

LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL ABUSO DEL DERECHO AL VOTO FRENTE AL INCUMPLIMIENTO Y LA OponIBILIDAD DE LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS

THE LEGAL EFFECTS OF THE ABUSE OF THE RIGHT TO VOTE AGAINST THE BREACH AND THE OPTION OF SHAREHOLDER AGREEMENTS

Anyela Prado López, Abogada.

anyela.prado@supernotariado.gov.co

Universidad Santiago de Cali, Colombia.

Resumen

Los acuerdos privados de accionistas han sido considerados por el sistema jurídico mercantil como “medios que regulan las relaciones jurídicas entre los miembros de una sociedad por acciones”, encaminados a cumplir el objeto social y los fines de la persona jurídica a la que corresponden. Sin embargo, en algunos casos, los derechos de los accionistas, como al de votar en las asambleas, son ejercidos de forma abusiva por sus titulares, puesto que solo buscan satisfacer intereses propios o de terceros, ocasionando así un perjuicio a la sociedad y a sus consocios.

Este artículo tiene por objeto analizar la normatividad relacionada con los acuerdos privados de accionistas y el derecho al voto de estos, para determinar el alcance y los efectos jurídicos que han tenido y tienen las mencionadas disposiciones en caso de configurarse una situación de abuso del derecho.

Palabras Clave: abuso del derecho, voto, acuerdos de accionistas, incumplimiento y oponibilidad.

Abstract

Private shareholders agreements have been considered by the commercial legal system as “means that regulate the legal relations between the members of a company by shares”, aimed at fulfilling the corporate purpose and the purposes of the legal person to which they correspond. However, in some cases, the rights of the shareholders, such as voting in the meetings, are exercised in an abusive manner by their owners, since they only seek to satisfy their own interests or those of third parties, thus causing damage to the company and its Consolos

The purpose of this article is to analyze the regulations related to private shareholders' agreements and their voting rights, in order to determine the scope and legal effects they have had and have the aforementioned provisions if a situation of abuse of the right is configured.

Keywords: abuse of the right, vote, shareholder agreements, breach and enforceability.

Introducción

Aunada a toda la normatividad societaria y estatutaria que existe con el propósito de proteger legalmente a los miembros de una sociedad, existen una serie de medios de salvaguardia en materia societaria cuyo fundamento son las estipulaciones o pactos de naturaleza contractual realizados entre los miembros de los diferentes tipos de sociedades. En otras palabras, la normatividad en el derecho comercial societario está orientada principalmente a resguardar la autonomía privada de los socios y de la sociedad, que, para el caso concreto, se expresaría por medio de los acuerdos intra-societarios o para-sociales. Esta clase de negocios jurídicos sui generis que se gestan al interior de las sociedades, facultan a todo accionista para combinar los votos correspondientes a sus acciones con las de otros que se asocian en sindicato, en aras de trazar las directrices del ente corporativo e influir en el gobierno y las actividades de la sociedad.

Como todo negocio jurídico civil o mercantil, los acuerdos de intra-societarios son permitidos para contraer obligaciones y ejercer derechos, los cuales son de obligatorio cumplimiento (al tenor de los artículos 864 del Código de Comercio y artículo 1495 del Código Civil), no solo para los socios, sino para la sociedad y sus administradores, una vez se haya cumplido con los requisitos establecidos por la ley.

Cabe resaltar que el contenido y la forma de esta clase de acuerdos tienen como fin la toma de decisiones de la misma sociedad, las cuales podrían tener especial injerencia en asuntos relacionados con la estructura financiera, proyectos de capitalización, elección de administradores sociales y todo aspecto que altere el giro ordinario de los negocios de una sociedad.

Ahora bien, y debido a su importancia, es pertinente explicar cuidadosamente los efectos jurídicos generados por este tipo de actos dispositivos de intereses sociales, más aún si se presentan abusos o extralimitaciones en los derechos que ejercer a partir de dichos acuerdos (en especial los derechos al voto y veto), ya que, dado el caso, no solo se comprometería la estabilidad financiera del ente societario, sino también se pondría en juego la conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, junto con el amparo del crédito de los acreedores vinculados y hasta terceros ajenos al ente de naturaleza societaria.

Con todo ello, es necesario resaltar que el presente artículo será estructurado a partir de tres capítulos: el primer capítulo estará basado en la presentación teórica del abuso del derecho al voto en materia societaria. Para la consecución de este acápite, será necesario analizar los autos y fallos emitidos por la Superintendencia de Sociedades. Igualmente, se realizará una revisión sistemática de la doctrina desarrollada acerca del abuso del derecho.

El segundo capítulo sección tendrá como propósito de enunciar el desarrollo normativo de los acuerdos privados de accionistas en la legislación colombiana.

El tercer capítulo tendrá como base, una vez se enuncie de manera precisa los fundamentos legales y jurisprudenciales del capítulo precedente, la explicación los efectos jurídicos del abuso del derecho al voto frente al incumplimiento y la oponibilidad de los acuerdos de accionistas.

LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL ABUSO DEL DERECHO AL VOTO FRENTE AL INCUMPLIMIENTO Y LA OponIBILIDAD DE LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS

1. Del abuso del derecho

1.1. La relatividad de los derechos subjetivos, el abuso del derecho y sus antecedentes

Existen dos grandes corrientes que, a lo largo y ancho de los siglos, han concebido al derecho de modo disímil: una, lo piensa como ciencia exacta, libre de vicios y mortales imperfecciones, una amalgama de dogmas proclamados por los dioses; otra, lo etiqueta como ciencia social, variable y falible, sujeta a la naturaleza dinámica de la comunidad, a partir de la que construye su forma y contenido. La primera de ellas floreció en el antiguo imperio romano, postura mucho más formalista y simple, cuyo objetivo principal fue “elaborar conceptos y mantener y poner en vigor procedimientos que permitan que una comunidad soberana sea gobernada por reglamentaciones” (Argüello, 1996, p. 7). Mientras que, al paso del tiempo, la segunda corriente situó al derecho en el mundo de los objetos culturas (v.gr., economía, sociología, etc.), mas no ideales (v.gr., matemáticas, geometría, etc.), ya que su naturaleza revela cierto sentido, un contenido valioso y su estructura normativa se explica con base en juicios hipotéticos fundados en el *deber ser* (deónticos) y no en el *ser* (descriptivos) (Monroy, 2010).

Desde la perspectiva más arcaica, los derechos subjetivos (facultades), referidos a “la voluntad de poder otorgada a través del derecho objetivo para la realización autónoma de un interés jurídicamente protegido (bien jurídico)” (Kaufmann, 2006, p. 213), como el derecho de dominio (propiedad privada) o el derecho de un acreedor a obtener el cumplimiento de la prestación debida, destacaron por su carácter rígido y absoluto, ya que podían ejercerse “indefinidamente y con un propósito cualquiera; llevan[do] en sí mismo su propia finalidad” (Josserand, 1982, p.3). Tal era el caso de su plenitud, que los propietarios de un bien raíz podían atrincherarse en su derecho, para disponer del suelo, subsuelo y hasta del espacio aéreo, sin repercusión alguna. De forma análoga, en el otro caso, el acreedor insoluto gozaba de la arbitraria facultad de someter al deudor a la esclavitud o a la pena de muerte.

A la versión de lo absoluto en términos jurídicos, una perspectiva de límites infranqueables en relación con los derechos subjetivos, se opone la teoría de la relatividad, que no solo cuestiona la sacralidad de algunos derechos, como la propiedad, sino que admite la existencia de abusos que se efectúan en nombre de estos. De acuerdo con las premisas expuestas por dicha teoría, los derechos toman como punto de partida a la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada derecho tiene un fin, sea económico o jurídico, previamente determinado, basado en el cual

sus destinatarios orientan los límites de su conducta. Según el profesor Josserand (1982), los derechos subjetivos fueron instituidos, sobre la tesis de la relatividad y el abuso del derecho,

para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya, no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada (p. 4).

Es así como en vano podría alegarse el ejercicio incondicional de un derecho por parte de su titular sin repercusión alguna, ya que si ha cometido una *falta* en nombre de ese privilegio, es dicha culpa lo que se conoce como *el abuso del derecho*; cualquier conducta que esté amparada por un derecho subjetivo no puede ir en contravía de la ley, el orden público, las buenas costumbres o el derecho de terceros, y este conflicto fue apreciado por los antiguos juristas latinos en función de la máxima: *Summum jus, summa injuria* (“El estricto derecho, es la suprema injusticia”).

Ahora bien, la teoría del abuso del derecho halla su génesis en el Derecho Romano. En palabras del profesor colombiano Rengifo (2004), la institución jurídica fue desarrollada con base en los siguientes aforismos latinos:

Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur (“Se considera que no causa ningún daño quien de su derecho usa”); *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet* (“Ningún daño causa salvo el que hace lo que no tiene derecho a hacer”) y finalmente la máxima de Ulpiano: *Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur* (“Quien usa de su derecho, a nadie perjudica y ningún daño causa”). Por su parte, los defensores del abuso del derecho se valen de las siguientes reglas: *Male enim nostro iure uti non debemus* (“No debemos usar mal de nuestro derecho); la máxima de Paulo *Non omne quod licet honestum est* (“No todo lo que es lícito es honesto”) [...] y *Malitiis non est indulgendum* (“No hay indulgencia con la maldad”) (p. 5).

El abuso del derecho remitió, en principio, a una aspiración de orden ético y social, ya que parte de un impulso subjetivo que arremete contra las prerrogativas jurídicas concedidas a otros. Desde ese enfoque, la institución se involucra directamente con la intención nociva que subyace en el ejercicio de los derechos subjetivos expuestos bajo un marco comunitario, donde coexisten diversos sujetos y una concepción previamente establecida de lo bueno. Con todo ello, el autor francés Josserand (1982) explicó de qué manera los antiguos romanos asumieron esta idea:

Los prudentes habían entrevisto y aun realizado en cierta medida los conceptos de la relatividad y del abuso de los derechos, como lo atestigua la máxima *Summum ius, summa iniuria*. Gayo decía que ya no debemos abusar de nuestros derechos; *male enim nostro iure uti non debemus*, y el derecho pretoriano en su conjunto, constituye una reacción de la equidad contra el derecho estricto, del espíritu de oportunidad y de sutileza contra el espíritu geométrico. Solo que parece que los romanos se limitaron, en esta obra de humanización y socialización del derecho, a perseguir el dolo y el

fraude y a condenar la intención de causar daño; para ellos el acto abusivo únicamente era el que se cumplía con intención nociva (p. 5).

En la Edad Media, momento histórico universal en el cual la Europa latina padeció la caída del sacro Imperio Romano de Occidente y, con ello, la decisión del emperador Constantino I de oficializar al cristianismo como religión de la urbe bizantina, la moral semita grabó en la vida comunitaria una visión mucho más solidaria con el otro, dando paso a la doctrina de los *actos de emulación*, cuya naturaleza estuvo vinculada al abuso del derecho. En palabras de PEÑA (2014), la emulación, que proviene de la expresión latina *aemulatio*, consistió en “el ejercicio de un derecho subjetivo con el propósito de causar daño a otra persona o un bien ajeno. Lo preponderante en este caso, es la intención de perjudicar (*animus nocendi*)” (p. 26).

Por último, ya con el auge de la Modernidad, junto a una predominante perspectiva del derecho francés en la cultura occidental, la representación del abuso del derecho marcó una importante distinción con la de los antiguos romanos, porque, como ya se dijo, los romanos consideraban el acto abusivo como una intención dañosa. En cambio, los franceses pensaron los actos abusivos desde un criterio funcional, es decir, que todo acto era considerado abusivo siempre que fuese contradictorio a la finalidad social o económica de un derecho subjetivo. “De intencional, pues, se ha pasado a un criterio social” (Rengifo, 2004, p. 5).

1.2. Concepto y elementos

De acuerdo con lo previsto, el abuso del derecho hace referencia, sea desde un punto de vista objetivo (finalista) o subjetivo (intencional), a un ejercicio prohibido por el derecho, debido a que implica el menoscabo de un derecho ajeno, esto es, el acaecimiento de un perjuicio a la incolumidad del interés jurídicamente tutelado de otro, basado en la extralimitación de un derecho propio.

La doctrina lo ha definido de manera similar. Para el ilustre Zea (1998), quien se adhirió a una visión objetiva del abuso del derecho,

“[l]os derechos subjetivos de los particulares, tanto en su existencia como en su ejercicio, obedecen a una orientación determinada y de esos derechos se abusa cuando existiendo el deber de ejercerlos no se ejercen, o se ejercen en sentido opuesto a su propio destino o contenido” (p. 304).

También se ha discutido acerca de cuál es el efecto de actuar al margen de la finalidad y sentido del ejercicio legítimo de un derecho; al respecto, los hermanos Mazeud & Tunc (1993), haciendo énfasis en una postura subjetiva de los actos considerados abusivos, anunciaron que

el abuso de un derecho es una culpa cometida en el ejercicio de ese derecho. Esa culpa puede consistir en una intención de perjudicar, en cuyo caso hay culpa delictual. También puede resultar igualmente de una simple imprudencia o negligencia, caso en el cual existe culpa cuasidelictual. La

necesidad de aplicarle al abuso del derecho los principios generales de la responsabilidad surge también si se observa que su ejercicio de la libertad por el hombre está subordinado a las reglas de la responsabilidad y que es imposible, en realidad, oponer ejercicio de un derecho y de una libertad (p. 290).

La teoría del abuso del derecho se desarrolla inicialmente por la jurisprudencia a partir del artículo 8° de la Ley 153 de 1887. En el presente enunciado normativo menciona que: “[c]uando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. A partir de allí, el abuso del derecho es concebido como un principio general del derecho.

Una vez se hizo el tránsito a la Constitución Política de 1991, el abuso del derecho surgió con base en la proclama de una serie de deberes impuestos a la persona y al ciudadano colombiano, estipulados en los diversos numerales del artículo 95 de la norma de normas; más específicamente en su numeral primero dispone que son deberes del ciudadano “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

El máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, en la sentencia C-258 de 2013, asumió que el abuso del derecho se ve materializado cuando:

(i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.

Volviendo al orden legal, el Código Civil exalta la figura del abuso del derecho, aunque no la regule directamente, en el momento que prescribe un ejercicio no arbitrario del derecho a la propiedad (artículo 669)ⁱ, siempre que no se realice en desmedro del derecho de terceros, y en las disposiciones atinentes al tema de la responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual (artículos 2341, 2343, 2356, entre otros). A su vez, el Código de Comercio en su artículo 830 señala también que “[e]l que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de septiembre de 2010 (Expediente 2005-00590-01), no sólo ratificó la visión dualista que se tiene del abuso del derecho (objetiva y subjetiva), sino que además adujo lo siguiente:

El abuso del derecho, en todo caso y con independencia de la teoría objetiva o subjetiva que se predique haberle dado origen, en cada situación concreta y según las circunstancias fácticas que lo rodeen, se caracteriza entonces fundamentalmente por la existencia, *ab initio*, de una acción permitida por una regla, sólo que, por contrariar algún principio de trascendental connotación social,

como la moralidad del acto, la buena fe y otros semejantes, termina convirtiéndose en una conducta del todo injustificada y, por contera, constitutiva de un perjuicio.

Por último, cabe resaltar que, a la par con las tesis ya mencionadas, figura una teoría denominada por la doctrina como ecléctica o mixta. Según la postura, ambas teorías no se contraponen, sino que se complementan. Y si, dado el caso, se busca darle prioridad a una con respecto a la otra, la elección dependerá de cada caso en particular.

Según el criterio de Peña (2014), los anteriores criterios podrían, en el caso colombiano, concretarse con base en tres juicios que permitirían dar forma al abuso del derecho:

[(i)] Que exista una conducta lícita, autorizada de forma expresa en el derecho[,] sea como principio o regla jurídica. [(ii)] Que se use de forma contraria a la norma desde las finalidades en ella incorporadas. [(iii)] Que exista un nexo e imputabilidad entre la actuación de una persona y la configuración del abuso del derecho (p. 30).

En suma, de conformidad al tratamiento jurisprudencial y doctrinal, existen tres nociones sobre las cuales se ha desarrollado la teoría del abuso del derecho. La primera, asume al abuso del derecho desde un orden subjetivo, donde lo predominante es la intención enfocada en el quebranto de un derecho que no es propio. La segunda, piensa al abuso del derecho a partir de una visión objetiva, es decir, no se enfoca en la intención del acto jurídico en cuestión, sino en que el ejercicio del derecho subjetivo vaya en contravía de la función social y económica inherente a sí. La tercera, basada en una postura mixta, considera que tanto la visión subjetiva como la objetiva se complementan en lugar de excluirse mutuamente.

1.3. Del abuso del derecho al voto en materia societaria

La teoría del abuso del derecho al voto en materia societaria ha tenido cabida en nuestra legislación iniciando con las leyes 1258 de 2008 y 1564 de 2012. Antes que dichas leyes entraran en vigor, fue con ayuda del artículo 830 del Código de Comercio, que el abuso del derecho dio sus primeros pasos en el sistema jurídico mercantil. Sin embargo, la ley SAS transformó este principio, cuando introdujo otras soluciones a las diferentes formas de abuso.

El avance jurisprudencial relacionado con el abuso del derecho al voto en el contexto societario no fue significativo. Pese a ello, y mucho antes de la expedición de la Ley 1258 de 2008, hubo un antecedente arbitral que dio pie a la prohibición de los actos contrarios al interés de la sociedad o de los socios. En el laudo arbitral, emitido por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 17 de marzo de 2004, fungió como parte convocante el señor *Guillermo Mejía Rengifo* y como parte convocada *Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros*. En el *sub-lite*, se debatió la capitalización abusiva de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., por parte de los accionistas mayoritarios. La decisión de capitalizar a la sociedad, antes confirmada en la reunión de la Junta de Socios del día

26 de octubre de 1999, produjo una reducción considerable en la participación del convocante en la sociedad, ya que pasó del 5.7692% al 0.34%. A raíz de eso, hubo una dilución de la participación del socio Guillermo Mejía Rengifo, medida que fue adoptada por los socios Alfonso Mejía Serna, Lucila Acosta Bermúdez, Mauricio Mejía Acosta y Ana María Mejía Acosta. Acto seguido, en el laudo correspondiente se condenó a la parte convocada a la indemnización de perjuicios causados al convocante en razón a la pérdida de valor ocurrida por el arbitrio injustificada de la Junta de Socios. Con todo ello, el Tribunal de Arbitraje adujo lo siguiente:

Cuando, como ocurre en el presente caso, se aprueba una determinación de capitalizar la sociedad, con el propósito subyacente de diluir la participación en el capital de socios minoritarios y de establecer una recomposición de la participación de los socios mayoritarios, se produce un abuso de mayoría que debe ser corregido. No puede tolerarse, en verdad, que sin que medie una oportunidad real de participación, un asociado resulte mermado en sus derechos patrimoniales por la simple imposición de decisiones arbitrarias orientadas por el propósito inconfesable de perjudicarlo.

Ahora, si bien es cierto el artículo 830 nos brinda una idea sobre la figura, su propia estructura gramatical lo torna limitado e insuficiente a la hora de ser utilizado para resolver litigios societarios, por dos motivos: (i) la torpe gestión de los togados de la jurisdicción ordinaria y los tribunales de arbitraje, materializada en la lenta aplicación de la figura y la ineficaz valoración probatoria en casos relacionados con el abuso de los derechos políticos de los socios o accionistas; y (ii) la indemnización de perjuicios como única consecuencia jurídica del abuso del derecho en la norma precitada. La interpretación que limitó sus efectos jurídicos a una simple reparación de perjuicios –debido fuertes matices exegeticos–, está fundamentada en apuntes doctrinales que asumieron al abuso del derecho como una fuente *per se* de obligaciones, aislándola de otras instituciones, como la nulidad de los actos jurídicos (Reyes, 2016).

En términos generales, el abuso del derecho en materia societaria se circunscribe en el escrutinio de las decisiones tomadas por el Máximo Órgano Social (MOS), que, pese a cumplir cabalmente con los requisitos legales que garantizan su validez (quórum, mayorías decisorias, convocatoria, etc.), se evidencia una extralimitación de la finalidad, ya sea jurídica o económica, del derecho político a votar en contra o a favor de lo acordado en una Asamblea de Accionistas. En palabras de Reyes (2016), este implica “la finalidad inconfesable de ejercer el derecho en forma ilegítima o en exceso del ámbito querido por el legislador” (p. 250).

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley 1258/08, queda proscrito el abuso del derecho al voto con respecto a las determinaciones tomadas por la asamblea general de accionistas, basado en la disposición que obliga a todos los accionistas a ejercer el derecho de voto en interés de la compañía. El plexo normativo faculta a la Superintendencia de Sociedades, para que, a través de un proceso verbal sumario, resuelva la controversia respectiva. Asimismo, y de forma expresa, la misma Superintendencia podrá declarar la “nulidad absoluta y la de

indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de *mayoría, como en los de minoría y de paridad*” (cursiva fuera del texto).

- a) *Abuso de mayorías*. Este tipo de abuso se materializa cuando la voluntad de la asamblea no consulta los intereses de la sociedad o de sus miembros, sino el de las mayorías, produciendo un perjuicio.

El abuso de las mayorías supone una ruptura del equilibrio jurídico que gozan todos los accionistas o socios. La doctrina societaria habla de *igualdad interna*, cuando se fractura el reconocimiento simétrico de derechos por parte de los estatutos sociales. A la par, hace referencia a la *igualdad externa*, cuando se suprimen derechos a un asociado minoritario y son otorgados a otros mayoritarios, no por su calidad de asociado, sino debido a sus vínculos externos al contrato social (Reyes, 2016).

Por su parte, Martínez (2010) ha señalado que

otra de las modalidades de abuso del derecho que pueden identificarse en la cotidianeidad de las sociedades está referida a las colocaciones de acciones o aumentos de capital que no se fundan en necesidades reales de las empresas (interés social) y, por el contrario, apuntan inequívocamente a causar daño a los socios minoritarios o algunos de ellos, diluyendo su participación en la propiedad de la compañía (p. 420).

En ese orden, según el criterio de GIL (2010),

tampoco es infrecuente que los socios mayoritarios implementen prácticas que terminan por “aguar” o disminuir, artificialmente, la participación social de los minoritarios. [...] es importante reiterar que el límite o cauce natural de las decisiones sociales es que éstas se tomen en interés de la sociedad y no de los socios mayoritarios (p. 29).

Con todo ello, la Superintendencia de Sociedades ha empleado la regla del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, para amonestar la conducta de asociados mayoritarios en la retención de utilidades (Sentencia N° 800-44 del 18 de julio de 2014) y la remoción de administradores (Sentencia N° 800-73 del 19 de diciembre de 2013).

- b) *Abuso de paridad*. Esta clase de abuso se da cuando existe una parálisis de los órganos sociales, debido a la partición simétrica del capital social en dos bloques gemelos de accionistas. Es así como ninguno de los grupos logrará contar con suficientes votos para configurar una mayoría decisoria en el MOS, brindado a cada bloque un derecho de veto frente a las propuestas sometidas a consideración de la asamblea. En otras palabras, este fenómeno implica “abstenerse de otorgar su concurso para adoptar determinaciones indispensables para la marcha de la sociedad” (REYES, 2016, p. 256).

Atiendo al decir de la Superintendencia de Sociedades, en sentencia N° 800-20 del 27 de febrero de 2014 (Jovalco S.A.S. contra Construcciones Orbi S.A.), la entidad hizo mención de

que la actuación abusiva se produce “cuando un asociado se vale de la posibilidad de obstruir la toma de decisiones, con el propósito de causar un daño u obtener una ventaja injustificada”.

- c) *Abuso de minorías*. Con respecto al abuso de minorías, es posible que la participación política de algunos asociados, representada con menos de la mitad del capital social, enfoque de manera injustificada su derecho de veto, para obstaculizar determinaciones colectivas que permitan el curso normal de la sociedad, en aras de favorecer exclusivamente sus intereses.

De modo análogo, el veto puede ser abusivo, cuando busque entorpecer la gestión de los negocios sociales, con el fin favorecer a una sociedad competidora en la que los accionistas minoritarios ostenten una participación considerable de capital.

Según lo indicó la Superintendencia de Sociedades, en sentencia N° 800-50 del 8 de mayo de 2015 (Alienergy S.A. contra Álvaro José Márquez y Gestión Orgánica GEO S.A.S. E.S.P),

los derechos de veto cumplen la importante función económica de resguardar los intereses de los accionistas minoritarios, se ha reconocido también la posibilidad de que esta prerrogativa sea usada abusivamente. Cuando se emplea el veto en forma desleal —por ejemplo, como un simple instrumento de coerción para extraer, de parte de la controlante, concesiones financieras exorbitantes—pueden producirse resultados manifiestamente injustos. De ahí que en los regímenes societarios contemporáneos suelen censurarse los intentos de la minoría por usar el veto en detrimento de la compañía o los demás asociados.

Acto seguido, en la sentencia citada también se apuntó que

tal y como lo dispone el artículo 43 de la referida Ley 1258, un asociado minoritario actuará en forma abusiva cuando se valga del veto para ocasionar un daño u obtener una ventaja injustificada. Claro que, al igual a como ocurre con el abuso de mayoría, los asociados que propongan una acción por el ejercicio irregular del derecho de veto deben satisfacer una elevada carga probatoria. Para acreditar que se produjo un abuso de esta naturaleza, debe demostrarse entonces que las actuaciones del minoritario estuvieron motivadas por alguna de las finalidades ilegítimas antes referidas.

Por último, la Superintendencia de Sociedades ha efectuado un buen resumen de la regulación contenida en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, en materia de abuso del derecho. En palabras de la entidad (2009),

[I]a Ley 1258 al consagrar el abuso del derecho en el ejercicio del derecho de voto en las asambleas generales de accionistas de las sociedades por acciones simplificadas, define no solo las conductas que pueden dar lugar al mismo, sino que también prevé la posibilidad de que con fundamento en la misma disposición legal, se pueda obtener tanto la indemnización por los perjuicios que ocasione el ejercicio abusivo del derecho de voto, como la nulidad absoluta del acto jurídico a través del cual se haya dado dicho ejercicio que en el caso objeto de la regulación lo sería la decisión de la asamblea adoptada en tal circunstancia. Adicionalmente, la norma atribuye competencia para conocer de la correspondiente acción judicial a una autoridad determinada, como lo es la Superintendencia de

Sociedades, y para ese efecto establece el trámite del proceso verbal sumario, en aras de procurar decisiones más ágiles y oportunas.

Por lo tanto, la propia ley establece las conductas que pueden configurar abuso del derecho en los casos del ejercicio del derecho de voto por parte de un accionista, para lo cual parte de la consagración de un principio esencial que los accionistas habrán de observar al ejercer su derecho autónomo de voto, cual es el interés general de la compañía; por ende, cuando se vote una decisión particular que desconozca tal principio, podrá generarse el abuso del derecho que la norma regula. De todos modos, la norma enuncia unos presupuestos bajo los cuales se configuraría el ejercicio abusivo del derecho de voto como son: (i) El ejercicio con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas; (ii) El ejercicio con el fin de obtener para sí o para un tercero, ventajas injustificadas y; (iii) El voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas” (Oficio 220-120050 del 30 de septiembre).

Es así como el juez societario concluyó explicando que toda conducta abusiva del accionista en el ejercicio de su derecho de voto en una sociedad simplificada es ilegal, porque “no origina simplemente la obligación de indemnizar, sino que también está prevista expresamente como causa o motivo de nulidad absoluta de la correspondiente decisión”.

2. DE LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS

2.1. De los acuerdos de accionistas

La legislación societaria prevé la posibilidad de que los socios regulen sus relaciones y comprometan los derechos procedentes de las acciones que dispongan, en especial el de voto, por reglas diferentes a las pactadas en el contrato social. Ese tipo de convenios para-sociales se denominan *acuerdo de accionistas*. En otras palabras, los pactos de *sindicación de accionistas*ⁱⁱ, pueden definirse como

la facultad que tiene todo accionista de asociarse para combina los votos correspondientes a sus acciones con las de otros que se asocian en sindicato, el cual traza directrices para influir en el gobierno y actividades de la sociedad (Narvárez, 1998, p. 303).

Esta forma específica de convenios tiene soporte en la autonomía de voluntad privada,

cuyo poder normativo entre quienes la expresen sigue siendo indiscutible, máxime si se refiere a derechos disponibles como este del voto; no hay pues razón alguna para impedir que se confíe a otro el ejercicio del derecho de voto en las asambleas, manteniendo siempre el carácter rigurosamente voluntario y temporal de la delegación, máxime si se considera que el mandato o los pactos asociativos gozan de una indiscutible legalidad, cuyo reconocimiento no puede aceptarse en unos casos y negarse en otros (Gaviria, 2004, p. 59).

Se torna significativo aclarar que la concerniente figura no es de reciente formación legal, ya que a partir del artículo 118 del Código de Comercio (Decreto-Ley 410 de 1971), y pese a su

notoria reticente, se hace mención de los acuerdos para-estatutarios, porque “[f]rente a la sociedad y a terceros no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas con sujeción a los artículos 110 y 113, *ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella*” (cursiva fuera del texto). En efecto, la disposición en cometo le resta toda obligatoriedad frente a la sociedad, pues debilita su efectividad, limitando el *querer social* exclusivamente a lo determinado en los estatutos sociales y en la asamblea. No obstante, gracias a la evolución normativa, desde el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, fueron perfeccionados los acuerdos de sindicación de accionistas, junto a todos los requisitos para su validez y obligatoriedad con respecto a la sociedad y a los demás accionistas que no hubieren participado del mismo. Además, si tales acuerdos no son debidamente publicados, serán inoponibles frente a terceros.

El artículo 70 de la Ley 222 de 1995 permite, por un lado, que dos o más accionistas que no ostenten el cargo de administrador de la sociedad y celebren acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas que ocurran posteriormente. Por otro, exige que el acuerdo “conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad”. Sin embargo, cuando se trata de entidades autorizadas para ser emisores de valores, el artículo 43 de la Ley 964 de 2005 hace referencia a que los acuerdos de voto entre accionistas de sociedades inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE), una vez cumplidas las exigencias del artículo 70 de la ya mencionada ley, demanda un requisito adicional para su eficacia: su divulgación al mercado. En el mismo sentido, de acuerdo con lo dispuesto en el literal b), numeral 12), del artículo 5.2.4.1.5 del Decreto 2555 de 2010, todo emisor de valores está obligado a divulgar en forma veraz, clara, suficiente y oportuna al mercado, a través de la Superintendencia Financiera.

Así las cosas, el juez natural en asuntos financieros señaló que

los únicos acuerdos de accionistas que deben ser depositados en la sociedad son los de voto y que la Ley del Mercado de Valores se refiere a este tipo de sindicatos, se estima inicialmente que son éstos los que deben revelarse al mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, es de resaltar que el objeto de la divulgación de la información relevante de una sociedad abierta es dar a conocer todas aquellas situaciones que afectan su curso y que puedan incidir en las decisiones del inversionista, de ahí que si el acuerdo de accionistas que se pretende celebrar se enmarca dentro de cualquier otro hecho o causal que requiera ser informado al mercado, se hace necesaria su revelación, como por ejemplo cuando el mismo comporta cambios en la composición accionaria, iguales o superiores al cinco por ciento (5%) de las acciones en circulación de la sociedad, ya sea directa o indirectamente, a través de personas naturales o jurídicas con las cuales se conforme un mismo beneficiario real (Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2012006183-004 del 8 de mayo de 2012).

Dando continuidad a la explicación, el presente artículo exige por lo menos tres (3) requisitos: (i) una restricción subjetiva, (ii) otro objetivo y (iii) el cumplimiento de ciertas formalidadesⁱⁱⁱ.

i) Con relación a la restricción *subjetiva*, la norma en comento no solo ordena que sean realizados por un número plural de socios (dos o más), sino que también prohíbe suscribir acuerdos a los asociados que tengan la calidad de administrados. Es decir, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 de la misma ley, no podrán celebrar válidamente un acuerdo, “el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”. Con igual criterio, la Superintendencia de Sociedades (2002) afirmó que:

Solo pueden hacer parte del sindicato de voto, los accionistas que bajo ninguna condición tengan la calidad de administradores, de donde se infiere de manera nítida, con relación a su segunda inquietud, que en ningún caso un administrador que a su vez sea accionista de la sociedad, puede formar parte de un acuerdo entre accionistas o de sindicato de accionistas (Oficio 220-17650 del 18 de abril).

En consecuencia, es así como la estructura gramatical de la disposición normativa obstaculiza la participación de los administradores de la sociedad donde sea transado el respectivo convenio entre los asociados.

ii) Haciendo énfasis en el aspecto *objetivo*, legalmente fue preestablecido cuál sería el contenido del pacto realizado entre los socios, refiriéndose con exclusividad aparente a las siguientes materias: (A) la manera de votar en las futuras asambleas de accionistas y (B) a la condición que permita a los socios o a terceros llevar la representación de todos (o algunos) en las reuniones del Máximo Órgano Social.

El primero de los requisitos obedece, en principio, a la naturaleza jurídica destacada, pues la denominación *acuerdo de sindicación de accionistas*, nos enfrenta a establecer previamente las materias sobre las que pueden versar los convenios ya regulados: la dirección prefijada de la voluntad de los accionistas en las futuras asambleas. Es así como los asociados pueden unificar de forma anticipada el ejercicio de su derecho a votar, con el fin de reunir a las mayorías decisorias. Es decir,

su objeto lo constituye el compromiso de votar en un determinado sentido en las asambleas de accionistas, dejando a la autonomía de las partes la opción de incluir en el mismo acuerdo, la representación de las acciones que lo integran, en uno o más de los participantes (Ibidem, 18 de abril de 2003).

El segundo momento que condiciona el ser-qué de los acuerdos, está relacionado con la posibilidad que cuentan los accionistas de ser representados por otros en las asambleas de accionistas, ostentando las mismas facultades jurídicas ya otorgadas en el mandato adjunto.

Cabe resaltar que las limitaciones objetivas, como ya se dijo, son solo aparentes, pues el contenido del acuerdo, a pesar del texto normativo bajo estudio, no se ciñe de modo exclusivo a asuntos relacionados con la determinación anticipada de cómo y quién puede ejercer el derecho al voto en futuras reuniones, ordinarias o extraordinarias, del MOS. En los acuerdos es posible someter a la voluntad de los accionistas cláusulas como la de adhesión (*tag along*), arrastre (*drag along*), los convenios de compra y venta forzosa (*buy-out agreements*) y las opciones de compra (*call options*) o de venta (*put options*) (Reyes, 2013A).

El juez natural en contiendas societarias afirmó, en relación con la materia del acuerdo de sindicación de acciones que consagra el artículo 70 de la ley 222 de 1995, que

celebrar acuerdos sobre temas distintos a los señalados taxativamente, se debe precisar en todo caso, que ello no obsta para que los asociados en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, puedan celebrar discrecionalmente acuerdos sobre otros asuntos, como serían los que contengan condiciones relacionadas con la enajenación de acciones, caso en el cual éstos, que la doctrina ha denominado tradicionalmente acuerdos privados, resultarán plenamente válidos entre los socios que los suscriben, pero a diferencia de los anteriores, no tendrán carácter vinculante frente a la compañía ni a los demás asociados (artículo 118 del Código de Comercio) (Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-009238, 11 de marzo de 2004).

En resumen, sí es viable celebrar acuerdos privados de accionistas acerca de cuestiones que van más allá de lo prescrito legalmente, porque, en última instancia, es el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad de los accionistas lo que fija hasta dónde llega el haber de los mismos, sin importar que sean o no vinculantes a la compañía o a los demás socios.

iii) Los requisitos formales que figuran en la norma son: (A) que conste por escrito y (B) se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En el primer caso, la positivización de lo acordado por los asociados le da un valor adicional a nivel probatorio y brinda mayor certeza a lo estipulado en dichos pactos. Eso no significa que un compromiso verbal esté desprovisto de toda existencia o acatamiento de cara a las partes, puesto que la ley no lo aprecia como una solemnidad *ad substantiam actus*, sino como una condición necesaria para que la sociedad se obligue a cumplirlo. Asimismo, esta circunstancia quedará satisfecha, cuando sea resguardada en un *mensaje de datos*, entendido este como toda la “información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (Artículo 2º, literal a), Ley 527 de 1999).

En el segundo caso, el depósito de estos en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad no es otra cosa que el respeto por el principio de publicidad del acto mercantil como tal (oponibilidad frente a terceros), para que todos los accionistas conozcan el contenido de estos, con el fin de que pueden hacer efectivas las estipulaciones materializadas de antemano. Omitir su depósito implicaría privar al acuerdo de efectos con respecto a la sociedad u otros accionistas.

En suma, hablar sobre las pautas legales indispensables que facilitan el inicio de un instrumento útil para regular los intereses de los accionistas de una compañía, dialécticamente exige traer a colación lo referente a su culminación. Atendiendo así al principio de dogmática jurídica según el cual “en derecho las cosas se deshacen como se hacen” y a los mandatos expresos en la Ley 222 de 1995 y 964 de 2005, para dar por terminado el acuerdo entre los asociados, es indispensable que los suscriptores del convenio depositen en las oficinas de administración de la sociedad (o, dado el caso, en el mercado de valores a través de la Superintendencia Financiera) una convención donde manifiesten con unanimidad que su voluntad está encaminada a resolverlo, ya que al ser la publicidad de los actos mercantiles un requisito *sine qua non* para evitar su inoponibilidad, es por esa misma formalidad que debe ser resuelto el acuerdo, según el principio general antes mencionado. Ahora, si se trata de revocar el mandato otorgado mediante el acuerdo, la regla debe ser aplicada en el mismo sentido, pues a la luz del artículo 1281 del Código de Comercio, “[e]l mandato conferido por varias personas, sólo podrá revocarse por todos los mandantes, excepto que haya justa causa”; por ende, no sería factible extinguir cada mandato de manera individual.

2.2. De los acuerdos de accionistas en la sociedad por acciones simplificada

Una de las novedades del régimen normativo de la Ley 1258 de 2008, en relación con los acuerdos para-sociales, ha sido el notable privilegio de la autonomía privada de los accionistas de esta forma asociativa en el ámbito mercantil. En su artículo 24, la ley bajo estudio ha dejado atrás ciertas restricciones contempladas en disposiciones normativas previas a su vigencia, como el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, sobre la cual se realizó un comentario en líneas precedentes. Es así como restricciones subjetivas como el requisito de no ser administrador de la sociedad quedaron suprimidas, abriendo un campo de mayor amplitud con respecto a los partes obligados en los referidos convenios. También, abrió explícitamente las puertas al contenido de los acuerdos, ya que permitió que a través de ellos los accionistas regularan, “la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y *cualquier otro asunto lícito*” (cursiva fuera del texto). En consecuencia, el objeto de lo pactado entre accionistas no se restringe a ciertos puntos relacionados con la destinación preestablecida del voto para futuras asambleas de accionistas o sus concernientes representantes en dichos estamentos, pues la vasta libertad contractual propia de este tipo societario es la base la inconmensurable posibilidad que ostenta cada socio, sean administradores o no, de regular jurídicamente sus vínculos societarios.

En la norma figuran ciertas variantes especiales que logran cualitativas diferencias con su antecedente principal. En primer lugar, en cuanto al ámbito de aplicación de los acuerdos de accionistas, su espectro afecta tanto a la asamblea de accionistas como al funcionamiento de otros órganos colegiados de la sociedad. En segundo lugar, el artículo 24 señala de manera categórica que una vez se cumpla el depósito de los acuerdos en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, “deberán ser acatados por la compañía” (Reyes, 2013B).

En síntesis, cabe resaltar una serie de características que conforman el precepto, las cuales son: (i) la licitud de las estipulaciones plasmadas en el acuerdo de accionistas; (ii) que conste por escrito o, en su defecto, figure en un mensaje de datos (art. 4° de la Ley 527 de 1999); (iii) sea depositado en las oficinas administrativas de la sociedad respectiva; (iv) que el término de duración o de la prórroga respectiva no sobrepase los diez años (inciso 1 del art. 24 de la Ley 1258 de 2008), y (v) quienes hayan suscrito el acuerdo deberán delegar a un representante encargado de recibir o suministrar información cuando sea necesario.

3. Efectos jurídicos del incumplimiento y la oponibilidad de los acuerdos de accionistas con base en el ejercicio abusivo del derecho de voto

De entrada, es pertinente resaltar que los acuerdos de accionistas, como cualquier otra convención, contrato o pacto realizado entre particulares, siempre y cuando cumpla con los requisitos legalmente establecidos, es ley para las partes (art. 1602 del Código Civil), es decir, debe cumplirse a cabalidad por quienes lo suscribieron, ya sean prestaciones de dar (*dare*), hacer (*facere*) o de no hacer (*non facere*). En el mismo sentido, estos acuerdos para-estatutarios, como corolario de la naturaleza contractual de la sociedad y bajo el amparo de la autonomía de la voluntad privada (art. 4 del Código de Comercio), los socios están facultados para convenir las normas que regularán su comportamiento, siendo estas vinculantes a los socios, a la sociedad y hasta los terceros.

En razón a la fuerza vinculante de los acuerdos de accionistas, existen mecanismos orientados a asegurar su efectividad, entre los cuales se pueden destacar los siguientes: (i) la obligación que se le impone al presidente de la asamblea de no computar “el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado” (parágrafo 1° del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008); (ii) el derecho a “promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, el cumplimiento de lo pactado” (parágrafo 2° del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, el art. 252 de la Ley 1450 de 2011 y el literal a) del inciso 5° del artículo 24 del Código General del Proceso); (iii) la impugnación de decisiones sociales (literal c) del inciso 5° del artículo 24 del Código General del Proceso), y (iv) la declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios (art. 43 de la Ley 1258 de 2008 y el literal e del inciso 5° del artículo 24 del Código General del Proceso).

- (i) **La obligación que se le impone al presidente de la asamblea de no computar el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado**

El presente mecanismo corresponde a una forma que podríamos denominar como de un sistema de autorregulación societaria, ya que no acude a ninguna autoridad judicial o administrativa, en aras de lograr que lo pactado en los acuerdos de accionistas se respete a cabalidad. Así es como la obligación que tiene el presidente de la asamblea de no computar el voto de los opositores al acuerdo de accionistas formalmente establecido, no solo evita su incumplimiento, sino que permite que los accionistas sujetos al acuerdo no abusen de su derecho al voto. Por esa razón, dado el caso, “si uno de los suscriptores se ha comprometido a votar por una determinada plancha para la elección de junta directiva, y decide, en el momento de la asamblea, incumplir su obligación, el presidente del máximo órgano social debe abstenerse de computar su voto” (Reyes, 2017A, p. 654).

(ii) La posibilidad de promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, el cumplimiento de lo pactado

Los socios subscriptores, en razón al incumplimiento flagrante de lo convenido, quedan facultados para promover la ejecución específica de las prestaciones pactadas en el acuerdo. La mencionada acción busca, en un principio, la resolución de controversias que surgen a raíz del cumplimiento de los acuerdos de accionistas. Por virtud de lo establecido en el Código General del Proceso en materia de competencia, esta acción surte los efectos correspondientes tanto para los convenios que cumplan con lo previsto en los artículos 70 de la Ley 222 de 1995 y 24 de la Ley 1258 de 2008 como para todos los acuerdos cuyo cumplimiento esté limitado a los accionistas subscriptores. En ese orden, siempre que se cumplan con las condiciones previstas para tal situación, los accionistas están en plena libertad de iniciar ante la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite de proceso verbal sumario, la respectiva ejecución del acuerdo. Igualmente, las sociedades no cobijadas por el régimen de la SAS pueden recurrir a litigios de la misma naturaleza a lo prescrito en el artículo 252 del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Ley 1450 del 2011.

Ahora bien, ya ahondando en especificaciones de orden procesal, se torna aceptable destacar tres escenarios que deben analizarse en el momento del proceso en cuestión, a saber: a) descontar judicialmente los votos computados en contravención de lo previsto en un acuerdo oponible a la sociedad, b) se declare judicialmente el incumplimiento del acuerdo de accionistas y c) los efectos que esto genera a nivel jurídico.

La primera actuación judicial corresponde, de modo similar a la obligación a cargo presidente de la asamblea, es la de descontar los votos de accionistas que no consintieron la aprobación del acuerdo de socios, con el fin de conformar, en última instancia, la voluntad social expresada en el seno de la asamblea. En otras palabras, la necesidad de hacer efectivos los postulados que rigen la celebración y ejecución de esas particulares manifestaciones de la voluntad implica “descontar judicialmente los votos computados en contravención de lo previsto en un acuerdo

oponible a la sociedad” (Superintendencia de Sociedades, Carlos Alberto Sierra Murillo y Summertree Trading Corporation vs. Axede S.A., Proceso No. 2013-801-051). Ya depurados los votos no válidos por el juez societario, el juez societario procede a evaluar si la decisión objeto de controversia puede subsistir si solo se tiene en cuenta el remanente de los votos computados de forma válida. Si los votos válidos resultan insuficientes para conformar la mayoría legal o estatutaria requerida, la decisión de la asamblea estaría viciada de nulidad absoluta, según lo dispuesto en el artículo 190 del Código de Comercio. *A contrario sensu*, si los votos válidos son suficientes para alcanzar la mayoría legal o estatutaria requerida, la decisión final deberá ser cumplida, dejando a un lado toda obligatoriedad del acuerdo para-social.

Una vez se agote la etapa precedente, la parte afectada debe solicitar al juez societario, de acuerdo con el caso *sub-examine*, que se declare el incumplimiento del acuerdo celebrado. En los términos de la Superintendencia de Sociedades, “para ejecutar las obligaciones contenidas en un acuerdo de accionistas debe haberse reconocido judicialmente el incumplimiento del respectivo convenio parasocial” (Superintendencia de Sociedades. Martín Alberto Morelli Socarrás contra Santana Fruits S.A.S. y Javier María Barnier González, Auto N° 801-12735 de 18 de julio del 2013), pues ante la imposibilidad de declarar el incumplimiento del acuerdo de accionistas celebrado, al órgano especializado en litigios societarios no le quedaría más opción que desestimar las pretensiones de la demanda.

Frente a los efectos de esta decisión, es necesario llamar la atención sobre la importancia que reviste asegurar el estricto cumplimiento de los acuerdos celebrados entre los accionistas de una sociedad. Dicha afirmación encuentra asidero no solo en la función económica que cumplen esta clase de convenios, sino también en la necesidad de hacer efectivos los postulados que rigen la celebración y ejecución de contratos en nuestro país, particularmente en lo que respecta al artículo 1602 del Código Civil. Por esa razón, el efecto inminente dada la declaratoria de incumplimiento de los acuerdos privados de accionistas es la exigencia de su cumplimiento y, por ende, “habrá que atenderse a lo previsto en nuestra legislación respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer” (Superintendencia de Sociedades, Proedinsa Calle & Cía S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. y otros, Sentencia N° 801-16 del 23 de abril de 2013).

(iii) La impugnación de decisiones sociales

La impugnación, en sentido amplio, podría considerar como uno de los derechos a partir del cual se manifiesta el derecho de defensa, que constituye uno de los núcleos del debido proceso. En efecto, el derecho a impugnar está provisto de medios tales como los recursos judiciales, entendidos como actos jurídicos de parte cuyo efecto perseguido es el reexamen de la providencia judicial, arbitral o, en su defecto, una decisión de uno o más particulares, desfavorable, para que se enmienden los errores en que se haya incurrido al proferirla. Integran

también al derecho a impugnar, *verbi gratia*, el proceso constitucional de tutela contra providencias judiciales y los alegatos de nulidad procesal (Quinche, 2017).

En el caso de la impugnación de actos o decisiones de asambleas o juntas de socios y, sin dejar a un lado la macro definición del derecho fundamental a impugnar, podría ser considerada como uno de los mecanismos de orden legal a través de los que se pretende crear, modificar o extinguir cualquier decisión tomada por la asamblea de accionistas, juntas directivas o de socios o de cualquier otro órgano directivos de personas jurídicas de derecho privada, tomadas o no por medio de un acuerdo privado de accionistas, en perjuicio de algunos consocios, la sociedad o terceros ajenos a la misma, por contravenir la ley o los estatutos de la sociedad. En este caso, las decisiones que sean objeto de algún medio de impugnación societario serán de obligatorio cumplimiento, tanto para la sociedad como para los socios que hacen parte de ella.

Desde el punto de vista procesal, el artículo 382 del Código General del Proceso establece que los órganos directivos de personas jurídicas de derecho privado, con lo cual comprende a todas, cualquiera sea su naturaleza u objeto social (civil, mercantil y agrario); excluyendo con ello a las entidades de carácter administrativo, sujetos a su propio reglamento.

En el mismo orden, tanto el litera c) del inciso 5° del artículo 24 del Código General del Proceso y el artículo 230 de la Ley 222 de 1995 le atribuyen facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades para conocer de la impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano de personas sometidas a su inspección, vigilancia y control, e, igualmente, para crear un centro de arbitraje para resolver los conflictos que surjan entre los socios o entre estos y la sociedad en desarrollo del objeto, respectivamente.

Así las cosas, es claro que la pretensión es impugnar un acto, mas esta puede ser calificada de acuerdo con los efectos jurídicos que afectan al acto materia de impugnación, que, según el artículo 190 y el 900 del Código de Comercio, son las siguientes:

- A) *La ineficacia*. Implica que los actos de órganos sociales no producen consecuencias jurídicas, dado que estos no se reunieron en el domicilio principal de la convocatoria, cuando la decisión no se toma de conformidad a las prescripciones legales o no concurre el número necesario para constituir quórum (C. de Co., artículo 186).
- B) *La inoponibilidad*. Se presenta cuando el acto es oponible a los socios ausentes o disidentes, cuando este solo es vinculante para algunos o, en general, porque viola normas legales o estatutarias (C. de Co., artículo 188).
- C) *La nulidad*. Corresponde a las decisiones tomadas sin el quórum determinado en los estatutos o si esta llegare a exceder los límites que impone el contrato social.

D) *La anulabilidad*. Se configura cuando el negocio jurídico es celebrado por una persona relativamente incapaz o ha sido objeto de vicios en consentimiento (error, fuerza o dolo).

Por último, si en la sentencia el juez o autoridad administrativa con funciones judiciales acepta las pretensiones de sujeto activo de la mencionada acción, se declara la nulidad del acto impugnado y se ordena a los administradores sociales que tomen las medidas pertinentes para garantizar que ese acto no ostente efectos jurídicos. Además, si el acto quedó registrado en Cámara de Comercio, se dispone a oficiar a esta entidad para que realice las anotaciones pertinentes. Más aún, dado el caso, se condena a pagar perjuicios sufridos por parte demandante en razón al acto objeto de impugnación (Camacho, 2016).

(iv) La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios

Frente a la declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, es necesario subrayar que, mediante esta acción, la Superintendencia de Sociedades puede conocer procesos en los que se debate el ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de algún asociado. Para tal efecto, debe probarse que el ejercicio de esa prerrogativa le causó perjuicios a la compañía o alguno de los miembros de la sociedad, así como la intención de causar tales perjuicios o de lograr una ventaja injustificada. De conformidad a lo dispuesto en los artículos 43 de la Ley 1258 de 2008 y 24 del Código General del Proceso, esta acción es procedente en hipótesis de abuso de mayoría, minoría y paridad. Sumado a la nulidad absoluta de las determinaciones del MOS, los afectados podrán solicitar la conveniente indemnización de perjuicios.

De acuerdo con el numeral 5º, literal e), artículo 24 del Código General del Proceso:

La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a [...] la declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.

En igual sentido, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 reza que:

Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la

Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto. La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad.

Igualmente, por virtud de lo previsto en el artículo 368 del Código General del Proceso, esta acción debe surtirse por la vía del proceso verbal.

En conclusión, los acuerdos privados de accionistas pueden llevar consigo una serie de efectos a la hora de ser permeados por el ejercicio abusivo de los derechos políticos correspondientes a cada miembro de ente corporativo, entre los cuales resaltan las consecuencias jurídicas que permiten a los afectados dirimir sus problemas sin recurrir a terceros (no computar los votos por parte de la Asamblea) y aquellos que requieren la intervención de una autoridad judicial (promover el cumplimiento, la impugnación o su correspondiente declaratoria de nulidad, a prevención, ante la Superintendencia de Sociedades).

4. Conclusiones

1. Dada la presentación amplia de doctrinantes y posiciones jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica del abuso del derecho, se aduce que existen tres nociones sobre las cuales se ha desarrollado la teoría del abuso del derecho. La primera, asume al abuso del derecho desde un orden subjetivo, donde lo predominante es la intención enfocada en el quebranto de un derecho que no es propio. La segunda, piensa al abuso del derecho a partir de una visión objetiva, es decir, no se enfoca en la intención del acto jurídico en cuestión, sino en que el ejercicio del derecho subjetivo vaya en contravía de la función social y económica inherente a sí. La tercera, basada en una postura mixta, considera que tanto la visión subjetiva como la objetiva se complementan en lugar de excluirse mutuamente.
2. Los acuerdos privados de accionistas son considerados como la facultad que tiene todo accionista de asociarse para combina los votos correspondientes a sus acciones con las de otros que se asocian en sindicato, el cual traza directrices para influir en el gobierno y actividades de la sociedad. Esta forma específica de convenios tiene soporte en la

autonomía de voluntad privada, cuyo poder normativo entre quienes la expresen sigue siendo indiscutible, máxime si se refiere a derechos disponibles como este del voto; no hay pues razón alguna para impedir que se confíe a otro el ejercicio del derecho de voto en las asambleas, manteniendo siempre el carácter rigurosamente voluntario y temporal de la delegación, máxime si se considera que el mandato o los pactos asociativos gozan de una indiscutible legalidad, cuyo reconocimiento no puede aceptarse en unos casos y negarse en otros.

3. Haciendo referencia a lo dispuesto en los apartados constitucionales, legales, doctrinales y jurisprudenciales, se afirma que, en razón a la fuerza vinculante de los acuerdos de accionistas, existen mecanismos orientados a asegurar su efectividad, entre los cuales se pueden destacar los siguientes: (i) la obligación que se le impone al presidente de la asamblea de no computar “el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado” (parágrafo 1º del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008); (ii) el derecho a “promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, el cumplimiento de lo pactado” (parágrafo 2º del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, el art. 252 de la Ley 1450 de 2011 y el literal a) del inciso 5º del artículo 24 del Código General del Proceso); (iii) la impugnación de decisiones sociales (literal c) del inciso 5º del artículo 24 del Código General del Proceso), y (iv) la declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios (art. 43 de la Ley 1258 de 2008 y el literal e del inciso 5º del artículo 24 del Código General del Proceso).

5. Referencias

5.1. Bibliográficas

- Arguello, L. R. (1996). *Manual de derecho romano: Historia e instituciones*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Camacho, A. (2016). *Manual de derecho procesal, Tomo III, Procesos de conocimiento*. Bogotá, D.C., Colombia: EDITORIAL TEMIS S.A.
- Gil Echeverry, J. H. (2010). *Impugnación de decisiones societarias*. Bogotá, D.C., Colombia: Legis.

- Josserand, L. (1982). *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Santafé de Bogotá, Colombia: Temis.
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho*. Bogotá, D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Martínez Neira, N. H. (2010). *Cátedra de Derecho Contractual Societario: Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*. Bogotá, D.C., Colombia: Legis.
- Mazeaud, H. y Mazeaud, A. T. (2009). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires, Argentina: Jurídicas Europa-América.
- Narváez García, J. I. (1998). *Teoría general de las sociedades*. Bogotá, D.C., Colombia: Legis.
- Monroy Cabra, M. G. (2010). *Introducción al derecho*. Bogotá, D.C., Colombia: EDITORIAL TEMIS S.A.
- Peña Nossa, L. (2012). *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá, D.C., Colombia: EDITORIAL TEMIS S.A.
- Quinche Ramírez, M. F. (2017). *La acción de tutela*. Bogotá, D.C., Colombia: EDITORIAL TEMIS S.A.
- Rengifo, E. (2004). *El abuso del derecho*. Recuperado de <http://www.rengifoabogados.com/sites/default/files/EL%20ABUSO%20DEL%20DERECHO%202.pdf>
- Reyes Villamizar, F. (2016). *Derecho societario - Tomo I*. Bogotá, D.C., Colombia: EDITORIAL TEMIS S.A.
- Reyes Villamizar, F. (2018). *SAS – La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá, D.C., Colombia: Legis.
- Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á. *Derecho civil: De las Obligaciones*. Bogotá, D.C., Colombia: EDITORIAL TEMIS S.A.
- Velázquez, J. (2014). *Bienes*. Bogotá, D.C., Colombia: EDITORIAL TEMIS S.A.

5.2. Providencias

A) Corte Constitucional

Sentencia C-595 de 1999

B) Corte Suprema de Justicia

Sentencia del 16 de septiembre de 2010. M.P.:

Sentencia del 11 de agosto de 1988. M. P.: Jairo E. Duque Pérez.

C) Superintendencia de Sociedades

Sentencia N° 800-50 del 8 de mayo de 2015

Sentencia N° 800-44 del 18 de julio de 2014

Sentencia N° 800-20 del 27 de febrero de 2014

Sentencia N° 800-73 del 19 de diciembre de 2013

Oficio 220-120050 del 30 de septiembre de 2009

Oficio 220-009238, 11 de marzo de 2004

Oficio 220-23118 del 10 de abril de 2003

Oficio 220-17650 del 18 de abril de 2002

D) Superintendencia Financiera

Concepto 2012006183-004 del 8 de mayo de 2012

6. NOTAS

ⁱ Cabe anotar que, a título de reseña histórica relacionado con los límites del derecho de dominio, la Corte Suprema de Justicia, once años antes de que la Corte Constitucional declarase inexecutable la expresión *arbitrariamente* del artículo 669 del Código Civil en sentencia C-595 de 1999, se pronunció sobre el alcance del término en la siguiente manera:

El calificativo de “arbitrario” que le da la norma acusada al derecho de propiedad, está atemperado en la misma disposición por la prohibición de que con su ejercicio se vulnere la ley o derecho ajeno, todo lo cual implica que no es una facultad absoluta como ya se anotó, y debe por tanto enmarcarse dentro de los límites que el legislador le señale.

Téngase en cuenta además que la acepción en que debe entenderse el adverbio “arbitrariamente”, es la de “arbitrio” es decir según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, “facultad que tiene el hombre (en este caso el titular de un derecho) de adoptar una resolución con preferencia a otra” y no la de “abuso” como podría resultar de la lectura inmeditada del artículo 669 del Código Civil. Este fue el alcance que don Andrés Bello le dio al derecho de propiedad que definió en el artículo 686 de su proyecto de Código Civil de

1853, como “el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella a *nuestro arbitrio*, no siendo contra la ley o el derecho ajeno” (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de agosto de 1988. M. P.: Jairo E. Duque Pérez).

De acuerdo con VELÁZQUEZ (2014), en esa particular sentencia, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria “[hizo] honor a la etimología de la expresión *abutendi*, derivada del verbo latino *abuti*, que se descompone en *ab* (plenitud de actuación) y *uti* (usar). Significa, en términos simples, usar completamente o disponer en forma definitiva” (p. 202).

En ese orden, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 17, pese al epíteto de *inviolable y sagrado* utilizado para referirse al derecho de propiedad, impone límites que obedecen a la “necesidad pública”, que podría ser colindante al principio constitucional del artículo 58, según el cual “el interés privado deberá ceder al interés público o social”, en razón a la función social que lleva consigo este derecho.

ⁱⁱ Ya que se compromete el derecho de voto.

ⁱⁱⁱ En palabras de la Superintendencia de Sociedades (2003): De la norma transcrita [(art. 70 de la Ley 222 de 1995)] se deducen los presupuestos de su aplicación cuales son: a) que el acuerdo provenga de un número plural de accionistas, dos o más; b) que los partícipes no sean administradores de la sociedad esto es, que ninguno de los suscriptores del acuerdo tenga la cualificación que consagra el artículo 22 de la Ley 222 *ibidem*; c) que conste por escrito; y, d) que haya sido entregado en depósito a la sociedad a través de su representante legal, en las oficinas de administración del ente económico (Oficio 220-23118, 10 de abril).