



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

DERECHO SOCIETARIO

DESARROLLOS RECIENTES EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

José Miguel Mendoza Daza Ph.D



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Presidenta

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA

Vicepresidenta

GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO

Magistrados

AURELIO ENRIQUE RODRÍGUEZ GUZMÁN

JORGE LUIS TRUJILLO ALFARO

MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ

Directora Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

MARY LUCERO NOVOA MORENO

ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA" MÓDULO DE ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

CALLE 11 # 9 A – 24, PISO 2, 3, 4 Y 10

PBX (+57) 355 06 66

escuelajudicial.ramajudicial.gov.co

BOGOTÁ D.C. COLOMBIA

CONTENIDO

	PAG
1 PRESENTACIÓN	10
1.1 JUSTIFICACIÓN	11
1.2 OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO	14
1.3 OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO	14
1.4 COMPETENCIAS ESPECÍFICAS DEL MÓDULO	14
2 CONTENIDO DE LA UNIDAD 1	15
2.1 ABUSO DEL DERECHO DE VOTO	16
3 REMOCIÓN DE ADMINISTRADORES	20
3.1 Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.	20
4 EMISIÓN PRIMARIA DE ACCIONES	23
4.1 Capital Airports Holding Company (CAHC) contra CAH Colombia S.A.	23
5 RETENCIÓN DE UTILIDADES	26
5.1 Isabel Cristina Sánchez contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S.	26
6 CAPITALIZACIÓN DE DIVIDENDOS	29
7 BLOQUEO DE ACCIONES SOCIALES DE RESPONSABILIDAD	31
8 ENAJENACIÓN GLOBAL DE ACTIVOS Y PASIVOS	34
9 CONCLUSIONES	37



CONTENIDO

10	CONTENIDO DE LA UNIDAD 2	
	LA DEFINICIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA JURISPRUDENCIA SOCIETARIA COLOMBIANA	39
10.1	INTRODUCCIÓN	39
11	LA DEFINICIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES	43
11.1	Clasificación de las hipótesis en las que puede presentarse un conflicto de interés	45
11.1.1	Conflictos de interés cuando el administrador o sus parientes contratan directamente con la sociedad	45
11.1.2	Conflictos de interés cuando el administrador o sus parientes cuentan con un interés económico en la operación	49
11.1.3	Conflictos de interés cuando el administrador está obligado a velar por los intereses de dos compañías que contratan entre sí	51
11.1.4	Conflictos de interés en operaciones con el accionista mayoritario o sociedades controladas por tal sujeto	53
11.2	Circunstancias que no desvirtúan la existencia de un conflicto de interés	56
11.2.1	El conflicto no desaparece si la operación fue beneficiosa para la sociedad	56
11.2.2	El conflicto no desaparece si la operación se celebró en una sociedad de familia	57
11.2.3	El conflicto no desaparece si median intereses afines a los de la sociedad	58

CONTENIDO

12	LA DEFINICIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS PROPUESTA EN EL PROYECTO DE LEY NO. 70 DE 2015	59
13	APUNTES FINALES	62
14	PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO SOCIETARIO	65
14.1	ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	65
14.1.1	Estudio de caso	65
14.1.2	Juego de roles	66
14.1.3	CASO I: CONFLICTOS DE INTERÉS	67
14.1.4	CASO II: ABUSO DEL DERECHO DE VOTO	69
15	JURISPRUDENCIA SOCIETARIA	76
16	BIBLIOGRAFIA	91
	NOTAS AL PIE	95



Al hacer click en este ícono encontrará las notas al pie

LISTA DE TABLAS

Tabla 1.	Composición de capital	67
Tabla 2.	Variaciones en la composición de capital marzo de 2012	69
Tabla 3.	Variaciones en la composición de capital diciembre de 2017	70
Tabla 4.	Capitalización de los dividendos	71
Tabla 5.	Votación	72
Tabla 6.	Variaciones en la composición de capital de alimentos orgánicos ACME S.A.S. después de la capitalización de dividendos	73
Tabla 7.	Autoevaluación	74
Tabla 8.	Abuso del derecho de voto	76
Tabla 9.	Régimen de administradores	79
Tabla 10.	Acuerdos de accionistas	81
Tabla 11.	Desestimación de la personalidad jurídica	82
Tabla 12.	Censura de vías de hecho y actos de fuerza	83
Tabla 13.	Medidas cautelares	87

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Art	Artículo
Cap.	Capítulo
No.	número
Num.	Numeral
Tit.	Título
Trad.	Traducción
-MAA-	Módulo de Aprendizaje Autodirigido

CONVENCIONES

Og	Objetivo General
Oe	Objetivo específico
Co	Contenidos
Ap	Actividades pedagógicas
Ae	Autoevaluación
J	Jurisprudencia
B	Bibliografía

SOBRE EL AUTOR

Jose Miguel Mendoza Daza (PHD)

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana y doctor (PHd) de la Universidad de Oxford (Reino Unido). Cuenta, además, con dos maestrías, una en Derecho de sociedades y regulación de mercados financieros de la Universidad de Oxford y una en Mercados financieros alternativos de la Universidad de Tilburg (países bajos), donde recibió grado *cum laude*.

En su experiencia docente, se destaca como profesor de la especialización en Derecho financiero y del mercado de valores de la Universidad Javeriana, docente de la cátedra de Derecho de sociedades de la Universidad de Los Andes, y docente de la maestría en Administración de empresas del INALDE.

Además, fue tutor y fellow en Derecho y finanzas de la Universidad de Columbia e investigador en la Universidad de Oxford; ha sido invitado especial en varias universidades internacionales. Como investigador, ha publicado en revistas indexadas tanto nacionales como internacionales.

Dentro de su experiencia profesional cabe mencionar que se ha desempeñado en los sectores público y privado. Fue Superintendente de servicios públicos entre 2016 y 2017, y Superintendente delegado en la Superintendencia de Sociedades. Actualmente es socio de la firma DLA Piper Martínez Beltrán Abogados S.A.S., Colombia.

jm.mendoza@uniandes.edu.co



1. PRESENTACIÓN

El Módulo de autoaprendizaje de Derecho Societario se centra en los principales conflictos que se presentan actualmente en las sociedades, con énfasis en la Sociedad por Acciones Simplificada S.A.S., por su crecimiento exponencial en los últimos tiempos. Si bien resulta de la investigación realizada que la S.A.S es una figura societaria de una relevancia innegable para la realización de actividades empresariales y obtener medios de financiación, no son pocos los problemas que se presentan en virtud de la indebida utilización de la figura, gracias a la facilidad en su creación en contraste con otras estructuras societarias más complejas.

Para ello, se realizó una revisión jurisprudencial, a partir de los casos que recurrentemente llegan a la jurisdicción en general y a la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades en particular. Esto arrojó las dos temáticas que se escogieron para estudiar en las unidades del módulo: i) El abuso del derecho al voto y ii) la definición y aplicación en la práctica de los conflictos de intereses en materia societaria.

En consecuencia, se abordarán los siguientes subtemas que reflejan los principales conflictos relacionados con el abuso del derecho al voto: a) la remoción de administradores; b) la emisión primaria de acciones; c) la retención de utilidades; d) la capitalización de dividendos; e) el bloqueo de acciones sociales de responsabilidad, y f) la enajenación global de activos y pasivos.

En lo que atañe a la definición y aplicación en la práctica de los conflictos de interés, los principales casos encontrados se relacionan con: a) La definición de conflictos de interés en la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades; b) las circunstancias que no desvirtúan la existencia de un conflicto de interés, y c) la definición de conflictos de interés propuesta en el proyecto de ley No. 70 de 2015.

Finalmente, para completar el módulo de autoaprendizaje, se plantea un análisis de jurisprudencia de aquellos casos emblemáticos relacionados con las demás problemáticas recurrentes, de manera que el grupo de estudiantes tenga a su disposición dichas herramientas en la operación judicial.



1.1. JUSTIFICACIÓN

De acuerdo con los principios formativos de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, EJRLB, como las pedagogías transformadoras¹, el modelo pedagógico sistémico y holista² y el constructivismo cognitivo³, es pertinente desarrollar el Módulo en Derecho Societario, al considerar que el devenir actual de los negocios, las nuevas formas societarias, las reformas que ha sufrido el sistema clásico formulado en el Código de Comercio y los nuevos modelos de negocio a partir de las tecnologías de la información, hacen preponderante el estudio del derecho societario.

Por ser las sociedades la principal persona jurídica, al tener ánimo de lucro y crearse en interés particular, son el vehículo principal para la realización de múltiples actividades económicas, que se desprenden de la división del riesgo patrimonial que implican dichas actividades para el grupo de socios. Por ello, son fundamentales para el desarrollo económico y la generación de empleo en Colombia, donde la S.A.S, es el tipo societario más relevante en la actualidad.

Sin embargo, la normatividad relacionada con dichas estructuras societarias ha sido objeto de amplios debates tanto por la academia como por los sectores productivos debido a que algunas disposiciones no son acordes con el contexto empresarial colombiano, pues no cuentan con herramientas eficaces para la defensa de quienes son socios minoritarios ni preterminen mecanismos que eviten abusos de la estructura societaria.

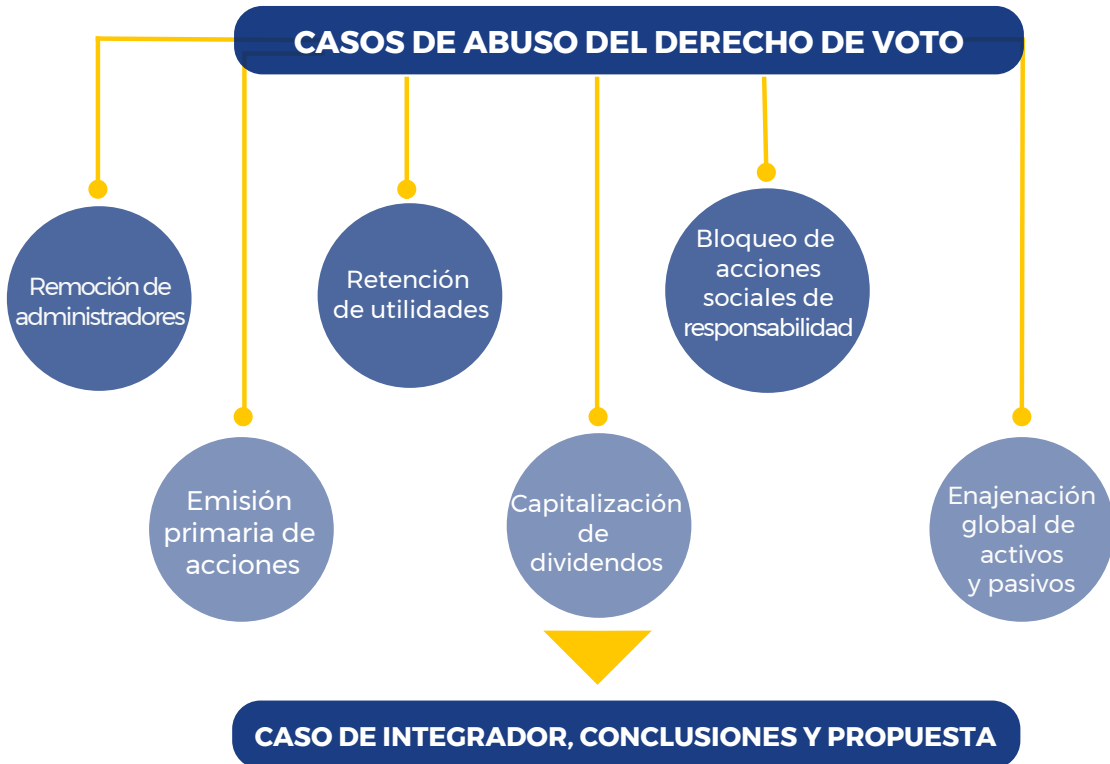
El módulo de autoaprendizaje contiene un estudio práctico de casos concretos que, a partir de los conceptos generales, diversos materiales didácticos y juegos de roles, puede convertirse en una guía que permita a los operadores y las operadoras judiciales enfrentar las problemáticas que lleguen a su conocimiento.



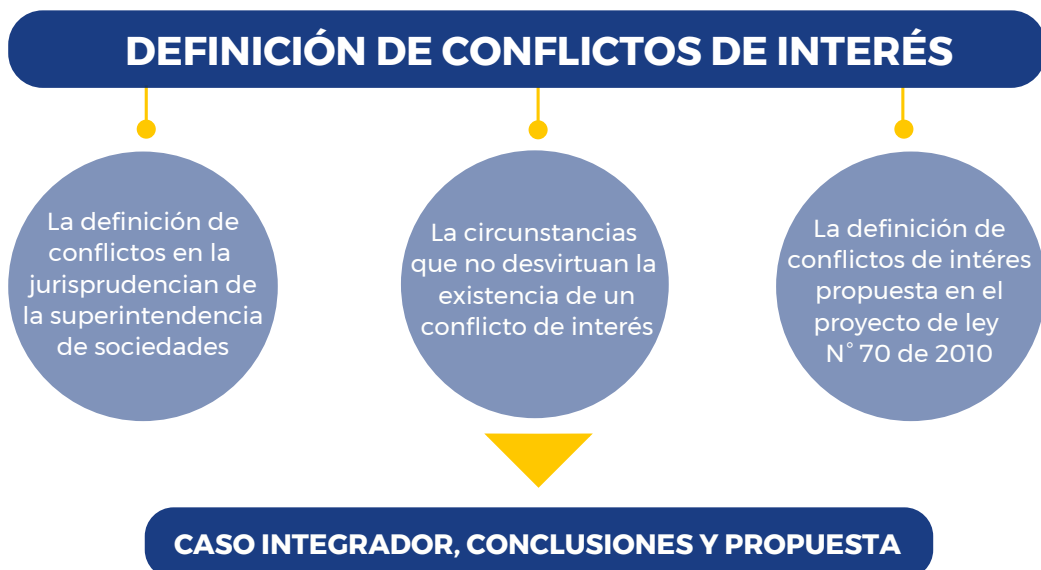
MAPA CONCEPTUAL DEL MÓDULO



UNIDAD 1: ABUSO DEL DERECHO DEL VOTO



UNIDAD 2: LA DEFINICIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA JURISPRUDENCIA SOCIETARIA COLOMBIANA



1.2. OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

Brindar herramientas necesarias que permitan a los operadores y las operadoras judiciales abordar desde el ser, saber y hacer, los casos principales relacionados con las sociedades (abuso de los derechos de voto, conflictos de interés y otros relacionados), a partir del contexto empresarial y económico colombiano, para que puedan llegar a la mejor decisión posible con base en la normatividad existente, la jurisprudencia, los casos de derecho comparado que contiene el módulo y el proyecto de ley No. 70 de 2010.

1.3. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

1. Acercar al estudiantado al análisis de casos más recurrentes de abuso del derecho de voto en materia societaria en Colombia, con base en la estructura organizacional interna de las sociedades por acciones simplificadas en Colombia.
2. Acercar al estudiantado al análisis de los casos más recurrentes de conflictos de interés en materia societaria en Colombia, con base en la estructura organizacional interna de las sociedades por acciones simplificadas en Colombia.
3. Lograr la interiorización de los conocimientos a partir de la resolución de casos integradores en cada una de las temáticas abordadas por el módulo.

1.4. COMPETENCIAS ESPECÍFICAS DEL MÓDULO

Interés por el derecho societario y deseo de abordar los casos complejos relacionados con esta materia, procurando que el grupo de estudiantes desarrolle una revisión crítica de las principales instituciones del derecho societario relacionadas con la SAS, su aplicabilidad y los principales retos que en materia societaria se presentan en Colombia, a partir del análisis de casos.



2. CONTENIDO DE LA UNIDAD 1

UNIDAD 1	ABUSO DEL DERECHO DE VOTO
OBJETIVO GENERAL	Brindar herramientas necesarias que les permita a los operadores y operadoras judiciales abordar desde el ser, saber y hacer, los casos principales sobre el abuso de los derechos de voto partiendo de la normatividad existente, la jurisprudencia, los casos de derecho comparado que contiene el módulo y el proyecto de ley No. 70 de 2010.
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	<p>Entender los elementos fácticos y los criterios de resolución en los casos de remoción de administradores;</p> <p>Entender los elementos fácticos y los criterios de resolución en los casos de emisión primaria de acciones;</p> <p>Entender los elementos fácticos y los criterios de resolución en los casos de retención de utilidades;</p> <p>Entender los elementos fácticos y los criterios de resolución en los casos de capitalización de dividendos;</p> <p>Entender los elementos fácticos y los criterios de resolución en los casos de bloqueo de acciones sociales de responsabilidad; y</p> <p>Entender los elementos fácticos y los criterios de resolución en los casos de enajenación global de activos y pasivos.</p>
COMPETENCIA ESPECÍFICA	El estudiante contará con las herramientas de análisis necesarias para abordar y resolver casos complejos en materia societaria relacionados con el abuso de los derechos de voto.



2.1. ABUSO DEL DERECHO DE VOTO

La denominada “expropiación de asociados minoritarios” describe cualquier acto mediante el cual la parte controlante desvía, para su propio beneficio y en desmedro de los intereses de la minoría, prerrogativas económicas atadas a la existencia o funcionamiento de una sociedad⁴.

Puede pensarse, por ejemplo, en una compañía que cuenta con utilidades repartibles por \$1.000.000.000. Si a la parte accionista controlante, en este caso hipotético le pertenecen el 51% de las acciones en circulación, acepta que tales sumas se distribuyan a manera de dividendos, le corresponderían \$510.000.000. No obstante, esa misma persona accionista puede intentar apropiarse de la totalidad de las utilidades repartibles de la compañía sin compartir suma alguna con el grupo minoritario de accionistas. Para tal efecto, la parte controlante podría ordenarle a quien se encarga de la representación legal de la compañía que le gire \$1.000.000.000 a sus cuentas personales, a título de préstamo.

Como lo ha anotado la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, “aunque esta práctica de distribuir utilidades por vía de préstamos y anticipos es rutinaria en el ámbito societario —al punto que en la doctrina societaria se le conoce como el pago de dividendos de facto—, cuando estas distribuciones se hacen exclusivamente a favor del controlante y sus allegados, los minoritarios pueden verse despojados de un retorno sobre su inversión en la compañía”⁵.

Otro caso frecuente de expropiación puede encontrarse en la venta de activos sociales subvalorados a favor de la parte controlante. Por ejemplo, si quien controla compra en \$60.000.000 un activo valorado en \$100.000.000, tal accionista habrá obtenido un beneficio económico de \$40.000.000 a expensas del patrimonio social. En este sentido, “aunque este menoscabo del interés social perjudica en principio a todas las personas que detentan acciones en la compañía, incluido el controlante, el daño lo soportan principalmente los asociados que no participaron en la operación. En efecto, mientras que el controlante se lucró a título personal por la compra de activos sociales subvalorados, los demás accionistas no recibieron rédito alguno por la celebración del respectivo contrato”⁶.



Es claro, pues, que la expropiación del grupo de accionistas minoritarios puede producirse mediante operaciones de diversa índole. La variada naturaleza de estos actos opresivos ha dado lugar a que se clasifique la expropiación en tres categorías diferentes:

En primer lugar, la apropiación de *flujos de caja* por la parte mayoritaria supone la celebración de negocios que reducen las disponibilidades de efectivo de la compañía, sin afectar sus activos operacionales⁷. Para tal efecto, el o la controlante puede designarse como administrador con un salario exorbitante o, como ocurrió en el ejemplo mencionado anteriormente, recibir préstamos de la sociedad sin quedar obligado a pagar intereses.

En segundo lugar, mediante la denominada apropiación de *activos fijos*, la parte mayoritaria adquiere un bien social a un precio favorable para sí y lesivo para la sociedad, en la forma ya descrita⁸. Finalmente, la apropiación de *porcentajes de participación* supone la dilución malintencionada de la participación de accionistas minoritarios en el capital suscrito, como ocurrió en algunos de los casos que se exponen más adelante⁹.

Ahora bien, el acto que da lugar a la expropiación—bien sea de flujos de caja, activos fijos o porcentajes de participación—puede ser aprobado desde cualquiera de los diferentes órganos internos de una compañía. Según puede apreciarse en los múltiples casos resueltos por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, no es extraño que quien se encarga de la representación legal de una compañía, actuando de consuno con la parte mayoritaria, celebre operaciones diseñadas para distraer recursos sociales hacia el patrimonio de quien controla¹⁰. También es factible que la junta directiva apruebe decisiones encaminadas a desviar activos sociales hacia compañías vinculadas a la parte controlante o, como ocurre con mayor frecuencia en Colombia, a diluir la participación porcentual de una o un socio minoritario en el capital suscrito mediante capitalizaciones abusivas.

Debe advertirse, sin embargo, que la acción por abuso de mayoría tan sólo tiene cabida en aquellos casos en los que la expropiación se hubiere producido mediante el ejercicio del derecho de voto en el seno de la asamblea general de accionistas. Es decir, que el mecanismo estudiado



en este aparte sólo cobija aquellas decisiones que entren en la órbita de competencias del máximo órgano social¹¹ de la estructura societaria.

Así las cosas, cuando la expropiación se lleva a cabo por virtud de una decisión asamblearia, las y los asociados perjudicados podrán invocar la figura del abuso del derecho de voto ante las autoridades judiciales o arbitrales para solicitar la nulidad absoluta de la decisión social correspondiente o una indemnización por los perjuicios sufridos¹². Para que la demanda sea exitosa, la parte demandante debe demostrar, en primer lugar, que la decisión cuestionada le causó un perjuicio o permitió que la parte mayoritaria o un tercero obtuvieran una ventaja injustificada. Como puede apreciarse en la jurisprudencia disponible sobre la materia, la carga de la prueba requerida para acreditar este primer requisito no suele ser demasiado alta¹³. Ciertamente, en la mayoría de los casos resueltos por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, quienes demandaron pudieron demostrar, sin mayores problemas, que las decisiones cuestionadas les habían generado un perjuicio.

El verdadero reto en un proceso por abuso de mayoría se encuentra entonces en la necesidad de probar la configuración del segundo de los requisitos exigidos por el artículo 43 de la Ley SAS para que pueda predicarse el ejercicio abusivo del derecho de voto: la intención de causar un daño. No se trata de una cuestión menor.

Las estadísticas disponibles sobre la actividad de la Delegatura apuntan a que la principal causal de fracaso en demandas por abuso de mayoría consiste en la imposibilidad de probar que la parte controlante ejerció su derecho de voto *con la intención* de causar un daño o de obtener una ventaja injustificada¹⁴. Como no es habitual encontrar confesiones explícitas que den cuenta de la intención lesiva del o la accionista controlante, la acreditación de este segundo requisito supone, por lo general, un análisis sistemático de los indicios disponibles acerca de las motivaciones que llevaron a la aprobación de una decisión asamblearia.

La complejidad inherente a este análisis indiciario ha llevado a que el segundo requisito del artículo 43 se convierta, entonces, en el principal foco de atención de los debates judiciales acerca del abuso de mayoría. En este orden de ideas, la Delegatura ha encontrado indicios relevantes en circunstancias tan disímiles como desavenencias registradas en las actas



de la asamblea general de accionistas, fijación de condiciones económicas irracionales para una operación específica o, incluso, en el carácter sigiloso o inexplicablemente precipitado de una decisión social. Aunque ninguna de estas circunstancias suele ser suficiente por sí sola, para desentrañar el carácter abusivo de una decisión social, la acumulación de varios de estos indicios ha llevado a la Delegatura al convencimiento inexorable de que la parte controlante se ha comportado de manera indebida.

A partir del estudio de los elementos mencionados en el párrafo anterior, la Delegatura para Procedimientos Mercantiles ha encontrado abusos de mayoría en decisiones como la remoción de administradores¹⁵, la emisión primaria de acciones¹⁶, la retención de utilidades¹⁷, la capitalización de dividendos¹⁸, el bloqueo de acciones sociales de responsabilidad¹⁹, la enajenación global de activos²⁰, la creación de juntas directivas²¹ y la inscripción de acciones en el Registro Nacional de Valores²².

En las siguientes páginas se explican algunos de los hechos más relevantes de varios de tales casos, así como de los argumentos esgrimidos por la Delegatura con el fin de declarar la existencia del abuso de mayoría.



3. REMOCIÓN DE ADMINISTRADORES

3.1. Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S

Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013

El conflicto suscitado entre los accionistas de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., sirvió como base para que la Delegatura emitiera su primera sentencia en materia de abuso de mayoría.

En este caso, el señor MV y la sociedad Serviucis S.A. decidieron hacer una inversión conjunta en el Hospital Sagrado Corazón de Medellín. Para esos efectos se diseñó una estructura societaria compuesta, bajo la cual el señor MV y Serviucis S.A. constituyeron, primero, el *holding* IHC S.A.S., en enero de 2011, con porcentajes de participación aproximados del 70% y 30% respectivamente.

Posteriormente, IHC S.A.S. adquirió el 70% de las acciones en circulación de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., la sociedad administradora del Hospital. El eje central de este conflicto giró en torno al hecho de que Serviucis S.A. no era accionista directa de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., sino apenas de IHC S.A.S. En esa medida, Serviucis S.A. no podía ejercer el derecho de inspección en Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. para tener acceso a información sobre las actividades del Hospital. Para suplir este vacío, se pactó que Serviucis S.A. ocupara el cargo de director en la junta directiva de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., lo que le permitiría enterarse directamente acerca del funcionamiento del Hospital.

En marzo de 2012, luego de agudos enfrentamientos entre el señor MV y Serviucis S.A., se tomó la decisión cuestionada judicialmente ante la Delegatura:

Durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., el señor MV, actuando en representación de IHC S.A.S., removió a Serviucis S.A. de la junta directiva del Hospital. Con esa



decisión, el señor MV privó efectivamente a Serviucis S.A. del único mecanismo directo de que disponía esta compañía para acceder a información acerca del funcionamiento de la Clínica Sagrado Corazón. En adelante, Serviucis S.A. tendría que solicitar información sobre el Hospital desde su posición de accionista minoritario de IHC S.A.S., sociedad en la que el señor MV controlaba un bloque mayoritario de acciones y ocupaba el cargo de representante legal.

En la práctica, la remoción de Serviucis S.A. como directora de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., le permitió al señor MV controlar el flujo de información acerca de la operación del Hospital. Esto ocurrió, además, en el contexto de un proceso de venta por cuya virtud habría de transferirse el control de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., a favor de un tercero aparentemente cercano al señor MV.

Según se expresó en la sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013, la Delegatura para Procedimientos Mercantiles encontró suficientes indicios para concluir que la decisión controvertida tuvo como propósito primordial restringir el acceso directo de Serviucis S.A. a la información sobre las operaciones de Nueva Clínica Sagrado Corazón 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 el señor MV, controlar el flujo de información acerca de la actividad de la Clínica Sagrado Corazón. Lo anterior es tanto más grave en cuanto ocurrió con ocasión de un pronunciado conflicto intrasocietario y antes de iniciar negociaciones para transferir el control sobre Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. Debido a esto, 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 la o el accionista mayoritario se adjudique prerrogativas especiales a expensas del resto de asociados.

Es importante advertir, como lo hizo la Delegatura en su momento, que la sentencia No. 800-73 no puede interpretarse en el sentido que la minoría cuenta con un derecho natural a participar en los órganos de administración de una compañía, “ni mucho menos que, una vez tales asociados sean designados en la junta directiva, se conviertan en funcionarios inamovibles”.



Por el contrario, la Delegatura se ha mostrado usualmente reacia a interferir con las decisiones de los y las accionistas de una compañía en cuanto a la composición de los órganos de administración.

En el caso de Cristal 2010 S.A.S., por ejemplo, la Delegatura desestimó pretensiones orientadas a controvertir la designación del accionista controlante de esa compañía como representante legal. Según se explicó en la sentencia No. 800-25 del 4 de abril de 2016

“aunque el apoderado de las demandantes considera que el [accionista mayoritario] accedió al cargo de representante legal para ‘tener control absolutamente de todo’, el Despacho no encuentra en esa circunstancia motivo alguno de censura [...]. La decisión del [mayoritario] obedeció apenas al ejercicio legítimo de sus derechos como titular de la mayoría de las acciones en que se divide el capital suscrito de Cristal 2010 S.A.S. Al no haberse demostrado el abuso del derecho invocado en la demanda, mal haría este Despacho en limitar la potestad del controlante de asumir personalmente la representación legal de esa compañía”.



4. EMISIÓN PRIMARIA DE ACCIONES

4.1. Capital Airports Holding Company (CAHC) contra CAH Colombia S.A.

Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014

En el caso de Capital Airports Holding Company (CAHC) contra CAH Colombia S.A., la Delegatura para Procedimientos Mercantiles abordó el estudio de las denominadas capitalizaciones abusivas. CAHC, el principal operador aeroportuario de la República Popular China, era propietario del 52% de las acciones en circulación de la sociedad colombiana CAH Colombia S.A. El señor MP, un inversionista colombiano, controlaba el 48% restante directamente y por conducto de personas vinculadas.

Con la creación de CAH Colombia S.A. en el 2007, CAHC y el señor MP se habían asociado para emprender de consuno la administración de aeropuertos de mediano y alto rango alrededor del país y, posteriormente, expandir sus operaciones en América Latina.

Aunque el proyecto de CAH Colombia S.A. fue bastante exitoso en el país, la compañía fracasó en sus intentos por asumir la operación de aeropuertos en el resto de la región. Hacia comienzos de 2010, tras un par de licitaciones fallidas, CAHC le informó al señor MP que habían desistido de la idea de aumentar su presencia en América Latina y, en consecuencia, no harían nuevos aportes de capital para financiar el crecimiento de CAH Colombia S.A.

Entre 2010 y 2011, los accionistas de CAH Colombia S.A. intentaron llegar a un acuerdo para deshacer sus vínculos societarios en la compañía, mediante operaciones tales como cesión de acciones a favor del señor MP o la escisión parcial de la sociedad. Hacia finales de 2011, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, CAHC informó al señor MP que le enajenaría el bloque controlante de acciones en CAH Colombia S.A., a un operador coreano con profusa experiencia en la administración de aeropuertos.



Luego de que el señor MP se opusiera rotundamente al ingreso de un nuevo accionista controlante, se suspendieron las discusiones entre los asociados de CAH Colombia S.A. Ante las desavenencias suscitadas entre los accionistas de la compañía, no fue convocada la reunión ordinaria de la asamblea general para el ejercicio 2012.

A las 10:00 de la mañana del 2 de abril de 2012, primer día hábil de ese mes, los apoderados del señor MP se presentaron en las oficinas del domicilio principal en las que funcionaba la administración de CAH Colombia S.A. En el curso de esa reunión por derecho propio, los apoderados del señor MP aumentaron el capital autorizado de \$7.000.000.000 a \$9.500.000.000, eligieron a una nueva junta directiva sin representación de CAHC y autorizaron una emisión primaria de acciones, sin sujeción al derecho de preferencia, a favor de una compañía controlada por el señor MP.

El 18 de abril de ese mismo año, los nuevos directores de CAH Colombia S.A. aprobaron un reglamento de emisión y colocación de acciones por cuya virtud el señor MP se hizo al 55.1% de las acciones en circulación de la compañía, al paso que CAHC se convirtió en accionista minoritario, con el 44.9%. En julio de 2012, CAHC demandó al señor MP ante la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

Para resolver este caso, la Delegatura invocó la figura de la capitalización abusiva, consistente en aumentar el capital suscrito de una sociedad con el propósito primordial de provocar modificaciones en la distribución porcentual de las acciones en circulación. La capitalización abusiva se presenta, por ejemplo, cuando una emisión primaria de acciones se aprueba para diluir, de forma premeditada, la participación de un o una accionista en el capital de la compañía. De acuerdo con esto, la capitalización no tiene como propósito principal conseguir nuevos recursos para el fondo social, sino que, por el contrario, se convierte en un simple instrumento para expropiar a una o un asociado.

El análisis formulado en la sentencia partió del estudio del primero de los requisitos previstos en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 para el abuso de mayoría, vale decir, la existencia de un perjuicio atado al ejercicio del derecho de voto.

Luego de un somero estudio, la Delegatura encontró acreditado este requisito por cuanto las decisiones del señor MP efectivamente le habían



generado cuantiosos perjuicios a CAHC, por el hecho de que a esta última compañía le fue arrebatada la prima de control por sus acciones en CAH Colombia S.A. En criterio de la Delegatura, la capitalización ordenada por el señor MP despojó forzosamente a CAHC de su porcentaje mayoritario de participación en el capital de CAH Colombia S.A. Es decir que CAHC perdió la potestad de determinar el sentido de las decisiones en el máximo órgano de CAH Colombia S.A., sin recibir, a título de contraprestación, el importe correspondiente a la prima de control. Es claro, pues, que esta transferencia del control sobre CAH Colombia S.A., inducida por el grupo de accionistas minoritarios de la compañía, le representó importantes perjuicios a CAHC.

El estudio del segundo de los requisitos, es decir, el ánimo de causar un daño, ocupó la mayor parte de la atención de la Delegatura. Para desentrañar la verdadera intención detrás de la capitalización cuestionada, la Delegatura examinó miles de correos electrónicos y decenas de actas de diversos órganos sociales, ordenó la elaboración de dos dictámenes periciales, practicó inspecciones judiciales en las oficinas de administración de CAH Colombia S.A. en Bogotá y Medellín y recibió testimonios e interrogatorios de decenas de personas.

Los anteriores elementos de juicio llevaron a la conclusión que se transcribe a continuación:

la capitalización controvertida en este proceso estuvo dirigida, principalmente, a despojar a CAHC de su mayoría accionaria en CAH Colombia S.A., en un aparente intento por evitar que la compañía china le vendiera su bloque mayoritario a un tercero diferente del señor P. [...] el patrón de conducta analizado—la aprobación de una emisión primaria sin sujeción al derecho de preferencia, en una reunión por derecho propio, con los accionistas minoritarios como únicos destinatarios de la correspondiente oferta de suscripción, en medio de un conflicto intrasocietario respecto del control de CAH Colombia S.A—no encuentra justificación en las necesidades de liquidez invocadas por la sociedad demandada, particularmente en vista de las diferentes propuestas de financiación discutidas entre [el señor MP] y CAHC a finales del año 2011²³.



5. RETENCIÓN DE UTILIDADES

5.1. Isabel Cristina Sánchez contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S.

Sentencia No. 800-44 del 18 de julio de 2014

En el caso de Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito -CIAIT-S.A.S., la Delegatura se ocupó en estudiar los conflictos que pueden presentarse en torno a las políticas de repartición de utilidades de una compañía.

La demandante, Isabel Cristina Sánchez, era titular de la licencia requerida para operar centros de conmutación de multas impuestas a infractores de tránsito. En 2010, la señora Sánchez decidió asociarse con el señor JW para poner en marcha uno de tales centros, administrado por la sociedad CIAIT S.A.S. A la constitución de la compañía concurrieron como accionistas la señora Sánchez, quien, por el 25% de las acciones, cedió a la compañía el uso parcial de la licencia antes mencionada y a personas allegadas a JW, quienes se hicieron al 75% restante tras aportar recursos para comprar la infraestructura física que necesitaría la compañía.

El conflicto suscitado en este caso surgió a partir de diferencias en cuanto al uso de la licencia de propiedad de la señora Sánchez. Como parte de los acuerdos celebrados al momento de la constitución de CIAIT S.A.S., se había pactado que ninguna otra compañía podría usar la licencia de la señora Sánchez para operar centros de conmutación en la ciudad de Medellín.

En noviembre de 2011, sin embargo, la señora Sánchez incumplió ese acuerdo al participar en la creación de CENINTRA S.A.S., un nuevo centro de conmutación de multas que entró a competir directamente con CIAIT S.A.S. Luego de enterarse de la creación de CENINTRA S.A.S., el señor JW determinó que CIAIT S.A.S. no repartiría utilidades para los ejercicios 2011 y 2012. En junio de 2013, la señora Sánchez demandó la política de dividendos del señor JW ante la Delegatura para Procedimientos Mercantiles.



En la sentencia No. 800-44, la Delegatura comenzó por hacer énfasis en la idea de que, por lo general, los jueces no deben entrometerse en las decisiones de los accionistas de una compañía en cuanto a la repartición de utilidades. Sin embargo, en la sentencia analizada también se explicó que había circunstancias en las que tal intromisión era indispensable para salvaguardar los derechos de la minoría. En este sentido, según el criterio de la Delegatura, una política invariable de retención de utilidades puede producir los mismos efectos que una cláusula leonina. [...] Es factible incluso que la parte accionista controlante intente privar al grupo minoritario, en forma permanente, de un retorno sobre su inversión en la compañía. En estos casos, las y los asociados perjudicados pueden recurrir a la figura del abuso del derecho de voto para solicitar la revisión judicial de la conducta de las y los mayoritarios. Le corresponderá entonces a la Justicia esclarecer si la política de dividendos cuestionada obedece a una finalidad legítima de negocios o si, por el contrario, es producto de la intención deliberada de lesionar al grupo minoritario o de procurar una ventaja injustificada para la parte controlante.

Dicho lo anterior, la Delegatura analizó el voluminoso acervo de pruebas aportado por las partes para concluir que el señor JW había ejercido en forma abusiva su derecho de voto, al retener sistemáticamente las utilidades generadas por CIAIT S.A.S., a modo de retaliación contra la señora Sánchez.

La conclusión de la Delegatura estuvo basada, parcialmente, en una revisión exhaustiva de los planes invocados por el señor JW para justificar la decisión de no pagar dividendos durante los años 2012 y 2013. La Delegatura descubrió, por un lado, que los planes del señor JW nunca existieron y, además, que las utilidades retenidas habían sido utilizadas para especular en el mercado público de valores mediante la compra y venta de acciones de Interbolsa S.A. Por esa razón, en la sentencia se afirmó que “ante la carencia de un verdadero proyecto de expansión, debe concluirse que los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. no han presentado una justificación legítima para retener indefinidamente los amplísimos excedentes de liquidez de la sociedad”.

En ese punto, la Delegatura develó lo que, para su criterio, fue la verdadera motivación detrás de la retención sistemática de utilidades en CIAIT S.A.S.



...la conducta de los mayoritarios ha estado orientada por la finalidad de privar a Isabel Cristina Sánchez de las utilidades generadas por CIAIT S.A.S., en represalia por la posible violación de un pacto de exclusividad para la prestación de servicios de conmutación de multas de tránsito.

La Delegatura también hizo referencia, en los siguientes términos, al vínculo entre la retención de utilidades y el incumplimiento del pacto de exclusividad entre la señora Sánchez y el señor JW:

...aunque el Despacho no puede convalidar las aparentes transgresiones de la señora Sánchez, los demandados cuentan con múltiples mecanismos legales para hacer efectivos sus derechos contractuales. [...] Lo que no puede permitirse es que, en respuesta a una diferencia entre los asociados de CIAIT S.A.S., los accionistas mayoritarios invoquen ilusorios proyectos de expansión para despojar a la señora Sánchez de sus derechos económicos en la compañía. Ello se debe a que, como ya lo ha manifestado este Despacho, el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a un grupo de accionistas, ni para que un asociado se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás.

Por lo demás, la Delegatura aclaró que la anterior conclusión:

...no cambia por el simple hecho de que la señora Sánchez pudiera llegar a usar las utilidades de CIAIT S.A.S. para financiar a competidores de la compañía. En verdad, la posible intención de la señora Sánchez de competir con CIAIT S.A.S. no significa que esa accionista haya perdido su derecho de participar en las utilidades generadas por la sociedad.



6. CAPITALIZACIÓN DE DIVIDENDOS

María Victoria Solarte contra CSS Constructores S.A.

Auto No. 800-2730 del 17 de febrero de 2015

En el caso de CSS Constructores S.A., la Delegatura decretó una medida cautelar innominada al encontrar suficientes indicios preliminares de una capitalización abusiva.

Durante muchos años, las acciones en circulación de CSS Constructores S.A. estuvieron distribuidas en dos bloques paritarios de propiedad de los hermanos S. Tras la muerte de uno de los hermanos, se produjo un agudo conflicto por el control de la compañía entre el hermano supérstite y el grupo de herederos del difunto.

En ese contexto, el hermano supérstite logró aprobar una capitalización de dividendos a la cual no pudo concurrir una o uno de los herederos del hermano difunto, quien terminó recibiendo dividendos en efectivo en lugar de acciones liberadas de la sociedad. Por efecto de esa capitalización, el hermano supérstite pasó de detentar el 50% de las acciones en circulación de CSS Constructores S.A., a un porcentaje mayoritario de alrededor del 52% del capital suscrito.

Así las cosas, en el auto No. 800-2730 del 17 de febrero de 2015 la Delegatura expresó que los elementos de juicio [analizados]:

...son suficientes para concluir, en forma preliminar, que la operación en comento podría revestir las características de una capitalización abusiva, según lo explicado por este Despacho en la sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014. Ello se debe a que la capitalización controvertida en este proceso no sólo tuvo como consecuencia la concentración de una mayoría accionaria en cabeza del [hermano supérstite], sino que, además, parece haberse aprobado sin mayores justificaciones y en el curso de una



disputa entre los accionistas [por el control de CSS Constructores S.A.]. Es decir que los argumentos de la demandante son lo suficientemente verosímiles como para decretar las medidas cautelares solicitadas. Por supuesto que la determinación final sobre los asuntos debatidos en el presente litigio sólo se producirá al momento de dictar sentencia, una vez el Despacho cuente con la totalidad de los elementos probatorios pertinentes.



7. BLOQUEO DE ACCIONES SOCIALES DE RESPONSABILIDAD

María Victoria Solarte contra CSS Constructores S.A. y otros

Auto No. 800-8157 del 9 de junio de 2015

En este auto de medidas cautelares, la Delegatura estudió uno de los vacíos legales más problemáticos del ordenamiento societario colombiano: la carencia de acciones para hacerle frente a la expropiación concertada entre la parte controlante y los administradores sociales. Los hechos del caso son bastante sencillos:

La señora Solarte consideraba que el señor CS, representante legal y accionista controlante de CSS Constructores S.A., había violado sus deberes como administrador de la compañía. Sin embargo, al proponerse que la asamblea iniciara una acción social de responsabilidad para obtener una indemnización de perjuicios, el señor CS se valió de su mayoría accionaria para impedir que se aprobara esa propuesta. Para resolver este caso, la Delegatura trajo a colación los análisis presentados en el caso de Sares Ltda., en el cual ya se había estudiado el bloqueo abusivo de acciones sociales de responsabilidad, pero en el contexto del abuso de paridad²⁴.

El punto de partida del análisis presentado por la Delegatura fue el mecanismo de aprobación por mayoría previsto para las acciones sociales en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. Aunque ese sistema de autorización previa “permite que los asociados puedan deliberar acerca de la conveniencia de controvertir la responsabilidad de los administradores de modo que la acción correspondiente se interponga tan sólo cuando obedezca a los mejores intereses de la sociedad”²⁵, lo cierto es que el requisito en cuestión ha llevado a la virtual inutilidad de la acción social. Según lo anotado por la Delegatura, en compañías cerradas, la gestión de la empresa social suele estar a cargo de la parte controlante, quien podrá ocupar cargos en la administración o delegar tal función a personas de su confianza. En estos casos, será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad bajo el sistema de autorización regulado en la Ley 222. En efecto, la



decisión de presentar la acción respectiva dependerá del voto de la parte controlante, vale decir, la persona que tiene a su cargo, en forma directa o indirecta, la administración de la sociedad. Es entonces poco probable que quien sea controlante decida tramitar un proceso judicial en contra de sí mismo o, incluso, en contra de las personas que ha designado para ocupar cargos en la administración. La probabilidad de que se inicie una acción social de responsabilidad es aún menor si los perjuicios que justifican la demanda provienen de una operación que favoreció en forma exclusiva a la persona controlante.

A partir de esas afirmaciones, la Delegatura hizo referencia a la posición desventajosa de una o un asociado minoritario que ha sido expropiado por virtud de operaciones concertadas entre la parte controlante y el ente administrador: Puede pensarse entonces en lo que ocurriría si una compañía sufriera cuantiosos perjuicios debido a que la administración dispusiera de recursos sociales para sufragar gastos personales de quienes sean accionistas mayoritarios o celebraran operaciones viciadas por conflictos de interés en beneficio de la parte controlante. La persona asociada minoritaria que acuda a la asamblea para proponer que se tramite una acción social de responsabilidad probablemente se enfrentaría a un obstáculo infranqueable, es decir, el voto negativo de la parte mayoritaria. En este caso, la o el minoritario tampoco podría recurrir a la acción individual regulada en el último inciso del artículo 25 de la Ley 222, por cuanto los perjuicios correspondientes le fueron irrogados a la sociedad²⁶.

Dicho lo anterior, se explicó que la acción por abuso de mayoría podía invocarse para salvaguardar los intereses de una persona accionista minoritaria expropiada por quienes sean controlantes y administradores²⁷. Ciertamente, la Delegatura consideró que una persona controlante podía abusar de su derecho de voto si obstaculizaba malintencionadamente la aprobación de una acción social de responsabilidad.

Claro que en estos casos quien demanda (accionista minoritario) debe satisfacer la altísima carga probatoria de demostrar que, con el bloqueo de la acción social, la persona controlante buscó deliberadamente encubrir la distracción de recursos sociales o dejar impune la conducta ilegal de la administración. En el ya mencionado caso de Sares Ltda., la Delegatura, en Sentencia del 14 de mayo de 2015, encontró que la parte controlante de esa compañía:



...se valió de su derecho de voto para encubrir la distracción de activos [sociales], a favor de personas vinculadas [al controlante], mediante actuaciones que infringieron el régimen colombiano en materia de conflictos de interés. Así, al hacer imposible la aprobación de la acción social propuesta, [el accionista controlante] obstruyó, para beneficio [propio], la única vía judicial disponible en nuestro ordenamiento para reclamar los perjuicios posiblemente sufridos por Sares Ltda. Esta actuación, a todas luces censurable, encaja dentro de los presupuestos contemplados en la Ley 1258 de 2008 para la configuración del abuso del derecho de voto.

En el caso de CSS Constructores S.A., la Delegatura encontró pruebas suficientes para decretar una medida cautelar innominada. Según se explica en el auto No. 800-8157 del 9 de junio de 2015, la demandante en ese caso aportó pruebas en el sentido de que el señor CS había incurrido en actos de competencia a pesar de que la asamblea general de accionistas de CSS Constructores S.A., se había abstenido expresamente de impartir la autorización requerida bajo el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Por esta razón, se consideró, al menos en forma preliminar, que la decisión del señor CS de bloquear la aprobación de una acción social en su contra podría haber servido para encubrir una violación de los deberes a su cargo.



8. ENAJENACIÓN GLOBAL DE ACTIVOS Y PASIVOS

Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S.

Sentencia n. 800-119 del 17 de septiembre de 2015

En el caso de Comercializadora GL S.A.S. la Delegatura se ocupó en estudiar la exclusión forzosa de las y los asociados minoritarios. Mediante esta operación, conocida en la doctrina comparada como freeze-out o squeeze-out, la parte controlante puede eliminar participaciones minoritarias en el capital de una compañía mediante un reembolso obligado de los aportes de una o varias personas asociadas²⁸.

Para el efecto, quien controla puede llevar a cabo operaciones de diversa índole; por ejemplo, una fusión por absorción en la que, por virtud de la relación de canje correspondiente, el grupo de accionistas minoritarios de la absorbida reciban dinero en efectivo en lugar de acciones en la absorbente.

La exclusión forzosa de minoritarios(as) también puede ocurrir mediante la enajenación global de activos sociales seguida de la disolución y liquidación de la compañía²⁹. Según lo explicó la Delegatura en el caso de Comercializadora GL S.A.S., quien sea accionista mayoritario puede disponer que la totalidad de los activos sociales le sean enajenados a una compañía en la que tal sujeto sea propietario del 100% de las acciones en circulación. Una vez cumplida esta operación, quien sea minoritario pasará de detentar derechos económicos sobre una unidad productiva a ser titular de un porcentaje sobre las sumas dinerarias recibidas por la compañía vendedora. En ese momento, podrá ordenarse la disolución de la sociedad enajenante, de modo que cada integrante de la minoría reciba su cuota social de liquidación, calculada a partir del precio fijado para la cesión global de activos.

Lo expuesto en el párrafo anterior encaja perfectamente con los hechos del caso de Comercializadora GL S.A.S. La demandante, Martha Cecilia López y el señor LG constituyeron esa compañía en marzo de 2011 para administrar



conjuntamente una estación de gasolina cerca de la ciudad de Medellín. El señor LG era el representante legal principal de Comercializadora GL S.A.S. y propietario del 60% de las acciones en circulación de la compañía, mientras que la señora Sánchez ocupaba la suplencia y detentaba el 40% restante del capital suscrito.

Hacia comienzos del año 2013, las pérdidas registradas por Comercializadora GL S.A.S., llevaron a sus accionistas a considerar una capitalización de la compañía. Sin embargo, al no lograrse un acuerdo sobre los términos de esa capitalización, se pactó que el señor LG le vendería su bloque mayoritario en Comercializadora GL S.A.S. a la señora Sánchez, por un valor que habría de establecerse luego de un proceso de debida diligencia sobre el estado de las operaciones de la compañía.

En el curso de ese proceso de revisión, la señora Sánchez encontró que el señor LG había desviado una porción significativa de los flujos de caja de Comercializadora GL S.A.S., mediante préstamos sucesivos y otras operaciones. En consecuencia, la señora Sánchez exigió que se restableciera el patrimonio de Comercializadora GL S.A.S. como condición indispensable para que pudiera llevarse a cabo la compra de las acciones del señor LG.

Ante esta exigencia, el señor LG convocó una reunión de la asamblea general de accionistas durante la cual aprobó una enajenación global de todos los activos de Comercializadora GL S.A.S., a título gratuito, a Distribuidora del Kamino S.A.S., otra sociedad controlada por el mismo señor LG.

Al examinar la demanda presentada por la señora Sánchez, la Delegatura encontró que el señor LG actuó abusivamente al aprobar la enajenación global antes mencionada. Según lo explicado en la sentencia No. 800-119 del 17 de septiembre de 2015, el señor LG aprobó unilateralmente la enajenación global de activos mencionada con el propósito de apropiarse de la totalidad de los flujos de caja futuros derivados de la operación de la estación de servicio que era de propiedad de Comercializadora GL S.A.S.

Es importante anotar que el carácter abusivo de la enajenación global de activos aprobada por el señor LG pudo constatarse al revisar el precio fijado para la celebración de esa operación. En criterio de la Delegatura:

...a pesar de que en las negociaciones acaecidas antes de la enajenación ambos asociados le asignaron un valor positivo a sus



acciones en la compañía, posteriormente el señor [LG] decidió hacer uso del valor en libros de Comercializadora GL S.A.S. para determinar, en forma unilateral, que la cesión de los activos sociales debía cumplirse a título gratuito. De suerte que, mientras que la participación de la señora López en Comercializadora GL S.A.S. perdió todo su valor, el señor Gil conservó sus derechos económicos sobre la estación de servicios enajenada, en su calidad de accionista de Distribuidora del Kamino S.A.S. Se trató, pues, de una exclusión forzosa de la accionista minoritaria de Comercializadora GL S.A.S., cumplida a partir de una enajenación global de activos celebrada a un precio injusto.

Las anteriores consideraciones fueron suficientes para que la Delegatura encontrara probado el abuso del derecho de voto por parte del accionista controlante de Comercializadora GL S.A.S. y, en consecuencia, declarara la nulidad absoluta de la enajenación global de activos a favor de Distribuidora del Kamino S.A.S.



9. CONCLUSIONES

La evidencia empírica disponible sobre la primera década de funcionamiento de la sociedad por acciones simplificada da cuenta de una realidad insoslayable: la SAS es una de las innovaciones más importantes en la historia reciente del derecho mercantil colombiano.

Tan rotundo ha sido el éxito de este nuevo tipo societario que, luego de desplazar a las formas asociativas tradicionales del Código de Comercio y haber quedado engranada firmemente en nuestro sistema, la SAS ha empezado a abrirse paso por el continente. Las claves de este fenómeno pueden encontrarse no sólo en la estructura liviana prevista para la SAS, sino, más importante aún, en la adaptación al contexto local de prácticas y figuras destiladas del derecho comparado. Ciertamente, la SAS no es un injerto apresurado de instituciones foráneas al país, sino más bien, un ejemplo paradigmático de un trasplante jurídico exitoso.

El cuidadoso proceso de articulación normativa que subyace a la SAS puede apreciarse en la introducción en nuestro medio de la figura del abuso de mayoría. Aunque esta figura se nutre en parte de las teorías francesas en materia de abuso del derecho, sus contornos se asemejan, con mayor precisión, a los de los denominados remedios anglosajones contra la opresión.

Al invocar el abuso del derecho de voto por mayoría, quien sea accionista minoritario puede enfrentar, con éxito, la expropiación perpetrada por la parte controlante, mediante la fijación de límites precisos a la potestad unívoca de quienes sean accionistas controlantes. La figura del abuso de mayorías abarata el costo de capital de las compañías constituidas en el país y promueve, en consecuencia, el continuado desarrollo del mercado financiero nacional.

Claro que de nada habría servido introducir el abuso de mayoría en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 si no se le hubiera acompañado de un mecanismo efectivo de ejecución judicial. Como puede apreciarse en los antecedentes jurisprudenciales analizados en este aparte del módulo, el abuso de



mayoría encontró un importante grado de aplicación en la copiosa jurisprudencia emitida en los últimos años por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

En los autos y sentencias proferidos por esa entidad, se han delimitado con precisión los contornos de esta figura, de modo que quienes se propongan invocarla en el futuro ya cuentan con claridad suficiente sobre los límites de su aplicación.

Este continuado desarrollo jurisprudencial es indispensable para asegurar la vitalidad de esta importante figura en el contexto de uno de los principales problemas del derecho societario contemporáneo: el conflicto entre controlantes y minoritarios. Será en estas materias, y no en discusiones sobre los límites del objeto social o el término de duración de las compañías, en las que habrán de concentrarse los esfuerzos de académicos y practicantes colombianos en el futuro.

CONTENIDO DE LA UNIDAD 2

UNIDAD 2	CONFLICTOS DE INTERÉS
OBJETIVO GENERAL	Brindar herramientas necesarias que les permita a los operadores y operadoras judiciales abordar desde el ser, saber y hacer, los casos principales respecto a los conflictos de intereses partiendo de la normatividad existente, la jurisprudencia, los casos de derecho comparado que contiene el módulo y el proyecto de ley No. 70 de 2010.
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	<ul style="list-style-type: none"> a. Comprender que se entiende por conflictos de interés societario, a partir de la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades. b. Comprender las circunstancias que no desvirtúan la existencia de un conflicto de interés. c. Comprender los motivos que inspiraron la propuesta de reforma normativa contenida en el proyecto de ley No. 70 de 2010.
COMPETENCIA ESPECÍFICA	El estudiante contará con las herramientas de análisis necesarias para abordar y resolver casos complejos en materia societaria relacionados con los conflictos de intereses.



10. CONTENIDO DE LA UNIDAD 2

UNIDAD 2: LA DEFINICIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA JURISPRUDENCIA SOCIETARIA COLOMBIANA

10.1 Introducción

Pocos asuntos revisten tanta importancia para el ordenamiento societario de un país como la regulación sobre conflictos de interés³⁰. Bastaría con anotar que esta materia se ha convertido en el principal foco de atención de los distintos organismos supranacionales que se encargan de estudiar las instituciones de países en vías de desarrollo.

El Banco Mundial, por ejemplo, valora las reglas sobre conflictos de interés como uno de los principales indicadores para construir el índice *Doing Business*. Tampoco deben perderse de vista los numerosos estudios publicados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre la importancia de regular adecuadamente los conflictos mencionados. Pero para entender la verdadera relevancia de esta materia, a todo lo anterior habría que sumarle la jurisprudencia sentada sobre el particular, a lo largo de casi cien años, por la Corte de Cancillería de Delaware³¹, así como las diversas iniciativas propuestas para reformar el régimen europeo sobre conflictos de interés³².

La amplísima atención que han recibido los conflictos de interés se justifica por las repercusiones económicas que puede tener su regulación sobre el funcionamiento de una compañía. De una parte, suele ser provechoso que los administradores o accionistas controlantes de una sociedad contraten con ella, particularmente cuando se trata de compañías no inscritas en una bolsa de valores³³. Tales personas pueden, por ejemplo, prestarle recursos a la sociedad para remediar problemas temporales de liquidez o venderle activos indispensables para la gestión de la empresa social. Aunque en estas operaciones se presenta un claro conflicto de interés, mal haría el Estado en vedar el mutuo o prohibir la compra de activos.



Es perfectamente factible que los dineros se presten en condiciones más favorables que las que podrían obtener la compañía en el sistema financiero o que los bienes se adquirieran por debajo de precios de mercado. Una prohibición absoluta de operaciones conflictivas podría ir entonces en contra de los mejores intereses económicos de la compañía³⁴.

Claro que, de otra parte, existe el riesgo certero de que tanto administradores como controlantes se valgan de sus relaciones contractuales con la compañía para lucrarse personalmente, en desmedro del patrimonio social³⁵.

En una hipótesis que se debate con frecuencia ante las instancias judiciales, un administrador puede decidir prestarse dineros de la sociedad a tasas irrisorias o, incluso, sin quedar obligado a pagar intereses. Al disponer de los excedentes de caja de la compañía bajo estas condiciones, el administrador obtiene un provecho económico, calculado a partir de la diferencia entre la tasa a la que recibió el dinero y la que habría pagado si hubiese acudido al sistema financiero. La ganancia del administrador se obtiene a expensas del patrimonio de la sociedad, la cual podría haber utilizado las sumas prestadas para financiar emprendimientos más lucrativos.

Otro caso que recurrentemente se lleva ante los jueces atañe a la celebración de contratos de compraventa entre una compañía y su accionista mayoritario:

Puede pensarse en la venta de un activo social, valorado en \$100.000.000, a favor del controlante. Si el precio fijado para esa operación es de \$60.000.000, el mayoritario habrá obtenido un beneficio económico de \$40.000.000, en demérito del patrimonio social. Aunque este menoscabo del interés social perjudica en principio a todas las personas que detentan acciones en la compañía, incluido el controlante, el daño lo soportan principalmente los asociados que no participaron en la operación. En efecto, mientras que el controlante se lucró a título personal por la compra de activos sociales subvalorados, los demás accionistas no recibieron rédito alguno por la celebración del respectivo contrato³⁶.

Las anteriores discusiones dan cuenta de los objetivos que deben orientar la regulación estatal sobre conflictos de interés: Permitir la celebración de operaciones que le representen un beneficio a la compañía e impedir



aquellas motivadas por fines expropiatorios³⁷. Es decir que las reglas sobre la materia deben cumplir la función de tamizar los actos y negocios en que se presente un conflicto de interés, en forma tal que sólo puedan llevarse a cabo aquellos que sean provechosos para la sociedad. Para tal efecto se han puesto en marcha estrategias legales de diversa índole, desde la fiscalización estrictamente *ex post* que hace la Corte de Cancillería de Delaware hasta la introducción de los sistemas de autorización previa vigentes en varios países de la Unión Europea.

Ante el imponente desarrollo que ha tenido la materia en el derecho societario comparado, es desconcertante que en Colombia poco se hable sobre la virtual inutilidad del régimen de conflictos de interés que trae la Ley 222 de 1995. Y es que la más somera revisión empírica apunta a que el sistema que introdujo esa ley ha sido escasamente utilizado durante los últimos veinte años. A falta de sentencias en las que se haga efectivo ese régimen, abundan elucubraciones académicas y reflexiones exegéticas que buscan desentrañar el sentido de normas que jamás han tenido aplicación práctica. Esta penosa circunstancia, nada extraña en países latinoamericanos, puede obedecer a múltiples factores³⁸.

Es posible que la indiferencia de los empresarios colombianos ante las reglas estudiadas se deba, en parte, a la presencia omnímoda de accionistas controlantes, incluso entre aquellas sociedades que negocian sus acciones en el mercado bursátil³⁹. Como la fiscalización ejercida por un controlante suele convertirse en el principal mecanismo para asegurar que los administradores obren con lealtad, podría ser innecesario recurrir al sistema judicial para resolver controversias con tales funcionarios⁴⁰.

Pero quizás la principal razón detrás de la inutilidad de las reglas colombianas sobre conflictos de interés pueda encontrarse en las falencias del sistema que introdujo la Ley 222. Además de desafortunados vacíos legales, el sistema estudiado desconoce por completo la función que cumplen las normas sobre conflictos de interés en la protección de accionistas minoritarios.

No de otra forma puede explicarse que el mecanismo contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 omita regular la hipótesis en que un controlante autoriza, en el seno de la asamblea general, una operación que lo favorece; o que la única acción judicial disponible para reclamar los perjuicios sufridos por la sociedad, prevista en el artículo 25, requiera en todos



los casos de la anuencia del accionista mayoritario. Ante estas imperfecciones normativas, es evidente por qué el régimen de conflictos de interés de la Ley 222 ha permanecido exánime todos estos años.

A pesar de lo anterior, hay razones para creer que los esfuerzos del legislador del 95 no fueron del todo en vano. Desde hace algunos años, la Superintendencia de Sociedades ha realizado ingentes esfuerzos, por vía administrativa y judicial, para encauzar el régimen de conflictos de interés de la Ley 222 de 1995. Las labores de la entidad han permitido llenar algunos de los vacíos antes referidos, aliviar la labor de interpretación que deben realizar los jueces y, tal vez lo más importante, extender el alcance del régimen de conflictos de interés a los conflictos entre mayoritarios y minoritarios.

En este breve aparte del módulo se hace un recuento de los pronunciamientos judiciales de la Superintendencia en cuanto a uno de los asuntos de mayor trascendencia en el régimen estudiado: La definición de las hipótesis fácticas que dan lugar a un conflicto de interés. Luego de analizar los principales antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, se formulan algunas explicaciones sobre el régimen de conflictos de interés propuesto en el proyecto de ley No. 70 de 2015. En la última sección del artículo se presentan apuntes finales sobre el futuro del régimen de conflictos de interés en Colombia.



11. LA DEFINICIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Uno de los principales reparos que pueden formularse sobre la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 consiste en la carencia de una definición legal que permita determinar cuándo se produce un conflicto de interés⁴¹. Este vacío legal es bastante problemático para los administradores sociales, debido a que tales personas no tendrán absoluta claridad acerca de las hipótesis que pueden dar lugar a un conflicto de la naturaleza indicada. Tal incertidumbre, sumada a las severas sanciones por la violación de la regla contenida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995—incluida la posible inhabilidad para ejercer el comercio, en los términos del Decreto 1925 de 2009—podría tener un efecto desalentador sobre la gestión de los administradores, aún ante la escasa aplicación del régimen bajo estudio.

El vacío en cuestión también les impone una abrumadora carga a los jueces, quienes deberán esforzarse por detectar la configuración de conflictos de interés en operaciones societarias potencialmente complejas. Para entender las dificultades conceptuales que puede revestir un análisis de esta naturaleza, basta consultar la experiencia judicial norteamericana sobre la materia. Según lo explicó la Delegatura para Procedimientos Mercantiles en una de sus principales sentencias sobre conflictos de interés:

En los Estados Unidos, la identificación de esta clase de conflictos solía corresponderles exclusivamente a los jueces, quienes debían establecer si, en un caso determinado, existían relaciones económicas o personales que pudiesen entorpecer el discernimiento objetivo de los administradores. Sin embargo, las complejidades propias de la actividad empresarial hacían excesivamente difícil la labor de los jueces e incrementaban la incertidumbre para los administradores, quienes no contaban con reglas claras para orientar su conducta ante posibles conflictos de interés. Por



este motivo, en algunos estados se ha optado por reducir el espacio para la intervención judicial mediante la promulgación de normas en las que se enuncian los casos que configuran un conflicto de interés. Tal vez la regulación más completa sobre la materia puede encontrarse en el Capítulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (Model Business Corporation Act). En el artículo 8.60 de la citada Ley Tipo se han delimitado, con precisión milimétrica, los supuestos fácticos que pueden dar lugar al surgimiento de un conflicto de interés⁴².

Aunque en el proyecto de ley No. 70 de 2015 se ha propuesto una definición bastante similar a la que trae el Capítulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital, en la actualidad subsiste un vacío legal que obliga a jueces y empresarios a realizar importantes esfuerzos de interpretación. Y es en este contexto que cobra vigencia la labor jurisprudencial de la Superintendencia de Sociedades.

A partir del caso de María del Pilar Luque contra Luque Torres Ltda., fallado en septiembre de 2014, la entidad ha venido decantando los diversos supuestos de hecho que pueden dar lugar a un conflicto de interés. Para tal fin, la Superintendencia expuso, en el caso reseñado, los criterios analíticos que pueden usar los jueces para identificar esa clase de conflictos en el contexto societario.

En los términos de la sentencia No. 800-52 del 1º de septiembre de 2014, mientras perdure el vacío legal en cuanto a la definición de conflictos de interés,

...les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido [...].



11.1. Clasificación de las hipótesis en las que puede presentarse un conflicto de interés

Con base en los lineamientos expuestos en el caso de Luque Torres Ltda., la Delegatura de Procedimientos Mercantiles ha detectado conflictos de interés en un sinnúmero de casos. En las siguientes páginas se presenta, con fines estrictamente heurísticos, una taxonomía de las diferentes hipótesis que, a juicio de la Superintendencia, pueden dar lugar a un conflicto de interés.

11.1.1. Conflictos de interés cuando el administrador o sus parientes contratan directamente con la sociedad

Tal vez el caso en que con mayor facilidad puede identificarse un conflicto es aquél en el que un administrador contrata directamente con la sociedad en la que ejerce sus funciones. En esta hipótesis el conflicto surge, meridianamente, de los intereses contrapuestos que convergen en cabeza del administrador. Para volver a un ejemplo ya planteado, cuando el representante legal recibe un préstamo de la sociedad,

confluyen en cabeza del administrador dos intereses contrapuestos, vale decir, su interés personal como mutuuario y el interés de la compañía, en calidad de mutuante, que ese funcionario debe proteger por expresa disposición del artículo 23 de la Ley 222. Mientras que el interés de la compañía es obtener la máxima tasa permitida y las más sólidas garantías disponibles, el interés personal del administrador que recibe el préstamo apunta en el sentido exactamente contrario. Es claro, pues, que el representante legal no puede satisfacer ambos objetivos al momento de celebrar el correspondiente negocio jurídico. En vista de que esta circunstancia claramente compromete el ejercicio objetivo de las facultades del administrador, la celebración del estudiado contrato de mutuo deberá sujetarse a las reglas contempladas en nuestra legislación en materia de conflictos de interés⁴³.

Las anteriores consideraciones fueron puestas en práctica por la Superintendencia en el caso de Loyalty Marketing Services S.A.S., contra Natalia Ávila, en el cual se reprimió la conducta de una representante legal que había tomado en préstamo cuantiosos recursos sociales⁴⁴. Según el criterio de la entidad,



...los administradores sociales no pueden celebrar contratos de mutuo con la compañía en la que ejercen sus funciones, a menos que cuenten con una autorización válidamente impartida por el máximo órgano social. En el presente caso, una simple revisión de las actas de la asamblea general de accionistas de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. permite establecer que la [representante legal] no obtuvo la anuencia de los asociados para recibir los préstamos en cuestión. Se trata, pues, de otra evidente infracción a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Ciertamente, a pesar de que la celebración de los negocios jurídicos antes referidos le representaba un conflicto de interés a la [representante legal], no se siguió el procedimiento requerido en la ley para el efecto⁴⁵.

En otro caso, Colvinsa S.A. contra Adelaida Portilla, la Delegatura censuró la conducta de un antiguo miembro de la junta directiva de la sociedad demandante que había celebrado un contrato de prestación de servicios con la compañía. Según el texto de la sentencia No. 800-40 del 2 de julio de 2014,

la celebración y ejecución del referido contrato de prestación de servicios le representó un conflicto de interés al señor Portilla. Ello se debe a que el interés económico subjetivo del señor Portilla, en su calidad de contratista de Colvinsa S.A., se encontraba en contraposición al deber legal que le correspondía, en su calidad de administrador, de actuar en interés de la sociedad, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Bajo el criterio de la Superintendencia, un administrador también estará incurso en un conflicto de interés cuando sus parientes contraten directamente con la sociedad. Esta interpretación, de amplia acogida en el derecho comparado, está basada tanto en el interés económico que puede tener un administrador en el patrimonio de sus parientes como en los cercanos lazos afectivos que suelen existir entre personas ligadas por vínculos de parentesco. Por tales razones, la Delegatura ha extendido el ámbito de aplicación del numeral 7 del artículo 23 de la Ley a las operaciones en las que participen personas tales como los padres, hijos y cónyuges del administrador.

En el caso de Ángela Azuero contra El Puente S.A., la Superintendencia encontró que un director de esa compañía había violado la regla del artículo 23 de la Ley 222 al aprobar una operación en la que su padre tenía un interés económico.



Ciertamente, tal y como lo explicó la Delegatura en la sentencia No. 800-102 del 4 de agosto de 2015:

Si existe un cercano vínculo de parentesco, como cuando los padres del administrador contratan con la sociedad, habrá fuertes indicios acerca de la presencia de un conflicto. En este caso, el conflicto se concretaría no sólo en los fuertes lazos afectivos que pueden existir entre padres e hijos, sino también en el interés económico derivado de la vocación sucesoral del administrador [...] es claro para el Despacho que la relación de parentesco entre el señor Verswyvel Villamizar y el director Verswyvel Figueroa es de suficiente entidad como para comprometer el ejercicio objetivo del juicio de negocios del referido administrador. Ello se debe a que el director Verswyvel Figueroa, por virtud de su vocación sucesoral, tiene un interés en salvaguardar el patrimonio del señor Verswyvel Villamizar.

Adicionalmente, la Delegatura ha catalogado como conflictivas las operaciones celebradas entre una sociedad y los hijos del administrador. Según la sentencia emitida en el caso de María Virginia Cadena contra Amira López de Cadena:

Es evidente que las actuaciones de la señora López infringieron las reglas previstas en nuestro ordenamiento en materia de conflictos de interés. Esta violación legal se concretó principalmente en las instrucciones por cuyo efecto se hizo posible que la referida administradora y su hijo, Miguel Eduardo Cadena López, desviaran [cuantiosos recursos] hacia sus cuentas personales. Según las explicaciones formuladas en el acápite anterior, la realización de actos y operaciones a favor de los administradores sociales y sus familiares da lugar a un conflicto de interés que hace necesario surtir el procedimiento previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En el presente caso, sin embargo, la representante legal de Hacienda Los Mangos López de C. & Cia. S. en C. no cumplió con la mencionada obligación legal⁴⁶.

Otro ejemplo puede encontrarse en el ya citado caso de ColvinSA S.A., en el cual la Superintendencia formuló las siguientes consideraciones:

La demandante le ha manifestado al Despacho que el señor Salazar Garzón, actuando como representante legal de ColvinSA S.A., celebró un contrato [...] con su hijo, Álvaro Salazar Osorio. [...] En este caso,



el vínculo filial que existe entre los señores Salazar Garzón y Salazar Osorio es suficiente para que el Despacho advierta la existencia de un conflicto de interés⁴⁷.

La Superintendencia también ha precisado que, cuando median relaciones filiales más distantes que las descritas en los párrafos anteriores,

la verificación judicial del conflicto dependerá de una intensa labor probatoria, orientada a establecer que las estrechas relaciones personales del administrador con sus parientes pueden interferir con su juicio objetivo [...]. [Para tal efecto], deberá tomarse en cuenta no sólo el correspondiente grado de consanguinidad o afinidad, sino también las relaciones entre el administrador y [sus parientes]. Es decir que la labor probatoria de las partes abarcará el análisis de relaciones personales posiblemente complejas, así como de patrones de conducta y comportamientos habituales que no se han registrado en los libros de actas de la sociedad. Si estos elementos indiciarios son insuficientes para demostrar que el buen juicio del administrador se ha visto comprometido, no podrá aplicarse la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222⁴⁸.

Finalmente, la Superintendencia ha identificado conflictos de interés cuando el cónyuge de un administrador celebra contratos con la sociedad en la que este último ejerce sus funciones. En el caso de Loyalty Marketing Services S.A.S. se dijo que:

...el señor Fredy Antonio Rodríguez Ardila tiene una estrecha relación con la [representante legal], derivada del vínculo matrimonial que existe entre tales personas. Es decir que, al momento de celebrarse el contrato examinado, la [representante legal] contaba con importantes incentivos para salvaguardar el patrimonio del señor Rodríguez. Es claro que este interés económico subjetivo se contrapone al deber de la [representante legal] de obrar en interés de la sociedad, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. [...] el Despacho puede entonces concluir que la demandada participó en la celebración de un negocio jurídico que le representaba un conflicto de interés⁴⁹.



11.1.2 Conflictos de interés cuando el administrador o sus parientes cuentan con un interés económico en la operación

Otra hipótesis de conflicto de interés puede encontrarse en lo que la doctrina comparada ha denominado “conflictos indirectos”⁵⁰. En esta categoría se incluyen los casos en los que el administrador, en lugar de contratar directamente con la compañía en la que ejerce sus funciones, simplemente cuenta con un interés económico en la operación respectiva.

Puede pensarse, por ejemplo, en una administradora [A] que representa a una sociedad [Acme S.A.S.] en la venta de un activo social a favor de otra compañía [OPM S.A.S.]. Si A es accionista de OPM S.A.S., estará incurso en un conflicto de interés al representar a Acme S.A.S., en el negocio mencionado.

Por una parte, A está obligada, en su calidad de administradora, a velar por los intereses de Acme S.A.S. En cumplimiento de este deber legal, A debe procurar condiciones contractuales que favorezcan a Acme S.A.S., en su calidad de vendedora. Al mismo tiempo, sin embargo, A cuenta con importantes incentivos para salvaguardar el patrimonio de OPM S.A.S.—la compradora—al ser titular de derechos económicos en esa compañía. Por virtud de estos incentivos, A podría verse alentada a fijar cláusulas que beneficien a OPM S.A.S. (p.ej., un precio de venta inferior al real).

Así las cosas, aunque A no contrate directamente con Acme S.A.S., el interés económico que le corresponde como accionista de OPM S.A.S., obligaría a esa administradora a obtener la autorización de la asamblea general de accionistas de Acme S.A.S., para poder representar a esta última sociedad en la compraventa analizada.

El ejemplo descrito en el párrafo anterior es similar a un caso analizado por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles en el proceso de Almacenes Yep S.A., contra Proinmob S.A.S. En esa oportunidad, la Superintendencia decretó medidas cautelares con base en las siguientes consideraciones:

Un análisis preliminar de las pruebas disponibles en el expediente apunta a la posible existencia de un conflicto de interés. En verdad, el señor Juan Carlos Lopera Yepes, como representante legal de Almacenes Yep S.A., suscribió un contrato de promesa de compraventa con



Proinmob S.A.S., por virtud del cual esta última compañía se obligaba a transferirle [un inmueble] a la demandante [...]. La información disponible también da cuenta de que, [para la fecha en que se celebró esa operación] el señor Lopera Yepes era titular de la totalidad de las acciones en circulación de Proinmob S.A.S. De ser ello cierto, al momento de celebrar el contrato de promesa de compraventa a que se ha hecho referencia, el señor Lopera Yepes habría estado en posición de velar no sólo por los intereses de Almacenes Yep S.A., en los términos exigidos por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, sino también por el interés económico que le corresponde como accionista controlante de Proinmob S.A.S. Esta circunstancia haría indispensable cumplir con el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995⁵¹.

En la jurisprudencia de la Delegatura también se ha dejado claro que el interés económico que da lugar a un conflicto puede provenir de prerrogativas de diversa índole y no solamente de los derechos derivados de participaciones accionarias. En el caso de El Zarzal S.A., contra Arturo Escallón Lloreda, por ejemplo, la Superintendencia detectó un conflicto de interés a partir de la titularidad de derechos fiduciarios en un patrimonio autónomo al que fueron transferidos activos sociales. Es así como, en el auto No. 800-11501 del 31 de agosto de 2015, la entidad explicó que,

...el señor Escallón Lloreda suscribió un contrato de fiducia irrevocable de administración y pagos con Alianza Fiduciaria S.A, por cuya virtud el referido administrador le transfirió una parte sustancial de los activos de El Zarzal S.A. a un patrimonio autónomo denominado “Fideicomiso El Zarzal” [...]. La información disponible también apunta a que el señor Escallón Lloreda es titular de alrededor del 19.5% de los derechos fiduciarios emanados de ese patrimonio autónomo [...]. Tampoco puede perderse de vista que los demás beneficiarios del Fideicomiso El Zarzal están ligados al señor Lloreda Escallón por cercanos vínculos de parentesco. En síntesis, pues, el señor Escallón Lloreda representó a El Zarzal S.A. en la celebración de un negocio jurídico en el que tanto él como sus familiares contaban con un interés económico aparentemente significativo [...]⁵².



11.1.3 Conflictos de interés cuando el administrador está obligado a velar por los intereses de dos compañías que contratan entre sí

Un caso que se debate con bastante frecuencia ante la Superintendencia de Sociedades tiene que ver con aquellas personas que ocupan simultáneamente cargos de administración en compañías que contratan entre sí. En estas hipótesis, el conflicto de interés es fácilmente identificable por virtud de la obligación legal que les corresponde a los administradores de actuar conforme a los mejores intereses de la compañía en la que ejercen sus funciones. Como una persona no puede satisfacer simultáneamente esta carga legal cuando forma parte de la administración de dos sociedades contratantes, la Superintendencia ha hecho énfasis en la necesidad de que en estos casos se surta el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23.

Una de las primeras decisiones sobre el particular se emitió en el caso de Aurelio Bustilho de Olivera contra Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. En ese proceso se debatió el conflicto de interés de una persona que ocupaba el cargo de director en Codensa S.A. E.S.P. y Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., dos sociedades que habían celebrado un contrato de asistencia técnica.

Según el demandante en este caso, el aludido director quedó incurso en un conflicto al tomar parte en las deliberaciones orientadas a dar por terminado el contrato de asistencia antes mencionado. Tal y como se explicó en el auto No. 801- 7259 del 19 de mayo de 2014:

Existen indicios acerca de la posible existencia del conflicto de interés mencionado en la demanda del señor Bustilho de Olivera. En efecto, en su calidad de director de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., cualquier actuación del señor Roa Barragán respecto del referido contrato de asistencia técnica debe cumplirse en interés de la sociedad, según dispone el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Con todo, al ocupar un puesto en la junta directiva de Codensa S.A. E.S.P., el señor Roa Barragán debe actuar también en interés de esta última compañía. Al confluir en cabeza del señor Roa Barragán los intereses contrapuestos a que se ha hecho referencia, parece haberse configurado la hipótesis fáctica del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.



Es evidente entonces que también se producirá un conflicto de interés cuando una misma persona ocupe el cargo de representante legal en dos sociedades que contraten entre sí. Así, pues, en el caso de Londoño Hermanos y Cía. Ltda. contra Procinal Bogotá Ltda., la Superintendencia decretó medidas cautelares con base en las siguientes consideraciones:

El Despacho pudo determinar que el señor Rafael Alfonso Gaviria detenta la calidad de representante legal principal tanto en Procinal Bogotá Ltda., como en Cineworld S.A.S [...] las pruebas aportadas por los demandantes parecen dar cuenta de la celebración de diversas operaciones entre Procinal Bogotá Ltda. y Cineworld S.A.S., en las cuales el señor Gaviria fungió como representante legal de ambas compañías [...] Rafael Alfonso Gaviria Barrientos pudo haber celebrado operaciones viciadas por un conflicto de interés⁵³.

En esta categoría de conflictos caben también aquellos casos en los que el pariente de un administrador ocupa un cargo de esa misma naturaleza en la sociedad contratante. En Vector Construcciones y Soluciones S.A.S., contra Edward Alberto Rico, la Delegatura revisó las actuaciones de un administrador que había representado a la sociedad demandante en la celebración de contratos con una compañía en la que su esposa fungía como representante legal.

En criterio de la entidad, las operaciones celebradas entre Vector Construcciones y Soluciones S.A.S. e Ingenieros Técnicos de Colombia S.A.S. podrían haberle representado un conflicto de interés al señor Rico.

[...]. Ello se debe a que el vínculo matrimonial que aparentemente existe entre el señor Rico [...] y la [representante legal de Ingenieros Técnicos de Colombia S.A.S.] podría haber comprometido el juicio objetivo del demandado en el curso de las operaciones a que se ha hecho referencia⁵⁴.

A una conclusión análoga llegó la Delegatura en el caso de Morocota Gold S.A.S. contra Alejandro Rincón, en el cual se dijo lo siguiente:

Es suficientemente claro que el señor Rincón se encontraba incurso en un conflicto de interés al celebrar contratos con INCITI S.A.S. Ello se debe a que, como ya se explicó, la esposa del señor Rincón fungía como representante legal principal de esa compañía para el momento en que



se celebraron los contratos en cuestión. Por consiguiente, el señor Rincón, en su calidad de administrador de Morocota Gold S.A.S., no podía celebrar operaciones con INCITI S.A.S. sin obtener la autorización a que alude el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995⁵⁵.

11.1.4 Conflictos de interés en operaciones con el accionista mayoritario o sociedades controladas por tal sujeto

Entre los pronunciamientos más relevantes emitidos por la Superintendencia sobre el régimen de conflictos de interés deben destacarse las recientes decisiones de la entidad en materia de operaciones con partes vinculadas (*related party transactions*). La Superintendencia ha incluido en esta categoría todos aquellos contratos celebrados entre una compañía y sus accionistas mayoritarios, así como los negocios en los que participen sociedades sujetas al control de una misma persona.

La importancia de esta línea jurisprudencial puede apreciarse, con claridad, en la función que cumple la regulación de esta clase de operaciones como un elemento indispensable en la protección de asociados minoritarios. En verdad, con base en la experiencia comparada sobre la materia, la Delegatura se ha referido al riesgo de que los accionistas controlantes de una compañía “se valgan de su ascendencia sobre la sociedad para extraer prerrogativas económicas inmerecidas en el curso de una relación contractual”⁵⁶.

Los pronunciamientos de la Superintendencia en materia de operaciones con partes vinculadas han empezado a suplir un preocupante vacío en la regulación de conflictos de interés. En efecto, a pesar de la importancia que en el derecho comparado se le atribuye a la fiscalización de esta clase de operaciones, en el ordenamiento societario colombiano no se ha regulado la materia explícitamente⁵⁷.

Al no existir normas societarias que ordenen la fiscalización de contratos en los que un accionista controlante tenga un interés particular, se deja amplio espacio para conductas oportunistas que podrían desalentar las inversiones minoritarias en el capital de compañías colombianas.

En la primera sentencia sobre la materia, emitida en el caso de Luz Amparo Mancilla contra Handler S.A.S., la Superintendencia explicó las razones



por las cuales la regulación de la Ley 222 sobre conflictos de interés abarca también las operaciones con partes vinculadas. Para el caso de contratos celebrados con el accionista controlante de una sociedad, la Superintendencia puntualizó que un negocio de esta naturaleza,

le representa un manifiesto conflicto de interés a los administradores que participaron en el respectivo negocio. En efecto, la relación de dependencia que existe entre controlantes y administradores es de suficiente entidad como para comprometer el juicio objetivo de estos funcionarios en el curso de una operación determinada.

Según las explicaciones antes formuladas, este conflicto de interés se concreta, específicamente, en la potestad de los controlantes de remover a los administradores en cualquier momento. De suerte que los administradores que se propongan participar en operaciones con los asociados controlantes deberán surtir el trámite de autorización contemplado en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009 para los casos de conflicto de interés⁵⁸.

En la misma sentencia, la Superintendencia dejó claro que el ámbito de aplicación del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 debe extenderse a las operaciones celebradas entre compañías controladas por una misma persona. Para la entidad:

esta postura encuentra sustento [...] en la influencia que puede ejercer el accionista controlante sobre los administradores de tales sociedades. Puede pensarse en el caso, de frecuente uso en estudios sobre conflictos de interés, en el que una misma persona es propietaria, respectivamente, del 60% y el 90% de las acciones de dos compañías que contratan entre sí. En este ejemplo, el accionista en cuestión podrá valerse de su potestad mayoritaria para incidir sobre los términos en que habrá de celebrarse el respectivo contrato. Es claro, además, que tal accionista tendrá incentivos para promover condiciones contractuales que favorezcan a la compañía en la que cuenta con una mayor participación de capital. Si la primera sociedad (en la que el accionista detenta el 60% de las acciones) le vende un activo a la segunda (en la que cuenta con el 90%), el controlante podría instigar a los administradores de ambas sociedades a fijar un precio exiguuo en el respectivo contrato de compraventa. [...] Así las cosas, siempre que una compañía pretenda celebrar operaciones con su accionista



controlante o con sociedades controladas por ese mismo sujeto, deberá surtir el trámite previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995⁵⁹.

Las anteriores explicaciones dieron pie a que, en la sentencia emitida en el caso de Handler S.A.S., la Superintendencia reprendiera la conducta de un administrador que había celebrado operaciones con partes vinculadas sin obtener la autorización requerida por la Ley 222. En este caso, un grupo de accionistas detentaba el 56% de las acciones en circulación de la sociedad Farben S.A. y el 100% de las emitidas por Handler S.A.S. Luego de que el liquidador de Farben S.A. le enajenara cuantiosos activos sociales a Handler S.A.S., los asociados minoritarios de aquella compañía presentaron una demanda ante la Delegatura de Procedimientos Mercantil.

Al término de un breve proceso, la Superintendencia encontró que,

el liquidador de Farben S.A. estaba incurso en un conflicto de interés al representar a la compañía en la celebración de contratos con Handler S.A.S. Por una parte, las normas legales que rigen la conducta de los administradores sociales obligaban al [liquidador] a velar por los intereses de Farben S.A. En cumplimiento de tales reglas, el referido liquidador debía celebrar las operaciones cuestionadas bajo condiciones que favorecieran a Farben S.A. Al mismo tiempo, sin embargo, el referido liquidador contaba con importantes incentivos para proteger los intereses económicos contrapuestos de [los accionistas controlantes]. Para satisfacer estos intereses, el liquidador debía pactar condiciones contractuales que beneficiaran a Handler S.A.S. La confluencia de los mencionados intereses contrapuestos en cabeza del liquidador de Farben S.A. hacía necesario surtir el procedimiento previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995⁶⁰.

El precedente de Handler S.A.S. fue reiterado poco tiempo después en un auto de medidas cautelares proferido en el caso de Exkal Colombia S.A.S. En esa oportunidad, la Superintendencia examinó el caso de dos sociedades contratantes, una chilena y la otra colombiana, que estaban sujetas al control de una compañía española. Así, pues, en el auto No. 800-15314 del 12 de noviembre de 2015 se dijo que,

el representante legal de Exkal Colombia S.A.S. podría estar incurso en un conflicto de interés si representa a la compañía



en la celebración de contratos con Exkal Chile. Por este motivo, en caso de que el aludido administrador pretenda participar en operaciones de esa naturaleza, deberá obtener la anuencia de la asamblea general de accionistas, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

11.2 Circunstancias que no desvirtúan la existencia de un conflicto de interés

Ante la proliferación de autos y sentencias en los que se censura la violación de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, los abogados litigantes han intentado desvirtuar, de diversas maneras, la configuración de conflictos de interés. Por este motivo, en las decisiones proferidas por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles pueden encontrarse también relevantes precisiones sobre las hipótesis que dan lugar a una operación conflictiva. En particular, la Superintendencia ha aclarado que la existencia de un conflicto no se desvirtúa por circunstancias tales como que el contrato viciado por un conflicto le reportó un beneficio a la compañía o por tratarse de sociedades de familia.

11.2.1 El conflicto no desaparece si la operación fue beneficiosa para la sociedad

En numerosas oportunidades, la defensa de un administrador demandado se plantea en términos de los resultados económicos positivos de las operaciones viciadas por un conflicto de interés. En el caso de El Puente S.A., por ejemplo, se intentó desvirtuar la existencia de un conflicto con base en las utilidades generadas a partir de un contrato conflictivo. Sin embargo, la Superintendencia explicó que,

la existencia de un conflicto de interés no depende de las utilidades o pérdidas que genere el acto viciado. Si bien es factible que las operaciones afectadas por un conflicto le reporten importantes beneficios a una sociedad, esta circunstancia no hace desaparecer los intereses que contaminaron el juicio del administrador al momento de celebrar tales negocios. Es por ello que la simple configuración de un conflicto de interés hace necesario surtir el procedimiento contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, antes de que el



administrador pueda participar en la celebración del acto o contrato concerniente. Debe entonces insistirse en que la existencia de un conflicto de interés en cabeza de los administradores no está sujeta a la medición de los resultados económicos que a la postre produzcan las operaciones correspondientes⁶¹.

11.2.2 El conflicto no desaparece si la operación se celebró en una sociedad de familia

En el caso de Ángela María Azuero Figueroa contra El Puente S.A., la Superintendencia puso de presente que las reglas colombianas sobre conflictos de interés no contienen excepciones relativas a las sociedades de familia. Según el texto de la sentencia No. 800-102 del 5 de agosto de 2015,

el conflicto de interés analizado en esta sentencia tampoco desaparece por el hecho de que las acciones en que se divide el capital suscrito de El Puente S.A. se encuentren en manos de personas ligadas por vínculos de parentesco. Ciertamente, el régimen societario colombiano no contiene excepciones relativas a la celebración de operaciones viciadas por conflictos de interés en sociedades cerradas o de familia. En este orden de ideas, podría pensarse que las características propias de una sociedad de familia justifican admitir alguna excepción al régimen general de conflictos de interés. Tal excepción estaría fundada en la idea de que, en esta clase de compañías, es usual que los accionistas y administradores contraten frecuentemente con la sociedad. Sin embargo, no debe perderse de vista la posibilidad de que con una excepción de la naturaleza indicada se pueda perjudicar a los asociados que, como en el presente caso, estén excluidos de la administración de los negocios sociales. Por este motivo, siempre que se presente un conflicto de interés para los administradores de sociedades como El Puente S.A., será necesario acudir ante el máximo órgano a fin de solicitar la autorización a que se refiere el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.



11.2.3 El conflicto no desaparece si median intereses afines a los de la sociedad

En un caso fallado recientemente, la Superintendencia encontró un conflicto de interés en una operación en la que la sociedad y el padre de un administrador fungieron como vendedores de lotes contiguos.

En esa oportunidad, se dijo que,

es perfectamente factible [...] que un conflicto de la naturaleza mencionada surja cuando [medie algún interés] que sea afín al de la sociedad. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en el caso en que una compañía y su representante legal sean copropietarios de un inmueble ofrecido en venta. En esta hipótesis, tanto la sociedad como el administrador buscarán que la operación se celebre en condiciones que los favorezcan en su calidad de vendedores conjuntos (p.ej. al mayor precio posible). Con todo, esta confluencia de incentivos no elimina la posibilidad de que el buen juicio del administrador se vea comprometido por su interés personal como copropietario del inmueble en cuestión. En efecto, la decisión del representante legal de vender el inmueble podría estar motivada por sus necesidades personales de liquidez, en lugar de obedecer a los mejores intereses de la compañía. Parece claro, pues, que la decisión de enajenar el inmueble le representaría un conflicto de interés a este administrador, a pesar de que, al momento de pactar las condiciones para efectuar la venta, sus incentivos económicos coincidieran con los de la sociedad⁶².



12. LA DEFINICIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS EN PROPUESTA EN EL PROYECTO DE LEY NO. 70 DE 2015

Como puede apreciarse en la sección anterior, la Superintendencia ha intentado llenar el vacío legal que dejó la Ley 222 mediante un análisis pormenorizado de los casos que pueden dar lugar a un conflicto de interés. Aunque este sistema de determinación *ex post* es lo suficientemente flexible como para abarcar las variadas situaciones en que se suscitan conflictos de interés, existen al menos dos objeciones para su continuada aplicación en Colombia⁶³.

De una parte, las complejidades propias de la actividad empresarial hacen excesivamente difícil la labor de los jueces⁶⁴. Bajo el referido sistema de adjudicación *ex post*, los jueces están obligados a determinar, para cada caso, si median circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido.

Un análisis judicial de esta naturaleza puede ser realmente enrevesado cuando el conflicto se deriva de vínculos filiales remotos (p.ej., los sobrinos segundos del administrador) o está fundado en prerrogativas económicas poco significativas (p.ej., la participación minoritaria de un administrador en el capital de compañías que contraten con la sociedad en la que tal sujeto ejerce sus funciones)⁶⁵.

De otra parte, este sistema *ex post* no hace desaparecer la incertidumbre de los administradores sociales, quienes, a pesar de la orientación que pueda ofrecer la jurisprudencia, carecerán de reglas definidas para orientar su conducta ante posibles conflictos de interés.

Por los anteriores motivos, en el proyecto de ley No. 70 de 2015 se propuso un sistema mixto que combina elementos de definición *ex ante* con la posibilidad de que los jueces emprendan una revisión *ex post* en ciertas hipótesis.



En primer lugar, se ha procurado reducir el espacio para la intervención judicial mediante la enunciación taxativa de los supuestos fácticos que pueden dar lugar a un conflicto de interés⁶⁶. Según el primer numeral del artículo 19 del proyecto, “habrá conflicto de interés cuando el administrador o una persona a él vinculada participe en cualquier acto o negocio en que sea parte la sociedad en que ejerce sus funciones o sus subordinadas”. Además del evidente conflicto que se presenta cuando el administrador contrata con la compañía, esta primera hipótesis abarca también aquellos casos en los que el negocio jurídico respectivo sea celebrado por una persona que tenga algún vínculo significativo con el administrador.

Para estos efectos, en el artículo 20 del proyecto se ha delimitado el alcance de la expresión *personas vinculadas* de conformidad con una rigurosa taxonomía en la que pueden encontrarse sujetos ligados al administrador por vínculos de parentesco, tales como los padres y hermanos del administrador, al igual que personas jurídicas con las que el administrador tenga alguna relación sustancial, como ocurre en el caso de compañías sujetas a su control o aquéllas en las que detente también la calidad de administrador⁶⁷.

También se ha incluido en la definición de *personas vinculadas* a los accionistas controlantes de la sociedad en la que el administrador ejerce sus funciones. Esta medida, acompañada a la clara ascendencia que tienen los accionistas controlantes sobre la gestión de los administradores sociales, supone una extensión legal del régimen de conflictos de interés a las operaciones celebradas entre sociedades vinculadas.

La enumeración taxativa de *personas vinculadas* que trae el proyecto busca reducir la incertidumbre asociada a la necesidad de que un juez determine, en todos los casos, cuándo se ha presentado un conflicto de interés por la concurrencia de una persona ligada al administrador por vínculos de diferente índole⁶⁸. Bajo el primer numeral del artículo 19 del proyecto, habrá entonces un conflicto de interés siempre que el administrador o alguna de las personas mencionadas en el artículo 20 celebren una operación con la sociedad en la que aquél ejerza sus funciones.

En segundo lugar, el sistema propuesto en el proyecto de ley deja algún espacio para la intervención judicial en el momento de definir la existencia



de un conflicto de interés. Se trata de la prescripción normativa prevista en el segundo numeral del artículo 19 del proyecto, según el cual “habrá conflicto de interés cuando el administrador o una persona a él vinculada tenga un interés económico sustancial en cualquier acto o negocio en que sea parte la sociedad en que ejerce sus funciones o sus subordinadas”.

La definición de *interés económico sustancial* incluida en el proyecto se concreta en la existencia de prerrogativas económicamente apreciables que puedan comprometer la objetividad del administrador, como ocurriría, por ejemplo, si tal sujeto recibe una comisión por la venta de un activo social o tiene una participación accionaria minoritaria en una compañía que compra ese bien⁶⁹.

En estos casos, la intervención del juez será necesaria para establecer si, respecto de una operación determinada, los administradores o sus personas vinculadas cuentan con un interés económico que cumpla con la definición contemplada en el proyecto. Este mecanismo de adjudicación *ex post* busca dotar al sistema de alguna flexibilidad para que el juez pueda identificar conflictos que no encajen dentro de la definición del primer numeral del artículo 19 antes citado.

Como puede apreciarse en los párrafos anteriores, las reglas contempladas en la reforma buscan aliviar la carga judicial en la detección de conflictos de interés y permitir que los empresarios puedan identificar con alguna precisión las circunstancias fácticas que pueden representar una violación de las normas que rigen esa materia⁷⁰.



13. APUNTES FINALES

La jurisprudencia sentada por la Superintendencia de Sociedades en los últimos años ha contribuido, en buena medida, a suplir el vacío que dejó la Ley 222 de 1995 en cuanto a la definición de conflictos de interés en el contexto societario. Los administradores de compañías colombianas podrán encontrar, en las numerosas sentencias emitidas por la entidad, algunas orientaciones sobre la manera en que deberán cumplir con la obligación prevista en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222. La labor de la Superintendencia podría también promover un mayor grado de actividad litigiosa, al aliviar la carga de quienes se propongan acudir ante un juez para probar la configuración de conflictos de interés.

Claro que, a falta de una reforma como la propuesta en el proyecto de ley No. 70 de 2015, será bastante difícil corregir, por vía de jurisprudencia, algunas de las falencias del régimen de conflictos de interés de la Ley 222. Puede pensarse, por ejemplo, en lo que ocurre actualmente en el caso de contratos entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial. Esta clase de operaciones son indispensables para sostener los denominados *mercados internos* que justifican la existencia de estructuras grupales en países en vías de desarrollo⁷¹.

Sin embargo, el régimen de conflictos de interés de la Ley 222 no trae reglas especiales que habiliten la celebración de operaciones intra-grupales por fuera del ámbito de aplicación del numeral 7 del artículo 23. Parecería entonces que los administradores de una sociedad afiliada a un grupo están obligados a surtir el trámite de autorización allí regulado antes de celebrar operaciones con otras compañías del grupo. Pero esta interpretación atentaría contra la necesaria celeridad con la que deben poder contratar entre sí las sociedades vinculadas a un grupo empresarial, particularmente cuando se trata de compañías abiertas⁷².



Dos problemas adicionales que no pueden resolverse fácilmente por medio de jurisprudencia tienen que ver con las reglas previstas para autorizar la celebración de operaciones viciadas por un conflicto de interés. En primer lugar, el último inciso del numeral 7 ha dado lugar a una verdadera desnaturalización del sistema de autorización previa introducido por la Ley 222. Según el inciso en cuestión, “la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad”.

Esta disposición, a primera vista bastante sensata, habilita la revisión judicial de aquellos negocios jurídicos en los que medie un conflicto, aunque se hubiere cumplido con el procedimiento previsto en el numeral 7 del artículo 23. Es decir que, en la práctica, un juez podría verse obligado a escudriñar los efectos de *todas* las operaciones viciadas por un conflicto de interés, aún en aquellos en los que la autorización correspondiente hubiere sido impartida por una mayoría de los accionistas que no contaban con un interés en la operación.

Esta contradictoria circunstancia pone en tela de juicio la utilidad de las reglas contempladas en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Si la principal finalidad de un sistema imperativo de autorizaciones previas es reducir la carga de los jueces, no parece sensato admitir controversias judiciales sobre operaciones aprobadas por una mayoría de asociados desinteresados⁷³.

En segundo lugar, el referido sistema de autorización previa no parece tener en cuenta los problemas que se presentan en las operaciones con partes vinculadas. En efecto, la Ley 222 permite que un accionista controlante imparta la aprobación requerida por el numeral 7, aunque se trate de un contrato que lo beneficia directamente, a expensas del interés social⁷⁴. Cuando ello ocurra, los accionistas minoritarios que disientan de la actuación del controlante se verán obligados a demostrar, ante las instancias judiciales, que la operación fue perjudicial para la compañía. Y los elevados costos de cumplir con esta carga probatoria podrían apaciguar los ánimos litigiosos de un minoritario, particularmente si lo único que se lograría al acudir al sistema judicial sería que las sumas extraídas por el mayoritario volvieran al patrimonio social. De manera que, ante las dificultades de probar que el patrimonio social ha sufrido algún demérito, la conducta abusiva del controlante podría quedar impune.



En otros países, este problema se ha resuelto mediante la creación de incentivos económicos para alentar a los minoritarios que pretendan demandar (p.ej. la obligación de que la sociedad cubra los gastos litigiosos de un demandante victorioso) o la asignación de la carga probatoria a los controlantes cuando éstos han contratado por la sociedad. No obstante, nada dice la Ley 222 sobre estos asuntos⁷⁵.

Parece entonces claro que la efectividad de las normas colombianas en materia de conflictos de interés dependerá no sólo de la labor de interpretación que haga en el futuro la Superintendencia de Sociedades y los demás jueces de la República, sino también de una modificación legal que acompañe ese sistema a las necesidades locales. Sin una reforma de esa naturaleza, perdurarán, en mayor o menor medida, las causas que han postrado al régimen de conflictos de interés de la Ley 222 de 1995.



14. PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO SOCIETARIO

Uno de los debates más importantes de gobierno corporativo en épocas recientes tiene que ver con la diversidad de género en las juntas directivas de compañías abiertas y cerradas. Las estadísticas disponibles apuntan a que la mayor participación de mujeres en juntas directivas está relacionada con incrementos en la productividad y la capacidad de innovación de una sociedad⁷⁶. Sin embargo, la información disponible da cuenta de la apenas exigua participación de mujeres en las juntas directivas de sociedades colombianas.

En consecuencia y para introducir las discusiones que desde la academia se están dando en materia societaria⁷⁷, se resalta la importancia de que el Gobierno procure adoptar diferentes iniciativas para remediar esta penosa situación, teniendo en cuenta la importancia demostrada que las mujeres tienen en la toma de decisiones societarias y su desempeño favorable promedio en los órganos de administración.

Por ejemplo, podría pensarse en la introducción de recomendaciones de gobierno corporativo, de índole voluntaria, orientadas a crear conciencia acerca de la importancia de tener juntas más diversas. También sería posible proponer cuotas forzosas de mujeres en juntas directivas de compañías abiertas, así como ocurre en algunos países europeos. Por cualquiera de estas vías se lograría el propósito de fortalecer la administración de compañías colombianas mediante una mayor diversidad de género en sus juntas directivas.

14.1 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

14.1.1 Estudio de caso

Como herramienta pedagógica que propenda por la generación de competencias argumentativas del alumnado, se escogió el estudio de caso, con



base en el Modelo pedagógico 2020b de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” - Consejo Superior de la Judicatura.

Esta actividad pedagógica, de sumo útil para la práctica judicial, permite que asuma hipotéticamente el rol de un juez o magistrado⁷⁸ que debe dar respuesta a una situación compleja, planteada a partir de la elaboración de un caso que mezcla las distintas temáticas abordadas en el módulo de derecho societario.

Con base en lo anterior, los casos que se plantean contienen una la situación fáctica hipotética, basada en los casos que se analizaron a través del módulo, en la que se simulan los hechos relevantes que pueden llegar al conocimiento de una o un juez o magistrado, para que en su saber y entender, proceda a resolver la situación.

Para el correcto desarrollo del ejercicio se recomienda que el alumnado, como primera medida, defina el o los problemas jurídicos que encuentre con base en los hechos relatados; con base en ellos, revise los apartes teóricos del presente módulo, seleccione los elementos que le sirvan y proponga una solución en forma de consideraciones y “resuelve”, de manera que se asemeje lo más posible a una sentencia.

Con base en lo anterior, el método elegido propenderá por ayudar a los y las estudiantes y al equipo formador a formular, analizar y comparar diferentes situaciones contextuales del caso, identificar un problema jurídico, conceptualizar normas y principios jurídicos, y examinar los argumentos que sustentan las decisiones judiciales⁷⁹.

14.1.2 Juego de roles

Los casos que se plantean permiten la realización de la simulación, como método de interiorización del conocimiento, con base en Modelo pedagógico 2020b de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” - Consejo Superior de la Judicatura.

Para lograr la correcta aplicación de la simulación, es menester tener en cuenta que en los casos existen varias partes, las cuales tienen roles e intereses diferentes y algunos contrapuestos. En este sentido, con la aplicación de esta actividad pedagógica, es posible que el estudiantado no tome solo la posición del juez o magistrado como en la aplicación



del estudio de caso, sino que asuma el rol de alguna de las partes para que, con base en los hechos narrados, identifique dentro del contenido teórica del módulo, los argumentos tanto a favor como en contra de la posición asumida y elabore un alegato en defensa de sus intereses hipotéticos.

Con el ejercicio descrito se pretende desarrollar en el conjunto de estudiantes las competencias necesarias para la toma de decisiones, la resolución de problemas y la gestión judicial y administrativa. Asimismo, busca ofrecer pautas y criterios para profundizar en el análisis de núcleos problemáticos y ejes temáticos mediante la interacción en un escenario lo más cercano posible a los eventos y situaciones que ocurren en los diferentes ámbitos de la práctica judicial. Por último, en el juego de roles, cada estudiante puede demostrar su dominio teórico sobre legislación, jurisprudencia y doctrina, así mismo, en aspectos técnicos como la oralidad y la argumentación y en aspectos éticos propios de la dimensión del ser⁸⁰.

14.1.3 CASO I: CONFLICTOS DE INTERÉS

Moda para la Pandemia (MP) S.A.S. fue creada en enero del año 2020 por María Isabel Romero y Ana María Ordóñez. A continuación se describe la composición de capital de MP S.A.S. al momento de su constitución:

Tabla 1. Composición de capital

COMPOSICIÓN DE CAPITAL MP S.A.S	
Accionista	Porcentaje de participación
María Isabel Romero	70%
Ana María Ordóñez	30%
Total	100%

El objeto principal de MP S.A.S. consiste la manufactura y comercialización de indumentaria con revestimiento especial de protección contra del COVID-19. Para tales efectos, MP S.A.S. debe contar con un suministro permanente de empaques plásticos, a fin de asegurar que sus productos lleguen a su destino en buenas condiciones.



Luego de contactar a diversos proveedores de empaques plásticos, el representante legal de MP S.A.S. decidió celebrar un contrato de suministro con la sociedad colombiana Acme S.A.S. en abril de 2020. Por virtud de ese negocio jurídico, Acme S.A.S. le entregaría a MP S.A.S. 1.000 empaques al mes durante un año, por una contraprestación de \$1.000.000 por cada empaque. Según los estudios adelantados por el representante legal de MP S.A.S., el precio ofrecido por Acme S.A.S. se aproxima a las condiciones de mercado vigentes en la industria de empaques industriales.

El 5 de mayo de 2020, Ana María Ordóñez, accionista minoritaria de MP S.A.S., se enteró de la celebración del contrato de suministro con Acme S.A.S. Luego de una breve investigación ante la Cámara de Comercio de Bogotá, Ana María Ordóñez descubrió que María Isabel Romero era la única accionista de Acme S.A.S.

El 22 de mayo de 2020, durante una reunión de la asamblea general de accionistas de MP S.A.S., Ana María Ordóñez le reclamó aireadamente a María Isabel Romero por la celebración del contrato con Acme S.A.S. Ante estas objeciones, la señora Romero decidió aprobar unilateralmente la siguiente propuesta:

“Les propongo a los accionistas presentes ratificar la celebración del contrato con Acme S.A.S. para el suministro de empaques industriales a favor de MP S.A.S. Esta ratificación surte los efectos de una autorización, impartida al representante legal de MP S.A.S. en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, bajo el entendido de que la operación celebrada con Acme S.A.S. no lesiona el patrimonio de MP S.A.S.”

Luego de intensos debates entre las accionistas de MP S.A.S., Ana María Ordóñez decidió consultar a un abogado para defender sus intereses como accionista minoritaria de la compañía. Para ello, la señora Ordóñez acude a su despacho profesional el 28 de mayo de 2020 con las siguientes preguntas:

1. ¿Qué acciones judiciales podría intentar para defender mis derechos como accionista minoritaria de MPH S.A.S.?
2. ¿Entre las alternativas disponibles, cuál vía de acción recomienda y por qué?



14.1.4 CASO II: ABUSO DEL DERECHO DE VOTO

Alimentos Orgánicos ACME S.A.S. fue constituida el 19 marzo de 2012 para administrar un establecimiento comercial de venta de malteadas de quinoa y semillas de girasol. Desde el momento de la constitución de la sociedad, su administración ha estado a cargo de la señora Violeta Seispalacios. Según puede apreciarse en los estatutos sociales, la compañía no cuenta con una junta directiva, ni con suplentes del representante legal.

Desde el momento de la constitución de la compañía, las acciones de Alimentos Orgánicos ACME S.A.S. estuvieron distribuidas entre dos bloques de asociados con participaciones uniformes en el capital de la compañía. El primero de tales bloques, integrado por Violeta Seispalacios y dos sociedades controladas por ella, detenta el 50% de las acciones en circulación. El segundo bloque, propietario del 50% restante, estuvo en cabeza de Fermina Fernández desde la constitución de la sociedad hasta el año 2017. En diciembre de 2017, la señora Fernández les transfirió las acciones de su propiedad a sus tres hijas y a su hermano Fermín Fernández. En la siguiente tabla se presentan los cambios que se produjeron en la composición del capital de Alimentos Orgánicos ACME S.A.S. por virtud de la referida cesión de acciones.

Tabla 2. Variaciones en la composición de capital Marzo de 2012

ACCIONISTA	NO. DE ACCIONES	PORCENTAJE
Violeta Seispalacios	4.000	40%
SPV1	500	5%
SPV2	500	5%
Fermín Fernández	5.000	50%
Totales	10.000	100%



**Tabla 3. Variaciones en la composición de capital
Diciembre de 2017**

ACCIONISTA	NO. DE ACCIONES	PORCENTAJE
Violeta Seispalacios	4.000	40%
SPV1	500	5%
SPV2	500	5%
Fermín Fernández	20	0,2%
Natalia Romero Fernández	1.660	16.6%
Juliana Romero Fernández	1.660	16.6%
Emilia Romero Fernández	1.660	16.6%
Totales	10.000	100%

El 29 de marzo de 2019, durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Alimentos Orgánicos ACME S.A.S., se presentaron fuertes diferencias entre Violeta Seispalacios y los familiares de Fermín Fernández. Mientras que la señora Seispalacios sostuvo que era indispensable retener la totalidad de las utilidades generadas por la compañía para hacerle frente a nuevos competidores, Fermín Fernández y las hermanas Romero Fernández exigían la entrega de dividendos. Además, la señora Seispalacios insistió, con vehemencia, en la necesidad de aumentar el salario que le correspondía en su calidad de Presidente de Alimentos Orgánicos ACME S.A.S., propuesta a la que se opusieron las hermanas Romero Fernández.

Tras un prolongado intercambio de insultos entre los accionistas presentes, el señor Fermín Fernández presentó la siguiente constancia: *'En vista del oprobioso y rudo trato que he recibido por parte de la señora Violeta Seispalacios, me veo en la necesidad de retirarme de esta sesión asamblearia'*. Luego de haber leído el anterior texto, el señor Fernández abandonó la reunión.

Aparentemente conmovida por el gesto del señor Fernández, la señora Seispalacios le propuso a las hermanas Romero Fernández una fórmula para



zanjar sus diferencias. Bajo los términos de la propuesta, la señora Seispalacios accedería a repartir el 100% de las utilidades disponibles, pero se aprobaría también una capitalización de dividendos para que aquellos accionistas que quisieran apoyar a la compañía pudieran reinvertir sus utilidades. La propuesta de la señora Seispalacios se formuló entonces en los siguientes términos:

Propuesta:

La suscrita, Violeta Seispalacios, en mi calidad de accionista y Presidente de Alimentos Orgánicos ACME S.A.S., le propongo a los asociados la repartición del 100% de las utilidades disponibles y la capitalización de los dividendos decretados por la asamblea, de conformidad con el artículo 455 del Código de Comercio, según los términos descritos a continuación:

Tabla 4. Capitalización de los dividendos

Dividendos decretados	\$136.000.000
Valor nominal de las acciones.	\$1.000
Valor intrínseco de las acciones.	\$2.000
Número de acciones en circulación.	10.000
Valor al que se efectuará la capitalización.	\$10.000
Número de acciones que serán emitidas si todos los accionistas aceptan el pago de dividendos en acciones liberadas.	13.600

En caso de que no se obtenga el voto afirmativo del 80% de las acciones representadas en la reunión, los accionistas que se propongan capitalizar sus dividendos deberán expresar su voluntad de hacerlo dentro de los cinco días siguientes a la presente reunión de la asamblea. Si por virtud de la capitalización a algún accionista le correspondan fracciones de acciones, se pagará el valor correspondiente a tales fracciones en efectivo.

Una vez sometida la anterior propuesta a consideración de los asociados, se obtuvo la votación descrita en el siguiente cuadro:



Tabla 5. Votación

ACCIONISTA	NO. DE ACCIONES	PORCENTAJE REPRESENTADO
VOTOS A FAVOR		
Violeta Seispalacios	4.000	40,08016032064128%
SPV1	500	5,1002004008016%
SPV2	500	5,1002004008016%
Total		50.1002004008016%
VOTOS EN CONTRA		
Natalia Romero Fernández	1.660	16,63326653306613%
Juliana Romero Fernández	1.660	16,63326653306613%
Emilia Romero Fernández	1.660	16,63326653306613%
Total		49.89979959919839%

Al finalizar la reunión de la asamblea de Alimentos Orgánicos ACME S.A.S., Violeta Seispalacios, SPV1, SPV 2 y las hermanas Romero manifestaron de inmediato su decisión de recibir acciones en lugar de dividendos. Sin embargo, antes de que las hermanas Romero pudieran informarle a Fermín Fernández acerca de la determinación de la asamblea, éste había abordado ya un vuelo hacia la Cuenca del Orinoco para participar en una expedición de pesca. A pesar de los múltiples intentos de las hermanas Romero, fue imposible contactar al señor Fernández durante los cinco días siguientes a la reunión de la asamblea.

A su regreso del viaje de pesca, el señor Fernández encontró que se había modificado la distribución porcentual del capital suscrito de Alimentos Orgánicos ACME S.A.S., tal y como se registra en la siguiente tabla.



Tabla 6. Variaciones en la composición de capital de Alimentos Orgánicos ACME S.A.S. después de la capitalización de dividendos

Accionista	No. de acciones antes de la capitalización	No. de acciones después de la capitalización	Porcentaje antes de la capitalización	Porcentaje después de la capitalización
Violeta Seispalacios	4.000	9.440	40%	40,04921301599423%
SPV1	500	1.180	5%	5,00615162699928%
SPV2	500	1.180	5%	5,00615162699928%
Fermín Fernández	20	20	0.2%	0,08485002757626%
Natalia Romero Fernández	1.660	3.917	16.6%	16,61787790081032%
Juliana Romero Fernández	1.660	3.917	16.6%	16,61787790081032%
Emilia Romero Fernández	1.660	3.917	16.6%	16,61787790081032%
Totales	10.000	23.571	100%	

Alarmado por las anteriores circunstancias, el señor Fernández acude a Usted con las siguientes preguntas:

1. ¿Qué acciones legales podría presentar para controvertir las decisiones aprobadas durante la reunión del 29 de marzo de 2019?
2. ¿Cuáles serían los argumentos jurídicos que me servirían de sustento a las pretensiones de la demanda correspondiente?
3. ¿Qué argumentos podrían formular la señora Violeta Seispalacios y Alimentos Orgánicos ACME S.A.S. en su defensa?



Tabla 7. AUTOEVALUACIÓN

RÚBRICA (En el marco del ejercicio de evaluación como aprendizaje, se proponen las siguientes rúbricas)				
VALORACIÓN CRITERIO	SUPERA LOS APRENDIZAJES REQUERIDOS (4.6 - 5.0) (Ver comentario)	DOMINA LOS APRENDIZAJES ADQUIRIDOS (4.0 - 4.5)	ESTA PRÓXIMO A ALCANZAR LOS APRENDIZAJES (3.0 - 3.9)	NO ALCANZA LOS APRENDIZAJES (1.0 - 2.9)
Argumentación	El texto contiene una tesis (proposición debatible), unos argumentos que la sustentan de forma lógica, y una conclusión que resuelve el problema jurídico dependiendo de la posición que haya asumido el alumno con base en la actividad pedagógica.	El texto presenta una tesis y se construyen algunos argumentos que la sustentan (se incurre en inconsistencias lógicas). Demuestra una conclusión que requiere más precisión y consistencia.	El texto presenta una tesis, pero no se construyen argumentos válidos que la sustenten. No presenta una conclusión	La tesis que se propone no es clara, concreta y es debatible. El texto no presenta argumentos lógicos y coherentes.
Articulación con la pregunta base (problema jurídico)	El texto contiene una tesis, unos argumentos que la sustentan y resuelven los problemas jurídicos encontrados y propone soluciones acertadas con base en el material teórico del módulo y bibliografía adicional a la relacionada.	El texto contiene una tesis, unos argumentos que se sustentan en el marco de la pregunta base (problemas jurídicos encontrados), y una conclusión.	El texto presenta una tesis, pero los argumentos que se sustentan no están soportados correctamente	La tesis que se propone no está articulada con la pregunta base.
Uso de fuentes para la argumentación	Los argumentos están fundamentados con los textos leídos. Pone en diálogo argumentos propios y ajenos (nuevos autores y fuentes fuera de los textos sugeridos). Se presenta producción académica ajena y hay un uso correcto del formato de citación y referencia. Se explica y se articula la relevancia de las citas utilizadas.	Los argumentos están ocasionalmente fundamentados con los textos leídos. Pone en diálogo argumentos propios y ajenos. Hace uso consistente y correcto de las formas de citación.	El texto presenta citas pertinentes, pero no justifica la relevancia de las mismas. El texto muestra algunos errores de citación.	En el texto no se presentan citas pertinentes para sustentar la tesis y los argumentos que la defienden. No se utiliza un formato de citación y referencia.



RÚBRICA

(En el marco del ejercicio de evaluación como aprendizaje, se proponen las siguientes rúbricas)

VALORACIÓN CRITERIO	SUPERA LOS APRENDIZAJES REQUERIDOS (4.6 - 5.0) (Ver comentario)	DOMINA LOS APRENDIZAJES ADQUIRIDOS (4.0 - 4.5)	ESTA PRÓXIMO A ALCANZAR LOS APRENDI- ZAJES (3.0 - 3.9)	NO ALCANZA LOS APRENDI- ZAJES (1.0 - 2.9)
Ortografía y Redacción	El texto tiene una adecuada gramática, ortografía y puntuación, presenta un orden lógico entre los argumentos, las proposiciones y los párrafos	Ocasionalmente, el texto presenta errores ortográficos menores; hace poco uso del vocabulario académico, y no es coherente en algunos párrafos.	Frecuentemente, el texto presenta errores ortográficos, gramaticales y de puntuación. El texto no presenta orden lógico ni cohesión entre los argumentos, las proposiciones y los párrafos.	El texto presenta errores gramaticales, ortográficos, de puntuación o edición. El texto no presenta orden lógico ni cohesión entre los párrafos.



15. JURISPRUDENCIA SOCIETARIA

Tabla 8. Abuso del derecho de voto

CASO	ASUNTO	EXTRACTO
Isabel Sánchez contra CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. S. 800-44 (18jul/14)	Retención injustificada de utilidades	<p>‘Los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. [...] se han abstenido de repartir las cuantiosas utilidades generadas por la compañía durante varios ejercicios. Para justificar esta determinación, los demandados han hecho referencia [...] a un plan de expansión de las operaciones de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. [...] el Despacho no pudo corroborar la existencia de proyectos que justifiquen la retención reiterada de las utilidades generadas por la compañía [...] Ante la carencia de un verdadero proyecto de expansión, debe concluirse que los accionistas mayoritarios de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S. no han presentado una justificación legítima para retener indefinidamente los amplísimos excedentes de liquidez de la sociedad. [...] El Despacho también pudo establecer que la conducta de los mayoritarios ha estado orientada por la finalidad de privar a Isabel Cristina Sánchez de las utilidades generadas por CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., en represalia por la posible violación de un pacto de exclusividad para la prestación de servicios de conmutación de multas de tránsito. [...] no puede permitirse que, en respuesta a una diferencia entre los asociados de CIA del Infractor de Tránsito S.A.S., los accionistas mayoritarios invoquen ilusorios proyectos de expansión para despojar a la señora Sánchez de sus derechos económicos en la compañía’.</p>



Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A. S. 800-20 (27feb/14)	Capitalización abusiva	<p>‘La capitalización, controvertida en este proceso, estuvo dirigida, principalmente a despojar a CAHC de su mayoría accionaria en CAH Colombia S.A., en un aparente intento por evitar que la compañía china le vendiera su bloque mayoritario a un tercero diferente del señor Pinzón. [...] el Despacho encontró, en las pruebas aportadas por las partes, suficientes indicios para cuestionar la rectitud de ánimo del señor Pinzón al aprobar las operaciones objeto de este proceso. [...] el patrón de conducta analizado –la aprobación de una emisión primaria sin sujeción al derecho de preferencia, en una reunión por derecho propio, con los accionistas minoritarios como únicos destinatarios de la correspondiente oferta de suscripción, en medio de un conflicto intrasocietario respecto del control de CAH Colombia S.A.– no encuentra justificación en las necesidades de liquidez invocadas por la sociedad demandada, particularmente en vista de las diferentes propuestas de financiación discutidas entre el señor Pinzón y CAHC a finales del año 2011’.</p>
Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. S. 800-73 (19 dic/13)	Remoción abusiva de administradores	<p>‘La remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. se consumó de manera intempestiva y en el curso de un conflicto intrasocietario, poco tiempo después de que Edwin Gil Tobón hiciera efectivo el mecanismo de información descrito en el acápite precedente, 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 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’.</p>



Alexander Rodríguez contra Jan-nas Grupo Empresarial S.A.S. y otros	Asignación de la carga de la prueba en procesos de abuso del derecho	<p>‘Este Despacho también ha hecho referencia a la elevada carga probatoria que deben satisfacer quienes propongan una acción judicial por abuso de mayoría. En estas hipótesis, no es suficiente alegar que las decisiones aprobadas en una reunión de la asamblea fueron contrarias a los intereses subjetivos de un accionista minoritario. Para acreditar que se produjo un abuso, debe demostrarse que las actuaciones del mayoritario estuvieron motivadas por una finalidad ilegítima. Ello ocurriría, por ejemplo, si el derecho de voto fue ejercido con la intención deliberada de causarle un perjuicio al accionista minoritario. [...] el Despacho no cuenta con elementos probatorios para constatar que los accionistas mayoritarios de Jan-nas Grupo Empresarial S.A.S. actuaron de manera abusiva al aprobar la capitalización objeto de este proceso. En primer lugar, el demandante no aportó suficientes argumentos para controvertir la justificación económica esgrimida por los demandados para aprobar la capitalización bajo estudio [...]. En segundo lugar, la emisión primaria [...] se llevó a cabo con sujeción al derecho de preferencia [...] el Despacho no encontró indicios de que los mayoritarios hayan decidido emitir acciones a sabiendas de que el señor Rodríguez carecía de los recursos suficientes para ejercer su derecho de preferencia’.</p>
---	--	--



Tabla 9. Régimen de administradores

CASO	ASUNTO	EXTRACTO
Sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. S. 800-52 (1sep/14)	Definición de conflictos de interés	‘En Colombia no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario. Mientras subsista este vacío, les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan encajar dentro de la hipótesis regulada en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. [...] tras un análisis de las pruebas disponibles, el Despacho no encontró suficientes indicios de que el juicio objetivo del señor Luque Torres se haya visto comprometido por sus vínculos con los accionistas controlantes de Constructora Urbana San Rafael S.A. En consecuencia, debe concluirse que la operación controvertida en este proceso no le representó un conflicto de interés al señor Santiago Luque Torres’.
Natalia Ávila contra Loyalty Marketing Services S.A.S. S. 800-29 (14may/14)	Violación del régimen de conflictos de interés	‘El Despacho pudo establecer que el señor Fredy Antonio Rodríguez Ardila tiene una estrecha relación con la señora Ávila Barrios, derivada del vínculo matrimonial que existe entre tales sujetos [...]. Es decir que, al momento de celebrarse el contrato examinado, la señora Ávila Barrios contaba con importantes incentivos para salvaguardar el patrimonio del señor Rodríguez. Es claro que este interés subjetivo estaba en contraposición al deber de la señora Ávila Barrios de obrar ‘en interés de la sociedad’, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. [...] la señora Ávila Barrios, en su calidad de administradora de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., debió haber solicitado la autorización a que se alude en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222. [...] Como lo ha expresado este Despacho en otras oportunidades, los administradores sociales no pueden celebrar contratos de mutuo con la compañía en la que ejercen sus funciones, a menos que cuenten con una autorización válidamente impartida por el máximo órgano social. En el presente caso [...] la señora Ávila Barrios no obtuvo la anuencia de los asociados para recibir los préstamos en cuestión. Se trata, pues, de otra evidente infracción a lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.



CASO	ASUNTO	EXTRACTO
SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Daniel Correa y otros S. 801-35 (9jul/13)	Valoración de perjuicios derivados de operaciones viciadas por conflictos de interés	‘A pesar de las infracciones legales descritas en los párrafos anteriores, el Despacho considera que los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A. Como ya se dijo, es factible que las operaciones viciadas por un conflicto de interés le reporten importantes beneficios a una sociedad, como en efecto parece haber ocurrido en el presente caso. [...] ambos administradores dieron cuenta de los problemas económicos que afectaron la operación de SAC Estructuras Metálicas S.A., lo cual puede constatarse fácilmente en el hecho de que la compañía estuvo incursa, durante varios años, en un proceso de restructuración empresarial bajo la Ley 550 de 1999. Ante las aparentes dificultades para obtener créditos bancarios, los administradores demandados adquirieron, a título personal, sendos préstamos con Banco de Bogotá S.A., cuyo importe fue utilizado para celebrar los contratos de mutuo controvertidos ante este Despacho’.
Aldemar Tarazona contra León Rodríguez S. 801-72 (11 dic/13)	Interpretación del deber de cuidado	‘No le corresponde a esta entidad, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, escudriñar las decisiones de negocios que adopten los empresarios, salvo en aquellos casos en los que se acrediten actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés [...] los demandantes pretenden obtener una indemnización de perjuicios, para lo cual invocan la desacertada política de precios que fijó el señor León Rodríguez para la venta de medicamentos, en su calidad de gerente de Pharmabroker S.A.S. C.I. Sin embargo, el Despacho no encuentra que con la decisión en comento se haya transgredido el régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales en Colombia. Ciertamente, las pruebas disponibles apuntan a que la fijación de los aludidos precios obedeció a una simple decisión de negocios del señor León Rodríguez [...]’.



Tabla 10. Acuerdos de accionistas

CASO	ASUNTO	EXTRACTO
Proedinsa Calle S. en C. contra Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. S. 801- 016 (23abr/13)	Ejecución judicial de acuerdos de accionistas	‘es necesario llamar la atención sobre la importancia que reviste asegurar el estricto cumplimiento de los acuerdos celebrados entre los accionistas de una compañía. Esta afirmación encuentra soporte no sólo en la ya analizada función económica que cumplen esta clase de convenios, sino también en la necesidad de hacer efectivos los postulados que rigen la celebración y ejecución de contratos en Colombia, particularmente en lo que respecta al artículo 1602 del Código Civil [...]. [...] la ejecución específica de un acuerdo de voto no presupone su oponibilidad ante la sociedad [...] Para el caso de la ejecución judicial de acuerdos de voto, habrá que atenderse a lo previsto en nuestra legislación respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer’.
Beatriz Obando contra Oben Muebles S.A. A. 801-11759 (20ago/14)	Incumplimiento de reglas previstas en un protocolo de familia	‘Las pretensiones de la demandante encuentran fundamento en la posible violación de las disposiciones contenidas en un acuerdo celebrado entre los accionistas de Oben Muebles S.A. En el aludido convenio parasocial, denominado Protocolo de Familia, se han establecido algunas calificaciones profesionales que deben acreditar los sujetos que se proponen ocupar el cargo de representante legal de la compañía. Entre tales requisitos se encuentra el consignado en el Parágrafo I del Artículo Décimo Octavo, a cuyo tenor, ‘cualquier FIRMANTE accionista que desee ser Gerente General debe poseer por lo menos un título profesional en el área de las ciencias administrativas’ (vid. Folio 76). Según la demandante, la decisión de la junta directiva de Oben Muebles S.A. de designar a Maria del Socorro Obando como representante legal principal contravino la citada regla, puesto que la señora Obando no cumple con los requisitos profesionales determinados en el estudiado Protocolo de Familia’



CASO	ASUNTO	EXTRACTO
Martin Morelli contra Santana Fruits S.A.S. S. 801-46 (24jul/14)	Incumplimiento de presupuestos procesales para la ejecución de un acuerdo de accionistas	‘Para ejecutar las obligaciones contenidas en un acuerdo de accionistas debe haberse reconocido judicialmente el incumplimiento del respectivo convenio parasocial. En vista de que el señor Morelli no solicitó que este Despacho declarara el incumplimiento del acuerdo celebrado con Cidela Ltda., se le exigió al demandante que aportara un pronunciamiento judicial o arbitral en ese sentido [...] Sin embargo, a pesar de las solicitudes reiteradas del Despacho, el demandante no acreditó siquiera la presentación de una demanda para obtener una sentencia en los términos indicados. Por este motivo, ante la imposibilidad de que en este proceso se declare el incumplimiento del acuerdo de accionistas celebrado con Cidela Ltda., el Despacho desestimará las pretensiones de la demanda’.

Tabla 11. Desestimación de la personalidad jurídica

CASO	ASUNTO	EXTRACTO
Finagro contra Mónica Colombia S.A. y otros S. 800-55 (16oct/13)	Declaración de inoponibilidad de la personificación jurídica	‘Este Despacho no permitirá, bajo ninguna circunstancia, que los empresarios se refugien detrás de personas jurídicas societarias para eximirse del cumplimiento de aquellas normas que consideren inconvenientes o desatinadas. En el presente caso, un análisis del trasfondo real de la operación del Grupo Empresarial Mónica Colombia da cuenta de la intención manifiesta de incumplir restricciones legales vigentes. En verdad, las pruebas disponibles le permiten al Despacho concluir que la estructura del Grupo Empresarial Mónica Colombia no obedeció a una finalidad legítima de negocios, sino que ese artificioso entramado societario fue, precisamente, el instrumento que permitió burlar las limitaciones contempladas para el otorgamiento de Incentivos a la Capitalización Rural. Es decir que, a pesar de conocer el alcance de las restricciones anotadas, los accionistas de Mónica Colombia S.A.S. recurrieron a la figura de la interposición societaria con la finalidad específica de evadir los topes legales correspondientes’.



CASO	ASUNTO	EXTRACTO
Rubén Darío Piraquive contra Agremil S.A.S. S. 801-15 (15mar/13)	Rechazo de pretensiones de extensión de responsabilidad	‘Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario’.

Tabla 12. Censura de vías de hecho y actos de fuerza

CASO	ASUNTO	EXTRACTO
Refricenter International Trade Zona Libre S.A. contra Dinatel C.I. S.A. y otros S. 801-43 (12jul/13)	Valoración de la conducta de accionistas en la pugna por el control de una compañía	‘Las pruebas consultadas por el Despacho permiten establecer que [Dinatel C.I. S.A.] no participó en la cesión controvertida como un simple tercero de buena fe, sino que, por el contrario, adquirió el control de Refricenter Group S.A.S. mediante un acto de fuerza, posiblemente concertado con el señor Restrepo de la Cruz, a manera de represalia por los agravios sufridos en el curso de una disputa societaria [...] El Despacho no puede aceptar, en ningún caso, que los conflictos entre empresarios se resuelvan mediante vías de hecho como la que le dio origen al presente proceso. Si bien existen múltiples mecanismos legales a los que puede acudir para hacerle frente al incumplimiento de obligaciones en el contexto societario, el despojo forzado e irregular de la titularidad sobre las acciones de una compañía no es uno de ellos’
Inversiones Durán Ponce e Hijos S.A.S contra Compañía Libertador Ltda. S. 801-31 (21jun/13)	Exclusión irregular de accionistas	‘No puede aceptarse que, por vía de una exclusión irregular, se supriman los derechos políticos de un accionista, para luego, ante la correspondiente declaratoria de nulidad, [los accionistas mayoritarios] se valgan de ese acto nulo con el fin de justificar la eficacia de múltiples decisiones sociales. De acogerse esta postura, la simple exclusión injustificada de un accionista serviría para hacer nugatorios sus derechos políticos,



CASO	ASUNTO	EXTRACTO
		<p>por cuanto no sería factible controvertir las decisiones sociales aprobadas durante la vigencia de su exclusión. [...] los efectos ex tunc que se le atribuyen en nuestro ordenamiento a la sanción de nulidad absoluta permiten conjurar esta anómala situación. Una vez el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta declaró nula la exclusión analizada, Hernando León Gómez readquirió la calidad de accionista en Compañía Libertador S.A. con efectos retroactivos [...] Por consiguiente, los derechos inherentes a las acciones de Hernando León Gómez—sobre los cuales recayó el usufructo otorgado a favor de los demandantes—debieron haber sido tenidos en cuenta durante las reuniones del máximo órgano social objeto de este proceso’.</p>
John Fredy Díaz contra Álvaro Noreña A. 801-8025 (29may/14)	Suspensión de un contrato encaminado a evitar el cumplimiento de una orden judicial	<p>‘El Despacho debe censurar lo que parece ser un nuevo intento por incumplir las órdenes decretadas por esta entidad en el curso de diferentes procesos judiciales. Es preciso recordar, en este sentido, que en el Auto No. 801-021426 del 23 de diciembre de 2012 se le ordenó al señor Noreña que le permitiera al señor Díaz ejercer sus funciones como representante legal principal de Noreña & Díaz S.A.S. Esta orden incluyó la instrucción de que se le entregara al señor Díaz la tenencia sobre el establecimiento de comercio que ahora pretende [enajenar irregularmente el señor Noreña]. [...] En vista de lo anterior, el Despacho considera que la celebración del mencionado contrato de compraventa podría encajar dentro de la conducta tipificada en el artículo 454 del Código Penal, consistente en “[sustraerse del] cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial]”. Por esta razón, se le remitirá un informe a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que esa entidad estudie si se ha configurado un hecho punible.</p>



CASO	ASUNTO	EXTRACTO
Colvinsa S.A. contra Adelaida Portilla y otros S. 800-40 (2jul/14)	Valoración de la conducta de accionistas en la pugna por el control de una compañía	<p>Al momento de constituirse Colvinsa S.A., las acciones ordinarias de la compañía se distribuyeron entre [...] antiguos trabajadores de Metalibec S.A. Según aparece registrado en los libros de la compañía, ninguno de los [69] accionistas de Colvinsa S.A. al 30 de septiembre de 2007 era propietario de un número de acciones que le permitiera configurar una mayoría en las reuniones del máximo órgano social. El Despacho tampoco encontró pruebas acerca de la existencia de acuerdos de voto entre los accionistas de Colvinsa S.A. Ante la carencia de un bloque mayoritario, las decisiones de la asamblea general de accionistas de la compañía se adoptaban por virtud de consensos obtenidos luego de prolongadas deliberaciones entre los asociados de Colvinsa S.A. [...].</p> <p>En el año 2007, el señor Nayib Kassem encontró una importante oportunidad de negocios en la dispersión accionaria de Colvinsa S.A. [...] el señor Kassem no sólo empezó a comprar acciones de la sociedad a partir de octubre de 2007, sino que, además, obtuvo poderes de varios de los 69 accionistas de Colvinsa S.A. para representarlos en las reuniones del máximo órgano social [...]. En el año 2010, el señor Kassem había concentrado suficientes acciones de Colvinsa S.A. para asumir el control sobre la administración de la compañía [...] durante el primer semestre de ese año se presentaron agudos enfrentamientos entre el bloque accionario liderado por el señor Kassem y aquél conformado por los antiguos administradores de Colvinsa S.A. [...] Colvinsa S.A., representada en este proceso por el señor Nayib Kassem, considera que los demandados se comportaron de manera indebida durante el curso del conflicto reseñado, por lo cual deben resarcir los perjuicios sufridos por la sociedad [...].</p> <p>[...] Los demandados recurrieron al ejercicio de sus derechos políticos en Colvinsa S.A. como un mecanismo de defensa ante las actuaciones del señor Kassem. Si bien es cierto que los demandados hicieron uso de la regla especial prevista en el artículo 429 del Código de Comercio para proteger la antigua estructura administrativa de Colvinsa S.A., también lo es que el señor Kassem se valió de esa misma norma para expulsar a los demandados de la junta directiva de la compa-</p>



CASO	ASUNTO	EXTRACTO
		<p>ña. Posteriormente, ambos bloques de accionistas emplearon el foro de la asamblea general para intentar obtener una posición ventajosa en la pugna por el control de Colvinsa S.A. [...] las medidas adoptadas por los demandados fueron proporcionales a las estrategias diseñadas por el señor Kassem para hacerse al control de Colvinsa S.A. Aunque esta circunstancia no sana el carácter reprochable de las actuaciones desplegadas por ambas partes en la disputa por el control de la compañía, la naturaleza de las medidas de defensa estudiadas debe ser tenida en cuenta por el Despacho al momento de pronunciarse sobre la responsabilidad que pretende imputársele a los demandados [...].</p>
<p>Orlando Campos contra Ricardo Zárate S. 801-14 (29ene/14)</p>	<p>Exclusión irregular de accionistas</p>	<p>‘Orlando Campos Camelo efectivamente pagó el valor correspondiente a su aporte en Aviva Centro Asistencial de Alta Complejidad S.A.S, al momento de constituirse la sociedad. Es claro, además, que Ricardo Zárate Mateus reconocía esta situación, a lo menos hasta el momento en que se produjo el conflicto entre ese sujeto y Orlando Campos Camelo. Como ya lo ha dicho el Despacho en otras oportunidades, el solo hecho de haberse presentado una disputa entre los accionistas de una compañía no puede dar lugar a que se desconozca la validez de la información contenida en los libros contables y los documentos sociales inscritos ante el registro mercantil [...] [ni a] sus propias actuaciones con anterioridad al momento del conflicto’.</p>



Tabla 13. Medidas cautelares

CASO	MEDIDA ADOPTADA	EXTRACTO
<p>Empresa de Energía de Bogotá S.A E.S.P. contra Codensa S.A. E.S.P A. 801-11097 (5ago/14)</p>	<p>Limitación temporal de las facultades de representantes legales</p>	<p>‘La influencia que Codensa S.A. ESP parece ejercer sobre el representante legal principal de EEC S.A. ESP, podría usarse para que aquella compañía obtenga ventajas indebidas. Por ejemplo, según se apunta en la demanda, “aprovechándose de los términos contractuales previstos para que el CAT se renovara automáticamente, Codensa logró evitar que EEC enviara la notificación en tiempo obteniendo, para su beneficio, una prórroga automática del CAT” (vid. Folio 12). No debe perderse de vista, sin embargo, que la posición privilegiada de Codensa S.A. ESP surgió como consecuencia de los términos contractuales pactados libremente entre esa compañía y EEB S.A. ESP. También parece claro que, para preparar el Acuerdo de Inversión, EEB S.A. ESP contó con asesoría legal calificada, con cuya participación se incluyeron en ese convenio sofisticadas disposiciones societarias. Por este motivo, podría pensarse que la intención de las partes al momento de diseñar el Acuerdo de Inversión era, precisamente, que Codensa S.A. ESP contara con la potestad de determinar tanto la vigencia como los términos de ejecución del contrato de asesoría técnica. De ser ello así, Codensa S.A. ESP podría estar simplemente ejerciendo las prerrogativas contractuales convenidas con EEB S.A. ESP. El Despacho se ocupará en retomar esta discusión durante el curso del presente proceso, una vez la sociedad demandada haya tenido la oportunidad de contestar la demanda. En todo caso, por las razones expuestas, existe la posibilidad de que Codensa S.A. ESP pueda ejercer indebidamente las prerrogativas descritas en el párrafo anterior. En consecuencia, mientras se esclarece el alcance de las cláusulas contenidas en el Acuerdo de Inversión y sus anexos, se le ordenará a Codensa S.A. ESP y EEC S.A. ESP que se abstengan de modificar los términos del contrato de asistencia técnica o de reemplazarlo con otros negocios jurídicos, a menos que cuenten con la autorización expresa de este Despacho’</p>



CASO	MEDIDA ADOPTADA	EXTRACTO
Jorge Luis Pardo Páez contra Yavegas S.A. E.S.P. A. 801-10008 (15jul/14)	Suspensión de una reunión de la asamblea general de accionistas	‘El Despacho ha notado, con preocupación, que al demandante parece habersele despojado de su calidad de accionista en Yavegas S.A. E.S.P. [...] Esta circunstancia podría ser altamente perjudicial para el demandante, en tanto se le estaría privado de la posibilidad de ejercer los derechos políticos y económicos que le corresponden en su calidad de accionista de Yavegas S.A. E.S.P. [...] el Despacho les ordenará a los asociados de Yavegas S.A. E.S.P. que se abstengan de celebrar reuniones de la asamblea general de accionistas, a menos que se convoque en debida forma al señor Pardo y se le permita ejercer sus derechos políticos. Esta medida adquiere un carácter verdaderamente urgente en vista de que se ha citado una reunión de la asamblea general de accionistas de Yavegas S.A. E.S.P. para el próximo 18 de julio’.
Aurelio Bustilho contra Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P. A. 801-7259 (19may/14)	Suspensión de decisiones sociales por la posible violación de las reglas en materia de conflictos de interés	‘En esta etapa del proceso existen indicios acerca de la posible existencia del conflicto de interés mencionado en la demanda [...]. En efecto, en su calidad de director de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., cualquier actuación del señor Roa Barragán respecto del referido contrato de asistencia técnica debe cumplirse en interés de la sociedad, según lo dispone el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Con todo, al ocupar un puesto en la junta directiva de Codensa S.A. E.S.P., el señor Roa Barragán debe actuar también en interés de esta última compañía. Al confluir en cabeza del señor Roa Barragán los intereses contrapuestos a que se ha hecho referencia, parece haberse configurado la hipótesis fáctica del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. De ser ello cierto, el señor Roa Barragán deberá obtener la anuencia de la asamblea general de accionistas de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P. para poder participar en cualquier gestión relacionada con la terminación del contrato de asesoría técnica suscrito entre aquella compañía y Codensa S.A. E.S.P. [...] de descontarse el voto emitido por el señor Roa Barragán, las decisiones impugnadas no habrían obtenido la aprobación de la mayoría de los miembros de la junta directiva de Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P. que se encontraban presentes en la reunión del 31 de marzo de 2013.



CASO	MEDIDA ADOPTADA	EXTRACTO
Carlos Hakim Daccach contra Gyptec S.A. A. 800-5205 (9abr/14)	Limitación temporal de las facultades de representantes legales	‘El demandante ha descrito múltiples conductas que podrían justificar un cercano escrutinio judicial de las actuaciones de los administradores de Gyptec S.A. Según el amplísimo acervo probatorio aportado con la demanda, tales conductas van desde la apropiación indebida de recursos sociales, hasta la exlimitación de funciones y la celebración de numerosos negocios jurídicos viciados por conflictos de interés’
John Fredy Díaz contra Álvaro Noreña A. 801-8027 (29may/14)	Realización de un allanamiento policivo para hacer cumplir una medida cautelar	‘A pesar de los múltiples requerimientos formulados por este Despacho, el señor Álvaro Antonio Noreña Noreña se ha rehusado a cumplir con las órdenes impartidas en los Autos No. 801-021426 del 23 de diciembre de 2013 y No. 801-001246 del 20 de enero de 2014, así como en las diferentes audiencias celebradas dentro del proceso de la referencia. En consecuencia, el Despacho practicará un allanamiento en el establecimiento de comercio ubicado en el local 48 del aeropuerto José María Córdoba del Municipio de Rionegro – Antioquia, en los términos de los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, con el fin de hacer efectiva la entrega material del aludido establecimiento al representante legal principal de Noreña & Díaz S.A.S. Adicionalmente, se designará a un cerrajero para que practique el cambio de guardas requerido para cumplir con las órdenes del Despacho. Para todos los anteriores efectos, se solicitará el acompañamiento de la fuerza pública, la Personería de Rionegro, la Procuraduría General de la Nación y la Intendencia Regional de la Superintendencia de Sociedades en Medellín’.
John Fredy Díaz contra Álvaro Noreña A. 801-8025 (29may/14)	Suspensión de un contrato encaminado a evitar el cumplimiento de una orden judicial	‘El Despacho debe censurar lo que parece ser un nuevo intento por incumplir las órdenes decretadas por esta entidad en el curso de diferentes procesos judiciales. Es preciso recordar, en este sentido, que en el Auto No. 801-021426 del 23 de diciembre de 2012 se le ordenó al señor Noreña que le permitiera al señor Díaz ejercer sus funciones como representante legal principal de Noreña & Díaz S.A.S. Esta orden incluyó la instrucción de que se le entregara al señor Díaz la



CASO	MEDIDA ADOPTADA	EXTRACTO
		<p>tenencia sobre el establecimiento de comercio que ahora pretende [enajenar irregularmente el señor Noreña). [...] En vista de lo anterior, el Despacho considera que la celebración del mencionado contrato de compraventa podría encajar dentro de la conducta tipificada en el artículo 454 del Código Penal, consistente en “[sustraerse del] cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial]”. Por esta razón, se le remitirá un informe a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que esa entidad estudie si se ha configurado un hecho punible.</p>



BIBLIOGRAFÍA

1. 25. DEAKIN, S., et al. An End to Consensus? The Selective Impact of Corporate Law Reform on Financial Development, (2011) ECGI Law Working Paper No. 182. DEAKIN, Simon F., et al. An End to Consensus? The Selective Impact of Corporate Law Reform on Financial Development (September 1, 2011). University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 40/2011, ECGI - Law Working Paper No. 182/2011, Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1934737> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1934737>
2. ARMOUR, J., HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R. Agency Problems and Legal Strategies. En: KRAAKMAN, R., et al (eds.). The Anatomy of Corporate Law. Oxford: OUP, 2009. p. 35.
3. Artículo 8.60 (5) de la Ley Tipo de Sociedades de Capital. En el comentario oficial a este artículo se precisa que la participación accionaria debe ser significativa (MBCA, 160 a 161).
4. BAINBRIDGE, S. (2009). p. 145 -151.
5. BAINBRIDGE, S. (2009). p. 150.
6. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Auto No. 800-3504. (27 de febrero de 2015).
7. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Auto No. 800-15368. (17 de noviembre de 2015).
8. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Auto No. 800-2730. (17 de febrero de 2015). María Victoria Solarte contra CSS Constructores S.A.
9. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Auto No. 800-8378. (26 de mayo de 2016). Invercolsa S.A. contra Gases del Caribe S.A. y otros.



10. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Auto No. 801-17880. (4 de diciembre de 2014).
11. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Jurisprudencia Societaria. 2015. vol. 2.
12. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Jurisprudencia Societaria. 2014.
13. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 800-119. (del 17 de septiembre de 2015). Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S.
14. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 800-133. (15 de octubre de 2015).
15. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 800-142. (9 de noviembre de 2015). Emitida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles.
16. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 800-20. (27 de febrero de 2014). Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A.
17. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 800-29. (14 de mayo de 2014).
18. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 800-40. (2 de julio de 2014).
19. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 800-44. (18 de julio de 2014). Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S.
20. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 800-46. (11 de mayo de 2016). Edgar Orlando Corredor contra Induesa Pinilla & Pinilla S. en C.
21. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 800-52. (1 de septiembre de 2014). Sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda.



22. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 800-54. (14 de mayo de 2015). Jovalco S.A.S. contra Construcciones Orbi S.A.
23. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 800-73. (19 de diciembre de 2013). Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.
24. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 800-85. (8 de julio de 2015).
25. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 801-35. (9 de julio de 2013). La Delegatura encontró que “los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A.”. Sin embargo, en la citada sentencia se aclaró que “debió haberse obtenido la autorización expresa de la asamblea general de accionistas de SAC Estructuras Metálicas S.A. para celebrar los contratos de mutuo objeto de este proceso”.
26. COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 801-50. (8 de junio de 2016). Carlos Hakim contra Jorge Hakim y otros.
27. DANG, R. y VO, L.C. Women on Corporate Boards of Directors: Theories, Facts and Analysis. En: BOUBAKER, S. y NGUYEN, D.K. (ed s). Board Directors and Corporate Social Responsibility. London: Palgrave Macmillan, 2012. (https://doi.org/10.1057/9780230389304_1).
28. DJANKOV, S., et al. The Law and Economics of Self-Dealing. No. 88. (2008). JEL, 430.
29. Enriques, L. 2015. 13.
30. ENRIQUES, Luca. Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (With a Critique of the European Commission Proposal). (October 3, 2014). European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 267/2014, Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2505188> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2505188>



31. Freezing out Minority Shareholders.” Harvard Law Review, vol. 74, no. 8, The Harvard Law Review Association, 1961, pp. 1630–47, <https://doi.org/10.2307/1338376>.
32. GILSON, RJ. y SCHWARTZ, A. Constraints on Private Benefits of Control. Ex Ante Control Mechanisms Versus Ex Post Transaction Review. En: Yale Law & Economics Research Paper Series. No. 455 (2012).
33. GORDILLO, Carmen Lucía. Aprender a Aprender en el modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Actualización Versión Final. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, (s. f.).
34. GORDILLO, Carmen Lucía. Manual de autores y autoras para la construcción de módulos de aprendizaje autodirigido. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015. p. 9.
35. GOSHEN, Zohar. “The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality.” Corporate Law: Corporate & Takeover Law eJournal (2003): n. pag.
36. HARBOR Finance Partners V. Huizenga, 751 A.2d 879 (Del. Ch. 1999).
37. KHANNA, Tarun, y YISHAY Yafeh. “Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites?”. En: Journal of Economic Literature, vol. 45, no. 2 (2007): p. 331–72. <http://www.jstor.org/stable/27646796>. (2006).
38. MENDOZA, J.M. ‘The Challenge of Disproportional Ownership’. En: KOZOLCHYK, B. y REYES, F. (eds.). Readings in Latin American Company Law. North Carolina University Press, 2013.
39. PACCES, Alessio. Control Matters: Law and Economics of Private Benefits of Control. (2011). ECGI Working Paper No. 131/2009.
40. PALMITER, A. y PARTNOY, F. Corporations: A Contemporary Approach. St. Paul: West Publishing, 2010, p. 634.



NOTAS AL PIE

- 1 GORDILLO, Carmen Lucía. Manual de autores y autoras para la construcción de módulos de aprendizaje autodirigido. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015. p. 9; GORDILLO, Carmen Lucía. Aprender a Aprender en el modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Actualización Versión Final. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, (s. f.).
- 2 *Ibíd.*, p. 10.
- 3 *Ibíd.*, p. 17.
- 4 GILSON, RJ. y SCHWARTZ, A. Constraints on Private Benefits of Control. Ex Ante Control Mechanisms Versus Ex Post Transaction Review. En: Yale Law & Economics Research Paper Series. No. 455 (2012).; ARMOUR, J., HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R. Agency Problems and Legal Strategies. En: KRAAKMAN, R., et al (eds.). The Anatomy of Corporate Law. Oxford: OUP, 2009. p.
- 5 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 801-50. (8 de junio de 2016). Carlos Hakim contra Jorge Hakim y otros.
- 6 COLOMBIA. Sentencia No.800-142. (9 de noviembre de 2015). Emitida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles.
- 7 MENDOZA, J.M. ‘The Challenge of Disproportional Ownership’. En: KOZOLCHYK, B. y REYES, F. (eds.). Readings in Latin American Company Law. North Carolina University Press, 2013.
- 8 *Ibíd.*
- 9 *Ibíd.*
- 10 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Jurisprudencia Societaria. 2014. y SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Jurisprudencia Societaria. 2015. vol. 2.
- 11 Es usual, sin embargo, que la expropiación de minoritarios se cumpla por fuera del máximo órgano social. En estas hipótesis, los minoritarios perjudicados no podrán recurrir a la figura del abuso de mayoría para defender sus intereses.



- 12 Según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, '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'. En el mismo artículo se aclara, además, que la actuación reprochable de un asociado puede producirse 'tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad'.
- 13 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Op. Cit.
- 14 Ibíd.
- 15 Sentencia No.800-73. (19 de diciembre de 2013). Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.
- 16 Sentencia No.800-20. (27 de febrero de 2014). Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A.
- 17 Sentencia No.800-44. (18 de julio de 2014). Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S.
- 18 Auto No.800-2730. (17 de febrero de 2015). María Victoria Solarte contra CSS Constructores S.A.
- 19 Sentencia No.800-54. (14 de mayo de 2015). Jovalco S.A.S. contra Construcciones Orbi S.A.
- 20 Sentencia No.800-119. (del 17 de septiembre de 2015). Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S.
- 21 Sentencia No.800-46. (11 de mayo de 2016). Edgar Orlando Corredor contra Induesa Pinilla & Pinilla S. en C.
- 22 Auto No.800-8378. (26 de mayo de 2016). Invercolsa S.A. contra Gases del Caribe S.A. y otros.
- 23 En otro aparte de la sentencia se dice que "la imposibilidad de llegar a un acuerdo con Capital Airports Holding Company no puede convalidar el despojo forzoso de la mayoría accionaria que esa sociedad detentaba en CAH Colombia S.A. Ello se debe a que, como ya lo ha manifestado este Despacho, el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a un grupo de asociados, ni para que uno de ellos se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás".



- 24 Sentencia No.800-54. Op. Cit.
- 25 Ibíd. En esa sentencia la Delegatura puso de presente que es perfectamente factible que una compañía tenga razones legítimas para abstenerse de demandar a un administrador, a pesar de haberse verificado una violación de los deberes a cargo de tal funcionario.
- 26 Para resolver este vacío legal, un minoritario expropiado podría intentar invocar las reglas en materia de conflicto de interés previstas en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En efecto, según la jurisprudencia reiterada de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, la celebración de contratos con los accionistas controlantes le representa un conflicto de interés a los administradores sociales que participaron en las operaciones respectivas (también a ENRIQUES, Luca. Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (With a Critique of the European Commission Proposal). (October 3, 2014). European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 267/2014, Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2505188> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2505188>. En esa medida, un minoritario expropiado podría cuestionar la validez de un contrato celebrado entre la compañía y su controlante si no se obtuvo la autorización mencionada en el numeral 7 o, aunque ella se hubiera obtenido, si la operación fue perjudicial para el interés social. Tampoco puede descartarse la posibilidad de que un minoritario expropiado obtenga una indemnización de perjuicios a partir de la violación del deber de lealtad en cabeza del accionista controlante (cfr., en este sentido, la sentencia No. 801-50 del 8 de junio de 2016, emitida en el caso de Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros).
- 27 El problema enunciado en el texto principal también podría remediarse si se introdujera en nuestro ordenamiento con la figura de las acciones derivadas para acompañar a las ya conocidas acciones sociales e individuales de responsabilidad. Estas acciones derivadas, de frecuente uso en el derecho societario comparado, habilitan a cualquier asociado para reclamar, en nombre de la compañía, los perjuicios que ésta ha sufrido como consecuencia de la violación de los deberes de los administradores. Tal actuación judicial se justifica en la medida en que la sociedad no hubiere presentado las acciones tendentes a restablecer su patrimonio o, por las razones explicadas en los párrafos anteriores, simplemente no tuviere la intención de hacerlo. Así, pues, esta vía de acción judicial permitiría que los minoritarios cuenten con un mecanismo para proteger su inversión en la compañía, ante la verosímil posibilidad de que el controlante se rehúse a aprobar una acción social en la asamblea general o junta de socios. Por supuesto que, para evitar que se abuse de la acción derivada, en el proyecto se han introdujeron reglas que buscan enderezar los incentivos económicos de posibles demandantes.



- 28 Los términos *squeeze-out* y *freeze-out* suelen usarse indistintamente en el contexto de las sociedades cerradas (MA Eisenberg y JD Cox, *Corporations and Other Business Associations: Cases and Materials* (2011, 10ª ed., Foundation Press, Nueva York) 833). En el tratado preparado por los profesores FH O’Neal y RB Thompson puede encontrarse una de las descripciones más ilustradas acerca de las diferentes modalidades de exclusión forzosa (*Oppression of Minority Shareholders and LLC Members* (2004, 2ª ed., Thomson West). Para un análisis de la exclusión forzosa en Estados Unidos y la Unión Europea, a M Ventoruzzo, *Freeze-Outs: Transcontinental Analysis and Reform Proposals* (2010) 50 *VIRGINIA J INT LAW* 4.
- 29 Freezing out Minority Shareholders.” *Harvard Law Review*, vol. 74, no. 8, The Harvard Law Review Association, 1961, pp. 1630–47, <https://doi.org/10.2307/1338376>.
- 30 GILSON, RJ. y SCHWARTZ, Op. Cit., ARMOUR, J., HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R, Op. Cit.; DJANKOV, S., et al. *The Law and Economics of Self-Dealing*. 2008. 88 *JEL* 430.
- 31 Por ejemplo, las sentencias emitidas en los casos de *In re Rural/Metro Corp. Shareholders Litigation*, No. 6350-VCL (Del. Ch. 2014) y de *In re Pure Resources Inc. Shareholders Litigation*, 808 A.2d 421 (Del. Ch. 2002).
- 32 Para un análisis de la iniciativa europea más reciente sobre la materia, ENRIQUES, Luca. *Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges* (With a Critique of the European Commission Proposal). (October 3, 2014). European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 267/2014, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2505188> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2505188>
- 33 PACCES, Alessio. *Control Matters: Law and Economics of Private Benefits of Control*. (2011). ECGI Working Paper No. 131/2009.



- 34 GOSHEN, Zohar. "The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality." *Corporate Law: Corporate & Takeover Law eJournal* (2003): n. pag.
- 35 En el caso de Carlos Hakim contra Gyptec S.A., la Delegatura de Procedimientos Mercantiles explicó que la existencia de un conflicto de interés es suficiente para motivar la intervención de los jueces en los asuntos internos de una compañía. En los términos del auto No. 800-5205 del 9 de abril de 2014, "existen circunstancias que podrían llevar al Despacho a examinar las decisiones que tomen los administradores en la gestión de los negocios sociales. El mencionado escrutinio judicial sería procedente, por ejemplo, cuando existieran circunstancias que comprometan el juicio objetivo de los administradores, como ocurriría en la celebración de negocios jurídicos viciados por un conflicto de interés. La intervención judicial también estaría justificada cuando se compruebe que tales sujetos se han apropiado indebidamente de recursos sociales, mediante operaciones de cualquier naturaleza. En casos como éstos, el Despacho estudiará con detenimiento la conducta de los administradores, con el fin de establecer si se le han provocado perjuicios a la compañía o a sus accionistas".
- 36 COLOMBIA. Sentencia No. 800-142. 9 de noviembre de 2015. Emitida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles.
- 37 Para lograr este objetivo, es indispensable que en el régimen legal correspondiente se definan con claridad las hipótesis fácticas que pueden dar lugar a un conflicto de interés. También es necesario que las reglas en cuestión prevean un sistema que permita fiscalizar aquellas operaciones en las que los administradores cuenten con un interés particular. L Enríques (2015).
- 38 DEAKIN, S., et al. An End to Consensus? The Selective Impact of Corporate Law Reform on Financial Development, (2011) ECGI Law Working Paper No. 182. DEAKIN, Simon F., et al. An End to
- 39 Debe recordarse que un accionista mayoritario cuenta tanto con los incentivos económicos para vigilar de cerca la actividad de los administradores como con la potestad legal para removerlos en cualquier momento.
- 40 Por supuesto que esta explicación no abarca aquellas operaciones diseñadas por los accionistas controlantes para expropiar a la minoría. No debe perderse de vista que los accionistas mayoritarios suelen ocupar cargos en la administración social o, a lo menos, fungir como administradores de hecho. Cuando ello ocurra, el estatuto de los administradores cobrará vigencia para dirimir los conflictos que puedan presentarse entre el controlante y los accionistas minoritarios en cuanto la manera en que se conducen los negocios sociales.



- 41 Si bien en la legislación colombiana no se ha definido la expresión conflicto de interés, esta Superintendencia presentó algunas consideraciones relevantes sobre la materia en la Circular Externa No. 100-6 del 25 de marzo de 2008.
- 42 Sentencia No. 800-52. (1 de septiembre de 2014). Sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda.
- 43 Ibíd.
- 44 Sentencia No. 800-29. (14 de mayo de 2014).
- 45 Ibíd.
- 46 Sentencia No. 800-133, 2015.
- 47 Sentencia No. 800-40, 2014.
- 48 Sentencia No. 800-52. (1 de septiembre de 2014). Sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. En esta misma sentencia, la Superintendencia aclaró que “la simple existencia de relaciones afectivas o de confianza suele ser insuficiente por sí sola—es decir, sin que además confluyan lazos de parentesco—para que se configure un conflicto de interés. Aunque parece claro que aquellos vínculos sí pueden llegar a nublar el juicio de un administrador, las dificultades conceptuales que representa la materia han llevado a que, en otros sistemas, se regulen principalmente aquellos conflictos de interés que se desprenden de una relación de contenido económico o de lazos formales de afinidad y consanguinidad. En todo caso, no puede descartarse del todo la posibilidad de que un demandante diligente logre acreditar vínculos afectivos o de confianza que puedan comprometer el buen juicio de un administrador”.
- 49 Sentencia No. 800-29. (14 de mayo de 2014).
- 50 ENRIQUES, Luca. Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (With a Critique of the European Commission Proposal). (October 3, 2014). European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 267/2014, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2505188> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2505188>
- 51 Auto No. 800-15368. (17 de noviembre de 2015).



- 52 En el auto No. 800-11501 puede encontrarse una explicación detallada de las razones por las cuales la titularidad de derechos fiduciarios podría haber situado al administrador en un conflicto de interés. Según el texto de esa providencia, “al momento de celebrar el contrato de fiducia a que se ha hecho referencia, el señor Escallón Lloreda estaba obligado a velar por los mejores intereses de El Zarzal S.A., en los términos exigidos por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Al mismo tiempo, sin embargo, tanto el señor Escallón Lloreda como sus familiares cercanos contaban con un interés económico en la celebración de ese negocio jurídico, en su calidad de futuros beneficiarios del patrimonio autónomo que habría de constituirse con una buena parte de los activos de El Zarzal S.A. Es decir que, cuando el señor Escallón Lloreda actuó en nombre de El Zarzal S.A. para celebrar el referido contrato de fiducia, su juicio de negocios podría haber estado comprometido por su calidad de beneficiario en el Fideicomiso El Zarzal. De ahí que pudiera haber sido necesario obtener la anuencia de la asamblea general de accionistas, según lo exige el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995”.
- 53 Auto No. 801-17880. (4 de diciembre de 2014).
- 54 Auto No. 800-3504. (27 de febrero de 2015).
- 55 Sentencia No. 800-85. (8 de julio de 2015).
- 56 COLOMBIA. Sentencia No. 800-142. (9 de noviembre de 2015). Según el criterio de la entidad, “en la venta de activos sociales a un accionista controlante, por ejemplo, los administradores podrían verse alentados a fijar un precio irrisorio, aunque con ello se perjudique el patrimonio de la sociedad. [...] la potestad que suele tener el controlante de remover a los administradores en cualquier momento hace que tales funcionarios se muestren dispuestos a acatar las órdenes del asociado mayoritario. Por los anteriores motivos, tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea se ha procurado que los jueces puedan escudriñar cuidadosamente los contratos suscritos entre una compañía y su accionista controlante, así como todas aquellas operaciones celebradas entre dos sociedades sujetas al control de una misma persona” (id.).
- 57 Las únicas reglas vigentes sobre pueden encontrarse en el Estatuto Tributario y en el compendio de recomendaciones conocido como el “Código País”.
- 58 COLOMBIA. Sentencia No. 800-142 (9 de noviembre de 2015). Emitida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles.
- 59 Sentencia No. 800-142 del 9 de noviembre de 2015.
- 60 Ibid.
- 61 Esta posición también fue sostenida en el caso de SAC Estructuras Metá-



licas S.A. contra Daniel Correa y otros. En la sentencia No. 801-35 del 9 de julio de 2013, la Delegatura encontró que “los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A.”. Sin embargo, en la citada sentencia se aclaró que “debió haberse obtenido la autorización expresa de la asamblea general de accionistas de SAC Estructuras Metálicas S.A. para celebrar los contratos de mutuo objeto de este proceso”.

- 62 Sentencia No. 800-102. (4 de agosto de 2015).
- 63 Para una explicación sobre la diferencia entre mecanismos de protección con efectos ex ante y ex post, GILSON, RJ. y SCHWARTZ, Op. Cit.
- 64 Resultan relevantes, en este sentido, las explicaciones formuladas en la introducción al comentario oficial del artículo 8.60 de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (MBCA, 152 a 154).
- 65 Sentencia No. 800-52. Op. Cit.
- 66 PALMITER, A. y PARTNOY, F. *Corporations: A Contemporary Approach*. St. Paul: West Publishing, 2010, p. 634.
- 67 Esta lista se nutre parcialmente de las consideraciones presentadas por esta Superintendencia en la Circular Externa No. 100-6 del 25 de marzo de 2008.
- 68 Para una crítica de este sistema, cfr. a S Bainbridge (2009) 150.
- 69 Artículo 8.60 (5) de la Ley Tipo de Sociedades de Capital. En el comentario oficial a este artículo se precisa que la participación accionaria debe ser significativa (MBCA, 160 a 161).
- 70 S Bainbridge (2009) 145 a 151.
- 71 KHANNA, Tarun, y YISHAY, Yafeh. “Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites?”. En: *Journal of Economic Literature*, vol. 45, no. 2 (2007): p. 331-72. <http://www.jstor.org/stable/27646796>. (2006).; ALMEIDA, H. y WOLFENZON, D. A Theory of Pyramidal Ownership and e Business Groups. En: *J. Finance*. No. 61 (2006). p. 2637-2681.
- 72 Para resolver este problema, podría pensarse en que la asamblea general de accionistas convalide retroactivamente las operaciones intra-grupales celebradas durante un ejercicio contable. Otra posibilidad, mucho más audaz, consistiría en sostener que la obligación de presentar el informe especial a que alude el artículo 29 de la Ley 222 hace innecesario surtir el trámite previsto en el numeral 7 del artículo 23. Esta última postura no sólo estaría en línea con los regímenes europeos en los cuales se inspiró el legislador del 95 para diseñar nuestro régimen de grupos, sino que también crearía un incentivo para que las sociedades colombianas empiecen por fin a acatar las reglas especiales que introdujo el Capítulo V de la Ley 222.



- 73 Como se ha anotado en la jurisprudencia societaria comparada, sería presuntuoso y paternalista que un juez pretendiera revisar una operación que ha obtenido el beneplácito de asociados desinteresados, actuando sin constreñimientos y con base en toda la información disponible (*Harbor Finance Partners v. Huizenga*, 751 A.2d 879 (Del. Ch. 1999).
- 74 Aunque en el artículo 23 se dice que el administrador que revista la calidad de accionista no podrá votar al momento de considerarse la autorización en comento, esta restricción es inocua cuando el administrador es una persona diferente al mayoritario.
- 75 Para suplir este vacío, podría invocarse el artículo 167 del Código General del Proceso, por cuya virtud los jueces están facultados para distribuir la carga de la prueba entre las partes de un proceso. Podría entonces pensarse en usar esta norma para asignarle la carga de la prueba a los demandados—es decir, al administrador que celebró la operación y el accionista controlante que contrató con la sociedad—en operaciones con partes vinculadas. Esta distribución de la carga de la prueba se justificaría en la medida en que tales demandados tienen “cercanía con el material probatorio” o debido a que “[intervinieron] en los hechos que dieron lugar al litigio”. En todo caso, cuando medien “circunstancias técnicas especiales”, tales como la aprobación impartida por una mayoría de minoritarios desinteresados en la operación, la carga de la prueba podría llegar a corresponderle al demandante.
- 76 DANG, R. y VO, L.C. Women on Corporate Boards of Directors: Theories, Facts and Analysis. En: BOUBAKER, S. y NGUYEN, D.K. (ed s). *Board Directors and Corporate Social Responsibility*. London: Palgrave Macmillan, 2012. (https://doi.org/10.1057/9780230389304_1).
- 77 La temática descrita daría para la generación de un módulo completamente aparte.
- 78 Modelo pedagógico 2020b de la EJRLB - Consejo Superior de la Judicatura.
- 79 Modelo pedagógico 2020b de la EJRLB - Consejo Superior de la Judicatura. P.59
- 80 Modelo pedagógico 2020b de la EJRLB - Consejo Superior de la Judicatura. P.63

