

Ejercicio abusivo del derecho de voto: materialización e implicaciones probatorias

Susana Quintero Gómez
Juan Esteban Córdoba Girado

Monografía

Asesor: José David Posada Botero

EAFIT
Monografía
Medellín
2020

Contenido

| | | |
|-------|---|----|
| 1 | Introducción | 8 |
| 2 | Fundamentos probatorios | 11 |
| 2.1 | La prueba: finalidad y requisitos | 11 |
| 2.2 | Medios de prueba directos e indirectos | 13 |
| 2.2.1 | La percepción del juez | 13 |
| 2.2.2 | El hecho por probar..... | 14 |
| 3 | Abuso del derecho en la teoría general del derecho..... | 21 |
| 3.1 | Abuso del derecho en Colombia..... | 22 |
| 4 | Abuso del derecho en la adopción de decisiones del máximo órgano social..... | 25 |
| 4.1 | Manifestaciones del abuso de derecho | 27 |
| 4.1.1 | Abuso de mayoría | 27 |
| 4.1.2 | Abuso de posición paritaria | 29 |
| 4.1.3 | Abuso de minoría..... | 30 |
| 5 | Sentencias de la Superintendencia de Sociedades sobre abuso del derecho de voto... | 32 |
| 5.1 | Análisis jurisprudencial..... | 32 |
| 5.1.1 | Sentencia 800-000073 de 2013. Serviucis S. A. vs. Nueva Clínica Sagrado Corazón S. A. S..... | 32 |
| 5.1.2 | Sentencia 800-20 de 2014. Capital Airports Holding Company vs. CAH Colombia S. A..... | 37 |
| 5.1.3 | Sentencia 801-136 de 2015. Martha Cecilia López vs. Comercializadora G.L. S. A. S., Luis Enrique Gil Builes y Distribuidora del Kamino S. A. S..... | 41 |
| 5.1.4 | Sentencia 800-25 de 2016. Luz Stella Bedoya Henao y Andrea Catalina Sandoval Bedoya vs. Luis Humberto Sandoval Rodríguez y Cristal 2010 S. A. S. | 44 |

| | | |
|--------|--|----|
| 5.1.5 | Sentencia 800-44 de 2014. Isabel Cristina Sánchez Beltrán vs. Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S. A. S., Jeny Marcela Cardona y Juan Carlos Cardona | 45 |
| 5.1.6 | Sentencia 800-46 de 2018. Edgar Orlando Corredor vs. Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla | 47 |
| 5.1.7 | Sentencia 2019-01-298217 del 8 de agosto de 2019. Sandra Beatriz Martínez González vs. Beatriz González de Martínez, César Andrés Martínez González, Claudia Patricia Martínez González, Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S. A. (Antes Metalbogotá S. A.), Sagrotran S. A. y BDM S. A..... | 49 |
| 5.1.8 | Sentencia 800-14 de 22 de febrero del 2016. Martha Omaira Cárdenas Castelblanco vs. Omar Dionisio Cárdenas Castelblanco, Luis Bernardo Cárdenas Castelblanco y Martha Omaira Castelblanco de Cárdenas | 50 |
| 5.1.9 | Sentencia 2019-01-298217 de 8 de agosto de 2019. Sandra Beatriz Martínez González vs. Sagrotran S. A., Claudia Patricia Martínez González, César Andrés Martínez González, Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S. A. e Inversiones Zimmer S. A. | 52 |
| 5.1.10 | Sentencia 2019-01-299090 de 8 de agosto de 2019. Sforza Emprendimientos S. A. S. vs. Proyecto Calle 100 S. A. S. hoy liquidada y otros | 53 |
| 5.2 | Elementos axiológicos de la pretensión que busca la declaración de abuso del derecho..... | 55 |
| 5.3 | Dificultades probatorias de los elementos axiológicos de la pretensión que solicita la declaración de abuso del derecho de voto | 55 |
| 6 | Conclusiones | 57 |
| 6.1 | ¿Qué indicios debo dirigir al juez?..... | 57 |
| 6.2 | ¿Qué debe cumplir la prueba indiciaria? | 60 |

| | | |
|---|------------------|----|
| 7 | Referencias..... | 62 |
|---|------------------|----|

Lista de tablas

| | |
|--|----|
| Tabla 1. Composición de capital de CAH Colombia S.A. | 38 |
| Tabla 2. Asistentes a la reunión por derecho propio | 39 |
| Tabla 3. Hechos indicadores | 59 |

Resumen

En virtud de la Ley 1258 de 2008 se introdujeron múltiples novedades en materia societaria al ordenamiento jurídico colombiano, entre las cuales se encuentra un nuevo tipo de asociación, conocido como Sociedad por Acciones Simplificadas, y una nueva figura denominada abuso del derecho al voto, como causal de invalidez de las decisiones sociales y no solo como fuente de indemnización de perjuicios. Sin embargo, esta nueva figura no se delimitó de forma adecuada, por lo que los criterios más importantes y los requisitos para su declaración los tuvo que establecer la Superintendencia de Sociedades en cumplimiento de funciones jurisdiccionales. La entidad determinó una carga probatoria alta para que esta figura pueda ser efectivamente declarada, lo cual se hace a través de la prueba indiciaria, que ha generado que, en la práctica, la figura se vea limitada y que el accionista interesado en aplicarla se encuentre con múltiples aristas en materia probatoria.

Por consiguiente, el presente trabajo de grado tiene como objetivo evidenciar los puntos clave que todo accionista interesado en acudir a la figura del abuso del derecho al voto debe tener en cuenta de cara a la prueba. Para tal fin, se hizo un estudio de la legislación relacionada con el abuso al derecho de voto, así como de decisiones judiciales específicas de la Superintendencia de Sociedades que dan cuenta de aquellos puntos que resultan determinantes para que el accionista interesado obtenga un fallo favorable en estos casos.

Palabras clave

Accionistas, abuso del derecho, abuso del derecho al voto, abuso de mayoría, abuso de minoría, abuso de posición paritaria, carga probatoria, conflictos societarios, derecho al voto, derecho societario, dificultad probatoria, prueba directa, prueba indirecta y prueba indiciaria

Abstract

As a result of the enactment of law 1258 of 2008, several innovations were introduced to the Colombian legal system, specifically in corporate law. Among those incorporations there is a new type of partnership called Joint Stock Company, as well as a new legal figure known as the abuse of the right to vote. However, this new figure was not adequately demarcated nor a proper application procedure was established. Thus, the most important requirements and criteria for its materialization have been recognized through precedent case law by the Superintendencia de Sociedades, in the fulfilment of its jurisdictional functions. For the effective declaration of an abuse of the right to vote, the aforementioned entity has established a high burden of proof which is usually satisfied through circumstantial evidence and thus shareholders face multiple obstacles to achieve its effective declaration.

The present undergraduate work aims to highlight the key points that any shareholder interested in applying the abuse of the right to vote figure must consider regarding the evidence needed for the case. This process included the study of the legislation related to the abuse of the right to vote, specifically, through the analysis of multiple decisions the Superintendencia de Sociedades has taken; which will illustrate the requisites to bestow a favorable ruling to the interested shareholder.

1 Introducción

Este proyecto desarrolla una temática que ha sido discutida en varias oportunidades en el ámbito del derecho societario, por las grandes implicaciones que ha tenido desde su surgimiento. Es importante resaltar que en Colombia se buscó innovar en este campo con la finalidad de tener una menor cantidad de trámites y mayor flexibilidad a la hora de constituir, reformar y operar sociedades. Por esto, en el año 2008 se expidió la Ley 1258, la cual introdujo un nuevo tipo societario denominado Sociedad por Acciones Simplificadas y la figura del abuso del derecho al voto:

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 una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto. La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario. (Ley 1258, art. 43, 2008)*

Esta figura busca brindar seguridad a los miembros de las sociedades en caso de que se pudiera presentar una ventaja injustificada mediante el derecho a votar en el órgano social de una sociedad, “a pesar de observarse las normas sustanciales sobre convocatoria, quórum, mayorías decisorias, etc. (...)” (Reyes, 2013, p. 135). Sin embargo, existe una inconveniencia

respecto a esta, toda vez que los presupuestos establecidos por la Superintendencia de Sociedades tienen una dificultad de índole probatorio para declarar su materialización. Es decir, el accionista que desee apelar al abuso del derecho de voto debe poseer pruebas que, en muchas ocasiones, son difíciles de obtener, dado que tal abuso se manifiesta alrededor de situaciones que, aparentemente y a la luz de la legislación aplicable, son legales.

Asimismo, dichas situaciones van acompañadas de un componente volitivo, que más adelante se expondrá, que resulta problemático desde el punto de vista probatorio, pues debe deducirse de hechos circunstanciales, es decir, debe probarse a través de pruebas indirectas. El protagonismo de la prueba indiciaria plantea serios problemas, dado que los indicios que permiten infundir una convicción varían sustancialmente de una persona a otra y el criterio decisorio se torna subjetivo y fácilmente permeable. En ese sentido, es posible que dos casos idénticos tengan soluciones radicalmente divergentes y ambas, desde un punto de vista jurídico, sean correctas y transparentes. Además, conseguir pruebas indiciarias vinculadas con las determinaciones económicas y mercantiles de un órgano social implica una labor compleja.

Estas situaciones evidencian la brecha existente entre el derecho en los libros y el derecho en la práctica. La protección de la cual gozan los accionistas al interior de los órganos sociales se encuentra debidamente plasmada en la ley; sin embargo, su aplicación y protección resulta problemática y casi imposible, debido a que la misma Superintendencia de Sociedades ha establecido unos criterios que implican demostrar el fuero interno o volitivo de la persona que esté abusando de su derecho al voto. Dicha demostración es poco factible, pues en la normalidad no se encuentra material probatorio que indique o evidencie de forma clara y directa la intención del accionista que usó su derecho al voto de manera desproporcionada. La única prueba de este tipo que se podría obtener sería una confesión del implicado, lo cual resulta improbable.

En vista de tal improbabilidad, se le impone la carga al demandante de introducir unos hechos conocidos o circunstanciales que permitan demostrar el hecho que es desconocido, debe probar a través de la prueba por indicios la efectiva materialización del abuso del derecho de voto (Devis, 1993). La prueba indiciaria resulta ventajosa en muchos casos por su versatilidad, toda vez que le permite al operador jurídico realizar una serie de razonamientos lógicos para llegar a una conclusión frente a un determinado hecho, pero por la misma cualidad puede dudarse de su objetividad por carecer de pruebas directas en estricto sentido.

Sin duda alguna, la aplicación de la figura del abuso del derecho de voto, consagrada en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, se encuentra en gran medida condicionada a la obtención de pruebas indiciarias y, en consecuencia, resulta necesario entender cómo emplearlas en el marco de un proceso ante la Superintendencia de Sociedades. Entonces, resulta necesario plantear mecanismos, especialmente de guía, para que aquellos accionistas que deseen obtener un fallo favorable en un proceso cuya pretensión es declarar el abuso del derecho de voto logren hacerlo de manera sencilla y sin rodeos. Los fallos de la Superintendencia de Sociedades que se han dictado en este respecto serán útiles para encontrar una línea de razonamiento común de los operadores jurídicos y tener claridad de los puntos relevantes para presentar pruebas dentro de un proceso de este tipo.

Es menester explicar que por medio de este trabajo se buscó analizar la figura del abuso al derecho al voto y su relación con la prueba indiciaria. Para esto se procedió a hacer una compilación de la jurisprudencia más relevante acerca de los elementos probatorios del derecho al voto y a determinar las limitaciones y complicaciones que estos conllevan, debido al elemento volitivo con el que se vinculan. Inicialmente fue necesario establecer unas bases teóricas que aclararan la noción de la prueba en general (el concepto, su finalidad y sus componentes), para poder abordar los medios de prueba que existen, incluidos los directos y los indirectos. Luego, se hizo énfasis en el derecho societario, en especial, en el abuso del

derecho al voto en general para poder aterrizar esta figura en el contexto de la toma de decisiones en una asamblea de accionistas. Por último, se recopiló alguna evidencia jurisprudencial, para evaluar las determinaciones a las que se ha llegado en esta materia.

2 Fundamentos probatorios

2.1 La prueba: finalidad y requisitos

Es fundamental empezar por mencionar que la prueba tiene una relación intrínseca con todos los actos que realiza el hombre, puesto que tiene como vocación la acreditación de un suceso acontecido en el pasado. Por consiguiente, es el mecanismo por excelencia a través del cual una parte inmersa en un conflicto jurídico pretende esclarecer un hecho para que el juez, como tercero imparcial, se lleve la convicción necesaria y falle a su favor.

Así las cosas, se hace necesario partir de lo más básico, esto es, la definición de la palabra *prueba*, que según la Real Academia Española es: “Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo” (Real Academia Española [RAE], s.f., párr. 2). Desde el punto de vista jurídico, de acuerdo con el profesor Michele Taruffo la prueba es “todo elemento idóneo para fundar una inferencia capaz de ofrecer apoyo a una aserción sobre un hecho” (Taruffo, 2002, p. 328). En la misma línea, Hernando Devis Echandía, desde una óptica procesal, señaló que la prueba judicial es “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden empelarse para llevarle al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso” (Devis, 2002, p. 15).

En ese orden de ideas, es factible afirmar que la prueba tiene una finalidad reconstructiva que dé sustento a los hechos alegados por una parte para brindar y allegar conocimiento al operador jurídico, quien proferirá las decisiones que en derecho correspondan para dirimir la controversia. En el tráfico jurídico, específicamente en el ámbito del proceso judicial, la prueba

es la herramienta a través de la cual el juez logra obtener motivos sólidos para determinar si el hecho, intrínsecamente ligado a la pretensión de las partes, es verdadero o no, y, consecuentemente, favorecer a una de ellas. Entonces, no resulta extraño que tanto la doctrina como la jurisprudencia reiterativa de las altas cortes se refieran al famoso aforismo “*idem est non esse aut non probari*”, que significa “no probar es carecer de derecho”¹. Dicho de otro modo, sin pruebas no será posible acreditar ni evidenciar los derechos que se pretenden reclamar en el marco de un proceso judicial.

En el caso particular de este estudio resulta conveniente expresar que en muchas ocasiones los accionistas de una determinada sociedad sufren vulneraciones a sus derechos, pero carecen de sustento probatorio para evidenciar dicha vulneración. Por ejemplo, hay situaciones que los obligan a vender su participación en el capital social de la compañía pese a que la actividad económica de esta sea lucrativa² y que su deseo subsiste en permanecer recibiendo utilidades a prorrata de esta. Por ende, en aras de brindar una sólida guía de apoyo a todos aquellos accionistas que deseen acudir a la figura del abuso del derecho de voto, es esencial analizar elementos como la carga de la prueba, los hechos que probará el accionista interesado y el medio o los medios de prueba idóneos que sirvan para generar certeza o conocimiento sobre el ejercicio de un abuso del derecho de voto.

Antes de abordar el estudio jurisprudencial y legal es preciso elaborar una breve introducción a las diferencias que emanan entre la prueba directa e indirecta, y presentar el marco jurídico que rodea el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, que contiene la figura central del presente análisis, el abuso del derecho de voto.

¹ Sobre este aforismo véase en forma amplia López (2001).

² En efecto, si bien se tienen soluciones claramente demarcadas en la normatividad colombiana para dirimir conflictos intrasocietarios, estos a veces resultan complejos en materia procedimental y probatoria. De manera que, consciente o inconscientemente se emplean a menudo *divorce mechanisms* o mecanismos de divorcio, propios del derecho estadounidense, como *buyouts*, *fairest sell bid* o *shoot-outs*. Sírvase como referencia Armour, Hansmann y Kraakman (2009, p. 15).

2.2 Medios de prueba directos e indirectos

En la doctrina y en la jurisprudencia existe una amplia variedad de clasificaciones atinentes a la prueba; aquella que se refiere al objeto de esta, por su pertinencia y aceptación generalizada, resulta no solo de mucha utilidad para el tráfico jurídico en general, sino para efectos conceptuales del presente trabajo. Esta clasificación tiene dos grandes categorías, las pruebas directas y las pruebas indirectas, y depende de dos criterios, a saber: la percepción del juez y el hecho por probar.

2.2.1 La percepción del juez

Bajo este criterio se afirma que la prueba directa es aquella que le permite al juez, a través de cualquier sentido, percibir una determinada evidencia para corroborar el hecho que se pretende probar. En concordancia con esto, el único medio de prueba directa es la inspección judicial, que implica que el juez de manera directa se desplace hasta el lugar de la ocurrencia de los hechos para analizar el material probatorio al que haya lugar³.

Ahora bien, también se encuentra la prueba indirecta, que es aquella en la cual, mediante los diversos medios de prueba, por ejemplo, una confesión o un testigo, el juez percibe los hechos. Por ende, todos los medios de prueba, salvo la inspección judicial, son pruebas indirectas, entre ellas la prueba por indicios. No obstante, como se verá a continuación, la clasificación que cobra relevancia para este trabajo es la del criterio que atiende al hecho por probar.

³ A consideración personal, la inspección administrativa en materia societaria que puede adelantar la Superintendencia de Sociedades en virtud del artículo 87 de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 152 del Decreto 19 de 2012 se asemeja a la inspección judicial. No obstante, la investigación administrativa, en estricto sentido, no es un medio de prueba, sino que es un proceso especial que se puede adelantar ante la Superintendencia de Sociedades para que esta acuda a la sede principal de la compañía para determinar si, efectivamente, hubo quebrantamiento de las normas legales y estatutarias por parte de los administradores. Sobre este tema se puede profundizar, sin embargo, no es el objeto de estudio del presente documento, pero resultaba importante hacer la semejanza.

2.2.2 El hecho por probar

Bajo esta óptica se entiende que la prueba directa es aquella en la cual existe identidad entre el hecho que se quiere probar y el hecho objeto de la pretensión. Por ejemplo, en un proceso de capitalización en el cual se pretende probar que la misma resulta abusiva por ser innecesaria y cuyo único fin era diluir a uno de los accionistas mayoritarios, la parte interesada (sujeto activo-accionista mayoritario afectado) aporta una prueba documental, puntualmente, el acta de la asamblea donde se aprueba la capitalización, para evidenciar que la misma carece de fundamentos financieros, pues en esa misma reunión se presentaron estados financieros y resulta evidente que la compañía no requería una inyección de capital. Como se puede observar en el ejemplo, el hecho que soporta el tema de prueba es que el sujeto activo actúa como accionista de la compañía en la cual se realiza una capitalización abusiva la cual lo diluye frente a sus coasociados, y, precisamente ese es el hecho que el sujeto activo quiere probar ante el juez. Se muestra identidad en ambos elementos y, por tanto, es una prueba directa que atiende al hecho por probar.

Por otra parte, la prueba será indirecta cuando no existe identidad entre el hecho que se quiere probar y el hecho que sustenta la pretensión. En este escenario se presenta un hecho principal o hecho indicado y hechos circunstanciales o hechos indicadores que permiten acreditar el hecho principal, es decir, los indicios. Así, entonces, se complementa el ejemplo anterior, en tal caso (la capitalización abusiva) se debe probar, también, la intención dañosa e ilegítima con base en la cual se quiere efectuar la capitalización y, en tal caso, resulta menester acudir a hechos circunstanciales que evidencien esa intención dañosa, uno de ellos sería la existencia de un conflicto intrasocietario entre los accionistas minoritarios y el accionista mayoritario afectado. Lo anterior, se puede probar mediante una prueba testimonial en donde el representante legal de cuenta de la tensión existente entre los bloques accionarios.

Ante tal afirmación es preciso identificar que existen varios tipos de indicios.

2.2.2.1 Indicios necesarios

Un indicio necesario es aquel que al presentarse permite, sin duda alguna, aseverar la ocurrencia del hecho indicado. En otras palabras, basta con la existencia de un hecho indicador para inferir el hecho indicado, pues hay una relación de causalidad sólida; sin embargo, en la práctica resulta difícil encontrar tales situaciones. A modo de ilustración resulta pertinente mencionar que hace algún tiempo cuando había una concepción (hecho indicador) esto implicaba que se habían tenido relaciones sexuales (hecho indicado), pero tal afirmación ha perdido solidez y validez debido a las nuevas técnicas de procreación.

2.2.2.2 Indicios contingentes

El indicio contingente sucede cuando es imperativo contar con una pluralidad de hechos indicadores (circunstanciales) para probar la ocurrencia del hecho principal o indicado. El artículo 242 del Código General del Proceso (2012)⁴ señala que para probar el hecho indicado o principal se debe contar con los siguientes elementos:

2.2.2.2.1 Pluralidad de hechos

Implica la necesidad de contar con múltiples hechos indicadores que confluyan para acreditar la presencia de un hecho indicado o principal. Como sucede con el abuso del derecho de voto, lo cual se verá más adelante, no basta con un solo hecho indicador para predicar la existencia de tal abuso; se deberá contar con múltiples indicios, entre ellos, la existencia de un conflicto intrasocietario, la percepción de un provecho a favor de quien vota abusivamente, el menoscabo económico para quien fue vulnerado por el ejercicio del derecho de voto de manera abusiva, entre otros.

⁴ “**Artículo 242. Apreciación de los indicios.** El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso” (Ley 1564, art. 242, 2012).

2.2.2.2.2 *Concordancia*

Al hablar de concordancia se hace referencia a una característica propia que deben reunir los hechos indicadores, esto es, que no se excluyan entre sí. Por ende, los siguientes hechos no serían concordantes:

1. El accionista mayoritario, obrando en nombre propio y representación, votó a favor de una capitalización que diluye al accionista minoritario, dado que la compañía requería liquidez.
2. Esa decisión fue adoptada sin permitir al accionista minoritario ejercer su derecho de voto, pues no fue convocado.
3. La decisión quedó registrada en el libro de actas de la sociedad
4. El accionista minoritario (el que se diluye) hace muchos años había otorgado poder especial, amplio y suficiente a su abogado (de manera indefinida) para que le representara en todas las reuniones de la asamblea general de accionistas y en el acta se evidencia que el abogado compareció a la reunión y votó a favor de la capitalización.

El supuesto anterior es meramente ejemplificativo y exagerado, pero la idea es demostrar que entre el hecho dos y el cuatro no existe concordancia, puesto que se excluyen y, en consecuencia, no cuentan con la solidez necesaria para acreditar el hecho principal (abuso del derecho de voto).

2.2.2.2.3 *Convergencia*

La convergencia, aunque muy similar a la concordancia, hace referencia a que todos los hechos indicadores apunten al hecho indicado. En el ejemplo anterior, los hechos serían convergentes si el apoderado del accionista minoritario hubiese votado en contra de la decisión y de ahí se podría desplegar una argumentación en relación con los móviles determinantes para la capitalización. Por ejemplo, analizar si efectivamente la compañía requería la inyección de

capital o era capricho del accionista mayoritario para percibir una ventaja. Como lo afirmó el profesor Jairo Parra Quijano (2015):

“[...] En realidad la concordancia y la convergencia, son dos conceptos distintos, la concordancia es un predicado de los hechos indicadores, es decir, de los hechos probados por los otros medios de prueba, se ensamblen, y en cambio la convergencia consiste en el desplazamiento del razonamiento indicando desde distintos hechos indicadores el hecho investigado o por establecer”. (p. 31)

Entonces, la convergencia implica que los hechos puedan permitir esa inferencia lógica y racional del juez para concluir que el hecho indicado sí aconteció.

2.2.2.2.4 *Gravedad*

La gravedad hace referencia a la solidez del nexo causal entre los hechos indicadores y el hecho indicado, es decir, que exista una relación sólida entre estos que permitan aseverar su existencia. Esto implica que el hecho indicador o los hechos indicadores se perfilen como la causa más probable del hecho indicado.

Con todo, la prueba directa, como se mencionó, es aquella que logra presentarle los hechos al juez de manera expedita e instantánea. Lo anterior sucede cuando *“hay un único elemento de prueba, cuyo resultado, junto con su objeto, pueden describirse mediante una proposición que coincide en su contenido con la que constituye la hipótesis sobre el hecho”* (Taruffo, 2002, p. 256). Por lo tanto, el juez logra acreditar el hecho de una manera más inmediata, sin que se deban realizar inferencias a partir de pruebas circunstanciales o secundarias, dado que la prueba por sí sola ofrece toda o casi toda la información necesaria para tomar una decisión en lo que a derecho se refiere. Los medios probatorios directos por excelencia son la inspección judicial, la confesión, el testimonio y el documento, que por sí mismos dan cuenta del hecho que se busca demostrar en el proceso.

La virtud que emana de los medios de prueba directos es la objetividad⁵, a través de la cual el operador jurídico recibe la narración de los hechos que se encuentran relacionados con el objeto de la pretensión, la cual es suministrada de manera personal por el órgano de la prueba. En particular, en materia societaria, uno de los aspectos fundamentales que se deben probar en el marco de un proceso es tener un interés legítimo sobre la pretensión que se ventila ante la delegatura de la Superintendencia de Sociedades.

Por ejemplo, un medio idóneo para acreditar que un accionista o administrador es titular de una parte del capital social de la compañía es la prueba documental⁶, como un Certificado de Existencia y Representación de la compañía, un título accionario o la copia del libro de registro de accionistas. En este caso, una parte pretende confirmar un hecho puntual (ser accionista o administrador) y lo logra mediante un documento que evidencia ese hecho, el cual es entregado al juez sin aristas, quien puede hacer una valoración más inmediata.

De igual forma sucede con un incumplimiento contractual. Para el efecto, se acude al documento que consagra la voluntad de las partes (contrato) y el hecho incumplido que puede ser la falta de entrega material de un bien o la no prestación de un servicio, lo cual puede ser probado con testimonios, extractos bancarios, registros fotográficos, entre otros. En ese escenario las pruebas evidencian de forma directa el hecho afirmado que, correlativamente, sustenta la pretensión⁷. Sin embargo, es importante recalcar que las partes no siempre encontrarán un medio de prueba directo que fundamente los hechos de su pretensión.

Es ahí que surgen las pruebas indirectas, aquellas que demuestran la existencia de un hecho o circunstancia diferente al que se afirma como fundamento de la pretensión, pero sirven para acreditarlo. A través de la prueba indirecta el juez no logra observar por sí solo el hecho

⁵ Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-074 (2018), M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez señaló: “[...] En la valoración de los medios de prueba directos, como sucede con las declaraciones de parte y terceros procesales, el campo de intervención del juez es menor, en virtud del principio de inmediación [...]”.

⁶ Nótese que con fines eminentemente conceptuales se añaden ejemplos prácticos.

⁷ Véase al respecto la obra de Peláez (2019, p. 341).

principal, puesto que este último no se encuentra representado en un insumo material o testimonial que permita su acreditación⁸. Por consiguiente, la prueba se encuentra fundada en hechos circunstanciales para que, a través del razonamiento lógico, se acredite el hecho soporte de la pretensión.

Bajo esta categoría aparece la prueba circunstancial o la prueba de indicio, que tiene un componente lógico, crítico y subjetivo, pues consiste principalmente de inferencias lógicas que mediante una relación causal busca demostrar a partir de lo conocido lo desconocido. Para ilustrar este elemento cabe mencionar un caso puntual de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 5 de agosto de 2013, rad. 66682-31-03-001-2004-00103-01, en la cual se señaló:

“En efecto, dada la naturaleza misma del negocio que se espera descubrir, caracterizado por haberse realizado en la privacidad de los contratantes y con la firme intención de que permaneciera oculto, es de esperarse que no se hayan dejado mayores vestigios de su existencia; de ahí la dificultad de demostrarlo mediante probanzas directas. No obstante, las máximas de la experiencia constituyen un mecanismo eficaz e irremplazable a fin de determinar la presencia de ese negocio secreto.

[...] Así las cosas, es a través de la inferencia indiciaria como el sentenciador puede, a partir de hechos debidamente comprobados y valorados como signos, arribar a conclusiones que no podrían jamás revelarse de no ser por la mediación del razonamiento humano. De ahí que a este tipo de prueba se le llame también circunstancial o indirecta, pues el juez no tiene ningún contacto sensible (empírico) con el hecho desconocido, pero sí con otros que únicamente el entendimiento humano puede ligar con el primero. Son entonces los testimonios, declaraciones, confesiones, documentos, o cualquier otro tipo de prueba directa, valorados en conjunto, lo que permitirá arribar –por medio de la inferencia indiciaria– al hecho desconocido pero

⁸ Una línea similar de planteamientos en materia probatoria es sostenida en la obra de Carnelutti (1944, p. 402).

cognoscible que quedó en la estricta intimidad de los contrayentes por propia voluntad”.

De igual forma, la no contestación de la demanda o el comportamiento procesal de las partes devienen un insumo fundamental que puede valorarse como indicio en el marco del proceso, como lo sostiene el artículo 280⁹ del Código General del Proceso (2012). En ese orden de ideas, la prueba indirecta, puntualmente la prueba de indicio resulta de gran utilidad en el tráfico jurídico, aunque no se debe olvidar que esta consta de componentes subjetivos derivados del razonamiento lógico del juez, como dispone el artículo 242 del Código General del Proceso: **“ARTÍCULO 242. APRECIACIÓN DE LOS INDICIOS.** *El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”* (Ley 1564, art. 280, 2012).

Pese a que la ley es clara al señalar que se debe tener en consideración la gravedad, la concordancia y la convergencia de los indicios en relación con los demás medios de prueba, estas concepciones pueden variar de forma significativa de una persona a otra. Por lo tanto, un mismo conglomerado de sucesos pueden indicar el acaecimiento del hecho principal y resultar en un fallo favorable para el demandante o todo lo contrario según el operador jurídico. Es precisamente esa valoración e introducción de elementos lógicos por parte del juez que llegan a generar incertidumbre e, inclusive, inseguridad jurídica.

A partir de lo hasta aquí expuesto, es posible pasar ahora a presentar una breve conceptualización jurídica del abuso del derecho de voto para luego ahondar en el estudio jurisprudencial de este asunto.

⁹ El artículo en mención reza lo siguiente: **“Art. 280. Contenido de la sentencia.** La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. **El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella** [...]” (Ley 1564, art. 280, 2012, subrayado y negrita fuera del texto).

3 Abuso del derecho en la teoría general del derecho

Las relaciones sociales van avanzando conforme va avanzando la historia, pero es común que los postulados jurídicos se queden rezagados, y es fundamental que el derecho se vaya actualizando con la sociedad y con sus formas de interacción y pensamiento. Uno de estos avances son los derechos que cada vez más reclaman las personas, y que se van integrando al ordenamiento jurídico para ser protegidos por el Estado. La figura o teoría del abuso del derecho es resultado de dichos avances¹⁰ (Cuentas, 1997).

Esta teoría tiene como fundamento la premisa que sostiene que los derechos no son ilimitados y que, al predicar la existencia de un derecho propio, esta implica la existencia de un deber correlativo de respetar el derecho ajeno. Como expresó Monroy Cabra (1996), referenciado en Morgestein (2017), se entiende que *“la doctrina del abuso de los derechos, la cual, dentro de las varias cuestiones que plantea, se encuentra la de determinar si se incurre en responsabilidad cuando en el ejercicio de un derecho propio se lesiona un interés ajeno”* (p. 197). El mismo autor expuso en su obra que hay diferentes criterios para determinar si existe un abuso del derecho:

- (i) El intencional o subjetivo, el cual se basa en el ejercicio de un derecho con intención de dañar, es decir, abusar de un derecho es cometer un dolo civil, (ii) El económico, el cual sostiene que se abusa de un derecho cuando se ejerce contrariando sus finalidades socioeconómicas, es decir, sin utilidad alguna, (iii) El del balance de intereses, que afirma que habrá ejercicio abusivo de un derecho, si el daño ocasionado por el ejercicio de la respectiva facultad es superior al perjuicio social resultante de la lesión de un

¹⁰ Este artículo de Enrique Cuentas Ormachea plantea: “Una ley universal que rige los fenómenos sociales y físicos es su constante mutación. El fenómeno jurídico no escapa a esta ley y así como la sociedad cambia su organización en el decurso del tiempo, los derechos que rigen la vida social también experimentan un continuo movimiento de renovación” (1997, p. 463). El autor agregó: “La teoría del Abuso del Derecho es el resultado de tales cambios. Surge como una figura jurídica resultante de la evolución del derecho que refleja la evolución de la vida social donde surgen nuevas instituciones, nuevas relaciones sociales y, por ende, nuevas relaciones jurídicas, nuevas concepciones del derecho” (1997, p. 464).

derecho reconocido por las leyes, y (iv) El funcional, cuyo autor es Josserand, quien sostuvo que el ordenamiento jurídico concede derechos a las personas para que sean ejercidos con el fin de cumplir los fines económicos y sociales que les son propios. (Morgestein, 2017, p. 200)

En otras palabras, el abuso del derecho se puede entender como el uso de un derecho que se posee para generar un daño, que resulta mayor que el daño que se generaría al restringir dicho derecho (Morgestein, 2017). Por otro lado, Cuentas (1997) mencionó tres criterios que componen esta figura; en concordancia con lo expuesto por Morgestein (2017) se refirió a la intención de dañar¹¹ y a la desviación de un derecho de su función social¹², pero agregó que se compone de la “*falta de un interés serio y legítimo*”¹³ (Cuentas, 1997, p. 472).

3.1 Abuso del derecho en Colombia

En Colombia las instituciones han buscado proteger el ejercicio de derechos, que es considerado un acto legítimo y está debidamente tutelado por el ordenamiento jurídico, específicamente por el artículo 95¹⁴ de la Constitución Política de Colombia (1991). Sin embargo, en el mismo artículo se plantean algunas limitaciones para todos los ciudadanos

¹¹ “La intención de dañar a que aluden Josserand y Porcherot, incide en caracterizar el abuso del derecho por el móvil del acto constituido por ‘la intención de perjudicar’. No interesa que esa intención sea el único móvil del acto o el motivo preponderante del mismo. Este criterio se apoya en que la garantía para ejercitar nuestro derecho no se nos otorga para que dañemos a otros; si lo hacemos estamos abusando de nuestro derecho” (Cuentas, 1997, p. 471).

¹² “Duguit fundamenta el derecho como función social manifestando que el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco lo tiene, pero todo hombre, en la sociedad, tiene cierta función que cumplir, cierta tarea que ejecutar y esto es, precisamente, el fundamento de la regla que se impone a todo; de donde resulta que todos los actos contrarios a esa función del individuo son socialmente reprimidos y los actos encaminados al cumplimiento de esa función son socialmente protegidos” (Cuentas, 1997, p. 473).

¹³ “Otro criterio es el relacionado con la falta de un interés serio y legítimo que planea el tratadista Raymundo Saleilles. Según este: ‘Un acto cuyo efecto solo puede ser el perjuicio a otro, sin un interés serio y legítimo para quien ejercita su derecho, jamás constituirá uso lícito de ese derecho’. Las objeciones que se formulan a esta tesis son: a) que no prescinde de adoptar una concepción primordialmente subjetiva, pues la medida de la utilidad de un acto está en relación al interés que tenga el sujeto que lo ejercita, por lo que Josserand la tachó como una fórmula utilitaria; b) que la fórmula es bastante vaga porque es difícil, en cada caso concreto, establecer cuándo un interés pueda ser tachado de ilegítimo y falto de seriedad; e) porque resulta ineficaz, ya que a cualquier sujeto le será fácil alegar un interés como móvil de su acto tachado como abusivo” (Cuentas, 1997, p. 472).

¹⁴ “Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades” (Constitución Política de Colombia, art. 95, 1991).

respecto a la facultad de ejercer derechos, en vista de que estos no son absolutos y que se deben “*respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*” (Constitución Política de Colombia, art. 95, 1991).

A la regla-excepción mencionada se vincula la teoría del abuso del derecho en Colombia, la cual se materializa cuando un sujeto ejerce un derecho que en principio es legítimo de manera desproporcionada, desmedida y sobrepasando los fines inicialmente establecidos por el legislador, o como diría Cuentas (1997), desviando el derecho de su función social. Esa extralimitación permite señalar como ilícito el ejercicio de un derecho, y de ella nace una prerrogativa en el artículo 830 del Código de Comercio¹⁵ (1971) que señala el ejercicio abusivo de derechos como una fuente obligacional para resarcir los perjuicios originados. A lo anterior se suma el pronunciamiento de la Corte Constitucional del año 2013 en el que se determinó en términos generales cuándo se incurre en un abuso del derecho:

(i) Aquel que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquel que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue. (Sentencia C-258, 2013)

Es posible afirmar que la teoría del abuso del derecho no es una novedad en el ordenamiento jurídico nacional, y que sus bases se estructuran en normas de gran importancia de la sociedad como la Constitución Política (1991) y el Estatuto Mercantil (1971). Sin embargo, la organización de una teoría especializada en materia societaria y estrictamente dirigida al abuso

¹⁵ El artículo en mención señala lo siguiente: “**Artículo 830. Abuso del Derecho - Indemnización de Perjuicios.** El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause” (Decreto 410, art. 830, 1971).

del derecho del voto al interior de los órganos sociales apareció hasta el año 2008 con la Ley 1258¹⁶, la cual se enfoca en las Sociedades por Acciones Simplificadas, pero que extiende sus disposiciones a las sociedades establecidas en el Código de Comercio (1971), según el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011¹⁷ y el artículo 24, numeral 5 del Código General del Proceso (2012).

¹⁶ “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 una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.

La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario” (Ley 1258, art. 43, 2008).

¹⁷ “Artículo 252. Atribución de facultades jurisdiccionales. Las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades, por el artículo 44 de la Ley 1258 de 2008, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, procederán respecto de todas las sociedades sujetas a su supervisión” (Ley 1450, art. 252, 2011).

4 Abuso del derecho en la adopción de decisiones del máximo órgano social

Los accionistas cuentan con diferentes prerrogativas que son inherentes a dicha calidad, salvo en algunas excepciones. Una de las más importantes es el derecho a votar, pues es el mecanismo por excelencia para que cada asociado manifieste su voluntad a favor o en contra de una determinación según sus intereses. El voto se caracteriza por la igualdad, la universalidad y la proporcionalidad que subyacen de su ejercicio:

La igualdad es cualitativa y no cuantitativa. En la sociedad colectiva, a pesar de que sus partes de interés pueden ser de valor desigual, la igualdad se pone en altorrelieve por la circunstancia de que cada socio tiene derecho a un voto. En las sociedades por cuotas y por acciones, esa igualdad cualitativa se refuerza con el hecho de que unas y otras son de valor igual y cada una confiere a su titular un voto. La universalidad se traduce en la vocación de todo asociado a decidir con su voto todas y cada una de las determinaciones del órgano supremo de la sociedad. Y la proporcionalidad depende de la vinculación del asociado a la compañía, vale decir, de la menor o mayor aportación de capital. (Narváez, 1998, p. 341)

El derecho a votar representa el poder que tiene cada accionista para intervenir en las decisiones que son adoptadas en los órganos sociales, las cuales encaminan el curso que siguen las compañías. Lo anterior aplica siempre y cuando se hayan respetado los parámetros legales y estatutarios de convocatoria, cuórum y mayorías, es decir, las reglas del juego establecidas para tomar decisiones dentro de la compañía.

Con base en esto, conviene delimitar el ejercicio legítimo de votar que cada asociado ostenta y la extralimitación de este. La extralimitación del derecho de voto se concibe cuando un asociado utiliza su derecho como un instrumento para materializar sus intereses egoístas e ignora los de los coasociados y, más importante aún, los de la compañía. La figura bajo estudio se introdujo en el ordenamiento tras la promulgación de la Ley 1258 de 2008, cuyo artículo 43

establece la regla general según la cual los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Este mismo artículo dispone que 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.

Si bien fue la Ley 1258 de 2008 la que introdujo las reglas atinentes al abuso del derecho de voto, estas no se circunscriben exclusivamente a las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), debido a la extensión provista para todas las sociedades supervisadas por la Superintendencia de Sociedades en virtud del artículo 252 de la Ley 1450 de 2011¹⁸ y el artículo 24, numeral 5 del Código General del Proceso (2012). Sin embargo, es preciso destacar que la sanción que se establece para un abuso del derecho en las sociedades incluidas en el Código de Comercio (1971), no sería la nulidad del acto realizado, como se estableció para las Sociedades por Acciones Simplificadas, sino: *“Artículo 830 del Código de Comercio de Colombia - Decreto 410 de 1971. Abuso del derecho-indemnización de perjuicios. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que causa”* (Decreto 410, art. 830, 1971). Esto se debe a que la norma que dio paso a que el abuso del derecho al voto se pudiera aplicar para las sociedades del Código de Comercio (1971) es una norma específicamente procesal, y una sanción no podría ampliarse por una norma de este tipo, menos cuando no se especifica cuál sería la sanción aplicable.

En ese orden de ideas, resulta conveniente afirmar que, a priori, una determinación adoptada dentro del órgano social debidamente convocado y bajo todas las normas sustanciales que cobijan dicha reunión es legal, y les correspondería a los asociados afectados contar con el material probatorio suficiente para demostrar los móviles egoístas e ilegítimos subyacentes de

¹⁸ “Artículo 252. Atribución de facultades jurisdiccionales. Las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades, por el artículo 44 de la Ley 1258 de 2008, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, procederán respecto de todas las sociedades sujetas a su supervisión” Ley 1450, 2011, art. 252).

dicha determinación. En Sentencia No. 800-073 del 19 de diciembre de 2013 la Superintendencia de Sociedades se refiere a la figura del abuso del derecho de voto y sus elementos volitivos de la siguiente manera:

“La acreditación de un elemento volitivo, vale decir, la intención de provocar un daño o de obtener una ventaja injustificada, cuya acreditación se configura con la existencia de alguno o algunos de los siguientes elementos: la existencia de un conflicto societario, el patrón de conducta del bloque mayoritario y/o la justificación ofrecida”.

Con el fin de ahondar en materia conceptual sobre esta figura se procede a explicar las tres situaciones que han predominado en la doctrina y en la jurisprudencia, y que son calificadas como constitutivas de abuso del derecho de voto.

4.1 Manifestaciones del abuso de derecho

4.1.1 Abuso de mayoría

El abuso de mayoría se presenta cuando el bloque de accionistas mayoritarios o el accionista mayoritario toma una decisión que bien puede beneficiarlo a él mismo, al bloque mayoritario, a determinados asociados o a terceros, lo cual prescinde de la primacía del interés social. La ilicitud de dicha determinación se focaliza en la vulneración del equilibrio jurídico o igualdad que debe existir entre los asociados, a pesar de que unos cuenten con mayor participación accionaria dentro de la compañía. Como lo expresó Henao (2014) en su artículo *El abuso de la posición jurídica del socio*:

“La situación de igualdad de los socios dentro de una compañía exige de estos una actuación guiada por los parámetros de conducta de la buena fe y la fidelidad, lo que significa que el ejercicio de tales derechos en su propio interés, cuando tenga incidencia en la conformación de la voluntad social desde sus órganos, no se puede

contraponer al interés de la sociedad, como persona jurídica, sin atentar contra la propia personalidad de la sociedad”. (p. 101)

La igualdad jurídica de una compañía puede clasificarse como interna o externa. Por un lado, la igualdad interna se quebranta cuando se lesiona la igualdad de derechos consagrados por los estatutos sociales a todos los asociados. Un claro ejemplo de dicha situación es cuando la adopción de una decisión busca beneficiar única y exclusivamente al accionista o accionistas mayoritarios, verbigracia, la aprobación de la remoción de un accionista minoritario de la junta directiva con el fin de reducir la inherencia de este en las decisiones que encaminan el giro de la compañía.

Por otro lado, la igualdad externa se infringe cuando los accionistas minoritarios son desprovistos de beneficios económicos, a pesar de que el accionista o los accionistas mayoritarios sí gocen de estos indirectamente, es decir, a través de una relación externa al contrato social. Por ejemplo, cuando se aprueba la celebración de un contrato que contemple un valor desmesurado e inviable financieramente para la compañía con un tercero vinculado a los accionistas mayoritarios, con el fin de que estos reciban un beneficio económico (coima) por dicho contrato.

En ambos casos, la igualdad jurídica entre los asociados se atropella por el poder que los accionistas mayoritarios ostentan en la determinación de directrices al interior de los órganos sociales. No obstante, tal situación *per se* no configura un abuso del derecho de voto; se le tendría que sumar el móvil determinante que los accionistas mayoritarios tuvieron para adoptar la decisión, y demostrar que esta les genera beneficios injustificados, o a los terceros relacionados, y causa daños a los demás accionistas. De hecho, Henao (2014) explicó que para existir el abuso del derecho no importa de qué posición provenga, solo requiere de un elemento volitivo determinante:

El abuso tanto de la mayoría como de la minoría requiere para su concreción legal el concurso de un elemento subjetivo y objetivo; esto quiere decir que es indispensable la intención de obtener un provecho personal y, simultáneamente, el deseo de ocasionar un perjuicio al interés social con el correlativo incumplimiento del deber de fidelidad. (p. 104)

4.1.2 Abuso de posición paritaria

El abuso de la posición paritaria se cataloga como la obstrucción a la toma de decisiones sociales, que inhibe la aprobación de disposiciones que pueden beneficiar a la compañía de una u otra manera. En las sociedades en las que el capital social se encuentra distribuido de manera homogénea en dos bloques accionarios, ningún bloque por sí solo cuenta con el poder decisorio suficiente para adoptar decisiones, pese a que en alguno se encuentre el administrador de la sociedad. Si uno de estos bloques comienza a incumplir los deberes impuestos por la ley y los estatutos, el otro se vería impedido para iniciar una acción social de responsabilidad, toda vez que no se tendría la mayoría suficiente para invocar dicha acción.

En este escenario el comportamiento reprochable recae en el no hacer de uno de los bloques accionarios, que ignora su deber de cooperación para la ejecución de decisiones que buscan promover el debido desarrollo de la compañía. Esa posibilidad de obstruir decisiones es conocida como el derecho de veto que, si bien configura un legítimo derecho del accionista que lo ostenta, no puede ser empleado con el fin de causar un daño u obtener ventajas injustificadas. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades en Sentencia No. 800-54 del 14 de mayo de 2015 manifestó:

*“En los casos de paridad la actuación abusiva se produce cuando un asociado se vale de la posibilidad de obstruir la toma de decisiones, con el propósito de causar un daño u obtener una ventaja injustificada. Así las cosas, se puede concluir que **el ejercicio***

abusivo del derecho de voto no solo se configura cuando se ejerce para la adopción de decisiones, sino que también se configura cuando el voto es negativo e impide la adopción de las mismas". (Negrita y subrayado fuera del texto)

En resumen, el abuso del derecho de voto no solo se presenta cuando uno o varios accionistas se conglomeran con el fin de adoptar una decisión que traería exclusivamente beneficios para ellos, también se materializa cuando el voto es utilizado con el fin de obstruir de manera injustificada la toma de decisiones sociales. En todo caso, es preciso señalar que no todo ejercicio legítimo del derecho de veto constituye un abuso, pues se debe acreditar que la obstrucción a la toma de una decisión estuvo motivada por un móvil ilegítimo y que dicha decisión ocasionó perjuicios a la compañía o al coasociado¹⁹.

4.1.3 Abuso de minoría

El abuso de minoría se asemeja al abuso de la posición paritaria; en ambos casos la conducta reprochable se circunscribe al bloqueo en la toma de decisiones al interior de los órganos sociales. Lo que pasa en esta situación es que los asociados minoritarios no ejercen su voto para inhibir la toma de decisiones que resultan de especial importancia para la sociedad, y, por tanto, generan repercusiones negativas para su buen funcionamiento²⁰. Al respecto el profesor Jorge Hernán Gil (2010) afirmó:

“Es evidente que por virtud de la necesaria concurrencia del voto del minoritario en la toma de ciertas decisiones esenciales, debido al establecimiento estatutario de

¹⁹ “La situación de igualdad de los socios dentro de una compañía exige de estos una actuación guiada por los parámetros de conducta de la buena fe y la fidelidad, lo que significa que el ejercicio de tales derechos en su propio interés, cuando tenga incidencia en la conformación de la voluntad social desde sus órganos, no se puede contraponer al interés de la sociedad, como persona jurídica, sin atentar contra la propia personalidad de la sociedad” (Henao, 2014, pp. 101-102).

²⁰ “En relación con el abuso de la minoría, este puede presentarse con ocasión del ejercicio de los derechos de la minoría en sentido estricto, esto es, aquellos que se han concedido en función de la existencia de determinados porcentajes de capital; o, en sentido amplio, en relación con el ejercicio de los derechos individuales o esenciales del socio, sin que sea relevante el porcentaje de capital que representen, ya que basta con que se acrediten las causas previstas para su utilización” (Henao, 2014, p. 116)

mayorías bastante calificadas, la negativa a aprobar la decisión implica un “veto” a la operación proyectada, y si este resulta necesario para el desarrollo o salvaguarda de los derechos sociales, y si la negativa es injustificada, el socio minoritario deberá resarcir los perjuicios que sufra la sociedad y los consocios, al no poder realizar la operación debatida”. (pp. 89-91)

Se debe anotar que los accionistas minoritarios en muchas ocasiones se encuentran supeditados al mandato de los accionistas mayoritarios o controlantes. En consecuencia, el derecho de veto o voto negativo busca tutelar los intereses de los accionistas minoritarios y permitirles tener poder decisorio a pesar de su baja participación en el capital social. Por eso, la carga probatoria del accionista mayoritario que pretenda instaurar una acción judicial por abuso de mayoría es tan alta, pues debe ir acompañada de un móvil desleal y abusivo para que pueda predicarse la materialización del abuso del derecho de voto por el accionista minoritario. En cuanto a esto, la Superintendencia de Sociedades en Sentencia No. 800-50 del 8 de mayo de 2015 dictó:

“[...] Debe llamarse ahora la atención sobre las dificultades conceptuales que conlleva restringir, por vía judicial, el ejercicio del derecho de veto. El problema radica en que cualquier límite que se imponga respecto del uso de esta prerrogativa puede desdibujar su función como mecanismo de protección de asociados minoritarios. Si el juez no tiene en cuenta factores tales como la finalidad para la cual fue conferido el veto o el trasfondo real de las relaciones entre los asociados, podrían frustrarse las expectativas económicas legítimas de los minoritarios. Puede ocurrir entonces que un asociado quede indefenso ante la conducta oportunista del controlante”.

5 Sentencias de la Superintendencia de Sociedades sobre abuso del derecho de voto

5.1 Análisis jurisprudencial

Una vez analizado el marco teórico que rodea los medios de prueba directos e indirectos, así como el abuso del derecho de voto, se procederá a realizar un análisis jurisprudencial de los diversos fallos emitidos por la Superintendencia de Sociedades, como juez especializado en la materia. Lo anterior, con el fin de evidenciar si efectivamente los elementos identificados componen la materialización del abuso del derecho de voto en casos reales, y de resaltar cuáles son los medios o los tipos de prueba utilizados por el sujeto activo y cuáles tuvieron mejor acogida por el funcionario de la delegatura de la Superintendencia de Sociedades para emitir su determinación.

Para efectos de esta sección es importante mencionar que en el sitio web de la Superintendencia de Sociedades solo hay 12 sentencias desde el 2013 que traten el tema del abuso del derecho de voto. Sin embargo, no todas son relevantes, pues las más actuales se dedican simplemente a hacer referencia a las primeras sentencias que sentaron la teoría y los preceptos de este tema en materia judicial, por lo que estos fallos se mencionarán y enunciarán, pero no se revisarán a fondo.

5.1.1 Sentencia 800-000073 de 2013. Serviucis S. A. vs. Nueva Clínica Sagrado Corazón S. A. S.

En este caso en particular, la Superintendencia de Sociedades entra a estudiar una situación en la cual Serviucis S. A., como sujeto activo de la pretensión y accionista minoritario, intenta impugnar la decisión que lo remueve de la Junta Directiva de la Nueva Clínica Sagrado Corazón S. A. S., (en adelante, NCSC S. A. S.); decisión que fue tomada al interior de la Asamblea General de Accionistas de esta última. Serviucis S. A. durante todo el litigio sostuvo que su remoción carecía de fundamentos fácticos razonables; sin embargo, NCSC S. A. S.

afirmaba que la razón principal para adoptar dicha determinación fue la constante inasistencia del representante legal de Serviucis S. A. a las reuniones de la junta.

La Superintendencia de Sociedades tuvo que analizar los motivos por los cuales se había decidido retirar a Serviucis S. A. de la Junta Directiva y determinar si los derechos de voto se habían ejercido de manera desmedida. Así mismo, valoró si dicha remoción constituía un perjuicio para el accionista minoritario, y, a su vez, generaba una ventaja injustificada para el accionista mayoritario o si la única intención para ejercer el voto en tal sentido era lesionar al accionista minoritario. Con estas indagaciones buscaba dictaminar si en efecto la remoción adolecía de nulidad absoluta por abuso del derecho de voto.

Como se pone de manifiesto en los puntos estudiados por la Superintendencia de Sociedades, el móvil o la finalidad que incentiva al accionista a votar, así como los perjuicios ocasionados y beneficios percibidos sin justificación, constituyen la prueba vehemente para determinar el abuso o no del derecho de voto. Una vez evaluado todo el material probatorio la entidad afirmó que, si bien el artículo 198 del Código de Comercio (1971) permite la libre remoción de administradores por parte de la Asamblea General de Accionistas y en este caso concreto todas las formalidades impuestas por la ley se cumplieron a cabalidad, no podía ignorarse que tal remoción constituía un grave perjuicio para el accionista minoritario.

Dicho perjuicio se genera porque el accionista minoritario es privado, sin razón aparente, de su participación en la Junta Directiva; la cual es considerada por la jurisprudencia reiterativa de la Superintendencia de Sociedades como un mecanismo idóneo para proteger los intereses de los accionistas minoritarios, puesto que les permite estar informados y tomar posición respecto a las decisiones adoptadas. A juicio de la entidad, se alinearon múltiples elementos probatorios para determinar que el voto ejercido para remover a Serviucis S. A. de la Junta Directiva se encontraba viciado por el interés premeditado de provocar daño a este último.

Para el dictamen la Superintendencia de Sociedades destacó: “La existencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de determinaciones que perjudiquen a un accionista minoritario” (Sentencia No. 800-000073, p. 28) y, al no encontrar motivos suficientes para la adopción de la decisión, afirmó que la única razón aparente era el deseo del bloque mayoritario de tener control absoluto en la Junta Directiva y a su vez ocultar información del accionista minoritario. En conclusión, la Superintendencia de Sociedades declaró la nulidad absoluta de la decisión de remover a Serviucis S. A. de la Junta Directiva de NCSC S. A. S.

Se puede evidenciar que durante todo el análisis jurídico, específicamente el probatorio, la Superintendencia de Sociedades analizó con particular detalle el conflicto intrasocietario existente entre ambas organizaciones como punto de partida para dictaminar si efectivamente hubo un abuso desmedido del derecho de voto. Si bien un conflicto intrasocietario no es en esencia una prueba directa que permita evidenciar un abuso del derecho de voto, sí puede tomarse como un indicio (prueba indirecta) de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de una determinación en contravía de los intereses del accionista minoritario.

Serviucis S. A., como sujeto activo de la pretensión, hizo una buena labor al evidenciar el deterioro de las relaciones personales y comerciales con el accionista mayoritario de NSCS S. A. S., es decir, Inversiones Hospitalarias y Clínicas S. A. S. (en adelante, IHC), representado legalmente por Mauricio Vélez Cadavid. El éxito de la pretensión de Serviucis S. A. radicó en probar que su representante legal, el señor Edwin Gil Tobón, tenía una relación comercial y personal estrecha con el señor Mauricio Vélez Cadavid, la cual, inclusive, fue heredada de sus padres, pero que se comenzó a deteriorar notablemente por discrepancias en decisiones comerciales y societarias tomadas al interior de NSCS S. A. S. y en otros vehículos jurídicos en los cuales eran asociados.

Tal situación se probó a través de dos elementos, por un lado, testimonios que dieron fe de la buena relación que en algún momento tuvieron los señores Vélez Cadavid y Gil Tobón, y por el otro, las actas de la Asamblea General de Accionistas y de la Junta Directiva que evidenciaban que todas las proposiciones realizadas por Serviucis S. A., pese a ser relevantes y para nada descabelladas, eran bloqueadas por IHC. En todo caso, estas pruebas no eran suficientes para concluir de forma absoluta que la determinación impugnada había sido abusiva. Por consiguiente, resultó imperativo examinar las condiciones bajo las cuales la decisión fue adoptada para corroborar si existió una intención lesiva, por lo que se debieron estudiar los hechos de la reunión ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de NCSC S. A. S. del 26 de marzo de 2012, en la que se aprobó la remoción de Serviucis S. A. de la Junta Directiva.

En primer lugar, a finales del 2011 los señores Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid tuvieron un acercamiento para negociar la venta de las acciones que ostentaba Serviucis S. A. en el capital social de NCSC S. A. S. a IHC, con el propósito de finiquitar su relación comercial de manera definitiva, toda vez que las discrepancias existentes entre ellos eran cada vez más constantes y argüidas. No obstante, Serviucis S. A. optó por no vender, lo cual molestó notablemente al señor Mauricio Vélez Cadavid, pues el valor de venta propuesto por el señor Edwin Gil Tobón no representaba el valor real de la compañía para ese entonces.

Posteriormente, en la junta directiva del cierre de año se hizo una presentación financiera y de mercado por parte de una comisión de expertos ajena a los accionistas, que evidenció el valor real de la compañía, el cual difería, de forma sustancial, de lo que venía proyectando el señor Vélez Cadavid. En esta reunión el señor Edwing Gil Tobón se dio cuenta de que el señor Vélez Cadavid le estaba mintiendo acerca de los resultados financieros de la compañía con el fin de obtener una oferta por parte de Serviucis S. A. considerablemente baja.

Tres meses después se celebró la reunión ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de NSCS S. A. S en la cual el señor Mauricio Vélez Cadavid, en su calidad de representante legal de IHC, ejerció los derechos políticos correspondientes al 70 % de las acciones en circulación de NSCS S. A. S., y propuso modificar la composición de la Junta Directiva con el fin de remover a Serviucis S. A. y nombrar al señor Jorge Arango en su reemplazo. Sobre este punto particular se deben resaltar dos elementos fundamentales:

1. El señor Jorge Arango era muy buen amigo del señor Vélez Cadavid y, en consecuencia, representaba un aliado al interior de la junta directiva para IHC.
2. De conformidad a los estatutos sociales de NCSC S. A. S., la junta directiva es elegida por un término de dos años. Para Serviucis S. A. ese término se cumplía en el año 2013, sin embargo, fue removido por el poder decisorio del accionista mayoritario de manera anticipada e intempestiva.

Con base en los hechos citados, la Superintendencia de Sociedades puntualizó los aspectos fundamentales que rodearon la materialización del abuso del derecho de voto en este caso. En primer lugar, se refirió al menoscabo percibido por el accionista minoritario, quien, como antiguo miembro de la Junta Directiva, cuenta con un interés económico legítimo y vigente en la compañía, por lo que su remoción implicaba un detrimento en la cantidad de información sobre NCSC S. A. S. que puede percibir como miembro de junta. Por otra parte, resaltó la percepción de beneficios por parte de IHC al contar con un aliado más al interior de la Junta Directiva y eliminar el poder decisorio y de conocimiento que ostentaba su “enemigo”, Serviucis S. A. Por último, estableció que la decisión adoptada por IHC tiene un fundamento ilegítimo, esto es, menoscabar los derechos de Serviucis S. A. con miras a forzarlo a vender su participación y/o ocultarle información sobre el comportamiento financiero de NCSC S. A. S.

De esta manera, se puede concluir que nunca existió una prueba directa que permitiera comprobar las malas intenciones de IHC para remover a Serviucis S. A. de la Junta Directiva.

No obstante, sí existieron hechos circunstanciales que sirvieron de fundamento para evidenciar el elemento volitivo ilegítimo subyacente de tal decisión, así como las repercusiones a futuro que esta podía acarrear para el sujeto activo.

5.1.2 Sentencia 800-20 de 2014. Capital Airports Holding Company vs. CAH Colombia S. A.

En la Sentencia 800-20 de 2014 el despacho de la Superintendencia de Sociedades estudió el abuso del derecho en una serie de decisiones adoptadas al interior de la Asamblea General de Accionistas de CAH Colombia S. A. (en adelante CAH) para aprobar una capitalización. Esta fue aprobada por uno de los accionistas minoritarios de CAH, Azzaro Internacional S. A. (en adelante Azzaro), el cual a través de una reunión por derecho propio ratificó una emisión primaria de acciones sin sujeción al derecho de preferencia, que lo convirtió en el accionista mayoritario, posición que antes detentaba Capital Airports Holding Company (en adelante CAHC).

Por este motivo, CAHC instauró una demanda ante la Superintendencia de Sociedades apelando al abuso del derecho de voto, con el fin de solicitar la nulidad de las decisiones adoptadas en la reunión en la cual su participación accionaria se diluyó sin justificación financiera ni fáctica. Si bien el conflicto principal en este caso era la capitalización abusiva, la Superintendencia de Sociedades consideró pertinente adoptar un análisis concerniente al abuso del derecho de voto, dado que los accionistas minoritarios de CAH ostentaron de manera transitoria el poder mayoritario de votación durante la reunión por derecho propio.

En ese orden de ideas, el despacho debió considerar si la capitalización generaba perjuicios para CAHC, lo cual se confirmó dado que esta organización fue desprovista de su posición mayoritaria de manera forzosa y sin recibir contraprestación alguna por la prima de control que ostentaba. Si bien el despacho encontró como lesiva la decisión de capitalizar a CAHC, dicho

motivo no constituye por sí solo un fundamento jurídico que permita declarar la nulidad absoluta de las decisiones adoptadas en la reunión por derecho propio. En consecuencia, se debió examinar si dicha determinación fue adoptada por Azzaro con la intención predeterminada de causar daños a CAHC y de obtener un beneficio de manera injustificada.

Los argumentos planteados por Azzaro para justificar la necesidad imperante de capitalizar la sociedad consistían, a grandes rasgos, en la necesidad de aumentar la liquidez de CAH con miras a continuar desarrollando su objeto social y principal de fundación. Al respecto, el despacho encontró los siguientes elementos de juicio:

1. La razón de ser de CAH fue la participación en un proceso licitatorio de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, en el cual la sociedad CAHC y el señor Mario Pinzón Bohórquez decidieron participar, y ganaron. Entonces, CAH fue el vehículo jurídico a través del cual el señor Pinzón y CAHC utilizaron para llevar a cabo el desarrollo del contrato otorgado.
2. Mediante un acuerdo de accionistas, CAH y el señor Mario Pinzón Bohórquez acordaron que CAH ostentaría el 52 % de la participación en el capital social de la compañía y el 48 % restante lo ostentaría el señor Pinzón de manera directa o indirecta. La mayor parte del porcentaje accionario del señor Pinzón quedó en cabeza de Azzaro, en la cual este concentra sus inversiones en el país, como se evidencia en la siguiente tabla.

Tabla 1. Composición de capital de CAH Colombia S.A.

| Accionista | Porcentaje de participación |
|--|------------------------------------|
| Capital Airports Holding Company | 52% |
| Azzaro Internacional S.A. ⁵ | 47.88% |
| Mario Pinzón Bohórquez | 0.04% |
| Nelson Andrés Rengifo | 0.04% |
| Oscar Javier Hernandez | 0.04% |
| Total | 100% |

Fuente: (Sentencia No. 800-20, 2015)

3. En el transcurso de los años 2009, 2010 y 2011 los accionistas de CAH comenzaron a plantearse la posible participación en licitaciones futuras; sin embargo, en un memo de entendimiento entre los accionistas quedó plasmado que CAHC no haría nuevas inversiones para el funcionamiento de CAH, puesto que CAHC pertenecía en gran medida a inversionistas provenientes de la República Popular China y estos no querían seguir tomando riesgos inherentes al desarrollo de proyectos por fuera de su país.
4. Como consecuencia de la negativa por parte de CAHC para financiar el desarrollo y el crecimiento de CAH, el señor Pinzón quiso terminar los vínculos comerciales con esta y les propuso a los inversionistas chinos diversas alternativas para el efecto, como la venta de sus acciones en CAH o la escisión de la compañía. A partir de este momento se iniciaron una serie de discusiones, conciliaciones y acercamientos entre CAHC y Azzaro para zanjar sus diferencias o liquidar completamente sus relaciones comerciales, sin embargo, ninguna de las soluciones propuestas satisfacía completamente a ambas partes.

CAHC con miras a solucionar y terminar, de una vez por todas, el conflicto con Azzaro, específicamente con el señor Pinzón, le informó a este que tenía un posible comprador y que requería su aprobación. No obstante, la propuesta no le pareció bienaventurada al señor Pinzón, pues era él quien quería apoderarse del 100 % del capital social de CAH.
5. El 2 de abril de 2012 a las 10:00 a.m. se celebró la reunión por derecho propio de la Asamblea General de Accionistas de CAH, como consta en el acta N.º 13 de los libros sociales. A esta reunión asistieron los siguientes accionistas:

Tabla 2. Asistentes a la reunión por derecho propio

| Accionista | Porcentaje de participación |
|---------------------------|------------------------------------|
| Azzaro Internacional S.A. | 47.88% |
| Mario Pinzón Bohórquez | 0.04% |
| Total | 47.92% |

Fuente: (Sentencia No. 800-20, 2015)

6. En la reunión mencionada se tomaron dos decisiones que afectaron negativamente a CAHC, por un lado, el aumento del capital autorizado de CAH y la modificación de la Junta Directiva, que removió a los representantes de CAHC, y, por el otro lado, la aprobación de la instrucción a la Junta Directiva de CAH para llevar a cabo una emisión primaria de acciones sin sujeción al derecho de preferencia, que solo se ofreció a Azzaro.
7. El 18 de abril de 2012 se celebró la reunión de la Junta Directiva, en la cual se aprobó el reglamento de emisión y colocación de acciones de CAH para ofrecerle la suscripción de 1 107 708 acciones de CAH a Azzaro, lo cual le dio el 55 % de participación en el capital social y, en consecuencia, diluyó a CAHC del 52 % de participación al 44,9 %.

Por todo lo anterior, la Superintendencia de Sociedades encontró material probatorio suficiente para declarar como abusiva la capitalización de CAH a través de los supuestos del ejercicio abusivo del derecho de voto, pues todos los elementos concurrían. Es decir, hubo una adopción de decisiones valiéndose de una posición mayoritaria al interior de la Asamblea General de Accionistas, la adopción de dichas decisiones causó un perjuicio para uno de los accionistas, y las decisiones adoptadas tenían como único fin causar daño y obtener ventajas injustificadas para el accionista o grupo de accionistas que ejercieron el derecho de voto.

Dichos elementos fueron probados mediante los dos tipos de prueba, directa e indirecta. La directa aplicó para demostrar que, efectivamente, la capitalización abusiva causaba perjuicios a CAHC, puesto que perder casi tres puntos porcentuales sin razón aparente en el capital social de CAH representa un menoscabo financiero por el cual no se recibió ninguna compensación. Por su parte, la prueba indirecta demostró mediante hechos circunstanciales que entre Azzaro y CAHC se venían presentando múltiples roces comerciales hasta el punto de ocasionar un conflicto intrasocietario. Como ya se probó, este conflicto se cataloga como un indicio de suma relevancia para probar los móviles determinantes que incentivaron a un accionista a tomar una decisión ilegítima.

Lastimosamente, aunque el despacho encontró que con todo el material probatorio aportado en el caso se podía hacer una declaratoria de nulidad absoluta de las determinaciones adoptadas en la reunión por derecho propio al acreditar que sí hubo un abuso del derecho de voto, dicha acreditación no se debió a las actuaciones y el sustento probatorio presentado por el demandante. Según la Superintendencia “el demandante no soportó, adecuadamente, los fundamentos jurídicos de sus pretensiones”, por lo que esta corporación tuvo que desestimar las pretensiones de CAHC, al no existir concordancia entre la pretensión entablada por el demandante y la fundamentación jurídica que realizó. Además, la declaratoria de la nulidad de las decisiones solicitada por el demandante con base en la causa ilícita acarrearía la vulneración de su derecho de defensa, pues “el apoderado de la sociedad demandada no habría contado con la oportunidad de defenderse contra dichos argumentos”.

De este análisis se concluye que son dos los elementos que deben coexistir para que se materialice el abuso del derecho de voto, la adopción de una determinación que ocasione un daño o perjuicio al accionista minoritario y que correlativamente genere un beneficio al accionista mayoritario, y que la decisión tuviera como intención generar esos males. Así mismo, se evidencia que el elemento que fundamentó la efectiva materialización del abuso del derecho de voto es el volitivo y que, por tanto, el sujeto activo debe acreditar, mediante hechos circunstanciales, que existen móviles determinantes que rodean la adopción de la decisión y la relación entre las partes.

5.1.3 Sentencia 801-136 de 2015. Martha Cecilia López vs. Comercializadora G.L. S. A. S., Luis Enrique Gil Builes y Distribuidora del Kamino S. A. S.

En el 2015 la Superintendencia de Sociedades estudió un caso de abuso del derecho de voto en el que la señora Martha Cecilia López, quien actuó como sujeto activo de la demanda, buscaba declarar la nulidad de las decisiones tomadas en la asamblea ordinaria de socios de la

Comercializadora G.L. S. A. S., consignadas mediante las acta N.º 06 del 15 de mayo de 2014 y N.º 07 del 06 de junio de 2014, pues estas fueron adoptadas con el ejercicio del derecho al voto de manera abusiva, y con el fin de defraudarla y causarle daños.

En el litigio la demandante sostuvo que el señor Luis Enrique Gil Builes abusó de su calidad de accionista mayoritario para excluirla forzosamente de la participación de la sociedad Comercializadora G.L. S. A. S. Por su parte, el señor Gil sostuvo que él había propuesto cederle a ella la totalidad de sus acciones a título gratuito, dado que el aporte de industria de la señora para adquirir sus acciones en Comercializadora G.L. S. A. S. fue deficiente, y que la decisión de aprobar la enajenación global fue un recurso al no encontrar ninguna otra alternativa.

En vista de estas declaraciones la Superintendencia de Sociedades analizó las razones por las cuales se había excluido forzosamente a la señora López de la sociedad Comercializadora G.L. S. A. S. a través de la enajenación global de activos, lo cual podía configurar un ejercicio abuso del derecho de voto con el fin de excluir injustificadamente a la accionista minoritaria. Cabe aclarar que la señora López contaba solo con el 40 % de las acciones, mientras el señor Gil ostentaba la titularidad del 60 % restante. En atención a lo mencionado, fue fundamental determinar si la prerrogativa del señor Gil le causó perjuicios a la compañía, a alguno de sus accionistas o le sirvió para obtener una ventaja injustificada.

Cabe detallar que debido al voto del señor Gil, como accionista mayoritario, se decidió en la asamblea ordinaria de accionistas que la totalidad de los activos de la sociedad Comercializadora G.L. S. A. S. pasarían a título gratuito a ser propiedad de Distribuidora del Kamino S. A. S., de la cual el señor Gil Builes es controlante. La Superintendencia consideró que este valoró de forma errónea el precio de la sociedad y que dicha valoración hizo que la señora López no recibiera compensación por su participación accionaria, por lo que se acreditó el primer presupuesto para decretar el abuso del derecho de voto, es decir, un perjuicio real para la accionista. Como material probatorio para acreditar este punto se utilizaron pruebas

directas, a saber, los libros contables de la sociedad, que dieron cuenta de cómo se había realizado la exclusión.

De forma paralela, la Superintendencia analizó la motivación que tuvo el accionista mayoritario para su actuar. La entidad identificó diferentes elementos o situaciones que indicaron la existencia de una voluntad nublada por la mala fe, ya sea de causar un daño a la accionista o de obtener un beneficio injustificados, que respaldarían el segundo supuesto para decretar el abuso del derecho de voto. Primero, se confirmó la existencia de un conflicto intrasocietario, pues ambos accionistas llevaban tiempo tratando de tomar decisiones respecto al estado deplorable de la compañía y no habían logrado ponerse de acuerdo. También, por medio de los hechos manifestados por ambas partes en el escrito de la demanda y su contestación, se demostró que estas venían teniendo constantes desacuerdos sobre la administración de la sociedad. Además, se conoció la existencia de una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación por presuntas irregularidades en actuaciones durante la administración del señor Gil.

En segundo lugar, se apeló a la argumentación del accionista mayoritario, quien afirmó que se realizó la enajenación de los activos de la sociedad para facilitar la continuada explotación de la estación de servicio que era de propiedad de la Comercializadora GL S. A. S., lo cual no se pudo corroborar, pues la explotación se continuó realizando de la misma manera. De igual forma, resultó pertinente el hecho de que la sociedad que pasó a ser dueña de los antiguos activos de la Comercializadora GL S. A. S. tiene como accionista mayoritario al mismo demandando, quien ostenta el 60 % de las acciones y el 40% restante lo posee una persona cercana a él.

Así mismo, es menester decir que la decisión de enajenar los activos de la compañía se tomó en el momento en que los socios se encontraban en una negociación que había resultado infructífera, lo cual podría indicar que la enajenación se debió a una intención del accionista

mayoritario de cumplir su voluntad. Por último, también se determinó que la valoración que se había hecho para definir el valor de los activos de la sociedad se realizó de una forma en la que no se expresa el valor real de la sociedad, pues no tiene en cuenta la explotación a futuro de la actividad económica. Por todo lo anterior, la Superintendencia de Sociedades declaró la nulidad absoluta de la enajenación global de activos aprobada por la asamblea general de accionistas de Comercializadora GL S.A.S. durante las reuniones celebradas el 15 de mayo y 6 de junio de 2014.

5.1.4 Sentencia 800-25 de 2016. Luz Stella Bedoya Henao y Andrea Catalina Sandoval Bedoya vs. Luis Humberto Sandoval Rodríguez y Cristal 2010 S. A. S.

En este caso Luz Stella Bedoya Henao y Andrea Catalina Sandoval Bedoya interpusieron una demanda contra Luis Humberto Sandoval Rodríguez (accionista mayoritario) y Cristal 2010 S. A. S. En dicho proceso se propendía a proteger a las demandantes, quienes ostentan la calidad de socias minoritarias, por un supuesto abuso del derecho de voto ejercido por el señor Sandoval en las reuniones extraordinaria de febrero de 2013 y mayo de 2015. También se buscaba que se reconocieran y pagaran a favor de las socias minoritarias mencionadas las utilidades causadas y pagadas por la venta de los apartamentos que ya no aparecen como propiedad de la sociedad Cristal 2010 S. A. S.

Las demandantes sostuvieron que el señor Sandoval ejerció abusivamente su derecho de voto durante las reuniones ordinarias celebradas el 25 de febrero de 2013 y el 15 de mayo de 2015, en las que se le designó como representante legal y se aprobaron los estados financieros de la compañía. Estas afirmaron que dichas decisiones le permitieron al socio mayoritario asumir el control pleno de la sociedad, y que estas decisiones se lograron debido a la negativa del señor de aplazar las reuniones, incluso cuando se hicieron varias solicitudes.

Para resolver el caso la Superintendencia hizo énfasis en que las demandantes no lograron demostrar cuál era el perjuicio concreto que se causó ni tampoco que el mencionado accionista se haya valido de su calidad de representante legal para obtener un beneficio propio injustificado. Además, manifestó que no era posible asegurar que en la reunión del 15 de mayo se haya ejercido abusivamente el voto con respecto a la reinversión de utilidades, pues no se encontraron pruebas de que se hubiera tomado decisión sobre este tema. Por consiguiente, la Superintendencia de Sociedades desestimó las pretensiones de la demanda al no contar con ninguno de los elementos establecidos para configurar o decretar un ejercicio abusivo del derecho de voto.

5.1.5 Sentencia 800-44 de 2014. Isabel Cristina Sánchez Beltrán vs. Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S. A. S., Jeny Marcela Cardona y Juan Carlos Cardona

En este caso en particular, la señora Isabel Cristina Sánchez Beltrán, quien actuó como sujeto activo de la demanda, buscaba declarar la nulidad absoluta de la decisión contenida en el punto ocho del acta N.º 1 del día 29 de marzo de 2012 y del acta N.º 2 del día 18 del mes de marzo de 2013, ambas correspondientes al reparto de utilidades de la sociedad Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S. A. S., debido a un ejercicio del derecho al voto de manera abusiva por los accionistas mayoritarios, que buscaba defraudarla y causarle daños a la demandante al no permitir el reparto de utilidades. Adicionalmente, solicitaba que se decretaran las utilidades en el sentido de la representación accionaria de cada uno de los socios o que en su defecto se convocara a la Asamblea General para tal fin.

La demandante sostuvo que los accionistas mayoritarios sin fundamento jurídico han impedido el reparto de utilidades generadas por la sociedad, lo cual es contrario a lo dispuesto por los estatutos de esta y a las demás normas societarias. Por su parte, los demandados

afirmaron que ni ellos ni la sociedad tenían un fin engañoso para no repartir utilidades, sino que buscaban la realización de inversiones para el cumplimiento del objeto social. Además, expresaron que no era una conducta atípica, censurable o incorrecta que una compañía buscara crecimiento, estabilidad y permanencia en el tiempo a través de capitalizaciones, más aún cuando se trataba de una compañía que llevaba tres años en el mercado.

Con el fin de resolver el litigio planteado en este caso específico, la Superintendencia recalcó la existencia de un perjuicio evidente para la parte minoritaria, pues según lo anexado en el expediente, la sociedad no había repartido utilidades desde su existencia en el mercado y había privado a la socia minoritaria de las retribuciones por su aporte social, lo cual se pudo probar a través de las actas de las asambleas generales. De forma similar a los casos anteriores, se señaló un conflicto intrasocietario en la compañía Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S. A. S., donde incluso los socios fundadores habían cortado toda relación por el incumplimiento de una cláusula de exclusividad por parte de la demandante.

Otro hecho circunstancial que contribuyó a la inferencia que se realizó fue la comprobación de las razones brindadas por los socios mayoritarios y la sociedad para la retención de las utilidades. Estos argumentaron que el hecho se debía a la inversión y realización de proyectos de expansión de la compañía, los cuales nunca pudieron ser verificados por la Superintendencia de Sociedades pues ni siquiera existió un plan de proyecto para estos.

La comprobación de estos hechos secundarios permitió inequívocamente a la corporación llegar a la conclusión de que en efecto existió una intención ilegítima de los socios mayoritarios a de causar un daño a la accionista minoritaria. Por todo lo anterior, la Superintendencia resolvió fallar a favor de las pretensiones realizadas por la señora Isabel Cristina Sánchez Beltrán.

5.1.6 Sentencia 800-46 de 2018. Edgar Orlando Corredor vs. Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla

El señor Edgar Orlando Corredor, sujeto activo de la demanda, pretendía:

“[...] Que se declare que los votos emitidos por los accionistas Juan Manuel Pinilla Corredor e Induesa Pinilla & Pinillas S. en C., en la reunión de la Asamblea General de Accionistas de la sociedad Centro de Diagnóstico Automotriz El Arauco S. A. S., celebrada el 28 de abril de 2014 fueron ejercidos con abuso del derecho de conformidad con lo previsto en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008”. (Sentencia 800-46, 2018)

En esta reunión se aprobó la creación de la Junta Directiva de la compañía, el reconocimiento y pago de unos honorarios de 2 500 000 de pesos mensuales para cada uno de los miembros de la Junta Directiva; y que la compañía asumiera todos los costos y gastos necesarios para la realización de las reuniones de la nueva Junta Directiva. En el litigio, el demandante sostuvo que el señor Juan Manuel Pinilla, en su calidad de accionista mayoritario en la sociedad Centro de Diagnóstico Automotriz El Arauco S. A. S., abusó de su posición con el fin de nombrar a sus familiares en cargos de administración con salarios sumamente altos, lo cual perjudicaba al demandante. A su vez, los demandados manifestaron que la creación de este órgano social tuvo como finalidad legítima defender los intereses de CDA El Arauco S. A. S., y que era parte de unas acciones para mejorar la administración de la compañía.

El demandante indicó que “las decisiones controvertidas tienen la virtualidad de afectar negativamente los flujos futuros de dividendos generados por CDA El Arauco S.A.S.” (Sentencia 800-46, 2018), y su apoderado:

“[...] Llamó la atención sobre la notoria desproporción entre los honorarios de la junta directiva y las utilidades repartibles producidas por la sociedad. Mientras que la remuneración fijada para los directores asciende a \$120 000 000 anuales, la sociedad

generó utilidades por apenas \$30 629 648 durante los ejercicios 2013 y 2014 (vid. Folios 70, 73 y 319)". (Sentencia 800-46, 2018)

Lo anterior dejó en evidencia que las decisiones tomadas sí afectaban de manera negativa la compañía y la inversión realizada por el demandante, por lo que se acreditó el cumplimiento del primer requisito para la declaratoria del abuso del derecho a través de la utilización de una prueba directa. Sumado a esto la Superintendencia reiteró:

“Uno de los elementos de juicio más relevantes en procesos de abuso del derecho de voto está relacionado con la existencia de un conflicto entre los accionistas de la compañía en la que se tomó la decisión controvertida. Como lo ha explicado este Despacho en repetidas oportunidades, la presencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de determinaciones que perjudicaron a uno o varios asociados”. (Sentencia 800-46, 2018)

En el presente caso se determinó que sí existía un conflicto intrasocietario con anterioridad, pero como se ha repetido este solo hecho no es suficiente para generar certeza o convencer al despacho de que sí se cometió un abuso del derecho. Por eso se recurrió, en el análisis judicial, a establecer otros elementos fácticos que permitieran complementar ese criterio. En primer lugar, se aludió a la forma tan abrupta que se utilizó para cambiar la organización de la compañía, pues en la citación para la asamblea extraordinaria ni siquiera se incluía la solicitud para discutir el tema. Otro aspecto que se tomó en cuenta como indicio de la intencionalidad del demandado fue el resultado de la composición de la Junta Directiva, pues en estos cargos quedaron únicamente el señor Juan Manuel Pinilla y sus familiares, por lo que los honorarios por asumir tales posiciones también les correspondían solamente a estos.

Un tercer hecho circunstancial que se analizó para inferir la intencionalidad ilegítima del demandado fue el monto exorbitante fijado para los honorarios de los miembros de la junta, los

cuales sobrepasaban, por mucho, las utilidades de la sociedad. Adicionalmente, la Superintendencia analizó las actuaciones de la Junta Directiva durante su tiempo de existencia para identificar si eran merecedoras de unos honorarios tan altos, de las cuales denotó gran pasividad, puesto que se limitaban a escuchar el informe de gestión del representante legal. En conclusión, la Superintendencia decidió declarar el abuso del derecho al voto, al probarse a través de prueba directa la existencia de un perjuicio de la accionista minoritaria, sumada a la evidencia de una intencionalidad ilegítima de los socios mayoritarios era ilegítima a través de una serie de pruebas indirectas.

5.1.7 Sentencia 2019-01-298217 del 8 de agosto de 2019. Sandra Beatriz Martínez González vs. Beatriz González de Martínez, César Andrés Martínez González, Claudia Patricia Martínez González, Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S. A. (Antes Metalbogotá S. A.), Sagrotran S. A. y BDM S. A.

En este caso la señora Sandra Beatriz Martínez González, sujeto activo de la demanda, propendía a la declaración de la nulidad de la decisión de la Asamblea General de Accionistas de BDM S. A., en la cual se aprobó la capitalización de esta sociedad mediante la suscripción de acciones por parte de Metalbogotá S. A. De igual manera, solicitó que se declarara la nulidad de la capitalización de Sagrotran S. A., por la misma razón, debido a la existencia de un conflicto societario entre los accionistas de Metalbogotá S. A. demandados, a saber, César Andrés Martínez González, Claudia Patricia Martínez González y Diana Marcela Martínez González. Igualmente, la demandante buscaba la declaración de nulidad de la adquisición de acciones de BDM S. A. y Sagrotran S. A. por parte de Inversiones Crest S. A. (en ese momento Metalbogotá S. A.), por haberse incumplido el régimen colombiano en materia de conflictos de interés, y por una supuesta infracción a los estatutos por parte de los administradores de Inversiones Crest S. A.

En el presente conflicto de intereses se presentaron diversas temáticas, no solo el abuso del derecho al voto, pero solo se analizará este, con la intención de no generar confusiones o desviaciones innecesarias. Cuando la Superintendencia evaluó si existió un perjuicio para la demandante o para la sociedad, determinó que del material probatorio presentado no se lograban acreditar daños, pues a pesar de que su participación en las sociedades se diluía parcialmente, esto no afectaba en realidad sus derechos políticos y económicos en la sociedad. De igual forma, estas sociedades sí estaban obteniendo ciertos beneficios generales a partir de estas capitalizaciones.

De hecho, el despacho consideró que lejos de perjudicar a la accionante, esta se vio beneficiada económicamente por las decisiones demandadas. Por lo tanto, la Superintendencia procedió a declarar improcedentes las pretensiones de la señora Sandra Beatriz Martínez González.

5.1.8 Sentencia 800-14 de 22 de febrero del 2016. Martha Omaira Cárdenas Castelblanco vs. Omar Dionisio Cárdenas Castelblanco, Luis Bernardo Cárdenas Castelblanco y Martha Omaira Castelblanco de Cárdenas

Para esta situación la señora Martha Omaira Cárdenas Castelblanco alegaba un abuso del derecho al voto por parte de Omar Dionisio Cárdenas Castelblanco, quien aprovechó al ser propietario del 50 % de las acciones de Pradera Group S. A. S. para evitar la remoción del representante legal, el señor Luis Bernardo Cárdenas Castelblanco, y la disolución de la compañía. Esta sentencia simplemente hace referencia o remisión a lo establecido en instancias anteriores como la Sentencia 800-20 de 2015, Sentencia 801-136 de 2015, Sentencia 800-44 de 2014, Sentencia 800-73 de 2013, entre otras. Entonces, la Superintendencia expresó:

“[...] este Despacho se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para controvertir actuaciones potencialmente

abusivas.1 Un demandante que invoque la utilización irregular del derecho de voto debe probar que el ejercicio de esa prerrogativa le causó perjuicios a la compañía o alguno de los asociados o que sirvió para obtener una ventaja injustificada. También es indispensable que el derecho de voto haya sido ejercido con el propósito de generar esos efectos ilegítimos. De esta forma, quien inicia una acción judicial por abuso del derecho de voto debe satisfacer una altísima carga probatoria”. (Sentencia No. 800-14, 2016)

La demandante demostró diversas actuaciones y negocios que el demandado tuvo con la sociedad:

1. Pradera Group S. A. S., por conducto de su representante legal, le transfirió a Inversiones Cari S. A. S., representada por Omar Dionisio Cárdenas, un porcentaje del derecho de propiedad sobre un inmueble denominado La Elvecia. También,
2. Celebración de un acuerdo de transacción, por virtud del cual Pradera Group S. A. S. se comprometió a pagarle a Omar Dionisio Cárdenas la suma de \$60 000 000 por concepto de la liquidación de un contrato laboral.
3. Luis Bernardo Cárdenas le cedió a Omar Dionisio Cárdenas sus derechos:

“Como arrendatario del establecimiento de comercio Hotel Ganadero de propiedad de la sociedad, con lo cual este último figura actualmente como único arrendatario [...]. De igual forma, en el expediente obra un contrato de prestación de servicios jurídicos por cuya virtud la compañía contrató a un abogado por la suma de \$60 000 000, con el propósito de tramitar diversos procesos judiciales en varios de los cuales Omar Dionisio Cárdenas figura como parte”. (Sentencia No. 800-14, 2016)

Así, se entiende que la Superintendencia no amplió más sobre la declaratoria de abuso del derecho de voto, sino que hizo un examen directo de los elementos que ya estableció para la materia, del que concluyó que sí debe haber un examen por parte del despacho al ejercicio del

derecho al voto que ha ejercido el demandado. Sin embargo, en las actas de las reuniones en donde, según la demandante, el señor Omar Dionisio Cárdenas abusó de su derecho al voto, no se advierte que la propuesta de remover al representante legal de Pradera Group S. A. S. haya sido presentada en la reunión y ni quiera se discutió al respecto, por lo que, pese a todos los indicios presentados, la Superintendencia procedió a desestimar las pretensiones de la accionante.

5.1.9 Sentencia 2019-01-298217 de 8 de agosto de 2019. Sandra Beatriz Martínez González vs. Sagrotran S. A., Claudia Patricia Martínez González, César Andrés Martínez González, Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S. A. e Inversiones Zimmer S. A.

En este caso la señora Sandra Beatriz Martínez González, quien actuó como sujeto activo de la demanda, pretendía la nulidad de varias de las decisiones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas de Sociedad Agropecuaria de Beltrán (Sagrotran S. A.) durante la reunión celebrada el 9 de abril de 2018. Estas decisiones fueron la aprobación del informe de gestión del gerente y la Junta Directiva, la aprobación de los estados financieros, la autorización e instrucción a la junta directiva para que emitiera y destinara el 100 % de las acciones en reserva de la sociedad, y la decisión de negar el inicio de una acción social de responsabilidad en contra de los administradores.

La demandante buscaba demostrar la existencia de un perjuicio para ella con las decisiones de aprobadas durante la reunión, por lo que aportó las actas de estas que actuaron como pruebas directas. Sin embargo, la Superintendencia no encontró irregularidades en estas decisiones, pues si bien hubo negocios que se realizaron que perjudicaron a la sociedad, se dispone que estos deben estar plasmados en el informe y así era, por ende, no se encontró ningún perjuicio contra la demandante.

Con relación a la pretensión de declarar la nulidad de la decisión en la que se tomó la determinación de no aprobar una acción social de responsabilidad en contra de Claudia Martínez González y César Martínez González, en su calidad de representantes legales y miembros de la Junta Directiva, y de Beatriz González de Martínez, como miembro suplente del primer renglón de la Junta Directiva de Sagrotran S. A., el despacho adujo que la demandante no señaló cuáles habían sido los deberes violados por los sujetos mencionados ni remitió material probatorio alguno para demostrar por qué estos habían abusado de su derecho al voto. En esa misma línea, la Superintendencia consideró que la capitalización de la sociedad alegada, realmente nunca se llevó a cabo, por lo que las pretensiones de la demandante frente a este punto perdieron completo fundamento.

Por otro lado, cabe destacar que la demandante se basaba en un negocio que realizaron los socios que administran esta compañía, el cual generó unos perjuicios y unas pérdidas económicas, como sustento del abuso del derecho al voto que litigaba. En todo caso, la Superintendencia explicó que no podía entrometerse en las decisiones de negocios que realicen los administradores, sobre todo si no corresponden en los elementos establecidos para declarar un abuso del derecho al voto. Por ende, la entidad declaró improcedentes las pretensiones de la demandante con relación al abuso del derecho de voto, pues no se aportaron los elementos fácticos ni probatorios para determinar que existió un perjuicio causado por las decisiones que se tomaron en las reuniones mencionadas y tampoco se logró determinar una intencionalidad ilegítima al respecto.

5.1.10 Sentencia 2019-01-299090 de 8 de agosto de 2019. Sforza Emprendimientos

S. A. S. vs. Proyecto Calle 100 S. A. S. hoy liquidada y otros

Para este caso el demandante pretendía que se declarara que un bloque de accionistas de Proyecto Calle 100 S. A. S. ejerció abusivamente su:

“[...] Derecho de voto durante la reunión extraordinaria de la asamblea de accionistas celebrada el 29 de noviembre de 2016 que consta en el acta N.º 8, donde dichos accionistas aprobaron una emisión de acciones en reserva junto con su reglamento de emisión y colocación respectiva y, por tanto, que se declare la nulidad absoluta de las citadas decisiones”. (Sentencia 2019-01-299090, 2019)

Luego de realizado el examen de la Superintendencia se concluyó que el demandante no logró demostrar cuál era el perjuicio que se buscaba generar con la emisión de acciones y la aprobación del reglamento, pues dichas acciones se les ofrecieron a todos los accionistas de acuerdo con el derecho de preferencia existente en la sociedad. Tampoco logró demostrar cuáles eran las irregularidades que mencionaba el demandante, dado que lo único que se probó fueron unos honorarios que no le fueron reconocidos por Proyecto Calle 100 S. A. S., que se derivaron de un acuerdo privado entre gestores, donde su pago se encontraba representado en metros cuadrados dentro del proyecto de construcción que desarrollaba la citada sociedad.

Con lo anterior, se determinó que las razones de la demanda provenían de unos intereses personales en dicho acuerdo y no de un perjuicio causado al accionista como tal. Además, la parte demandada, a través de las actas entregadas de reuniones anteriores, demostró que la capitalización de la sociedad tenía como propósito desarrollar la obra de construcción proyectada. Por lo tanto, se desestimaron las pretensiones del demandante.

Finalmente, en la Sentencia 2019-01-178338 de 29 de abril de 2019 se realizó el mismo examen del abuso del derecho de voto. Por esto, se pudo concluir que en la mayoría de los casos se recurre a probar la existencia de un perjuicio a través de pruebas directas como las actas de las reuniones y análisis financieros. Mientras que para poder determinar el elemento volitivo del accionista que abusó de su derecho de voto debía recurrirse a probar hechos como la existencia de conflictos intrasocietarios, la falsedad de las justificaciones brindadas para

tomar determinadas decisiones y los beneficios de aquellos que supuestamente habían ejercido el voto y excluido al accionante.

5.2 Elementos axiológicos de la pretensión que busca la declaración de abuso del derecho

Tras este análisis de la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades se logran identificar diversos elementos axiológicos que son completamente necesarios para la protección de los derechos de los socios ante un ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de otro(s) accionista(s). Estos son, por un lado, que el ejercicio del voto de ese socio(s) haya generado un perjuicio a otro(s) socio(s) o a la sociedad misma, o que este haya generado un beneficio injustificado; nada impide que estos dos ocurran al mismo tiempo. Y, por el otro lado, que ese mismo ejercicio haya estado precedido por una intencionalidad ilegítima.

5.3 Dificultades probatorias de los elementos axiológicos de la pretensión que solicita la declaración de abuso del derecho de voto

Ahora bien, respecto al tema probatorio, cabe destacar que el primero de los elementos descritos no tiene mayor dificultad, pues son hechos objetivos que pueden probarse de manera directa. A manera de ejemplo, un perjuicio para los socios o a la sociedad puede probarse a través de los estados financieros de la sociedad o de una simple operación aritmética que demuestre la disminución en el patrimonio de estos. Los medios para este fin serían la prueba pericial y la prueba documental, sin olvidar que se trata de hechos en relación con los cuales hay libertad probatoria y, por ende, cualquier medio de prueba y hecho se podrá utilizar para hacerlo.

Sin embargo, esta facilidad se desvanece a la hora de demostrar el segundo elemento, toda vez que esto involucra elementos subjetivos y volitivos que no son fáciles de exponer a través de pruebas directas. Es bastante complejo encontrar elementos probatorios que permitan dar

cuenta de una intencionalidad maliciosa o ilegítima por parte de aquel socio que ejerció su derecho al voto, como confesiones o registros. Por eso en la práctica se requiere acudir a hechos circunstanciales que permitan inferir dicho elemento volitivo.

Es importante citar la clasificación que se hace de hechos principales y hechos circunstanciales, que tiene que ver con la forma en que se conectan *“los hechos principales del litigio y el hecho que constituye el objeto material inmediato de la prueba”* (Taruffo ,2008, p. 60). El autor agregó que ambos enunciados se relacionan con el mismo hecho, pues la prueba se entiende como directa, pero cuando el medio de prueba busca acreditar un hecho distinto del cual se puede inferir el hecho principal del litigio, se estará frente a una prueba indirecta²¹. En conclusión, la Superintendencia de Sociedades, en desarrollo de una función jurisdiccional, ha expuesto que los elementos que sirven como hecho indicador para demostrar el elemento volitivo del accionista son:

- La existencia previa de un conflicto intrasocietario.
- Actuaciones que puedan tomarse como deshonestas o ilegítimas o que permitan denotar una posible actuación malintencionada al ejercer su derecho al voto. Estas podrían ser, a modo de ejemplo, la defraudación a derechos del otro u otros accionista(s) o a la sociedad misma, con el propósito de obtener ventajas que de forma legítima no podría obtener.

²¹ “El elemento esencia de esta distinción es la conexión entre los hechos principales en litigio y el hecho que constituye el objeto material inmediato del medio de prueba. Cuando los dos enunciados tienen que ver con el mismo hecho, las pruebas son directas, puesto que atañen directamente a un hecho relevante o principal: el enunciado acerca de hecho es el objeto inmediato de la prueba. Cuando, por el contrario, los medios de prueba versan sobre un enunciado acerca de hecho diferente, a partir del cual se puede extraer razonablemente una inferencia acerca de un relevante, entonces las pruebas son indirectas o circunstanciales” (Taruffo, 2008, p.)

6 Conclusiones

El derecho societario ha cobrado especial importancia en los últimos años con la expedición de la Ley 1258 de 2008, debido a su trascendencia e innovación en el tráfico jurídico. No obstante, se considera que el aspecto probatorio reviste de ciertas particularidades que, en ocasiones, no resultan tan claras y perceptibles. En dichas particularidades se fundamentó la elaboración del presente documento, como una guía de apoyo y consulta para quienes deseen acudir ante la Superintendencia de Sociedades y hacer valer los derechos que como accionistas les corresponden.

A través de la construcción jurisprudencial y teórica emprendida se buscaba responder de forma simple, concisa y efectiva la siguiente pregunta: ¿cómo se prueba el abuso del derecho de voto? Esta tarea no resultó tan sencilla, pues como se evidenció el abuso del derecho de voto implica diversos componentes volitivos que, en estricto sentido, carecen de medios idóneos para ser probados. Por consiguiente, se dilucidó que la prueba indiciaria es el medio probatorio idóneo para acreditarle al despacho de la Superintendencia de Sociedades que en el seno del máximo órgano social se tomó una decisión viciada de nulidad absoluta por abuso del derecho de voto.

Ahora bien, ¿con qué debe cumplir la prueba indiciaria?, y ¿qué indicios se deben dirigir al juez? Tales preguntas son fundamentales y sus respuestas son las que realmente en la práctica servirán como herramienta útil al momento de enfrentarse a un proceso jurisdiccional para solicitar la nulidad de una decisión con carácter abusivo.

6.1 ¿Qué indicios debo dirigir al juez?

Como se estableció en el capítulo cinco del presente análisis, se debe predicar la existencia de uno de los dos elementos axiológicos, que más adelante se exponen, para obtener una protección de derechos como socio, estos son:

1. Que el ejercicio del derecho a votar que aparenta ser abusivo haya generado un perjuicio a otro(s) socio(s) o a la sociedad misma. Sobre este punto se debe acreditar un nexo causal entre el ejercicio del derecho de voto y el daño, como sucede, por ejemplo, cuando se vota a favor de una capitalización y la consecuencia de esta es la dilución de uno de los socios.
2. Que el ejercicio del derecho de voto haya generado para el socio que vota, de manera directa o indirecta, un beneficio injustificado. Por ejemplo, cuando un socio mayoritario aprueba la celebración de un contrato oneroso, que sobrepasa la normalidad de los precios del mercado, con un tercero (allegado a él) y, a raíz de esto, el socio mayoritario recibe un beneficio.

En este caso se deben probar tres elementos, la onerosidad del contrato, lo cual se puede hacer analizando los diversos precios en el mercado y relacionándolos con el proceso; la relación entre el socio mayoritario y el tercero, bien puede ser porque el socio mayoritario es accionista directo o indirecto (a través de un familiar cercano u otra sociedad que le pertenece) del tercero o por ser amigos, conocidos, familiares lejanos, etc.; y la percepción del beneficio injustificado, que se evidencia dependiendo del tipo de relación que el accionista mayoritario mantenga con el tercero.

En el recuento jurisprudencial se dilucida que la relación entre el socio mayoritario con los terceros, en ocasiones, se da mediante participaciones accionarias. Es decir, por ejemplo, el socio mayoritario de la compañía A es accionista de la compañía Z y la compañía Z, a su vez, tiene el control sobre la compañía Y, la cual es precisamente con la cual la compañía A se encuentra contratando por disposición favorable de su accionista mayoritario. En una situación así es claro que el accionista mayoritario recibirá beneficios mediante utilidades, pues posee el control de la sociedad con la cual contrató de manera onerosa. Ante relaciones entre personas naturales la situación se complejiza, pero es factible inferir y presentarle convicciones al juez para sostener que cuando el accionista mayoritario contrata onerosamente a un amigo o

familiar, esto resulta en un conflicto de intereses y en la posible percepción de beneficios económicos.

Adicionalmente, y de manera concurrente con uno de los dos elementos axiológicos antes mencionados, se debe probar un componente volitivo, este es, la intención de obtener beneficios injustificados o causar un detrimento a los coasociados. Este es el escenario en el cual se manifiesta el ejercicio abusivo del derecho de voto y en el cual convergen los indicios traídos al proceso, este es, el hecho indicado. La intencionalidad desleal, que no se puede probar directamente, es la que el sujeto activo debe infundirle al juez mediante los diversos hechos indicadores. La siguiente tabla presenta un análisis lógico que sirve de herramienta útil para presentarle al juez los hechos indicadores y concluir en la materialización del hecho indicado.

Tabla 3. Hechos indicadores

| Hecho | Tipo de hecho |
|--|-----------------------|
| Accionista mayoritario de la sociedad A vota a favor de la celebración de un contrato de mutuo con la sociedad Z en la reunión ordinaria de la Asamblea General de Accionistas. | Hecho indicador |
| El contrato celebrado implica el pago de intereses mensuales al 2,5 % por parte de la sociedad A en favor de la sociedad Z. El mercado en general y el mercado financiero ofrecen tasas de interés más favorables, que oscilan entre el 0,75 % y el 1,5 %. | Hecho indicador |
| En el acta de la reunión sostenida se evidencia que solo el accionista mayoritario votó a favor de la celebración del contrato y en vista de su porcentaje de participación la celebración fue aprobada. | Hecho indicador |
| El accionista mayoritario es representante legal de la sociedad y socio paritario de la sociedad Y, la cual, a su vez, posee el 51 % del capital social en la sociedad B. | Hecho indicador |
| La sociedad B ostenta el control de la sociedad Z (con la cual se celebra el contrato oneroso). | Hecho indicador |
| Se evidencia una percepción injustificada de beneficios económicos para el accionista mayoritario, toda vez que indirectamente el contrato oneroso genera beneficios para la sociedad Z, la cual, a fin de año, mediante la repartición de utilidades, le genera beneficios a la sociedad Y. Consecuentemente, la sociedad Y al percibir utilidades representa un beneficio para el accionista mayoritario, pues este recibirá utilidades por ser socio paritario de esta. | Hecho indicador |
| Existe un menoscabo patrimonial para los accionistas minoritarios de la sociedad A, pues dicha sociedad al estar pagando intereses extremadamente onerosos se verá afectada económicamente. Lo anterior se traduce en la pérdida de la posibilidad de percibir más utilidades a fin del ejercicio social para los minoritarios. | Hecho indicador |
| A raíz del deseo de percibir beneficios económicos mediante sus sociedades, el accionista mayoritario de la sociedad A votó, deslealmente, a favor de la celebración del contrato oneroso. Lo cual se materializa en un ejercicio abusivo del derecho de voto. | Hecho indicado |

Fuente: elaboración propia

Como se evidenció durante el estudio jurisprudencial, los sujetos activos presentaban sus hechos de manera ordenada, lógica e interconectada para que cada hecho indicador pudiera ir infundiendo la convicción el juez de la materialización del hecho indicado (abuso del derecho de voto). Por esa razón, la tabla antes expuesta puede ser de utilidad a la hora de plasmar las ideas que se quieren presentar al juez, pues, los hechos indicadores guardan relación con el hecho indicado (abuso del derecho de voto) y, por consiguiente, sí representan un indicio grave de que el abuso en el ejercicio del voto ocurrió.

6.2 ¿Qué debe cumplir la prueba indiciaria?

Como se presentó en el segundo capítulo, la prueba indiciaria se presenta mediante la existencia de indicios contingentes, es decir, una pluralidad de hechos indicadores que permitan acreditar la existencia del hecho principal. Tales hechos indicadores, a la luz de la jurisprudencia reiterativa de la Superintendencia de Sociedades y el artículo 242 del Código General del Proceso (2012), deben cumplir con una serie de elementos: ser concordantes, convergentes y gravosos. Así, pues, al momento de recopilar los hechos indicadores el sujeto activo de la pretensión deberá verificar el estricto cumplimiento de tales elementos o de lo contrario su pretensión resultará infructífera.

En todas las sentencias estudiadas se evidencian dos denominadores comunes, la prueba por indicios como herramienta probatoria, y el cumplimiento del lleno de los requisitos elementales antes mencionados, por cada hecho probado. En el ejemplo propuesto se evidencia que todos los hechos concuerdan entre sí y que la existencia o predicación de uno no invalida al otro, además, la concurrencia de estos apunta a la materialización de un ejercicio abusivo del derecho a votar. Asimismo, los hechos narrados revisten del calificativo “grave”, por lo que todos corroborarían un ejercicio abusivo del derecho de voto. De esta manera, se cumplió con la

finalidad de establecer una guía útil y clara respecto a qué debe probar el sujeto activo y qué elementos debe tener presentes a la hora de instaurar una acción por abuso del derecho de voto.

7 Referencias

- Armour, J., Hansmann, H., y Kraakman, R. (2009). *Agency Problems and Legal Strategies* [Tesis]. Boston: Harvard Law School.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistemas de derecho procesal civil. Tomo II*. Buenos Aires: Editorial Uthea.
- Congreso de la República de Colombia. (1971). Decreto 410 del 16 de junio de 1971. Diario Oficial No. 33.339. [Por el cual se expide el Código de Comercio]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1995). Ley 222 del 20 de diciembre de 1995. Diario Oficial No. 42.156. [Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Diario Oficial No. 45.658. [Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2008). Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008. Duario Oficial No. 47.194. [Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1450 del 16 de junio de 2011. Diario Oficial No. 48.102. [Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Decreto 19 del 10 de enero de 2012. Diario Oficial No. 48.308. [Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones,

- procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Diario Oficial No. 48.489. [Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-258 del 7 de mayo de 2013. *Sala Plena de la Corte Constitucional. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia T-074 del 2 de marzo de 2018. *Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2013). Sentencia de Casación Civil del 5 de agosto de 2013. Rad: 66682-31-03-001-2004-00103-01. *Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. M.P: Ariel Salazar Ramírez*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Cuentas, E. (1997). El abuso del Derecho. *Derecho PUCP*, (51), 463-484.
- Devis, H. (1970). *Teoría General de la Prueba Judicial*. . Buenos Aires: Temis.
- Devis, H. (1993). *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II* (4.^a ed.). Caracas: Pie de Imprenta.
- Devis, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá, D.C: Editorial ABC.
- Gil, J. H. (2010). *Impugnación de decisiones societarias*. Bogotá, D.C: Legis.
- Henao, L. (2014). El abuso de la posición jurídica del socio. *Revist@ E-Mercatoria*, 13(2), 97-129.
- Larroucau, J. (2012). Hacia un Estándar de Prueba Civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 783-808. doi:10.4067/S0718-34372012000300008
- López, H. (2001). *Procedimiento civil. Tomo III: Pruebas*. Dupre Editores: Bogotá, D.C.

- Morgestein, W. I. (2017). Sobre la teoría del abuso del derecho y en especial del abuso de mayorías en el derecho societario colombiano. *Opinión Jurídica*, 16(31), 197-214. doi:10.22395/ojum.v16n31a9
- Narváez, J. I. (1998). *Teoría General de las sociedades* (8.^a ed.). Bogotá, D.C: Legis.
- Parra, J. (2015). *Algunos apuntes de la prueba indiciaria*. Obtenido de <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Apuntes%20de%20la%20prueba%20indiciaria.pdf>
- Peláez, R. (2019). *Manual para el manejo de la prueba*. Bogotá, D.C: Editorial Doctrina y Ley.
- Peláez, R. A. (2019). *Manual para el manejo de la prueba*. Bogotá, D.C: Ediciones Doctrina y Ley.
- Real Academia Española [RAE]. (s.f.). *Prueba*. Recuperado el 3 de agosto de 2020, de Diccionario de la lengua española, 23.^a ed: <https://dle.rae.es/prueba>
- Reyes, F. (2013). *SAS La sociedad por acciones simplificada* (3.^a ed.). Bogotá, D.C: Legis.
- Reyes, F. H. (2016). *Derecho Societario. Tomo I*. Bogotá, D.C: Temis.
- Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2012). Auto No. 801-0016014 del 19 de noviembre de 2012. Carlos Hakim Daccach vs. Gyptec S.A. Bogotá, D.C., Colombia.
- Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2013). Sentencia No. 800-000073 del 19 de diciembre de 2013. Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón SAS. Bogotá, D.C., Colombia.
- Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2014). Sentencia No. 800-20 del 14 de febrero 2014. Capital Airports Holding Company vs. CAH Colombia S.A. Bogotá, D.C., Colombia.
- Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2014). Sentencia No. 800-44 del 18 de julio de 2014. Isabel Cristina Sánchez Beltrán vs. Centro Integral de Atención del infractor de

tránsito S.A.S., Jeny Marcela Cardona y Juan Carlos Cardona. Bogotá, D.C. , Colombia.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2015). Sentencia No. 800-50 del 8 de mayo de 2015. Bogotá, D.C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2015). Sentencia No. 800-54 del 14 de mayo de 2015. Jovalco SAS vs. Construcciones Orbi S.A. Bogotá, D.C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2015). Sentencia No. 801-136 del 17 de septiembre de 2015. Martha Cecilia López vs. Comercializadora G.L. S.A.S., Luis Enrique Gil Builes y Distribuidora del Kamino S.A.S. Bogotá, D.C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2016). Sentencia No. 800-14 del 22 de febrero de 2016. Martha Omaira Cárdenas Castelblanco vs. Omar Dionisio Cárdenas Castelblanco, Luis Bernardo Cárdenas Castelblanco y Martha Omaira Castelblanco de Cárdenas. Bogotá, D.C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2016). Sentencia No. 800-25 del 4 de abril de 2016. Luz Stella Bedoya Henao y Andrea Catalina Sandoval Bedoya vs. Luis Humberto Sandoval Rodríguez y Cristal 2010 S.A.S. Bogotá, D.C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2018). Sentencia No. 800-46 del 11 de mayo 2018. Edgar Orlando Corredor vs. Induesa Pinilla y Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla. Bogotá, D.C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2019). Sentencia No. 2019-01-178338 del 29 de abril de 2019. Cristina Vargas Guerrero y Constanza Vargas Guerrero vs. Nicolás Vargas Guerrero y Promotora y Administradora de Sociedades y Cía. Bogotá, D.C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2019). Sentencia No. 2019-01-298217 de 8 de agosto de 2019. Sandra Beatriz Martínez González vs. Beatriz González de Martínez,

César Andrés Martínez González, Claudia Patricia Martínez González, Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S.A. (Antes Metalbogotá S.A.), Sagotran S.A. y BDM S.A. Bogotá, D.C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2019). Sentencia No. 2019-01-298217 del 8 de agosto de 2019. Sandra Beatriz Martínez González vs. Sagrotrán S.A., Claudia Patricia Martínez González, César Andrés Martínez González, Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S.A. e Inversiones Zimmer S.A. Bogotá, D.C., Colombia.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2019). Sentencia No. 2019-01-299090 del 8 de agosto de 2019. Sforza Emprendimientos S.A.S. vs. Proyecto Calle 100 S.A.S. y otros. Bogotá, D.C., Colombia.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Totta.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Barcelona: Marcial Pons.