



La Aplicación del Abuso del Derecho en las S.A.S.

Ericka Perdomo Yaluzan

Código: 13591011

Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho

Énfasis en Derecho Empresarial

Director del trabajo de Grado:

Doctor Fernando Gandini

Universidad ICESI

Facultad de Derecho y ciencias políticas

Junio, 2017

DESCRIPCION GENERAL DEL CASO

INTRODUCCION:

En reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de NCSC del 26 de marzo de 2012, se aprobó la remoción de un accionista minoritario, Serviucis S.A., de la junta directiva de la sociedad Nueva Clínica Sagrado Corazón [NCSC] S.A.S., la decisión de remover a Servicuis S.A. estuvo orientada por la finalidad de poner a esta compañía en una situación desventajosa, ante el surgimiento de un agudo conflicto intrasocietario y en el curso de un proceso de venta sobre el control de NCSC S.A.S. El análisis que soportó esta conclusión partió del estudio de los efectos de la decisión de remover a Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S., para luego establecer si el bloque mayoritario ejerció los derechos de voto correspondientes con la intención manifiesta de perjudicar al accionista minoritario.

a) **La constitución de Inversiones Hospitalarias y Clínicas S.A.S. y Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.**

Mediante documento privado inscrito en la Cámara de Comercio de Medellín el 13 de enero de 2011, se constituyó la sociedad Inversiones Hospitalarias y Clínicas ('IHC') S.A.S. Según la información que consta en el aludido documento privado, Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid participaron en el acto de constitución de IHC S.A.S, directamente y por conducto de sociedades vinculadas.

Composición inicial del capital

Accionista	Porcentaje de participación
Serviucis S.A.	61%
(sociedad controlada por Edwin Gil)	
Mauricio Vélez Cadavid	22%
Medicarte S.A.	17%
(sociedad controlada por Mauricio Vélez)	
Total	100%

A pesar de tener un objeto social indeterminado, según la cláusula segunda de los correspondientes estatutos sociales, IHC S.A.S. fue constituida con el propósito de efectuar una inversión en el sector de la prestación de servicios hospitalarios. En verdad, la creación de IHC S.A.S. formó parte de un conjunto de operaciones diseñado para adquirir el control de la Clínica Sagrado Corazón. Según las pruebas disponibles, los accionistas de Médicos Asociados S.A., antigua propietaria del establecimiento hospitalario mencionado, contactaron a Mauricio Vélez Cadavid, a fin de proponerle que invirtiera recursos de capital en la Clínica Sagrado Corazón.

Posteriormente, el 19 de enero de 2011, se aprobó la capitalización de IHC S.A.S., a fin de permitir el ingreso de múltiples inversionistas. En lugar de invertir directamente en Médicos Asociados S.A., antigua propietaria de la Clínica Sagrado Corazón, se determinó que IHC S.A.S. constituiría una nueva compañía que, a su vez, adquiriría el establecimiento médico a que se ha hecho alusión. Esta estructura societaria obedeció a la necesidad de proteger a los nuevos inversionistas de los riesgos derivados de la deficitaria operación de Médicos Asociados S.A.

Es así como, por virtud de lo expresado antes, IHC S.A.S. constituyó la sociedad Nueva Clínica Sagrado Corazón ('NCSC') S.A.S. mediante la inscripción de un documento privado en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Medellín, el 19 de enero de 2011.

El 31 de enero de 2011, IHC S.A.S., NCSC S.A.S. y Médicos Asociados S.A. suscribieron el denominado Acuerdo Privado, con el propósito de completar la transferencia del control sobre la Clínica Sagrado Corazón. Por virtud de ese convenio, se determinó que IHC S.A.S. contribuiría más de \$4.574.000.000 al capital de NCSC S.A.S., al paso que Médicos Asociados S.A. realizaría un aporte en especie de los activos vinculados a la operación de la Clínica Sagrado Corazón. En el citado documento se establecieron también múltiples otras disposiciones encaminadas a permitir que NCSC S.A.S. pudiera administrar la Clínica Sagrado Corazón, así como a concertar la modificación de las participaciones de capital de IHC S.A.S. y Médicos Asociados S.A. en NCSC S.A.S., de conformidad con los términos económicos descritos en el Acuerdo Privado.

b) Acerca del conflicto intrasocietario

Empezamos a tener ciertas tensiones inicialmente porque para Edwin Gil Tobón, básicamente más que ser asesor, me estaba viendo a mí como un subordinado, según explica Mauricio Vélez Cadavid, porque no podía estar digamos a disposición todo el tiempo de su agenda y de sus empresas sino que yo seguía con las mías.

Con todo, las relaciones entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid aún parecían ser cercanas para la fecha en que se gestó la adquisición de la Clínica Sagrado Corazón por conducto de IHC S.A.S. y NCSC S.A.S.

Ante el quebrantamiento definitivo de sus relaciones personales, Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid iniciaron discusiones para dar por terminada su participación conjunta en diversas compañías. Acordaron discutir la posible liquidación de Diagnosticarte S.A.S. y, además, convinieron que Mauricio Vélez Cadavid dejaría de participar en las operaciones de Hospitalar Group S.A. y Serviucis S.A. En cuanto a la inversión conjunta que había permitido la adquisición de la Clínica Sagrado Corazón por conducto de IHC S.A.S. y NCSC S.A.S., se estableció que 'Edwin Gil venderá sus acciones a Mauricio Vélez o a quien éste designe.

Una vez acordado que Edwin Gil Tobón enajenaría su inversión de capital en la Clínica Sagrado Corazón—por medio de la venta de su participación accionaria en IHC S.A.S—se estableció un mecanismo para la determinación del precio y la forma de pago correspondiente. Para tales efectos, el 7 de julio de 2011, un grupo de accionistas de IHC S.A.S. representantes del 69.57% de las acciones emitidas y en circulación de la compañía, acordaron designar a Mauricio Toro y Rodrigo Velásquez, para adelantar todas aquellas gestiones que permitan la negociación con la Sociedad Serviucis S.A.S., negociación que se hará con el señor Edwin Gil o con la persona que éste delegue, para lo cual, los señores Toro y Velásquez quedan con las más amplias facultades para el cumplimiento del encargo conferido, pudiendo entre otros aspectos: (i) Establecer el valor de las acciones, y (ii) Acordar la forma de pago y los términos de la negociación' (vid. Folio 4285). Por su parte, Edwin Gil Tobón designó a Mauricio Tamayo y Mauricio Ortega para participar en el proceso de negociación de las condiciones bajo las cuales se liquidaría su inversión en la Clínica Sagrado Corazón.

En octubre de 2011, Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid, junto con varias personas vinculadas, celebraron diversos negocios jurídicos, incluido un contrato de transacción, con el propósito de liquidar sus inversiones conjuntas en Diagnosticarte S.A.S. y precaver litigios futuros en lo relacionado con Hospitalar Group S.A. Además, en un correo electrónico remitido por Rodrigo Velásquez el 4 de octubre, se alude a la aprobación de 'un código de buen gobierno en la clínica'. Esta propuesta fue reiterada durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S celebrada el 21 de diciembre de 2011.

Por lo demás, a finales del año 2011, Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid sostuvieron conversaciones telefónicas acerca de la posible adquisición, por parte de este último sujeto, de las acciones que Serviucis S.A. detentaba en IHC S.A.S.

c) Remoción de Serviucis S.A. como miembro principal de la junta directiva de NCSC S.A.S.

De conformidad con los estatutos de NCSC S.A.S., la junta directiva de la compañía está conformada por cinco miembros, los cuales durarán en el ejercicio de sus funciones por el término de dos (2) años, contados a partir de la fecha en que se hizo la elección. Serviucis S.A. fue designada como miembro principal de la junta directiva de NCSC S.A.S al momento de la constitución de esta última compañía, vale decir, el 19 de enero de 2011. A pesar de que el período estatutario de los miembros de la junta directiva expiraba en enero de 2013, Serviucis S.A. fue removida del mencionado órgano social durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de NCSC S.A.S celebrada el 26 de marzo de 2012. Según consta en el acta No. 8, Jorge Alberto Arango Espinosa fue nombrado en el escaño que ocupaba Serviucis S.A., por el voto unánime de los dos accionistas presentes.

Se pudo constatar que, durante la mencionada reunión del 26 de marzo, Mauricio Vélez Cadavid ejerció los derechos políticos correspondientes al 70% de las acciones en circulación de NCSC S.A.S., en su calidad de representante legal de IHC S.A.S.

d) Actuaciones posteriores a la remoción de Serviucis S.A.

Se estableció el procedimiento requerido para enajenar el principal activo de IHC S.A.S., es decir, el 70% de las acciones de NCSC S.A.S. Es así como el 13 de julio de 2012 se aprobó, por el voto unánime de los accionistas de IHC S.A.S, incluido Serviucis S.A., el procedimiento para la enajenación global de activos.

En el curso del proceso de venta a que se ha hecho referencia, los accionistas de IHC S.A.S. decidieron aceptar la propuesta formulada por Inversiones YM S.A. el 23 de noviembre de 2012. Ciertamente, según consta en el acta No. 10, correspondiente a la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S. celebrada el 4 de diciembre de 2012, la oferta de Inversiones YM S.A. fue aceptada mediante el voto favorable de los representantes del 56.25% del capital suscrito de la compañía, con el voto negativo de Serviucis S.A. Durante la referida sesión también se aprobó la disolución anticipada de IHC S.A.S. mediante el voto unánime de los accionistas presentes. Finalmente, durante la reunión ordinaria del máximo órgano de IHC S.A.S., celebrada el 7 de marzo de 2013, Mauricio Vélez Cadavid presentó su informe final de liquidación, el cual fue

aprobado mediante el voto favorable de los accionistas presentes en la reunión, quienes representaban el 69.57% del capital de la compañía.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El Despacho se plantea establecer si la decisión de remover a Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. adolece de nulidad absoluta por abuso del derecho de voto, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. Para resolver el caso presentado ante el Despacho, es indispensable formular algunas consideraciones acerca del ejercicio del derecho de voto en las sociedades por acciones simplificadas. Una de tales situaciones está relacionada con el ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de un accionista mayoritario.

En Colombia, la figura del abuso del derecho de voto se encuentra prevista en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, a cuyo tenor, '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'. La figura analizada se presenta en aquellos casos en los que 'a pesar de observarse las normas sustanciales (sobre convocatoria, quórum, mayorías decisorias, etc.) se busca un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación'.

Debe aclararse, desde ya, que el análisis requerido para establecer si se configuró una actuación abusiva comporta, necesariamente, un estudio del trasfondo real de las relaciones entre los sujetos involucrados en el presente proceso.

Los efectos de la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S.

La expulsión de un minoritario en los términos descritos puede restringir, de manera notable, su participación en la administración de los negocios sociales, en forma tal que quede relegado al simple ejercicio de sus derechos como asociado. Es decir que, al remover al accionista minoritario de la junta directiva [...], el controlante puede hacer desvanecer las expectativas económicas que inicialmente llevaron al minoritario a invertir en la sociedad. La decisión se toma de forma deliberada, sin que pueda acreditarse un propósito legítimo para justificar su remoción de la junta directiva.

Es claro, por ejemplo, que Serviucis ostentaba la calidad de accionista minoritario en IHC S.A.S., el vehículo de inversión constituido con el propósito de administrar su participación en la Clínica Sagrado Corazón. En efecto, el grupo de accionistas liderado por Mauricio Vélez Cadavid—propietarios del 69.57% de las acciones en circulación de IHC S.A.S—ejercía las potestades propias de un accionista mayoritario, al paso que Serviucis S.A. se encontraba, claramente, en la minoría. Ello puede apreciarse tanto en los antecedentes que condujeron a la constitución del mencionado vehículo de inversión, como en los patrones de votación en los órganos sociales de la compañía y el comportamiento de los sujetos titulares del 69.57% de las acciones de IHC S.A.S.

Por tanto se conocía que la designación de Serviucis S.A. en la junta directiva de NCSC S.A.S., desde el momento de su constitución y por un período inicial de dos años, fungía como el principal medio de acceso a la información sobre el funcionamiento interno de la Clínica Sagrado Corazón.

Por este motivo, la controvertida exclusión de Serviucis S.A. tuvo por efecto la supresión del único mecanismo con que contaba esa compañía para fiscalizar directamente su inversión en NCSC S.A.S., la sociedad que administraba la Clínica. Más aún, la remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva le permitió al bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid controlar el flujo de información disponible acerca del funcionamiento de NCSC S.A.S.

Ciertamente, como representante legal de IHC S.A.S., Mauricio Vélez Cadavid era el encargado de ejercer los derechos políticos inherentes al porcentaje mayoritario de acciones que esa compañía detentaba en el capital de NCSC S.A.S. En esa calidad, Mauricio Vélez Cadavid contaba con un control directo sobre la operación hospitalaria de NCSC S.A.S., al paso que Serviucis S.A., luego de su remoción, se vio avocada a consultar, desde una posición minoritaria, la información sobre la Clínica Sagrado Corazón que el bloque mayoritario decidía suministrarle. no solo corresponde a la necesidad de información de la Nueva Clínica Sagrado Corazón, sino a la participación en la administración como miembro de junta, siendo el mayor accionista individual de Inversiones Hospitalarias y Clínicas

La remoción de Serviucis S.A. de su posición como director se volvió aún más gravosa para esta compañía luego de iniciado el proceso de negociación que llevó a la transferencia del control sobre NCSC S.A.S. Tal y como consta en el Acta No. 9 de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S., el 13 de julio de 2012 se determinó iniciar gestiones para enajenar las acciones que la compañía detentaba en el capital de NCSC S.A.S., para lo cual habría de seguirse un detallado procedimiento.

El elemento volitivo requerido bajo el artículo 43 de la Ley SAS

Las consideraciones presentadas en el acápite precedente dan cuenta de la desventajosa posición en la que quedó Serviucis S.A. luego de su remoción anticipada como miembro de la junta directiva de NCSC S.A.S. Con todo, esta circunstancia no es suficiente, por sí sola, para que pueda predicarse el ejercicio abusivo del derecho de voto en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. Según ya se dijo, la aplicación de la figura bajo estudio presupone la acreditación de un elemento volitivo, vale decir, la intención de provocar un daño o de obtener una ventaja injustificada. Se trata del ejercicio de derechos políticos con 'un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación. En este orden de ideas, debe examinarse ahora si el patrón de conducta debatido en el presente proceso permite inferir la existencia de un ánimo premeditado de perjudicar a Serviucis S.A. o procurar una prerrogativa ilegítima.

i. La existencia de un conflicto intrasocietario.

La existencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de determinaciones que perjudiquen a un accionista minoritario.

Es preciso recordar que, tras sostener una estrecha relación, Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid entraron en conflicto en el año 2011, los aludidos sujetos decidieron, en marzo de ese año, romper definitivamente sus relaciones societarias.

En medio de discusiones acerca de la aprobación de un código de buen gobierno y la posible enajenación de las acciones que Serviucis S.A. tenía en IHC S.A.S., Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid no pudieron llegar a un acuerdo para resolver sus diferencias en lo relacionado con su inversión conjunta en la Clínica.

El conflicto entre los sujetos mencionados tomó nuevas fuerzas durante el primer semestre de 2012, luego de que Edwin Gil Tobón asistiera a la junta directiva de NCSC S.A.S. y Serviucis S.A. fuera removido de ese órgano social el 26 de marzo.

Sin embargo, como ya se dijo, la simple existencia de un conflicto no es suficiente para concluir, que la determinación controvertida reviste la calidad de abusiva. Para ello, es necesario examinar las condiciones bajo las cuales se aprobó la respectiva decisión, a fin de establecer si medió la intención de conseguir los ya citados fines extralegales.

ii. El patrón de conducta del bloque mayoritario

Se llevó a cabo la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de NCSC S.A.S. el 26 de marzo de 2012. Durante esta última reunión, Mauricio Vélez Cadavid, en su calidad de representante legal de IHC S.A.S., ejerció los derechos políticos correspondientes al 70% de las acciones en circulación de NCSC S.A.S.

Al llegar al punto del orden del día correspondiente a la elección de los directores, el señor Vélez Cadavid propuso modificar la composición de la junta directiva de NCSC S.A.S., de manera de remover a Serviucis S.A. de ese órgano colegiado. En palabras de Mauricio Vélez Cadavid, ‘yo defino, propongo, que cambiemos a Serviucis y que pongamos a Jorge Arango. [...] Entonces propuse que sacáramos a Serviucis y lo aceptamos unánimemente en la asamblea tanto Médicos Asociados y yo como representante de [IHC S.A.S.]. Yo pregunté y me dijeron “usted tiene las facultades, usted como representante legal puede recomendar un miembro de junta directiva”, y yo fui actuando en nombre de [IHC S.A.S.] y en la asamblea de Nueva Clínica fuimos el 100% de los socios y [...] cambiamos y removimos a Serviucis.

La decisión se tomó de manera intempestiva, es decir, sin consultarla previamente con aquella compañía ni con los órganos internos de IHC S.A.S. y en el curso de un conflicto intrasocietario; con el efecto de que Serviucis S.A. fue reemplazado por un director vinculado al bloque de accionistas mayoritarios liderado por Mauricio Vélez Cadavid.

Se trata, a todas luces, de un patrón de conducta que, en criterio del Despacho, denota una intención premeditada de perjudicar a Serviucis S.A. y, correlativamente, procurar que el bloque mayoritario pudiera ejercer un control irrestricto sobre la operación de NCSC S.A.S. Debe concluirse, pues, que el bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid ejerció el derecho de voto de una manera que desborda el límite de lo permisible bajo el ordenamiento jurídico colombiano.

iii. La justificación ofrecida para remover a Serviucis S.A.

Una de las justificaciones entregadas es por una parte, la inasistencia de aquella compañía a varias reuniones de la junta—una de las principales justificaciones expuestas para adoptar la decisión controvertida—había sido discutida por Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid desde mayo de 2011, en el curso de las negociaciones entre tales sujetos.

Igualmente dadas las diferencias de fondo que había con el señor Edwin Gil, no se quería por parte de varias personas sentarse en la misma mesa con el señor Edwin Gil. Entonces se le propuso, el Dr. Muñoz estuvo presente ahí en la reunión, que con mucho gusto lo nombráramos a él en la junta o nombráramos a otra persona que ellos delegaran en la junta y Edwin Gil dijo que no.

El Despacho encontró que la súbita decisión de excluir a Serviucis S.A. no estuvo precedida siquiera por una discusión acerca de las alternativas disponibles para incluir un experto financiero en la junta directiva de NCSC S.A.S.

iv. Conclusión

La decisión controvertida tuvo como propósito primordial restringir el acceso directo de Serviucis S.A. a la información sobre las operaciones de NCSC S.A.S. La remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S., no sólo despojó efectivamente a aquella compañía de una importante prerrogativa, sino que le permitió al bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid controlar el flujo de información acerca de la actividad de la Clínica Sagrado Corazón.

Lo anterior es tanto más grave cuanto que ocurrió con ocasión de un pronunciado conflicto intrasocietario y antes de iniciar negociaciones para transferir el control sobre NCSC S.A.S. Es por ello por lo que el Despacho encuentra que, en efecto, se ejerció el derecho de voto en forma abusiva, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008.

Debe reiterarse, en este sentido, que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista mayoritario se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados.

En este pronunciamiento simplemente se censura, por abusivo, el voto ejercido con la finalidad, a todas luces ilícito, de ocasionar perjuicios y obtener ventajas indebidas, particularmente en hipótesis de conflicto y en el curso de un proceso de venta sobre el control de una compañía.

GUÍA DEL PROFESOR

Resumen del caso

el 13 de enero de 2011, fue constituido el vehículo de inversión IHC S.A.S., con la participación de sociedades controladas por Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid, con posterioridad a este hecho, el 19 de enero de 2011, aprobaron la capitalización de IHC S.A.S., a fin de permitir el ingreso de múltiples inversionistas.

Composición del capital de IHC S.A.S. luego de su capitalización

Accionista	Porcentaje de participación
Serviucis S.A.	30.88%
Mauricio Vélez Cadavid	10,88%
Medicarte S.A.	8,68%
Inversionistas	49.56%

Una vez realizada esta capitalización dirigida en su totalidad por el señor Mauricio Velez, quien fue el que escogió todos los inversionistas para este negocio, El 31 de enero de 2011, IHC S.A.S. y Médicos Asociados S.A. suscribieron el denominado Acuerdo Privado, con el propósito de completar la transferencia del control sobre la Clínica Sagrado Corazón. Por virtud de ese convenio, se determinó que IHC S.A.S. contribuiría más de \$4.574.000.000 al capital de NCSC S.A.S., al paso que Médicos Asociados S.A. realizaría un aporte en especie de los activos vinculados a la operación de la Clínica Sagrado Corazón. En el citado documento se establecieron también múltiples otras disposiciones encaminadas a permitir que NCSC S.A.S. pudiera administrar la Clínica Sagrado Corazón.

Por lo tanto la sociedad NCSC S.A.S., quedaría constituida de la siguiente manera:

Información acerca de NCSC S.A.S. al momento de su constitución Composición inicial del capital

Accionista	Porcentaje de participación
Inversiones Hospitalarias y Clínicas S.A.S.	70%
Medicos Asociados S.A.	30%
Total	100%

Junta directiva

Miembros principales	Miembros suplentes
Mauricio Vélez Cadavid	Fernando León Duque Becerra
Serviucis S.A.	Juan Hinestroza
Alejandro Piedrahita Borrero	Jorge Alberto Arango
Luis Fernando Bravo Múnera	Alicia María Lotero Upegui
Álvaro Londoño Restrepo	Jorge Mario Correa Rodas

Representante legal

Principal	Suplente
Jaime Bahamon Trujillo	Mauricio Vélez Cadavid

Por lo que a todas luces esta estructura societaria diseñada por las partes (en la que concurría un vehículo de inversión) convirtió la participación de Serviucis S.A. en la junta directiva de NCSC S.A.S. en el principal mecanismo de acceso a la información sobre el funcionamiento interno de la Clínica Sagrado Corazón.

Así entonces, la controvertida exclusión de *Serviucis S.A.* tuvo por efecto la supresión del único mecanismo con que contaba esa compañía para fiscalizar directamente su inversión en *NCSC S.A.S.*, la sociedad que administraba la Clínica.

La remoción de *Serviucis S.A.* de la junta directiva le permitió al bloque mayoritario controlar el flujo de información disponible acerca del funcionamiento de *NCSC S.A.S.* Ciertamente, como representante legal de [un vehículo de inversión que detentaba el 70% de las acciones de *NCSC S.A.S.*], Mauricio Velez, era el encargado de ejercer los derechos políticos inherentes al porcentaje mayoritario de acciones que esa compañía detentaba en el capital de *NCSC S.A.S.*

En esa calidad, él contaba con un control directo sobre la operación hospitalaria de *NCSC S.A.S.*, al paso que *Serviucis S.A.*, luego de su remoción, se vio avocada a consultar, desde una posición minoritaria, la información sobre la Clínica Sagrado Corazón que el bloque mayoritario decidía suministrarle. Lo anterior fue particularmente perjudicial para *Serviucis S.A.* debido a que la decisión controvertida en este proceso se produjo en medio de un agudo conflicto entre los accionistas Edwin Gil y Mauricio Vélez, y la existencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de determinaciones que perjudiquen a un accionista minoritario.

Lo anterior fue una decisión arbitraria teniendo en cuenta que los inversionistas propietarios del 69.57% de las acciones de *IHC S.A.S.* se comportaban como un mismo bloque de votación durante las reuniones del máximo órgano social y súbita ya que no estuvo precedida siquiera por una discusión acerca de las alternativas disponibles para incluir un experto financiero en la junta directiva de *NCSC S.A.S.*

ABUSO DEL DERECHO- Definición, Naturaleza jurídica y Utilidad.

En Colombia, la figura del abuso del derecho de voto se encuentra prevista en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. Así, pues, tras la consagración legal de este mecanismo de protección, existen entre nosotros criterios claramente definidos para identificar el posible ejercicio abusivo del derecho de voto. De ahí que, para reconocer la utilidad del uso de esta figura, es importante establecer dentro de cada situación sí la finalidad con la que se ejerció el derecho de voto excedió el ámbito de lo permisible a la luz del ordenamiento jurídico colombiano [...]. Debe aclararse, desde ya, que el análisis requerido para establecer si se configuró una actuación abusiva comporta, necesariamente, un estudio del trasfondo real de las relaciones entre los sujetos involucrados en el proceso, los efectos de las actuaciones y la intención de provocar un daño o de obtener una ventaja injustificada.

La teoría del abuso del derecho ha tenido aplicación significativa en el Derecho extranjero de Sociedades y comienza a tener importancia también en el Derecho nacional. En general, se reconoce en la doctrina comparada la existencia del denominado abuso de la personalidad jurídica de la sociedad, que no es nada diferente de la utilización de la forma asociativa en el exclusivo interés personal de quienes la dirigen o controlan. Sin embargo, el ámbito en que la teoría ha tenido mayor aplicación es en el de las determinaciones de asambleas o juntas de socios. En especial, los desarrollos de la doctrina en cuestión se refieren a su aplicación en el contexto específico de abusos de mayoría, de minoría o de posición paritaria. En general, se trata del escrutinio de determinaciones que se adoptan en el seno del máximo órgano social, en las que, a pesar de observarse las normas sustanciales (sobre convocatoria, quórum, mayorías decisorias, etc.), se busca un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación.

Por las razones anteriores, se consideró de la mayor importancia incluir una regulación específica sobre el abuso del derecho en el régimen de la sociedad por acciones simplificadas. El nuevo estatuto comienza por definir el concepto para luego aclarar que las determinaciones abusivas pueden ser declaradas nulas. Así mismo, se efectúa una distinción entre las modalidades de abuso de mayoría, de minoría y de paridad.¹

Según acaba de señalarse, la figura del abuso del derecho se ha convertido en uno de los expedientes más relevantes de protección de los derechos de los accionistas en los regímenes societarios contemporáneos debido a la complejidad de las situaciones que se suscitan en el ámbito de las sociedades, el simple análisis relativo a la observancia de reglas legales o contractuales suele ser insuficiente y, en no pocas ocasiones, puede conducir a la imposibilidad de detectar el verdadero alcance de conductas contrarias al Derecho.²

El Derecho moderno y especialmente el Derecho contemporáneo se forman del abuso de una idea mucho más comprensiva; es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del Derecho que se ejerce;

¹ El artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 consagra las diversas modalidades de abuso del derecho en que podrían incurrir los accionistas de la SAS. La norma es del siguiente tenor: “Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto. La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.”

² FH Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada (2013a, 3ª Ed., Editorial Legis, Bogotá) 134-136

al criterio puramente intencional tiende a sustituirse un criterio funcional, derivado del espíritu del Derecho, de la función que le está encomendada.³

Es pertinente recordar la máxima anglosajona según la cual el juez puede anular "una deliberación que sea tal que ninguna persona razonable pueda Considerarla útil para la sociedad. El hecho de que una determinada deliberación aparezca, a los ojos de cualquier persona razonable, inútil para la sociedad, es asunto que sirve de elemento presuntivo, para probar un abuso de mayoría por parte de quien ha utilizado la posición de poder de que goza, para conseguir ventajas particulares, de ningún modo atribuibles a las exigencias de la empresa social".⁴

ABUSO DE MAYORÍA.

De acuerdo con la opinión de Yves Chaput, habrá abuso de mayoría cuando la decisión de la asamblea, en lugar de consultar el interés social, se oriente a establecer beneficios para los asociados mayoritarios. La decisión, en este caso, podrá ser anulada⁵. Para Dominique Vidal, por su parte, el presupuesto fundamental del abuso de mayoría está dado por el quebrantamiento del equilibrio jurídico entre los socios o accionistas. Puede tratarse, en primer lugar, de la denominada igualdad interna cuya vulneración ocurre cuando se fractura "la igualdad de derechos reconocidos por los estatutos sociales a todos los que ostentan la calidad de asociados". También puede darse el caso del rompimiento de la denominada igualdad externa frente a la calidad de asociado, como cuando el accionista o socio minoritario es privado de una ventaja que le es concedida al mayoritario, quien no la recibe en calidad de asociado, sino por causa de una relación externa al pacto social. "La ruptura de la igualdad puede constatarse en aquellos casos en que la determinación de no repartir utilidades les ha permitido a los ejecutivos de la sociedad (vinculados al grupo mayoritario) asignarse remuneraciones excesivas"⁶.

³ Louis Josserand Del abuso del Derecho y otros ensayos, Monografías Jurídicas 24, Bogotá, Ed. Temis, 1999, p. 5.

⁴ Galgano, Diritto commerciale. Le società, Bologna, Zanichelli, 1999 2000, p. 252.

⁵ De acuerdo con la Sala Comercial de la Corte de Casación francesa, "la determinación de la asamblea general de una sociedad anónima no podrá ser anulada por abuso del derecho de la mayoría, a menos que se establezca que se ha adoptado en contra del interés general dela sociedad y bajo el designio único de favorecerá los mayoritarios en detrimento de los miembros de la minoría" (Sent. del 18 de abril 1961). En Colombia, a partir de la Ley 1258 de 2008, se puede impetrar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, con fundamento en el objeto ilícito de que adolece al acto abusivo. Este régimen, sin embargo, solo es aplicable en el ámbito de las sociedades por acciones simplificadas. Ello se debe a que se trata de una norma restrictiva que no admite interpretación analógica

⁶ Cfr. Dominique Vidal, op. cit., pp. 390-391.

De igual manera es importante también saber que puede producirse abuso de las mayorías cuando se presenta “un resquebrajamiento del equilibrio jurídico de los socios o accionistas.”⁷ El mencionado desequilibrio se produce bajo dos modalidades: a) Cuando se lesiona los derechos reconocidos en los estatutos a todos los asociados. Esto recibe el nombre de vulneración de la igualdad interna⁸ o; b) Cuando el accionista o socio minoritario es privado del goce de ciertos derechos, los cuales son trasladados, sin existir un acuerdo social que lo legitime, a la esfera del disfrute de los accionistas o socios mayoritarios. Esto recibe el nombre de la vulneración de la igualdad externa.⁹

ABUSO DE MINORÍA.

El abuso de minoría puede ocurrir cuando los asociados minoritarios se oponen injustificadamente a la aprobación de determinaciones cruciales para la marcha de la sociedad, con el único propósito de favorecer sus propios intereses. En palabras de la Sala Comercial de la Corte de Casación francesa, “para declarar un abuso de minoría, el juez debe establecer en qué medida la conducta del minoritario ha sido contraria al interés general de la sociedad, hasta el punto de impedir la realización de una operación esencial para esta, con el único fin de satisfacer el interés propio en detrimento de los demás asociados en conjunto” (Sent. del 15 de julio de 1992).

El abuso de minoría podría darse, por ejemplo, en aquellos casos en que los socios o accionistas minoritarios se niegan a dar su concurso a fin de entorpecer el funcionamiento de la sociedad.¹⁰ En particular, el abuso de minoría se daría en relación con determinaciones sujetas a mayorías decisorias calificadas, para cuya obtención resulte indispensable la concurrencia de algún grupo o accionista minoritario.

Para Paul Le Cannu, la elaboración del abuso de minoría por la Corte de Casación francesa procura combatir la existencia de “minoritarios inertes y opuestos a todo.

⁷ VELASQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Sobre el abuso del derecho en materia de sociedades. [En línea]. Disponible en: http://carlosvelasquezasociados.com/Abuso_sociedades.pdf. p. 10.

⁸ *Ibíd.*, p. 11

⁹ *Ibíd.*, p. 11.

¹⁰ Debe compartirse la opinión de Jorge Hernán Gil Echeverry, según la cual tanto en los casos de abuso de minoría como en los de abuso de paridad, el hecho dañoso no surge de una determinación del máximo órgano social, sino, por el contrario, de la imposibilidad de adoptar las determinaciones que los demás accionistas estarían dispuestos a acoger en beneficio de la sociedad (Gil Echeverry, “Abuso en decisiones adoptadas en las SAS”, en Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada, op. cit., Cap. V).

Mientras que la existencia de la sociedad está en peligro, los minoritarios defienden un interés egoísta".¹¹

Por tanto a través de lo mencionado se puede identificar que existió abuso por parte de las minorías, en el momento que el voto de estos grupos, es necesario a la hora de tomar ciertas decisiones donde se han establecido mayorías calificadas, y la negativa injustificada de las minorías, deja como resultado que se frustre el desarrollo de las actividades sociales que suelen ser de tanta importancia, que pongan en peligro la estabilidad de la sociedad. Por lo tanto, los socios o accionistas minoritarios se deben responsabilizar de los efectos negativos que pueda representar para los otros accionistas y la sociedad, el cambio de los asuntos que han sido puestos a consideración.

ABUSO DE PARIDAD.

Otra modalidad de abuso del derecho en el contexto societario puede darse cuando se aprovecha indebidamente la situación de bloqueo de los órganos sociales, que ocurre cuando el capital se encuentra dividido de modo paritario entre dos facciones de asociados (abus de egalité). En estos casos, es evidente que la falta de colaboración de uno de los bloques da lugar al mantenimiento indefinido del statu quo. La teoría aplicable en este caso es la misma del abuso de minoría, debido a que la conducta reprochable consiste en abstenerse de otorgar su concurso para la adopción de determinaciones indispensables para la marcha de la sociedad.¹²

¹¹ Le Cannu, op. Cit., p. 146. En América Latina también se encuentran identificadas estas conductas, las cuales son, lamentablemente, frecuentes en la práctica societaria de esta región. Mascheroni y Muguillo aluden a algunas de ellas: "(a) Negativa a la aprobación de estados contables, cuando su voto es necesario a tal fin; b) Constantes pedidos de informes casuísticos, en flagrante abuso del derecho de información. Cuando funciona un órgano de fiscalización interno (síndico), el acoso es dirigido al funcionario, buscando incluso atemorizarlo con amenazas encubiertas; c) Obstaculización e impedimento de las modificaciones contractuales o estatutarias propuestas por la administración social mediante el voto negativo o la abstención en la asamblea que deba tratarlas. Esta obstrucción se torna más grave en los casos de aumento de capital social cuando estos son necesarios para el desarrollo de la empresa; y d) Promoción de acciones judiciales o administrativas tendientes a hostilizar a los administradores y a la mayoría que los sustenta". (Mascheroni; Muguillo, op. cit., pp. 41-42.)

¹² FH Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada (2013a, 3ª Ed., Editorial Legis, Bogotá) 141.

SOLUCIONES DEL DERECHO

La Superintendencia de Sociedades ha efectuado un buen resumen de la regulación contenida en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, en materia de abuso del derecho. En palabras de la entidad, "La Ley 1258 al consagrar el abuso del derecho en el ejercicio del derecho de voto en las asambleas generales de accionistas de las sociedades por acciones simplificadas, define no solo las conductas que pueden dar lugar al mismo, sino que también prevé la posibilidad de que con fundamento en la misma disposición legal, se pueda obtener tanto la indemnización por los perjuicios que ocasione el ejercicio abusivo del derecho de voto, como la nulidad absoluta del acto jurídico a través del cual se haya dado dicho ejercicio que en el caso objeto de la regulación lo sería la decisión de la asamblea adoptada en tal circunstancia. Adicionalmente, la norma atribuye competencia para conocer de la correspondiente acción judicial a una autoridad determinada, como lo es la Superintendencia de Sociedades, y para ese efecto establece el trámite del proceso verbal sumario, en aras de procurar decisiones más ágiles y oportunas.

"Por lo tanto, la propia ley establece las conductas que pueden configurar abuso del derecho en los casos del ejercicio del derecho de voto por parte de un accionista, para lo cual parte de la consagración de un principio esencial que los accionistas habrán de observar al ejercer su derecho autónomo de voto, cual es el interés general de la compañía; por ende, cuando se vote una decisión particular que desconozca tal principio, podrá generarse el abuso del derecho que la norma regula. De todos modos, la norma enuncia unos presupuestos bajo los cuales se configuraría el ejercicio abusivo del derecho de voto como son: (i) El ejercicio con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas; (ii) El ejercicio con el fin de obtener para sí o para un tercero, ventajas injustificadas y; (iii) El voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas" (Oficio 220-120050 del 30 de septiembre de 2009).

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

Igualmente es importante tener en cuenta que nada desaprueba que los entes aplicadores del derecho se apoyen en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario del

abuso del derecho regulado en la ley de la S.A.S para complementar la aplicación de la normatividad consagrada en el Código de Comercio.

Con todo lo expuesto anteriormente podemos concluir en este punto que el abuso del derecho es un mecanismo novedoso que surge particularmente de la innovación jurídica a la gran cantidad de conflictos que suelen darse en las sociedades cerradas, por lo que en el marco general del abuso del derecho vemos que este es aplicable a diversas materias como son: El derecho de participación o derechos políticos, el principio de la ley de las mayorías y la autonomía de la voluntad, entre otros. Temas a los que haremos mención en este presente trabajo como elementos importantes que surgen dentro del estudio del caso concreto.

De lo anterior se puede reconocer que hasta el momento ha sido constante la idea de que el abuso del derecho es una figura de contenido controversial, que revelan la desavenencia de los sujetos que apoyados en una prerrogativa o beneficios obtenidos, propenden por efectuar actos desestimados y alejados de la verdadera finalidad del derecho, en búsqueda de un interés propio o evadiendo un interés social.

Beneficios o prerrogativas que han sido otorgadas mediante derechos de participación, o que a través de los principios otorgados a las mayorías se han enfocado en favorecer o desfavorecer algunas decisiones societarias que afectan el flujo normal del objeto social de la empresa.

CONSECUENCIA DE LAS DECISIONES ABUSIVAS EN LA LEY S.A.S.

De acuerdo a todo lo anteriormente mencionado, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 regula ampliamente las consecuencias que se atribuyen en caso de incurrir en abuso en el ejercicio de los derechos otorgados a los accionistas dentro de una S.A.S., En esta disposición normativa se establecen las sanciones aplicables a los eventos de abuso: “ARTÍCULO 43. ABUSO DEL DERECHO. [...] La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario”.¹³

En la norma citada anteriormente, son tres las circunstancias frente a las cuales se evidencia el abuso de los derechos: mayorías, minorías y paridad. Habiendo ya hecho referencia a cada una de ellas, es importante resaltar el proceso de

¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Op. Cit. 49

impugnación que terminará en la declaratoria de nulidad del acto y solo se presenta cuando estamos frente al abuso de Las Mayorías, puesto que es en este evento, en donde ciertamente se toma una decisión que envuelve los intereses de la sociedad y sus accionistas y, que consecutivamente debe ser anulada.

En los demás casos que se pueden provocar, debido a que la arbitrariedad resulta de la conducta de bloqueo o negativa del accionista o grupo de accionistas a la hora de tomar decisiones que son importantes para el futuro de la sociedad, solo tiene sentido hablar de iniciarse la acción indemnizatoria directa, donde se busca que sean compensados los daños y perjuicios generados al resto de accionistas, sociedad y terceros de buena fe, que hayan sido afectados por el bloqueo de la acción del órgano social.

Por lo anterior, la acción tendiente a declarar el acto nulo no tendría sentido, en cuanto que el abuso no se refleja por un acto efectivo. En el artículo 43 citado, se les otorga a los lesionados dos acciones autónomas e independientes que pueden ser ejercitadas por cualquier accionista, frente a aquellos que tomaron o se abstuvieron de tomar la decisión sin una justa razón.

Por un lado, se tiene el proceso de impugnación de las decisiones abusivas, que puede terminar con la declaratoria de nulidad del acto, y como ya se mencionó, solo cobra sentido en los casos de abuso de mayorías. Por el otro, consagra la acción indemnizatoria que puede ser impetrada por el accionista o accionistas afectados frente al voto abusivo, con el solo requisito, de demostrar los perjuicios causados por el ejercicio abusivo del derecho al voto.

Pudiendo entonces optar por la posibilidad de utilizar cualquiera de las dos acciones mencionadas, o por ambas conjuntamente en los casos de abuso de mayoría, minoría y paridad.

Un aspecto relevante para tener en cuenta en el nuevo tratamiento hacia las S.A.S, es que genere un cambio en lo previsto en el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil, en donde se decreta que la demanda de impugnación se formula contra la sociedad, a diferencia que con el artículo 43 de la ley 1258 de 2008, se parte de pensar que los responsables son los accionistas que votaron o se abstuvieron de votar, pero no contra la sociedad.

Con relación a todo lo que hasta el momento se ha establecido sobre el tema de abuso del derecho, es importante que podamos conectar también con este contenido, temas que están relacionados a el y que surgen como elementos novedosos a la hora de establecer las prerrogativas y bases del tema de estudio al momento del análisis que los determinados entes hacen sobre lo que es o no es un abuso en temas de derecho de voto.

Con mayor injerencia en lo que es importante para este caso de grado podemos hacer relevancia en tres enfoques que tienen mucha relación con el tema tal como lo son, el principio de la ley de las mayorías, la autonomía de la voluntad y los derechos de participación o políticos de los asociados.

PRINCIPIO DE LA LEY DE LAS MAYORIAS

Con este enfoque, autores como Fernando Álvarez Rojas, han determinado que el abuso del derecho por parte de los accionistas de una sociedad, nace de la preexistencia de la concentración del poder decisorio en un grupo mayoritario, quienes cuentan con una capacidad suficiente para demarcar el rumbo de la persona jurídica, denominada sociedad. De tal manera el autor, afirma que: “[...] es posible que quien posee la mayoría abuse de ella y procure a través de la decisión, favorecer su propio patrimonio en perjuicio o en descompensación del patrimonio del socio minoritario. Esta conducta es la que a todas luces resulta injusta y como tal debe ser prevista legalmente para penarla”.¹⁴

El principio mayoritario permite que en la toma de decisiones en la junta general los socios que alcancen una cuota calificada puedan ejercer una presión ilegítima sobre los socios que no tienen la capacidad de influir en esta situación.

Como una especial manifestación del poder de la mayoría, debe mencionarse la figura del socio de control o controlador. La realidad social ha demostrado la frecuencia con la que en el órgano decisorio de la sociedad aparecen estructuras de poder en función de la participación de los socios y los derechos de los que son titulares y, con ellas, situaciones de control de socios o grupos de socios¹⁵.

El socio de control es aquel que, en relación con el derecho de voto del que es titular, mediante la concentración de acciones y participaciones, tiene la capacidad de ejercer un control interno u orgánico, es decir, tiene la capacidad para decidir con su voto las situaciones del curso ordinario de la sociedad sometidas al conocimiento de la junta general, por un lado, y por el otro, la capacidad de designar por lo menos de facto a los miembros del órgano de administración; su transición a socio controlador se proyecta una vez supere la esfera potencial de control de la actividad

¹⁴ ÁLVAREZ ROJAS, Fernando. La protección a los abusos de la posición dominante en el Derecho Societario. Ed. DIKE, 1994, p. 142.

¹⁵ Cebriá, L. H. *Op. cit.*, p. 93.

de los órganos sociales, para ejercitar efectivamente su influencia dominante o decisiva sobre los mismos.¹⁶

El tema de la ley de las mayorías es evidentemente importante en materia de abuso de derecho, toda vez que en los supuestos en los que dentro de la junta general exista un socio controlador que tenga poder de disponer sobre las mayorías, atendiendo el principio mayoritario de la toma de decisiones, sus votos serán suficientes para determinar la dirección de la empresa social. En casos como estos, no se está frente a un “acuerdo”, ya que es el socio controlador quien decide por sí mismo, de tal manera que los socios restantes, aun cuando no estén a favor del acuerdo que haya sido adoptado, están sometidos a él, salvo que cumpliendo su función de vigilantes y garantes del interés social, acudan a la vía de la impugnación de los acuerdos por violación de la ley, los estatutos o el interés social, o en el caso de las S.A.S. trasladándola al tema que nos ocupa, es posible acudir a la aplicación del mecanismo de abuso de derecho de voto.

La cuestión es cómo proceder cuando la decisión adoptada formalmente está conforme a la ley y a los estatutos y no es contraria el interés social, pero se ha adoptado con manifiesta voluntad de perjudicar los derechos o los intereses legítimos de los socios externos¹⁷.

De acuerdo a lo anterior podemos ver como los comportamientos abusivos en los que puede incurrir la mayoría social, se manifiestan en la práctica de un modo muy diverso. Entre las actuaciones más comunes se encuentran todas aquellas que tienden a limitar o impedir a los minoritarios la obtención de ingresos provenientes de la sociedad, en particular con la privación del derecho a participar en las ganancias de la compañía a través de una política sistematizada de no reparto de dividendos.

También puede mencionarse la separación del cargo de administrador de los socios minoritarios, o la remoción de la relación de estos cuando sean empleados de la empresa o bien otro tipo de prestador de servicios. Además, en el caso de la separación del cargo de administrador, se cercena la participación activa del socio minoritario en la gestión social. De este mismo alcance también se reconoce, en el

¹⁶ Cfr. Cebriá, L. H. “notas para una propuesta de estatuto jurídico del socio controlador en las sociedades de capital”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 29, Aranzadi, 2012, p. 253: “Así las cosas, se ha de distinguir entre el socio de control, como aquel socio que tiene la capacidad de controlar, del socio controlador, que ejerce efectivamente su influencia decisoria sobre los órganos sociales, y en particular, sobre el órgano de administración [...]. En este punto, el socio de control puede designar a administradores independientes [...] lo cual impide que, por este medio, pueda acceder a una influencia dominante sobre tal órgano; pero ello, a su vez, no excluye la existencia de control, puesto que seguirá manteniendo la facultad de decidir acerca de la composición de los órganos de administración, sin por ello perder su condición [...] Por el contrario, el socio controlador ha de mantener y efectivamente ejercitar una influencia dominante o decisiva sobre los órganos sociales, en particular, sobre el órgano de administración”.

¹⁷ *Ibid.*, p. 253.

plano de los derechos políticos de los socios, la privación ilegítima y continuada del derecho de información, así como la obstaculización del conocimiento de la convocatoria de la junta general dificultando el acceso por medio de una más compleja forma de convocatoria. Y desde luego, la dilución de la posición jurídica y económica del socio minoritario en la sociedad a través del aumento de capital, financiera-mente no justificado, en una operación a la que previsiblemente no acudiría el minoritario por no tener incentivos suficientes en su situación de oprimido, o bien porque se suprime el derecho de preferencia “en interés de la sociedad”¹⁸.

En palabras de O’Kelley: “al combinarse las normas legales que establecen un control centralizado sobre la sociedad, el efecto de la ley de las mayorías y la carencia de un mercado público para la venta de las acciones en una sociedad cerrada, la minoría quedará en situación vulnerable, en comparación con los riesgos de un inversionista de sociedades cotizadas. Luego de un conflicto entre quienes participan en una sociedad cerrada, el accionista minoritario quedará, durante un periodo indefinido, sometido a una situación en la que no obtiene rendimiento del capital inicialmente invertido o, incluso, podrá ser excluido injustamente por los accionistas mayoritarios [...]. En las sociedades cerradas la inversión de los accionistas carece de liquidez. Tampoco se da el control que los mercados usualmente ejercen respecto de las sociedades inscritas en la bolsa. La mayor parte de los accionistas en las sociedades cerradas esperan venderle sus acciones, en algún momento, a la propia sociedad o a los demás accionistas o, incluso, transferírselas, tal vez, a un hijo, quien podría eventualmente ocupar un cargo en la administración y operación de la sociedad”¹⁹.

De ahí que la información desigual de que disponen quienes controlan, sumada con su posición dominante, es lo que en gran medida les da grandes opciones de actuar bajo prerrogativas oportunistas que podrían permitirles apropiarse de los beneficios privados del control societario.

Ya en 1932, los profesores Adolph Berle y Gardiner Means identificaron la notoria disparidad entre el valor individual de las acciones que le pertenecen a quienes controlan, frente al valor que tienen las acciones de los minoritarios²⁰. Según estos autores, los derechos que confiere el control -que le otorgan a quienes lo detentan los poderes de decisión y disposición antes indicados- generan una mayor

¹⁸ Megías López, J. *Op. cit.*, pp. 30-31.

¹⁹ (Charles R. O’Kelley, Jr. et ál., *op. cit.*, pp. 499-501).

²⁰ Como corolario de este concepto, los referidos autores llegaron a la conclusión revolucionaria, según la cual, el control representa un activo social. Las implicaciones de esta noción fueron, así mismo, de gran calado, pues, desde entonces, se planteó la tesis de que cualquier “prima” recibida por un individuo a consecuencia de la venta del control le pertenecía, en justicia, a todos los accionistas. Esta teoría sirvió, más adelante, de fundamento a la regulación de las llamadas “ofertas públicas de adquisición”, en el entendido de que todos los accionistas tendrían derecho a beneficiarse de la prima, cuando el control fuera transferido (cfr. Henry Manne, “Mergers and the Market for Corporate Control”, *The Journal of Political Economy*, Vol. 73, Nº 2, 1965).

rentabilidad que, sumada a un menor riesgo, debe reflejarse, naturalmente, en el mayor precio de las acciones de los accionistas controlantes.²¹

Por lo tanto en materia del principio de la ley de las mayorías, es común encontrar que quienes se apropian el control de hecho o de derecho sobre una sociedad tienen motivos para maximizar sus propios intereses, que terminan siendo la opresión de la minoría. Así, las decisiones en el seno de las sociedades con concentración de capital son susceptibles de ser administradas en interés del accionista dominante, más que en función de los intereses conjuntos de todos los accionistas.

De tal forma que la legislación debe activar para estos temas, la aplicación de mecanismos de solución que frenen toda esta clase de abusos y que medien en procedimientos necesarios para todo este tipo de conflictos societarios que cada son más evolucionados y más comunes en toda el régimen societario contemporáneo, ya que actualmente hay tantas conductas abusivas como supuestos de sanción, que han sido insuficientes en los casos de abuso negativo o bloqueo societario.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Las Sociedades por Acciones Simplificadas han sido el resultado de una idea innovadora que tuvo el legislador, en donde se buscaba principalmente, flexibilizar el desarrollo de actividades económicas que se llevan al interior de este tipo societario; todo lo anterior a través de la amplia autonomía que se le reconoce a sus accionistas a la hora de tomar decisiones y llevar a cabo acciones legales tendientes a cumplir el objeto social que las fundamenta.

La S.A.S., “es una forma liberalizada de persona jurídica que conjuga el poder financiero de las sociedades por acciones con una gran autonomía para la organización de sus poderes internos.”²² Esta forma asociativa ha sido de gran

²¹ FH Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada (2013a, 3ª Ed., Editorial Legis, Bogotá) 45.

²² Pierre-Louis Périn, op. cit., p. 3. En opinión de Philippe Merle, “la gran novedad introducida por la SAS consiste en conferirle prioridad absoluta a la libertad contractual de los asociados, que se manifiesta en los estatutos sociales. La aplicación de la ley ocurre solamente a título supletorio” (Merle, Droit commercial. Sociétés commerciales, 5º éd., Paris, Précis Dalloz, 1996, p. 602).

acogida y ventaja para la realización de actividades económicas, en la medida que hay mayor control del capital invertido y la administración de los negocios.

No obstante, se pueden presentar casos en los que la extrema libertad, puede conllevar a que se abuse de los derechos, reconocidos y otorgados por la ley, y que dicha extralimitación, genere un perjuicio a terceros. Por lo que es aquí cuando la Ley 1258 de 2008, empieza a generar su alcance y en su artículo 43 consagra consecuencias jurídicas para el abuso del derecho en este tipo societario, con relación a las decisiones abusivas que se pueden tomar al interior del órgano decisorio de las S.A.S.

Para salvaguardar entonces lo que es la autonomía societaria de la voluntad, en medio de todos los mecanismos que deben redimir los abusos, se vislumbra que la legislación colombiana, ha hecho un esfuerzo para evitar generar conflicto en asuntos concernientes a la gestión interna de la sociedad y para otorgarle al grupo de accionistas la mayor libertad posible en la medida en que ello resulta compatible con una sana política de asociación.

Así mismo, el autor Jean-Marc Moulin afirma sobre este específico asunto que: “La libertad, sin embargo, da lugar a un aspecto vulnerable: en caso de litigio entre los asociados y los administradores sociales, a falta de estipulación estatutaria, le corresponderá al juez declarar cuál fue la intención común de las partes. Esta circunstancia crea incertidumbre sobre las soluciones aplicables. Por tanto, es importante otorgarle la redacción de los estatutos de la SAS a expertos que habrán de saber sondear la intención de los fundadores, mediante la formulación de los interrogantes pertinentes, cuyas respuestas habrán de verterse en las cláusulas de índole contractual”.

Es importante entonces que sepamos que manejar el tema de la autonomía de la voluntad también es una misión fundamental para nosotros como abogados ya que debemos crear mediante cuidadosa planeación y redacción las cláusulas y mecanismos de control que permitan adaptar la estructura prevista en la ley (dentro de los límites que esta imponga), para garantizar que los objetivos que se han propuesto los participantes se cumplan. Y de esta manera al llevarse a cabo algún conflicto societario interno o externo se pueda evidenciar claramente el fundamento del objeto social y los intereses iniciales de sus comprometidos. El reto de quien asume esta tarea estará en su familiaridad con los mecanismos disponibles, así como en el conocimiento de las restricciones que surgen de las normas legales y la interpretación que se haya hecho de ellas.

Teniendo en cuenta entonces que muchas de las inquietudes planteadas alrededor de este caso de grado nacen del cuestionamiento que genera el hecho de que la Sociedad por Acciones Simplificadas, creada por el legislador para facilitar no sólo la realización de actividades comerciales, sino también la consolidación de una

economía más abierta a la inversión; es necesario reconocer que a través de este despliegue de la autonomía de la voluntad se hizo necesario otorgar una esfera de mayor maniobra para aquellos que dirigen este ente social, lo cual ha podido en muchos casos terminar en los abusos de los derechos a la hora de tomar decisiones necesarias para el normal desarrollo social.

DERECHO DE PARTICIPACIÓN o DERECHOS POLÍTICOS

Se refiere este término a los derechos que confiere cada acción a cada titular de la misma, teniendo en cuenta que se han suscrito mediante un contrato social una serie de estipendios y/o obligaciones por las partes, de aquí que en referencia a lo establecido se deben respetar ciertamente las condiciones acordadas para tal fin para que así siguiendo la inspiración inicial se pueda frenar abusos que se susciten entre las partes ya que normalmente no deberían haber nacido, sí se cumpliera cabalmente con lo inicialmente pactado que serían en un principio las reglas generales del juego de acuerdo a lo que requieran las partes para seguir adelante con el giro de sus negocios.

Siendo así que las acciones reflejan la situación jurídica del asociado, que ocasiona un conjunto de derechos de su titular en relación con la compañía que las emite. Como lo afirma acertadamente SÁNCHEZ CALERO, “la posición jurídica del socio en una determinada sociedad se concreta precisamente por el número de acciones de las que sea titular. Ciertamente, cada acción constituye una entidad autónoma y diversa y a ella se vincula un conjunto de derechos, lo que consiente que una misma persona poseedora de un conjunto de acciones acumule esos derechos, teniendo una posición múltiple y no simplemente unitaria, que consiente que las incidencias que puedan afectar a una acción determinada no recaigan sobre las demás.”²³

De acuerdo a la doctrina, la clasificación de los derechos del accionista en los siguientes términos: “a) Derechos patrimoniales: Estos derechos se concretan en todas las sociedades en dos clases de derechos, que presentan el carácter de esenciales: participar en las utilidades; y participar en la cuota de liquidación, cuando la sociedad se disuelve o bien cuando el socio se retira. b) Derechos parapolíticos: Atañen al gobierno, a la administración y a la fiscalización de la sociedad, los cuales se concretan de distinto modo según los diversos tipos societarios.”²⁴

²³ FH Reyes Villamizar, Derecho societario (2002, 3ª Ed., Editorial Temis, Bogotá) 278.

²⁴ Compendio de sociedades comerciales, Zeus Editora, Argentina, 1989, pág. 118.

Y más adelante agrega que, “constituyen derechos parapolíticos actuar en la administración de la sociedad en el caso de las colectivas, de las de capital e industria y de los socios comanditarios cuando el contrato no previere otra cosa. Otro derecho parapolítico lo constituye el derecho a participar en las asambleas o reuniones de socios, tener voz y voto (salvo ciertas limitaciones); solicitar la remoción de los administradores y la intervención de la sociedad”.²⁵

Por su parte, el tratadista PHILIPPE MERLE señala con precisión que “los derechos del accionista son múltiples y se encuentran ligados a la calidad de asociado. Tanto la ley, mediante ciertas disposiciones imperativas, como la jurisprudencia, han reconocido que el accionista es titular de derechos irreductibles, de derechos propios (o aun de derechos individuales) de los cuales los estatutos o la decisión de un órgano social no pueden privarlos”. De manera análoga, el autor francés Yves GUYON expresa que, “se podría distinguir entre los derechos propios o intangibles de los asociados, que tendrían un carácter esencial, como ocurre con los derechos naturales de los ciudadanos, cuyo alcance no podría vulnerarse mediante la simple aplicación de la ley de las mayorías; y los derechos derivados, cuyo contenido podría ser fijado por la colectividad de los asociados. Entre los primeros, se encuentra el derecho de tratar con una sociedad regular, el derecho a no ser excluido, el derecho de participar en las decisiones colectivas, el derecho de limitar su riesgo, el derecho de ceder sus cuotas o de negociar sus acciones”.²⁶

A lo anterior hacemos referencia también, porque es esencial dentro de esta investigación hacer énfasis en los derechos que tienen los asociados y que por ninguna prerrogativa, ni por parte de socios mayoritarios reflejados en abusos, ni por parte de socios minoritarios reflejados en bloqueos, se pueden perder, de tal manera que los órganos legislativos han tenido que buscar las facultades para proteger ante todo lo que por derecho propio han adquirido cada uno de los accionistas que conforman la sociedad.

Desde mi perspectiva entonces podemos concluir que en Colombia la regulación del abuso del derecho ha sido limitada y muy vaga en materia comercial, debido a que la única regulación existente se encontraba en el artículo 830 del Código de Comercio, y esta solamente estima la indemnización de perjuicios como único mecanismo de acción en cuanto a lo relacionado con el tema de la toma de decisiones abusivas, por lo tanto esta legislación únicamente se limitaba al resarcimiento de los perjuicios, pero deja en firme la decisión abusiva y permitiendo que se siguiera adelante con la ejecución de sus efectos.

Dejando en firme las decisiones mal tomadas, tiene como consecuencia que no se dé trámite al problema de fondo del elemento ilegítimo del acto, toda vez que, el mismo producirá efectos a aun en el entendido de ir en contravía de los mecanismos

²⁵ *Ibidem*

²⁶ FH Reyes Villamizar, Derecho societario (2002, 3ª Ed., Editorial Temis, Bogotá) 279.

dados por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de los derechos, es aquí cuando vemos que los conflictos sociales que se presentan actualmente, no se han tratado con una adecuada técnica legislativa y política que admita afrontar la mayoría de las declives de estos fenómenos societario, ya que el abuso de unos y la tiranía de otros han adoptado variadas esferas en función del tipo social.

Por lo que es un gran logro que La ley de las S.A.S traiga consigo una gran novedad tan grande en el tema del abuso del derecho, debido a que nos presenta dos elementos de acción frente a los casos de abuso del derecho, como lo son: la indemnización de perjuicios y la declaratoria de la nulidad de la decisión abusiva, los cuales son independientes y autónomas entre sí, dando como resultado la eventualidad de impetrar las dos acciones o solo una de ellas dependiendo de la acción que haya invocado la necesidad. Lo que conlleva a que se dé una sanción más drástica y eficiente en el abuso del derecho.

De todas maneras al incluir este gran avance en el mundo del derecho societario no podemos dejar pensar que es necesario también que la jurisprudencia y la doctrina desarrollen un marco más amplio del tema del abuso del derecho en las S.A.S, con el fin de identificar los beneficios radicados en el tratamiento más estricto del abuso del derecho, y en los efectos producidos por el ejercicio desviado de los derechos; toda vez que aunque ha sido un paso muy grande en materia comercial, La Ley 1258 de 2008 al ser una norma imperativa aplicable sólo a un tipo societario en específico: la Sociedad por Acciones Simplificada, no tiene una aplicación extensiva y no podrá invocarse su alcance en los casos de abuso del derecho de los demás tipos sociales, los cuales deben remitirse al artículo 830 del Código de Comercio, y si en materia jurisprudencial no se logra un buen aporte de este tema no se podrá abarcar abiertamente el desarrollo del mismo en todas las esferas en las que se necesita ahondar.

Es importante entonces que conozcamos que además de esta exclusividad en términos societarios de esta regulación, El artículo 43 de la ley de las S.A.S contiene un elemento clave en la teoría del abuso del derecho, el cual es *la causa o móvil del accionista*, postulado emblemático de la apreciación de la teoría tradicional de corte subjetivista del abuso del derecho, y que resalta el pensamiento de la finalidad inherente a los derechos y de los componentes que identifican un proceder desviado en el ejercicio de los mismos. Esto representa un avance en la descripción de la normatividad, que también conlleva a mayores dificultades en el tratamiento del abuso del derecho, ya que introduce el elemento subjetivo de la causa para que se configure el abuso del derecho, teniendo en cuenta que la causa del negocio jurídico o del objeto social, es un elemento que dificulta el trabajo probatorio de quien pretende impetrar cualquier tipo de acción al momento de hablar de abuso de derecho.

Problema Jurídico

1. El problema jurídico que se plantea, es estudiar si el mecanismo de abuso de derecho tipificado en el artículo 43 de la Ley de las S.A.S, logra frenar o ayuda a poner un límite a la concentración del poder decisorio en un grupo mayoritario, con capacidad suficiente para demarcar el rumbo de la persona jurídica, denominada sociedad, porque es allí, donde debe surgir la tarea del legislativo de imponer límites y reglas que contribuyan al desarrollo sano de las actividades sociales.

Por lo que el poder de decisión de las mayorías solo se entendería legítimo siempre y cuando la mayoría haya decidido conforme los límites impuestos a sus poderes.

De tal manera que a partir de este problema jurídico que quiero proyectar de manera central, del mismo creo que se pueden desprender algunos problemas más prácticos o mecánicos, como son los siguientes:

Cuál es el alcance real, bajo la figura del abuso del derecho de voto, toda vez que este fue creado como instrumento que limita el poder de las mayorías, evita que los socios mayoritarios se adjudiquen prerrogativas especiales, pero no puede entenderse como un beneficio tácito otorgado a la minoría con el derecho tácito a participar en los órganos de administración de una compañía, o de que, una vez tales asociados formen parte de la junta directiva, se conviertan en funcionarios inamovibles.

Lo anterior teniendo en cuenta que aunque es frecuente que la posibilidad de que un accionista minoritario designe a uno o varios administradores se convierta, en la práctica, en un mecanismo idóneo para la defensa de sus intereses ante posibles actuaciones opresivas en su contra, no es esta herramienta una norma imperativa para las sociedades cerradas.

De igual manera que es importante reconocer en estos casos que el simple análisis relativo a la observancia de reglas legales o contractuales suele ser insuficiente y, en no pocas ocasiones, puede conducir a la imposibilidad de detectar el verdadero alcance de conductas contrarias a Derecho por tanto es importante analizar con esta normatividad:

¿Cuál es el análisis requerido para establecer si se configuró una actuación abusiva dentro del ejercicio de este derecho?, ¿comporta necesariamente un estudio del trasfondo real de las relaciones entre los sujetos involucrados en el proceso?
¿Cuáles son las conductas a analizar dentro de un debate como este?

No obstante, no sería más práctico buscar una cura efectiva del abuso y no solamente crear un mecanismo de protección, Así, por ejemplo, que deban asegurarse de la designación de directores que sean independientes del mayoritario podría facilitar la detección temprana de conductas anómalas. O tal vez imponer que realmente que los socios minoritarios ocupen un escaño en la junta directiva. Ello les permitiría participar de las decisiones que se adopten en ese órgano social o, a lo menos, informarse acerca de las actividades de la junta.

Porque en este orden de ideas, este mecanismo de protección que estudiamos en el artículo 43 de la ley 1258 de 2008, solo está previsto para cuando ya el daño o perjuicio se ha causado, pero no prevé la posibilidad de defenderse ante posibles actuaciones abusivas del controlante particularmente.

Objetivos Pedagógicos:

- a) Explicar el alcance de la figura del abuso del derecho de voto se encuentra prevista en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, su naturaleza jurídica a la luz del derecho colombiano y su utilidad en el régimen societario.
- b) Explicar la naturaleza y los criterios para establecer lo que se considerará abusivo en el ejercicio del voto tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad.
- c) Estudiar las consecuencias de este mecanismo de defensa societario.

Solución al Caso:

- a) Declarar probados los perjuicios económicos ocasionados particularmente en lo relacionado con la administración de NCSC S.A.S. después del 26 de marzo de 2012 y el precio de venta establecido para la enajenación de las acciones de IHC S.A.S.
- b) Declarar la nulidad absoluta de la decisión de remover a Serviucis S.A. de la junta directiva de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., adoptada durante

la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de esta última compañía celebrada el 26 de marzo de 2012.

Esta solución confirma lo ateniendo en mi problema jurídico ya que en efecto se puede observar que el abuso del derecho si actúa como limitante a los intereses de los dirigentes de los entes sociales, ya que a través de esta medida el abuso de las mayorías se puede delimitar a tres categorías de conductas que se confrontan a las verdaderas finalidades de la sociedad.

Estas tres categorías son:

- Decisiones que van en contravía de los intereses sociales pero no están motivadas en intereses particulares, estas decisiones se deben declarar nulas cuando se tomen en contravía de los intereses sociales, independientemente de que exista o no un interés individual de por medio.
- Decisiones que afectan los derechos de las minorías para beneficiar de forma exclusiva a las mayorías. Esta circunstancia es en la que se usa el poder mayoritario para la consecución de intereses ajenos a los intereses sociales.
- Decisiones que buscan de forma indirecta lesionar los derechos de los accionistas minoritarios, cuando los actos son abusivos en este sentido, lo que se busca es desinteresar a la minoría con lo que ocurre a nivel societario a tal punto, que prefieran vender sus acciones a un precio muy bajo, que continuar en una sociedad que les vulnera sus derechos a recibir utilidades.

De acuerdo a lo anterior y una vez verificado el tipo de conducta que se describe en el caso, el despacho corrobora que en este sentido, el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista mayoritario se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados. Por lo que a todas luces se trata de un patrón de conducta que denota una intención premeditada de perjudicar a Serviucis S.A. y, correlativamente, procurar que el bloque mayoritario pudiera ejercer un control irrestricto sobre la operación de NCSC S.A.S., el bloque mayoritario ejerció el derecho de voto de una manera que desborda el límite de lo permisible bajo el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que se decidió a favor de Serviucis S.A.

BIBLIOGRAFIA

- **Doctrina**

FH Reyes Villamizar, Derecho societario, 2002, 3ª Ed., Editorial Temis, Bogotá.

Compendio de sociedades comerciales, Zeus Editora, Argentina, 1989.

FH Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada, 2013a, 3ª Ed., Editorial Legis, Bogotá.

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

Galgano, Diritto commerciale. Le società, Bologna, Zanichelli, 1999 2000

Louis Josserand Del abuso del Derecho y otros ensayos, Monografías Jurídicas 24, Bogotá, Ed. Temis, 1999.

G Pinzón, Sociedades Comerciales.1982, Tomo I, 4ª Ed., Editorial Temis, Bogotá.

NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario. 2010, Bogotá, AbeledoPerrot.

- **Artículos**

Revista de Derecho Patrimonial, N.º 29, Aranzadi, 2012.

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