

JURISDICCIÓN SOCIETARIA Y ABUSO DEL DERECHO

**MARÍA CLARA PELÁEZ POSADA
ANDRÉS IGNACIO ARBELÁEZ OCAMPO**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2014**

JURISDICCIÓN SOCIETARIA Y ABUSO DEL DERECHO

MARÍA CLARA PELÁEZ POSADA

ANDRÉS IGNACIO ARBELÁEZ OCAMPO

**Trabajo de grado presentado como
requisito parcial para optar al título de Abogado**

Asesora: Norma Cecilia Nieto Nieto

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN**

2014

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, octubre de 2014

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. ANTECEDENTES DE LA JURISDICCIÓN SOCIETARIA	7
2. APROXIMACIONES A LAS COMPETENCIAS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES	33
2.1 ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LA DELEGATURA DE PROCEDIMIENTOS MERCANTILES	33
2.2 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA DELEGATURA DE PROCEDIMIENTOS MERCANTILES	41
3. EL ABUSO DEL DERECHO DE VOTO EN LA JURISDICCIÓN SOCIETARIA.....	51
3.1 ANTECEDENTES DEL ABUSO DEL DERECHO	51
3.2 EL TRATAMIENTO DEL ABUSO DEL DERECHO DE VOTO EN EL GRUPO DE JURISDICCIÓN SOCIETARIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES	61
4. CONCLUSIONES	73
BIBLIOGRAFÍA.....	80

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, de manera excepcional se le ha atribuido a la Superintendencia de Sociedades el ejercicio de funciones jurisdiccionales en procesos de naturaleza societaria, rompiendo todo esquema tradicional, pues la rama ejecutiva del poder público, en la actualidad, se encuentra facultada para administrar justicia, a través del grupo de jurisdicción societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles.

En el presente artículo se realizará un rastreo histórico de los antecedentes de la jurisdicción societaria, a través del análisis de las diferentes fuentes del derecho. Se analizarán los fundamentos constitucionales; los fundamentos legales como la ley 446 de 1998, la Ley 1258 de 2008 y la Ley 1564 de 2012; e incluso se realizará una exploración doctrinaria del tema, para identificar cómo se le atribuyeron o se le atribuyen a la Superintendencia de Sociedades cada vez más facultades.

Ahora bien, la segunda parte del trabajo, se centrará por un lado en examinar la estructura orgánica de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles y los aspectos más importantes de la supuesta “Corte” Societaria que funciona al interior del grupo de jurisdicción societaria de la entidad, como los asuntos, acciones y trámites procesales que en ella se gestionan. Y por otra parte, se hará la descripción de los dos primeros años de ejercicio de atribuciones jurisdiccionales por parte de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles; en esta fase se expondrán los resultados obtenidos del estudio de las 34 sentencias emitidas por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles.

Por último, se hará referencia al tratamiento que el grupo de jurisdicción societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles le ha dado al abuso del derecho, específicamente de voto. Pero para ello se entrará a indagar los antecedentes

normativos, doctrinarios y jurisprudenciales del tema, esencialmente en materia societaria.

El desarrollo del proyecto contará con la realización de un trabajo de campo, consiste en la exploración de la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades.

Además, cabe mencionar que, el trabajo no se quedará en la descripción histórica y teórica del tema, sino que en su desarrollo se identificarán los diversos problemas que surgen de la atribución de facultades jurisdiccionales a la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades; pues el proyecto contendrá un elemento crítico.

1. ANTECEDENTES DE LA JURISDICCIÓN SOCIETARIA

En 1931 se expidió la Ley 58, por medio de la cual se creó la Superintendencia de Sociedades Anónimas y se dictaron otras disposiciones. El artículo primero de dicha Ley, prescribió lo siguiente: “*créese dependiente del gobierno una sección comercial encargada de la ejecución de la leyes y decretos que se relacionen con las Sociedades Anónimas*”; pero a su vez, introdujo una excepción, que excluía de la función de supervigilancia de la Superintendencia a los establecimientos bancarios. Con esta Ley se instituyó el control del Estado, a través del ejercicio de funciones de inspección y vigilancia, como máxima autoridad económica en las sociedades que cumplieran con los requisitos de forma para ser sujetos pasivos de dicha disposición; y se precisó el alcance y fines de intervención de la Superintendencia en las sociedades anónimas.

En principio la ley 58 de 1931 entraría en vigencia el 1 de enero de 1932, pero la Ley 134 de 1931 en su artículo 88, suspendió la entrada en vigencia de la Ley 58 mientras se presentaba un proyecto al Congreso sobre sociedades comerciales, especialmente sobre las anónimas. El proyecto en el Congreso no se concretó y la Ley 128 de 1936 le dio nuevamente vigencia a la Ley 58 de 1931, que con el Decreto 1984 de 1939 se hizo efectiva, toda vez que, consagró como dependencia del Ministerio de Economía Nacional, a la Superintendencia de Sociedades Anónimas¹.

No obstante, fue sólo hasta el año de 1945 que se estableció la facultad al Presidente como Suprema Autoridad Administrativa, para inspeccionar las sociedades comerciales, en el numeral 15 del artículo 29 del Acto Legislativo 1 de dicho año.

¹ VÉLEZ CABRERA, Luis Guillermo. Superintendencia de Sociedades. 73 Años de historia. Bogotá: Superintendencia de Sociedades, 2012. p. 8.

A partir de 1957 se ampliaron las facultades de inspección y vigilancia que ostentaba el Estado sobre las sociedades anónimas, y se permitió el ejercicio de dichas atribuciones a personas jurídicas de cualquier naturaleza. Por su parte, en 1968, con la expedición del Decreto Ley 3163 de 1968 se reorganizó internamente la Superintendencia de Sociedades Anónimas, y en el artículo 1º se le dio la denominación de Superintendencia de Sociedades.

Luego, con la expedición del Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, se dio continuidad a lo establecido por normas anteriores relativas a los sujetos que estaban sometidos a la intervención estatal. De hecho, en el artículo 267² el Presidente delimitó las funciones del superintendente, en uso de las facultades otorgadas por la Constitución Política de 1886. Adicionalmente, el Decreto, concedió a la Superintendencia de Sociedades las primeras atribuciones jurisdiccionales, al permitirle tramitar los concordatos preventivos, potestativos y obligatorios.

En 1981, debido a la crisis económica que estaba atravesando el país, fue necesario el estudio minucioso de las atribuciones otorgadas a la Superintendencia de Sociedades, y como resultado se promulgaron la Ley 44 y el Decreto 2059. Lo anterior, se dio porque no existía explicación que fundamentará el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades sobre personas jurídicas que no comprometieran el interés general de la comunidad, pero que acarrearán consigo una carga al congestionar y dilatar las operaciones de dicha entidad.

Así las cosas, con la Ley 44 de 1981, se revisaron las funciones de la Superintendencia de Sociedades, y se ajustó su alcance y campo de acción a todas las sociedades comerciales, cualquiera que fuera su forma, siempre y cuando no estuvieran sometidas al control de la Superintendencia Bancaria. Por

² Modificado por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995.

su parte, el Decreto 2059 de 1981, sometió algunas compañías mercantiles a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Sociedades, considerando factores socio-económicos como el monto de los activos y la actividad económica.

Años después, el 16 de febrero de 1989, el Decreto 350 expidió el nuevo régimen de los concordatos preventivos, y estipuló en su artículo 50 que el concordato preventivo obligatorio se tramitaría ante el Superintendente de Sociedades. Este Decreto fue uno de los primeros antecedentes de desarrollo de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia.

Ahora bien, con el Decreto 2273 de 1989 se crearon los primeros Juzgados Civiles del Circuito Especializados en asuntos de comercio en varias ciudades del país; de modo tal que el sistema judicial del país contada con dos tipos de jueces, los jueces civiles del circuito ordinarios y los jueces civiles del circuito especializados. El Decreto le atribuyó a estos últimos, competencias para conocer de las controversias que se suscitaban en las diversas áreas del derecho comercial, como por ejemplo: *“de las sociedades comerciales y civiles, en cuanto a ineficacia, inexistencia nulidad e inoponibilidad del contrato societario; impugnación de decisiones de Asambleas, juntas de socios y Juntas Directivas; disolución y liquidación”*.

No obstante, los Juzgados del Circuito Especializados en Derecho Comercial no tuvieron éxito, y el ordenamiento jurídico colombiano quedó con varios vacíos en la materia. Entre las razones por las que se suprimieron los Juzgados Civiles del Circuito Especializados se encontraron las siguientes³:

³ Según entrevista realizada al Doctor Alberto Ceballos Velásquez, abogado de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho Procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, desde el 3 de noviembre de 1993 hasta el 29 de noviembre de 2008. Conjuez del Tribunal Administrativo de Antioquia, 1988-1993. Consultor Externo de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Trayectoria

- La expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996. Por una parte, la Ley en su artículo 12 estableció que la función jurisdiccional en la rama judicial se ejercería por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdiccionales especiales tales como: la penal, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocería de todos los asuntos que no estuvieran atribuidos por la Constitución o la Ley a otra jurisdicción. Y por otra parte, una interpretación exegética del artículo 22 de la Ley⁴, permite argumentar la supresión de los Juzgados Civiles del Circuito Especializados, pues el artículo estableció que los juzgados civiles, penales, de familia, laborales, de ejecución de penas, y de pequeñas causas, eran los que integraban la Jurisdicción Ordinaria, excluyendo de la lista a los jueces especializados en materia comercial.
- En este orden de ideas, es claro que la Ley Estatutaria no consagró la figura de los Juzgados Civiles Especializados en materia comercial, y por ende marcó el cierre de la posibilidad de crear una jurisdicción de comercio, a menos que la creación de esta jurisdicción comercial estuviera supeditada a la aprobación de una Ley Estatutaria posterior; es decir, con la Ley 270 de 1996 se estableció que no era posible ni necesaria la creación de una subjurisdicción comercial.

en Docencia: En pregrado: Derecho Procesal: Cursos de Teoría General del Proceso, Derecho Procesal Civil General y Especial, en la Universidad de Antioquia y en la Universidad EAFIT.

⁴ Ley 270/1996. Artículo 22. Régimen de los juzgados: “Los Juzgados Civiles, Penales, de Familia, Laborales, de Ejecución de Penas, y de Pequeñas Causas que de conformidad con las necesidades de la administración de justicia determine la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para el cumplimiento de las funciones que prevea la ley procesal en cada circuito o municipio, integran la Jurisdicción Ordinaria. Sus características, denominación y número serán los establecidos por dichas Corporaciones. Cuando el número de asuntos así lo justifique, los juzgados podrán ser promiscuos para el conocimiento de procesos civiles, penales, laborales o de familia. De conformidad con las necesidades de cada ciudad y de cada municipio habrá jueces municipales de pequeñas causas y competencia múltiple sobre asuntos de Jurisdicción Ordinaria, definidos legalmente como conflictos menores. La localización de sus sedes será descentralizada en aquellos sectores de ciudades y municipios donde así se justifique en razón de la demanda de justicia. Su actuación será oral, sumaria y en lo posible de única audiencia (...)”.

- La especialidad relativa, pues la segunda instancia contra las providencias promulgadas por los Jueces del Circuito Especializados en materia comercial se resolvían por los magistrados de la justicia ordinaria, ya que no existían Tribunales Especializados. De hecho, el artículo 5 del Decreto 2273 de 1989, expresamente indicaba: *“Las salas civiles de los tribunales superiores de distrito judicial, conocerán en segunda instancia de los recursos que se interpongan contra las providencias de los jueces civiles del circuito especializados”*⁵.
- La tendencia del Consejo Superior de la Judicatura a eliminar las hiperespecializaciones, pues éste consideraba que la figura de la hiperespecialidad no respondía a las necesidades del estado colombiano, ni a una lógica internacional.
- Las limitaciones que tenía el poder judicial para la creación de una jurisdicción o una subespecialización de jueces, ya que no contaba con los recursos económicos para la generación de cargos judiciales.
- La desproporción en las cargas que tenían los jueces civiles del circuito y las que tenían los jueces especializados en derecho comercial, puesto que la demanda de justicia era tal que, los Jueces Civiles del Circuito Ordinarios tenían a su cargo una gran cantidad de procesos, mientras que los Jueces Civiles del Circuito Especializados no tenían muchos; situación que propició la distribución de las cargas de los jueces, y la eliminación de los Juzgados Especializados.
- Los jueces civiles del circuito especializados no se encontraban en todas las ciudades del país, incluso en algunas de las ciudades en las que según el

⁵ Decreto 2273/1989. Artículo 5.

Decreto 2273 funcionarían los 23 Juzgados Civiles del Circuito Especializados, nunca se construyeron las instalaciones.

La falta de especialidad en asuntos comerciales en la jurisdicción generó en el ordenamiento jurídico colombiano la necesidad de reglamentar la materia, y por lo tanto, en la década de los noventa, la Superintendencia de Sociedades sufrió significativos cambios. Por una parte, el 5 de enero de 1990, mediante la Ley 7, se atribuyó el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de los Fondos Ganaderos a esta Superintendencia.

Posteriormente, la promulgación de la Constitución Política de 1991, constituyó otro de los antecedentes importantes de las atribuciones jurisdiccionales a entidades administrativas, porque aunque ésta facultad ya estaba consagrada en disposiciones anteriores, el artículo 116 consagró taxativamente que estaban calificados para administrar justicia algunas las autoridades administrativas o particulares, diferentes a las que conformaban la Rama Judicial. El artículo señaló: *“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”*.

Dicho precepto constitucional constituye una de las excepciones al principio de separación de poderes, pues la función jurisdiccional únicamente puede ser ejercida por funcionarios estatales que orgánicamente pertenezcan al poder judicial; y claramente las autoridades administrativas no pertenecen a dicha rama del poder.

Ahora bien, extraordinaria y transitoriamente la Carta Política permite la atribución de funciones propias del poder judicial a las demás ramas del poder público, como a autoridades administrativas, situación que no representa necesariamente el rompimiento del principio de separación de poderes; no obstante, la problemática

en este escenario se centra en que las atribuciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, como la Superintendencia, no se están otorgando de manera transitoria, sino de forma permanente. En el desarrollo del presente artículo se expondrán algunas situaciones en las que dicho principio procesal se encuentra vulnerado.

Por su parte, el 22 de julio de 1991, con el Decreto 1827, se modificaron algunas de las causales que determinaban la inspección y vigilancia permanente que ejercía la Superintendencia sobre compañías mercantiles, derogando las condiciones socio-económicas consideradas por el decreto 2059 de 1981.

El 30 de diciembre de 1992, se expidió el Decreto 2155, y se reestructuró la Superintendencia de Sociedades, por mandato del artículo 20 transitorio de la Carta Política de 1991, mediante el cual se ordenó la supresión, fusión o reestructuración de las entidades de la rama ejecutiva, con el propósito de contextualizarlas con las disposiciones de la reforma constitucional. Y el 30 de junio de 1993 se expidió el Decreto 1258, que estableció nuevos parámetros de vigilancia de las sociedades mercantiles por parte de la Superintendencia de Sociedades.

Ahora bien, la Ley 222 de 1995, precisó las competencias y atribuciones de la Superintendencia de Sociedades; le asignó nuevas funciones a dicha entidad, como por ejemplo, la enunciada en el artículo 86 numeral 5 *“ejercer las funciones que en materia de jurisdicción coactiva le asigne la ley”*; revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para que determinara la estructura, administración y recursos de la Superintendencia, para garantizar el cumplimiento de los mandatos contenidos en la Ley; y estableció en el Título II el Régimen de

los procesos concursales⁶, que posteriormente fue modificado por el Decreto 1080 de 1996 y derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006.

En el Título II de la Ley, concretamente el artículo 90 del Capítulo 1º, se señalaba que en ejercicio de funciones jurisdiccionales la Superintendencia de Sociedades era competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales⁷ de todas las personas jurídicas, siempre que éstas no estuvieran sujetas a un régimen especial de intervención judicial. Pero, el artículo también indicó que los encargados de tramitar los procedimientos concursales de las personas naturales eran los jueces especializados, o en su defecto, los jueces civiles del circuito. De esta manera, se modificó lo establecido por el Decreto 350 de 1989, al otorgarle a la Superintendencia de Sociedades la competencia para conocer todos los concordatos y procesos de liquidación.

Adicionalmente, Ley 222 de 1995, modificó las funciones jurisdiccionales del ente ejecutivo, dando paso a la reestructuración de la Superintendencia con el Decreto 1080 de 1996. Así mismo, el artículo 233 de la Ley estableció que la Superintendencia de Sociedades estaba a cargo, mediante el trámite del proceso verbal sumario, de los conflictos que tuvieran origen en el contrato social o en las leyes que lo rigieran, siempre que no se hubiese sometido dichas diferencias a pacto arbitral o amigable composición; disposición que se convirtió en la regla

⁶ El capítulo I regulaba las generalidades del proceso, el capítulo II comprendía las normas relativas al Concordato (requisitos generales; el trámite; los efectos de la apertura del concordato; la designación del contralor; la Junta Provisional de Acreedores; los órganos sociales de la entidad deudora; la presentación de créditos; las reglas generales de las audiencias; las audiencias; la calificación y graduación de créditos; los requisitos, aprobación y efectos del acuerdo; el acuerdo por fuera de audiencia; las medidas cautelares; y las disposiciones varias), el capítulo III la liquidación obligatoria (los requisitos y efectos; la remoción e inhabilidad; la providencia de apertura; la prestación de créditos; el liquidador; la Junta Asesora del Liquidador; el patrimonio a liquidar; las acciones revocatorias; los bienes excluidos del patrimonio a liquidar; la realización de activos y pagos a los acreedores; la terminación; el concordato dentro del trámite liquidatorio; y la responsabilidad), el capítulo IV regulaba las reglas comunes a ambos trámites, y el capítulo V el trámite ante el juez.

⁷ Ley 222/1995. Artículo 89. Modalidades del trámite concursal. El trámite concursal podrá consistir en:

1. Un concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, o
2. Un concurso liquidatorio respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor.

aplicable para los asuntos que no tuvieran establecido un trámite procesal específico. Por su parte, en el artículo 237 de la Ley, se estableció lo siguiente:

Los concordatos y las quiebras iniciadas antes de la entrada en vigencia de esta ley, seguirán rigiéndose por las normas aplicables al momento de entrar a regir esta ley. No obstante, esta ley se aplicará inmediatamente entre en vigencia, en los siguientes casos:

1. Cuando fracase o se incumpla el concordato, en cuyo evento, en vez de la quiebra se adelantará la liquidación obligatoria.
2. En lo relacionado con el decreto, práctica y levantamiento de las medidas cautelares consagrados en esta ley.

En este orden de ideas, con el Decreto Ley 1080 del 19 de junio de 1996, el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades extraordinarias, reestructuró la Superintendencia y dictó normas sobre su administración y recursos. El Decreto determinó que la Superintendencia debía desarrollar las atribuciones administrativas y jurisdiccionales que le correspondían, tales como, el desarrollo de funciones de policía judicial que la Ley determinara, y el ejercicio de funciones en materia de jurisdicción coactiva. De la misma forma, en los artículos 8 y 9 del Decreto, se expresó que eran funciones del Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control y del Superintendente Delegado para los Procedimientos Mercantiles, el desarrollo de las funciones de policía judicial que la Ley les asignara. Adicionalmente, los artículos 23, 24, 25 y 26 del Decreto regularon aspectos relacionados con el proceso concursal, y concretamente el artículo 23, estableció que la Superintendencia de Sociedades era competente, de manera privativa, para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, que no se encontraran sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación; no obstante, dichos artículos se declararon inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C - 180 de 1997⁸.

⁸ En esta sentencia, Mario Antonio Fonseca Ramos presentó demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos del decreto 1080 de 1996, por considerar que dichas normas violaban los artículos 113; 116; 150 numerales 1, 2 y 10, y 189 numeral 24 de la Constitución Política. La Corte

Según la Sentencia C - 180 de 1997:

De acuerdo con los conceptos definidos en relación con la facultad del gobierno para determinar la estructura, administración y recursos de la Superintendencia de Sociedades, no queda duda sobre las actividades que podía desarrollar el legislador extraordinario. Si dichas funciones fueron reguladas en forma concreta por la ley de facultades, ha de entenderse que lo que ésta delegaba al legislador transitorio era la labor de redistribuirlas entre las distintas dependencias que conforman la entidad, cuya estructura y organización jerárquica sí podía determinar el Presidente; pero no incluía la posibilidad de modificar, suprimir o atribuir nuevas funciones a ese ente administrativo. Interpretar en forma más amplia el marco de las facultades concedidas al Presidente de la República para considerar implícita en ellas la posibilidad de modificar el régimen de funciones consagrado en la ley, implicaría desbordar las facultades atendiendo a criterios irrazonables, pues no tendría sentido que el legislador ordinario desarrollara una labor compleja, para que en el mismo acto de creación introdujera el mecanismo que permitiera a otro órgano del Estado deshacer su obra⁹.

Después de la promulgación del Decreto 3100 de 1997, que señalaba las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades; se expidió una ley de gran importancia para la historia de la jurisdicción de la Superintendencia de Sociedades, la Ley 446 de 1998.

Dicha Ley se expidió el 7 de julio de 1998, y dictó disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, y radicó en cabeza de la Superintendencia de Sociedades funciones jurisdiccionales, específicamente en

declaró inexequibles los apartes acusados de los artículos 2 numeral 2 y 7 numeral 2, porque vulneraban el artículo 150-10 de la Constitución Política, en cuanto excedieron los límites fijados en la ley de facultades. No ocurrió lo mismo con la expresión demandada del artículo 9 numeral 14, pues ésta disposición encajaba dentro de las atribuciones conferidas y, por tanto, la Corte la declaró exequible. Por su parte, el Alto Tribunal declaró exequibles el numeral 13 del artículo 2 y las expresiones "y de las facultades que le señala la ley en relación con otras personas jurídicas o naturales", contenida en el numeral 1 del artículo 8, y "en relación con otras personas jurídicas o naturales" contenida en el numeral 1 del artículo 9, por no exceder los límites previstos en el artículo 226 de la ley 222 de 1995. Por último, la Corte resolvió declarar inexequibles los artículos 2 numeral 17, 23, 24, 25, 26 y la parte acusada del numeral 32 del artículo 2 del decreto 1080 de 1996, por exceder los límites previstos en la ley de facultades. Pero, decidió declarar exequible el numeral 28 del artículo 4 y los literales g) del numeral 15 y b) del numeral 16 del artículo 8 por no desconocer dichos límites.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 180 de 1997. MP Carlos Gaviria Díaz.

materia societaria. Por un lado, el artículo 133 de la Ley confirió a la Superintendencia competencia para el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro II del Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995; y también le confirió competencia para reconocer la ocurrencia de las causales de ineficacia.

Igualmente, el artículo 134 de la Ley, le atribuyó al Superintendente en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la designación, posesión y recusación de peritos; según lo señaló el artículo 134, 135 y 136.

Por su parte, el artículo 137 de la Ley 446 de 1998¹⁰, manifestó que la Superintendencia de Sociedades era competente a prevención para tramitar mediante el proceso verbal sumario, la impugnación de decisiones de Asamblea, Juntas de Socios y Junta Directiva. Pero el artículo en comento, restringió dicha facultad exclusivamente a las sociedades sometidas a la vigilancia permanente de la Superintendencia.

El artículo 138 de la Ley en mención, estableció que la Superintendencia de Sociedades podría declarar la ocurrencia de causales de disolución cuando los socios no estuvieran de acuerdo en el acaecimiento de alguna de éstas. Esto sin perjuicio de que la sociedad no estuviere sometida a la vigilancia permanente de la Superintendencia de Sociedades.

Por último, el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, también señalaba reglas sobre los actos que dictaban las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales, pero dicho artículo fue derogado por el literal a) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012.

¹⁰ Artículo derogado por el numeral c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012.

En este punto, cabe resaltar que la organización de la rama ejecutiva y de la rama judicial está estructurada de manera diferente. Por una parte, en la organización del poder ejecutivo las relaciones se estructuran por criterios jerárquicos, es decir, sobre las líneas verticales de autoridad; elementos que permiten la configuración de la potestad de instrucción y la potestad de nombramiento discrecional, propias de las autoridades administrativas. Mientras que la estructura del poder judicial, parte de la idea de superioridad funcional, y no de superioridad jerárquica. Y es precisamente sobre este aspecto, es decir, el traslado de procesos que reclaman una estructura funcional (autonomía, independencia, imparcialidad) a escenarios administrativos no propicios para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, donde se originan varias de las críticas al respecto, que se señalaran al final del capítulo.

Ahora bien, en 1999 se expidió la Ley 550, que tenía la finalidad de establecer un régimen que promoviera y facilitara la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales, para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones. Dicha norma, le permitió al ente ejecutivo conocer asuntos jurisdiccionales para alcanzar su objetivo.

En el Capítulo 6 de la Ley, se reglamentó lo tocante a las acciones judiciales, y se estableció que la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, era competente en única instancia y a través del proceso verbal sumario, para dirimir las controversias relacionadas con la ocurrencia y reconocimiento de cualquiera de los presupuestos de ineficacia; así como, de las acciones revocatorias y de simulación consignadas en los 3 supuestos del artículo 39 de la Ley 550¹¹.

¹¹ Ley 550/1999. Artículo 39. Acciones revocatorias y de simulación: "(...) 1. La extinción de obligaciones, daciones en pago, otorgamiento de cauciones, contratos de garantía, contratos de fiducia mercantil, ventas con pacto de recompra, contratos de arrendamiento financiero que involucren la transferencia de activos de propiedad del empresario (leaseback) y, en general, todo acto que implique disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o

Asimismo, el artículo 37 de la norma, señalaba que las demandas relacionadas con la existencia, la eficacia, la validez, y la oponibilidad de los acuerdos de reestructuración o de algunas de sus cláusulas, únicamente podían ser presentadas ante la Superintendencia de Sociedades; y facultó a la autoridad administrativa para decretar medidas cautelares, cuando las considerará útiles para cualquier litigio. Igualmente, le atribuyó a la Superintendencia la competencia para resolver, en única instancia y a través del procedimiento verbal sumario, las diferencias ocasionadas entre los diferentes sujetos intervinientes en el acuerdo de reestructuración, con ocasión de la ejecución o terminación del mismo.

El artículo 38 de la Ley 550 de 1999, facultó al ente administrativo, para conocer a través del procedimiento verbal sumario y en única instancia, las demandas tendientes a declarar el incumplimiento de una obligación derivada del acuerdo a cargo de algún acreedor.

Ahora bien, en el año 2006, el Presidente de la República por medio del decreto 4350, estableció que quedarían exentas de la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, a partir del primer día hábil del mes de abril del año 2007, todas las sociedades mercantiles y empresas unipersonales que a la fecha de expedición del Decreto se encontraran vigiladas por dicho ente administrativo, salvo las que se hallaran incurso en alguna de las causales establecidas por el acto administrativo, en cuyo caso la vigilancia continuaría. Entre los criterios para determinar las personas jurídicas que estarían sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, se encontraban: (i) El monto de sus activos y de sus ingresos; (ii) El monto de sus pasivos, gastos financieros, y pérdidas; (iii) Las sociedades mercantiles y empresas unipersonales que estuvieran admitidas,

desmembración del dominio de bienes del empresario, que causen un daño directo cierto, incluso futuro, a los acreedores.

2. Todo acto a título gratuito que demerite el patrimonio afecto a la empresa.

3. Los actos y contratos celebrados o ejecutados con los administradores de cualquier empresario, de forma societaria o no a que hace referencia el Artículo 22 de la Ley 222 de 1995, con los socios, los controlantes, y las personas a que hacen referencia los literales a), b), c) y d) del inciso 3° del Artículo 20 de la presente ley, incluyendo contratos de trabajo y conciliaciones laborales. (...)"

tramitando o convocadas en procesos concursales; (iv) Las que adelantaran o se encontraran admitidas en acuerdos de reestructuración, de conformidad con la Ley 550 de 1999; (v) Las sociedades mercantiles y las empresas unipersonales que se encontraran en situación de control o las que hicieran parte de un grupo empresarial inscrito, de conformidad con la Ley 222 de 1995; (vi) Las sociedades mercantiles o empresas unipersonales que señalará el Superintendente mediante acto administrativo particular; (vii) Las sociedades administradoras de Planes de Autofinanciamiento Comercial; (viii) Las sociedades prestadoras de servicios técnicos o administrativos a las Instituciones Financieras; (ix) Los Fondos Ganaderos; (x) Las Empresas Multinacionales Andinas; (xi) Sucursales de sociedades extranjeras; (xii) Sociedades comerciales que tuvieran por objeto social exclusivo la actividad de Factoring o descuento de cartera.

El 27 de diciembre de 2006, el Congreso de la República expidió la Ley 1116, por medio de la cual se creó el régimen de insolvencia empresarial en el país, para proteger el crédito y recuperar y conservar la empresa como fuente de explotación económica y fuente generadora de empleo. La Ley en su artículo 1º, estableció que el régimen de insolvencia era de naturaleza judicial, y que constaba de tres procesos, cada uno destinado a resultados diferentes: (a) El proceso de reorganización¹², (b) el proceso de liquidación judicial¹³, y (c) el proceso de validación judicial de acuerdos extrajudiciales de reorganización¹⁴.

El artículo 6 de la Ley, constituyó otro antecedente significativo para las atribuciones jurisdiccionales que se le otorgaron a la Superintendencia de

¹² La Ley 1116 de 2006, sustituyó lo estipulado por la Ley 550 de 1999 en este tema.

¹³ La Ley 1116 de 2006, sustituyó lo regulado por la Ley 222 de 1995 al respecto.

¹⁴ Ley 1116/2006. Artículo 84. Validación judicial de acuerdos extrajudiciales de reorganización: "Cuando por fuera del proceso de reorganización, con el consentimiento del deudor, un número plural de acreedores que equivalga a la mayoría que se requiere en la presente ley para celebrar un acuerdo de reorganización, celebren por escrito un acuerdo de esta naturaleza, cualquiera de las partes de dicho acuerdo podrá pedir al juez del concurso que hubiere sido competente para tramitar el proceso de reorganización, la apertura de un proceso de validación del acuerdo extrajudicial de reorganización celebrado (...)".

Sociedades, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 de la Carta Constitucional, toda vez que, determinó que la Superintendencia en uso de sus facultades jurisdiccionales, conocería privativamente, como juez del concurso, de los procesos de insolvencia de sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras; y a prevención, de personas naturales comerciantes. También señaló el párrafo 1º del artículo en mención, que el proceso de insolvencia adelantado ante el organismo administrativo sería de única instancia. No obstante, el párrafo 2º del artículo 6, indicó que la Superintendencia de Sociedades, sin perjuicio de las atribuciones conferidas en la Ley, conservaría las facultades de supervisión durante el proceso.

En este orden de ideas, entre las facultades y atribuciones conferidas por el artículo 5 de la Ley 1116 de 2006 al juez del concurso se encontraban: (a) Solicitar u obtener, en la forma que estimare conveniente, la información que requiriera para la adecuada orientación del proceso; (b) Ordenar las medidas que estimare pertinentes, para proteger, custodiar y recuperar los bienes que integraran el activo del patrimonio del deudor; (c) Objetar los nombramientos o contratos hechos por el liquidador cuando afectaran el patrimonio del deudor o los intereses de los acreedores; (d) Decretar la inhabilidad hasta por diez (10) años para ejercer el comercio en los términos previstos en la Ley. Los administradores objeto de la inhabilidad podrían solicitar al juez del concurso la disminución del tiempo de inhabilidad, cuando el deudor hubiese pagado la totalidad del pasivo externo calificado y graduado; (e) Imponer sanciones o multas sucesivas o no, hasta de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cualquiera que fuere el caso, a quienes incumplieran sus órdenes, la Ley o los estatutos; (f) Actuar como conciliador; (g) Con base en la información presentada por el deudor en la solicitud, reconocer y graduar las acreencias y resolver las objeciones presentadas cuando hubiere lugar a ello; (h) Decretar la sustitución, de oficio o a petición de parte, de los auxiliares de la justicia y del revisor fiscal, durante todo el proceso de insolvencia, mediante providencia motivada en el cual designaría el

reemplazo; (i) Ordenar la remoción de los administradores y del revisor fiscal, según sea el caso, por el incumplimiento de las órdenes del juez del concurso o de los deberes previstos en la Ley o en los estatutos, de oficio o a petición de acreedor, mediante providencia en la cual designaría su reemplazo; (j) Reconocer de oficio o a petición de parte los presupuestos de ineficacia previstos en el artículo 76 de la Ley; y (k) En general, tendría las atribuciones suficientes para dirigir el proceso y lograr que se cumplieren las finalidades del mismo.

Como se indicó en líneas anteriores, el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006 derogó el Título II de la Ley 222 de 1995; no obstante, el artículo 117 de la misma Ley, enunció que las negociaciones de acuerdos de reestructuración, los concordatos y liquidaciones obligatorias, iniciados durante la vigencia de la Ley 222 seguirían rigiéndose por las normas aplicables al momento de entrar en vigencia la Ley 1116.

De otro lado, se encuentra la Ley 1258 de 2008 que creó la sociedad por acciones simplificadas, y en desarrollo del mandato constitucional consagrado en el artículo 116, le confirió facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades. El artículo 24, al hacer referencia a los acuerdos de accionistas, en su parágrafo 2º manifestó que los accionistas de una sociedad por acciones simplificada, mediante el proceso verbal sumario, podrían promover ante la Superintendencia de Sociedades la ejecución de las obligaciones pactadas en los acuerdos. Por otra parte, el artículo 40, en su 2º inciso, precisó que la solución de los conflictos ocurridos entre accionistas de una sociedad por acciones simplificadas, o entre estos y la sociedad o sus administradores, cuando no se hubiera pactado arbitramento o amigable composición, serían de competencia de la autoridad administrativa, para que las resolviera a través del proceso verbal sumario¹⁵.

¹⁵ El inciso 2 del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, fue derogado por el literal a) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012.

De la misma forma, el artículo 42 de la Ley 1258, dispuso que la declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios en una sociedad por acciones simplificada, se adelantaría mediante el proceso verbal sumario, ante la Superintendencia de Sociedades. Así mismo, el artículo señaló que la acción indemnizatoria que surgiera por los posibles perjuicios derivados de los actos defraudatorios, serían competencia, a prevención, de la misma entidad, mediante el proceso verbal sumario.

Por su parte, el artículo 43 de la Ley, señaló que le correspondía a la Superintendencia de Sociedades, mediante el proceso verbal sumario, declarar la nulidad absoluta y la indemnización de perjuicios, de las determinaciones adoptadas en la Asamblea General de Accionistas de una sociedad por acciones simplificada, cuando se llegara a ella por medio del ejercicio abusivo de los derechos de algún accionista.

Finalmente, el artículo 44 de la Ley 1258 de 2008 hizo alusión a la atribución de facultades jurisdiccionales, y prescribió: *“Las funciones jurisdiccionales a que se refieren los artículos 24, 40, 42 y 43, serán ejercidas por la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política”*.

La Ley 1258 de 2008, es un claro ejemplo de administrativización de la justicia o desjudicialización a favor de la administración pública, toda vez que, mediante esta norma del ordenamiento jurídico colombiano, se aumentaron los poderes de la rama ejecutiva al otorgarle funciones jurisdiccionales, que no se ejercerán por las autoridades administrativas según los criterios jurisdiccionales esenciales, sino con base en principios como la eficiencia, eficacia, y demás criterios fundamentales que rigen la estructura del poder ejecutivo; pues existe una lógica disímil entre los postulados que rigen las actuaciones de la rama judicial y las actuaciones de la rama ejecutiva.

La Ley 1429 de 2010, también permitió a la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, conocer a través del procedimiento verbal sumario, de las acciones de responsabilidad contra socios y liquidadores. Además, el artículo 29 estableció que los acreedores de sociedades y sucursales en liquidación podrían tramitar ante la Superintendencia de Sociedades, en uso de sus funciones jurisdiccionales, mediante el proceso verbal sumario, la oposición judicial prevista en el artículo 175 del Código de Comercio¹⁶.

Por último, la Ley 1429 en el artículo 43, modificó el numeral 4 del artículo 85 de la Ley 222 de 1995, y atribuyó a la Superintendencia de Sociedades la competencia para reconocer los presupuestos de ineficacia, en uso de sus funciones jurisdiccionales, a través del procedimiento verbal sumario.

Con el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011, se precisó que las facultades jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades, procederían respecto de todas las sociedades sujetas a la supervisión de dicha autoridad administrativa.

En este punto, es menester hacer referencia al Código General del Proceso, Ley 1564 del 12 de julio de 2012, que otorgó nuevas facultades jurisdiccionales a autoridades administrativas; modificó algunas de las reglas ya existentes referentes a los procesos de naturaleza societaria radicados en cabeza de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de facultades jurisdiccionales; y derogó algunas de las reglas establecidas en normas anteriores, como por ejemplo de la Ley 446 de 1998 y de la Ley 1258 de 2008, que le atribuían

¹⁶ Decreto 410/1971. Artículo 175. Garantía de las obligaciones a petición de los acreedores: "Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación del acuerdo de fusión, los acreedores de la sociedad absorbida podrán exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos. La solicitud se tramitará por el procedimiento verbal prescrito en el Código de Procedimiento Civil. Si la solicitud fuere procedente, el juez suspenderá el acuerdo de fusión respecto de la sociedad deudora, hasta tanto se preste garantía suficiente o se cancelen los créditos. Vencido el término indicado en el artículo anterior sin que se pidan las garantías, u otorgadas éstas, en su caso, las obligaciones de las sociedades absorbidas, con sus correspondientes garantías, subsistirán solamente respecto de la sociedad absorbente".

funciones jurisdiccionales a Superintendencia de Sociedades, como se indicara más adelante. Además, agrupó todas las normas anteriores a la Ley que atribuían funciones jurisdiccionales a entidades o particulares ajenos al poder judicial.

Así las cosas, en desarrollo del artículo 116 de la Carta Constitucional, el artículo 24 del Código General del Proceso, en el numeral 5 manifestó que la Superintendencia de Sociedades tendría facultades jurisdiccionales para resolver las controversias que se presentaran al interior de cualquier tipo societario, referidas a:

a) Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

b) La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.

c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez.

d) La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios.

e) 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.

f) La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia de garantías mobiliarias¹⁷.

Cabe resaltar que de los 6 literales del artículo 24 del Código General del Proceso, 4 hacen referencia a facultades y competencias atribuidas a la Superintendencia de Sociedades en disposiciones anteriores, pero tratando todos los tipos societarios sin discriminación alguna. El literal a) hizo alusión a las controversias originadas en relación a los acuerdos de accionistas, que habían sido regulados por el ordenamiento jurídico en el párrafo 2 del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008. El literal b) hizo referencia a la resolución de conflictos societarios, que había sido consagrado en el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008¹⁸. El literal c) precisó lo tocante a las impugnaciones de decisiones sociales, asunto que ya había sido regulado por el artículo 191 del Código de Comercio y por el artículo 137 de la Ley 446 de 1998. Por su parte, el literal d) del Código, señaló lo referente a la declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y a la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades, tema que se había consagrado en 2008 por el artículo 42 de la Ley 1258. Y por último, el literal e) estableció lo relacionado a la declaratoria de nulidad de las determinaciones adoptadas en abuso del derecho, aspecto que se había reglamentado en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008.

Adicionalmente, los párrafos del artículo 24 de la Ley 1564 hicieron algunas precisiones respecto de las reglas que debían seguirse al ejercer funciones jurisdiccionales. Por ejemplo, el párrafo 1º determinó que las funciones jurisdiccionales atribuidas a autoridades administrativas, no excluían la competencia otorgada por la Ley a las autoridades judiciales. Así mismo, el párrafo 3º, señaló que los procesos adelantados por las autoridades administrativas en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales se tramitarían a

¹⁷ Numeral adicionado por el artículo 91 de la Ley 1676 de 2013.

¹⁸ Artículo derogado por el literal a) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012.

través de las mismas vías procesales previstas para los jueces del país; indicó que las providencias proferidas por estas autoridades administrativas no podrían ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa; y precisó que cuando los procesos se pudieran adelantar por única instancia ante el juez, los asuntos radicados en las autoridades administrativas también deberían tramitarse en única instancia, ya que debe haber identidad en el trámite de los procesos y sus recursos. Y el parágrafo 6º, expresó que las competencias enunciadas en el artículo no excluían las otorgadas por otras leyes especiales.

Debe recordarse que no todas las disposiciones del Código General del Proceso entraron a regir a partir de su publicación en el año 2012, pues algunos de sus artículos, entran en vigencia de forma gradual hasta el año 2017, año en el cual el Código regirá en todos los distritos judiciales del país.

Además, debe señalarse que las disposiciones que fijaban facultades y competencias jurisdiccionales a cargo de la Superintendencia de Sociedades, que no fueron expresamente derogadas por el mencionado Código, continúan vigentes a la fecha y son aplicables a los conflictos societarios. Pero en los casos en los que no exista una norma especial vigente, se aplicarán las normas contenidas en la Ley 1564 de 2012.

Partiendo de lo mencionado en el presente capítulo, puede señalarse que la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, compromete el postulado del artículo 113 de la Constitución Política que consagra la separación de poderes del Estado, y por ende, quebranta los principios constitucionales de la función judicial, como la independencia, la autonomía y la imparcialidad. Al respecto, debe mencionarse que la crítica en torno a las facultades jurisdiccionales otorgadas a las autoridades del poder ejecutivo, radica principalmente en el análisis del modelo constitucional colombiano del Estado Social de Derecho, que cuenta con diferentes dispositivos para asegurar la

autonomía e independencia de cada uno de las ramas del poder público. Para los efectos del presente documento, únicamente se hará alusión a algunas de las diferenciaciones entre la rama judicial y la rama ejecutiva, para que de esta forma pueda evidenciarse lo paradójico que resulta el traslado a escenarios administrativos de procesos que reclaman una cultura propia de la rama judicial.

En este punto debe mencionarse que la rama judicial del poder público se instituye sobre postulados como la autonomía, la independencia y la imparcialidad.

La autonomía busca que el funcionario judicial se encuentre sometido únicamente al imperio de la Ley en el desempeño de sus funciones; incluso, una de las garantías que brinda el principio constitucional de autonomía, es que los jueces no tengan superior jerárquico, es decir, que su labor se encuentre enmarcada dentro de un esquema funcional, en el que las providencias emitidas por dichas autoridades sólo tengan un control posterior. En consecuencia, según lo señalado por este postulado, ni las mismas autoridades judiciales ni las demás ramas del poder público, pueden intervenir de manera sustancial en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades judiciales.

Por su parte, la independencia judicial en palabras de Beatriz Quintero y Eugenio Prieto es:

(...) el medio mediante cual la misma Constitución estructura el órgano jurisdiccional como aquel que debe cumplir la respectiva función soberana, y todas las disposiciones constitucionales que garanticen la independencia de este órgano frente a los demás, especialmente con referencia al poder ejecutivo.

Se habla de una independencia interna y una independencia externa. La interna significa que en la rama judicial no hay jerarquía. Existen superiores en grado y conocimiento en el modelo jerárquico estructural, pero con entero respeto del procedimiento impugnativo. El juez tan sólo obedece la ley. La independencia externa es la garantía del juez frente a posibles influencias de otros órganos y de la sociedad. En este último ámbito se enfrentan dos conceptos: uno que debe asegurar la independencia del juez y lo hace mediante la consagración de un régimen de incompatibilidades y otro que

exige la participación del juez en las decisiones del Estado como representante de un poder democrático y le somete entonces en sus decisiones al consenso universal. De todas maneras, la independencia del juez es una garantía del justiciable porque es un sistema de protección a la imparcialidad, de la terceidad del juzgador. Pero ella no es ni puede ser un pretexto para la arbitrariedad o el despotismo; por eso se le hace *responsable*, disciplinaria, civil y penalmente y por eso se le somete de una manera muy estricta a la ley¹⁹.

Al interior del poder judicial una de las formas de garantizar el cumplimiento de dicho principio es a través del sistema de carrera judicial, que tiene como objetivo que el nombramiento de los funcionarios judiciales se realice por medio de un sistema donde no exista incidencia de los poderes políticos del Estado, que permita a la persona con mayores competencias y que cumpla con los requisitos y exigencias de la Ley, ejercer las funciones de juez.

Por otro lado, puede establecerse que dicho postulado judicial, garantiza la independencia de los funcionarios de la rama judicial con las demás ramas del poder público, entre otras razones, porque son los jueces en ejercicio de sus funciones los que controlan otros órganos del Estado; por ejemplo, la jurisdicción Contencioso Administrativa es quien define la validez de los actos del Gobierno, y la Corte Constitucional tiene como función controlar los actos del Congreso. Dicho control encuentra fundamento jurídico en el Estado Social de Derecho consagrado por la Carta Política, pues éste pregona la sumisión de los poderes del Estado al imperio de la ley, y establece que para cumplir con los mandatos constitucionales existen los jueces, que son quienes ejercen el control sobre las demás autoridades para determinar si están actuando conforme a derecho.

Y la imparcialidad es una herramienta necesaria para que se produzca la decisión judicial, que tiene como finalidad que el juzgador sea un sujeto ajeno al conflicto suscitado entre las partes, es decir, es un postulado que tiende a la terceidad del

¹⁹ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Derecho Procesal. Los principios generales del derecho procesal. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2008. p. 126.

juez. En otras palabras, la imparcialidad pretende que exista ausencia de vínculos entre las Partes en conflicto y el juez.

En cambio, el poder ejecutivo se rige por principios diferentes, por una lado, existen relaciones de verticalidad, pues la rama ejecutiva se estructura sobre un esquema jerárquico que implica una relación de superioridad entre uno y otro nivel de la organización; escenario que permite, entre otras cosas, que el superior jerárquico tenga poder de instrucción sobre sus subordinados, como sucede en el caso de la Superintendencia de Sociedades, ya que el Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles (dirigente de la supuesta “Corte” del grupo de jurisdicción societaria) es subalterno del Superintendente de Sociedades. En este punto, se centra una de las principales críticas a esta atribución de funciones jurisdiccionales, porque como se mencionó en líneas anteriores, en el sistema judicial no existen relaciones de superioridad, sino que por el contrario, prevalece la idea de que nadie puede darle órdenes a quien juzga al momento de tomar la decisión, puesto que el juez únicamente se encuentra sometido al imperio de la Ley, según los lineamientos del artículo 228 de la Constitución Política²⁰ y del artículo 5 de la Ley 270 de 1996²¹. Además, cuando el Superintendente Delegado ejerce dichas funciones, podría pensarse que se compromete el postulado del juez natural²², pues una interpretación rígida de éste no permitiría la atribución de funciones propias de la rama judicial a autoridades administrativas, organismos con esquemas estructurales diferentes.

²⁰ Constitución Política/1991. Artículo 228. “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

²¹ Ley 270/1995. Artículo 5. Autonomía e independencia de la rama judicial: “La rama judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”.

²² *Ibid.*, p. 229. El texto es como sigue: “Es otra garantía subjetivo de la jurisdicción. En estos términos se consagra en las Cartas Fundamentales de los países, para significar el juez cuya competencia se asigna de antemano por la Ley, en cada caso para cada proceso. Se evita de esta manera un señalamiento proclive a *posteriori*”.

Otra de las diferencias entre la rama ejecutiva y la rama judicial, que muestra lo problemático que resulta el traslado a escenarios administrativos de procesos que reclaman una cultura propia de la rama judicial; es el hecho que algunos empleados públicos que hacen parte del poder ejecutivo, como por ejemplo los funcionarios de la Superintendencia de Sociedades, sean de libre nombramiento y remoción. Contexto confuso porque ¿quién es entonces el que imparte las órdenes en dicha entidad administrativa cuando se ejercen funciones propias de un juez?, ¿es la autoridad que nombra a los funcionarios integrantes de la supuesta “Corte” del grupo de jurisdicción societaria quien imparte las órdenes según su voluntad? Porque si esto es así es un claro evento de manipulación de la decisión de las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales; y discrepa de los principios que rigen la actuación judicial, porque como se mencionó con anterioridad, los jueces de la república son elegidos por un sistema de carrera judicial, precisamente para evitar la arbitrariedad al momento de elegir el funcionario que debe tramitar y resolver determinado proceso. Al respecto, es importante resaltar que en el poder judicial los repartos de las demandas se hacen de forma aleatoria, mecanismo que evita la interferencia en la identificación del juez y en el desarrollo del proceso, para asegurar que la decisión no se tome como un acto reflexivo o unilateral del funcionario judicial, y se ajuste a derecho. En efecto, en el poder judicial, es la norma la que fija quién es competente para tramitar el proceso según las características del caso y teniendo en cuenta criterios funcionales.

En cuanto al principio de imparcialidad de la función judicial, se advierte otro de los choques entre la cultura en la que se encuentra organizada la rama ejecutiva y la rama judicial. Toda vez que, según las premisas constitucionales que rigen la función judicial, cuando un juez deba intervenir en la solución de conflictos de la sociedad, únicamente lo puede hacer si actúa como un tercero imparcial y decidiendo el proceso a la luz del derecho. Mientras que, las autoridades administrativas, deben actuar como sujetos parciales, involucrados con los

agentes sociales, para velar por los intereses propios de su labor, esto es, la sana convivencia, calidad de vida de los ciudadanos, y buenas relaciones sociales, que en últimas tienen como finalidad asegurar el bien público.

En conclusión, puede decirse que si la racionalidad, la naturaleza y las dinámicas tanto en el poder ejecutivo como en el poder jurisdiccional son diferentes, en principio no podría predicarse una conexión entre una y otra rama; ya que no pueden encontrarse zonas de confluencia entre dos poderes que tienen fines y estructuras diferentes. Y es en este punto donde se estructura el problema del rompimiento del equilibrio de poderes.

2. APROXIMACIONES A LAS COMPETENCIAS JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Este capítulo se divide en dos partes: La primera analiza la estructura orgánica de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, las funciones de los servidores públicos que conocen los procesos al interior de la Delegatura, y los aspectos más relevantes de la supuesta “Corte” Societaria²³ que funciona en ella; igualmente, se hará mención de los asuntos, acciones y trámites procesales que en la supuesta “Corte” Societaria se gestionan. La segunda, describe los dos primeros años de ejercicio de funciones jurisdiccionales de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, para lo que se realizará un clasificación de las sentencias promulgadas por la autoridad administrativa, agrupándolas en categorías como: el número de la providencia, la fecha de promulgación de la sentencia, los trámites y procedimientos que se siguieron, los temas, y los asuntos que tratan.

2.1 ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LA DELEGATURA DE PROCEDIMIENTOS MERCANTILES

La Delegatura de Procedimientos Mercantiles se divide en tres grupos: el grupo de conciliación y arbitraje societario, el grupo de procesos paralelos a la insolvencia, y el grupo de jurisdicción societaria.

El primero de los grupos, está constituido por un Centro de Conciliación y Arbitraje, especializado en materia societaria, que ofrece de manera gratuita, servicios de conciliación y arbitraje para pequeños y medianos empresarios.

²³ Para efectos del artículo se denominara “Corte” Societaria, al foro que funciona al interior del grupo de jurisdicción societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

El segundo grupo está conformado por un foro que tramita las acciones judiciales interpuestas respecto de compañías que adelantan trámites de insolvencia. Entre los asuntos de competencia de este grupo se encuentra: el cobro de cuotas o acciones no pagadas a socios morosos; responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales y empleados; responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante; acción revocatoria; y reconocimiento de presupuestos de ineficacia de contratos celebrados por Entidades Territoriales.

Y en el tercer grupo, se encuentra la supuesta “Corte” de resolución de conflictos societarios, que tiene facultades para tramitar los asuntos que se describen en la segunda parte de este capítulo, de manera técnica y expedita. Con dicha “Corte” se busca construir un pequeño sistema judicial al interior de la Superintendencia de Sociedades, que pueda resolver los conflictos empresariales suscitados en el país de manera eficiente y moderna.

El Decreto 1023 de 2012 señaló que para el desarrollo de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles tenía entre sus funciones las siguientes: analizar y reconocer los presupuestos de ineficacia, tramitar los procesos para designar peritos, resolver los conflictos relacionados con la ocurrencia de causales de disolución, conocer los procesos de cumplimiento de las obligaciones pactadas en acuerdos de accionistas, declarar la nulidad absoluta y decretar la indemnización de perjuicios originados por abuso del derecho²⁴.

Así mismo, el artículo 18 del Decreto 1023, estableció que son funciones del Despacho del Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles:

²⁴ [En línea] Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/funcionesgeneralesdelegatura/Paginas/default.aspx> [2014, agosto 26].

(...) 12. Resolver las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad, o entre los accionistas y los administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.

13. Resolver la impugnación de actos de asambleas; juntas directivas; o junta de socios con fundamento en cualquiera de las causas legales.

14. Declarar la desestimación de la personalidad jurídica, la responsabilidad solidaria y la nulidad de los actos defraudatorios, en los eventos de que trata la ley.

15. Resolver sobre la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios derivados de los actos defraudatorios (...) ²⁵.

Así pues, teniendo en cuenta el enfoque del presente trabajo, es importante hacer referencia al grupo de jurisdicción societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, que es donde supuestamente surgió la “Corte” Societaria. El grupo de jurisdicción societario fue creado por el artículo 43 de la Resolución número 511-004064 del año 2012, por medio de la cual se definieron los grupos de trabajo que conformarían la Superintendencia de Sociedades. Éste grupo se encuentra conformado por el Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles, actualmente el señor José Miguel Mendoza; por la Coordinadora de Procedimientos Mercantiles, quien actualmente es la señora Ana María Ordoñez; por un asesor jurídico, que actualmente es la señora María Isabel Romero; y por un grupo de 5 ponentes que se encargan de tramitar y adelantar todo lo concerniente a los procesos.

Los ponentes, se designan mediante un proceso interno de selección, conforme a las características exigidas por la Ley para contratar funcionarios administrativos, que comienza con una entrevista liderada por el Superintendente Delegado y por el Secretario General de la Superintendencia de Sociedades o por el Superintendente de Sociedades. Para ser elegido como Coordinador o Ponente, el proceso de selección se realiza teniendo en cuenta la preparación académica de

²⁵ Decreto 1023/2012. Artículo 18. Despacho del Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles.

cada persona, la experiencia de la misma en el campo administrativo y corroborando que cumpla con los requisitos profesionales establecidos en las Resoluciones internas de la Superintendencia. Por ejemplo, en cuanto a los Ponentes, se exige que sean abogados y tengan conocimientos especializados en el ámbito comercial del Derecho, y especialmente en aspectos como: abuso del derecho de voto, desestimación de la personalidad jurídica, etc.

En virtud del Decreto 1023 del año 2012, las competencias jurisdiccionales en la Superintendencia de Sociedades radican exclusivamente en cabeza del Delegado de Procedimientos Mercantiles, que tiene total autonomía frente a sus superiores, y es el único director durante todo el proceso en materia societaria. No obstante, en algunas ocasiones, se faculta a la Coordinadora de Procedimientos Mercantiles, para adelantar algunos actos de trámite específicos de los procesos que se desarrollan al interior del grupo de jurisdicción societaria.

Con el fin de asegurar la transparencia en el ejercicio de las funciones del Delegado de Procedimientos Mercantiles, la Ley ha establecido garantías que impiden la interferencia del poder político en el manejo de los asuntos que en la Superintendencia se tramitan, tales como: la acción de tutela, la revisión de las sentencias por la jurisdicción ordinaria y las Revisiones Especiales efectuadas por los Órganos de Control Estatal. Además, se encuentran las diferentes resoluciones y circulares de la entidad, que establecen manuales de procedimientos para los trámites judiciales ante la misma.

En cuanto a los aspectos del proceso, y teniendo en cuenta que la potestad jurisdiccional sólo está en cabeza del Superintendente Delegado, debe indicarse que las demandas radicadas en las seccionales de ciudades del país diferentes a Bogotá, se remiten con inmediatez por medio electrónico, de la seccional en la que fue radicada al grupo de jurisdicción societaria, ubicado en la capital colombiana. Una vez se reciben, el reparto de las demandas se efectúa teniendo en cuenta el

tipo de proceso; adicionalmente, se considera la carga de trabajo que tenga cada ponente y su nivel de conocimiento en el tema. Si bien, el proceso está a cargo de determinado ponente, es el Delegado de Procedimientos Mercantiles quien ejerce control sobre el mismo, supervisando que el proceso se desarrolle como se desarrollaría ante la vía ordinaria, con las mismas etapas, términos, garantías y demás. Vale mencionar, que el Superintendente Delegado es la única persona que dirige las audiencias y el único facultado para dictar la sentencia; y sólo en casos excepcionales, la Coordinadora por orden del Delegado, tiene facultades para adelantar las audiencias.

Cuando es necesario un control posterior a la promulgación de la sentencia por parte del grupo de jurisdicción societaria, la segunda instancia se tramita ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, lo que significa que no existen Tribunales especializados en asuntos comerciales; situación paradójica, porque esta fue una de las causas determinantes para suprimir los Juzgados Civiles del Circuito Especializados en materia comercial, pues como se mencionó en el capítulo anterior, la especialidad en dichos juzgados era relativa, ya que los recursos contra las decisiones de estas autoridades se resolvían ante los magistrados de la justicia ordinaria.

Para profundizar al respecto, es menester hacer referencia a los asuntos, tipos de acciones, y procedimientos que se adelantan ante el grupo de jurisdicción societaria en el que supuestamente funciona la “Corte”, en virtud de lo establecido por el artículo 44 de la Resolución No.511-004064, los cuales se encuentran como se expone a continuación:

Siguiendo los artículos 133, 136 y 138 de la Ley 446 de 1998, ante la supuesta “Corte” Societaria de la Superintendencia pueden tramitarse acciones de reconocimiento de los presupuestos de ineficacia, el nombramiento de peritos, y las discrepancias sobre el acaecimiento de causales de disolución, entre otros.

Así pues, en la “Corte” Societaria de la Delegatura, según lo señala el artículo 133 de la Ley 446 de 1998, mediante el proceso verbal sumario, puede realizarse el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia, siempre que se trate de sociedades que no estén sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. Por su parte, según el artículo 136 de la Ley, mediante el proceso verbal sumario, la supuesta “Corte” especializada en asuntos comerciales, también tiene facultades para nombrar peritos. Y por último, en los términos del artículo 138 de la Ley 446, en la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, mediante el proceso verbal, también pueden tramitarse las diferencias sobre el acaecimiento de causales de disolución.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 1429 de 2010, la supuesta “Corte” Societaria de la Superintendencia es competente para tramitar las acciones de responsabilidad de socios y liquidadores en liquidaciones privadas, mediante la vía procesal del verbal sumario. De la misma manera, la “Corte” que funciona al interior del grupo de jurisdicción societaria de la Delegatura de Procesos Mercantiles, es competente para tramitar la acción de oposición de los acreedores ante la reactivación de sociedades o sucursales de sociedades extranjeras en estado de liquidación, por el proceso verbal sumario, según lo señalado por el artículo 175 del Código de Comercio y el artículo 29 de la Ley 1429 de 2010.

Además, la supuesta “Corte” Societaria es competente para tramitar a través del proceso verbal sumario, acciones de cumplimiento y ejecución de acuerdos de accionistas, según los lineamientos del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 y el literal a) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 1564 de 2012. Así mismo, en los términos del artículo 24 numeral 5, literal b) de la ley 1564 de 2012, puede tramitar a través del proceso verbal sumario, la resolución de conflictos societarios, que comprende las diferencias que ocurran entre accionistas, entre estos y la sociedad, o entre estos y sus administradores.

Del mismo modo, mediante el proceso verbal sumario las sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, o a través del proceso verbal las sociedades inspeccionadas o contraladas por el ente administrativo, pueden perseguir la declaratoria de nulidad de decisiones de los órganos sociales de la sociedad, a través de la acción de impugnación de dichos órganos, en virtud de lo previsto por el artículo 191 del Código de Comercio, el artículo 137 de la Ley 446 de 1998, y el literal c) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso.

También pueden tramitarse ante la supuesta “Corte”, mediante la vía del verbal sumario, acciones como la desestimación de la personalidad jurídica, y la declaratoria de actos defraudatorios e indemnización de perjuicios, en los casos señalados por el literal d) del artículo 24 del Código General del Proceso, en aquellos supuestos en los que se encuentre involucrada una sociedad sometida a la supervisión de la Superintendencia. Y según lo señala el literal e) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso y el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, ante la supuesta “Corte”, puede tramitarse la acción de nulidad absoluta por abuso del derecho de voto y la respectiva indemnización de perjuicios; esto mediante la vía procesal del verbal sumario.

No obstante, es preciso resaltar que el andamiaje que maneja la entidad administrativa para cumplir las funciones jurisdiccionales, no satisface las exigencias que rigen a la rama judicial del poder público, ni se ejercen conforme a los principios rectores de la función judicial. Entre las razones por las cuales se presenta lo anterior se encuentran las siguientes:

1° El Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles está delegando funciones jurisdiccionales que por Ley son indelegables, a quienes no tienen condición de juez, como lo son los ponentes, pero que en virtud de un acto administrativo, son quienes tramitan y estudian los procesos en el grupo de jurisdicción societaria, para que al final la sentencia sea firmada por el

Superintendente Delgado. En este punto, debe recordarse que la delegabilidad es excepcional, y sólo puede delegarse funciones jurisdiccionales a quienes tengan potestades jurisdiccionales.

2° El sistema de selección de los funcionarios que hacen parte del grupo de jurisdicción societaria de la Superintendencia, que son empleados públicos de libre nombramiento y remoción, no define cómo debería hacerse el control disciplinario a dichos sujetos en ejercicio de potestades jurisdiccionales; y aunque en principio, podría pensarse que por estar desempeñando dichas funciones sería la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la autoridad encargada de hacer el control a los funcionarios a lo largo del proceso, la realidad demuestra otra cosa, ya que no es dicha autoridad la que juzga a estos funcionarios cuando comenten faltas disciplinarias. Indicio clave para determinar que este grupo no es un verdadero grupo de jueces, sino que es un grupo de autoridades administrativas dominadas por criterios administrativos, pero en ejercicio de potestades jurisdiccionales, indiscutible muestra de administrativización de la justicia; situación que genera un cambio disfuncional, y que es un elemento extraño a la estructura y a la lógica de la rama ejecutiva del poder público.

3° La forma en que se efectúa el reparto de las sentencias, no se asimila a los principios constitucionales de la función judicial, toda vez que, el reparto de las sentencias en la supuesta “Corte” del grupo de jurisdicción societaria de la Superintendencia no es aleatorio, lo que implica inseguridad jurídica y riesgos futuros por posibles manipulaciones del contenido de la sentencia por parte de los superiores jerárquicos de los ponentes encargados de tramitar los procesos. En efecto, en el grupo de jurisdicción societaria no existen garantías para evitar interferencia alguna en el proceso de identificación del juez.

4° El hecho que el despacho del grupo de jurisdicción societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles se encuentre en la ciudad de Bogotá, dificulta el

acceso a la justicia societaria por parte de algunos ciudadanos. De hecho, en las seccionales que se encuentran en todo del país, sólo se presta información y asesoría respecto al funcionamiento y trámites de la supuesta “Corte” Societaria. Ésta es una de las razones por la cual algunos ciudadanos del país no pueden acudir a la jurisdicción societaria para dar solución a sus conflictos. Debe apuntarse que, la Delegatura cuenta con avanzadas herramientas tecnológicas que permiten a los ciudadanos acceder a los servicios judiciales de la autoridad administrativa desde un computador; sin embargo, dichas herramientas no aseguran el fácil acceso a la justicia societaria por parte de los ciudadanos colombianos, pues el contexto social, económico y cultural del país, no está preparado para un sistema de resolución de conflictos con dichas características.

5° Si bien se creó la jurisdicción societaria con el fin de aportar mayor celeridad a la rama judicial, contribuyendo a la descongestión de la misma; no hay un medio para asegurarle, a quien acude ante la Superintendencia para la resolución de sus conflictos societarios, que la decisión que de allí provenga sea tan sensata y tomada conforme a Derecho, como lo haría un juez.

2.2 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA DELEGATURA DE PROCEDIMIENTOS MERCANTILES

En los dos primeros años de ejercicio de funciones jurisdiccionales de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, se promulgaron 34 sentencias. Dichas sentencias se tramitaron por el proceso verbal sumario y por el proceso verbal, y teniendo como referentes normativos distintas disposiciones que le otorgaron funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades. En las sentencias se trataron temas como: la ineficacia, la nulidad absoluta, los conflictos entre accionistas, los conflictos de administradores, el abuso del derecho de voto, la desestimación de la personalidad jurídica, la impugnación de decisiones de órganos sociales, y la designación de peritos.

En el año 2012, la supuesta “Corte” Societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles promulgó cuatro (4) sentencias. Tres (3) de las cuales se tramitaron por la vía procesal del verbal sumario y trataron los siguientes temas: (i) Impugnación de decisiones de órganos sociales, en ejercicio de las facultades atribuidas por el artículo 137 de la Ley 446 de 1998; (ii) Nulidad absoluta, en ejercicio de las facultades radicadas en la Superintendencia de Sociedades por el artículo 24 del Código General del Proceso; y (iii) Ineficacia, en ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia por el artículo 137 de la Ley 446 de 1998.

Por su parte, la otra sentencia se tramitó por el proceso verbal y versó sobre los conflictos entre accionistas; en esta oportunidad la supuesta “Corte” Societaria actuó ejerciendo las facultades atribuidas por el artículo 24 de la Ley 1564 de 2012.

A continuación se clasifica la información en mención:

Número de Sentencia	Fecha	Trámite	Tema	Asuntos Normativos
800034	16 de agosto de 2012.	Verbal Sumario.	Impugnación de decisiones de órganos sociales.	Artículo 137 de la Ley 446 de 1998.
801047	19 de octubre de 2012.	Verbal.	Conflictos entre accionistas.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
801050	8 de noviembre de 2012.	Verbal Sumario.	Nulidad Absoluta.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
801055	28 de diciembre de 2012.	Verbal Sumario.	Ineficacia.	Artículo 133 de la Ley 446 de 1998.

En el año 2013, la supuesta “Corte” Societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles promulgó veinticinco (25) sentencias. De las veinticinco (25) sentencias, sólo dos (2) que versaron sobre la impugnación de decisiones de los órganos sociales, se tramitaron por el proceso verbal, y fueron promulgadas por la “Corte” Societaria en ejercicio de las atribuciones otorgadas por el artículo 137 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 24 del Código General del Proceso.

Las demás sentencias promulgadas por la autoridad administrativa, se tramitaron por el proceso verbal sumario y trataron los siguientes temas: (i) La ineficacia, en ejercicio del artículo 133 y 137 de la Ley 446 de 1998, y del artículo 24 del Código General del Proceso; (ii) El abuso del derecho en los casos de desestimación de la personalidad jurídica, en ejercicio de las facultades otorgadas a la Superintendencia por el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 y por el artículo 24 de la Ley 1564 de 2012; (iii) El abuso del derecho al voto, en ejercicio de las facultades otorgadas a la Superintendencia de Sociedades por el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008; (iv) La nulidad absoluta, en ejercicio de las facultades radicadas en la autoridad administrativa por el artículo 137 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 24 del Código General del Proceso; (v) La impugnación de decisiones de órganos sociales, en ejercicio de las facultades del artículo 133 de la Ley 446 de 1998 y del artículo 24 de la Ley 1564 de 2012; (vi) Conflictos entre accionistas, en ejercicio de las atribuciones del artículo 24 del Código General del Proceso; (vii) Los conflictos de administradores, en ejercicio de las facultades otorgadas a la autoridad administrativa por el artículo 24 del Código General del Proceso; y (viii) La designación de peritos, en ejercicio de las atribuciones otorgadas al ente administrativo por el artículo 136 de la Ley 446 de 1998.

Las sentencias promulgadas por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles se clasifican de la siguiente manera:

Número de Sentencia	Fecha	Trámite	Tema	Asuntos
80101	29 de enero de 2013.	Verbal Sumario.	Ineficacia.	Artículos 133 y 137 de la Ley 446 de 1998.
80104	1 de febrero de 2013.	Verbal.	Impugnación decisiones de los órganos sociales.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
800055	1 de febrero de 2013.	Verbal Sumario.	Abuso del derecho.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
80105	5 de febrero de 2013.	Verbal Sumario.	Ineficacia.	Artículo 133 de la Ley 446 de 1998.
80106	8 de febrero de 2013.	Verbal Sumario.	Ineficacia.	Artículo 133 de la ley 446 de 1998.
801011	20 de febrero de 2013.	Verbal Sumario.	Nulidad Absoluta.	Artículo 24 del Código General del Proceso. Artículo 137 de la Ley 446 de 1998.
801012	13 de marzo de 2013.	Verbal Sumario.	Impugnación de decisiones de órganos sociales.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
801015	15 de marzo de 2013.	Verbal Sumario.	Abuso del derecho.	Artículo 42 de la Ley 1258 de 2008.
801014	14 de abril de 2013.	Verbal Sumario.	Ineficacia.	Artículo 133 de la Ley 446 de 1998.
801016	23 de abril de 2013.	Verbal Sumario.	Conflictos entre accionistas.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
801020	22 de mayo de 2013.	Verbal Sumario.	Impugnación de decisiones órganos sociales.	Artículo 133 de la Ley 446 de 1998.
801023	24 de mayo de 2013.	Verbal Sumario.	Abuso del derecho.	Artículo 42 de la Ley 1258 de 2008.
801025	30 de mayo de 2013.	Verbal Sumario.	Nulidad Absoluta.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
801030	20 de junio de 2013.	Verbal Sumario.	Conflictos de administradores.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
801031	21 de junio de 2013.	Verbal Sumario.	Ineficacia.	Artículo 133 de la Ley 446 de 1998. Artículo 24 del Código General del Proceso.

801032	26 de junio de 2013.	Verbal Sumario	Ineficacia.	Artículo 133 de la Ley 446 de 1998.
801035	9 de julio de 2013.	Verbal Sumario.	Conflictos entre accionistas.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
801012	10 de julio de 2013.	Verbal Sumario.	Conflictos entre accionistas.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
801037	11 de julio de 2013.	Verbal Sumario.	Ineficacia.	Artículo 133 de la Ley 446 de 1998.
801040	16 de julio de 2013.	Verbal Sumario.	Designación de peritos.	Artículo 136 de la Ley 446 de 1998.
801042	19 de julio de 2013.	Verbal Sumario.	Designación de peritos.	Artículo 136 de la Ley 446 de 1998.
801043	23 de julio de 2013.	Verbal Sumario.	Conflictos entre accionistas.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
801044	29 de julio de 2013.	Verbal Sumario.	Ineficacia.	Artículo 133 de la Ley 446 de 1998.
801048	22 de agosto de 2013.	Verbal.	Impugnación de decisiones de órganos sociales.	Artículo 137 de la Ley 446 de 1998.
800073	19 de diciembre de 2013.	Verbal Sumario.	Abuso del derecho.	Artículo 43 de la Ley 1258 de 2008.

En los siete (7) primeros meses del año 2014²⁶, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades promulgó un total de cinco (5) sentencias, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 24 de la Ley 1564 del 12 de julio del año 2012. Dos (2) de las sentencias se tramitaron por el proceso verbal y trataron temas como el abuso del derecho de voto y los conflictos de intereses. Y las otras tres (3) sentencias se tramitaron por la vía procesal del verbal sumario, de las cuales dos (2) de las sentencias hicieron alusión a los conflictos de administradores y una (1) al abuso del derecho de voto.

A continuación se detalla lo enunciado:

²⁶ Periodo que comprende esta investigación.

Número de Sentencia	Fecha	Trámite	Tema	Asuntos
800020	27 de febrero de 2014.	Verbal.	Abuso del derecho.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
800029	14 de mayo de 2014.	Verbal Sumario.	Conflictos de administradores.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
800040	2 de julio de 2014.	Verbal Sumario.	Conflictos de administradores.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
800044	18 de julio de 2014.	Verbal Sumario.	Abuso del derecho.	Artículo 24 del Código General del Proceso.
800052	18 de julio de 2014.	Verbal.	Conflictos de interés.	Artículo 24 del Código General del Proceso.

En este punto, es importante hacer alusión al derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política²⁷, ya que con el otorgamiento de atribuciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, se vulnera este macro principio y algunos de los principios que lo estructuran.

Al respecto, puede señalarse que:

La tutela judicial efectiva no se satisface por la sola admisión de la pretensión ni por tan solo recibir en el proceso al demandado. Es preciso que se cumplan todas las formalidades que integran la garantía del debido proceso. Las vulneraciones de la forma producen nulidades o inexistencias porque desvirtúan el carácter de instrumento necesario para solucionar el conflicto, que convienen al proceso. Se deben dar las condiciones esenciales del debido

²⁷ Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

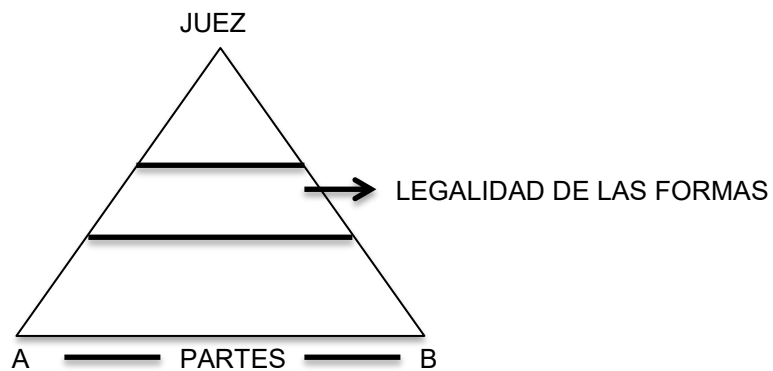
En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

proceso: *legalidad del juez y legalidad de la audiencia*. La legalidad del juez remite al respeto por todas las garantías que conciernen al tercero decisor. La legalidad de la audiencia se desdobra como derecho de defensa y como observancia de las formas del procedimiento. El derecho de defensa o bilateralidad de la audiencia se apoya en este brocardo: *Audiatur et altera pars* y se materializa en toda la actividad esencial que incumbe a cada parte en el proceso: recurrir, pedir y contradecir pruebas, alegar, recibir notificaciones, presentar excepciones, ejercer la pretensión. Todo en atención a la exigencia de igualdad de las partes: en el proceso las partes deben gozar de idénticas y recíprocas oportunidades de ataque y de defensa²⁸.

En este orden de ideas, se hará mención a las tres vertientes básicas del debido proceso, detalladas en la figura que se presenta a continuación, y a partir de esta se explicaran los principios que efectivamente se ven vulnerados.



Como se visualiza en la figura, la primera vertiente del debido proceso se encuentra en la parte superior y se relaciona con la noción de juez, y tiene anudados los siguientes principios del debido proceso: (i) el principio del juez natural²⁹, del juez competente, o de la legalidad de la competencia; principio que preceptúa que nadie puede ser juzgado sino por un juez competente y en ejercicio

²⁸ QUINTERO y PRIETO, Op. Cit., p. 303.

²⁹ Ibíd, p. 132. El texto es como sigue: "(...) Es el preconstituido de antemano para la ley procesal para conocer del asunto concreto, pero pensado en abstracto, porque cualquier designación *ad hoc* del juez es contraria al debido proceso".

de potestades jurisdiccionales. (ii) El principio del juez jurisdiccional³⁰; según el cual, el medio equivalente al proceso jurisdiccional mediante el que pueda solucionarse un conflicto, no puede presentarse como obligatorio. (iii) El derecho fundamental al juez único³¹; derecho que dispone que ante iguales circunstancias, las decisiones deben ser similares, como si fuera un solo juez el que ejerciera el poder judicial. Y (iv) el derecho al juez independiente³²; que establece que el juez debe ser un sujeto ajeno al conflicto.

La segunda vertiente se encuentra en la parte inferior de la figura y se relaciona con las partes en conflicto. Esta vertiente tiene como enunciados centrales los siguientes: (i) la bilateralidad de la audiencia³³ y (ii) el derecho de defensa³⁴ o de contradicción³⁵; postulados que tienden a asegurar el derecho de participación de las partes en el proceso, es decir, buscan que en el trámite de éste, el juez actúe acompañado a las partes y permitiendo que estas tengan participación plena hasta el momento en que se dicte la sentencia, es decir que tengan la posibilidad de afirmar, pedir, probar, contradecir, alegar, exigir, e impugnar.

³⁰ Ibíd, p. 132. El texto es como sigue: “ (...) Cualquier forma paralela al proceso jurisdiccional, entronizada como apta para solucionar el conflicto tiene que ofrecerse como opcional porque de otro modo, se quebranta este derecho fundamental”.

³¹ Ibíd, p. 132. El texto es como sigue: “Se tiene derecho a que el conflicto propio sea decidido de manera tan uniforme como si toda la función jurisdiccional fuera desempeñada de hecho por un solo juez”.

³² Ibíd, p. 132. El texto es como sigue: “Se tiene derecho al juez imparcial, verdadero tercero al conflicto”.

³³ Ibíd, p. 133. El texto es el siguiente: “(...) Significa que el juez no podrá decidir una pretensión o reclamo del actor, si la persona en contra de quien a sido propuesto no ha tenido oportunidad de ser oída. Es el principio que se enuncia como el del *audiatur et altera pars*, o, nadie puede ser condenado sin habersele oído”.

³⁴ Ibíd, p. 568. El texto es el siguiente: “(...) El juez no puede decidir una pretensión o reclamo de cualquiera de las partes en el proceso, si la persona en contra de quien ha sido propuesta no ha tenido oportunidad de ser oída. Es la garantía del individuo a la inviolabilidad de su defensa en proceso, pero claro esta, que se define desde el punto de vista de la bilateralidad esencial del proceso, de la que pregona que el proceso se desenvuelve entre partes contrapuestas, ubicadas en perfecta igualdad de condiciones y por ante un sujeto supraordenado, el juez”.

³⁵ Ibíd, p. 329. El texto es el siguiente: “(...) Es *mutatis mutandis* el derecho de acción del opositor”.

Por último, la tercera vertiente, se encuentra en el centro de la figura, y se relaciona con la legalidad de las formas³⁶. Este principio busca que las partes y el juez tengan conocimiento de las reglas que guían el proceso, esto es, las condiciones para que las partes puedan participar en él y las condiciones para que el juez pueda guiar el proceso y dictar sentencia. En consecuencia, este postulado, supone que las partes y el juez conozcan la lógica, el orden, el tiempo, las dinámicas, la estructura, y las formas de los actos.

Ahora bien, luego de analizadas las vertientes, puede señalarse que el problema fundamental originado con el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a entidades administrativas, se centra en el juez. Ello es así, porque se presenta la vulneración específica de los siguientes principios del debido proceso: (i) el principio del juez natural, del juez competente, o de la legalidad de la competencia; (ii) el principio del juez jurisdiccional; y (iii) El derecho al juez independiente; ya que en el grupo de jurisdicción societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, es confuso el análisis de las condiciones esenciales del juez, como la autonomía, la imparcialidad y la terceidad; pues como se ha indicado en varios apartados del artículo, los funcionarios administrativos ejercen sus funciones jurisdiccionales, guiados por criterios jerárquicos, en los que predomina el poder de instrucción, y donde el reparto de los procesos se hace en consideración a la persona; afirmaciones que evidencian el incumplimiento de los valores judiciales. En este punto, cabe recordar que el sujeto que ejerza funciones jurisdiccionales que no sea autónomo, independiente, y que no sea tercero, no puede considerarse juez.

³⁶ *Ibíd*, p. 137. El texto es el siguiente: “Este principio hace referencia a la exigencia de las formas estructurales del proceso, esto es, a las que regulan las actividades de las partes que, como se vio, integran el derecho de defensa; y las que conciernen a la actividad del juez y a la estructura misma, espacio temporal en que ha de desarrollarse el proceso como en su *ágora*”.

Así mismo, se quebranta el principio de exclusividad de la jurisdicción, considerado como uno de los fundamentos constitucionales del derecho procesal, toda vez que, la jurisdicción debe ser ejercida exclusivamente por el por órgano jurisdiccional común del Estado, que en el caso colombiano es la rama judicial.

Así mismo, se quebranta el principio constitucional de la separación de poderes, al atribuirle funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas que por su naturaleza no las deberían ejercer; pues según este postulado las funciones asignadas a un órgano del poder público sólo pueden ser ejercidas por ese órgano, y según los lineamientos de su estructura.

En el caso en estudio, no se vulneran los principios anudados a las vertientes segunda y tercera. Respecto al principio de bilateralidad de la audiencia, y el derecho de defensa y contradicción, no se presenta vulneración porque en el proceso administrativo, se le garantiza a las partes el derecho de participación desde el momento de radicar la demanda hasta el momento en el que se dicta la sentencia. No obstante, el problema en esta vertiente, radica en el “diálogo” entre las partes y el juez, ya que éste se encuentra afectado, porque el trámite del proceso administrativo está a cargo de una autoridad administrativa, que guía sus actuaciones por los principios de la administración pública y no por los criterios esenciales de la función judicial, claro evento de administrativización de la función jurisdiccional.

Por otra parte, puede manifestarse que el principio de la legalidad de las formas, mencionado en la tercera vertiente, también se respeta con el proceso administrativo, pues aunque el proceso no tenga tantas formalidades, tanto el juez como las partes conocen sus reglas; aspecto que brinda seguridad jurídica a los sujetos procesales, y además garantiza la libertad en las actuaciones.

3. EL ABUSO DEL DERECHO DE VOTO EN LA JURISDICCIÓN SOCIETARIA

En este capítulo se analizará el tratamiento que la jurisprudencia del grupo de jurisdicción societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, le ha dado al tema del abuso del derecho de voto, de acuerdo a las competencias y atribuciones que le han sido otorgadas en los últimos años.

En una primera fase de este capítulo se hará el rastreo histórico de los antecedentes del tema del abuso del derecho, esencialmente en materia societaria; es decir, se expondrá el tratamiento del tema en el ordenamiento jurídico colombiano. Y posteriormente, se mostrará el tratamiento del abuso del derecho, concretamente de voto, en el grupo de jurisdicción societaria de la Superintendencia de Sociedades.

3.1 ANTECEDENTES DEL ABUSO DEL DERECHO

En el derecho moderno, se entiende la noción del abuso del derecho como una desviación del derecho y del poder, y en palabras de Louis Josserand:

(...) es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; al criterio puramente *intencional* tiende a sustituirse un criterio *funcional*, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quien quiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta, delictuosa o cuasidelictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad.

Todo se reduce, pues, a discernir por una parte el espíritu, la función del derecho controvertido, y por otra el *móvil* a que el titular ha obedecido en el caso concreto. Si hay concordancia, el derecho se ha ejercido correctamente, es decir, impunemente; si hay discordancia, el ejercicio se convierte en abuso

y es susceptible de entrar en juego la responsabilidad del agente. El móvil se convierte en el centro mismo del problema³⁷.

Ahora, en Colombia la institución del abuso del derecho, en principio fue desarrollada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a partir de lo instituido por el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, que indicaba: *“Cuando no hay 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”*.

Por su parte, en 1971 mediante el Decreto 410, actual Código de Comercio, se reglamentó por primera vez en el derecho positivo vigente el abuso del derecho, en el artículo 830 de la siguiente manera: *“El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”*; disposición que ha sido objeto de análisis jurisprudencial, como se mostrara más adelante.

No obstante, dicho artículo, no ha sido la única fuente que ha regulado la teoría del abuso del derecho en los últimos años, pues la Constitución Política de 1991, en el numeral 1 del artículo 95, indicó que es un deber de la persona y de todo ciudadano el respeto por los derechos ajenos y no abusar de los propios; precepto que en cierta manera contribuyó a la salvaguarda del interés general, y limitó el ejercicio abusivo de los derechos propios.

De la misma manera, la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia ha establecido algunos de los fundamentos sobre la materia, en sentencias como la del 9 de agosto del año 2000, expediente 5372³⁸, que señaló:

³⁷ JOSSERAND, Louis. Del abuso de los derechos y otros ensayos. Los principios generales del derecho procesal. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2008. p. 303.

³⁸ La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de junio de 1994, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario adelantado por

Al disponer el artículo 830 del Código de Comercio que "*El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause*", acogió el ordenamiento legal colombiano, sin ambages, la regla denominada del "*abuso del derecho*" que de manera genérica señala que los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que les son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula y tutela. Más, en cuanto postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, trasciende del ámbito meramente extracontractual al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario, toda actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico, de modo que, inclusive, el artículo 95 de la Constitución Política Colombiana lo considera uno de los deberes "*de la persona y del ciudadano*", amén que manifestaciones del mismo pueden percibirse en el derecho público en la medida en que éste reprime el ejercicio arbitrario del poder o su desviación.

Así pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo.

"CONDOMINIO LA ALDEA DEL SOL Y CIA. LTDA" frente al BANCO CENTRAL HIPOTECARIO. En esta, el demandante buscaba que se declarara que el demandado había obrado de mala fe en la etapa precontractual y que había abusado de su derecho de acreedor en la celebración del contrato de dación en pago de que trataba la escritura pública No. 3709 del 22 de noviembre de 1989; y como consecuencia de tal declaración, el demandante pretendía que el Banco se obligara a indemnizarle los perjuicios que se le habían causado. Por su parte, la sociedad demandada se opuso a las pretensiones y, aun cuando aceptó como ciertos la mayoría de los hechos que la soportaban, negó otros y dijo desconocer los demás. El Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá, que conoció de la primera instancia del proceso, puso término a la misma mediante sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, decisión que fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al cual le fue remitido el asunto en cumplimiento de las normas sobre descongestión judicial, y concluyó que no existió abuso del derecho por parte del acreedor demandado, razón por la cual confirmó la sentencia apelada pero la reformó para inhibirse con relación a una de las pretensiones relacionadas con la cancelación del gravamen hipotecario. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, consideró que el Tribunal se había equivocado, y aseguró que el yerro que se le atribuía era manifiesto; no obstante, resolvió que el yerro no era trascendente, y por lo tanto NO CASÓ la sentencia del 15 de junio de 1994, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Del mismo modo, la sentencia del 1 de abril de 2003³⁹, expediente 6499, reguló la materia al establecer como elementos determinantes del abuso del derecho los siguientes: (i) La transgresión de la función socioeconómica del derecho⁴⁰, noción que implica la indemnización de perjuicios en los casos en los que se causen daños a otros. Según este elemento, el ejercicio de los derechos subjetivos debe ajustarse a los móviles y fines sociales y económicos establecidos por el ordenamiento jurídico, para evitar un exceso a los límites objetivos. (ii) La culpa o dolo en el ejercicio del derecho; no obstante, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que no es imprescindible que la conducta sea dolosa o culposa para que se configure el abuso del derecho. Y (iii) La intención de causar un daño⁴¹; es decir, no es suficiente el ejercicio de los derechos dentro de los límites objetivos, porque si se tiene el propósito de causar daños, se configura un abuso del derecho. Según este elemento, el ejercicio de los derechos subjetivos debe hacerse sin perjudicar a los demás y sin la intención de dañarlos.

³⁹ En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por los demandantes, así como el que interpuso la demandada ELVARA LIMITED respecto de la sentencia proferida el veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, dentro del proceso ordinario promovido por los demandantes contra COMPAÑÍA TEXTIL COLOMBIANA S.A. SATEXCO, ELVARA LIMITED, DOLLFUSS MIEG & CIE, DOMINIQUE THIRIEZ y CAMILO MORA MONTOYA. En primera instancia, los catorce demandantes convocaron a proceso ordinario a los demandados, en relación con la negociación de unas acciones en la sociedad COMPAÑÍA TEXTIL COLOMBIANA S.A. SATEXCO. Los demandados se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y formularon como excepciones de fondo las que denominaron “inexistencia de los hechos fundamentales en que se sustenta la demanda”, “falta de legitimación en causa activa”, “falta de interés para obrar” y “mala fe de los demandantes”. El juzgado de primera instancia dictó sentencia denegatoria de las pretensiones, por lo cual los demandantes apelaron la decisión, lo que condujo al proferimiento de la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, impugnada en casación. La demanda de casación tenía dos cargos: (i) En el primero, se acusaba la sentencia del Tribunal y la decisión complementaria por no estar en consonancia, por extra petita, con los hechos de la demanda; cargo que no prosperó. (ii) En el segundo cargo, se acusó la sentencia del Tribunal de violar de modo indirecto y por aplicación indebida, algunos artículos del Código de Comercio, así como otros del Código Civil, el artículo 36 de la Ley 222 de 1995, y la Resolución 0290 de 1995; todo a causa de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas; cargo que tampoco prosperó. Por su parte, la demanda de casación del demandante tenía un cargo único que los demandantes elevaron contra la sentencia del Tribunal por violar el artículo 830 del Código de Comercio, cargo que prosperó parcialmente; y por ende, la Corte Suprema de Justicia CASÓ parcialmente la sentencia proferida el veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil.

⁴⁰ Fuente de naturaleza objetiva.

⁴¹ Fuente de naturaleza subjetiva.

Respecto a este tema, la sentencia precisó: “(...) *tres criterios han dominado en la doctrina para explicar el funcionamiento del abuso del derecho: el de la función económico-social del derecho, el de la culpa o dolo en ejercicio del derecho y el de la exclusiva intencionalidad en la causación del daño*”.

En la sentencia con expediente 6499, la Corte también fijó que el elemento subjetivo era esencial para la estructuración del abuso del derecho, y estipuló: “*Reitera la Corporación que el abuso de derecho exige un requisito subjetivo, que es precisamente ser titular del derecho utilizado como desviación de poder para obtener una ganancia abusiva en detrimento abusivo del sujeto pasivo*”.

Así mismo, la sentencia indicó que correspondía a los funcionarios judiciales, el análisis de los elementos que permitían afirmar la existencia y configuración del abuso del derecho, para determinar si habría lugar a la indemnización de perjuicios; toda vez que, según la sentencia, la teoría no cuenta con los elementos normativos suficientes para definir en qué casos podría hablarse de ejercicio abusivo del derecho, y por ende, de aplicación del artículo 830 del Código de Comercio. Sobre el tema de la indemnización de perjuicios la Corte manifestó que la tasación de los perjuicios, debía realizarse respetando principios como el de la reparación integral.

La Corte expresó que:

(...) los criterios para la determinación del abuso del derecho en un caso concreto no han sido definidos por la ley, pues de manera escueta ella solo se limita a pregonar que “*el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause*” (artículo 830 del Código de Comercio). Así, se ha señalado que tanto el dolo o deseo de causar daño, como la culpa, los límites objetivos del derecho del que se pregona su abuso, el fin económico y social de la norma que consagra el derecho, y hasta la moral social contemporánea han sido puestas como guías o pautas para aplicar la teoría del abuso de los derechos, sobre la base de la relatividad de los mismos. En suma, se le ha dejado al recto y sano criterio del fallador la configuración en un determinado caso de conductas que puedan ser calificadas de abusivas.

Pero este aserto no se extiende hasta la determinación de la existencia y cuantía del perjuicio inferido por actos abusivos, pues si bien el derecho a la reparación de los daños debe estar sustentado en la existencia del abuso como causa generatriz de responsabilidad, también es lo cierto que la condena a pagar los perjuicios causados por el mismo debe ir precedida tanto de la comprobación de que ese abuso ocasionó un perjuicio bien por daño emergente o lucro cesante o ya por daños extrapatrimoniales, que al caso no vienen, como de la acreditación de la cuantía de aquellos, lo que no siempre es labor de fácil ejecución, a tal punto que en este campo se le ha reconocido al juez un amplio poder de discreción, pero que (hoy con más veras en virtud del artículo 16 de la Ley 446 de 1998), debe en todo caso respetar los principios de la reparación integral, la equidad y los criterios técnicos actuariales.

De lo anterior, pueden concluirse dos cosas: (i) Para la configuración de una responsabilidad por abuso del derecho, debe demostrarse el ejercicio abusivo de un derecho, un daño o perjuicio, y el nexo causal entre el ejercicio abusivo y el daño; (ii) Los jueces cuentan con un alto nivel de discrecionalidad para determinar en qué casos se estructura un abuso del derecho y en qué casos no, y esto, es en razón de la escasa reglamentación legal sobre la materia.

Frente al tema del abuso del derecho en materia societaria, la doctrina ha establecido:

El derecho societario es uno de los campos más fecundos para la aplicación de la teoría del “abuso del derecho”. Porque a pesar de que el contrato de sociedad se define como la base de un acuerdo de colaboración, que le sirve de sustrato a la dinámica relación a que da origen entre los accionistas, y entre éstos y la persona jurídica societaria, lo cierto es que los derechos que se otorgan a los socios en procura del cumplimiento de los fines de la asociación se utilizan frecuentemente para avasallar los derechos de los consocios, dejando de lado el respeto a sus prerrogativas y en particular a su *statu quo*⁴².

⁴² MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Contractual Societario: Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios. El abuso del derecho en el ámbito societario. Primera Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. 2010. p. 404.

En otras palabras, puede decirse que en materia societaria, se configura un abuso del derecho cuando se utilizan los derechos que se le confirieron a los asociados en virtud del contrato de sociedad, contrariando el interés general de la persona jurídica societaria y los derechos de los demás accionistas o socios.

Ahora bien, siguiendo lo estatuido por Martínez Neira, la lista enunciativa de las modalidades de abuso del derecho que pueden encontrarse en el derecho societario, se detalla a continuación: (i) Abuso de la posición dominante, que implica el abuso de la condición de accionista mayoritario, con la intención de causar perjuicios a las minorías y dejando de lado los intereses sociales. El abuso de la posición dominante tiene varias expresiones a saber: *“disponer la retención de utilidades o la constitución de reservas innecesarias para hacer nugatorio el derecho de las utilidades de los minoritarios; efectuar reformas estatutarias para causar daño a las minorías; los contratos entre partes relacionadas que benefician a los socios mayoritarios; la aprobación de relaciones de intercambio infundadas en procesos de integración societaria o reestructuración empresarial, etc.”*⁴³ (ii) Capitalizaciones infundadas que tengan como fin diluir a un accionista o grupo de accionistas de la sociedad; esta modalidad preceptúa que los aumentos de capital o la colocación de acciones efectuadas con la intención de dañar a un accionista o a un grupo de accionistas, al diluir su participación accionaria en la sociedad en contravención del interés social, constituye un abuso del derecho. (iii) La renuncia al derecho de preferencia para lesionar a alguien; pues ésta renuncia siempre debe realizarse de conformidad con los intereses de la sociedad y de sus accionistas. (iv) Obstrucción de la cesión de cuotas o acciones; modalidad que acarrea que las normas estatutarias no puedan utilizarse en perjuicio de la negociación de cuotas o acciones de los asociados. (v) La inasistencia a las Asambleas, en los casos en los que dicha inasistencia tenga como finalidad impedir la conformación del quórum deliberatorio, con la intención de perjudicar a la sociedad o sus asociados. (vi) La retención de utilidades. Al respecto puede

⁴³ *Ibíd*, p. 411.

señalarse: *“No puede ser éste un recurso al que se apele para retener utilidades injustamente, mucho más si de lo que se trata es de asfixiar a los socios minoritarios para recomprar sus acciones a menor precio, como se acostumbra, lo que determina un típico abuso del derecho, conforme a los criterios determinados”*⁴⁴. (vii) Colocación de acciones a valor nominal y sin prima en colocación de acciones, cuando no esté orientada a garantizar el interés social y no tenga un fin legítimo. Y (viii) Celebración de contratos entre la sociedad y sus vinculados, que tengan como objeto pactar entre éstos prestaciones ficticias, aparentes o engañosas.

En este punto, es relevante hacer mención a la Ley 1258 de 2008⁴⁵, pues ésta reguló el tema del abuso del derecho de voto, pero limitándose a las sociedades por acciones simplificadas. El artículo 43 de la Ley en mención, estableció:

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 un tercero 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.

Así mismo, el artículo instituyó que las acciones de nulidad absoluta e indemnización de perjuicios podrían ejercerse tanto en casos de abuso del derecho de mayorías, como de minorías, e indicó que el trámite correspondiente se adelantaría por el proceso verbal sumario, ante la Superintendencia de Sociedades.

⁴⁴ *Ibíd*, p. 420.

⁴⁵ Por medio de la cual se creó la sociedad por acciones simplificadas.

Años después, como se mencionó en el primer capítulo, la Ley 1564 del 2012 hizo alusión a facultades y competencias atribuidas a la Superintendencia de Sociedades en disposiciones anteriores, pero en este caso lo hizo sin discriminar entre tipos societarios. Dicha Ley en el literal e), numeral 5 del artículo 24, estableció que en los casos en los que los accionistas no ejercieran su derecho de voto de conformidad con el interés social de la empresa, y con la intención de causarle daño a la sociedad o a sus accionistas, la Superintendencia de Sociedades tendría facultades jurisdiccionales para resolver el asunto y declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho, así como la correspondiente indemnización de perjuicios; pero limitandose a la sociedad por acciones simplificadas, como lo hacía el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, toda vez que, no existe otra norma sustancial que conciba tal sanción para otros tipos societarios.

Por su parte, debe subrayarse que la Corte Constitucional también ha tratado el abuso del derecho, por ejemplo en la sentencia C 090 del 19 de febrero de 2014⁴⁶, y realizó las siguientes interpretaciones sobre el tema:

(...) En términos generales, comete abuso del derecho: (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 con 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.

⁴⁶ En esta sentencia el demandante solicita declarar la inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 1258 de 2008, aduciendo como argumento que la norma vulneraba el Preámbulo y los artículos 1, 2, 25, 53 y 333 de la Constitución. Por su parte, la Corte sostiene que el establecimiento del límite de la responsabilidad de los accionistas de una sociedad por acciones simplificadas al monto de los aportes, frente a las obligaciones laborales de la sociedad, no constituye una desprotección de los derechos del trabajador ni un incumplimiento de las disposiciones constitucionales que amparan el trabajo y la dignidad del trabajador, cuando quiera que existen mecanismos jurídicos para la defensa de los mismos, al tiempo que la separación patrimonial cumple el propósito constitucional de incentivar la creación de empresa y el desarrollo económico del país. Finalmente, en la decisión la Corte declara exequible la expresión contenida en el artículo 1 de la Ley 1258 de 2008.

También cabe mencionar que a pesar de ser el abuso del derecho societario un tema poco explorado en el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia arbitral ha trabajado sobre él en varias oportunidades, por ejemplo, en el Laudo del 2 de octubre de 2007 de la Cámara de Comercio de Medellín⁴⁷, que señaló que la teoría del abuso del derecho aplicaba tanto en asuntos de responsabilidad contractual como en asuntos de responsabilidad extracontractual. Así mismo, en la jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá se encuentra el Laudo del 17 de marzo de 2004⁴⁸, que dispuso que se incurría en un abuso del derecho cuando un grupo de accionistas mayoritario, ordenara de manera repentina la realización de una capitalización, sin contar con la presencia de los demás accionistas. Al respecto, mencionó: *“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”*.

Para terminar esta primera parte se ahondará en el tema del abuso del derecho de voto, y se hará un análisis de los elementos esenciales de éste para determinar cuándo su ejercicio puede ser considerado como abusivo. Pero antes, es necesario manifestar que cuando un accionista ejerce su derecho al voto, pueden desplegarse dos escenarios: (i) Que el voto se ejerza de conformidad con los intereses de la sociedad y de los demás socios o accionistas, y (ii) Que el voto se

⁴⁷ En el tribunal de arbitramento de Elio Sala Ceriono vs. Química Antex S.A., de fecha 2 de octubre de 2007, cuyos árbitros principales fueron Luis Fernando Muñoz, Luis Alfredo Barragán y Juan Guillermo Sánchez, se ordenó la indemnización de perjuicios a favor de los socios minoritarios, en virtud al abuso del derecho configurado en la toma de una decisión en la que no participaron los accionistas minoritarios, por medio de la cual se efectuó un aumento de capital injustificado, y que originó la dilución de la participación de los accionistas minoritarios.

⁴⁸ En el tribunal de arbitramento de Guillermo Mejía Rengifo vs. Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros, de fecha de 17 de marzo de 2004, cuyos árbitros principales fueron Fernando Silva García, Florencia Lozano Revéz y Francisco Reyes Villamizar, se ordenó el pago de la indemnización de los perjuicios, en virtud al abuso del derecho configurado en la toma de una decisión en la cual se ordenó la capitalización de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda.

ejerza motivado por propios intereses, caso en el cual se constituiría un conflicto de intereses. Sobre este aspecto, es menester resaltar que no siempre que se está en presencia de “*conflictos de intereses*” (situación en la que el accionista debería inhibirse de emitir su voto porque por satisfacer sus intereses personales podría avasallar los intereses de la sociedad) puede hablarse de la configuración de la teoría del abuso del derecho de voto. Lo anterior, porque aunque el abuso del derecho de voto también implica contrariar el interés social, en este caso, además se actúa con la intención de causar daño a la sociedad o a los demás socios o accionistas.

Volviendo a lo expuesto con anterioridad, los elementos determinantes para que se configure el ejercicio abusivo del derecho de voto, según Néstor Humberto Martínez son: (i) El ejercicio del derecho inobservando su interés social; y (ii) La intención de causar daño. El primero es de carácter objetivo, y manifiesta que se estructura un abuso del derecho de voto, cuando éste se emite contrariando el interés social y buscando intereses propios; o cuando se ejerce sin tener en cuenta el interés social, es decir, cuando la finalidad del voto no encuentra legitimación en éste. El segundo es de carácter subjetivo, y exterioriza que para la configuración del abuso del derecho, además de la inobservancia del interés social en el ejercicio del derecho, se busque causar un daño a la sociedad misma o a sus socios o accionistas⁴⁹.

3.2 EL TRATAMIENTO DEL ABUSO DEL DERECHO DE VOTO EN EL GRUPO DE JURISDICCIÓN SOCIETARIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Como se expuso en el capítulo anterior, el grupo de jurisdicción societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, ha dictado 6 sentencias que tratan el tema del abuso del derecho: (i) La sentencia 80055 del 1 de febrero de 2013; (ii)

⁴⁹ MARTÍNEZ NEIRA, Op. Cit., p. 407.

La sentencia 801015 del 15 de marzo del 2013⁵⁰; (iii) La sentencia 801023 del 24 de mayo del 2013⁵¹; (iv) La sentencia 800073 del 19 de diciembre de 2013; (v) La sentencia 800020 del 27 de febrero de 2014; y (vi) La sentencia 80044 del 18 de julio del 2014.

Antes de entrar a analizar las tres sentencias que tienen como problema jurídico central el abuso del derecho de voto, se hará mención a la sentencia del proceso de Mónica Colombia, pues éste es un caso en el que se demuestra la versatilidad de la Superintendencia de Sociedades, su capacidad de actuación, y para algunos, se demuestra el vigor que tiene su jurisdicción. En la sentencia 80055 del 1 de febrero de 2013⁵², con radicado 201301405476, el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario “Finagro S.A.”, demandó ante la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades,

⁵⁰ El proceso iniciado por Jaime Salamanca Ramírez en contra de Logística S.A.S., José Vicente Padilla Martínez y Ligia Patricia Padilla Martínez; estaba orientado a que se reconociera que los demandados se valieron de la sociedad Logística S.A.S. para perpetrar un fraude. Sin embargo, el Despacho tras realizar un análisis de los presupuestos necesarios para la configuración de un abuso de la forma societaria, que ameritara como sanción la desestimación de la personalidad jurídica, encontró que no se probaron dichos presupuestos, y por lo tanto, no se configuró una situación abusiva por parte de los miembros de la sociedad.

⁵¹ La demanda presentada por Anyelo Paúl Rojas Pinzón contra Agregados y Minerales del Llano S.A.S. (Agremil S.A.S.), contiene como pretensiones el que se levante el velo corporativo, y se declare la responsabilidad civil contractual por parte de los accionistas de la sociedad demandada por el incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento que le adeudaba la sociedad con ocasión del contrato de arrendamiento de un vehículo automotor para transporte. En este caso, el despacho realizó un análisis para establecer si el señor Diego Adolfo Toro Ramírez se valió de la sociedad Agremil S.A.S. para perpetrar un fraude. Por tratarse de una acción de desestimación de la personalidad jurídica, aludieron a los antecedentes que sobre la materia expidió la Delegatura. A falta de suficientes elementos probatorios para dar cuenta del abuso de la figura societaria, el Despacho desestimo las pretensiones.

⁵² En la demanda instaurada por Finagro S.A. en contra de Mónica Colombia S.A.S., Tilava S.A.S., Monicol S.A.S. y Agrocaxias S.A.S., el demandante adujo que las sociedades demandadas fueron utilizadas por el Grupo Empresarial “Mónica Colombia” para hacer fraude a la ley. Por su parte, la Corte realizó todo un análisis de dicho Grupo Económico, de donde se concluyó que la estructura del mismo no obedecía a una finalidad legítima de negocios, sino que fue utilizado como un instrumento, como lo es la interposición societaria, para obtener mayores incentivos para la capitalización rural. Por ello, se ordenó en la sentencia la restitución de una suma de dinero que excedió el monto de los incentivos a los que tenían derecho; y además, en el desarrollo del proceso se enfatizó en la prohibición que existe para los empresarios de refugiarse detrás de personas jurídicas societarias, para eximirse del cumplimiento de determinadas normas del ordenamiento jurídico.

el 28 de diciembre del año 2012, a las sociedades Mónica Colombia S.A.S., Tilava S.A.S., Monicol S.A.S. y Agrocaxias S.A.S.

La razón principal de la demanda fue que Finagro S.A. otorgó a Mónica Colombia S.A.S. Incentivos para la Capitalización Rural (ICRs) por un monto de \$692.250.000; así como a Tilava S.A.S., Monicol S.A.S., y a Agrocaxias S.A.S.; sociedades constituidas por Mónica Colombia S.A.S. para evadir los límites y restricciones que imponía la regulación sobre el tema para tener acceso al ICRs. Dichas restricciones indicaban que sólo podía entregarse un incentivo por proyecto en un periodo de 12 meses y, el artículo 2 de la Resolución 22 de 2007, señalaba que el monto máximo del incentivo no podía exceder de 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Finagro solicitó declarar que las sociedades demandadas fueron utilizadas por el Grupo Empresarial Mónica Colombia para hacer fraude a la ley, de forma tal que pudiesen acceder a los Incentivos de Capitalización Rural otorgados por el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario, sin el lleno de los requisitos legales; pues, entre Mónica Colombia S.A.S., Tilava S.A.S., Monicol S.A.S. y Agrocaxias S.A.S., recibieron \$2.769.000.0000 de pesos, esgrimiendo en su solicitud del ICRs ante Finagro S.A. tener proyectos agrarios diferentes.

Además, adujo como pretensión, la declaratoria de nulidad absoluta de cada uno de los actos en los que se otorgó el ICRs a cada sociedad, y como consecuencia de dicha declaratoria, el reembolso de la suma de dinero recibida.

El Despacho realizó un análisis para determinar si las sociedades demandadas se habían beneficiado en forma indebida del ICRs, en abuso de los esquemas societarios. En el caso en concreto, el grupo de jurisdicción societaria consideró que de no acreditarse la finalidad legítima de un esquema societario, se estaría en presencia de un indicio que apuntaba a un caso de abuso de las personas

jurídicas; por lo que hizo un examen de cada una de las sociedades que conformaban el Grupo y de las actividades que desarrollaban. Del examen, el Despacho no encontró pruebas para corroborar que cada sociedad funcionara por separado, sino que se percató de que todas las sociedades funcionaban como una sola, y verificó que la operación agroindustrial del Grupo Empresarial Mónica Colombia se ejercía de manera centralizada. Por lo anterior, la Delegatura concluyó que no existía una justificación para la constitución de tantas sociedades.

Para el Despacho, tras acreditar que las sociedades se comportaban en realidad como una sola empresa, se infringieron las limitaciones previstas por la ley para obtener el ICRs, ya que en caso de no haberse constituido estas tres sociedades, sólo Mónica Colombia hubiese podido acceder al ICRs, y no las cuatro sociedades, como realmente ocurrió; situación que implicó que la cuantía del ICRs recibido entre las 4 sociedades excediera el tope máximo de \$692.250.000 que cada proyecto podía recibir.

El Despacho de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, en cabeza del Superintendente Delegado, declaró como nulos los actos mediante los cuales Finagro otorgó los ICRs a las sociedades Tilava S.A.S., Monicol S.A.S., y Agrocaxias S.A.S., ordenando la restitución de \$2.076.750.000 por parte del Grupo Empresarial Mónica Colombia a Finagro; en virtud de la existencia de una interposición societaria.

Conforme a lo analizado por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, la figura de interposición societaria se presenta cuando, mediante un esquema societario se pretende obtener prerrogativas de forma fraudulenta o se busca burlar determinado precepto normativo. Es decir, para confirmar que se está en presencia de la interposición societaria, debe hacerse un análisis del esquema societario y comprobar que éste no tiene una finalidad legítima. En este orden de ideas, de verificarse el abuso por medio de dicho esquema, las sanciones

susceptibles para estos casos, pueden ser las consagradas por ejemplo en el Código Civil como la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita y la simulación. Por su parte, la legislación comercial, consagra la desestimación de la personalidad jurídica como una de las herramientas idóneas para hacerle frente al abuso de las formas asociativas.

Sin lugar a duda, esta sentencia representó para la Superintendencia de Sociedades, la manera de advertir a los empresarios, que no debían utilizarse determinados esquemas societarios para evadir o defraudar la Ley, ya que ello acarrearía consigo sanciones cuantiosas. En este caso, pudo verificarse a partir de las pruebas practicadas, la intención de acceder a recursos del Estado de forma desmedida por medio de una figura societaria aparente, y la decisión que adoptó la Delegatura, dejó claro que no se permitirían esquemas societarios ficticios para manipular la ley, puesto que ello representaba un evidente abuso de las personas jurídicas.

Ahora bien, el grupo de jurisdicción societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, ha tratado el tema del abuso del derecho de voto, en tres sentencias que ha resuelto como se indica a continuación:

En la sentencia 800073 del 19 de diciembre de 2013⁵³, ante la demanda de Serviucis S.A. a la sociedad Nueva Clínica Sagrado Corazón, la Delegatura de

⁵³ La demanda presentada por Serviucis S.A. contra la Nueva Clínica Sagrado Corazón, pretendía la declaratoria de nulidad absoluta de las decisiones tomadas en la Asamblea General de Accionistas, en abuso del derecho de mayorías. En la sentencia, se realizó un breve recuento de los antecedentes facticos del litigio, siendo uno de los más importantes, la remoción de Serviucis S.A. de la Junta Directiva de la Nueva Clínica Sagrado Corazón, puesto que la demanda presentada ante el Despacho, estaba orientada a establecer si dicha remoción, adolecía de nulidad absoluta por abuso del derecho de voto. La decisión que se tomó, verificó un ejercicio abusivo del derecho de voto, por la remoción de Serviucis S.A. de la Junta Directiva de la Nueva Clínica Sagrado Corazón; actuación que le permitiría al bloque mayoritario de la Nueva Clínica Sagrado Corazón, controlar el flujo de información de la entidad. En efecto, se declaró la nulidad absoluta de la decisión de remover de la Junta Directiva a Serviucis S.A., tomada en la Asamblea General de la sociedad, el 26 de marzo del 2012.

Procedimientos Mercantiles, analizó la remoción de la demandante como accionista minoritaria de la Junta Directiva de la sociedad demandada. Conforme a la pruebas que se aportaron en el desarrollo del proceso, encontró la Delegatura que esa decisión fue tomada con el fin de generar una situación de desventaja para Serviucis, pues dicha situación, se dio en medio de la existencia de un conflicto interno entre los accionistas, y durante el proceso de venta del control de la sociedad Nueva Clínica Sagrado Corazón. La Delegatura tuvo como punto de partida en el trámite del proceso, un examen sobre los efectos (el perjuicio sufrido por el accionista) que la remoción causó para la sociedad accionista minoritaria, y con posterioridad, se centró en analizar si el ejercicio del derecho de voto de los accionistas mayoritarios, estaba encaminado a generar una condición de desventaja a Serviucis S.A. (intención de causar el daño).

En el análisis de la Delegatura, en cuanto al perjuicio sufrido por el accionista, se tuvo en cuenta que según la Ley la designación de uno de los accionistas minoritarios como administrador, es un mecanismo con el que éste cuenta para poder defender sus derechos e intereses, y para poder detectar las conductas irregulares en el curso de la gestión social de la sociedad. Con lo anterior, pudo verse que la remoción de la sociedad demandante como miembro de la Junta Directiva, impidió que ésta tuviera una forma directa de fiscalizar su inversión y el acceso de la misma al flujo de información. Evidente situación desventajosa para Serviucis S.A., como accionista minoritario.

De otro lado, para verificar que existió la intención de generar una condición de desventaja al accionista minoritario, se tuvo en cuenta la existencia del conflicto intrasocietario que se estaba presentando al momento de tomar la decisión de remover a Serviucis S.A. de la Junta Directiva de la Nueva Clínica Sagrado Corazón. Este conflicto, se tomó como un indicio de la actuación lesiva por parte del bloque mayoritario frente al accionista minoritario. Así pues, conforme al análisis anterior, el Despacho concluyó que la decisión controvertida sí buscaba

impedir el acceso de Serviucis a la información sobre las operaciones de la sociedad Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.; dejando al grupo de accionistas mayoritarios como el único que podría asumir un control sobre la información de la sociedad.

Puede decirse entonces que, la Delegatura realizó un análisis del abuso del derecho de voto teniendo en cuenta los criterios determinantes para la configuración del mismo: (i) La ocurrencia de un perjuicio; y (ii) La intención de generar el daño. El derecho de voto en el presente caso, se presentó como el instrumento que permitió afectar a la minoría, impidiéndole ejercer su derecho para acceder al flujo de información de funcionamiento de la sociedad, y que busco además, adjudicar prerrogativas especiales a la mayoría, para poder ejercer todo el control del bloque societario.

Otro importante pronunciamiento de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sobre el abuso del derecho de voto, es la sentencia 800020 del 27 de febrero de 2014⁵⁴, cuyo tema central se refirió a una capitalización abusiva en ejercicio del derecho de voto. Capital Airports Holding Company “CAHC” es en este caso la sociedad demandante y CAH Colombia S.A. es el demandado. Las pretensiones de la demanda, buscaban que se declararían nulas las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de CAH Colombia, pues se habían adoptado en violación de los artículos 190 y 899 del Código de Comercio; y la declaración de

⁵⁴ Capital Airports Holding Company (CAHC) reclamó en la demanda contra CAH Colombia S.A., la declaratoria de nulidad absoluta de las decisiones tomadas por la Asamblea General de Accionistas de CAH Colombia S.A., donde se aprobó una reforma estatutaria para el aumento del capital autorizado, se modificó la estructura de la Junta Directiva, y ordenó que se hiciera una emisión primaria de acciones sin sujeción al derecho de preferencia. Para la demandante las decisiones adoptadas por la Asamblea violaban los artículos 190 y 899 del Código de Comercio. En la sentencia, el Despacho procedió a verificar si se dió una capitalización abusiva, antecedida por un ejercicio irregular del derecho de voto, teniendo en cuenta las diferentes maniobras ejercidas por los órganos sociales para realizar dicha capitalización. En el estudio del caso, se evidenció que la capitalización se había realizado con el fin de despojar a los demandantes de su mayoría accionaria en CAH Colombia; sin embargo, el demandante no explicó los fundamentos jurídicos que permitían invocar la causa ilícita para impugnar una la capitalización abusiva; y fue por este defecto procesal, que se desestimaron las pretensiones del demandante.

nulidad de la decisión de la Junta Directiva de CAH Colombia, mediante la cual se aprobó el reglamento de emisión y suscripción de acciones de la misma.

En el caso en estudio para tomar la decisión, la Delegatura realizó un análisis del abuso del derecho, conforme a los criterios que lo conforman. Durante el desarrollo del proceso, se comprobó que la decisión controvertida por los demandantes, tomada por la Asamblea General de accionistas de CAH Colombia, despojaba inminentemente a CAHC de su porcentaje accionario, haciéndolo perder la calidad de socio mayoritario de CAH Colombia S.A., he impidiendo que éste recibiera la prima de control como contraprestación. Para el Despacho, lo anterior evidenciaba los perjuicios que la sociedad demandante sufrió.

Por otro lado, en la sentencia se analizó si la actuación por parte de la Asamblea General de Accionistas de CAH Colombia, tenía el ánimo premeditado de perjudicar la CAHC o de crear una situación ventajosa para los otros accionistas de CAH Colombia.

El Despacho tomó como indicio probatorio la existencia de un conflicto intrasocietario (elemento volitivo del abuso del derecho de voto), situación que propició que dentro de la toma de decisiones, sólo se vieran beneficiados unos cuantos. Otro de los elementos determinantes para el Despacho, fue que la capitalización se efectuara sin sujeción al derecho de preferencia, ya que con este actuar el accionista minoritario fue el único suscriptor de las acciones emitidas. Adicionalmente, la Delegatura consideró como otro indicio, que la decisión de capitalización se adoptara en una reunión por derecho propio con el propósito deliberado de perjudicar un grupo de accionistas.

Por último, consideró el Despacho que la expulsión de CAHC de la Junta Directiva, permitiría la aprobación de la capitalización, sin que CAHC se percatara que había perdido el bloque de control en CAH Colombia S.A. Pero a pesar de

haberse comprobado la existencia de una capitalización abusiva, el Despacho desestimó las pretensiones, pues el demandante adujo una causa ilícita para impugnar la capitalización abusiva, pero no presentó los fundamentos jurídicos suficientes para soportar la pretensión.

En casos como el tramitado por este proceso, efectivamente se presentan todos los elementos que corroboran la existencia de un ejercicio abusivo del derecho de voto, por medio de una capitalización abusiva. Sobre el tema Francisco Reyes Villamizar se pronuncia de la siguiente manera: *“El aumento de capital configura un abuso del derecho en aquellos casos en que la determinación adoptada por el órgano social competente, está orientada por un propósito contrario a derecho”*⁵⁵; lo que significa que la capitalización no se hace con el fin de obtener recursos para la sociedad, sino que se utiliza para expropiar a un asociado de la sociedad, o para diluir su porcentaje en la participación de la sociedad.

La última sentencia que ha dictado la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, sobre el abuso del derecho de voto, es la sentencia 80044 del 18 de julio del 2014⁵⁶. En esta la demandante Isabel Cristina Sánchez Beltrán, demanda al Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S., a Jenny Marcela Cardona Gómez y a Juan Carlos Cardona Gómez; solicitando la nulidad absoluta de las decisiones del órgano social, tendientes a la retención de utilidades; ya que

⁵⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Capital social y mecanismos de capitalización. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2011. p. 364.

⁵⁶ En esta sentencia la demandante, Isabel Cristina Sánchez Beltrán, demanda al Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S., a Jenny Marcela Cardona Gómez y a Juan Carlos Cardona Gómez, solicitando la nulidad absoluta de la decisión del órgano social correspondiente a la retención de utilidades injustificada; pues la demandante considera que en ella había un abuso del derecho por parte de los accionistas mayoritarios en su perjuicio. En la sentencia, para resolver el conflicto el Despacho realizó un análisis de la retención de utilidades en sociedades cerradas y de los presupuestos que debían presentarse para que se configurara una retención abusiva de utilidades. En el proceso, la Delegatura encontró suficientes indicios para concluir que se presentó un ejercicio abusivo del derecho por parte de los accionistas mayoritarios, pues se verificó la existencia de un conflicto entre las partes y una injustificada retención de utilidades. El despacho declaró la nulidad absoluta de las decisiones de los órganos sociales y la consecuente repartición de utilidades.

para la demandante, en ellas había un abuso del derecho por parte de los accionistas mayoritarios en su perjuicio.

Para resolver el conflicto se realizó en primer lugar un análisis de la retención de utilidades en sociedades cerradas, y después se analizaron los presupuestos que debían presentarse para que se configurara una retención abusiva de utilidades.

El Despacho, encontró suficientes indicios para concluir que se presentó un ejercicio abusivo del derecho por parte de los accionistas mayoritarios, pues verificó la existencia de un conflicto entre las partes, así como una injustificada retención de utilidades. En este orden de ideas, el Despacho declaró la nulidad absoluta de las decisiones de los órganos sociales y la consecuente repartición de utilidades.

Según la sentencia, en este caso, la decisión de retener las utilidades fue adoptada por los accionistas mayoritarios de la sociedad CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., y conforme al análisis que la Delegatura realizó, efectivamente hubo un abuso del derecho de voto al adoptar esa decisión, pues se probaron los perjuicios sufridos por la demandante, por no recibir las utilidades de los años 2011 y 2013.

De otro lado, se tomó como un indicio del ejercicio abusivo del derecho de voto, la existencia de un conflicto intrasocietario por el incumplimiento de un acuerdo de exclusividad por parte de la demandante.

Por no comprobarse que efectivamente había un proyecto de expansión para la sociedad demandada que ameritaba la retención de utilidades, el Despacho declaró como nulas las decisiones en las que se ordenaba la retención de utilidades por parte de los accionistas mayoritarios. Y en consecuencia, se declaró en la sentencia la obligación para los accionistas mayoritarios de aprobar mediante Asamblea General de Accionistas la distribución de las utilidades.

El caso anterior, pone de manifiesto como la retención injustificada de utilidades, es también considerada como un resultado del abuso del derecho de voto. Al respecto, puede señalarse que si en la Asamblea General de Accionistas, no se dispone la repartición de los dividendos, estos deberían pasar a la reserva de la sociedad, pero en los casos en los que no existen proyectos claros para destinar dichos recursos, la retención de utilidades podría ser el resultado de un abuso de la posición mayoritaria, para generar perjuicios a quien reclama las utilidades, cuando se encuentra por ejemplo que dicha retención de utilidades esta antecedida por un conflicto intrasocietario.

Conforme a lo expuesto por la Delegatura en la providencia, cuando hay una retención injustificada de las utilidades en una compañía, se presenta por un lado, un conflicto entre los intereses subjetivos de los accionistas que esperan recibir ganancias por la inversión realizada; y por otro lado, conflictos en el interés mismo de la compañía, que busca dar uso de las utilidades, con el fin de expandir la sociedad o de emprender proyectos nuevos para su crecimiento patrimonial.

Sin embargo, la supuesta “Corte” recuerda que la decisión de retener las utilidades para fines propios de la compañía o de repartirlas entre los accionistas, es una potestad que la Ley otorga exclusivamente a los asociados.

Según las sentencias analizadas, puede concluirse que para encontrar en cada caso un abuso del derecho de voto, el grupo de jurisdicción societaria realizó un análisis de los presupuestos fácticos para comprobar si dentro de los mismos se encontraba la intención de generar un perjuicio, y la efectiva ocurrencia del perjuicio antecedida por el ejercicio del derecho de voto sin observancia de la Ley. De otro lado, se vieron las diferentes maneras en que puede presentarse un abuso del derecho de voto: (i) mediante el abuso de la posición dominante de mayorías; (ii) en ejercicio de una capitalización abusiva; y (iii) en la retención de utilidades.

Además, puede decirse que con las sentencias promulgadas por el grupo de jurisdicción societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, se reflejó como de manera acertada la supuesta "Corte" puede garantizar soluciones para diferentes casos en materia comercial.

4. CONCLUSIONES

- Si bien con el Decreto 2273 de 1989 se crearon los primeros juzgados civiles del circuito especializados, con competencia para conocer de las controversias que se suscitaran en diversas áreas del derecho comercial, dicho proyecto no prosperó, ya que fue difícil su aplicación, desarrollo y funcionamiento. Entre las razones por las que el proyecto no prosperó se destacaron: (i) La expedición de la Ley Estatutaria 270 de 1996, que fue el germen de la semilla de la jurisdicción de comercio; (ii) La idea de especialidad operaba únicamente a nivel del circuito, porque los casos de apelación se tramitaban ante Tribunales conformados por magistrados de la sala civil ordinaria, puesto que no habían magistrados especializados; (iii) La tendencia del Consejo Superior de la Judicatura de eliminar la hiperespecialización. (iv) La carga que soportaban los Juzgados Civiles del Circuito Ordinario, en contraposición con la carga tenue que soportaban los Juzgados Civiles Especializados; y (v) Únicamente habían jueces civiles especializados en determinadas sectores del país, situación que imposibilitaba el acceso a la justicia en determinadas regiones.
- No cabe duda que la falta de especialidad en asuntos comerciales en la jurisdicción generó, en el ordenamiento jurídico colombiano, la necesidad de reglamentar la materia. Por esto, en los últimos años se le han atribuido facultades jurisdiccionales a las entidades administrativas, taxativamente en el artículo 116 de la Constitución Política, como las Superintendencias, pero nunca con la intención de reemplazar la jurisdicción ordinaria.
- La Constitución Política de 1991, dejó establecido que la administración de justicia en Colombia no se encontraba exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, sino que por el contrario, reiteró la presencia de actores judiciales diferentes a los jueces, que podían ejercer, de manera transitoria, sus

funciones de la misma forma que lo hacían las autoridades judiciales. No obstante, la atribución de funciones jurisdiccionales a entidades administrativas, puede interpretarse como una desnaturalización de la esencia de dichas entidades de carácter administrativo, puesto que sus funciones son estructuradas según los fines de la administración pública, y al actuar como jueces, deberían tener en cuenta los principios constitucionales de autonomía, independencia e imparcialidad del poder judicial. Lo anterior implicaría, entre otras cosas, que en el ejercicio de funciones jurisdiccionales la autoridad administrativa, ya no ejerciera su oficio conforme a la estructura organizacional de verticalidad propia del poder ejecutivo, si no sometida a la forma de actuar propia de la rama judicial, que consagra solamente un superior funcional, que puede realizar un control posterior de la decisión.

- El tránsito de funciones jurisdiccionales propias del poder Judicial a organismos del poder Ejecutivo, como lo es la Superintendencia de Sociedades, implica entre otras cosas, el rompimiento del principio constitucional del artículo 113 de la Carta Política que consagra la separación de poderes. Así mismo, dicho otorgamiento de facultades, comprende el quebrantamiento de los principios constitucionales de la función judicial, como la independencia, autonomía e imparcialidad. Es decir, con dichas atribuciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, se administrativiza la justicia y se da un efecto de desjudialización a favor del poder ejecutivo, toda vez que, dichas autoridades administrativas van a ejercer las funciones jurisdiccionales conforme a los principios de la administración pública, y dejando de lado los criterios jurisdiccionales esenciales.
- Por su parte, el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, se vulnera cuando se determina que los asuntos atribuidos a la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, deben tramitarse a través del proceso verbal

sumario; puesto que dicha vía es de única instancia, y por lo tanto no permite que puedan impugnarse las decisiones de la autoridad ejecutiva; o en otras palabras, las partes no cuentan con ningún tipo de acción o recurso contra las decisiones de la Superintendencia de Sociedades; puesto que, en caso de ser necesario un control posterior de la sentencia promulgada por la supuesta “Corte” de la jurisdicción societaria, la segunda instancia se adelantaría ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, porque como se mencionó a lo largo del artículo, no existe un Tribunal especializado en la Superintendencia de Sociedades con facultades jurisdiccionales.

- Algunas herramientas consagradas por el Código General del Proceso, como por ejemplo la posibilidad que tienen entidades administrativas de administrar justicia, en casos específicos determinados por el legislador, brindará mayor celeridad y precisión a la Administración de Justicia en el país; evitando la lentitud y congestión que caracteriza al sistema judicial colombiano. De hecho, el grupo de jurisdicción societaria que funciona al interior de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, se creó como una herramienta que contribuyera a la descongestión judicial, y que pudiera ser utilizada para resolver los conflictos empresariales con rapidez y celeridad, disminuyendo la morosidad procesal. No obstante, dicha celeridad y precisión, no asegura que las decisiones de las autoridades administrativas se tomen siempre de manera sensata. Ahora bien, podría pensarse que si se asigna al sistema judicial colombiano, los recursos utilizados por autoridades administrativas para implementar dichas herramientas que le brindan celeridad a sus procesos, se podría contribuir a que en la rama judicial se dicten decisiones que además de ser sensatas, se den con mayor celeridad.
- A propósito de las facultades jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades, radicadas concretamente en el Delegado de Procedimientos Mercantiles, debe resaltarse que la estructura organizacional de la rama

judicial se encuentra diseñada desde la Constitución Política para garantizar el principio de autonomía, independencia e imparcialidad del juez; mientras que, la estructura organizativa propia del poder ejecutivo, se encuentra diseñada sobre criterios de diferente naturaleza, como la eficiencia, eficacia y la verticalidad. En este orden de ideas, puede indicarse que, cuando se introducen elementos extraños al poder ejecutivo, como lo es la función jurisdiccional, surgen problemas por ejemplo para determinar la Ley a quién le está otorgando en realidad la potestad jurisdiccional ¿en el caso de la Superintendencia de Sociedades se la otorga a la entidad como tal, o al Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles? En caso de ser a la organización, se rompe todo esquema, porque los integrantes de la supuesta “Corte” del grupo de jurisdicción societaria, están sometidos a designación por criterios de jerarquía; y es precisamente esa dependencia jerárquica que se maneja en la Superintendencia, la que desvirtúa cualquier concepto de juez, porque un juez no depende jerárquicamente de otro juez.

- Sería más aceptable que fuera al Superintendente Delegado a quien se le atribuyeran dichas funciones jurisdiccionales, y como la potestad jurisdiccional es indelegable, sería este el único llamado a ejercerla; pero lo cierto es que el Superintendente Delegado mediante actos administrativos internos creó un grupo de jurisdicción societaria (que es donde funciona la supuesta “Corte” societaria según los funcionarios de la Superintendencia), para que en ejercicio de potestades jurisdiccionales resolviera todos los conflictos que llegaran a su despacho, dejando de lado que los principios constitucionales y procesales que rigen la actividad judicial, establecen que las competencias jurisdiccionales, son fundamentalmente indelegables. Lo anterior significa que, la calidad de juez en estos casos no proviene de una investidura conforme lo establece la ley, sino conforme a un acto administrativo; es decir, los servidores públicos, que conforman dicha “Corte” Societaria, se encuentran ejerciendo potestades jurisdiccionales por simple acto discrecional de designación o de elección del

Superintendente Delegado. En otras palabras, puede señalarse que el Superintendente Delegado de Procedimientos Mercantiles está delegando una potestad que es indelegable, y al mismo tiempo escogiendo a los "jueces" de la supuesta "Corte" Societaria con criterios administrativos, cuando el modelo no está diseñado así.

- Aunque en los últimos años, de manera excepcional, se le ha atribuido a la Superintendencia de Sociedades funciones jurisdiccionales, por razones de eficiencia y celeridad; la estructura y organización actual del organismo administrativo y su limitada cobertura en el país, han ocasionado dificultades para que las medidas adoptadas logren sus objetivos. Por lo tanto, una de las prioridades de la Superintendencia, debe ser su continua modernización, de tal forma que permita a la entidad adaptarse a la realidad económica, social y jurídica del país; permitiendo la descongestión judicial y el fácil acceso de los ciudadanos a una justicia especializada y técnica.
- En principio, se creó la Superintendencia de Sociedades para ejercer el control, la inspección y la vigilancia de las sociedades que expresamente señalara el ordenamiento jurídico. Sin embargo, es de mencionar que por no ejercer bien dichas funciones la entidad administrativa, en los últimos años se han originado un sin número de conflictos societarios, que la misma Superintendencia de Sociedades debe entrar a resolver ejerciendo las funciones jurisdiccionales otorgadas por Ley.
- En los procesos jurisdiccionales debe garantizarse el derecho constitucional al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Carta Política; el cual se estructura sobre tres vertientes anudadas a: (i) la idea de juez; (ii) las partes en conflicto; y por último (iii) a la legalidad de las formas. Ahora, cuando el grupo de jurisdicción societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles ejerce funciones jurisdiccionales, el problema fundamental, desde el punto de

vista procesal, se centra en la vulneración de los postulados desglosados de la idea de juez. Puesto que la legalidad del juez reclama el cumplimiento de unas condiciones determinadas por la Ley, relacionadas con los valores que deben garantizar el actuar del director del proceso, como la autonomía, la independencia y la imparcialidad.

- El derecho de voto, se encuentra limitado en cierta forma por el concepto de abuso del derecho; pues según esta teoría, debe sancionarse el ejercicio del voto que sea contrario al interés general de la sociedad o que no se encuentre legitimado por dicho interés; que sea emitido para favorecer a un grupo determinado de accionistas, ya sea mayoritario o minoritario, y en detrimento de otro; siempre y cuando cause un daño a la sociedad, o a los demás socios o accionistas.
- Si bien se ha dado un escaso tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano, sobre el abuso del derecho; en materia societaria, el grupo de jurisdicción societaria de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, ha dictado tres sentencias en las que se ha tratado el tema del abuso del derecho de voto. La primera de ellas, es la sentencia de Serviucis S.A., contra la Nueva Clínica Sagrado Corazón, en esta sentencia, se declaró la nulidad absoluta de la decisión de la Asamblea General de Accionistas, donde se removió a la sociedad demandante como miembro de la Junta Directiva de la Nueva Clínica Sagrado Corazón, por un abuso de la posición dominante de mayorías. De otro lado, en la sentencia de Capital Airports Holding Company, contra CAH Colombia S.A., se presentó un abuso del derecho de voto por capitalización abusiva, donde el Despacho corroboró la existencia de todos los presupuestos configurativos del abuso del derecho, pero no estimó las pretensiones de la demanda por defectos procesales. Por último, la sentencia de Isabel Cristina Sánchez Beltrán, contra el Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S., Jenny Marcela Cardona Gómez y Juan Carlos Cardona Gómez,

declaró nulas las decisiones del órgano de administración de la sociedad demandada, donde se ordenaba la retención injustificada de las utilidades, ya que las mismas se tomaron en ejercicio abusivo del derecho de mayorías.

- Para tomar la decisión en cada uno de los casos, el Despacho realizó un análisis detallado de los supuestos facticos de cada proceso, teniendo en cuenta los presupuestos que integran el concepto del “*abuso del derecho de voto*”. Estos criterios son: (i) El perjuicio sufrido por el accionista como consecuencia del ejercicio del derecho del voto, sin observancia de la ley, y (ii) la intención de causar un daño; la Delegatura estudió este elemento teniendo en cuenta la existencia de conflictos intrasocietarios, los cuales en todos los casos por el debilitamiento y la desconfianza en las relaciones que éstos generan, fueron tomados como indicios para soportar la decisión.
- A pesar de ser la Delegatura de Procedimientos Mercantiles una autoridad administrativa que está ejerciendo funciones jurisdiccionales contrariando algunos preceptos constitucionales, como se ha demostrado a lo largo del artículo, los fallos por ella emitidos desde que se le otorgaron facultades jurisdiccionales en materia societaria, se encuentran bien estructurados, plasman la realidad del conflicto y realizan un estudio juicioso en todos los casos.

BIBLIOGRAFÍA

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo del 17 de marzo de 2004 de la Tribunal de arbitramento de Guillermo Mejía Rengifo vs. Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros. Árbitros Fernando Silva García, Florencia Lozano Revéiz y Francisco Reyes Villamizar.

CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN. Laudo del 2 de octubre de 2007 de la Tribunal de arbitramento de Elio Sala Ceriono vs. Química Antex S.A. Arbitros Luis Fernando Muñoz, Luis Alfredo Barragán y Juan Guillermo Sánchez.

COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Bogotá: Editorial Legis. 2010.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto legislativo 1 de 1945. 6 de febrero. Reformatorio de la Constitución Nacional. Bogotá: 1945.

-----. Ley 1116 de 2006. 27 de diciembre. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 2006.

-----. Ley 1258 de 2008. 5 de Diciembre. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diario Oficial No. 47.194 de 5 de diciembre de 2008. Bogotá: 2008.

-----. Ley 134 de 1931. 7 de diciembre. Sobre sociedades cooperativas. Diario Oficial No 21.866, del 15 de diciembre de 1931. Bogotá: 1931.

-----. Ley 1429 de 2010. 29 de Diciembre. Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo. Bogotá: 2010.

-----. Ley 1450 de 2011. 16 de Junio. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Bogotá: 2011.

-----. Ley 153 de 1887. 15 de Agosto. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Bogotá: 1887.

-----. Ley 1564 de 2012. 12 de Julio. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 2012.

-----. Ley 222 de 1995. 20 de Diciembre. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 1995.

-----. Ley 44 de 1981. 6 de Mayo. Por la cual se revisan las funciones de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 35.776 de 8 de junio de 1981. Bogotá: 1981.

-----. Ley 446 de 1998. 7 de Julio. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Bogotá: 1998.

-----. Ley 550 de 1999. 30 de Diciembre. Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley. Bogotá: 1999.

-----. Ley 58 de 1931. 5 de mayo. Por la cual se crea la Superintendencia de Sociedades Anónimas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 21.684, del 8 de mayo de 1931, Bogotá: 1931.

-----. Ley 7 de 1990. 5 de Enero. Por la cual se dictan normas sobre la naturaleza jurídica, objeto, estructura y vigilancia de los Fondos Ganaderos y se asignan unas funciones. Diario Oficial No 39.132 de 5 de enero de 1990. Bogotá: 1990.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 180 de 1997. 10 de abril. MP Carlos Gaviria Díaz.

-----. Sentencia C - 090 del 19 de febrero de 2014. M.S. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 1 de abril de 2003, expediente 6499. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Bogotá.

-----. Sala de casación civil. Sentencias del 9 de agosto del 2000, expediente 5372. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Bogotá.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 1023 de 2012. 18 de mayo. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 2012.

-----. Decreto 1080 de 1996. 19 de Junio. Por el cual se reestructura la superintendencia de sociedades y se dictan normas sobre su administración y recursos. Bogotá: 1996.

-----. Decreto 1258 de 1993. 30 de Diciembre. Por el cual se determinan las sociedades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades. Bogotá: 1993.

-----. Decreto 1827 de 1991. 22 de Julio. Diario Oficial No. 39.925, del 23 de julio de 1991. Por el cual se modifican algunas de las causales que determinan la inspección y vigilancia permanente que ejerce la Superintendencia de Sociedades sobre las compañías mercantiles. Bogotá: 1991.

-----. Decreto 2059 de 1981. 6 de Agosto. Por el cual se somete algunas compañías mercantiles a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de sociedades. Bogotá: 1981.

-----. Decreto 2155 de 1992. 30 de diciembre. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades. Bogotá: 1992.

-----. Decreto 2273 de 1989. 7 de Octubre .Diario Oficial No. 39.012, del 7 de octubre de 1989. Por el cual se crean juzgados civiles del circuito especializados y se asigna su competencia. Bogotá: 1989.

-----. Decreto 3100 de 1997. Diciembre 30. Por el cual se determinan las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades. Bogotá: 1997.

-----. Decreto 350 de 1989. 16 de Febrero. Por el cual se expide el nuevo régimen de los Concordatos preventivos. Bogotá: 1989.

-----. Decreto 410 de 1971. 27 de Marzo. Por el cual se expide el Código de Comercio. Bogotá: 1971.

-----. Decreto 4350 de 2006. 4 de Diciembre, Por el cual se determinan las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 2006.

-----. Decreto Ley 3163 de 1968. Diario Oficial No. 32.692 del 23 de enero de 1969. Por el cual se reorganiza la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Bogotá: 1968.

JOSSERAND, Louis. Del abuso de los derechos y otros ensayos. Los principios generales del derecho procesal. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2008.

MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Contractual Societario: Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios. El abuso del

derecho en el ámbito societario. Primera Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. 2010.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Derecho Procesal. Los principios generales del derecho procesal. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2008

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Capital social y mecanismos de capitalización. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2011.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Disponible en:
<http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/funcionesgeneralesdelegatura/Paginas/default.aspx>

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Resolución número 511-004064 del año 2012.

-----. Sentencia 800034 del 16 de agosto de 2012. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801047 19 de octubre de 2012. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801050 8 de noviembre de 2012. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801055 del 28 de diciembre de 2012. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 80101 del 29 de enero de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 80104 del 1 de febrero de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 80105 del 5 de febrero de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 80106 del 8 de febrero de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801011 del 20 de febrero de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801012 del 13 de marzo de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801015 del 15 de marzo del 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801014 del 14 de abril de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801016 del 23 de abril de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801020 del 22 de mayo de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801023 del 24 de mayo del 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801025 del 30 de mayo de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801030 del 20 de junio de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801031 del 21 de junio de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801032 del 26 de junio de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801035 del 9 de julio de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801012 del 10 de julio de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801037 del 11 de julio de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801040 del 16 de julio de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801042 del 19 de julio de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801043 del 23 de julio de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801044 del 29 de julio de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 801048 del 22 de agosto de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 800073 del 19 de diciembre de 2013. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 800020 del 27 de febrero de 2014. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 800029 del 14 de mayo de 2014. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 800040 del 2 de julio de 2014. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 80044 del 18 de julio del 2014. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

-----. Sentencia 800052 del 18 de julio de 2014. Superintendente delegado de procedimientos mercantiles. José Miguel Mendoza.

VÉLEZ CABRERA, Luis Guillermo. Superintendencia de Sociedades. 73 Años de historia. Bogotá: Superintendencia de Sociedades. 2012.