecuencias negativas que se derivan exclusivamente de la actuación social cuestionada y demostrar cómo dicha decisión se tomó con el exclusivo objetivo de vulnerar sus derechos, infringir la ley u obtener ventajas particulares exorbitantes e infundadas.

Pese a lo anteriormente mencionado, se aclara que si bien la ley ha reconocido que los socios pueden dar inicio a una acción judicial, el accionante tiene el deber de satisfacer una altísima carga probatoria, puesto que no basta argumentar que la decisión alegada le sea desfavorable al demandante, pues si la misma se tomó bajo el rigor del objeto social de la compañía, se considera una medida justificada y válida, por lo cual no se configuraría abuso del derecho de voto.

Por último, se debe señalar la trascendencia de la Ley 1258 de 2008, pues pese a ser considerada una normatividad especial, en la medida que se expidió en aras de regular el abuso del derecho de voto en las sociedades por acción simplificada, su ámbito de aplicabilidad, se extendió a los demás tipos societarios desde la entrada en vigencia del Código General del Proceso, generando así, la implementación de medidas de seguridad que propenden por salvaguardar el interés de la compañía y por el cumplimiento de los objetivos que en los estatutos de la misma se hayan planteado.

REFERENCIAS

Amézquita, J. y González, D. (2012). *La figura de abuso del derecho, como mecanismo de protección de los socios minoritarios en las decisiones de capitalización* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

Auto Rad: 2012-01-312242 (2012). Superintendencia de Sociedades (José Miguel Mendoza Superintendente).

Bejarano, R. (2011). *Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales*. Bogotá, Colombia: Temis.

Congreso de la República (2008), *Ley 1258 de 2008 por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

- Congreso de la República (2011), *Ley 1450 de 2011 por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso de la República (2012). *Ley 1564 de 2012 por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Di Robilant, A. (2009). Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law. *Boston University School of Law Working Paper*, (14-28), 1-99.
- González, O. (2012). *Sociedad por Acciones Simplificada, Innovaciones legislativas, doctrinales y desarrollo jurisprudencial*. Medellín, Colombia. Ediciones Unaula.
- Grosso, G. (1965). *Abuso del diritto*, Milano.
- Henao, L. (2014). El abuso de la posición jurídica del socio. *Revista E-Mercatoria*, 13(2), 97-129.
- Ianello, P. (s.f.). Algunas notas sobre el concepto de abuso del derecho en el nuevo código civil y comercial. Recuperado de: https://www.academia.edu/311338956/ALGUNAS_NOTAS SOBRE_EL_CONCEPTO_DE_ABUSO_DEL_DERECHO_EN_EL?email_work_card=interaction_paper
- Iglesias, J. (1982). *Instituciones de Derecho Romano*. Barcelona, España: Ariel.
- Josserand, L. (1936). *Evolutions at actualités, Conférences de droit civil*. París, Francia: Recueil Sirey
- Josserand, L. (1999). *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
- LaFayette, H. (1902). Authority of *Allen v. Flood*. *The University of Michigan Law School Scholarship Repository*. 28-58.
- León, P. (1931) Teoría del Abuso del Derecho en la Doctrina Nacional. *Revista De La Universidad Nacional De Córdoba*, (5-6), 29-40.
- Monroy, M. (1996). *Introducción al derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Perillo, J. (1995). Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept. *Fordham University School of Law. Pacific Law Journal*, 27, 37-97.
- Rengifo, E. (2002). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Reyes, F. (2009). *Sociedades por acciones simplificadas S.A.S.*, Bogotá, Colombia: Legis.

Reyes, F. (2013). *Nuevo Derecho Societario. S.A.S. La Sociedad por Acciones simplificada*, Bogotá, Colombia: Legis.

Sentencia 2019-01-299090 (8 de agosto de 2019). Superintendencia de Sociedades (Francisco Hernando Ochoa Liévano Superintendente).

Sentencia 800-119 (17 de septiembre 2015). Superintendencia de Sociedades (José Miguel Mendoza Superintendente).

Sentencia 800-14 (22 de febrero 2016). Superintendencia de Sociedades (Nicolás Polanía Tello Superintendente).

Sentencia 800-25 (4 de abril 2016). Superintendencia de Sociedades (José Miguel Mendoza Superintendente).

Sentencia 800-44 (2014, 18 de julio). Superintendencia de Sociedades (José Miguel Mendoza Superintendente).

Sentencia C-707-05 (2005, 06 de julio). Corte Constitucional (Jaime Córdoba Triviño M.P).

Sentencia Casación LI, 283 (1941, 19 de mayo). Corte Suprema de Justicia (Liborio Escallón M.P).

Sentencia Casación LIII (1942, 09 de abril). Corte Suprema de Justicia (Ricardo Hinestrosa Daz M.P).

Sentencia Casación LV, 550 (1943, 22 de junio). Corte Suprema de Justicia (Ricardo Hinestrosa Daza M.P).

Sentencia Casación XLV, 418 (1937, 05 de agosto). Corte Suprema de Justicia (Juan Francisco Mujica M.P).

Sentencia Casación XLVII, 54 (1938, 19 de agosto). Corte Suprema de Justicia (Hernán Salamanca M.P).

Sentencia No. 800-73 (2013, 19 de diciembre). Superintendencia de Sociedades (José Miguel Mendoza Superintendente).

Sentencia T-280/17 (2017, 28 de abril). Corte Constitucional (José Antonio Cepeda Amarís M.P).

Sentencia T-511/93 (1993, 08 de noviembre). Corte Constitucional (Eduardo Cifuentes Muñoz M.P).

Superintendencia de Sociedades (2017). *Preguntas frecuentes de los usuarios de la Delegatura para procedimientos mercantiles*. Recuperado de: https://www.supersociedades.gov.co/Servicio_Ciudadano/Documents/Forms/AllItems.aspx