

**ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ABUSO DEL
DERECHO EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (S.A.S)
EN COLOMBIA**

**SARA QUINTERO HENAO
ALEJANDRA GABRIELA ZAMORA ZAPATA**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN
2013**

**ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ABUSO DEL
DERECHO EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (S.A.S)
EN COLOMBIA**

**SARA QUINTERO HENAO
ALEJANDRA GABRIELA ZAMORA ZAPATA**

Tesis de grado para optar al título de Abogada

**Asesor: Ramiro Rengifo
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN**

2013

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Medellín, abril de 2013

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
1.1 ANTECEDENTES	6
1.2 DESCRIPCIÓN	8
1.3 PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	8
1.4 JUSTIFICACIÓN	9
1.5 OBJETIVOS	10
1.5.1 General	10
1.5.2 Específicos	10
2. METODOLOGÍA.....	10
3. MARCO DE REFERENCIA.....	12
3.1 MARCO LEGAL	12
3.2 MARCO TEÓRICO.....	13
3.2.1 Antecedentes de la teoría del abuso del derecho.....	133
3.2.2 Teorías sobre el abuso del derecho	15
3.2.3 Principios ligados al abuso del derecho.....	199
3.2.4 Aplicaciones prácticas de la teoría	22
3.2.5 Abuso del derecho dentro del contrato de sociedades	23
3.2.6 Breve referencia de la S.A.S como figura societaria.....	27
4. CONCLUSIONES	51
BIBLIOGRAFÍA.....	54

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se desarrolla a partir del análisis doctrinario y jurisprudencial sobre el tratamiento que se ha dado a la figura del abuso del derecho, en el marco de la Ley 1258 de 2008, con el fin de tener una visión panorámica del marco legal e interpretativo del tema y sus respectivas consecuencias.

En primer lugar, se hizo una presentación de las diferentes teorías que han profundizado en el tema, entre ellas la teoría clásica del abuso del derecho. Igualmente, se revisaron los antecedentes históricos, los principios jurídicos del ordenamiento legal colombiano ligados al tema, las sanciones que el legislador otorgó a esta figura en los tipos societarios que regula el Código de Comercio, para proceder a profundizar en las Sociedades por Acciones simplificadas- S.A.S.

Así mismo, se recurrió al estudio de casos frecuentes, a partir de los conceptos emitidos por la Superintendencia de Sociedades y se explicaron brevemente las características distintivas de esta forma asociativa frente a otro tipo de sociedades, con el fin de presentar un marco de referencia práctico del impacto que ha generado el abuso del derecho en el giro ordinario de los negocios de la S.A.S. Finalmente, se responde la pregunta de por qué el legislador impone sanciones diferentes, en el caso de la S.A.S y los demás tipos societarios.

Con base en lo anterior, se presenta el problema identificado, se revisa el marco teórico, tal como se expresó anteriormente y se plasma la metodología desarrollada para terminar con una propuesta interpretativa propia, que permita dar respuesta a la pregunta objeto de la investigación.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 ANTECEDENTES

Para muchos doctrinantes, la figura del abuso del derecho proviene desde la cuna del derecho Romano, donde se evidenciaba y reconocía en las corrientes jurídicas o de estudio de la ciencia legal, el uso nocivo de los derechos por parte de sus titulares, el cual configura un uso desviado de las prerrogativas o beneficios concedidos, que debía penalizarse por los perjuicios que ello causaba a terceros ajenos o cercanos a dicha relación entre el titular y su derecho.

En la misma línea, la teoría francesa no reconoció de forma específica una figura individual denominada abuso del derecho, pero sí evidenció la desviación en el disfrute de los derechos, frente a los denominados actos antifuncionales, que se alejaban de cumplir con la finalidad que se le hubiese designado a dicho derecho subjetivo.

De lo anterior, se evidencia que la figura del abuso del derecho proviene de la noción subjetiva del derecho. De allí que se asocie como precedente de esta figura la teoría de los actos de emulación¹, la cual consiste en el análisis de la disciplina en las relaciones vecinales, específicamente de aquellos usos de los derechos subjetivos que no repercuten en un beneficio para su titular y a su vez contienen una intención de perjudicar y molestar a terceras personas.

¹JÍMENEZ SALCEDO, Carmen. El abuso del derecho y los actos de emulación en el derecho romano. [En línea]. Disponible en: http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/7332/dyo5_21.pdf?sequence=1. [2012, marzo 11].

La teoría de la emulación de los actos, se desprende del derecho de la propiedad y de las relaciones de vecindad, donde se advierten los conflictos entre vecinos que utilizan sus derechos sobre los predios con la finalidad de perjudicar a quienes lindan con ellos. No obstante, esta teoría fue fuertemente criticada por la confluencia en su estructura de elementos morales de interpretación de las actuaciones de los particulares, lo cual era bastante perjudicial al momento de resolver un conflicto donde no es tan evidente la intención de causar daño, como elemento vinculado con el mal uso del derecho. Por ello, esta teoría evolucionó en las teorías del uso normal y de la necesidad social.

La teoría del uso normal se enfoca a su vez, en la estimación de la normalidad del uso del derecho, que hace relación a la finalidad inmersa en dicha prerrogativa de acuerdo con la costumbre general y la necesidad social que dan origen al derecho, enfrascándose de igual forma en el derecho de la propiedad y el alcance del mismo, siempre limitados por los actos de molestia injustificados en las relaciones de vecindad.

Por ende, la figura del abuso del derecho proviene propiamente de los usos desviados de los derechos con relación a la propiedad, pero al configurarse como principio general del derecho, se abstrajo de un sólo marco de ejecución, para ampliar su ámbito al mal uso de cualquier tipo de derecho subjetivo.

En Colombia, el abuso del derecho encuentra sus inicios en la jurisprudencia de la “Corte de oro” en 1930, la cual evidenció la necesidad de ir más allá del texto de la norma, y reconocer la finalidad y los valores que sustentan la aplicación del derecho civil.

Con posterioridad, la teoría del abuso del derecho se adaptó a las diferentes ramas del derecho y en especial al derecho comercial, que reguló la aplicación de dicha figura a la teoría general de los contratos, artículo 830 del Código de Comercio de Colombia.

De igual forma, la Ley 1258 de 2008 reguló esta figura en las Sociedades por Acciones Simplificadas, limitando su marco de aplicación a las decisiones sociales que se toman en el órgano principal, es decir, la Asamblea General de Accionistas.

1.2 DESCRIPCIÓN

Las Sociedades por Acciones Simplificadas han sido el resultado de una idea innovadora que tuvo el legislador, en donde se buscaba principalmente, flexibilizar el desarrollo de actividades económicas que se llevan al interior de este tipo societario; ello a través de la amplia autonomía que se le reconoce a sus accionistas a la hora de tomar decisiones y llevar a cabo acciones legales tendientes a cumplir el objeto social que las fundamenta. Esta forma asociativa ha sido de gran acogida y ventaja para la realización de actividades económicas, en la medida que hay mayor control del capital invertido y la administración de los negocios. No obstante, se pueden presentar casos en los que la extrema libertad, puede conllevar a que se abuse de los derechos, reconocidos y otorgados por la ley, y que dicha extralimitación, genere un perjuicio a terceros.

La Ley 1258 de 2008, en su artículo 43 consagra consecuencias jurídicas para el abuso del derecho en este tipo societario, con relación a las decisiones abusivas que se pueden tomar al interior del órgano decisorio de las S.A.S.

1.3 PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuál es el fundamento de las nuevas consecuencias jurídicas consagradas en la ley 1258 de 2008 para el abuso del derecho?

1.4 JUSTIFICACIÓN

El tema de investigación planteado en este trabajo nace del cuestionamiento que genera el hecho de que la Sociedad por Acciones Simplificadas, creada por el legislador para facilitar no sólo la realización de actividades comerciales, sino también la consolidación de una economía más abierta a la inversión; amplíe el marco de la autonomía de los accionistas en una esfera de mayor maniobra para aquellos que dirigen este ente social, lo cual puede terminar en los abusos de los derechos a la hora de tomar decisiones necesarias para el normal desarrollo social.

Así mismo, esta investigación contribuye a nuestra formación como abogadas, en la medida que se amplía el panorama en donde se evidencia que los derechos no siempre son sinónimo de legitimidad y legalidad, sino que en algunos casos el ejercicio sin control se constituye, según Gloria Beatriz Serna González, “[...] *en una amenaza para la justicia, que es precisamente el fin esencial de todo sistema jurídico*”.²

² SERNA GONZALEZ, Gloria Beatriz. *La institución del abuso del derecho*, [En línea]. Disponible en: Interpretación abusiva.over-blog, <http://interpretacionabusiva.over-blog.es/article-la-institucion-del-abuso-del-derecho-66138061.html>. [2012, octubre 18].

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 General

Analizar las consecuencias jurídicas del abuso del derecho en las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S) en Colombia.

1.5.2 Específicos

- Analizar la nulidad como consecuencia jurídica en relación con la validez de las decisiones abusivas en las S.A.S.
- Analizar los fundamentos jurídicos que fueron utilizados por el legislador para imponer la nulidad como sanción para las decisiones abusivas en las S.A.S.
- Analizar la indemnización de perjuicios como consecuencia jurídica del Abuso del Derecho en el Código de Comercio

2. METODOLOGÍA

Para la construcción de este informe se procedió de la siguiente manera:

En un primer momento se hizo una exploración de fuentes con el fin de conocer y familiarizarse con el tema. La exploración llevó al encuentro con normatividad vigente y con varios teóricos e investigadores que han profundizado en el asunto de interés. La técnica de recolección de datos utilizada en ésta exploración se basó en la revisión documental, decisiones arbitrales, jurisprudencia y decisiones de los entes de vigilancia y control de las sociedades. La revisión documental fue fundamental para comprender y analizar el objeto de investigación abordado.

En un segundo momento, se hizo una descripción teórica de los autores seleccionados y de la información recolectada en talleres y seminarios. El estado del arte auscultado, fue importante para conocer diferentes posturas frente al tema de interés.

3. MARCO DE REFERENCIA

3.1 MARCO LEGAL

Existen disposiciones normativas relacionadas directa o indirectamente con la figura del abuso del derecho, entre las cuales se encuentra la regulación constitucional, los códigos Civil y de Comercio, y la normatividad propia de las Sociedades por Acciones Simplificadas.

Constitución Política de Colombia de 1991

- Capítulo 4. De la protección y aplicación de los derechos. Artículo 83
- Capítulo 5. De los deberes y obligaciones. Artículo 95

Código Civil

- Título XX. De La nulidad y la rescisión. Artículo 1740-1741

Código de Comercio.

- Título I. De las obligaciones en general. Artículo 830
- Título XIII. Extinción del mandato. Artículo 1280

Ley 222 de 1995.

- Artículo 24 y 84. Inciso a. Facultad de vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades.

Ley 1258 de 2008.

- Artículo 43. Abuso del Derecho
- Artículo 45. Remisión

3.2 MARCO TEÓRICO

3.2.1 Antecedentes de la teoría del abuso del derecho

Algunos doctrinantes como Fernando Hinestrosa consideran que la teoría del abuso de los derechos es un principio general del derecho³ y como tal forma parte del ordenamiento jurídico colombiano y cumple una función integradora del mismo. El fundamento base de la teoría del abuso del derecho está en el reconocimiento de la existencia de un derecho subjetivo que es empleado con miras a causar un perjuicio injustificado a un tercero, en virtud del empleo de una mecánica abusiva de las prerrogativas o beneficios derivados de la posición de predominio del agente titular del derecho sobre el sujeto perjudicado con dicho actuar.

Louis Josserand determina que la teoría del abuso del derecho está dada por el siguiente razonamiento: *“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.”*⁴

Gracias a tal afirmación de la existencia de una finalidad propia de los derechos, Ernesto Rengifo considera que:

[...] el abuso del derecho se comete con el ejercicio del derecho subjetivo o sin su ejercicio. Y que **(sic)** el abuso del derecho se ocasiona cuando se afecta un interés no reconocido en norma jurídica, por cuanto si se afecta un interés reconocido en norma, se estaría ante un conflicto de derechos; sin embargo, si bien el abuso del derecho no afecta un interés específico otorgado por una particular norma jurídica, sí representa, en palabras de Fernández Sessarego, una violación o una trasgresión a lo que él llama un deber jurídico de carácter genérico, es decir, a una prohibición que hace parte

³ HINESTROSA, Fernando. De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato. En: Revista de Derecho Privado. Enero/junio 2000, no. 5, p. 13. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

⁴ JOSSERAND, Louis. Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos. Bogotá: Temis, 1999, p.5.

de un principio general del derecho. En resumen, en el abuso del derecho hay un conflicto entre una conducta y un principio general del derecho⁵

Dicho marco general del abuso del derecho es aplicable a diversas materias, como son: las relaciones de consumo, derecho de la propiedad, de los contratos, entre otras. Pero en el presente trabajo la línea de enfoque del abuso del derecho, esta demarcada por el abuso societario, específicamente en la figura regulada en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008.

Con este enfoque, autores como Fernando Álvarez Rojas, han establecido que el abuso del derecho por parte de los accionistas de una sociedad, surge de la existencia de la concentración del poder decisorio en un grupo mayoritario, con capacidad suficiente para demarcar el rumbo de la persona jurídica, denominada sociedad. En tal sentido, afirma que: *“[...] es posible que quien posee la mayoría abuse de ella y procure a través de la decisión, favorecer su propio patrimonio en perjuicio o en descompensación del patrimonio del socio minoritario. Esta conducta es la que a todas luces resulta injusta y como tal debe ser prevista legalmente para penarla”*.⁶

Por su parte, la posición del promotor de las S.A.S, Francisco Reyes Villamizar, con relación al abuso societario enfatiza en que: *“[...] En general, se trata del escrutinio de determinaciones que se adoptan en el seno del máximo órgano social, en las que a pesar de observarse normas sustanciales (sobre convocatoria, quórum, mayorías decisorias, etc.), se busca un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación”*.⁷

⁵ RENGIFO GARCÍA, Ernesto (s.f.). El abuso del derecho. [En línea]. Disponible en: Garrido&Rengifo Abogados: <http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/El%20Abuso%20del%20Derecho.pdf>. [2012, oct 2]

⁶ ÁLVAREZ ROJAS, Fernando. La protección a los abusos de la posición dominante en el Derecho Societario. Ed. DIKE, 1994, p. 142.

⁷ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Las sociedades por acciones simplificadas S.A.S. Bogotá: Legis, 2009, p.65.

Hasta el momento ha sido constante la idea de que el abuso del derecho y específicamente el abuso societario, son figuras de contenido controversial, que revelan la desavenencia de los sujetos que apoyados en una prerrogativa o beneficios obtenidos, propenden por efectuar actos desestimados y alejados de la verdadera finalidad del derecho, en búsqueda de un interés propio o evadiendo un interés social.

3.2.2 Teorías sobre el abuso del derecho

Con el fin de ampliar el panorama conceptual de los diferentes escenarios en el que la figura del abuso del derecho ha sido estudiada, se procederá a analizar las diferentes teorías que sobre el tema existen, teniendo como referencia la investigación que fue presentada por la doctrinante Gloria Beatriz Serna González, en su estudio titulado “La Institución del Abuso del Derecho”, en donde hace una mención a la existencia de dos concepciones que han sido desarrolladas: la concepción subjetiva y la objetiva, de las que a su vez se origina una tercera denominada Mixta.

Como en varias oportunidades se ha mencionado en este trabajo, el abuso del derecho es el resultado de la extralimitación en el ejercicio de los derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico le reconoce a los sujetos. Como su nombre lo indica, el subjetivismo que caracteriza a esa clase de derechos, puede generar escenarios de individualismo exagerado, a tal punto que la satisfacción de un interés individual produzca el perjuicio de los derechos de un tercero. En consecuencia, se ha visto la necesidad de distinguir entre un uso normal y razonable de los derechos, frente al abuso en el ejercicio del mismo.

El punto problemático de esta distinción, radica en determinar el momento en el que se trasciende del ejercicio legítimo de un derecho a uno injustificado y lesionador de derechos de terceros, con el ánimo de determinar si se configura el

abuso del derecho. Las teorías subjetivas, centran su atención en el comportamiento intencional o culposo del titular; las objetivas, apuntan al contenido social que involucran los derechos; y las mixtas toman elementos de las dos, la intención y la finalidad de los derechos, para crear una teoría única.

3.2.2.1 Concepción subjetiva. Esta concepción fue adoptada en su gran mayoría por la jurisprudencia francesa. Se basa en la idea de que el ejercicio de un derecho deja de ser legítimo y se convierte en abusivo, cuando el titular del derecho actúa con la intención de generar perjuicio a un tercero, o cuando la afectación se genera por un actuar culposo.

Uno de los exponentes más importantes de esta concepción es Georges Ripert, el cual afirma que el elemento de intencionalidad, es el que determina que una actuación, en principio protegida por el Ordenamiento jurídico, sea reprochada y asumida como abusiva, pero a su vez considera que el eje problemático no se trata, exclusivamente, de resarcir los perjuicios resultantes de una conducta intencionalmente dañina, sino de analizar si el ordenamiento jurídico debe proteger o no aquellos derechos que han sido ejercidos con aquel móvil nocivo. En efecto, cuando hay un perjuicio generado a otro, se debería entender que se traspasó los límites que la ley ha impuesto al ejercicio de los derechos, y por tanto se puede decir que no habría necesidad de descubrir la intención, puesto que es el actuar por sí, el que determina la falta.⁸

No obstante, la subjetividad como explicación del abuso, es el argumento que han utilizado los opositores de esta teoría para justificar su inoperancia y presentar hipótesis diferentes a la hora de explicar el abuso del derecho. Es el caso de Marcel Planiol, considerado uno de los más importantes detractores de la teoría

⁸ RIPERT, Georges. La regla moral en las obligaciones civiles. Traducido por: Hernando Devis Echavarría. Bogotá: Editorial La gran Colombia, 1946.

subjetivista del abuso del derecho⁹; para quien el punto problemático de esta teoría radica en la dificultad que puede resultar para los jueces, la tarea de escudriñar la conciencia y los motivos que llegaron a dominar a un sujeto a la hora de ejercer su derecho de determinada forma.¹⁰

Finalmente, los doctrinantes que apoyaban la aplicación de esta concepción se dieron cuenta que no era suficiente para determinar cuándo se configuraba realmente el abuso del derecho¹¹.

3.2.2.2 Concepción objetiva. Esta teoría propone la necesidad de demarcar los límites del ejercicio de los derechos, a través de propuestas menos subjetivas, y apuntar a posturas más objetivas como las finalidades sociales de los derechos. Al respecto, Josserand¹² ha planteado que los derechos no son categorías absolutas, sino que deben cumplir una función social.

Para que se configure un uso abusivo de un derecho, basta con que el titular se aleje de la finalidad social de éste, por cuanto, la desviación en el ejercicio del derecho está sustentada en un interés ilegítimo que genera daño a un tercero.

Otra corriente de esta concepción de corte más cercano al subjetivismo, establece que el acto se considera abusivo, cuando este vulnera los límites impuestos por la moral, las buenas costumbres y la buena fe.

⁹ SERNA GONZALEZ, Gloria Beatriz (s.f.). Op. Cit.

¹⁰ RIPERT, Op. Cit

¹¹ *[...] no se ha llegado a fijar un criterio práctico del abuso de los derechos entendido en estos términos. El mejor que se ha propuesto, consiste en que hay abuso del derecho cuando se hace uso anormal de éste, atendidas las concepciones y necesidades del medio y de la época, no es más que una fórmula sin gran valor práctico y, en definitiva, es la misma lograda al tratar de definir el carácter ilícito, como condición de la culpa.*

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Practico de Derecho Civil Francés. Traducido por: Mario Díaz Cruz. La Habana: Editorial Cultural S.A, 1936. Tomo sexto. P 787-800.

¹² JOSSERAND, Louis. Op. Cit. p 1- 90

No obstante, aunque esta teoría busca establecer criterios objetivos para determinar cuándo se puede hablar de abuso del derecho, los autores que apoyan esta teoría terminaron utilizando la finalidad social de los derechos como el presupuesto para establecer cuando se configura el abuso del derecho, pero tales elementos como la finalidad de los derechos, la moral, la buena fe y las buenas costumbres son en realidad criterios subjetivos.

3.2.2.3 Concepción mixta. Autores como Josserand han defendido la idea de que entre las explicaciones subjetivas y objetivas que tratan de dar respuestas al fenómeno del abuso del derecho, debe existir una complementariedad, en tanto que ambas pueden aportarse la una a la otra para poder crear una concepción nueva que de argumentos más precisos acerca de los fundamentos jurídicos de esta circunstancia. Ello exige, unificar los elementos de la teoría subjetiva y objetiva para establecer cuándo estamos en presencia de casos de abuso del derecho.

En consecuencia, la teoría mixta afirma como elementos necesarios para la configuración del abuso del derecho, el componente subjetivo relacionado con la intención dañina del titular del derecho encaminada a causar un perjuicio, es decir la estimación del dolo o la culpa, más el componente objetivo que se relaciona con la finalidad social de los derechos y la adaptación del ejercicio del derecho a dicha finalidad. En caso de que faltase uno de estos elementos, ya no estaríamos en la presencia de actos abusivos.

Esta teoría es la acogida por el ordenamiento jurídico Colombiano, en la medida en que el desarrollo de la figura del abuso del derecho en la normatividad y la jurisprudencia¹³ en Colombia, da muestras de la necesidad de que confluya el

¹³ *“La teoría sobre el abuso del derecho tiene por base la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre base de justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral. Cuando el Estado crea los organismos adecuados para la*

elemento subjetivo del dolo o la culpa y el elemento objetivo de la desviación de la finalidad social para que se configure el abuso del derecho.

3.2.3 Principios ligados al abuso del derecho

Los principios generales del derecho fueron por primera vez reconocidos en el Código Civil Italiano de 1865. Por su parte, en Colombia cobraron mayor importancia desde el año 1991 cuando en la Constitución Política se reconoció el modelo social y democrático de derecho. Con la proclamación de Colombia como Estado Social de Derecho, se reconocen prerrogativas a los sujetos que deben ser respetadas, tanto por las autoridades como por los demás ciudadanos, pero que a su vez conllevan límites para que el ejercicio de los derechos no irradie en detrimento y vulneración de los intereses de otros. Es aquí donde los principios generales cobran importancia, y son utilizados como criterios o parámetros que las personas deben tener en cuenta a la hora de construir relaciones con otros miembros de la sociedad.

En este orden de ideas, se procederá a estudiar la buena fe y la solidaridad, como límites reconocidos por la Carta Política al ejercicio de las libertades, y se determinará la incidencia del abuso de los derechos en las directrices constitucionales.

administración de justicia, parte del principio de que cuando ésta se demanda es porque quién la impetra está asistido por una intención sana y un interés serio o legítimo. Sobre estos conceptos ha planteado teóricamente apenas, si el uso de un derecho dentro de normalidad objetiva pero sin fin lícito o con fin malicioso, podrá y deberá ser protegido por el derecho objetivo, problema que se trata de resolver con la doctrina mencionada, cuya causa determinante se ha pretendido fijar con dos criterios: el primero, que la base sobre la apreciación de la intención de perjudicar al ejercer el derecho, [...]. El segundo criterio, lo hace fundar en la falta de interés serio y legítimo, o sea, apartamiento del fin económico y social, en un ejercicio anormal del derecho.” COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación en lo Civil. Bogotá, mayo 19 de 1941. Magistrado Ponente: Doctor Liborio Escallón.

3.2.3.1 Principio de buena fe: En la doctrina ha existido consenso a la hora de determinar la manera en que dicho principio cobró la importancia que hoy día se le reconoce en las ciencias jurídicas y ello se explica a través de dos miradas: una subjetiva y otra objetiva.

La Subjetiva hace alusión a la intención que impulsa a las personas para desplegar su comportamiento de una u otra forma, ella se denomina, Buena fe-creencia. En esta mirada, la buena fe es concebida como un instrumento para otorgar un derecho. Por el contrario, la objetiva, hace referencia a la regla de conducta que impone el deber a toda persona de actuar bajo ciertos parámetros de conducta¹⁴.

Las aplicaciones que el principio de la buena fe tiene en la existencia de un acto abusivo son: permite identificar cuál de los actos en discusión fue generador de un daño antijurídico y de esa forma determinar la posterior responsabilidad; delimita el ejercicio de los derechos, con el fin de fijar los lineamientos dentro de los cuales el uso de los derechos, por parte de su titular, está o no jurídicamente permitido; y permite esclarecer si en el ejercicio del derecho se generan intereses en conflicto, a través de la aplicación del test de proporcionalidad, que juega un papel importante a la hora de determinar cuál interés es prioritario sobre los otros.

Para terminar este ítem se puede concluir que, el principio de buena fe es un instrumento importante a la hora de analizar si una conducta respetó las exigencias de equilibrio y razonabilidad de tal forma que no se generen ventajas injustificadas que impliquen detrimentos en los intereses de terceros.

¹⁴ SERNA GONZALEZ, Op. Cit.

3.2.3.2 Principio de solidaridad: Según lo establecido por la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado Social y democrático de derecho, modelo que reconoce la existencia de principios como la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, como pilares fundamentales en la organización política del territorio¹⁵.

En la Constitución se le reconoce a las personas, no sólo derechos y prerrogativas que son de máxima importancia y que contribuyen al control del poder soberano, sino que también se imponen unos límites a las libertades, también llamados deberes de obligatorio cumplimiento. El listado de estos compromisos se encuentra regulado en el artículo 95 de la Carta Política, dentro del cual se establece el deber a la solidaridad: *“art 95. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”*.

Con esta disposición, se busca establecer un parámetro de conducta que deben seguir todos los ciudadanos, bajo situaciones donde se encuentren comprometidos los derechos fundamentales de otros sujetos.

En esta línea de interpretación, es adecuado concluir que para el objeto de esta investigación, el principio de solidaridad es orientador en el ejercicio de los derechos, en tanto que permite a un sujeto que se encuentra en circunstancias ventajosas frente a otro, optar por ejercer su derecho de tal forma que ello no vulnere los derechos fundamentales del otro. Al respecto la Corte Constitucional conceptuó: *“Son tres las manifestaciones del principio de solidaridad social: (i) como una pauta de comportamiento en la cual los individuos deben basar su comportamiento en ciertas condiciones, (ii) un criterio de interpretación en el*

¹⁵ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, art 1.

análisis de acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen vulnerar derechos fundamentales, (iii) y un límite en los derechos propios.”¹⁶

Por ende, la relación del principio de solidaridad con el abuso del derecho, está dada en pos de la determinación derecho-limite, puesto que, el principio de solidaridad es el mecanismo implementado en la Carta Constitucional para establecer el alcance de los derechos, en virtud del entorno social en el cual se desarrollan; elemento que nos permite identificar la configuración de un uso desviado de los derechos.

3.2.4 Aplicaciones prácticas de la teoría

En el contexto colombiano, fue la Corte Suprema de Justicia de los años 1930¹⁷, la que ajustó esta teoría de tal manera que pudiese ser aplicable a diferentes realidades, dándole a los principios generales del derecho, un sentido más amplio y menos formalista.

Entre las áreas tradicionales en las que la teoría del abuso del derecho se aplicaba, se podían resaltar: “*i. Cuando se embarga en exceso bienes del deudor; ii. Cuando temerariamente se formula denuncia penal; iii. Cuando se insiste en el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado y; iv. Cuando se abusa del derecho de litigar*”¹⁸.

Posteriormente, se amplió el abanico de situaciones en las cuales se puede aplicar la teoría del abuso del derecho en los diferentes campos de la ciencia jurídica, tal y como: en el derecho de la competencia con el abuso de la posición

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-434 del 30 de mayo de 2002. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ Ver sentencia de la Corte Suprema de justicia Sala de Casación Civil, Bogotá, octubre 30 de 1935. Magistrado Ponente: Doctor Antonio Rocha.

¹⁸ RENGIFO GARCIA. Op.cit.

dominante¹⁹; en el derecho societario con el abuso del derecho al voto²⁰; en el derecho administrativo, con la desviación de poder, como causal de nulidad de los actos administrativo; en el derecho privado, cuando en los contratos se incluyen cláusulas abusivas²¹ que desequilibran la relación entre las partes; y finalmente, una de las novedades más recientes, la aplicación que la Corte Constitucional ha venido extendiendo a los casos de ejercicio de derechos fundamentales²².

De lo anterior, se puede resaltar que la extensión de la aplicación de la figura del derecho a diversas áreas de las ciencias jurídicas, ha permitido aclarar aquellas situaciones en las que es necesaria la intervención del legislador para evitar que los ejercicios desviados de los derechos generen perjuicios a terceros.

3.2.5 Abuso del derecho dentro del contrato de sociedades

Tal y como se expuso en el Ítem anterior, el abuso del derecho es una figura jurídica que permea diferentes áreas del derecho, a partir de la estimación de la finalidad de los derechos subjetivos y de los usos desviados de éstos. Es así como, existe abuso del derecho siempre que se esté ante un ejercicio por fuera

¹⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de Casación, Bogotá, abril 29 de 2009. Magistrado Ponente: William Namén Vargas

²⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de Casación, Bogotá, septiembre 4 de 2009, Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez

²¹ “[...] el contrato de servicios de medicina prepagada reúne las características de ser bilateral, oneroso, aleatorio, principal, consensual y de ejecución sucesiva en los términos del Código Civil y surge al mundo jurídico como un contrato de adhesión, según el cual las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las cuales la otra expresa su aceptación y adherencia o su rechazo absoluto.” COLOMBIA. SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-039 del 19 de febrero 1998, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara

²² “Ahora, si bien no puede restringirse la libertad de prensa, y no puede tampoco someterse la difusión de ideas o informaciones a censura previa, sí puede el juez constitucional impedir la violación a los derechos al buen nombre y a la honra de la persona, ya sea por la prensa, la televisión o por cualquier otro medio, como acto abusivo que no puede ser objeto de garantía constitucional.” COLOMBIA .CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-094 de 2000, Bogotá febrero 2 del 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

del fin específico por el cual le fue concedido dicho derecho a su titular, con miras a causar un perjuicio a un tercero.

En el marco del contrato de sociedades a las partes que lo celebran se les otorgan unos derechos políticos y económicos por su participación en la actividad social, llevada a cabo a través de los órganos que dirigen y gobiernan el actuar de la persona jurídica.

Es en el núcleo de los órganos sociales, específicamente en las asambleas o juntas, donde surge el denominado abuso en la toma de decisiones, es decir, el abuso en la disposición de los derechos políticos otorgados a los accionistas o socios que dirigen la sociedad y toman las decisiones en relación con el proceder de las mismas y a la administración de los diferentes elementos que la componen.

El abuso del derecho por parte de los órganos sociales, supone que las decisiones se han tomado con el lleno de los requisitos estipulados en la ley y en los estatutos, siguiendo las normas en materia de quórum y mayorías, pero el fin imperante de las mismas es perjudicar a los socios, la sociedad o terceros, con una indudable motivación desviada en el ejercicio del derecho. El abuso del derecho se configura entonces cuando los socios o accionistas toman las decisiones al interior del órgano social persiguiendo un interés particular y no los intereses de la sociedad. Por ende, las decisiones abusivas se generan por la desviación de los intereses de los accionistas o socios al hacer uso de sus derechos y participar en la toma de decisiones sociales.

De allí que se determine que el abuso del derecho en los órganos de dirección se presenta de las siguientes formas: *“[...] las causas del abuso del derecho en las decisiones que se toman o se dejan de tomar a nombre de la sociedad, pueden agruparse, grosso modo, en las siguientes clases: A. Decisiones en contra del interés social; B. Decisiones en contra de alguno de los socios, sin beneficio de la*

*sociedad, y C. Decisiones a favor de algunos de los socios, sin beneficio de la sociedad.*²³

Como se aprecia en la cita anterior, las causas del abuso del derecho son un desarrollo doctrinario que se ha derivado del estudio de los casos particulares del abuso de los derechos sociales y de las pautas generales consagradas en los artículos 43 de la ley 1258 de 2008 y 830 del Código de Comercio. No obstante, el desarrollo dado por el legislador en la regulación de la figura en el Código de Comercio se puede catalogar como precario y ambiguo, por cuanto, no se evidencia una clara estructura del abuso del derecho en el contrato de sociedades, sino que se regula de forma exclusiva la indemnización de perjuicios como consecuencia jurídica para los casos en que opere el abuso del derecho.

En consecuencia, la figura del abuso del derecho en el contrato de sociedades se ha caracterizado por tener mayor desarrollo en los conceptos y resoluciones de la Superintendencia de Sociedades, como órgano que posee la competencia para conocer de estos casos, los fallos arbitrales y la jurisprudencia.

Un ejemplo del desarrollo jurisprudencial de la figura del abuso del derecho es el caso de INVERSIONES D. MEJIA & CIA S. EN C., INVERSIONES ROSYCO LTDA contra ELVARA LTD y otros, donde La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia discutió la venta de acciones por debajo del precio justo, a partir de la manipulación de la posición superior que ejercía ELVARA como accionista mayoritario, lo que llevó a que tuviese en su poder información privilegiada que le permitió manipular los intereses de los demás accionistas a través del manejo de la utilidades, para crear posteriormente una posición de ventaja en la venta de acciones y obtener la consecución de sus intereses. En esta medida la Corte falló

²³ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 70.

advirtiendo la configuración de un abuso del derecho e impetrando como medida de reparación la indemnización de perjuicios. Para ello se basó en:

[...] en este caso particular de abuso del derecho por venta de acciones a un precio notoriamente inferior al valor comercial que tenían para la época de la negociación, lo que se exige no es que se dilucide por el juzgador cuál pudo ser el precio “justo”, [...] sino cuál era la situación patrimonial consolidada de la víctima antes del acontecimiento dañoso (tenía una acción con valor comercial de \$2307,00) y cómo quedó después (recibió \$680,00), pues se está frente a la protección del interés de confianza que desde Ihëring se ha perfilado para distinguirlo del interés positivo de cumplimiento de un contrato, que acá es impertinente, pues se parte de la base de que sí hubo cumplimiento del contrato de venta de las acciones, pero que en el proceso de formación del mismo, la sociedad compradora incurrió en prácticas abusivas con un contenido perjudicial para la otra parte, que dieron lugar a que el precio acordado fuese el producto de la manipulación de información y fuera así notoriamente inferior al valor que tenían las acciones en el momento del acuerdo de venta, configurándose por tanto, una lesión al interés de confianza que los contratantes se debían entre sí, y que en este caso concreto se patentiza y queda dilucidada por la diferencia entre el valor comercial de las acciones al momento de la venta y el precio recibido por ellas [...]

Para la identificación de una situación de abuso del derecho, y más específicamente de decisiones abusivas, debe existir una relación entre una parte fuerte, titular del derecho y una parte débil susceptible de ser afectada por el ejercicio del derecho, relación que deben tener presente los juzgadores para identificar la desviación en el ejercicio del derecho y la conducta abusiva por parte de su titular.

Sin embargo, el abuso del derecho es una figura residual, puesto que sólo tiene aplicación una vez se ha agotado el análisis de validez, existencia y eficacia de la decisión y aún persiste la ventaja injustificada que se obtuvo por el ejercicio desviado del derecho por parte de su titular.

En consonancia con lo anterior, las decisiones abusivas están revestidas en un aparente ropaje de validez, en virtud de no encontrarse en la enumeración del

artículo 899 del Código de Comercio²⁴. No obstante, la Ley 1258 presenta un giro a dicha normatividad al incluir la nulidad absoluta como consecuencia jurídica para las decisiones abusivas tomadas por los miembros de la Asamblea General de Accionistas y regular los supuestos del abuso de mayorías, minorías y paridades.

A su vez, se puede afirmar que el abuso del derecho es una figura jurídica desarrollada al tenor del principio de la buena fe y de los deberes que de este principio se derivan, tal como, el deber de lealtad. Como dice Jorge Gil se podría entender que: “[...] *el abuso del derecho siempre implica una violación al deber contractual de obrar de buena fe y, como tal, comporta un incumplimiento contractual.*”²⁵

En conclusión, el abuso del derecho en el marco de los contratos sociales está enfocado en la estimación del ejercicio de los derechos concedidos a los socios o accionistas, expresados a través de la toma de decisiones en los órganos sociales denominados junta de socios o asamblea general de accionistas, según el caso.

3.2.6 Breve referencia de la S.A.S como figura societaria

Una clara manifestación de la respuesta del derecho a las demandas del comercio, se hace evidente en el desarrollo a nivel mundial de las estructuras societarias de diversa índole. Un ejemplo de ello es la figura recientemente implementada en Colombia, para la estructuración de un tipo societario con mayor incidencia de la autonomía de la voluntad de las partes que celebran el contrato social, denominada, Sociedad por Acciones Simplificadas.

²⁴ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 899: “Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y 3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.”

²⁵ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. Abuso decisorio en el régimen de las S.A.S. En: Estudio sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Económico, 2010, p. 111.

La Sociedad por Acciones Simplificadas se deriva de la tendencia a priorizar la autonomía de las partes para autorregularse y configurar los elementos de la sociedad, que tiene gran auge en la actualidad y se ha desarrollado en diferentes tipos sociales, tal y como, lo relaciona Carlos Andrés Arcila Salazar en su libro *Sociedad por Acciones Simplificadas*²⁶, al realizar un paralelo de la S.A.S con otros tipos societarios en el mundo, como la sociedad de responsabilidad limitada o limited liability partnership en Estados Unidos, la Kleine AG en Alemania, la sociedad limitada en España y la sociedad por acciones simplificadas en Francia.

En Estados Unidos la sociedad de responsabilidad limitada configura el quebrantamiento del requisito de pluralidad para la constitución, por cuanto implementa la posibilidad de crear una sociedad de un sólo socio. Además, se configura como un híbrido entre las sociedades de personas y de capitales, puesto que a diferencia de las sociedades de personas, en este tipo social la responsabilidad de los socios no es solidaria ni ilimitada, sino que, como en las sociedades de capitales hay una separación entre el patrimonio social y el de los accionistas.

Las Kleine AG de Alemania, son compañías de carácter cerrado, con requerimientos mínimos en cuanto a la estructura administrativa, simplificación de la normatividad de convocatoria y ejecución de la asamblea de accionistas, mayor autonomía en la administración y reparto de las utilidades y como complemento clave, la posibilidad de constituirse con un solo accionista.

En España, las sociedades limitadas innovan en cuanto a la posibilidad de constitución mediante la presentación de un “Documento Único Electrónico” y la estructura unipersonal de la cual se puede revestir la sociedad una vez

²⁶ARCILA SALAZAR, Carlos Andrés. *Sociedades por Acciones Simplificadas*. En Revista e-mercatoria, Volumen 8 N^o 1. Universidad Externado de Colombia, 2009, p 3-7.

constituida, acompañando la simplificación del tipo societario con la oportunidad de determinar elementos como un objeto genérico, la no inclusión de ciertos órganos de dirección y gestión y la reducción de algunas obligaciones contables.

Por último, el antecedente más cercano de la S.A.S en Colombia, es la Sociedad por Acciones Simplificada de Francia, que también presenta la posibilidad de la constitución unipersonal y la opción de elegir los órganos de dirección y control que hacen parte de la sociedad, enfocándose en la autonomía de la voluntad de los accionistas para la constitución de la persona jurídica, con el fin de crear un tipo societario más flexible y acorde con los verdaderos requerimientos de los comerciantes que forman la persona jurídica.

El común denominador de estos tipos societarios, es la unipersonalidad. Sin embargo, el elemento a rescatar en estas sociedades es el nuevo enfoque en la primacía de la autonomía de la voluntad de los asociados y el incentivo para lograr un mayor acoplamiento de las necesidades de los comerciantes y la regulación jurídica del ámbito social. Argumento utilizado en Colombia por los ponentes del proyecto de ley²⁷ que desembocó en la expedición de la Ley 1258 de 2008.

La mencionada ley es uno de los proyectos legislativos más ambiciosos en materia de sociedades, pues con él se procuró desarticular varios de los elementos más antiguos y arraigados del régimen de sociedades del Código de Comercio, tales como: la pluralidad, la designación de la responsabilidad de los socios, la unidad del voto, la determinación y organización de los órganos

²⁷ El Proyecto de Ley 242 de 2008 de Cámara y 039 de 2007 de Senado constituyeron lo que actualmente es la Ley 1258 de 2008, a través del arduo proceso legislativo que cursó la iniciativa en los diferentes debates al interior del órgano legislativo y que estuvo en cabeza del senador Antonio Guerra de la Espriella como ponente del proyecto ante el Senado y Simón Gaviria Muñoz ante la Cámara. A su vez, la Superintendencia de Sociedades y la Cámara de Comercio de Bogotá afirmaron que el proyecto de ley era un mecanismo de modernización del régimen de sociedades y aportaron varias modificaciones al Proyecto de Ley. La ley 1258 de 2008 logró en últimas recoger la principal finalidad de la iniciativa debatida en el congreso, la cual fue la actualización del régimen societario.

sociales, la limitación de la capacidad y la vigencia de la sociedad, la mercantilidad de los actos y la formalidad en el proceso de constitución, entre otros.

La Sociedad por Acciones Simplificadas es un tipo social que agrupa el progreso y rompimiento de ciertos esquemas tradicionales del régimen desarrollado en el Código de Comercio en materia de sociedades. Es una sociedad de capitales que podrá constituirse por una o más personas jurídicas o naturales, con miras a realizar una actividad comercial o civil, según lo estipulado en el objeto social. Entre los elementos más novedosos de la ley de las S.A.S se pueden referir:

- Es una sociedad cerrada, con mayor control interno de las responsabilidades sociales y de la información de la compañía. Pero se limita la posibilidad de negociar las acciones en el mercado público de valores²⁸.
- Reiteró la ruptura de la dicotomía entre los actos civiles y comerciales, abordada en la ley 222 de 1995, por cuanto el legislador se atrevió a través de este tipo societario a obviar la naturaleza civil de los actos y determinar de forma definitiva la naturaleza comercial de la sociedad con independencia del contenido del objeto social y de los actos que lo compongan²⁹.
- Adaptó los beneficios reconocidos para las empresas unipersonales reguladas en la ley 222 de 1995, entre los cuales está la posibilidad de estipular un objeto indeterminado³⁰, que no limite la capacidad de actuar de la sociedad y dé mayor ámbito de movimiento a la persona jurídica que inicia con un fin determinado y a medida que va creciendo amplía sus actividades y negocios.

²⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008, Artículo 2. Diario Oficial No. 47.194.

²⁹ *Ibíd.* Artículo 3.

³⁰ *Ibíd.* Numeral 5, Artículo 5.

- Consagró una vigencia indefinida³¹, lo que permite evitar la necesidad de renovar la vigencia de la sociedad en cada cumplimiento del término y la determinación de un plazo restrictivo como causal de disolución de la sociedad.
- Amplió las facultades otorgadas a los asociados para determinar el mecanismo de aporte de capitales³², sin imponerse proporciones o plazos definitivos para realizar los aportes por parte de los accionistas, sino un límite de tiempo para la realización del pago en un término máximo de 2 años.
- Determinó la posibilidad de expedir acciones privilegiadas, con dividendo preferencial y sin derecho a voto, con dividendo fijo anual y de pago, entre otras³³. La ley plantea la posibilidad a los accionistas de crear nuevas clases de acciones.
- La posibilidad de transferir las acciones a una fiducia mercantil identificando en el libro de registro de acciones la respectiva entidad fiduciaria³⁴.
- La posibilidad de prohibir la negociación de las acciones por un término inicial de 10 años prorrogables y se faculta el sometimiento de la negociación a la aprobación previa por parte de la asamblea de accionistas³⁵.
- La regulación del cambio de control de las sociedades accionistas³⁶ hace referencia a la posibilidad de conocer las modificaciones que se den en cuanto al control de la sociedad que ostenta la calidad de accionista de la compañía, estipulando el deber del representante legal de informar a la sociedad los cambios que se presenten en la situación de control de la persona jurídica que es accionista de la S.A.S

³¹ *Ibíd.* Numeral 4, Artículo 5.

³² *Ibíd.* Artículo 9

³³ *Ibíd.* Artículo 10

³⁴ *Ibíd.* Artículo 11

³⁵ *Ibíd.* Artículo 12

³⁶ *Ibíd.* Artículo 16

- Planteó el beneficio para los accionistas de determinar la estructura orgánica de la sociedad y las funciones que dichos entes van a poseer.³⁷
- Trajo el beneficio de la ley 222 de 1995, según el cual podrán pactarse acuerdos de accionistas³⁸ que permitan unificar la dirección de la votación, las determinaciones con relación a la compra y venta de acciones y la estipulación de una preferencia frente a ciertos accionistas, siempre y cuando dicho acuerdo se registre en las oficinas donde opera la sociedad.
- Determinó el mecanismo de enajenación global³⁹ de activos, para aquellos casos en los cuales se pretenda vender activos y pasivos de la sociedad que en su conjunto representen el 50% o más del patrimonio líquido de la sociedad, situación que se someterá a la aprobación de la asamblea general de accionistas de forma previa a la operación de los efectos de tal actividad.
- Tiene una nueva figura denominada fusión abreviada⁴⁰ que posibilita la absorción de la sociedad por decisión de los miembros directivos o representantes legales de la compañía que posea más del 90% de las acciones expedidas por la S.A.S.
- Se implementó una consecuencia jurídica innovadora en la determinación del abuso del derecho en la toma de decisiones al interior de la asamblea general de accionistas. El artículo 43 de la ley 1258, estima que para las decisiones abusivas la consecuencia es la nulidad absoluta de la decisión, más la indemnización de perjuicios. Tema central del presente trabajo.

³⁷ Ibid. Artículo 25

³⁸ Ibid. Artículo 24

³⁹ Ibid. Artículo 32

⁴⁰ Ibid. Artículo 33

En conclusión, la ley de la Sociedad por Acciones Simplificadas es el resultado de la iniciativa del legislador de implementar un nuevo tipo societario, con mayor cercanía a la autonomía de los asociados y a su potestad para tomar decisiones en la estructuración del ente social, con un mayor margen de movilidad, dado por los parámetros estimados en la ley.

3.2.6.1 Abuso del derecho en el ejercicio del derecho al voto: Antes del 5 de diciembre de 2008, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 1258 de 2008, las normas tendientes a regular el abuso del derecho en el ámbito comercial, se limitaban a lo expresado en el artículo 830 del Código de Comercio Colombiano, pero esta disposición resultó insatisfactoria para solucionar los conflictos con respecto a este tema que eran cada vez más complejos y frecuentes.

La sanción impuesta por el legislador en el Código de Comercio, consiste en la indemnización de perjuicios para reparar los daños generados, pero no enuncia el trato que debe dársele al acto por sí mismo, por lo que continúa vigente. En consecuencia con lo anterior, el legislador se vio en la necesidad de regular más a fondo el tema del abuso del derecho de allí que, en la ley 1258 de 2008 implementó nuevos supuestos frente a los cuales se puede hablar de abuso del derecho en la toma de decisiones societarias en las Sociedades por Acciones Simplificadas⁴¹.

⁴¹ Ley 1258 de 2008, Artículo 43. Abuso Del Derecho. 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. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio de que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.

La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de **abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad**. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.

A pesar de que la anterior normatividad es de aplicación exclusiva para los casos del ejercicio abusivo del derecho al voto al interior de la S.A.S, los jueces y árbitros, en virtud de la remisión consagrada en el artículo 45 de la ley 1258 de 2008, podrían traer la aplicación de la figura del abuso del derecho regulada en el artículo 830 del Código de Comercio, para aquellos casos de abuso del derecho que no encuadren en el supuesto descrito en el artículo 43 de la ley 1258, lo que podría provocar que existan dos consecuencias jurídicas diferentes, por un lado la indemnización de perjuicios de forma exclusiva (Código de Comercio) y por otro la nulidad absoluta más la indemnización de perjuicios (Ley S.A.S).

Además, nada obsta para que los entes aplicadores del derecho se apoyen en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario del abuso del derecho regulado en la ley de la S.A.S para complementar la aplicación de la normatividad consagrada en el Código de Comercio.

Finalmente, es importante resaltar que la tarea del legislador frente a los diferentes casos del abuso del derecho fue meramente enunciativa, por lo que los diferentes momentos en los que se presenta el abuso del derecho se han venido desarrollando gracias a la doctrina y serán explicados a continuación:

- **Abuso de las mayorías.** Si bien es cierto que las mayorías son la representación de la “Democracia social”, ello no implica que se les permita a éstas, vulnerar los derechos de las minorías. Es por ello que el legislador se ha visto en la necesidad de limitar los poderes de las mayorías y así evitar prácticas abusivas.

La Corte Constitucional en la sentencia C-707 de 2005, expresa que las mayorías no siempre representan los intereses de la sociedad ni de sus socios. En algunos casos las decisiones son el resultado de los intereses de quien

ejerce el control, como lo sería en la sociedad matriz frente a las controladas o; cuando una persona natural ostenta todo el poder para la toma de decisiones. En esas circunstancias, son aquellos que poseen el control quienes tienen la autoridad para utilizar la Asamblea General de accionistas y hacer que, a través de ella, se tomen determinadas decisiones que solo los favorecerán a ellos. Es allí, donde surge la tarea del legislativo de imponer límites y reglas que contribuyan al desarrollo sano de las actividades sociales.

En esta misma providencia, la Corte Constitucional ha destacado a los derechos fundamentales como el límite que prima por encima de las mayorías decisorias, y aun habiéndose respetado la ley y el contrato social, en el cumplimiento de los requisitos de convocatoria y otras exigencias legales ello no implica que estas decisiones no puedan ser impugnadas. Así lo confirma la Superintendencia de Sociedades cuando expresa que:

[...] si bien es cierto que las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas son tomadas conforme a los distintos grados de mayorías previstas en la ley y en los estatutos, según sea la importancia de las decisiones de que se trate, y en cuyas determinaciones influyen como es lógico los accionistas mayoritarios, no quiere decir que tales mayorías estén facultadas para desconocer en la reunión los derechos y obligaciones reconocidos o establecidos por ley a los demás accionistas⁴²

En cuanto a este punto se puede concluir, que aun cuando las minorías están sometidas a las decisiones tomadas por las mayorías, este acatamiento solo se entiende legítimo siempre y cuando la mayoría haya decidido conforme los límites impuestos a sus poderes.⁴³

Así mismo, los tribunales arbitrales se han pronunciado sobre este tema de la siguiente forma: *“El abuso de los derechos en el contexto de una sociedad*

⁴² SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, oficio AN-18653 de septiembre 8 de 1983

⁴³ “El límite o cauce natural de las decisiones sociales es que estas se tomen en interés de la sociedad y no de los socios mayoritarios” *Op.cit.* p.143.

*puede consistir, como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, entre otras conductas, en una capitalización efectuada con el propósito de diluir a un accionista o a un grupo de accionistas, en la retención injustificada de las utilidades sociales o la celebración de contratos entre vinculados. Todas estas actuaciones pueden tener fines o propósitos independientes y específicos, encaminados a producir un efecto abusivo”.*⁴⁴

En la realidad son diversos los eventos en los cuales se comprueba que hay decisiones de un número plural de socios que pueden ser consideradas abusivas. Un caso sería cuando, por mayoría, se decide llevar a cabo la fusión entre dos sociedades, ocasionándose la dilución del patrimonio de los accionistas minoritarios, con miras a ocasionar que estos accionistas vendan su participación o ejerzan el derecho de retiro⁴⁵, el problema se presenta cuando con esos cambios se pueden afectar los intereses de las minorías, caso en el cual la decisión puede ser impugnada por el procedimiento establecido en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, si estamos ante una S.A.S.

Por otro lado, en el caso de abusos cometidos por los socios que ejercen como administradores, la ley ha resuelto estos eventos, a través de la exclusión de sus votos a la hora de la toma de decisión, aunque ello no soluciona el hecho de que la decisión tomada por la Asamblea sea o no abusiva⁴⁶. Así mismo, cuando las sociedades en virtud de la toma de decisiones de los socios mayoritarios realizan negocios paralelos con otras sociedades controladas, no

⁴⁴ Proceso arbitral de Elio Sala Certiari contra Ite Corporation y otros. Laudo arbitral del 2 de octubre de 2007. Árbitros: Luís Fernando Muñoz Ochoa, Luís Alfredo Barragán y Juan Alberto Guillermo Sánchez.

⁴⁵ Proceso arbitral de Ignacio Molina Vs Almacenes Éxito. Laudo arbitral del 11 de agosto de 2003. por el tribunal de arbitramento conformado: Guillermo Hincapié Orozco, Guillermo Montoya Pérez y Carlos Aníbal Restrepo.

⁴⁶ Hay decisiones que aunque generen conflicto de intereses representan para la Sociedad beneficios y por esa razón el máximo órgano social termina adoptándolas.

sólo se presenta un problema de conflicto de intereses, según lo expresado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, sino que también resulta una conducta sospechosa que puede involucrar una decisión abusiva. De los casos mencionados se puede deducir que, tal como lo expresa Jorge Hernán Gil: “la defraudación del interés general, por cualquier razón, constituye un indicio grave de abuso del derecho”

Desde la perspectiva de la doctrina, se considera que el abuso de las mayorías se presenta cuando el máximo órgano social, la Asamblea General de Accionistas, toma decisiones que se alejen del interés de la sociedad por privilegiar los intereses de los asociados mayoritarios. Por su parte también puede producirse abuso de las mayorías cuando se presenta “un resquebrajamiento del equilibrio jurídico de los socios o accionistas.”⁴⁷ El mencionado desequilibrio se produce bajo dos modalidades: a) Cuando se lesiona los derechos reconocidos en los estatutos a todos los asociados. Esto recibe el nombre de **vulneración de la igualdad interna**⁴⁸ o; b) Cuando el accionista o socio minoritario es privado del goce de ciertos derechos, los cuales son trasladados, sin existir un acuerdo social que lo legitime, a la esfera del disfrute de los accionistas o socios mayoritarios. Esto recibe el nombre de **la vulneración de la igualdad externa**⁴⁹.

Un ejemplo en el que se puede evidenciar el abuso de las mayorías, se presenta cuando al momento de liquidar la sociedad, los accionistas mayoritarios toman la decisión de vender un bien de la sociedad a uno de los accionistas por un valor menor al del mercado, con miras a diluir el patrimonio de la sociedad. Otro panorama similar se puede evidenciar cuando se

⁴⁷ VELASQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Sobre el abuso del derecho en materia de sociedades. [En línea]. Disponible en: http://carlosvelasquezasociados.com/Abuso_sociedades.pdf. p. 10.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 11

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 11

aprueban remuneraciones excesivas para los administradores sociales, cuando ellos también acreditan el carácter de asociados mayoritarios⁵⁰.

Según lo expresa Carlos Velásquez⁵¹, el abuso de las mayorías se puede delimitar a tres categorías de conductas que se contraponen a las verdaderas finalidades de la sociedad. Estas son:

Decisiones que van en contravía de los intereses sociales pero no están motivadas en intereses particulares. Se deben declarar nulas aquellas decisiones que se tomen en contravía de los intereses sociales, con independencia de que exista o no un interés individual de por medio.

Decisiones que afectan los derechos de las minorías para beneficiar de forma exclusiva a las mayorías. Esta circunstancia es en la que se usa el poder mayoritario para la consecución de intereses ajenos a los intereses sociales. Aunque en el caso de que el acto vaya en contra de la colectividad y genere un beneficio a la sociedad, no puede hablarse de abuso del derecho, por cuanto no se puede afirmar que se esté en contravía de los intereses sociales.

Decisiones que buscan de forma indirecta lesionar los derechos de los accionistas minoritarios. En esta categoría se ubican los casos en los que no se distribuyen los dividendos para destinarlos a reservas que no se encuentren justificadas en políticas de autofinanciamiento que tenga el ente social. Con los actos abusivos en este sentido, lo que se busca es desinteresar a la minoría del devenir societario a tal punto, que prefieran vender sus acciones a un precio muy bajo, que continuar en una sociedad que les vulnera sus derechos a recibir utilidades.

⁵⁰ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Op. Cit. p.68

⁵¹ VELASQUEZ RESTREPO, Op. Cit. p 11-12.

Luego de haber analizado los abusos que cometen las mayorías en el ejercicio de sus derechos, la realidad ha demostrado que no solo ellos son quienes despliegan conductas arbitrarias y toman decisiones abusivas, sino que hay escenarios en los que las minorías también pueden obstaculizar el desarrollo normal de las actividades sociales.

- **Abuso de las minorías.** El abuso de las minorías se presenta cuando los socios minoritarios se oponen a la toma de decisiones sociales con el fin de obtener beneficios para sí, pero que van en contra de los intereses sociales. La búsqueda del interés propio del accionista minoritario se entiende cuando la consecución del beneficio individual, que se manifiesta en la abstención de votar, genera a su vez la afectación de los demás accionistas que se encuentran impedidos por la negativa de la aprobación de una determinada decisión.

El abuso de las mayorías o minorías en materia societaria no está fundamentado en la responsabilidad aquiliana⁵², sino en el contrato social⁵³, el cual delimita el ejercicio de los derechos que les son otorgados a los accionistas o socios, quienes se obligaron a priorizar el interés social frente a cualquier tipo de interés individual. En el momento que alguno de los asociados anteponga su beneficio frente a los intereses sociales, aquellos que resulten vulnerados por esa decisión podrán atacar el abuso de sus consocios a través de un proceso de responsabilidad contractual. Esto quiere decir, en palabras de Gil Echeverry: *“En efecto, quienes concurren al contrato pactan que el interés*

⁵² También conocida como responsabilidad extracontractual. Es aquella que surge cuando se ha generado un daño o perjuicio a un tercero, pero ésta lesión no es producto de una relación anterior acordada expresamente por los sujetos. La transgresión se desprende del incumplimiento del deber objetivo de abstenerse de realizar actividades que lesionen a los demás.

⁵³ “[...] Mientras que el deber de no abusar del propio derecho, nace de un principio general del derecho; el deber de no abusar de la condición mayoritaria o minoritaria, para la obtención de un provecho personal, nace del contrato social.” GIL ECHEVERRY. Op. Cit. p.148.

*colectivo prima, en la órbita del objeto social, sobre el interés individual, de tal manera que las mayorías o minorías sociales se hallan comprometidas a hacer uso de sus poderes y prerrogativas, no solamente en concurrencia individual al contrato social, sino para obtener dicho lucro en forma colectiva*⁵⁴

En conclusión, se puede identificar abuso por parte de las minorías, en el momento que el voto de estos grupos, es necesario a la hora de tomar ciertas decisiones donde se han establecido mayorías calificadas, y la negativa injustificada por parte de estos, implica que se frustre el desarrollo de futuras actividades sociales que pueden ser de tal importancia, que pongan en vilo la estabilidad de la sociedad. En estos casos, los socios o accionistas minoritarios deberán responsabilizarse de los efectos negativos que pueda representar para los otros accionistas y la sociedad, el cambio de los asuntos puestos a consideración.

Ejemplos de este tipo de abuso se encuentran cuando debido a la falta de voto de uno de los accionistas minoritarios no se puede aprobar el aumento del capital y no se logra enervar una causal de disolución; o cuando por ausencia del voto de un socio minoritario, no se puede fusionar o transformar la sociedad, y por ende se deja de realizar un negocio que representaba grandes utilidades para los socios o accionistas y para el ente social en general.

Con base en lo anterior, se puede deducir que el abuso cometido por las minorías, no se presenta en la toma de una decisión que va en contra de los intereses de la sociedad, como sí ocurre en las mayorías, sino que su abuso se basa en una actitud de no permitir que determinadas decisiones se puedan tomar, lo cual se considera como conducta de bloqueo. De esta manera, la acción judicial que procede en este caso, no sería la de impugnación de la decisión, sino la acción

⁵⁴ GIL ECHEVERRI, Op. Cit. p. 148

directa de indemnización en razón de los perjuicios generados por la obstrucción en la toma de decisiones.

- **Abuso de la paridad.** En los casos de abuso de paridades se parte de la idea de que los socios o accionistas están divididos en dos grupos que representan cada uno el 50% de los votos, lo cual facilita que cualquiera de los dos, se abstenga de tomar una decisión de importancia para el futuro de la sociedad.

En los casos de paridad, el abuso debe ser evidente, de lo contrario tendría un mayor grado de dificultad, determinar cuál de las dos posiciones es la más razonable. Un ejemplo que describe esta circunstancia se presenta cuando un grupo de accionistas solicita el pago de dividendos y el otro se opone a esa decisión por considerar que las utilidades deben ser reinvertidas en el crecimiento del capital de trabajo. A simple vista no puede pensarse que el primer grupo mencionado busque la obtención de beneficios para sí, puesto que la repartición de dividendos es la causa final en el contrato social.⁵⁵

Esta teoría se asimila a la tesis que expone el abuso de las minorías, no sólo por el hecho de catalogar la conducta abusiva como negativa o de bloqueo, sino también porque se aplica el mismo procedimiento legal en aras de sancionar la decisión: la acción indemnizatoria donde se busque el resarcimiento de perjuicios causados por las decisiones dejadas de adoptar.

- **Validez de las decisiones abusivas.** Son pocos los estudios que en Colombia se han hecho sobre la figura del abuso del derecho. Los avances en la materia, son el producto de la recepción realizada por jueces y doctrinantes de los desarrollos de otras legislaciones. Para hablar de abuso del derecho, se debe partir de la premisa que establece que en principio toda decisión que cumpla con la ley y los estatutos es válida. El eje central de la discusión no va

⁵⁵ GIL ECHEVERRI. Op. Cit.p.149.

encaminado a determinar, si se respetaron o no los procedimientos para la toma de la decisión, sino que se trata de un fenómeno que indaga por temas más intrínsecos como son los móviles del ejercicio de los derechos, en especial aquellos que ocasionan perjuicios a los intereses o derechos de la sociedad, socios o terceros. Es así como, en un primer momento se estudia la nulidad como consecuencia jurídica y se mencionan las causales frente a las cuales un determinado acto o negocio jurídico puede ser declarado nulo.

Posteriormente, se hace una mención de las sanciones impuestas a título de perjuicios por el legislador en los casos de abuso en el ejercicio de los derechos en que incurran los accionistas dentro de la Sociedad por Acciones Simplificadas.

- **Nulidad como consecuencia jurídica.** La nulidad se ha desarrollado en la teoría general del negocio jurídico como una consecuencia o sanción aplicable a los vicios de formación de los negocios. En dicha medida, el Código de Comercio y el Código Civil han estipulado el sistema sancionador que es aplicable en caso de aparición de algún defecto de validez en el proceso de expresión de la voluntad de las partes, la cual, a pesar de estar viciada, produce plenamente sus efectos hasta tanto no se pronuncie sentencia ejecutoriada que declare la nulidad.

La Corte Constitucional define la nulidad como:

La nulidad, según la doctrina prevalente, constituye un castigo o sanción civil que se impone por la omisión de los requisitos que la ley considera indispensables para la validez de los actos o contratos. La nulidad se identifica con la invalidez del acto o contrato.

La nulidad puede ser absoluta o relativa. La primera se dirige a proteger el interés público o general de la sociedad, pues está destinada a castigar lo ilícito, es decir, lo contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público. La segunda protege el interés privado o particular. Sin embargo, es posible

encontrar casos en los que los dos intereses -privado y público- se encuentran comprometidos, vr.gr. Cuando se trata de la defensa de los incapaces⁵⁶

En este sentido, la nulidad se divide en dos categorías: nulidad absoluta y nulidad relativa o anulabilidad, de acuerdo con el Código de Comercio. La primera se enfoca en los vicios insubsanables y en la incapacidad absoluta como mecanismo que interfiere en la validez del negocio jurídico, mientras que la segunda, hace alusión a los vicios que pueden ser saneados por voluntad del afectado.

No obstante, los antecedentes de la teoría general del derecho muestran que:

En el derecho antiguo, el concepto de nulidad de los actos jurídicos era más definido y concreto, puesto que se consideraban como actos nulos los que eran contrarios a la ley y que, por ello, no podían producir efecto jurídico alguno (nulidad "ipso iure", radical o absoluta), sin necesidad de previa declaración judicial, salvo que la nulidad no fuera manifiesta, evidente o notoria. En cambio, en el Derecho moderno, por influencia de la doctrina francesa, [...], se opera una confusión en la doctrina de la nulidad sobre todo al considerar que para que esta pueda ser tomada en cuenta es necesaria su declaración ("constatation") judicial [...].⁵⁷

En consecuencia la actual categorización del Código Civil y el Código de Comercio, entre nulidad absoluta y relativa es una herencia traída del derecho francés, en cuanto a la estimación de la existencia de vicios sanables o que no pueden ser reconocidos de oficio, sino que necesitan de la actuación de la parte para ser declarados. Hecho evidenciado a su vez en la figura denominada en el Código de Comercio, como anulabilidad, la cual tiene una absoluta cercanía con la figura de la nulidad relativa desarrollada en el Código Civil.

⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-597 del 21 de octubre de 1998. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁷ DE LOS MOZOS, José Luis. El Negocio Jurídico: Estudios De Derecho Civil. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987. p. 558.

La nulidad relativa⁵⁸ o anulabilidad⁵⁹, se produce cuando la manifestación de voluntad de las partes, se ve viciada por error, fuerza o dolo, o cuando dicha manifestación proviene de un incapaz relativo. En consecuencia, la nulidad relativa sólo podrá ser declarada cuando quien viese afectada la manifestación de su voluntad por la aparición del vicio, decida alegarla. Y como dice Flume: *“La ‘relación natural’ entre voluntad y declaración no es sólo que coincidan en la declaración de voluntad, como ha dicho Savigny (System, III, p. 258), sino que lo ‘natural’ es también que la relación sea tal que la voluntad que pone en vigor la reglamentación negocial a través de la declaración se base en valoraciones correctas, y no esté influida por violencia o engaño”*⁶⁰

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la determinación de la incidencia de los vicios del consentimiento no está dada sólo por su aparición, sino por la verdadera alteración de la voluntad del individuo frente a su intención para celebrar el negocio jurídico. Es así como la fuerza que genera la rescisión del negocio, sólo es aquella que doblega verdaderamente la voluntad del individuo, sin que tenga la oportunidad de tomar una decisión diferente por la cual está siendo coaccionado; y el error sólo producirá efectos cuando recaiga en los componentes esenciales del negocio, es decir, aquellos sin los cuales no se hubiese llevado a cabo la negociación.

La acción derivada de la nulidad relativa, puede ser ejercida tanto por el afectado directo como por sus herederos, con el fin de subsanar los efectos producidos por el vicio que altera la manifestación de la voluntad. En dicho sentido, se entiende que la nulidad relativa pretende subsanar aquellos defectos que permean la manifestación libre de la voluntad, al generar elementos que obstaculizan una

⁵⁸ COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Artículo 1741, inciso 3. Editorial Legis.

⁵⁹ COLOMBIA. CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 900. Editorial Legis

⁶⁰ FLUME, Werner. El negocio jurídico, Parte general del derecho civil. Traducido por: José María González y Esther Gómez Calle. Madrid: Editorial Fundación cultural del notario, 1998. Tomo II, p. 475

verdadera percepción de las consecuencias jurídicas, que pretenden ser determinadas por las partes en su participación en la actividad comercial o civil.

La nulidad relativa en consecuencia, puede alegarse como acción o excepción, puesto que la parte afectada podrá interponerla dentro del término de 2 años, antes de que opere la prescripción. Si la nulidad proviene de un sujeto incapaz relativo, el término de prescripción inicia el día en que cese la incapacidad.

En la misma línea argumentativa, pero demarcada dentro de la nulidad absoluta, se encuentra la nulidad por incapaces absolutos, la cual, al igual que la nulidad relativa, es sanable mediante ratificación de la persona en quien concurra el defecto, o por prescripción en el término de dos años contados desde el momento en que cesa la incapacidad.

La nulidad absoluta se configura por la declaración de la voluntad proveniente de alguno de los sujetos calificados por el Código Civil, como incapaces absolutos, según el artículo 1504, los cuales son: los sujetos con discapacidad mental, sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito y los impúberes. Clasificación que es traída al régimen comercial a través de las modificaciones introducidas por la Ley 222 de 1995, que abre el antiguo régimen del Código de Comercio, a las hipótesis contenidas en el Código Civil, en cuanto a la incapacidad absoluta.

No obstante, la nulidad absoluta proveniente de la incapacidad, se aleja de las otras causales, puesto que las consecuencias derivadas de la nulidad por incapacidad absoluta son diferentes a las originadas por el objeto y la causa ilícita, en el entendido de que no se está frente a la afectación de un interés público sino privado.

Por su parte, la nulidad absoluta por objeto y causa ilícita, se deriva de una violación de la ley, el orden público y las buenas costumbres, enmarcada en la afectación de un interés público, que genera como consecuencia un vicio insubsanable.

La nulidad por objeto ilícito, hace referencia a la estimación de las prestaciones a las que se obligan las partes del negocio jurídico, es decir, aquellas actividades que se pretenden desarrollar para la realización del negocio que han convenido los sujetos interesados, las cuales van en contravía de las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, ya sea por que pretenden desarrollar una actividad expresamente prohibida en la ley, o porque exceden el marco de la autonomía de la voluntad al quebrantar sus límites.

En la misma medida se enmarca la nulidad por causa ilícita que opera frente a *“los móviles o motivos determinantes”*⁶¹ del negocio jurídico conocidos por todas las partes, cuando generan la afectación de un interés público, por ir en contravención de la ley, el orden público y las buenas costumbres. El Código de Comercio en su artículo 104 afirma que: *“[...] Habrá causa ilícita cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contraríen la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios.”*

En consecuencia, la nulidad por causa y objeto ilícito no prescribe en el tiempo, aunque no podrá ser impetrada en cualquier momento, puesto que la acción que tiene las partes caduca. La nulidad podrá alegarse a petición de parte o de terceros interesados, o ser declarada de oficio por el juez. Estas causales de nulidad generan defectos que no pueden ser saneados por voluntad de las partes, por cuanto dichas actuaciones superan el marco de la autonomía de la voluntad,

⁶¹DUGUIT, León. Las Transformaciones generales del derecho privado. Traducción al Castellano de Carlos G. Posada. 2ª ed., p. 113, no.1. Dice que: “la palabra causa es mala”, que “es preciso decir: el fin o el motivo determinante no de la obligación sino de la declaración de la voluntad”.

al atentar contra un interés mayor que afecta a la sociedad en general, y no sólo a los individuos que se comprometen a través de la celebración del negocio jurídico.

Según Ospina Fernández y Ospina Acosta:

El campo de la autonomía de la voluntad privada está limitada por el orden público que es la noción dominante en todo el derecho. Entonces, si la ley les prohíbe a los particulares quebrantar el orden público mediante la celebración de actos ilícitos en su objeto o en su causa, incurrirá en flagrante contradicción si les permitiera a esos mismos particulares que, so pretexto de esa autonomía de voluntad que ellos quebrantaron, pudieran convalidar sus actuaciones ilícitas. Más sencillamente, lo que está velado a la autonomía de la voluntad no puede realizarse mediante la celebración del acto prohibido ni mediante otro acto posterior, como sería la ratificación de aquel. Tal procedimiento constituiría ni más ni menos que una reincidencia y contumacia en la conducta condenada por la ley⁶²

Por ende, la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, se deriva de la violación de los límites de la autonomía de la voluntad, los cuales son el orden público y las buenas costumbres, elementos esenciales de todo ordenamiento jurídico, lo que permite la identificación del vicio en la manifestación de la voluntad de las partes y en el negocio jurídico celebrado para tal fin.

Sin perjuicio de la regulación general consagrada en el Código de Comercio y el Código Civil, la Ley 1258 de 2008 trae una nueva causal de nulidad absoluta en su artículo 43, para aquellos casos en que los accionistas de una sociedad, por acciones simplificadas, en ejercicio de sus facultades al interior de la asamblea general de accionistas, tomen decisiones abusivas o contrarias a los intereses sociales.

La Ley 1258 de 2008 estima que, en aquellos casos en que los accionistas tomen decisiones injustas a través de la asamblea general de accionistas, habrá lugar a la configuración de un abuso del derecho que se sancionará con la indemnización

⁶² OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Ed. Temis, 2005. p. 447.

de los perjuicios causados más la declaratoria de nulidad absoluta de dicha decisión, con las anotaciones ya hechas.

- **Consecuencia de las decisiones abusivas en la ley S.A.S** Como ya se ha mencionado, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 reguló con mayor amplitud las consecuencias que se imponen en caso de existir abuso en el ejercicio de los derechos otorgados a los accionistas dentro de una Sociedad por Acciones Simplificadas. En esta disposición normativa se establecen las sanciones aplicables a los eventos de abuso: *“ARTÍCULO 43. ABUSO DEL DERECHO. [...] La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario”*.⁶³

Como se mencionó en la norma citada, son tres las circunstancias frente a las cuales se evidencia el abuso de los derechos: mayorías, minorías y paridad. Aunque anteriormente se disertó sobre cada una de ellas, es importante resaltar el proceso de impugnación que terminará en la declaratoria de nulidad del acto y solo se presenta cuando estamos frente al abuso de Las Mayorías, puesto que es en este evento, en donde realmente se toma una decisión que compromete los intereses de la sociedad y sus accionistas y, que posteriormente debe ser anulada.

Después de declarada nula la decisión y habiéndose dado las restituciones mutuas, puede pensarse que el perjuicio que se hubiese podido generar a los otros accionistas desapareció, y serían los terceros de buena fe que contrataron

⁶³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Op. Cit.

con la sociedad, los que pueden iniciar una acción de indemnización, tendiente a resarcir los perjuicios generados con la declaratoria de nulidad.

En los otros casos, como son los abusos de las minorías y las paridades, debido a que la arbitrariedad resulta de la conducta de bloqueo o negativa del accionista o grupo de accionistas a la hora de tomar decisiones que son de vital importancia para el futuro de la sociedad, solo tendría sentido hablar de iniciarse la acción indemnizatoria directa, donde se resarcen los daños y perjuicios generados a los accionistas, sociedad y terceros de buena fe, que resultaron afectados por el bloqueo de la acción del órgano social. En estos casos, la acción tendiente a declarar el acto nulo no tendría sentido, en cuanto que el abuso no provino de un acto efectivo.

En el artículo 43 citado, se consagran dos acciones autónomas e independientes que pueden ser ejercitadas por cualquier accionista que sienta sus derechos lesionados, frente a aquellos que tomaron o se abstuvieron de tomar la decisión sin una justa razón. Por un lado, se tiene el proceso de impugnación de las decisiones abusivas, que puede terminar con la declaratoria de nulidad del acto, y como ya se mencionó, solo cobra sentido en los casos de abuso de mayorías. Por el otro, consagra la acción indemnizatoria que puede ser impetrada por el accionista o accionistas afectados frente al voto abusivo, con el solo requisito, de demostrar los perjuicios causados por el ejercicio abusivo del derecho al voto.

Con lo expresado hasta el momento se concluye que, en esta nueva legislación, se concedió a los accionistas dentro de una Sociedad por Acciones Simplificada, la posibilidad de optar por cualquiera de las dos acciones mencionadas, o por ambas conjuntamente en los casos de abuso de mayoría, minoría y paridad.

Un punto importante para destacar en el tratamiento de la S.A.S, es que se rompe con lo previsto en el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil, en donde se establece que la demanda de impugnación se formula contra la sociedad, pero con el artículo 43 de la ley 1258 de 2008, se parte de pensar que los responsables son los accionistas que votaron o se abstuvieron de votar, pero no contra la sociedad.

4. CONCLUSIONES

- En Colombia la regulación del abuso del derecho es limitada en materia comercial, puesto que el artículo 830 del Código de Comercio estima la indemnización de perjuicios como único mecanismo de acción frente a la toma de decisiones abusivas, por cuanto se limita sólo al resarcimiento de los perjuicios, pero deja en firme la decisión abusiva y permite la ejecución de sus efectos. Ello ocasiona la no solución de fondo del elemento ilegítimo del acto, puesto que, el mismo producirá efectos a pesar de ir en contravía de los componentes dados por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de los derechos. No obstante, la ley de las S.A.S tuvo sus avances al determinar no sólo la posibilidad de resarcir perjuicios a los afectados por las decisiones abusivas, sino también la facultad de éstos para buscar la anulación de los efectos de las decisiones abusivas y retrotrae las circunstancias a su estado original evitando se generen perjuicios.
- La ley de las S.A.S trae una gran novedad en el tema del abuso del derecho, puesto que presenta dos mecanismos de acción frente a los casos de abuso del derecho, la indemnización de perjuicios y la declaratoria de la nulidad de la decisión abusiva, los cuales son independientes y autónomas entre sí, lo que genera la posibilidad de impetrar las dos acciones o solo una de ellas. Lo que ocasiona que se dé una sanción más drástica y eficiente en el abuso del derecho, a diferencia de cómo se trataba anteriormente.
- Si bien la ley de las S.A.S es una normatividad especial aplicable a un sólo tipo societario, la regulación general de la figura del abuso del derecho en materia societaria podrá complementarse con la jurisprudencia y la doctrina que desarrolle el abuso del derecho en las S.A.S, con el fin de identificar los beneficios radicados en el tratamiento más estricto del abuso del derecho, y

en la efectiva radicación de los efectos producidos por el ejercicio desviado de los derechos.

- La causa que da lugar a la nulidad concebida en la ley de las S.A.S es similar a los presupuestos traídos por el legislador para fundamentar la nulidad por objeto y causa ilícita, puesto que el punto en común de estas causales, es la afectación de un interés público que supera la situación entre partes y violenta los límites estatuidos por el ordenamiento jurídico a la autonomía de la voluntad, los cuales son el orden público y las buenas costumbres, por cuanto, debe tenerse en cuenta que el abuso del derecho como causal de nulidad se identifica con una extralimitación del marco de la autonomía de la voluntad que genera una afectación a terceros.
- El artículo 43 de la ley de las S.A.S consagra un elemento clave en la teoría del abuso del derecho, el cual es la causa o móvil del accionista, presupuesto insignia de la estimación de la teoría tradicional de corte subjetivista del abuso del derecho, y que resalta la concepción de la finalidad inherente a los derechos y de los componentes que identifican un proceder desviado en el ejercicio de los mismos. Esto representa un avance en la especificación de la normatividad, que también implica mayores dificultades en el tratamiento del abuso del derecho, al introducir el elemento subjetivo de la causa para la configuración del abuso del derecho teniendo de presente que la causa del negocio jurídico es un elemento que dificulta el trabajo probatorio de quien pretende impetrar cualquier tipo de acción.
- El abuso del derecho aunque pareciese generar en principio sólo un problema interpartes, tiene mayores implicaciones en el comercio que entre los asociados, en razón de que en este ámbito la confianza esta puesta en las personas que interactúan en el mercado y que con sus acciones mueven el giro ordinario de los negocios, lo cual genera que los ejercicios abusivos o

desviados de los derechos afecten no sólo intereses privados sino también intereses públicos como la confianza en el mercado y la buena fe negocial.

- Si bien, en la exposición de motivos del proyecto de ley de la S.A.S no se abordó a fondo ni se generó mayor polémica con el tema del abuso del derecho y las novedades que se pretendían imprimir a dicha figura en materia societaria, es claro que esta regulación si trae un giro extraordinario en la importancia del abuso del derecho en materia societaria y las implicaciones que ello tiene en el comercio en general.
- La Ley 1258 de 2008 al ser una norma imperativa aplicable sólo a un tipo societario en particular, la Sociedad por Acciones Simplificada, no tiene una aplicación extensiva y no podrá impetrarse en los casos de abuso del derecho de los demás tipos sociales, los cuales deben remitirse al artículo 830 del Código de Comercio.
- El abuso del derecho al estar doblemente regulado en la normatividad presenta un peligro inminente en cuanto a la desigualdad de condiciones de los afectados por este comportamiento, por cuanto a pesar de hablarse de la misma figura jurídica, para unos casos, la consecuencia será la indemnización de perjuicios y en otros la nulidad absoluta más la indemnización de perjuicios. Hecho que puede configurar la vulneración de los derechos de los afectados, por cuanto su situación jurídica dependerá de la determinación del contexto en el cual se enmarca su caso y no del análisis y aplicación adecuada de la figura jurídica de la cual surgen los perjuicios.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ROJAS, Fernando, et al. La protección a los abusos de la posición dominante en el Derecho Societario. Editorial DIKE, 1994.

COLOMBIA. CODIGO CIVIL.

COLOMBIA. CODIGO DE COMERCIO.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008, del 5 de diciembre. “Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada”.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia SU-039 del 19 de febrero 1998. Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia T-094 de 2000, Bogotá febrero 2 del 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil. Sentencia del 1 de abril de 2003 expediente 6499. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

_____., Sala de Casación Civil. Bogotá, octubre 30 de 1935. Magistrado Ponente: Doctor Antonio Rocha.

_____., Sala de Casación Civil. Sentencia de Casación, Bogotá, abril 29 de 2009. Magistrado Ponente William Namén Vargas.

_____., Sala de Casación Civil. Sentencia de Casación, Bogotá, septiembre 4 de 2009. Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez.

_____., Sala de Casación en lo Civil. Bogotá, mayo 19 de 1941.
Magistrado Ponente: Doctor Liborio Escallón.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 De 1971, de marzo 27. Por el cual se expide el Código De Comercio Colombiano.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-076477 Del 21 de Junio de 2011.

_____. Oficio 220-076480 Del 21 de Junio de 2011.

_____. Oficio AN-18653 de septiembre 8 de 1983.

DE LOS MOZOS, José Luis. El Negocio Jurídico: Estudios De Derecho Civil. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987.

GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. Apuntes sobre el derecho de las sociedades. Editorial Señal, 2004.

GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. Abuso decisorio en el régimen de las S.A.S. En: Estudio sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Económico, 2010,

HINESTROSA, Fernando. De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato. En: Revista de Derecho Privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, enero/junio 200, no. 5.

JÍMENEZ SALCEDO, Carmen. El abuso del derecho y los actos de emulación en el derecho romano. [En línea]. Disponible en:

http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/7332/dyo5_21.pdf?sequence=1. [2012, marzo 11].

JOSSERAND, Louis. *Del Abuso de los Derecho y otros Ensayos*. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Practico de Derecho Civil Francés*. Traducido por: Mario Díaz Cruz. Habana: Editorial Cultural S.A., 1936, Tomo sexto. p. 787-800.

PROCESO ARBITRAL de Elio Sala Certiari vs. Ite Corporatio y otros. Laudo arbitral del 2 de octubre de 2007. Árbitros: Luís Fernando Muñoz Ochoa, Luís Alfredo Barragán y Juan Alberto Guillermo Sánchez.

PROCESO ARBITRAL de Ignacio Molina vs. Almacenes Éxito. Laudo del 11 agosto de 2003. Árbitros: Guillermo Hincapié Orozco, Guillermo Montoya Pérez y Carlos Aníbal Restrepo.

RENGIFO GARCIA, Ernesto. *El abuso del derecho*. [En línea]. Disponible en: Garrido&Rengifo Abogados. <http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/EI>.

RENGIFO, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

REYES VILLAMIZAR, Francisco, et al. *Estudio sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Económico, 2010.

_____. *Derecho societario*. 2ª Edición. Temis 2011, Tomo I.

_____. Las sociedades por acciones simplificadas S.A.S. Bogotá: Editorial Legis, 2009.

RIPERT, Georges. La regla moral en las obligaciones civiles. Traducido por: Hernando Devis Echavarría. Bogotá: La gran Colombia, 1946.

SERNA GONZALEZ, Gloria Beatriz (s.f.). La institución del abuso del derecho, en: interpretación abusiva. [En línea]. Disponible en: over-blog, <http://interpretacionabusiva.over-blog.es/article-la-institucion-del-abuso-del-derecho-66138061.html>.

VELASQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Sobre el abuso del derecho en materia de sociedades. [En línea]. Disponible en: http://carlosvelasquezasociados.com/Abuso_sociedades.pdf.