
Inocuidad de la acción de abuso del derecho al voto en el derecho societario colombiano*

» JUAN ANTONIO GAVIRIA GIL**

RESUMEN. La Ley 1258 de 2008 consagra los abusos de voto de mayoría, paridad y minoría, permitiendo demandar la nulidad de decisiones sociales y solicitar perjuicios. Esta norma ha generado una amplia jurisprudencia. Con todo, las victorias de los accionistas oprimidos han sido pírricas, ya que, si bien obtienen la nulidad de ciertas decisiones sociales y una condena monetaria a favor, siguen presos en la compañía e inermes frente a nuevas conductas abusivas. Para que la acción por abuso del derecho al voto sea eficaz, se propone suspender votos del accionista que abusa de ellos u otorgarlos a su víctima.

PALABRAS CLAVE: abuso del derecho al voto, accionistas, derecho societario.

Ineffectiveness of the Abuse of Right to Vote's Action in Colombian Corporate Law

ABSTRACT. Article 43 of Law 1258, 2008 refers to the abuse of the rights of majority, parity, and minority, allowing to sue requesting both the nullification of corporate decisions and damages. Such a rule has triggered a voluminous case law.

* Fecha de recepción: 4 de agosto de 2023. Fecha de aceptación: 27 de marzo de 2024. Para citar el artículo: Gaviria Gil, J.A., "Inocuidad de la acción de abuso del derecho al voto en el derecho societario colombiano", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 47, julio-diciembre, 2024, 197-226. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.47.08>.

** Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia; profesor del Departamento de Derecho Privado. Doctor en Ciencias Jurídicas, American University Washington College of Law, Washington D.C., Estados Unidos. Contacto: jgaviri5@eafit.edu.co Orcid: 0000-0002-9221-8642.

Nonetheless, such success has been pyrrhic, since while claimants obtain a judgment annulling some decisions and granting damages, they continue as prisoners in the company and defenseless against new oppressions. For the action for abuse of voting rights to be effective, this text proposes suspending some voting rights of the abusing shareholder or granting them to the shareholder suffering the oppression.

KEYWORDS: abuse of right to vote, shareholders, corporate law.

Sumario: Introducción. I. El abuso del derecho al voto en sociedades colombianas. II. Estudio jurisprudencial. III. Posibles soluciones. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Antes de la Ley 1258 de 2008, el abuso del derecho en materia societaria era un tema limitado al artículo 830 c. co. y a la doctrina, con escasa aplicación en la jurisprudencia¹. En contraste, y luego de quince años de vigencia del artículo 43 de dicha ley, más de una decena de casos sobre abuso del derecho al voto se han fallado, dato al que han de sumarse las conciliaciones o transacciones motivadas por tal innovación legislativa.

El abuso del derecho al voto puede ser de mayoría, de paridad o de minoría. El de mayoría es el más común, en buena medida por cuanto gran parte de las sociedades colombianas tienen un accionista controlante². Si cumple con la carga de probar no solamente la intención de causar un daño sino también su efecto, el accionista minoritario puede pretender judicialmente tanto la nulidad de la decisión social aprobada gracias al voto abusivo como la indemnización de los perjuicios causados.

Obtener en sede judicial la nulidad de una decisión corporativa aprobada mediante abuso del derecho al voto y una condena monetaria a favor puede terminar siendo una victoria pírrica para el minoritario demandante. Para empezar, lo ob-

-
- 1 Aunque no inexistente. El artículo 830 c. co. se ha aplicado en unas pocas ocasiones en materia societaria. Véanse los laudos: (i) Jaime de la Cruz Franco Pérez y otros v. Héctor Villa Osorio, del 19 de noviembre de 2006, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Ernesto Rengifo García (presidente), Héctor Marín Naranjo y César Hoyos Salazar (verificando la existencia de un abuso del derecho y ordenando restituir a los demandantes unas acciones e intangibles), y (ii) Yepes Ávila y Cía. S. en C. y otros v. Inversiones Lopera Macías S. en C. y otros, del 3 de agosto de 2011, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Julio Benetti Salgar (presidente), Jorge Cubides Camacho y Hernando Cardozo Luna (encontrando probado un abuso del derecho por parte de los mayoritarios que generó un desmedro patrimonial a los minoritarios y a la propia sociedad, y decretando una indemnización a cargo de los accionistas responsables y, solidariamente, de los administradores).
 - 2 Véase Reyes, F., *Corporate Governance in Latin America. A Functional Analysis*, New Orleans, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1005208>. Véase también Medellín, S., “Abuso del derecho de de mayorías: lecciones para la aplicación del régimen de opresión de minoritarios en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 56, 2016, 1: “En Colombia uno de los mecanismos de mitigación *ex post* más significativos en la protección de los derechos de las minorías resulta ser el abuso del derecho de voto”.

vio: este accionista invirtió esfuerzo y tiempo considerables en el litigio, y también asumió unas expensas que el reconocimiento de costas y agencias en derecho no siempre compensan totalmente. De mayor importancia, las decisiones cuya nulidad se declara pueden haber sido solo unas pocas, con el agravante de que el minoritario en cuestión continúa “preso” en la misma compañía –cuando sus acciones carecen de liquidez– e inerme frente a posibles abusos futuros del mayoritario, que ya habrá adquirido experiencia sobre cómo perfeccionar sus técnicas de opresión para que estas sean menos vulnerables ante futuras acciones judiciales.

Un ejemplo es útil. Un típico caso de abuso del derecho al voto de mayoría ocurre cuando el accionista controlante se niega, tal vez por venganza, capricho u odio hacia el minoritario, o quizás para forzarlo a enajenar sus títulos a un bajo precio, a repartir tan siquiera una fracción de las utilidades de la compañía, a pesar de que estas son cuantiosas, de que el dinero reposa ociosamente en cuentas bancarias de bajo rendimiento y de que los planes de negocio en los cuales invertir los excedentes brillan por su ausencia³. Asíumase que el minoritario demanda exitosamente, con lo cual se declara la nulidad de la decisión que ordenó reinvertir las utilidades, junto con una orden judicial de repartir un mínimo de dividendos más una condena contra el mayoritario por perjuicios adicionales. Pero esta reversión de la decisión social será aplicable solo para unos pocos ejercicios contables anuales que, aun con una rápida justicia societaria, se habrán cerrado al menos hace tres o cuatro años. En el futuro, con la lección aprendida del proceso, el mayoritario encontrará otras formas de oprimir al minoritario, por lo que resultará cada vez más complejo para este demandar las nuevas decisiones perjudiciales; sin descartar que, por fatiga mental y financiera, o por carencia de tiempo, quizás ya no quiera litigar más. El minoritario habrá ganado el esprint, pero el mayoritario triunfará en la maratón.

Una situación similar puede ocurrir en otros casos de abuso de mayoría, como capitalizaciones con dilución de minoritarios, la que ocurre por ausencia de derecho de preferencia en la emisión, por falta de liquidez del minoritario para suscribir la proporción que le corresponde o por ser la prima en colocación de acciones inexistente o muy baja⁴. Otros ejemplos son los relacionados con nombramiento de junta directiva, enajenación global de activos, aprobación de acuerdos viciados de nulidad o aprobación de decisiones inspiradas en fines altruistas que poco contribuyen a la rentabilidad corporativa en el largo plazo.

Si bien con menos frecuencia, estas victorias pírricas también pueden ocurrir en abusos de paridad o de minoría. En el caso de la paridad, el socio que bloquea todas las propuestas, y que pierde un proceso ante el juez societario, podrá luego seguir

3 Los hechos del ejemplo son muy similares a los de la sentencia, que se referencia más adelante, en el caso 5. Isabel Cristina Sánchez Beltrán v. Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S., Jeny Marcela Cardona y Juan Carlos Cardona, 18/07/2014, n.º 800-44, 2012-801-061.

4 Véase Jorge Moreno v. Astaf, laudo del 13 de diciembre de 2017, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Jesús Vall de Ruten Ruiz (presidente), Mateo Peláez García y Omar Rodríguez Ayala.

con su actitud pasiva y perpetuadora del *statu quo*, a lo mejor ahora con una asesoría legal más sofisticada que fortalezca sus abstenciones o votos negativos frente a ataques procesales. En cuanto al abuso de minoría, el accionista que ha sido derrotado en juicio por ejercer un veto con la intención y el efecto de perjudicar a la mayoría podrá seguir siendo un obstáculo para sus socios, ingeniándose nuevas excusas para oponerse a sus proyectos, en busca con ello, tal vez, de que sus acciones sean compradas rápidamente y a un precio mayor que el correspondiente al valor de su inversión.

Aunque el diseño normativo es mejor que el existente hasta el 5 de diciembre de 2008, ello no impide detectar que los remedios por acciones de abuso del derecho al voto son poco eficaces. El propósito de este texto de investigación es identificar el problema ya descrito en las acciones por abuso del derecho al voto y dejar planteadas algunas soluciones, de las cuales la más eficaz sería la que se sugiere como reforma legislativa, consistente en que el juez societario pueda conceder temporalmente mayores derechos de voto al asociado que interpone exitosamente una acción por abuso del derecho al voto, o bien reducir, asimismo durante cierto plazo, los derechos de voto del asociado demandado perdedor. El artículo propone que el juez societario pueda conceder como remedio, a favor del accionista perjudicado por el abuso ya descrito, mayores derechos de voto durante cierto período. Esta reforma podría no solo tener un efecto disuasivo en aquellos potencialmente interesados en abusar de su voto social, sino también incentivar a los que temen ser víctimas de esta opresión a ser accionistas de una SAS o a mantenerse en tal condición.

Este artículo se basa en una metodología dogmática propositiva. Es dogmática puesto que basa su análisis en la lectura de una muestra significativa de autos y sentencias de la Superintendencia de Sociedades y de laudos arbitrales, como también de doctrina sobre el tema; mientras que es propositiva en cuanto propugna un cambio en las normas sobre abuso del derecho al voto, fundado en el diagnóstico de la poca efectividad de las reglas actuales en la protección de accionistas oprimidos.

Sobre la jurisprudencia consultada, la página de la Superintendencia de Sociedades, accedida el 20 de julio de 2023⁵, registra 26 sentencias y autos sobre abuso del derecho al voto en SAS⁶. En nota al pie se enumeran los autos, y luego las sentencias, ordenando las providencias en orden cronológico⁷. Solo se incluyen los autos de

5 <https://www.supersociedades.gov.co/web/procedimientos-mercantiles/jurisprudencia-mercantiles>

6 A estos fallos ha de agregarse uno más: el auto en el proceso Luis Helí Tovar v. Embotelladora del Huila, auto 2016-800-98. Caycedo *et al.* encuentran 17 sentencias y 8 autos sobre abuso del derecho al voto de mayoría, que según ellos constituyen la totalidad de las sentencias promulgadas entre 2012, año en que se creó la Delegatura de Procedimientos Mercantiles (hoy de Jurisdicción Societaria), y 2021. Véase Caycedo *et al.*, “El estándar de revisión en la acción por abuso del derecho de voto: un análisis funcional”, *Anuario de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, 2022.

7 (1) Autos sobre abuso del derecho al voto en SAS desde el año 2013: (1.1) Luis Helí Tovar v. Embotelladora del Huila, Auto 2016-800-98, enajenación global de activos de la demandada a su accionista mayoritario, otorgando medida cautelar que suspende la enajenación; (1.2) María Victoria Solarte Daza v. CSS Constructores S.A., Carlos Alberto Solarte Solarte, Luis Fernando Solarte Morcillo,

Carlos Andrés Solarte Enríquez, Claudia Bibiana Solarte Enríquez y Paola Fernanda Solarte Enríquez, 17/02/2015, n.º 800-2730, 2015-800-14, capitalización de dividendos, otorgando medidas cautelares; (1.3) Édgar Orlando Corredor Ospina v. Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla Corredor, 18/06/2015, n.º 800-8536, 2015-800-128, nombramiento junta directiva con remuneración, otorgando medida cautelar solicitando pruebas documentales; (1.4) Crear Calle 81 S.A.S v. Upper Side S.A.S., Investments Villa S.A.S. en liquidación, Inversiones Persea S.A.S., Ignacio Fernández Galván, Gregor Potschick, Aileen Sasson, Javier Coria, Cesar Boal, Diego Andrés Camelo, Ana Carolina Cruz, Carolina van der Meulen, Antonio Lorente, Christian Victoria y Mario Sánchez, 20/04/2016, n.º 800-6051, 2016-800-95, otorgando medidas cautelares suspendiendo decisión de asamblea de accionistas que aprobaba tanto estados financieros como un proyecto de distribución de utilidades; (1.5) Inversiones de Gases de Colombia (Invercols) S.A. v. Gases del Caribe S.A. E.S.P., Promigas S.A. E.S.P. y Primeother S.A.S., 26/05/2016, n.º 800-8378, 2016-800-129, inscripción de acciones en el Registro Nacional de Valores y Emisores y la Bolsa de Valores de Colombia, otorgando medida cautelar suspendiendo esta inscripción. (2) Sentencias sobre abuso del derecho al voto en SAS desde el 2013: (2.1) Serviucis S.A. v. Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., 19/12/2013, n.º 800-73, 2012-801-052, remoción miembro junta directiva; (2.2) Capital Airports Holding Company CAH Colombia S.A., 27/2/2014, n.º 800-20, 2012-801-029, asambleas de derecho propio aprobando capitalización y cambios en junta directiva, desestimando las pretensiones del demandante por haber elegido la vía procesal incorrecta, pero aceptando el juez sus argumentos sustanciales, lo que permitió a esta parte lograr posteriormente una conciliación favorable de la disputa (información recibida verbalmente de quien era en ese momento el superintendente delegado para Procedimientos Mercantiles, José Miguel Mendoza Daza); (2.3) Colombiana de Envases Industriales (Colvinsa) S.A. v. Adelaida Portillo Lizarazo, Arturo Portilla Lizarazo, Luis Gerardo Ortiz Baratto, Jorge Armando Ramírez Ramos, Julio Enrique Cano, Carlos Alfonso Hernández y Álvaro Salazar Garzón, 2/7/2014, n.º 800-40, 2013-801-022, contratos de trabajo y de prestación de servicios entre la sociedad y sus administradores; (2.4) Isabel Cristina Sánchez Beltrán v. Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S., Jeny Marcela Cardona y Juan Carlos Cardona, 18/07/2014, n.º 800-44, 2012-801-061, negativa a distribuir utilidades correspondientes a dos ejercicios anuales; (2.5) Jovalco S.A.S. v. Construcciones Orbi S.A., 14/05/2015, n.º 800-54, 2014-801-166, aprobación de estados financieros, solicitud de gerente de pagos salariales, inicio de acción social de responsabilidad y remoción de gerente, declarando nulidad del voto en contra de inicio de acción social de responsabilidad; (2.6) Martha Cecilia López v. Comercializadora G.L. S.A.S., Luis Enrique Gil Builes y Distribuidora del Kamino S.A.S., 17/09/2015, n.º 800-119, 2014-801-136, exclusión de accionistas a través de enajenación global de activos; (2.7) Édgar Orlando Corredor v. Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla, 11/05/2016, n.º 800-46, creación de junta directiva remunerada sin ejercicio de funciones en la práctica; (2.8) Cristina Vargas Guerrero y Constanza Vargas Guerrero v. Nicolás Vargas Guerrero y Promotora y Administradora de Sociedades y Cía. (Proadso y Cía.) S.C.A., 29/04/2019, 2019-01-178-338, 2018-800-00346, reformas estatutarias sobre junta directiva, valoración de la compañía, pago de sanciones y multas de la Superintendencia de Sociedades, y contratos de arrendamiento, declarando la nulidad absoluta de dos de las cuatro reformas estatutarias demandadas; (2.9) Alienergy S.A. v. Álvaro José Márquez y Gestión Orgánica GEO S.A.S. E.S.P., determinando que un demandado, con participación del 40%, no había abusado de su derecho al negarse repetidamente a aprobar una capitalización de la sociedad, que requería de una supra mayoría del 81%, según lo estipulado por los estatutos sociales. (3) Laudos arbitrales sobre abuso del derecho al voto: (3.1) Guillermo Mejía Rengifo v. Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros, Cámara de Comercio de Bogotá, 17 de marzo de 2004, árbitros: Francisco Reyes Villamizar, Florencia Lozano R. y Fernando Silva G., anulando una capitalización abusiva que diluyó al demandante minoritario; (3.2) Elio Sala Ceriani y Química Amtex S.A. y otros, Cámara de Comercio de Medellín, árbitros: Fernando Muñoz O., Luis Alfredo Barragán A. y Guillermo Sánchez G., 2 de octubre de 2007, anulado por la sentencia T-790 de 2010 por un defecto sustantivo al no haberse declarado una prescripción; el Tribunal había declarado probado que Manuel de Bernardi Cempora e ITE Corporation Limited abusaron de sus derechos como accionistas al aumentar el capital de Química Amtex S.A. en asamblea del 2 de octubre de 2001 y que eran solidariamente responsables de los perjuicios causados a Elio Sala Ceriani; (3.3) Nelly Daza de Solarte y María Victoria Solarte v. Constructora CSS y Carlos Alberto Solarte Solarte, laudos (i) del 4 de marzo de 2019, árbitros: Eugenia Barraquer Sourdis

procesos que no culminaron con sentencias. Únicamente se reportan casos en los que el demandante triunfó, bien sea obteniendo una medida cautelar a su favor en un auto o resultando victorioso en la sentencia. Las otras providencias se excluyen por su irrelevancia para el presente análisis, al no haberse probado un abuso del derecho.

Este texto admite que hay una literatura abundante sobre abuso del derecho al voto. En cuanto a doctrina colombiana y de manera ilustrativa, se destacan los textos de José Miguel Mendoza⁸ y, de manera más reciente, de Fernando Castillo Mayorga⁹ y de Daniel Caycedo *et al.*¹⁰. En el derecho comparado, Daniel Roque Vítolo se refiere al abuso del derecho en la legislación argentina, aunque más desde un contexto de utilización de la personalidad jurídica societaria con una finalidad diferente a la prevista por la ley¹¹; Francisco de Borja Villena Cortés se refiere al incumplimiento de un deber en la legislación española en que incurriría un socio que vote a pesar de estar incurso en un conflicto de intereses¹²; Roberto A. Muguillo analiza en detalle

(presidente), María Helena Giraldo Aristizábal y Andrew Abela Maldonado, (ii) del 31 de mayo de 2018, árbitros: Marco Gerardo Monroy Cabra (presidente), Olympo Morales Benítez y Édgar Ramírez Baquero, (iii) del 21 de marzo de 2018, árbitros: Luis Carlos Gamboa (presidente), Andrés Fernández de Soto Londoño y Carlos Felipe Mayorga, (iv) del 4 de abril de 2017, árbitros: Felipe Negret Mosquera (presidente), Camilo González Chaparro y Manuel Santiago Urueta Ayola, y (v) del 7 de diciembre de 2016, árbitros: Fernando Silva García (presidente), Mauricio Zagarra Cayón y Rafael H. Gamboa Bernate, debate sobre posible abuso del voto en aprobación de dividendos en acciones a los asociados que así lo aceptaran oportunamente; (3.4) Inversiones Pimajua S.A.S. v. Urbanización Marbella S.A., 29 de abril del 2016, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Jorge Cubides Camacho (presidente), Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sobre capitalizaciones que según el laudo fueron abusivas y con el propósito de diluirlo; (3.5) Jorge Moreno v. Astaf, 13 de diciembre de 2017, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Jesús Vall de Ruten Ruiz (presidente), Mateo Peláez García y Omar Rodríguez Ayala, declarando la nulidad absoluta de una capitalización abusiva de un crédito por \$600.000.000 sin prima en colocación de acciones, en septiembre de 2014; (3.6) Laudo Crisamar S.A.S. Indtech S.A.S., Jorge Enrique Cortés Días y Claudia Teresa Niño Santos v. Bertrand Émile Jequier, 23 de septiembre de 2016, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitro único: Guillermo Zea Fernández, desestimando todas las pretensiones tanto de la demanda principal como de la demanda de reconvenición, algunas de las cuales eran sobre un presunto abuso del derecho al voto; (3.7) Inazca y Cía S.A.S. v. Centro Automotor Limitada, Inversiones Molina y Asociados Ltda. en Liquidación, Camilo Villegas y Compañía S.A.S. e Inversiones S.A., 22 de septiembre de 2017, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Harold Ruiz Montes (presidente), Rosa Leonor González Rodríguez y Manuel Aníbal Moreno Sabogal, considerando que las normas sobre abuso del derecho al voto de la Ley 1258 de 2008 no son aplicables para sancionar con nulidad una conducta de este tipo en una sociedad de responsabilidad limitada.

- 8 Véase Mendoza Daza, J.M., “El abuso de mayoría en las SAS”, en Reyes, F. (coord.), *La SAS y su influencia en América Latina. 10 años de un modelo exitoso*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Legis, 2018.
- 9 Véase Castillo Mayorga, F., “¿El poder para qué? El abuso del derecho de voto como mecanismo de control del accionista mayoritario”, en Mesa, M.L. (coord.), *Diez años de la S.A.S. Análisis y perspectivas desde una visión académica*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2020, 217-249.
- 10 Véase Caycedo, D. *et al.*, “El estándar de revisión en la acción por abuso del derecho de voto: un análisis funcional”, *Anuario de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, 2022.
- 11 Véase Roque Vítolo, D., *La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Su limitación en los casos de utilización indebida y fraude*, Buenos Aires, Errepar, 2010.
- 12 Véase De Borja Villena Cortés, F., “Deber de abstención del derecho de voto del socio incurso en conflicto de intereses. Comentario y reflexiones en torno al art. 190 TRLSC”, en Ortega Burgos, E. (dir.), *Tratado de conflictos societarios*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2019, 159-182.

los abusos de mayorías y minorías y la protección legal contra estos en Argentina¹³, mientras que Lorena R. Schneider hace un estudio similar para el mismo país, tanto en sociedades de familia y/o cerradas como en las abiertas¹⁴.

Con todo, no hay escritos que critiquen esta acción y sus remedios por la incapacidad para solucionar, en el largo plazo, la opresión que sufren unos accionistas a manos de otros que ejercen indebidamente su derecho al voto. Esta es la contribución del presente trabajo a la literatura.

La estructura del texto es la siguiente. La primera sección resume las normas generales sobre abuso del derecho, las societarias sobre abuso del derecho al voto y la doctrina colombiana sobre el tema. La segunda sección enumera los principales casos sobre abuso del derecho al voto, explicando por qué los remedios otorgados en estos casos son ineficaces en el largo plazo. La tercera sección analiza posibles soluciones, exponiendo las razones por las cuales se descartan la mayoría y argumentando por qué el mejor remedio sería facultar al juez societario para otorgar temporalmente mayores derechos de voto al demandante que triunfa en un litigio o para suspenderlos a quien es derrotado.

I. El abuso del derecho al voto en sociedades colombianas

Bajo teorías puramente positivistas, el abuso de un derecho no es posible, por ser una contradicción en sus términos¹⁵. El derecho terminaría dónde el abuso comienza¹⁶.

13 Véase Murguillo, R.A., *Conflictos societarios*, Buenos Aires, Astrea, 2009.

14 Véase Schneider, L.R., *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*, Buenos Aires, Astrea, 2017.

15 Véase Rengifo, E., *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 46, criticando esta logomaquia, término que atiende más a la literalidad de las palabras que al fondo del asunto. Otros textos sobre abuso del derecho en el contexto colombiano son los siguientes: (i) Salgado, C., “El abuso del derecho y reflexiones sobre el ejercicio de la llamada servidumbre legal minera en el derecho colombiano”, en Henao, J.C. y Montoya, M.F. (eds.), *Minería y desarrollo*, vol. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, 272-315; (ii) Torres, L.A., *Tutela del crédito y daño al deudor. La tipificación del abuso del derecho del acreedor al cobro del préstamo de dinero y su comprobación mediante el test de razonabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, 79, 103, indicando que existe abuso del derecho cuando hay intención de causar daño, pero también cuando el derecho se ejerce sin la debida diligencia y cuidado de manera anormal o sin que exista un fin legítimo; (iii) Cortés, É., “Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, 2006. En cuanto a la doctrina extranjera véanse, entre otros: (i) Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000; (ii) Comanducci, P., “El abuso del derecho y la interpretación jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, 2011; (iii) Moisset de Espanés, L., “El abuso del derecho” [en línea], 2012, disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artabusodelderecho>; (iv) Carrasco Perera, A., *Tratado del abuso del derecho y del fraude a la ley*, Madrid, Civitas, 2016.

16 Véase Schneider, L., *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*, cit., 18-20. Véase también Rengifo, E., *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, cit., 36 y 43.

Con todo, y con base en principios como la buena fe o el de que lo justo prevalece sobre la literalidad de la norma, sí suele haber sanciones jurídicas al abuso del derecho¹⁷.

El abuso del derecho, si bien tiene antecedentes en el derecho romano¹⁸, surge en Francia con sustento en jurisprudencia de las cortes de ese país¹⁹, así como en la obra de Louis Josserand²⁰. Se afirma en general que existe abuso del derecho cuando quien ejerce una facultad lo hace con una utilidad nula o mínima y/o con el fin de perjudicar a otros sujetos²¹. Cada derecho tendría su espíritu y objeto, con lo cual compromete su responsabilidad quien dolosa o culposamente²² lo ejerza desviándolo de su fin social o económico²³, sin un interés legítimo, pudiendo existir intención de generar un daño, aunque este no es indispensable²⁴.

En Colombia, la jurisprudencia se ha referido al abuso del derecho desde la década de 1930, con juristas menos apegados a la exégesis y más abiertos a la realidad y a la interpretación legal basada en principios, finalidades y valores²⁵. Años más tarde, el artículo 95 de la Constitución Política señaló como deber de la persona y del ciudadano “[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. Norma que se ha complementado con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como en el caso de la sentencia C-258 de 2013.

El abuso del derecho no solo es un principio que una norma constitucional reconoce, sino que encuentra también mención en las leyes. En derecho mercantil,

-
- 17 Schneider, L., *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*, cit., 1.
- 18 Rengifo, E., *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, cit., 6, 36.
- 19 *Ibid.*, 43, citando como primera sentencia sobre abuso del derecho una del 2 de mayo de 1855 de la Corte de Colmar, que referencia otra, del Tribunal de Compiègne, del 19 de febrero de 1913, en donde se afirmó que el titular de un derecho no puede ejercerlo para un fin distinto del reconocido por el legislador.
- 20 Véase Josserand, L., *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Bogotá, Temis, 1999.
- 21 Schneider, L., *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*, cit., 1.
- 22 *Ibid.*, 15. Véase también la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de octubre de 1994, exp. 3972: “la falta imputable a título de dolo o culpa grave no es un elemento indispensable para la adecuada caracterización del abuso del derecho”; así como el laudo Pimajua S.A. v. Inversiones Marbella S.A.: “Baste manifestar, antes de escrutar el tema del ejercicio abusivo de sus prerrogativas por parte de la mayoría de los consocios en una sociedad, que el abuso del Derecho, a diferencia de lo que se pensó en el pasado al amparo de un criterio eminentemente subjetivo, hoy no requiere para su configuración la presencia de una deliberada intención de dañar (*animus nocendi*)”.
- 23 Rengifo, E., *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, cit., 41: “Los derechos deben ser ejercitados según su uso normal, de tal manera que no causen a los demás un daño apreciable; y [...] para determinar la normalidad del uso es necesario tener en cuenta el estado general de las costumbres y de las relaciones sociales que varían según el tiempo y los lugares y que, por eso, debe ser sometido a apreciación de los jueces”.
- 24 Schneider, L., *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*, cit., 15.
- 25 Véase Tafur, F., *La nueva jurisprudencia de la Corte*, 2.^a ed., Bogotá, Óptima, 1939. Véase también Rengifo, E., *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, cit., 27. Véase, asimismo, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5 de agosto de 1937, GJ XLV, 418-422.

esto ha ocurrido en Colombia al menos desde 1971, con la promulgación del Código de Comercio, cuyo artículo 830 dice escuetamente: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”²⁶.

La parquedad de esta norma puede verse positiva o negativamente. De un lado, bajo una jurisprudencia activa, no se requiere una mayor extensión del texto normativo para que los jueces puedan sancionar conductas abusivas en el mundo contractual²⁷. Para ello, basta aplicar las teorías y principios del derecho a los hechos de cada caso. De otro lado, también es cierto que una norma lacónica que sea infértil para la generación de jurisprudencia podría desincentivar a los perjudicados a demandar al equiparar la incertidumbre legal con menores probabilidades de éxito o, en los pocos casos que surjan, conducir a los jueces a abstenerse de condenar abusos.

Quizás la ausencia de un ancla normativa que disipe el temor a zarpar hacia las aguas turbulentas de un litigio haya sido causa de los pocos casos sobre abuso del derecho en materia mercantil durante las más de cinco décadas de vigencia del Código de Comercio. Escasez jurisprudencial que también fue característica en derecho societario hasta la vigencia de la Ley 1258 de 2008, con demandantes que omitían alegar un abuso del derecho y preferían sustentar sus pretensiones en causales de impugnación de decisiones sociales (art. 190 c. co.), nulidad por causa u objeto ilícito (art. 899 c. co.) o conflictos de intereses (art. 23 de la Ley 222 de 1995)²⁸.

La escasez de jurisprudencia societaria se basaba en al menos dos razones. Primero, en la generalidad del artículo 830 c. co., que no está redactado pensando en las particularidades del derecho societario. Segundo, en que bajo una interpretación literal, dicha norma solo permite remediar un abuso del derecho con una condena por perjuicios, pero sin que sea viable la declaración de nulidad de un acto jurídico en particular²⁹.

26 Cfr. artículo 10 del Código Civil y Comercial de Argentina: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos...”.

27 Rengifo, E., *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, cit., 33: “Un principio constitucional abstracto, y el abuso del derecho lo es en la Constitución de 1991, aplicado o aplicable mediante un argumento interpretativo, puede triunfar incluso sobre reglas explícitas que también regulen una situación jurídica concreta”.

28 Véase Peña Ramírez, M.V., “Gobierno corporativo, oportunismo y abuso del derecho en sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 54, 2015, 1-49.

29 Existen argumentos para afirmar que la legislación comercial colombiana no permite a un juez decretar la nulidad ante un abuso del derecho, sobresaliendo aquel precepto básico de que no debe haber sanción jurídica sin norma expresa previa. Pero bajo una visión menos formalista del derecho esto no es tan cierto. Los jueces colombianos han castigado conductas abusivas del derecho aun antes de la promulgación de dicho Código de Comercio, además de lo cual el hecho de que su artículo 830 consagre expresamente la posibilidad de pedir perjuicios no limita la autoridad del juez para declarar la nulidad del acto respectivo. Recordando que hay nulidad cuando se viola una norma imperativa, y considerando la palabra “norma” en sentido amplio, incluyendo principios sacros al ordenamiento jurídico como el de que no se debe abusar de los derechos o ejercerlos en contra de su finalidad natural, los jueces podrían decretar nulidades con base en la legislación previa a la Ley 1258 de 2008.

Estas falencias llevaron al legislador a promulgar, como parte de la Ley 1258 de 2008, el artículo 43, que dice:

ABUSO DEL DERECHO. Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, 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 [de] que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.

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

La lectura de esta norma permite el siguiente análisis. Primero, el voto debe ejercerse en el interés de la compañía³⁰. Esta redacción no es la más afortunada, porque el interés social³¹ es un concepto elusivo sobre el cual han surgido discusiones de tiempo atrás, sin que la jurisprudencia y la doctrina sean todavía pacíficas³². Aunque hay definiciones de interés social, estas también son vagas. Para citar algunas, el interés social (i) es el denominador común del interés jurídico de los accionistas en una sociedad, según Schneider³³; (ii) es el de la compañía, como ente diferente

30 Véase el numeral 6 del artículo 420 c. co.: “La asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes: [...] 6) Adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad”. Véase también Guillermo Mejía Rengifo v. Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros, Cámara de Comercio de Bogotá, 17 de marzo de 2004, árbitros: Francisco Reyes Villamizar, Florencia Lozano R. y Fernando Silva G.

31 Véase el artículo 188 c. co.: “Reunida la junta de socios o asamblea general como se prevé en el artículo 186, las decisiones que se adopten con el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes obligarán a todos los socios, aún a los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y que se ajusten a las leyes y a los estatutos”. Véase también Allen, W. T. y Kraakman, R., *Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2016, 1, indicando que existe una tensión natural entre el derecho de un accionista de perseguir sus propios intereses al ejercer su voto y el de su deber de considerar los intereses de sus socios y de la sociedad.

32 Castillo, F., “¿El poder para qué? El abuso del derecho de voto como mecanismo de control del accionista mayoritario”, cit., 217-250, notando que, bajo algunas definiciones de interés social, el juez podría considerar intereses de terceros distintos a los socios, *e.g.*, empleados, lo cual realmente no hace ni debería hacer.

33 Rengifo, E., *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, cit., 67-89: “El concepto de interés social deviene pues relevante en la medida en que sirve para delimitar cuando existe abuso en el derecho de sociedades. Pero el problema se complica en la medida en que el concepto de interés social es undívago y no unívoco. Sobre él se han zurcido tesis que se fundamentan ya en una norma

a sus accionistas, de acuerdo con Dubois³⁴; (iii) puede ser diferente tanto del de la mayoría como del de la minoría, en palabras de Murgillo³⁵; (iv) es aquel que se halla dentro del esquema causal del contrato de sociedad, mientras que es extra social todo interés personal de cada socio, de conformidad con Zaldívar³⁶.

El laudo *Inversiones Pimajua v. Inversiones Marbella S.A.* reconoce esta ambigüedad al considerar que el interés social, “[p]or su morfología, se constituye en un concepto jurídico indeterminado, en sí mismo difícil de asir y, de contera, llamado a ser escrutado, alinderado y ponderado en el caso concreto (*casus*)”³⁷; y al afirmar, igualmente:

... hablar de interés social en un plano ontológico, supone admitir la convergencia de varios intereses, no todos necesariamente simétricos, ni todos del mismo abolengo e incidencia causal, de tal manera que en un momento dado puede llegar a suscitarse una colisión de los mismos, a raíz de que no están alienados, ni sintonizados, lo que de hecho no es infrecuente, ni forzosamente antijurídico, pues no toda discrepancia o tensión deviene abusiva, en sí misma³⁸.

Segundo, dos son los requisitos del abuso del derecho al voto: (i) la intención de causar un perjuicio a la compañía o a otros accionistas, o de obtener para sí o para un tercero una ventaja injustificada³⁹, y (ii) que ese perjuicio o ventaja efectivamente ocurra⁴⁰. La jurisprudencia⁴¹ de la Superintendencia de Sociedades ha indicado que el cumplimiento de este doble test implica una altísima carga probatoria. Por ejemplo, habría intención de causar daño, pero no perjuicio, cuando se aprueba una emisión de acciones a valor nominal, sin prima en colocación, y a pesar del voto

legal o en posturas metajurídicas que pretenden trascender el sustrato normativo contractual o institucional del mismo derecho de sociedades”. Véase también Schneider, L., *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*, cit., 166.

34 Véase Dubois, S., *Corporate Litigation as a Device to Protect Minority Shareholders. France, England and Wales: A Comparative Analysis*, Liverpool, VDM Verlag Dr. Muller, 2010, 52.

35 Véase Murgillo, R., *Conflictos societarios*, Buenos Aires, Astrea, 2009, 187.

36 Véase Zaldívar, CNCom, Sala E, 23/7/95, LL, 1996-D-408, citado en Murgillo, R., *Conflictos societarios*, cit., 196.

37 Véase *Inversiones Pimajua S.A.S. v. Urbanización Marbella S.A.*, 29 de abril de 2016, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Jorge Cubides Camacho (presidente), Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

38 *Ibid.*, *passim*. Véase también Salgado, C., “El abuso del derecho y reflexiones sobre el ejercicio de la llamada servidumbre legal minera en el derecho colombiano”, cit., 284, quien cita referencias sobre la interpretación del artículo 1382 del Código Civil de Francia, que ha generado un debate acerca de si el remedio contra el abuso del derecho es solo un resarcimiento del daño o si tal norma también permite otro tipo de medidas, como las preventivas.

39 Mendoza, J.M., “El abuso de mayoría en la SAS”, cit., 120.

40 *Ibid.*, *passim*.

41 Véase Superintendencia de Sociedades y Comité Colombiano de Arbitraje, *Lecciones de arbitraje en derecho societario*, Bogotá, 2021.

en contra de un minoritario ilíquido, pero luego todos los asociados, incluido este, ejercen su derecho de preferencia y suscriben acciones, con lo cual la composición accionaria no cambia⁴².

Tercero, una sentencia o laudo que declare un abuso del derecho al voto podrá declarar la nulidad absoluta por objeto ilícito de la decisión adoptada gracias a los sufragios respectivos y condenar al demandado vencido en juicio a indemnizar los perjuicios probados.

Cuarto, hay tres tipos de abusos. 1. El de mayoría, cuando quien cuenta con los votos necesarios para imponer sus decisiones en una asamblea de accionistas utiliza esta facultad para oprimir a los minoritarios⁴³. Tiene mayoría el accionista que sin depender de nadie más puede imponer sus preferencias a la compañía, lo cual ocurre cuando (i) tiene más de la mitad del capital con derecho a voto o (ii) tiene una participación menor a tal mitad, pero impone su voluntad gracias a la dispersión de los demás asociados o mediante una alianza o acuerdo de accionistas con al menos otro socio más. El abuso de mayoría parece ser el más común en Colombia, toda vez que un alto porcentaje de compañías tienen un accionista controlante⁴⁴.

2. El abuso de minoría es el inverso. Se presenta cuando un accionista carente de los votos requeridos para imponer sus preferencias, pero con el número suficiente para evitar que los demás logren la mayoría requerida, ejerce su veto con la intención y el efecto de causar un perjuicio a sus consocios, impidiéndoles adoptar decisiones que lucen necesarias o convenientes para la compañía. El abuso de minoría es más probable cuando la ley o los estatutos exigen supra mayorías –v.gr., del 80%–, y todavía más factible cuando la ley exige unanimidad, bien sea de las acciones representadas en la reunión o de todo el capital suscrito, como ocurre, entre otros casos, en la transformación de una sociedad del Código de Comercio en SAS o viceversa (art. 31 de la Ley 1258 de 2008).

El abuso de minoría presenta una complejidad adicional: para remediar a los mayoritarios demandantes no bastaría la nulidad del voto que vetó cierta decisión ni la indemnización de daños y perjuicios –difícilmente cobrables si el minoritario es insolvente–. Se requeriría, además, sustituir el voto real por el ordenado judicialmente, o la delegación de un mandatario o apoderado que el juez nombre para una nueva reunión del máximo órgano social, con todos los trámites y demoras que esto implica y con la incertidumbre de si existe autorización legal para ello⁴⁵. Curiosa-

42 Véase Castillo, F., “¿El poder para qué? El abuso del derecho de voto como mecanismo de control del accionista mayoritario”, cit., 239.

43 Véase Schneider, L., *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*, cit., 107, indicando que la mayoría se visualiza en un momento y con relación a una decisión determinada, razón por la cual esta no siempre existe o no todas las veces está integrada por los mismos accionistas.

44 Véase Peña, M.V., “Gobierno corporativo, oportunismo y abuso del derecho en sociedades mercantiles”, cit., 1.

45 Murgillo, R., *Conflictos societarios*, cit., 198.

mente, la Ley 1258 de 2008 guarda silencio sobre esta posibilidad de reemplazo del voto o de nombramiento de un mandatario, ambos por ministerio judicial⁴⁶.

3. El tercer y último tipo de abuso es el de paridad. Este tiene como presupuesto que la participación accionaria esté dividida en dos personas o en dos grupos de accionistas con participaciones iguales e intereses disímiles. Además, debe ocurrir que una de las mitades se ausente, se abstenga o vote negativamente toda propuesta presentada por la contraparte, aunque el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 solo es aplicable para el caso de un voto negativo o en blanco⁴⁷. Este abuso es común en compañías con dos accionistas, cada uno con el 50%, como sucede en negocios paritarios entre cónyuges en conflicto o entre hermanos o amigos cuya relación se torna hostil. La consecuencia de estas disputas y del abuso de la parte cuya pasividad supera lo razonable es un bloqueo o paralización de la compañía, con su consiguiente pérdida de valor o incluso ruina. Un ejemplo de abuso de paridad existe cuando el 50% de los accionistas se niega a aprobar los estados financieros de la compañía, a pesar de que estos no muestren fallas o que estén certificados y dictaminados, oposición que dificulta en gran medida la obtención de financiación con entidades crediticias.

Quinto, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, al referirse al derecho de voto de los asociados, limita su alcance normativo a decisiones de la asamblea general, sin extenderse a votos emitidos en una junta directiva o en algún otro órgano de la compañía⁴⁸.

Sexto, la norma citada no contempla el abuso por omisión. Así, no puede aplicarse la norma citada cuando una decisión no se adoptó debido a falta de quórum

46 Véase Reyes, F., *La sociedad por acciones simplificada*, 2.^a ed., Bogotá, Legis, 2010, 120. Véase también Peña, M.V., *Gobierno corporativo, oportunismo y abuso del derecho en sociedades mercantiles*, cit., 1: “Las anteriores explicaciones apuntan a lo que en la doctrina comparada se considera como uno de los principales problemas del abuso de minoría y paridad, vale decir, la sanción que debe acarrear esa conducta ilegal. Según explica Merle, las cortes francesas se han mostrado reuentes a dar por aprobadas aquellas decisiones que fueron bloqueadas por un voto abusivo. En particular, la Corte de Casación de ese país ha sido enfática en que los jueces no pueden inmiscuirse en la esfera interna de las compañías hasta tal punto que ‘impongan una decisión que sólo puede ser tomada por los órganos sociales’. De ahí que la solución preferida por la citada Corporación consista en enviar un mandatario para que, durante una nueva reunión del máximo órgano convocada por vía judicial, represente forzosamente al asociado que abusó de su derecho de veto”.

47 Véase Schneider, L., *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*, cit., 150-151: “La situación de paridad puede determinar que un consocio, dentro de las posibilidades existentes (v.gr., ampliación o reducción de capital, o incluso una fusión o escisión), rechace uno de los medios propuestos sobre un interés particular debidamente justificado; lo que no resulta dable es que el socio de bloque rechace, de manera indiscriminada, cualquier alternativa que permita superar la situación de desequilibrio o insolvencia patrimonial de la sociedad en perjuicio del interés social, como interés de la organización y de la persona jurídica”.

48 Véase Medellín, S., “Abuso del derecho de voto de mayorías”, cit., 1: “la figura contemplada únicamente permite impugnar decisiones tomadas en el seno del máximo órgano social. Por este motivo, se hace imposible bajo este régimen sancionar conductas que pretenden el menoscabo de los derechos de los accionistas minoritarios, cuando dichas operaciones no se manifiestan a través de una decisión asamblearia de la junta de socios”.

deliberatorio o decisorio, generada por la inasistencia a la respectiva asamblea de un accionista. Es además incierto si el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 puede aplicarse a un caso en el cual un accionista asiste a una asamblea, pero se abstiene de votar (diferente a cuando expresamente vota en blanco, supuesto en que sí hay un sufragio). La dificultad interpretativa es todavía mayor si se tiene presente que dicha norma considera abusivo es el voto y no en sí el derecho a este. Con todo, y como argumento en contra, el mismo artículo también afirma que los accionistas ejercerán el derecho al voto en interés de la compañía debiendo abstenerse de abusar de sus facultades como asociados⁴⁹.

Séptimo, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 no solo es aplicable a SAS sino también a otros tipos societarios. El sustento normativo radica en los artículos 242 de la Ley 1450 de 2011⁵⁰ y 24 de la Ley 1563 de 2012 o Código General del Proceso⁵¹, así como en los pronunciamientos judiciales de la Superintendencia de Sociedades y de la jurisprudencia arbitral⁵².

Octavo, y si el resultado se mide por número de casos, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 ha sido exitoso al convertirse en un punto de inflexión que llevó a la jurisprudencia sobre abuso del derecho al voto a pasar, de estar plácidamente dormida, a convertirse en uno de los asuntos más comunes en las sentencias, laudos y doctrina societarios⁵³.

-
- 49 Véase Castillo, F., “¿El poder para qué? El abuso del derecho de voto como mecanismo de control del accionista mayoritario”, cit., 234.
- 50 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”.
- 51 Según esta norma, la Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a: “e) La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas”. De la redacción queda claro que la acción es para todo tipo de compañías.
- 52 Véase Medellín, S., “Abuso del derecho de voto de mayorías”, cit., 1. Véase Nelly Daza de Solarte y María Victoria Solarte Daza v. CSS Constructores S.A. y Carlos Alberto Solarte Solarte, Cámara de Comercio de Bogotá, 7 de diciembre de 2016, árbitros: Fernando Silva García (presidente), Mauricio Zagarra Cayón y Rafael H. Gamboa Bernate: “La norma que se menciona [art. 43 de la Ley 1258 de 2008] se incorpora en la ley que regula las sociedades por acciones simplificadas, pero las reglas previstas en la misma en relación con el abuso del derecho de voto pueden ser aplicadas por analogía a otras clases de sociedades (Código de Comercio, artículo 1.º)”. En contra, véase el laudo Inazca y Cía S.A.S. v. Centro Automotor Limitada, Inversiones Molina y Asociados Ltda. en Liquidación, Camilo Villegas y Compañía S.A.S. e Inversiones S.A., 22 de septiembre de 2017, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Harold Ruiz Montes (presidente), Rosa Leonor González Rodríguez y Manuel Aníbal Moreno Sabogal.
- 53 Véase Medellín, S., “Abuso del derecho de voto de mayorías”, cit., 117: “Ante el rotundo fracaso de los aludidos programas de reforma legal, puede entonces apreciarse la verdadera importancia de la

Con todo, y aunque bien intencionadas y posiblemente correctas desde una perspectiva jurídica, las sentencias y laudos proferidos han sido insuficientes para aliviar la opresión de los demandantes tristemente triunfantes. La siguiente sección resume los casos sobre abuso del derecho al voto para luego sustentar esta premisa.

II. Estudio jurisprudencial

El presente estudio clasifica los autos, sentencias y laudos de dos formas. La primera es temática. La segunda, divide los fallos en dos categorías: (i) aquellos en que la acción por abuso del derecho al voto ha sido efectiva para el demandante que triunfa al ponerle punto final a la discusión, con mínimo riesgo de que la opresión se repita, y (ii) los demás en que el triunfo del actor es temporal, al permanecer como asociado de una compañía en la que puede ser víctima de nuevas opresiones.

Las sentencias y los laudos enumerados han abarcado los siguientes temas (en orden alfabético): (i) administradores y su responsabilidad o remoción; (ii) aprobación de estados financieros y de informes de gestión; (iii) capitalizaciones, con su correspondiente emisión de acciones; (iv) celebración de contratos entre la sociedad y sus administradores; (v) cumplimiento de acuerdos de accionistas; (vi) decisiones tomadas en asambleas de segunda convocatoria o por derecho propio; (vii) distribución de dividendos en acciones a valor nominal o a valor inferior al patrimonial o de mercado de las acciones; (viii) exclusión de accionistas, ya sea directamente o a través de enajenación global de activos; (ix) inscripción de acciones en el Registro Nacional de Valores y Emisores y en la Bolsa de Valores de Colombia; (x) negativa a distribuir dividendos a pesar de existir utilidades para ello; (xi) nombramiento de junta directiva; (xii) otras reformas estatutarias.

En unas pocas de estas categorías, la acción por abuso del derecho a voto sí es efectiva, al convertirse en el punto final de una discusión entre dos accionistas o dos grupos de socios. Ello ocurre cuando se anulan votos: (i) en contra de iniciar una acción social de responsabilidad, con lo cual se elimina el obstáculo para que esta se interponga, (ii) que habían permitido inscribir acciones en una bolsa de valores, decisión que es prácticamente imposible que se apruebe en una asamblea posterior, y (iii) en una asamblea de segunda convocatoria o por derecho propio⁵⁴.

acción por abuso de mayoría. Se trata, en verdad, de una de las pocas figuras que ha tenido éxito en reducir los niveles de expropiación de asociados minoritarios en Colombia”.

54 La jurisprudencia actual sugiere que asambleas ordinarias celebradas de esa manera, y en las cuales el quórum deliberatorio y decisorio es inferior a lo que normalmente exigen la ley y los estatutos, no pueden aprobar decisiones sorpresivas o extraordinarias. Así, y aunque el accionista vencido en juicio podría esperar un año para intentar hacer valer su voto nuevamente en otra asamblea, difícilmente lo haría sabiendo que su decisión se anulará fácilmente en sede judicial. Además de que, posiblemente, el representante legal no olvidará de nuevo su deber de convocar la junta de socios o asamblea de accionistas ordinaria a celebrarse dentro de los tres primeros meses del año, con lo cual ya no habrá cabida para una reunión por derecho propio.

Con todo, y en al menos otros cinco tipos de casos de abuso, la victoria es temporal⁵⁵. Estos son: (i) aprobación de estados financieros y de informes de gestión; (ii) capitalizaciones y emisión de acciones; (iii) exclusión de accionistas; (iv) negativa a distribuir dividendos a pesar de existir utilidades para ello, y (v) nombramiento de junta directiva.

El primer caso es el más sencillo. Si un accionista abusó de su voto negándose a aprobar los estados financieros de una vigencia estatutaria y perdió el proceso, podría volver a votar negativamente en la siguiente asamblea que incluya tal tema en su orden del día, indicándole implícitamente a su rival que debe demandar nuevamente o, si sus acciones son necesarias para un quórum deliberatorio o decisorio, no yendo a la respectiva asamblea de accionistas, aunque en este último evento se arriesga a que el quórum y las mayorías requeridas se reduzcan significativamente en una reunión de segunda convocatoria (art. 429 c. co.).

Los casos de abuso del derecho al voto en capitalizaciones son más hipotéticos que reales⁵⁶, ya que en ellos el demandado es quien ha triunfado⁵⁷.

En cualquier caso, un proceso de estos puede servir de piloto o de aprendizaje para el demandante accionista mayoritario que ve anulada su capitalización. Nada le impide, a través del representante legal, por ejemplo, convocar una nueva asamblea en la que se discuta nuevamente el tema, corrigiendo los errores de la vez anterior.

Para el siguiente tema, de exclusión de accionistas, el caso Martha Cecilia López v. Comercializadora G.L. S.A.S., Luis Enrique Gil Builes y Distribuidora del Kamino S.A.S. es ilustrativo. La sentencia anuló una enajenación global de activos de la compañía en la que eran accionistas Gil –con el 60%– y López –con el 40%–, a favor de una sociedad controlada por Gil. El argumento del juez societario para anular esta transacción consistió en que la valoración se hizo con base en los estados financieros cuando, al ser una empresa en marcha, debía haberse hecho por un método más idóneo, como el de flujos de caja libre descontados. López ganó el caso, pero

55 Schneider, L., *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*, cit., 173: “la consecuencia derivada de la sanción del abuso del derecho no debe quedar reducida a la indemnización del daño. En su caso, deberán también adoptarse las medidas impeditivas de la persistencia del abuso”. La pregunta es cuáles serían esas medidas.

56 Véase Murgillo, R., *Conflictos societarios*, cit., 198: “Lamentablemente el abuso de minoría es la órbita en donde menos se ha desarrollado el derecho societario, menores límites o sanciones se logran, pues no existen –más allá de las normas generales de derecho común– disposiciones que sancionen tales abusos, siendo los tribunales reacios (por su excesiva tendencia defensiva del supuesto minoritario débil) a fijar cauciones suficientemente sólidas y reales (no juratorias) o aplicar sanciones por no cumplir el deber jurídico de lealtad y buena fe”.

57 Estos casos son: (i) Capital Airport Holdings v. CAH Colombia S.A., aunque luego hubo conciliación favorable al demandante; (ii) Operaciones Técnicas Marinas (O.T.M.) S.A.S. v. Ferrocem Alquimar (Ferroalquimar) S.A.; (iii) Alexander Rodríguez v. Jorge Díaz Ángel, Ricardo Alonso Zamudio Alarcón y Jannas Grupo Empresarial S.A.S.; (iv) Sandra Beatriz Martínez v. Sagrotrán S.A., Claudia Patricia Martínez González, César Andrés Martínez González, Diana Marcela Martínez González, Inversiones Crest S.A. e Inversiones Zimmer S.A. y Sforza Emprendimientos S.A.S. v. Proyecto Calle 100 S.A.S. hoy liquidada y otros; (v) el presunto abuso de minoría no probado en Alienergy S.A. v. Álvaro José Márquez y Gestión Orgánica GEO S.A.S. E.S.P.

luego de este siguió presa en la compañía de la que había querido salir. Gil, y todos los demás en una situación similar, adquirieron experiencia. Será posible convocar una nueva asamblea de accionistas que apruebe la enajenación global de activos al mismo destinatario, esta vez con una previa valoración de los activos a transferir mediante el método exigido por el juez, esperando que la cifra resultante sea de su agrado. A decir verdad, tal enajenación sí sería más difícil en casos como el de Luis Helí Tovar v. Embotelladora del Huila, Auto 2016-800-98, ya que la medida cautelar prohibió enajenar los activos salvo previa anuencia del juez societario, aunque la compañía podría intentar convencer a este mostrándole la urgencia y necesidad de tal negocio jurídico.

En cuanto a exclusiones de accionistas por métodos diferentes a la enajenación global de activos, como cuando una asamblea excluye a un asociado con base en una norma estatutaria que lo permite, dos escenarios excluyentes son previsibles. Si la exclusión no prosperó por temas de tipo formal, los mayoritarios podrían corregir las fallas y buscar otra oportunidad para excluir a quien no quieren que siga formando parte de la compañía. Si ello no es posible, los mayoritarios buscarán otras formas de oprimir al minoritario, para hacer su situación insostenible en la compañía, forzándolo a venderles su participación a un precio bajo a sabiendas de que es difícil para el minoritario remediar su situación en sede judicial.

La siguiente hipótesis es la negativa a distribuir dividendos, cuya sentencia hito, o realmente única, es la Isabel Cristina Sánchez Beltrán v. Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S., Jeny Marcela Cardona y Juan Carlos Cardona. En este caso, el despacho ordenó a la compañía distribuir el dinero equivalente a dividendos correspondientes a 2012 y 2013, decisión que los mayoritarios demandados habían votado negativamente. Una de las razones de la decisión judicial fue que las utilidades, en vez de haberse destinado a supuestos proyectos de inversión, reposaban ociosamente en cuentas bancarias o, peor, se habían destinado a inversiones especulativas –para mala suerte de los mayoritarios, los años de reinversión de utilidades coincidieron con la crisis de Interbolsa–⁵⁸. A menos que con posterioridad al fallo se haya negociado un retiro de Sánchez, ella continuó como accionista de la compañía, y a lo mejor continuó obteniendo buenas rentabilidades en años siguientes. ¿Qué pasaría entonces con las utilidades de 2014 y años posteriores? Tal vez los accionistas mayoritarios fueron más cuidadosos al preparar proyectos de inversión o

58 Cfr. Pinzón, J.G., *Sociedades comerciales*, 4.^a ed., Bogotá, Temis, 1982, vol. 1, 235: “Las estadísticas han demostrado que en las grandes sociedades anónimas [...] no se reparte entre los accionistas ni siquiera el cincuenta por ciento de las utilidades; la mayor parte de ellas se congelan en reservas, que no siempre son expresas sino que muchas veces son ocultas, en forma de gastos o pérdidas simuladas u otros recursos igualmente opuestos a la verdad de la cuenta de pérdidas y ganancias y lesivos del derecho del accionista. Con lo cual es cierto que se va robusteciendo el patrimonio social y que se va incrementando el valor intrínseco de las acciones; no en favor de todos los accionistas, sino a favor de los que pueden esperar esa valorización de las acciones, es decir, en favor de los accionistas fuertes y a costa del pequeño accionista, que generalmente no se beneficia de ese incremento del valor de la acción”.

expansión para las utilidades que no habrán querido distribuir, o simplemente se las habrán gastado en el año en curso, expropiando a la minoritaria.

Un caso más es el del nombramiento de junta directiva en una SAS que por su tamaño pequeño y su limitado número de accionistas a lo mejor no la requiere para su buen gobierno corporativo. En *Édgar Orlando Corredor v. Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla*, los mayoritarios crearon una junta directiva de cuatro miembros, con honorarios mensuales para cada uno de \$2.500.000, lo que representaba un gasto anual para la compañía de \$120.000.000, suma muy superior a la de las utilidades del negocio, que fueron \$66.344.708 en el lustro 2010 a 2014. Curiosamente, los miembros de junta destinaban sus reuniones a poco más que aprobar el acta anterior. Considerando su poca utilidad y evidenciando que tales honorarios eran una forma de expropiar al accionista minoritario que no hacía parte de la junta, la sentencia condenó a la compañía a indemnizarlo. Sin duda, esta decisión solucionó el problema para los años anteriores al fallo. Para los siguientes, los mayoritarios que quieren seguir recibiendo sus honorarios, sin que el minoritario obtenga nada, podrían disciplinarse un poco, dedicando una junta a analizar un informe de mercado, otra a estudiar los costos de la compañía, una más a debatir el presupuesto del año siguiente, y así sucesivamente. En suma, les tocará trabajar un poco más, pero de todas maneras la expropiación continuaría a través de este mecanismo o de algún otro que se inventen.

También hay ejemplos en laudos arbitrales. *Guillermo Mejía Rengifo v. Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e hijos Ltda. y otros* es un ejemplo⁵⁹. En este caso, fallado en equidad, el tribunal encontró una capitalización abusiva que había violado el derecho de preferencia, condenando a los demandados a indemnizar al demandante con base en la dilución sufrida injustamente en el patrimonio. Pero la capitalización no se declaró nula, además de lo cual el laudo denegó las pretensiones de retiro de la compañía y de su disolución. La consecuencia: Mejía Rengifo no solo siguió preso en la sociedad, sino que, como consecuencia de la dilución, perdió un porcentaje de dividendos futuros.

Medellín León resume adecuadamente la victoria pírrica de muchos minoritarios triunfantes (destacado propio):

La simple indemnización acarrea la imposibilidad de liquidar la participación accionaria del socio oprimido y la consecuente sujeción de su capital al patrimonio de la sociedad, al dejar otros aspectos de la inversión del minoritario subordinados al control mayoritario. *En otras palabras obliga al minoritario a confiar en que el accionista controlante no realizará nuevas conductas opresivas que pretendan perjudicar sus derechos patrimoniales. Incluso, la indemnización de perjuicios y una*

59 Cámara de Comercio de Bogotá, 17 de marzo de 2004, árbitros: Francisco Reyes Villamizar, Florencia Lozano R. y Fernando Silva G.

*orden de supervisión constante de la sociedad requerirán de un juez que se encuentre continuamente involucrado en los asuntos internos de la sociedad*⁶⁰.

Se pasa ahora al estudio de los abusos de paridad y minoría. En estos hay un problema adicional cuando el juez declara la nulidad del voto abusivo e incluso condena a la parte derrotada a indemnizar perjuicios, pero sin modificar la decisión objetada, con lo cual el accionista que ejerce irrazonablemente un voto podrá seguir absteniéndose o votando negativamente en futuras asambleas, quizás con la precaución de sustentar con mejores argumentos su oposición a las propuestas de sus consocios.

Una solución, insuficiente, es que el juez ordene que el accionista vencido en juicio sea representado por un mandatario imparcial en futuras asambleas. Esta idea, en teoría. Pues en la práctica hay al menos tres obstáculos: (i) la demanda debe haber incluido esta pretensión, (ii) podrá haber conflicto en la designación del mandatario, y acerca de su remuneración, sin descartar además que vote como lo había hecho antes el minoritario o paritario, y (iii) la nueva reunión social puede tener lugar cuando ya sea muy tarde, como es el caso de una compañía que por no capitalizarse oportunamente ya se disolvió o inició un proceso de reorganización de pasivos.

Los casos en los que el juez societario declara la nulidad de un voto por su ejercicio abusivo y condena al demandado al pago de perjuicios son una moneda de dos caras. El lado positivo es que el accionista perjudicado tuvo su día en la corte y pudo revertir las consecuencias dañinas de una decisión. La cara negativa es que el abuso podrá repetirse en un futuro, generando nuevos daños⁶¹. ¿Qué se puede hacer para evitar o remediar esta situación?⁶². Al estudio de tal interrogante se dedica la siguiente sección.

III. Posibles soluciones

A. Litigios sucesivos

La primera opción es la natural: no modificar la ley con la esperanza de que algunos accionistas vencidos en juicio por abusar de su derecho al voto hayan aprendido la

60 Medellín, S., “Abuso del derecho de voto de mayorías”, cit., 1; cursivas fuera de texto.

61 Véase *Inversiones Pimajua S.A.S. v. Urbanización Marbella S.A.*, 29 de abril del 2016, Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Jorge Cubides Camacho (presidente), Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, 46: “El Tribunal no puede ordenar la cancelación de la inscripción en el libro de accionistas de la sociedad Urbanización Marbella S.A. de cualquier anotación relacionada con la capitalización o cualquier aumento de capital o emisión y suscripción de acciones que ocurra con posterioridad a aquella contenida en las actas 29 y 30 de la Asamblea General de Accionistas, y ello porque su competencia se agota con el contenido de dichas actas y no puede extenderse a eventos o decisiones posteriores”.

62 Schneider, L., *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*, cit., 173: “La consecuencia derivada de la sanción del abuso del derecho no debe quedar reducida a la indemnización del daño. En su caso, deberán también adoptarse las medidas impeditivas de la persistencia del abuso”.

lección y no reincidan. También puede suceder que un auto o sentencia haya incentivado a las partes a celebrar una transacción mediante la cual una parte le compra a la otra sus acciones, con lo cual el conflicto desaparece, o que al menos hayan negociado reglas más claras, en acuerdos de accionistas o estatutos, que hagan menos probable el abuso del derecho al voto.

Admitiendo como plausible el supuesto anterior, también es verdad que este final feliz no siempre ocurre. ¿Qué puede hacer un accionista que, a pesar de una victoria judicial momentánea, sigue sufriendo un abuso del derecho al voto? Respuesta: volver a demandar, esperando triunfar nuevamente. Pero los obstáculos de este curso de acción saltan a la vista. Una sociedad se reúne en asamblea al menos una vez al año. Ello obligaría al accionista perjudicado a interponer una demanda por cada decisión opresora o a esperar cierto tiempo, antes de que prescriban sus derechos, para demandar conjuntamente varios abusos de derecho al voto.

Además, como es bien sabido, los litigios son costosos. Expensas como los honorarios del apoderado y los costos de los dictámenes periciales y otras pruebas pueden ser difíciles de pagar para un accionista sin músculo financiero o carente de acceso a la caja de la compañía⁶³. Claro está, una sentencia a favor del demandante reconocerá costas y agencias unos meses o años luego de pagadas las expensas, pero estas serán solo una fracción de lo gastado. Todo ello sin olvidar el costo emocional del proceso, proporcional a su duración y complejidad.

El conflicto Nelly Daza de Solarte y María Victoria Solarte v. Constructora CSS y Carlos Alberto Solarte Solarte ilustra la guerra cuesta arriba que implican los litigios sucesivos. A la fecha, este caso ha generado cinco laudos arbitrales, que entre otras pretensiones han decidido sobre un presunto y no probado abuso del derecho al votar a favor de decretar dividendos en acciones a los asociados que así lo aceptaran oportunamente y en dinero a los demás⁶⁴. Por supuesto, no siempre hay tantos procesos en un litigio entre accionistas, sobre todo considerando que no todas las veces, como ocurrió aquí, la cuantía es tan alta y las partes y empresas participantes tan solventes. Así, para muchas otras situaciones, demandar sucesivamente decisiones por abuso del derecho no es una opción viable.

63 Véase Boyle, A.J., *Minority Shareholders' Remedies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 9, indicando que dos grandes obstáculos para el litigio de accionistas minoritarios son la obtención de evidencia del abuso y los costos del proceso.

64 Estos laudos, todos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, y en orden cronológico, son: (i) 4 de marzo de 2019, árbitros: Eugenia Barraquer Sourdís (presidente), María Helena Giraldo Aristizábal y Andrew Abela Maldonado; (ii) 31 de mayo del 2018, árbitros: Marco Gerardo Monroy Cabra (presidente), Olympo Morales Benítez y Édgar Ramírez Baquero; (iii) 21 de marzo de 2018, árbitros: Luis Carlos Gamboa (presidente), Andrés Fernández de Soto Londoño y Carlos Felipe Mayorga; (iv) 4 de abril de 2017, árbitros: Felipe Negret Mosquera (presidente), Camilo González Chaparro y Manuel Santiago Urueta Ayola, y (v) 7 de diciembre de 2016, árbitros: Fernando Silva García (presidente), Mauricio Zagarra Cayón y Rafael H. Gamboa Bernate.

B. Daños punitivos

Una segunda opción sería permitir que el juez otorgue daños punitivos a favor del accionista demandante cuyas pretensiones prosperen y en contra de los demandados perdedores. En efecto, el análisis económico del derecho sugiere que los daños punitivos disuaden conductas ilegales al incrementar su costo⁶⁵.

A pesar de este beneficio, esta opción se descarta por sus múltiples desventajas. La inclusión de daños punitivos en la ley colombiana sería un trasplante de normas de responsabilidad extracontractual anglosajonas que podrían no encajar en el derecho privado colombiano. Además, ¿cuál sería la razón para consagrar daños punitivos en conflictos entre accionistas, pero no en otro tipo de litigios, como responsabilidad de administradores, otros casos de conflictos contractuales o responsabilidad civil extracontractual?

Como crítica final, la sociedad en la que el demandante es accionista suele ser demandada en este tipo de procesos, lo cual conlleva el riesgo de que sea condenada a pagar una suma que comprometa su hipótesis de negocio en marcha, con el agravante de que las sumas que sufrague a favor de quien triunfa en el proceso terminen siendo indirectamente pagadas por este, al tener una participación en su capital.

C. Derecho de retiro

Una tercera opción sería otorgar un derecho de retiro al accionista que ha sufrido un abuso del derecho al voto, bien sea una sola vez o cuando tal conducta ocurra reiteradamente.

Esta opción suena lógica si se considera que un remedio común contra la opresión de minoritarios consiste en una orden judicial a los controlantes de adquirir las acciones de los demandantes a un valor justo⁶⁶. Como otro argumento a favor de esta propuesta, la compra forzada de acciones en sociedades cerradas, que son por definición ilíquidas, crea un mercado artificial que le permite al accionista perjudicado un doble beneficio: dejar de compartir un vehículo societario con sus opresores y recuperar el valor de su inversión.

El artículo 52 del proyecto legislativo 70 de 2015, que nunca se convirtió en ley, consagraba el derecho de retiro o, si este no era posible, la disolución y liquidación de la sociedad, como remedio ante la opresión de accionistas minoritarios. La razón para ello, según la exposición de motivos, era “la imposibilidad de la figura del abuso del derecho de voto para identificar la totalidad de conductas que pueden constituir un perjuicio a los minoritarios u otorgarles una ventaja injustificada a los socios mayoritarios”⁶⁷.

65 Véase Sunstein, C. et al., *Punitive Damages*, Chicago, University of Chicago Press, 2003.

66 Véase Dubois, S., *Corporate Litigation as a Device to Protect Minority Shareholders*, cit., 48.

67 Véase Medellín, S., “Abuso del derecho de voto de mayorías”, cit., 1.

En cualquier caso, esta opción tampoco es viable. Desde que la Ley 222 de 1995 promulgó normas sobre el derecho de retiro en Colombia, estas han sido letra muerta, toda vez que tal facultad casi nunca se ha ejercido en nuestro país, salvo en algunos pocos casos de desliste de acciones en una bolsa de valores⁶⁸. Además, puede ocurrir que el accionista oprimido no se quiera retirar de la sociedad, que no haya acuerdo sobre el valor a pagar por la enajenación o que un proceso en que se determine esta cifra dure años.

Como una desventaja más, el derecho de retiro es problemático cuando la víctima del abuso es (i) un mayoritario, (ii) un socio paritario o (iii) un minoritario con un alto porcentaje del capital –e.g., 40%–. En tales casos, el precio de adquisición podría ser cuantioso, en proporción a la riqueza de los accionistas o de la sociedad que compran, quienes podrían carecer de los recursos para ello o quedar en una situación cercana a la iliquidez luego del respectivo pago. Por ejemplo, ¿cómo haría un minoritario para pagarle al mayoritario? Sería casi imposible⁶⁹.

D. Disolución

Una opción más sería la de permitir al juez declarar disuelta una sociedad y nombrar un liquidador, con motivo de un abuso del derecho al voto, bien sea que este ocurra una sola vez o de manera repetida.

Esta opción no es ajena al derecho comparado⁷⁰. Por ejemplo, la sección 61 del GmbHG en Alemania permite a una corte disolver una compañía en casos como el de abuso del derecho, mientras que en Francia y Suiza la disolución de la sociedad suele ser un remedio aplicado ante la opresión de accionistas, aunque solo en casos extremos⁷¹.

Esta solución no se considera viable porque implica castigar a justos por pecadores⁷². Una sociedad, de la cual también hace parte el accionista oprimido, termina pagando con su vida jurídica la conducta ilegal de otro de los asociados, perjudicando además a los demás socios, aquellos que no fueron ni demandantes ni demandados.

68 Como los casos de Bavaria en 2006 e ISAGEN en 2017.

69 Véase Guillermo Mejía Rengifo v. Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros, Cámara de Comercio de Bogotá, 17 de marzo de 2004, árbitros: Francisco Reyes V., Florencia Lozano R. y Fernando Silva G.: “De ahí que el derecho de retiro, como garantía individual concedida a los asociados, tenga el grave inconveniente de generar, correlativamente, una reducción de la prenda común de los acreedores”.

70 Véase Reyes, F., *La sociedad por acciones simplificada*, cit., 120.

71 Véase Murgillo, R., *Conflictos societarios*, cit., 190.

72 Por eso algunos autores la consideran un criterio de *ultima ratio*. Véase Szentkuti, D., *Minority Shareholder Protection. Germany, France and the United Kingdom: A Comparative Overview*, Liverpool, VDM Verlag Dr. Muller, 2008, 13.

Igualmente, y aceptando que un negocio en marcha puede subsistir a pesar de la extinción de la persona jurídica mediante la cual se ejecutaba, es claro que una liquidación es compleja, y que suele ser difícil trasladar en bloque una operación comercial de un vehículo societario a otro, como lo evidencia la casi nula aplicación en Colombia de los artículos 180 y 250 c. co. y 29 de la Ley 1429 de 2010 (que, bajo ciertas condiciones permiten revivir a una compañía disuelta pero todavía no liquidada).

E. Asignar temporalmente derechos de voto al accionista que triunfa en su demanda o suspenderlos al asociado derrotado

Sin perjuicio de que el demandante pretenda la nulidad de la decisión adoptada con el voto ejercicio abusivamente, más la indemnización de perjuicios, este artículo propone un remedio adicional que operaría suspendiendo derechos de voto al demandado vencido en juicio u otorgándolos al demandante que triunfa.

Para que una acción de abuso del derecho al voto funcione, no solo debe corregir una situación pasada injusta, con su nulidad, y compensar perjuicios, sino también disuadir conductas similares futuras. Por definición, el voto suele ser valioso para quien lo ejerce abusivamente, razón por la cual un remedio efectivo es castigar a quien lo use mal con su suspensión. El temor a que esto ocurra incentivaría a quien piensa oprimir a su consocio a abstenerse de hacerlo.

El remedio consistente en mayores votos podría otorgarse de dos formas, la primera de las cuales luce inviable mientras que la segunda sí es posible.

La opción inicial consistiría en que un juez ordene decretar acciones ordinarias de la compañía en cuestión exclusivamente a favor del demandante victorioso. Como cada acción da un voto, esto haría más fuerte a esta persona y más débil a su contrincante. El problema es que no luce bien que un juez cree acciones, otorgando bienes que antes no existían, lo que incluso podría motivar acciones frívolas o temerarias. Por otra parte, más acciones para una parte significarían, hasta cierto punto, menos participación en el capital para los demás socios –incluyendo los no participantes en el proceso–, y menos dividendos y remanente en una eventual liquidación, con el consiguiente menor precio en una enajenación de acciones.

Surge entonces una alternativa basada en el concepto de acciones de voto múltiple, permitidas por el artículo 12 de la Ley 1258 de 2008. En un caso de abuso del derecho, el juez societario decretaría que las acciones del demandante triunfante tendrán no ya un voto, sino dos, tres o incluso más, dependiendo del caso concreto y de la disparidad entre mayoritarios y minoritarios, aunque, por supuesto, con límites que eviten una excesiva discreción judicial⁷³. Alternativamente sería viable que las

73 Véase Rengifo, E., *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, cit., 51-52: “El gran cuestionamiento que padeció la teoría de la finalidad social del derecho fue en el sentido de que auscultar la finalidad de un derecho era entregar peligrosamente los derechos a las tendencias per-

acciones de quien abusó de su voto también tengan un múltiplo, pero en este caso entre 0 y 1.

Estos límites serían los siguientes. Primero, el voto múltiple, tanto mayor a 1 para el vencedor en juicio o menor a esta cifra para el perdedor, solo estaría en vigor temporalmente, por ejemplo, durante un mínimo de dos años y un máximo correspondiente a la vigencia de la decisión que se había aprobado con el voto abusivo. Dos años corresponden al doble de un término anual, que es el aplicable para numerosas decisiones societarias decididas en reuniones ordinarias, como las relacionadas con aprobación de estados financieros o repartición de utilidades. Este término bianual también puede coincidir con períodos de ejercicio de ciertos órganos, como una junta directiva o la revisoría fiscal. Para otros casos, relacionados con decisiones de mayor duración en el tiempo o de mayor gravedad, el límite podría ser superior, según la discreción del juez, pero sin superar cinco años, un tiempo ya bastante amplio.

Segundo, y salvo casos de un abuso del derecho al voto en el cual la intención y el efecto de causar daño hayan sido gravísimos (se gradúa el abuso, no el dolo), el voto múltiple solo se podría conceder cuando el demandado haya incurrido en más de un abuso del derecho al voto; es decir, en un número plural de decisiones, sea que estas se agrupen en una sola demanda o que se incluyan en demandas consecutivas. Este escrito propone un número de tres abusos en un término menor o igual a cinco años, el mismo de prescripción, cifra suficientemente amplia para evitar que uno o dos casos de abusos sin mayor importancia o que errores judiciales impliquen la pérdida de un derecho político de tanta relevancia en el derecho societario, pero no tan alto como para evitar que sea aplicable en la práctica.

sonales del juez, esto es, a la arbitrariedad. Esto provocó en Josserand la necesidad de precisarla agregándole el motivo ilegítimo en el ejercicio del derecho; empero, esta última categoría también resulta abstracta y huidiza y alejada de la concreción. El alcance de la teoría del abuso del derecho tiene que ser precisado, fijado por los jueces. En última instancia, podríamos afirmar que abuso del derecho sería lo que los jueces estimen que ello sea [...]. Por ser el concepto de abuso del derecho *per se* e *in se* abstracto, es tarea de la jurisprudencia concretarlo, afinarlo y enriquecerlo mediante sus pronunciamientos. Esta será la labor del juez para hacer que el concepto deje de ser calificado de abstracto y huidizo. En cuanto a la discrecionalidad del juez, valga decir que ésta se puede manifestar en cualquier institución y no sería solo predicable del abuso del derecho. No obstante, el mismo sistema jurídico establece medidas de autocorrección o contrapeso que limitan la discrecionalidad del juez, sobre todo cuando tiene que aplicar principios o interpretar cláusulas generales". Véase también Szentkuti. *Minority Shareholder Protection, Germany, France and the United Kingdom: A Comparative Overview*, cit., 12: "Due to the huge variety of abusive practices to the detriment of minority shareholders, general concepts/principles at the discretionary power of the courts are necessary to fight against such kind of behavior" (Debido a la amplia gama de prácticas abusivas en detrimento de los accionistas minoritarios, principios o conceptos generales sujetos al poder discrecional de las cortes son necesarios para combatir tal clase de comportamiento); y Enriques, L., "Do Corporate Law Judges Matter? Some Evidence from Milan", *European Business Organization Law Review*, n.º 3, 2002, 765-821: "the honesty of judges and the rapidity of the courts are basic preconditions for a good corporate law system" (la honestidad de los jueces y la velocidad de los jueces son prerequisites básicos para un buen sistema de derecho societario).

Un abuso del derecho al voto con intención y efectos especialmente dañinos, aquí categorizado como gravísimo, sería aquel relacionado con decisiones societarias de especial importancia para las partes involucradas o materialmente significativo. Verbigracia, una decisión que permite una capitalización que diluye a los accionistas que votaron en contra y que no participaron en ella, con el efecto añadido de cambiar al asociado controlante, mientras que un cambio trivial puede ser el generado por un voto que aprueba o niega una distribución de utilidades por una suma menor, en comparación con los dividendos de años anteriores o con el patrimonio de la compañía y de sus accionistas.

Tercero, la discreción del juez le permitiría a este decidir si los menores derechos de voto se aplican (i) a todo tipo de decisiones dentro de la competencia del máximo órgano de una sociedad, (ii) a decisiones propias de una asamblea ordinaria o (iii) a decisiones sobre el mismo tema respecto del cual hubo abuso del derecho al voto. Por norma supletiva, la restricción al derecho al voto sería únicamente para estos temas específicos. Es decir, si el abuso del derecho al voto fue con relación a una negativa injustificada a aprobar estados financieros, la restricción sería solo para el debate sobre asuntos iguales o similares en asambleas o juntas de socios futuras. Sin embargo, en caso de reincidencia o en eventos en los que se demuestre que el abuso tuvo una intención y efectos especialmente dañinos, el juez tendría discreción para expandir el alcance de la restricción. Que quede claro, eso sí, que, haya restricción o no, la ley no exigiría aprobación judicial previa de un voto en particular.

La propuesta enunciada se concreta a continuación. El abuso de paridad es el más sencillo de solucionar, porque el bloqueo se destraba con un solo voto. Sin embargo, ese solo sufragio implica obtener mayoría, con lo cual su valor equivale no solamente al de una acción, sino también al de una prima de control. Por ello, un juez no podría asignar o suspender un voto con un solo caso simple de abuso del derecho al voto. Se requeriría que el abuso hubiese sido muy grave o que este se hubiese presentado en un mínimo de decisiones sociales, por ejemplo, tres.

Los abusos de mayoría y minoría son más difíciles porque la divergencia entre derechos de voto varía ampliamente entre casos. En un extremo, un accionista podría tener el 51% y el otro el 49%, mientras en el extremo opuesto del espectro los porcentajes podrían ser del 99% y el 1%. A pesar de la dificultad, se podría diseñar una fórmula matemática, manteniendo la discreción del juez, que permita asignar mayores derechos de voto temporales al minoritario que triunfa o minimizar los del mayoritario derrotado, siendo más alto el múltiplo mientras más grande sea la distancia con el número total de votos de su contraparte. Lo propio sucedería en el caso inverso, el de minoría. También sería posible que el juez limite derechos de voto dentro de márgenes legales⁷⁴.

74 Esta situación no sería tan novedosa en el derecho colombiano. De forma imperativa según el artículo 28 de la Ley 58 de 1931 y de manera supletiva entre la promulgación del Código de Comercio en 1971 y la de la Ley 222 de 1995, el original artículo 428 de dicho Código determinaba que ningún

La propuesta de este artículo es independiente de quien sea el juez societario: un juez, tribunal o corte de la jurisdicción ordinaria, un tribunal de arbitramento o la Delegatura de Jurisdicción Societaria de la Superintendencia de Sociedades. En caso de que se desconfíe de alguno de estos foros se puede acudir a cualquiera de los otros, considerando que la competencia judicial de la Superintendencia de Sociedades es a prevención y que el arbitraje es opcional. Por supuesto, puede haber errores judiciales, pero estos se minimizan con el derecho a la segunda instancia en sentencias y, eventualmente, con una casación o una tutela contra una providencia jurisdiccional.

Evidentemente, y al ser la propuesta de este artículo novedosa o, de manera más precisa, disruptiva, no faltarán las críticas. Una que salta a la vista es la posible inseguridad jurídica que genere una discreción judicial en un tema tan sensible como el ejercicio de derechos de voto en sociedades. La mejor forma de prevenir que este temor se realice es con una buena normativa sobre el tema, y también mediante una jurisprudencia que, a través de un relevante número de casos, ponga en práctica tales reglas. La posibilidad contraria, la de ausencia de normas por aversión al riesgo de su amplitud, es peor, al dejar en letra muerta reglas sobre abuso del derecho que en la práctica poco funcionan.

Otra crítica es la ausencia de otras legislaciones que hayan adoptado la propuesta aquí formulada. Que esta idea no haya surgido en otras latitudes no es razón para eliminarla de la discusión jurídica ni tampoco para detener su avance normativo. No todos los cambios a la legislación colombiana deben provenir de trasplantes de reglas extranjeras, sino que pueden obedecer a la innovación del propio ordenamiento.

Se cierra esta sección con una referencia al historiador Arthur Koestler⁷⁵, quien sostiene que mientras más novedosa es una idea, más elemental empieza a parecer con el paso del tiempo⁷⁶. La SAS ha sido la innovación más importante del derecho societario en lo corrido del siglo XXI pero, a quince años de su promulgación, la modernización legal no puede continuar detenida.

Conclusiones

La nulidad e indemnización de perjuicios como sanciones al abuso del derecho al voto son solo uno de los instrumentos legales que el derecho societario utiliza para corregir la opresión de accionistas. De forma ilustrativa, otros son los deberes de los administradores de dar un trato equitativo a todos sus accionistas, el régimen aplica-

accionista podía emitir votos por más del 25% de las acciones representadas en una asamblea. Véase Córdoba Acosta, P.A., *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 386-387.

75 Véase Mendoza, J.M., *El abuso de mayoría en la SAS*, cit., 113.

76 Véase Koestler, A., *The Act of Creation*, Nueva York, Hutchinson & Co., 1964, 1.

ble a situaciones en las que surjan conflictos de intereses, la supervisión a cargo de entidades administrativas, las supra mayorías que ciertas leyes y estatutos exigen, y los acuerdos de accionistas. Esta enumeración es un recordatorio de que, ante una funcionalidad a medias de cualquiera de tales medios para combatir opresiones societarias, *v.gr.*, la acción por abuso del derecho al voto, una adecuada operatividad de los demás instrumentos permitiría que el sistema normativo como un todo funcione bien. Sin olvidar además que ni las leyes *ex ante* ni las providencias jurisdiccionales *ex post* pueden solucionar todos los conflictos o desequilibrios societarios; como tampoco los pronunciamientos de la Corte Constitucional –como la sentencia C-707 de 2005, según la cual un accionista minoritario no es sujeto de especial protección constitucional por haber voluntariamente asumido los riesgos que implica ser asociado de una compañía–.

Con todo, es claro que la acción por abuso del derecho al voto recientemente ha sido una de las herramientas más importantes para combatir la opresión societaria, sin que sea evidente que los demás mecanismos para luchar contra este flagelo hayan sido efectivos en su erradicación. Así, tanto las falencias de la acción por abuso del derecho al voto como sus soluciones son de gran relevancia, destacándose dentro de estas últimas la opción propuesta, que es innovadora o, si se quiere, disruptiva.

En tal sentido, y sin desconocer los grandes avances jurisprudenciales en materia de abuso del derecho al voto en sociedades, este artículo deja a la vista el problema consistente en que una sentencia favorable para un accionista oprimido remedie una injusticia puntual pero no evite que una situación similar se repita posteriormente; algo probable toda vez que, salvo una negociación que estipule lo contrario, demandante y demandado continúan siendo socios cuyos conflictos de agencia el proceso judicial pudo haber agravado.

Sin perjuicio de las bondades de la propuesta planteada, es previsible que este documento no solo no contribuirá a hacer más pacífica la doctrina sobre abuso del derecho al voto –lo cual no es su objetivo–, sino que antes atizará la polémica jurídica, algo bienvenido. Más de una década de jurisprudencia y de doctrina societaria sobre este tema hace que ya muchos de sus problemas jurídicos estén decantados o suficientemente analizados, siendo conveniente extender la discusión hacia asuntos nuevos, como el aquí planteado.

El optimismo del autor sobre el efecto de este escrito en la discusión académica contrasta con su pesimismo respecto de la influencia en el legislador. En poco más de medio siglo y salvo normas de insolvencia o reformas puntuales como el artículo 4.º de la Ley 2069 de 2020, las únicas reformas societarias de gran calado han sido las leyes 222 de 1995 y 1258 de 2008. Este letargo del Congreso, que demuestra su indiferencia hacia estos temas, hace poco probable que la reforma propuesta se apruebe en el corto plazo.

Pero ello no es óbice para presentarla. A modo de cierre, resulta pertinente una frase poco conocida del ya fallecido premio Nobel en Economía Milton Friedman:

The main function that people like myself serve is not to persuade anybody but to throw ideas out in the open so that when circumstances arise that make them particular relevant to current problems, they are available to be picked up (La principal función que personas como yo cumplimos no consiste en persuadir a nadie sino en formular ideas de tal manera que cuando surjan circunstancias que las hagan particularmente relevantes para los problemas actuales, estén disponibles para ser aplicadas)⁷⁷.

Referencias

- Allen, W.T. y Kraakman, R., *Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2016.
- Appelbaum, B., *The Economists' Hour. False Prophets, Free Markets, and the Fracture of Society*, Nueva York, Little Brown and Company, 2019.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.
- Boyle, A.J., *Minority Shareholders' Remedies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- Carrasco Perera, A., *Tratado del abuso del derecho y del fraude a la ley*, Madrid, Civitas, 2016.
- Castillo, F., “¿El poder para qué? El abuso del derecho de voto como mecanismo de control del accionista mayoritario”, en Mesa, M.L. y Cárdenas, J.P. (coord.), *Diez años de las S.A.S. Análisis y perspectivas desde una visión académica*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2019, 217-250.
- Caycedo, D. *et al.*, “El estándar de revisión en la acción por abuso del derecho de voto: un análisis funcional”, *Anuario de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, 2022.
- Comanducci, P., “El abuso del derecho y la interpretación jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, 2011.

77 Friedman to Zadon, 19 de noviembre de 1968, Milton Friedman Papers, box 214, Hoover Institution Archives, Stanford, California, citado en Appelbaum, B., *The Economists' Hour. False Prophets, Free Markets, and the Fracture of Society*, Nueva York, Little Brown and Company, 2019, 341, nota 4.

- Córdoba Acosta, P.A., *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Cortés, É., “Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, 2006.
- De Borja Villena Cortés, F., “Deber de abstención del derecho de voto del socio incurso en conflicto de intereses. Comentario y reflexiones en torno al art. 190 TRLSC”, en Ortega Burgos, E. (dir.), *Tratado de conflictos societarios*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2019, 159-182.
- Dubois, S., *Corporate Litigation as a Device to Protect Minority Shareholders. France, England and Wales: A Comparative Analysis*, Liverpool, VDM Verlag Dr. Muller, 2010.
- Enrique, L., “Do Corporate Judges Matter? Some Evidence from Milan”, *European Business Organization Law Review*, n.º 3, 2002.
- Josserand, L., Josserand, L., *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Bogotá, Temis, 1999.
- Koestler, A., *The Act of Creation*, Nueva York, Hutchinson & Co., 1964.
- Medellín, S., “Abuso del derecho de voto de mayorías: lecciones para la aplicación del Régimen de Oposición de Minoritarios en Colombia”, *Revista Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 56, 2016.
- Mendoza, J.M., “El abuso de mayoría en las SAS”, en Reyes, F. (coord.), *La SAS y su influencia en América Latina. 10 años de un modelo exitoso*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Legis, 2018, 113-136.
- Moisset de Espanés, L., “El abuso del derecho” [en línea], 2012, disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artabusosdelderecho>
- Murgillo, R., *Conflictos societarios*, Buenos Aires, Astrea, 2009.
- Peña, M.V., “Gobierno corporativo, oportunismo y abuso del derecho en sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 54, 2015.
- Pinzón, J.G., *Sociedades comerciales*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 1982, vol. 1.

- Rengifo, E., *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Reyes, F., *La sociedad por acciones simplificada*, 2.^a ed., Bogotá, Legis, 2010.
- Roque Vítolo, D., *La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Su limitación en los casos de utilización indebida y fraude*, Buenos Aires, Errepar, 2010.
- Salgado, C., “El abuso del derecho y reflexiones sobre el ejercicio de la llamada servidumbre legal minera en el derecho colombiano”, en Henao, J.C. y Montoya, M.F. (eds.), *Minería y desarrollo*, vol. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, 272-315.
- Schneider, L., *Ejercicio abusivo de los derechos societarios*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- Sunstein, C. *et al.*, *Punitive Damages*, Chicago, University of Chicago Press, 2003.
- Superintendencia de Sociedades y Comité Colombiano de Arbitraje, *Lecciones de arbitraje en derecho societario*, Bogotá, 2021.
- Szentkuti, D., *Minority Shareholder Protection. Germany, France and the United Kingdom: A Comparative Overview*, Liverpool, VDM Verlag Dr. Muller, 2008.
- Tafur, F., *La nueva jurisprudencia de la Corte*, 2.^a ed., Bogotá, Óptima, 1939
- Torres, L.A., *Tutela del crédito y daño al deudor. La tipificación del abuso del derecho del acreedor al cobro del préstamo de dinero y su comprobación mediante el test de razonabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.