



## **ESPECIALIZACIÓN DERECHO COMERCIAL**

### **TRABAJO DE GRADO**

#### **EL DEBER DE LEALTAD DEL ACCIONISTA CONTROLANTE EN LAS SOCIEDADES CERRADAS EN COLOMBIA**

**Autor:**

**GLORIA JOHANNA YAÑEZ TORRES  
LILIANA MARCELA PUENTES ESPINOSA**

**Director:**

**Profesor Camilo Gómez**

**Bogotá D.C., febrero de 2017**

## TABLA DE CONTENIDO

I. Introducción	3
II. Problema de agencia entre mayoritarios y minoritarios	3
1. Acerca de la protección de los accionistas minoritarios	6
A. Deber de lealtad y buena fe	6
B. Legislación actual y jurisprudencia en materia de deberes fiduciarios de los controlantes	11
C. Desarrollo de la jurisprudencia en Colombia	12
III. Derecho comparado	18
1. Estados Unidos	18
2. Reino Unido	23
IV. Conclusiones finales y nuestro aporte al problema planteado	25
V. Bibliografía	26

## I. INTRODUCCIÓN

El trabajo que pretendemos desarrollar tiene como objetivo mostrar el vacío normativo que existe en la actualidad respecto de la responsabilidad que tienen los accionistas y socios controlantes en las sociedades cerradas en Colombia.

A lo largo del escrito, se pretenderá demostrar que la normatividad colombiana actual les brinda pocos mecanismos de protección a los accionistas minoritarios respecto de las posibles opresiones abusivas que pueden recibir por parte del accionista mayoritario o controlante, y prácticamente no existe ningún tipo de deber del accionista controlante respecto de la sociedad o los minoritarios.

Seguidamente, se pasará a mostrar como la jurisprudencia, a pesar del vacío legal existente, ha desarrollado ciertos lineamientos que brindan algunos mecanismos que podrían dar lugar a la materialización del deber de lealtad. De igual manera, se analizará lo señalado por la doctrina, así como casos importantes de algunos estados de Estados Unidos y el Reino Unido, con el fin de proponer ciertos cambios normativos en nuestra legislación, que creen al accionista controlante un deber de actuar lealmente con la compañía y los minoritarios, y que además otorguen al asociado minoritario una mayor protección ante posibles casos de opresión o expropiación injustificada por parte del controlante.

## II. PROBLEMA DE AGENCIA ENTRE MAYORITARIOS Y MINORITARIOS

Dentro del derecho de sociedades han sido identificados ciertos problemas de agencia<sup>1</sup> que nacen principalmente por la separación de la personalidad jurídica que existe entre los asociados y la compañía. Esta separación conlleva a que, precisamente, quienes son propietarios del capital, deleguen la administración de los recursos entregados a la sociedad a unos administradores. Los tres problemas de agencia predominantes en el derecho societario son “los conflictos entre los administradores y los asociados, los conflictos entre accionistas [mayoritarios y minoritarios], y los conflictos entre los asociados de la compañía y los grupos de interés”.<sup>2</sup>

En los sistemas donde prevalece la dispersión de capital, las mayores diferencias, y por lo tanto problemas de agencia, entre los intereses de los administradores y

---

<sup>1</sup> Un problema de agencia se presenta cuando una parte, el agente, está en una posición de actuar en una forma que afecte el bienestar de otro, o mandante. Al respecto ver Kershaw, David, *Company Law in Context*, Oxford University Press. Oxford, Inglaterra. 2.º Edición. 2012; Kraakman, Reinier. *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos, 2.º Edición, 2009; y Reyes, Francisco. *Análisis Económico del Derecho Societario*. Legis. Bogotá, Colombia. .2.º Edición. 2013.

<sup>2</sup> *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos, 2.º Edición, 2009, p. 2.

los asociados.<sup>3</sup> Por lo cual, la legislación de estos países tenderá a prevenir hechos tales como la usurpación de oportunidades sociales, salarios exorbitantes para los administradores, etc. Mientras que, en los sistemas de concentración de capital, el mayor problema de agencia es entre mayoritarios y minoritarios, en donde se pueden presentar situaciones de información asimétrica en perjuicio del minoritario, desvío de recursos, etc.<sup>4</sup> Este último problema de agencia se presenta cuando los mayoritarios o controlantes, quienes tienen más votos en las reuniones del máximo órgano social y quienes pueden elegir o remover a la mayoría de administradores, intentan buscar un provecho personal por encima del bien de la compañía.

Un asociado mayoritario o controlante, normalmente tiene las suficientes acciones o partes de interés para imponerse en las votaciones de la sociedad en la que participa. Una de las tantas decisiones en las que puede influir es eligiendo a los administradores, o a la mayoría de estos, por lo cual, en no pocas ocasiones, ejerce un control indirecto de la compañía, a través de los administradores.<sup>5</sup> En las sociedades cerradas el control se obtiene si se tiene más del 50% de las acciones o partes de interés, mientras que, en las sociedades abiertas, con dispersión de capital, el porcentaje puede ser menor.

En la medida en que, en América Latina,<sup>6</sup> incluyendo Colombia, la propiedad sobre las acciones de una sociedad es más concentrado, el mayor problema de agencia se presenta entre los accionistas mayoritarios y minoritarios. Asimismo, otra de las dificultades propias de las sociedades en nuestro país, se da por el hecho que muchas de estas compañías son de carácter cerrado,<sup>7</sup> haciendo más difícil la liquidez de la inversión. El presente artículo busca poner de presente uno de los inconvenientes que ocurren por la diferencia de intereses entre mayoritarios y minoritarios y a la vez tratar de buscar una solución al mismo a partir de la legislación y jurisprudencia vigentes.

Ciertamente, en los sistemas de capital concentrado, como el colombiano, aquellos accionistas que suministran la mayor cantidad de recursos tienen mayor influencia sobre la administración de la sociedad. Lo anterior puede darse de

---

<sup>3</sup> Sobre los problemas de agencia en sociedades cerradas ver Easterbrook, Frank y Fischel, Daniel, *Close Corporations and Agency Cost*, *Stanford Law Review*, Vol. 38, No. 2, Enero de 1986, p. 271 a 301.

<sup>4</sup> Reyes, Francisco, *Análisis Económico del Derecho Societario*, Legis, Bogotá, Colombia. .2º Edición. 2013, p.13.

<sup>5</sup> En el caso de *Zahn v. Transamerica Corporation*, La Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de Estados Unidos lo denomina una relación de títere y titeretero (a puppet-puppeteer relationship).

<sup>6</sup> "Tal es el caso de América Latina, donde el alto nivel de concentración de capital implica que el control sea ejercido con exclusividad por los accionistas mayoritarios. Se ha sostenido, en efecto, que, como resultado de la estructura de capital en las sociedades latinoamericanas, el aspecto central en los regímenes societarios de esta región es la posible divergencia de intereses entre los accionistas mayoritarios y minoritarios". Reyes, Francisco, *Análisis Económico del Derecho Societario*, Legis, Bogotá, Colombia. .2º Edición. 2013, p.15.

<sup>7</sup> Reyes, Francisco. *Análisis Económico del Derecho Societario*. Legis. Bogotá, Colombia. .2º Edición. 2013. Página. 20.

manera directa, como cuando ejercen su derecho de voto en las deliberaciones del máximo órgano social, teniendo la capacidad de decidir el resultado de la decisión, o indirecta, cuando ejerce influencia sobre la junta directiva, representante legal u otro administrador.<sup>8</sup> Es de resaltar que la existencia de un asociado mayoritario o controlante no es negativo *per se*, ya que estos normalmente ejercen un control más activo sobre los administradores sociales en provecho de todos los asociados.<sup>9</sup> No obstante, es latente la posibilidad que tienen los mayoritarios de expropiar<sup>10</sup> recursos sociales en detrimento de los minoritarios

---

<sup>8</sup> Kershaw, David, *Company Law in Context*, Oxford University Press, Oxford, Inglaterra, 2.º Edición, 2012, p. 646.

<sup>9</sup> La sociedad puede ser más eficiente y el costo de vigilancia será más reducido por la poca o nula separación entre la propiedad y el control. Por el contrario, una gran desventaja es cuando existe un injusto conflicto de interés entre el grupo de control y la compañía, en donde los otros asociados son excluidos. Por ejemplo, cuando hay contratación entre ellos. Al respecto ver Pinto, Arthur y Branson Douglas, *Understanding of Corporate Law*, Estados Unidos, Editorial Lexis Nexis, 2013, p. 285 a 286.

<sup>10</sup> “La expropiación de accionistas minoritarios es uno de los problemas que más atención ha recibido en el derecho societario comparado. En el contexto de sociedades cerradas, es usual que los asociados controlantes celebren negocios jurídicos de diversa índole con la compañía en la que detentan participaciones de capital. Como ya lo ha advertido este Despacho, tales operaciones suelen ser indispensables para asegurar la adecuada gestión de los negocios sociales, como puede ocurrir cuando los mayoritarios le prestan sumas dinerarias a la compañía. También es posible, sin embargo, que los accionistas controlantes se valgan de sus tratos con la sociedad para recibir anticipadamente una porción de la plusvalía generada por el cumplimiento de la actividad social o, incluso, para apropiarse en forma irregular de activos de propiedad de la compañía. En estos casos, los accionistas que contrataron con la sociedad pueden obtener un beneficio económico personal a expensas del interés social y en detrimento de los demás asociados. Puede pensarse, por ejemplo, en la venta de un activo social valorado en \$100.000.000 al accionista mayoritario de una compañía. Si el precio fijado para esa operación es de \$60.000.000, el referido controlante habrá obtenido un beneficio económico de \$40.000.000, en detrimento de la sociedad. Aunque este deterioro del patrimonio 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 beneficio alguno por el perfeccionamiento de la venta. Por este motivo, se considera que los asociados que no participaron en esa operación fueron expropiados, a lo menos parcialmente, de un retorno sobre su inversión en el fondo social. Por supuesto que la celebración de negocios expropiatorios supone la anuencia de las personas encargadas de administrar los negocios sociales. Podría entonces pensarse que los administradores no estarían dispuestos a participar en operaciones que atentan gravemente contra los deberes legales que rigen su conducta. Sin embargo, como se ha reconocido en la doctrina societaria comparada, los administradores sociales tienen una relación de dependencia con las personas que pueden removerlos en cualquier momento, vale decir, los accionistas mayoritarios. Es decir que los administradores que se rehúsen a cumplir las instrucciones de un controlante serán rápidamente reemplazados por otros funcionarios más deferentes ante los intereses del mayoritario. No resulta para nada extraño, pues, que la expropiación de minoritarios suela producirse a partir de la distracción de recursos sociales concertada entre el controlante y los administradores. Las consideraciones formuladas en los párrafos anteriores justifican la intervención del estado en el diseño de mecanismos legales para combatir la expropiación de asociados minoritarios. Se trata, en verdad, de proteger el orden público económico ante los graves desbalances que se producirían si los controlantes pueden adueñarse impunemente de activos sociales. Es por esta razón que en la mayoría de las legislaciones societarias contemporáneas se han previsto acciones legales para proteger a los asociados minoritarios ante la expropiación promovida por la mayoría. Las medidas disponibles

a través de, por ejemplo, transacciones que solo beneficien al mayoritario. Lo anterior, puede llevar a que para los empresarios que busquen recursos para desarrollar la compañía por medio de accionistas minoritarios, sea más difícil y costoso obtener inversión, debido a la desconfianza de una posible expropiación, mientras que si existen mecanismos legales para controlar que el mayoritario no explote al minoritario, se debería en principio incrementar el precio de las acciones o cuotas sociales, reduciendo el costo de la obtención de recursos para las compañías.<sup>11</sup> De esta manera, las sociedades podrían obtener recursos más baratos para desarrollar su objeto social, generar nueva riqueza, empleos y beneficios a la economía nacional.

## 1. ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS

### A. DEL DEBER DE LEALTAD<sup>12</sup> Y BUENA FE<sup>13</sup>

En materia de deberes de los administradores sociales ha sido reiterada la posición de la doctrina que identifica el deber de lealtad como el que implica simplemente, que éstos en su actuar deben buscar “los mejores intereses de la sociedad”.<sup>14</sup> Este deber además implica que los administradores no deben realizar actos en conflicto de interés, ni ponerse en situaciones en las cuales sus intereses particulares pueden contraponerse a los intereses sociales. Si bien la legislación no habla específicamente de un deber de lealtad, el mismo puede deducirse de lo señalado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 en donde se señala que “[l]os administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un

---

para hacerle frente a este problema pueden ir desde la disolución forzosa ordenada por un juez, como ocurre en el Reino Unido, hasta las sanciones penales vigentes en Francia bajo el denominado uso irregular de activos sociales (abus de bien sociaux). En Colombia se han contemplado también numerosos mecanismos legales para que los minoritarios se defiendan ante la expropiación perpetrada por un asociado controlante. Entre las diferentes alternativas disponibles, uno de los principales medios de defensa en hipótesis de expropiación de minoritarios puede encontrarse en el régimen especial de conflictos de interés consagrado en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009.” Delegatura para Procedimientos Mercantiles, Superintendencia de Sociedades, Sentencia n.º 800-000142 de 9 de noviembre de 2015, dentro del proceso 2014-801-099 de Luz Mancilla y Alfonso Bolivar contra Handler S.A.S. y otros.

<sup>11</sup> The Anatomy of Corporate Law, Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos, 2.º Edición, 2009, p. 37.

<sup>12</sup> “Éste se refleja en una serie de obligaciones específicas de acción u omisión, que se orientan a proteger secretos de la sociedad, la abstención de actuaciones que resulten conflictivas con la compañía, el respeto de las oportunidades de negocios en cabeza de la sociedad, etc.” Reyes, Villamizar, Derecho Societario, 3.º Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2016, p. 703 – 704.

<sup>13</sup> “El deber de buena fe, señalado con amplitud en la mencionada ley, no es sino la consagración del conocido principio fundamental del derecho privado. De esta máxima de conducta parten, naturalmente, los demás deberes que asume el administrador de las sociedades. La observación irrestricta de él no implica tan sólo la actuación diligente o libre de culpa, sino también la actitud leal en el desempeño de sus funciones. Con razón afirma Ospina Fernández, acerca del postulado de la buena fe, referido en general a los actos jurídicos, que éstos deben cumplirse “con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración”. Reyes, Villamizar, Derecho Societario, 3.º Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2016, p. 699.

<sup>14</sup> Reyes, Francisco, Derecho Societario, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 2016, p. 704.

buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.”<sup>15</sup>

Ahora bien, esta norma que resulta tan clara en materia de administradores sociales, no es tan evidente en los casos de accionistas o socios controlantes que dirijan los hilos de la sociedad, pero sin detentar formalmente el cargo de administrador. Por lo anterior, este escrito buscará mostrar como a través del postulado de la buena fe, así como de las normas sobre abuso del derecho de voto, podría dilucidarse la posible existencia de un deber de lealtad por parte del accionista o socio controlante en una sociedad.

Ciertamente, este debe estar en todas las relaciones jurídicas, incluyendo el contrato de sociedad, pues entre los asociados debe existir confianza, para poder desarrollar de mejor manera las prestaciones mutuas. En verdad, el artículo 863 y 871 del Código de Comercio<sup>16</sup> señalan que las partes antes, durante y después de un negocio jurídico deben comportarse de buena fe, por lo cual no solo están obligados a realizar lo estrictamente pactado, sino todo aquello que de su naturaleza se deriva. Específicamente, en el campo contractual, la buena fe reviste de una gran relevancia no sólo en las negociaciones precontractuales, sino también en la ejecución y en el desarrollo del contrato, ya que se presume que las personas que participan en el mismo deben actuar bajo los lineamientos de la rectitud, honestidad, lealtad, etc., toda vez que a los contratantes se les exigirá ciertos parámetros y deberes de conducta con el fin de que el negocio jurídico cumpla de manera efectiva la finalidad perseguida por las partes.

En igual sentido, la Superintendencia de Sociedades,<sup>17</sup> la Sala de Consulta y Servicio Civil,<sup>18</sup> la Corte Suprema<sup>19</sup> y la Corte Constitucional,<sup>20</sup> han desarrollado

---

<sup>15</sup> Sobre el deber de lealtad la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, en sentencia n.º 800-000085 de 8 de julio de 2015, dentro del proceso 2014-800-084 de Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Rincón y Luz Martínez señaló que ‘mal podría obrar con lealtad quien distrae, para beneficio propio, recursos que le han sido confiados para adelantar la gestión de los negocios de una compañía’.

<sup>16</sup> “La buena fe, como principio general del derecho, ya viene redimensionado en el Código de Comercio, aplicable a todas las etapas del que hacer contractual. La misma Constitución la impone para todas las actuaciones públicas y privadas.

La lealtad es imperativo de actuación, si se procede de buena fe. La lealtad se les debe a todos aquellos con quienes se relacione en el mundo de las obligaciones y de los contratos, concretamente al caso de los contratos societarios, mandato, preposición, etc.” Arrubla, Jaime. Contratos Mercantiles Teoría del Negocio Mercantil, t. 1, 12.º Edición, Dike, Bogotá, Colombia, 2008, p. 453.

<sup>17</sup> “Es un principio de derecho que presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio, es decir, que los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad y de los negocios que esta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande. Se entiende como el obrar con la conciencia recta, con honradez y lealtad”.

Es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de intereses, dicho administrador se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios. Al respecto el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reitera el deber de lealtad y expresa que

este principio, el cual sirve como elemento integrador y de interpretación en nuestro derecho. Ciertamente, las partes en sus relaciones deben hacerlo de manera honesta, libre de culpa o dolo. Para el desarrollo de esas relaciones debe existir confianza y desarrollar con rectitud las prestaciones encomendadas.

Villamizar Roldán sintetiza este principio señalando que “[p]roceder de buena fe con lleva la íntima convicción de obrar correctamente procurando no causar perjuicio a la sociedad, a los socios o a terceros. Proceder de lealtad significa actuar siempre en beneficio de la sociedad (para obtener los mejores resultados para ésta). Esto implica la obligación de anteponer los intereses sociales a los propios o a los de terceros vinculados al miembro de Junta Directiva. De la misma manera supone la no obtención de beneficios para el Administrador o para terceros a expensas de la sociedad”<sup>21</sup>.

---

las actuaciones de los administradores deben adelantarse en interés de la sociedad, y de los asociados, de manera que resulta claro que, si los intereses de los asociados se apartan de los fines de la sociedad, deben prevalecer los intereses de esta última”. Circular Básica Jurídica, Capítulo V.

<sup>18</sup> Entre otros Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Roberto Suarez Franco, 17 de abril de 1996 , radicado: 811-1996 y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Ricardo Monroy Church, 14 de septiembre de 2001, radicado: 1373.

<sup>19</sup> “La palabra «fe», fidelidad, quiere decir que la persona, o la parte, según el contexto, se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en la observancia de sus obligaciones, creyendo que respetará a cabalidad los compromisos asumidos. [...] La buena fe se vislumbra como un genuino hontanar de normas de comportamiento no formuladas positivamente pero implícitas en el ordenamiento que, por consiguiente, ante una situación dada, le imponen al sujeto una conducta determinada con miras a no agraviar los intereses jurídicos ajenos. Desde este punto de vista, la buena fe genera deberes y se califica cotejándola con un prototipo abstracto colocado en el contorno social de la persona. [...] tratándose de relaciones patrimoniales, la buena fe se concreta, no sólo en la convicción interna de encontrarse la persona en una situación jurídica regular, aun cuando, a la postre, así no acontezca, como sucede en la posesión, sino también, como un criterio de hermenéutica de los vínculos contractuales, amén que constituye un paradigma de conducta relativo a la forma como deben formalizarse y cumplirse las obligaciones. Todo lo anterior sin dejar de lado que reglas tales como aquellas que prohíben abusar de los derechos o actuar contrariando los actos propios, entre otras, que en la actualidad, dada su trascendencia, denotan un cariz propio, encuentran su fundamento último en la exigencia en comento. [...] Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás, en síntesis, pues, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de febrero de 2015, M.P. Margarita Cabello Blanco, radicación: 11001 31 03 019 2009 00298 01. Al respecto también ver Sentencia de 9 de agosto de 2000, radicación n. 5372.

<sup>20</sup> “El principio de buena fe (...) no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado”. Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001.

<sup>21</sup> CONFECAMARAS y otros. Perspectivas Legales del Gobierno Corporativo en Colombia: El abuso del derecho por parte de miembros de junta directiva. Liliana Villamizar Roldán – Payá Urdaneta y Co., p. 9.



Para Arrubla Paucar, “El principio de buena fe se traduce en una serie de deberes accesorios o complementarios del deber de prestación, cuya ductilidad conduce a que la violación de los mismos de origen a una responsabilidad contractual. [...] el contratista está obligado además de sus prestaciones concretas, que son efecto del contrato celebrado y consistentes en dar, hacer y no hacer; a una prestación adicional de contenido ético, el deber de buena fe, incurriendo, por tanto, en responsabilidad contractual al causar daño en un interés distinto de la prestación, pero ligado esencialmente a la actividad de cumplimiento como consecuencia de [la] violación de ese deber de conducta”.

Así las cosas, actuar de buena fe y con lealtad conlleva a que las actuaciones de las personas dentro de una sociedad deben ser de total transparencia que permitan reflejar los intereses de todos quienes la integran.

Por su lado, la doctrina ha señalado que la buena fe contractual origina unos deberes secundarios de conducta. Según Solarte Rodríguez<sup>22</sup> estos son el deber de protección,<sup>23</sup> el deber de información,<sup>24</sup> el deber de consejo,<sup>25</sup> el deber de

---

<sup>22</sup> Solarte, Arturo, La buena fe contractual y los deberes fiduciarios de conducta en Revista Universitas n.º 108, Universidad Javeriana, 2004, p. 305 a 310.

<sup>23</sup> El deber de protección Como una forma especial de deberes “secundarios” o “colaterales” se encuentran los deberes contractuales de protección, (Schutzpflichten), en la denominación derivada de la doctrina alemana, u “obligaciones de seguridad” (Obligations de sécurité) si se quiere seguir la corriente francesa, que son todos aquellos que recaen sobre el deudor de una prestación principal y cuyo objeto consiste en evitar que sean lesionados intereses personales o patrimoniales de la contraparte, especialmente aquéllos referidos a la protección de su vida e integridad física. Estos deberes, aun cuando han sido identificados con relaciones de particular naturaleza, como serían la relación laboral o el contrato de transporte de personas, hoy en día se consideran predicables de todas aquellas relaciones contractuales en las que la ejecución de la prestación principal pueda poner en riesgo o peligro bienes personales o patrimoniales de la otra parte de la relación. “Se trata de deberes que surgen frente a los peligros derivados del contacto social al que la relación obligatoria debe necesariamente dar lugar Por otra parte, resulta conveniente señalar que el deber de protección u obligación de seguridad también ha tenido una importante aplicación en algunos casos en los que no existe un vínculo jurídico previo, como ha ocurrido con algunas decisiones de la Corte de Casación francesa que han establecido una responsabilidad del fabricante, con presunción de culpa incluida, por los daños ocasionados por los productos defectuosos que haya puesto en circulación en el mercado. Solarte, Arturo, La buena fe contractual y los deberes fiduciarios de conducta en Revista Universitas n.º 108, Universidad Javeriana, 2004, p. 305 a 310.

<sup>24</sup> “El deber de información constituye una proyección de la obligación de lealtad que se deben todas las partes en un contrato. Por virtud del mismo, a lo largo de todas las fases del negocio jurídico las partes deben brindarse de manera espontánea y sincera toda la información que posean y que sea relevante para la formación del consentimiento y la ejecución de las prestaciones a su cargo (...) la información que se provea debe ser explícita, inequívoca, oportuna, veraz, completa, suficiente, clara y objetiva. Toda comunicación de conocimiento en forma socarrona, relativa, extemporánea, oscura o deliberadamente insuficiente, constituye un desafío a la buena fe contractual”. Martínez, Néstor, Cátedra de Derecho Contractual Societario, Bogotá, Colombia, Legis, 2014, p. 75 y 76.

<sup>25</sup> “Consiste en una prolongación del deber de información, pero más calificado. Porque comporta para el obligado la tarea de discernir sobre las ventajas o desventajas del negocio, advirtiendo o disuadiendo, a quien debe aconsejarse, para que actúe racionalmente en la toma de decisiones”. Martínez, Néstor, Catedra de Derecho Contractual Societario, p. 78.

fidelidad<sup>26</sup> y el deber de reserva o secreto.<sup>27</sup> Por su parte, Martínez Neira señala además que de la buena fe se deriva también un deber de coherencia o doctrina de los actos propios y de la confianza legítima, deber de cooperación y deber de transparencia.<sup>28</sup> Estos deberes no se encuentran delimitados o descritos en la norma como obligaciones, pero de no cumplirse difícilmente permiten que la sociedad consiga sus propios fines de manera equilibrada.<sup>29</sup>

Martínez Neira señala además que la buena fe también es aplicable en el desarrollo de la sociedad y en el ejercicio de los derechos sociales, por lo cual cada asociado debe actuar de manera recta y honesta en el ejercicio de sus derechos y deberes. Compartimos totalmente lo señalado por este último doctrinante, ya que, para un buen ejercicio social, los asociados de una compañía deben cumplir la ley y los estatutos, pero además esos deberes complementarios de conducta de los que hemos hecho referencia. Lo anterior, por cuanto tal y como lo ha señalado la jurisprudencia, la buena fe es un principio integrador de derecho, y, en el contexto societario, específicamente dentro de las relaciones entre los asociados, es fundamental que tanto mayoritarios como minoritarios ejerzan sus derechos y deberes bajo los postulados de la buena fe. Lo anterior implica ir más allá del cumplimiento de una cláusula o artículo específico, sino además tener en cuenta esos deberes secundarios de conducta que se derivan de ese principio. No debería, en principio, presentarse situaciones en las que la información entre unos y otros es asimétrica, debido a que, por ejemplo, los mayoritarios son más cercanos a la administración. Lo anterior, por cuanto ellos deberían ser leales con sus consocios en el manejo de la información<sup>30</sup> y darles a conocer la información relevante para la toma de decisiones en la sociedad.

## **B. LEGISLACIÓN ACTUAL Y JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS CONTROLANTES**

---

<sup>26</sup> El deber de fidelidad Como aplicable en principio al mandato, se ha extendido a otro tipo de contratos, particularmente cuando en ellos el elemento confianza se convierte en esencial o característico. El deber de fidelidad tiene manifestaciones positivas como ejecutar completamente el encargo y privilegiar siempre los intereses de la persona por cuya cuenta se actúa, así como algunas expresiones negativas como aquellas que impiden mantener o iniciar relaciones con personas que puedan ocasionar conflictos de intereses con aquellas otras con las que se tengan encargos previamente perfeccionados. Solarte, Arturo, La buena fe contractual y los deberes fiduciarios de conducta en Revista Universitas n.º 108, Universidad Javeriana, 2004, p. 305 a 310.

<sup>27</sup> “Consiste en mantener el sigilo de informaciones privilegiadas obtenidas en confianza, en todas las fases del negocio realizado”. De Almeida Villaca, Marcos, Buena fe objetiva y los deberes de ella derivados, Tratado de la buena fe del derecho, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 147. Citado en Martínez, Néstor, Catedra de Derecho Contractual Societario, p. 79.

<sup>28</sup> Al respecto ver Martínez, Néstor, Catedra de Derecho Contractual Societario, p. 79 a 81.

<sup>29</sup> Desafortunadamente, como lo ha señalado Solarte Rodríguez, existe un vacío normativo, ya que no existen lineamientos normativos específicos que le permitan a los jueces sancionar de manera directa a quienes desatienden estos principios y deberes, dejando que la única herramienta de sanción sea una interpretación jurídica que resulte de demostrar un grado de responsabilidad contractual cuando por el incumplimiento de estos deberes tengan relación directa con los principales deberes de prestación derivados del correspondiente negocio jurídico.

<sup>30</sup> Martínez, Néstor, Catedra de Derecho Contractual Societario, p. 85 y 86.

Como se señaló en el acápite anterior, en no pocas ocasiones es plausible observar que los administradores siguen órdenes del accionista o asociado controlante, el cual, de no ocupar un cargo directivo, puede manejar las riendas de la compañía sin estar sometido a ningún deber. Si bien en la ley 1258 de 2008 se creó la figura del administrador de hecho,<sup>31</sup> esta figura aplica únicamente para las Sociedades por Acciones Simplificadas, y ha sido prácticamente nula la aplicación de esta normativa.

Si bien es frecuente encontrarse con casos en los cuales existe un conflicto entre los accionistas mayoritarios y minoritarios, no existe realmente normativa en la cual se le pueda exigir a un asociado mayoritario o controlante que use su poder en beneficio de la compañía y de todos los asociados, incluido el minoritario. No obstante lo anterior, la jurisprudencia<sup>32</sup> y la Superintendencia de Sociedades a través de sus conceptos jurídicos y circulares, han intentado darle desarrollo a este tema y brindando herramientas de protección para los minoritarios.

El escenario anteriormente descrito es bastante desalentador, pues es evidente el vacío normativo que existe frente a la materia. Nuestra propuesta es que, a través de la figura del principio de buena fe, el juez pueda exigirles a los asociados de una compañía que actúen de buena fe y con lealtad en relación con sus coasociados. Si bien la jurisprudencia ha dado pasos agigantados, ésta encuentra limitantes por la falta de norma clara y precisa que permita imponer cargas a los asociados que aprovechando su poder de control busquen extraer recursos sociales. Esta situación perjudica no solamente a los inversionistas minoritarios, sino que afecta la distribución de riqueza entre personas con exceso de capital y empresarios con necesidad de capital, ya que la falta de garantías de protección de la inversión de un minoritario y la posibilidad de ser expropiado por un mayoritario, dificultan que el primero quiera invertir en compañías donde va a tener una posición de desventaja y sobre la cual la legislación no le ofrece mayor protección. Esta situación lleva a que el empresario por lo cual al empresario se le haga más costoso el acceso a dineros para desarrollar la compañía.

Nuestro trabajo pretende poner en evidencia la importancia de aplicar el deber de buena fe y de lealtad, para exigirle a los asociados mayoritarios o controlantes principalmente, pero también a los minoritarios, una serie de deberes que protejan a la compañía y a los demás asociados, de un posible uso abusivo del poder de control.

Uno de los mecanismos que hoy en día tienen los accionistas y socios de una compañía para proteger los intereses de la compañía, en contra de los intereses mezquinos que puedan tener otros asociados es a través de la figura del abuso

---

<sup>31</sup> Artículo 27 de la Ley 1258 de 2008. Parágrafo “Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores”.

<sup>32</sup> Principalmente laudos y sentencias de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

del derecho de voto. Desafortunadamente, como ya lo hemos planteado, un controlante puede perjudicar a los demás asociados a través de mecanismos en los cuales no necesariamente ejerce el derecho de voto, por ejemplo, ejerciendo influencia directa sobre los administradores que ellos eligen para que realicen operaciones con partes vinculadas, con miras a transferir rentas a título de prestaciones (precios o comisiones) irreales o de condiciones inusuales.<sup>33</sup>

Ciertamente, existe una modalidad de abuso de los derechos en el contexto societario mucho más amplia en la que puede no estar incluido el ejercicio del derecho al voto. Actuaciones premeditadas de la mayoría, con el interés de perjudicar a la compañía o a la minoría, “manifestado a través de actos societarios diversos que están todos inspirados en esa intención abusiva inicial”.<sup>34</sup> Un ejemplo de esto, se observa en el Laudo de 29 de noviembre de 2005, Germán Alonso y Cía. Ltda. y otros contra Dataflux S.A. de C.V. y otra., en donde los controlantes compradores, buscaron a través de diversos medios reducir el valor de las utilidades, y de esta manera pagar a menor precio de las cuotas que aún no se habían pagado. “En este caso se consideró que la actuación del grupo controlante, que había fungido como compradores, constituía un abuso de posición dominante.”<sup>35</sup>

Dicho lo anterior, pasaremos a analizar el estado del arte respecto de situaciones en donde ha existido comportamientos abusivos por parte de los accionistas, para después, basado en el desarrollo de éste, y en los presupuestos de la buena fe, hacer una propuesta para la solución al problema.

### **C. Desarrollo de la jurisprudencia en Colombia**

La mayoría de la jurisprudencia que abordaremos hará referencia al abuso del derecho de voto, figura que fue introducida en nuestra legislación en primer lugar para las sociedades por acciones simplificadas, S.A.S., a través del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008,<sup>36</sup> sin embargo, posteriormente, el literal e) del numeral 5.º

<sup>33</sup> “Otra modalidad de abuso del derecho, bastante extendida por cierto, es la que se refiere a la celebración de contratos entre las sociedades y sus accionistas controladores [...] En tales casos, la práctica es contraria al interés social y causa daño a los accionistas minoritarios, por lo que es irremediamente un abuso del derecho”. Martínez, Néstor, Catedra de Derecho Contractual Societario, p. 514.

<sup>34</sup> Laudo Arbitral del 2 de octubre de 2007, Elio Sala Cerani contra Química Amtex S.A. y otros, Tribunal integrado por Luis Muñoz, Luis Barragán y Juan Sánchez, Cámara de Comercio de Medellín. Citado por Martínez, Néstor, Catedra de Derecho Contractual Societario, p. 501.

<sup>35</sup> En el caso específico, el valor de las cuotas se fijaría de acuerdo al valor de las utilidades resultantes al final del ejercicio contable. El caso fue citado en Laudo de 29 de noviembre de 2005, Germán Alonso y Cía. Ltda. y otros contra Dataflux S.A. de C.V. y otra. Citado en Reyes, Villamizar, Derecho Societario, 3.º Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2016, p. 260 – 261.

<sup>36</sup> “Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.

del artículo 24 del Código General del Proceso<sup>37</sup> lo hizo extensivo a los otros tipos societarios, al reglamentarlo de manera general cuando le otorgó facultades judiciales a la Superintendencia de Sociedades.

No obstante lo anterior, previo a la existencia del abuso del derecho de voto como acción independiente, se presentó un pronunciamiento arbitral que puso en evidencia la existencia de unos deberes de los controlantes. En el Laudo arbitral de Guillermo Mejía Rengifo vs. Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros de marzo 17 de 2004, llevado en la Cámara de Comercio de Bogotá, Arbitro Francisco Reyes Villamizar, Florencia Lozano y Fernando Silva, se discutió la supuesta reducción de capital social de uno de los accionistas minoritarios con el fin de beneficiar a los accionistas mayoritarios.

En el referido laudo, el convocante fue el señor Guillermo Mejía Rengifo y los convocados fueron Lucila Acosta de Mejía, Mauricio y Ana María Mejía Acosta, Alfonso Mejía Serna y las sociedades L. Acosta Bermúdez & Cía. S. en C., A. Mejía Serna & Cía. SCA y Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. En el caso en concreto, el señor Guillermo Mejía pasó de tener el 5,77% del capital de la sociedad a un 0,34%, a través de unas conductas que el Tribunal Arbitral calificó como contrarias a la buena fe.<sup>38</sup> Ciertamente, el Tribunal señaló que “[c]uando los socios mayoritarios, de manera consciente y deliberada, deciden decretar una capitalización que se plantea de manera repentina y que se promueve sigilosamente, aprovechándose de una intempestiva modificación de la forma como se venían haciendo las convocatorias a las reuniones de la junta de socios y privando a sus consocios, de facto, de la posibilidad de participar en dicha capitalización, incurren en abuso del derecho, a pesar de que formalmente hayan cumplido con los pasos para concretar una capitalización en la que teóricamente los demás consocios también pueden participar”.

El Tribunal recalcó, como se ha señalado en este escrito, que sí bien los mayoritarios tienen la potestad de ejercer el control y de votar libremente en las decisiones del máximo órgano social, el ejercicio de sus derechos debe

---

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

<sup>37</sup> “La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas”.

<sup>38</sup> “Los socios controlantes de la sociedad [...] actuaron sin observancia de la buena fe contractual en lo tocante con el trámite del derecho de retiro o cesión de cuotas propuesto por el convocante y que tal situación se tradujo en violación del derecho de cesión de cuotas sociales que estaba tramitando”.

practicarse de una manera que busque el bien social.<sup>39</sup> “Cuando, como ocurre en el presente caso, se aprueba una determinación de capitalizar la sociedad, con el propósito subyacente de diluir la participación en el capital de socios minoritarios y de establecer una recomposición de la participación de los socios mayoritarios, se produce un abuso de mayoría que debe ser corregido. No puede tolerarse, en verdad, que sin que medie una oportunidad real de participación, un asociado resulte mermado en sus derechos patrimoniales por la simple imposición de decisiones arbitrarias orientadas por el propósito inconfesable de perjudicarlo.”

Otro importante desarrollo jurisprudencial respecto del deber de buena fe y lealtad de los accionistas o socios controlantes se presentó en la sentencia de 8 de junio de 2016, dentro del proceso 2014-801-050 de Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros. En dicha sentencia, la Delegatura para Procedimientos Mercantiles reconoce que por virtud de los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, podría interpretarse, como existe en la jurisprudencia comparada, que existe un deber de buena fe y lealtad entre los asociados de una compañía.

Indicó ese Despacho que “[d]e lo anterior puede entonces colegirse que, por virtud del postulado de la buena fe, los asociados tienen el deber de comportarse con lealtad frente a las personas que detentan esa misma calidad en una compañía. Parece entonces indiscutible que el mayoritario [o minoritario] que se apropia irregularmente de recursos sociales, actúa en forma desleal frente a los demás asociados. En estos casos, la conducta del controlante atenta contra el ánimo de lucro subjetivo que llevó a los minoritarios a efectuar una inversión en la sociedad, al tenor de lo previsto en el artículo 98 del Código de Comercio. Al extraer bienes del patrimonio social, el controlante puede frustrar las expectativas económicas de los minoritarios, quienes verán menguado— o, incluso, suprimido—el retorno esperado por su inversión en la compañía. Es decir que la apropiación de activos sociales perjudica en tal forma a los asociados minoritarios que la conducta de la controlante no puede sino calificarse como desleal. De manera que, al constituir la expropiación de minoritarios una violación del deber de lealtad a cargo del

---

<sup>39</sup> “[L]os socios con capacidad decisoria tienen la potestad de hacer valer su mayoría para aprobar una decisión que implique una capitalización de la sociedad. El derecho en mención [...] debe sin embargo ejercerse en forma consecuente con la función que en el ordenamiento jurídico se le atribuye al mismo, de manera que un comportamiento que sea incongruente con la función que para la figura de la capitalización o aumento del capital social se ha previsto en el ordenamiento jurídico en orden a la plena realización de los fines del contrato de sociedad, debe ser rechazado, particularmente si como consecuencia del mismo se infringe un daño a un tercero [...] “Bajo la concepción tradicional se estima que las determinaciones mayoritarias encarnan el denominado querer social, o sea que representan la expresión volitiva, del ente societario, manifestada por conducto del órgano social competente. [...] Empero, la realidad enseña, como ocurre en el caso que se decide por este laudo, que la mayoría, al manifestarse en determinaciones del máximo órgano social, puede apartarse de modo significativo del denominado interés social [...] [pero cuando esos intereses son realmente un interés mezquino de la mayoría] intereses que en cuanto se expresan en dirección contraria a la que guía la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a las decisiones de la mayoría, abre las puertas a la corrección de la desviación mediante la aplicación de la figura del abuso del derecho”.

controlante, este último podrá ser obligado a resarcir los perjuicios que se deriven de sus actuaciones irregulares”.

Ciertamente, para el juez societario, las actuaciones que realiza el controlante, detrás de la fachada de un administrador, no pueden pasar desapercibidas. Sin embargo, debido a la falta de normas claras, los accionistas prefieren atacar las actuaciones del administrador, que irse en contra del accionista controlante detrás de la operación. Pese a lo anterior, en la búsqueda de la responsabilidad del administrador suele encontrarse con inconvenientes como la legitimidad para actuar en virtud del artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

No obstante lo anterior, si bien la jurisprudencia colombiana ha sido escasa para señalar la existencia de un deber fiduciario de parte de un asociado con sus coasociados, si se han presentado importantes pronunciamientos respecto del abuso del derecho de voto, mecanismo por medio del cual los asociados podrán defenderse ante el posible ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de sus coasociados. Ciertamente, esta acción ha sido empleada para reprender conductas de diversa índole, incluidos procesos de capitalización,<sup>40</sup> retención de utilidades,<sup>41</sup> remoción de administradores<sup>42</sup> y enajenación global de activos.<sup>43</sup> En tales procesos, se ha hecho énfasis en que “el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista controlante se adjudique prerrogativas económicas en forma arbitraria.”<sup>44</sup>

Sin embargo, la carga probatoria del demandante en estos casos es alta, ya que, “quienes pretendan salir victoriosos en un proceso de esta naturaleza deben demostrar que el accionista mayoritario se valió de su derecho de voto para obtener una ventaja injustificada o para causarle un perjuicio a los asociados minoritarios o a la compañía. Para tal efecto, no será suficiente alegar que las decisiones aprobadas en una reunión asamblearia fueron contrarias a los intereses subjetivos de un accionista minoritario, sino que, más bien, deberá probarse que las actuaciones del controlante estuvieron motivadas por una finalidad ilegítima. De no satisfacerse esta carga probatoria, las pretensiones del minoritario inconforme serían inexorablemente desestimadas.”<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A (sentencia n.º 800-20 del 27 de febrero de 2014).

<sup>41</sup> Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S. (sentencia n.º 800-44 del 18 de julio de 2014).

<sup>42</sup> Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S (sentencia n.º 800-73 del 19 de diciembre de 2013).

<sup>43</sup> Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S. (sentencia n.º 800-119 del 17 de septiembre de 2015).

<sup>44</sup> Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, auto n.º 800-006051 de 20 de abril de 2016, dictado dentro del proceso 2016-800-095 de Crear Calle 81 S.A.S. contra Upper Side S.A.S. y otros.

<sup>45</sup> Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-000025 de 4 de abril de 2016, dentro del proceso n.º 2015-800-255 de Luz Stella Bedoya

Dicha posición fue reiterada en el auto n.º 800-008378 de 26 de mayo de 2016, dentro del proceso 2016-800-129 de Inversiones de Gases de Colombia (Invercolsa) S.A. contra Gases del Caribe S.A. E.S.P., Promigas S.A. E.S.P. y Primeother S.A.S. “Lo primero que debe decirse es que, en un proceso de esta naturaleza, no es suficiente alegar que las decisiones aprobadas en una reunión asamblearia fueron contrarias a los intereses subjetivos de uno o varios accionistas. Por el contrario, al demandante le corresponde la altísima carga de demostrar que las actuaciones controvertidas en juicio estuvieron motivadas por una finalidad ilegítima. [...] Pero cuando se acredite que el derecho de voto fue usado en forma reprehensible—para lesionar a un asociado o procurar una ventaja injusta—esta Superintendencia intervendrá decididamente, hasta en las esferas más íntimas de la compañía, a fin de remediar esa situación ilegal.”

Es decir, el asociado que se vea perjudicado por las actuaciones de sus coasociados, deberá demostrar algo más que un perjuicio, sino además el elemento volitivo de quien ejerció el voto abusivamente.

Algunos de los pronunciamientos que han desarrollado el abuso del derecho de voto, los encontramos por ejemplo en el auto n.º 820-016509 de 25 de octubre de 2016 dentro del proceso de Unikia S.A. y Kia Plaza S.A. contra Metrokia S.A., se indicó que “[e]n la sentencia n.º 800-142 del 9 de noviembre de 2015, por ejemplo, se explicó que ‘la celebración de contratos con los accionistas mayoritarios de una compañía le representa un manifiesto conflicto de interés a los administradores que participaron en el respectivo negocio.<sup>46</sup> En efecto, la relación de dependencia que existe entre administradores y controlantes es de suficiente entidad como para comprometer el juicio objetivo de aquellos funcionarios en el curso de una operación determinada. [...] este conflicto de interés se concreta, específicamente, en la potestad de los controlantes de remover a los administradores en cualquier momento. [...] 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 conflictos de interés. [...] El referido trámite también deberá cumplirse cuando se celebren operaciones entre compañías sujetas al control de una misma persona. Esta postura encuentra sustento, igualmente, en la influencia que puede ejercer el accionista controlante sobre los administradores de tales sociedades.”

Respecto al abuso del derecho de voto de la minoría,<sup>47</sup> en sentencia dentro del proceso 2013-801-157 de Alienergy S.A. contra Álvaro José Márquez y Gestión

---

Henao y Andrea Catalina Sandoval Bedoya contra Luis Humberto Sandoval Rodríguez y Cristal 2010 S.A.S

<sup>46</sup> Podría pensarse en una excepción a la regla general mencionada en el texto principal, en aquellos casos en los que, por virtud de mayorías calificadas o acuerdos parasociales, los accionistas mayoritarios no puedan remover libremente a los administradores.

<sup>47</sup> Los minoritarios pueden por ejemplo tener derecho de veto respecto de ciertas decisiones. El juez en principio debe respetar esos mecanismos de protección que se han impuesto, para no dejar a un asociado indefenso ante las conductas oportunistas del controlante.



Orgánica GEO S.A.S. E.S.P. la Delegatura para Procedimientos Mercantiles señaló “[l]a posibilidad de ejercer derechos de veto es uno de los principales mecanismos de protección de accionistas minoritarios. Esta clase de prerrogativas—cuyo origen puede encontrarse en la introducción, por vía legal o estatutaria, de mayorías calificadas o requisitos de unanimidad para la adopción de decisiones en los órganos sociales—hace posible que los minoritarios participen en la gestión de los negocios de la compañía. [...] El derecho de veto también permite contrarrestar, con bastante efectividad, el problema de agencia que se presenta entre accionistas mayoritarios y minoritarios en sociedades cerradas [...] Aunque es claro que los derechos de veto cumplen la importante función económica de resguardar los intereses de los accionistas minoritarios, se ha reconocido también la posibilidad de que esta prerrogativa sea usada abusivamente. Cuando se emplea el veto en forma desleal—por ejemplo, como un simple instrumento de coerción para extraer, de parte del controlante, concesiones financieras exorbitantes—pueden producirse resultados manifiestamente injustos. De ahí que en los regímenes societarios contemporáneos suelen censurarse los intentos de la minoría por usar el veto en detrimento de la compañía o los demás asociados. [...] En los Estados Unidos, por su parte, el uso oportunista del derecho de veto ha sido entendido como una violación de los deberes fiduciarios que el minoritario le debe tanto al controlante como a la sociedad. Es posible entonces que el minoritario actúe en contra de sus deberes cuando emplea el veto para extorsionar a los demás asociados, con miras a lucrarse personalmente. [...] En este punto es relevante señalar que la regla del artículo 43 ha sido empleada por este Despacho para juzgar la existencia de abusos de mayoría en la aprobación de procesos de capitalización, la retención de utilidades y la remoción de administradores. En estos casos, para reprender la conducta abusiva de los mayoritarios, se hizo énfasis en que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista controlante se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados.”

Finalmente, en el auto n.º 800-006317 de 25 de abril de 2016, dentro del proceso 2016-800-096 de Luis Helí Tovar & Cía. E. en C. contra Embotelladora del Huila S.A., el juez societario señaló que en los casos en donde se dé la exclusión de minoritarios que se cumplan por virtud de una venta de activos a favor del accionista controlante, el juez societario analizaría la conducta en comento de la siguiente manera “1. Como la enajenación de activos le representa un conflicto de interés al respectivo administrador, deberá surtirse el trámite contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. 2. Si no se imparte la autorización requerida, cualquier accionista minoritario podrá solicitar la nulidad del contrato correspondiente, en los términos previstos en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009. 3. Si la asamblea imparte la autorización requerida, el minoritario podrá controvertir tanto esa decisión social como la operación celebrada a su amparo, si se perjudicaron los intereses de la sociedad.<sup>48</sup> 4. Por lo general, si la autorización

---

<sup>48</sup> Además de la acción de impugnación, naba obsta para que un minoritario proponga también acciones legales por el ejercicio abusivo del derecho de voto.

se imparte con el voto exclusivo del controlante, la carga de la prueba podría asignárseles a los demandados, en desarrollo de lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso.”

Es decir, de acuerdo a la jurisprudencia recogida, podríamos concluir que el minoritario excluido por la conducta del controlante, podría iniciar una acción judicial, en la cual, por virtud de lo señalado en el artículo 167 del actual estatuto procesal, sería el controlante demandado quien deba demostrar la ecuanimidad de la actuación.

Ahora bien, si bien actualmente no existe legalmente una norma que señale que los accionistas mayoritarios tienen unos deberes fiduciarios con sus coasociados, situación que si se presenta en el derecho anglosajón, lo cierto es que en materia del ejercicio del voto, éste derecho debe darse de una manera que no perjudique los intereses de la sociedad, convirtiéndose en un mecanismo indirecto de protección del minoritario. Lo anterior no significa que los mayoritarios hayan perdido las prerrogativas propias del control y de imponer en el máximo órgano social lo que consideran más acorde con el interés societario, sino que de lo contrario, esa ventaja debe ser ejercida teniendo a la vez en cuenta lo que sea más beneficioso para la sociedad. Este tipo de acciones se convierten en últimas en una de las más claras herramientas que existen hoy en día que permite proteger a los asociados que no tienen acceso a la administración social por ser minoritarios en una compañía.

### **III. DERECHO COMPARADO.**

Dicho lo anterior, pasaremos a presentar los desarrollos jurisprudenciales que se han presentado en Estados Unidos y el Reino Unido respecto de los mecanismos de protección que tienen los minoritarios respecto de los mayoritarios.

#### **1. Estados Unidos**

El deber de lealtad ha sido comúnmente concebido en Estados Unidos como el deber de actuar en el mejor interés de la compañía y con buena fe. Ciertamente, la buena fe ha estado directamente ligada al deber de lealtad, y es considerado que una acción que transgreda este principio también puede constituir una falta al deber de lealtad. Algunos autores, por ejemplo, han indicado que se presenta una violación al deber de actuar de buena fe cuando se observa que la conducta controvertida se realizó con un intento de perjudicar a la compañía, y cuando, por ejemplo, el fiduciario, actúa con un “abandono intencional de su deber y una consiente indiferencia de sus responsabilidades”.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Pinto, Arthur y Branson Douglas, *Understanding of Corporate Law*, Estados Unidos, Editorial Lexis Nexis, 2013, p.222.

Sin embargo, la buena fe debe diferenciarse de otro tipo de deberes. En el caso de *Walt Disney Company*,<sup>50</sup> la Corte Suprema de Delaware aclaró que la falta de buena fe, debe ser algo más que actuar de manera desinformada, pues esto sería realmente una falta al deber de cuidado. Indicó que “una falta del deber de buena fe incluiría una conducta motivada con una mala intención y con la intención de perjudicar a la compañía. Adicionalmente un descuido consiente e intencional de las responsabilidades propias constituiría una falta de buena fe porque demostraría culpa o intención malévola. [...] La Corte de Delaware citó unos ejemplos de falta al deber legal de buena fe. Ellos fueron: 1. Un acto intencional de no actuar en el mejor interés de la compañía; 2. La intención de transgredir la ley positiva; 3. Omitir de manera intencional la realización de una acción sobre la cual se tenía el deber de ejecutar, por ejemplo, la no realización de un deber”.<sup>51</sup>

Ahora bien, hecha la anterior introducción, debe mencionarse que en varios estados de los Estados Unidos, si bien se parte de la base que un accionista no tiene deberes fiduciarios de buena fe y lealtad al momento de ejercer el voto, pudiendo legítimamente buscar su beneficio económico, se ha señalado que los accionistas controlantes no son como cualquier otro accionista, ya que ellos pueden usar su poder de control y su posición en la sociedad de manera injusta, con el fin de satisfacer únicamente sus intereses, en perjuicio de la sociedad y de los demás.<sup>52</sup> Por ejemplo, en *Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295, 306 (1939), la Corte Suprema de Estados Unidos indicó que el accionista controlante y dominante tienen un poder de confianza y sus transacciones con la compañía son sujetas a un control estricto y riguroso del juez, y son ellos quienes tienen la carga de la prueba de demostrar que actuaron con buena fe y justicia.<sup>53</sup> De igual manera, en el caso de *Zahn v. Transamerica Corporation*, la Corte Federal de Apelaciones del Tercer Circuito de Estados Unidos señaló que si bien el mayoritario tiene el derecho de controlar; cuando lo hace, éste ocupa una posición de fiduciario frente a los minoritarios, así como respecto de la compañía y sus directores.<sup>54</sup>

De otro lado, las cortes estatales de Delaware y Massachusetts han generado importantes pronunciamientos que podrían ser tenidos en cuenta por el juez<sup>55</sup> y el legislador colombiano en casos similares. En Delaware, por ejemplo, la Corte de Cancillería y la Corte Suprema han desarrollado el test de la más estricta

---

<sup>50</sup> In re The Walt Disney Company Derivative Litigation 907 A.2d 693 (Del. Ch. 2005). Citado en Pinto, Arthur y Branson Douglas, *Understanding of Corporate Law*, Estados Unidos, Editorial Lexis Nexis, 2013, p. 239.

<sup>51</sup> Pinto, Arthur y Branson Douglas, *Understanding of Corporate Law*, p. 240.

<sup>52</sup> Al respecto ver Pinto, Arthur y Branson Douglas, *Understanding of Corporate Law*, p. 286 a 287.

<sup>53</sup> *Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295, 306 (1939).

<sup>54</sup> “The majority has the right to control; but when it does so, it occupies a fiduciary relation toward the minority, as much so as the corporation itself or its officers and directors”. *Zahn v. Transamerica Corporation*, 162 F.2d 36 (3d Cir. 1947).

<sup>55</sup> En auto n.º 800-006317 del 25 de abril de 2016, dentro del proceso 2016-800-098 de Luis Helí Tovar & Cía. S. en C. contra Embotelladora del Huila S.A., la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades hizo referencia al test de la más estricta ecuanimidad (*entire fairness*).

ecuanimidad (*entire fairness*),<sup>56</sup> en donde se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien debe probar que la conducta fue justa y ecuaníme. En aquellos casos en donde se presenten transacciones entre partes vinculadas<sup>57</sup>, el juez revisa que la transacción celebrada entre el controlante y la sociedad se haya dado con la más estricta ecuanimidad respecto de la transacción misma, así como en el precio.<sup>58</sup> Respecto de la transacción, la Corte analiza el proceso de compra, los tiempos, cuando se inició, la información brindada,<sup>59</sup> la estructura de la negociación, etc. En relación al precio, la ecuanimidad observa los factores económicos y financieros.<sup>60</sup>

Por su lado, las Cortes de Massachusetts no se han quedado atrás. En *Donahue v. Rodd Electrotype Co.*,<sup>61</sup> la Corte Suprema de Massachusetts, Middlesex, señaló que el grupo controlante tenía un estricto deber con el minoritario de no utilizar su poder y control en la compañía para lograr beneficios injustificados. La Corte señaló que existe una regla de igualdad de oportunidades. Este principio es de lado y lado, es decir, los minoritarios también tienen deberes respecto de la compañía y sus otros asociados, como cuando, por ejemplo, ellos tienen un derecho de veto. En el caso de *Smith v. Atlantic Properties, Inc.*<sup>62</sup> un minoritario se oponía constantemente al reparto de dividendos ya que esto le suponía pagar más impuestos. Sin embargo, la compañía ya había recibido sanciones por no haber repartido utilidades. La Corte de Apelaciones de Massachusetts, Suffolk, señaló que ese minoritario, Dr. Wolfson, no podía seguir arbitrariamente negándose a dar su consentimiento para el reparto de dividendos, ya que al hacer eso estaba contrariando la regla establecida en *Donahue*, haciéndolo responsable por los

---

<sup>56</sup> Este test ha sido utilizado en sin número de casos, principalmente en donde se presentan fusiones o adquisiciones de compañías o compra de bienes sustanciales de la sociedad, en las que se da la exclusión forzosa (*freeze-out* o *squeeze-out*) de los minoritarios

<sup>57</sup> Contratos celebrados entre una compañía y su accionista controlante.

<sup>58</sup> *Kahm v. Tremont*, 694 A.2d 422 (Del. 1997). Citado en Pinto, Arthur y Branson Douglas, *Understanding of Corporate Law*, p. 289.

<sup>59</sup> La Corte de Delaware ha sido bastante rigurosa en requerir completa divulgación de la información cuando los controlantes están negociando con los minoritarios. Debe haber completa franqueza y honestidad. Toda la información que un accionista razonable consideraría importante en el momento de decidir si vende o no una acción. "*The Court's duty was to examine what information defendants had and to measure it against what they gave to the minority stockholders, in a context in which "complete candor" is required. In other words, the limited function of the Court was to determine whether defendants had disclosed all information in their possession germane to the transaction in issue. And by "germane" we mean, for present purposes, information such as a reasonable shareholder would consider important in deciding whether to sell or retain stock.*" Ver *Lynch v. Vickers Energy Corp.*, 383 A.2d 278 (Del.1977).

<sup>60</sup> Pinto, Arthur y Branson Douglas, *Understanding of Corporate Law*, p. 297 - 300.

<sup>61</sup> "*Just as in a partnership, the relationship among the stockholders must be one of trust, confidence and absolute loyalty if the enterprise is to succeed. Close corporations with substantial assets and with more numerous stockholders are no different from smaller close corporations in this regard. All participants rely on the fidelity and abilities of those stockholders who hold office. Disloyalty and self-seeking conduct on the part of any stockholder will engender bickering, corporate stalemates, and, perhaps, efforts to achieve dissolution.*" *Donahue v. Rodd Electrotype Co.*, 367 Mass. 578 (1975)

<sup>62</sup> Ver *Smith v. Atlantic Props., Inc.*, 422 N.E.2d 708 (Mass. 1981).

daños que causados a la sociedad que resultaran por el ejercicio de su poder de veto.<sup>63</sup>

No obstante lo anterior, en *Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc.*, 353 N.E.2d 657 (Mass.1976), la Corte Suprema de Massachusetts señaló que el principio establecido en *Donahue* respecto de la buena fe no debía ser tan estricto, es decir, los mayoritarios tienen ciertos derechos para manejar su inversión de una manera egoísta y en busca de su beneficio económico. Por lo cual, es indispensable encontrar un balance entre el interés que ellos tienen de manejar su propiedad de manera egoísta y los deberes fiduciarios que tienen con los minoritarios. En otras palabras, los mayoritarios dirigen la compañía, solo que no la pueden manejar de manera absoluta. Para la Corte, si los controlantes tienen un propósito de negocios válido<sup>64</sup> que puede llegar a afectar a los minoritarios, los minoritarios tienen la carga de la prueba de demostrar que el mismo propósito de negocios se puede lograr de una manera que sea menos perjudicial para los intereses de los minoritarios.<sup>65</sup>

Dicho lo anterior, las Cortes de varios estados de Estados Unidos han aceptado que los deberes entre asociados son mayores cuando se está frente a una sociedad cerrada.<sup>66</sup> Al respecto, la Corte de Apelaciones del estado de Nueva York indicó en *Gearing v. Kelly*, 222 N.Y.S.2d 474 (App. Div. 1961), *aff'd* 182 N.E.2d 391 (N.Y. 1962), que los derechos fiduciarios son más altos en las sociedades cerradas. En ese caso un director, la señora Mecham, que tenía el 50% de las acciones, decidió no asistir a una junta, porque conocía que, si participaba se iba a conformar el quorum necesario para deliberar y los otros dos directores iban a tener igual número de votos que ella, por lo cual se haría necesario nombrar a otro director que estaría a favor de su contraparte. La Corte desaprobó la actitud de la señora Mecham, que buscaba paralizar la junta directiva al ausentarse de las reuniones, evitando que se presentara el quorum. La Corte

---

<sup>63</sup> Pinto, Arthur y Branson Douglas, *Understanding of Corporate Law*, p. 354.

<sup>64</sup> Hoy en día más que un propósito de negocio válido, las Cortes analizan la ecuanimidad del mismo.

<sup>65</sup> Pinto, Arthur y Branson Douglas, *Understanding of Corporate Law*, p. 355.

<sup>66</sup> La American Bar Association ha listado 6 atributos que en su opinión constituyen evidencia que nos encontramos ante una sociedad cerrada: "1) propiedad "por un número pequeño de personas"; 2) un alto grado de superposición entre los asociados, los administradores y los empleados; 3) la necesidad de acomodar la estructura administrativa porque la empresa es muy pequeña para poder financiar el costo de las formalidades de tipo corporativo o porque tener muchos abogados sería inapropiado; 4) los asociados tienen poca liquidez de su inversión; 5) no se puede conocer fácilmente el precio del mercado; y 6) pueden surgir bloques internos debido al pequeño número de asociados". Comité de Derecho Corporativo, ABA Sección de Derecho Empresarial, *Managing Closely Held Corporation: A Guidebook*. Citado en Pinto, Arthur y Branson Douglas, *Understanding of Corporate Law*, p. 322. En el mismo sentido en *Donahue v. Rodd Electrotype Co.*, la Corte de Massachusetts aplicó un 3 que tiene 3 pasos "La Corte de Donahue consideró que una sociedad cerrada puede ser tipificada por: 1) un pequeño número de asociados; 2) la no existencia de un mercado al cual se pueda acceder fácil a vender las acciones o cuotas; y 3) una participación importante de asociados en la administración, dirección y operaciones de la compañía".

señaló que ese tipo de tácticas constituía una violación de los mayores estándares de deberes fiduciarios que existen entre accionistas de sociedades cerradas.

De otro lado, uno de los grandes problemas de las sociedades cerradas tanto en Estados Unidos como en Colombia, están relacionados con la iliquidez de la inversión, lo cual puede ser aprovechado por el mayoritario o controlante para tender a explotar al minoritario, ya que éste puede indirectamente obtener rentabilidad de la compañía, por ejemplo, a través de salarios excesivos para el controlante o su familia, gratificaciones excesivas, no permitirle al minoritario entrar a la administración de la compañía, o negar el reparto de dividendos. Ante esta situación, tanto los jueces y la legislación han procurado crear mecanismos para proteger a los inversionistas de este tipo de sociedad.<sup>67</sup> Por ejemplo, los jueces de algunos estados han indicado que entre los asociados de una sociedad cerrada existe una clase de deberes fiduciarios parecidos a los que se tienen en una *partnership*.<sup>68</sup> Según la jurisprudencia, los socios es una *partnership* comparten en igual proporción la administración y las utilidades y se deben los unos a los otros el más alto grado de buena fe y lealtad.<sup>69</sup>

Cortes en el estado de Massachusetts han señalado que existe cierta similitud entre las *partnership* y las sociedades cerradas. Se ha indicado que en una sociedad cerrada 'los asociados se deben unos a otros prácticamente el mismo tipo de deberes fiduciarios al desarrollar la empresa como los que se deben los asociados en las *partnership*. Normalmente, un accionista o socio no tiene ningún tipo de deber con la compañía o los otros accionistas o socios, por lo cual puede buscar libremente su interés particular. Pero en ese caso, la Corte de Massachusetts señaló que, en el caso de las *partnerships*, entre los asociados se deben unos a otros la máxima buena fe y lealtad. Los asociados de una sociedad cerrada deben llevar a cabo su administración (cuando tienen esa doble calidad) y su responsabilidad como accionista de conformidad con el más estricto estándar de lealtad y buena fe para con la compañía y con los otros asociados.<sup>70</sup>

En el mismo sentido, la Corte Suprema de California, indicó en el caso de Jones v. H. F. Ahmanson & Co., 460 P.2d 464 (Cal.1969), que los accionistas mayoritarios, sea uno solo o actuando en grupo, tienen la responsabilidad fiduciaria con el minoritario y con la compañía de usar su capacidad de controlar la sociedad de

<sup>67</sup> Pinto, Arthur y Branson Douglas, Understanding of Corporate Law, p. 322 - 323.

<sup>68</sup> Las *partnerships* resultan por un contrato explícito o implícito. Si bien existen diferentes clases de *partnerships*, históricamente eran una asociación de personas sin constituirse en una entidad diferente a sus asociados. "es una asociación de dos o más personas para llevar a cabo un negocio de utilidad como copropietarios [...] un socio tiene un deber de lealtad y cuidado no solo con la *partnership* sino también con los otros asociados". Eisenberg, Melvin y Cox, James, Corporations and other Business Organizations, Estados Unidos, Editorial Thomson Reuters, 2011, p. 72 y 73.

<sup>69</sup> Al respecto ver *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545 (N.Y. 1928).

<sup>70</sup> Ver Lydia E. Pinkham Medicine Co. v. Gove, 303 Mass. 1 (1939); In the Matter of Radom & Neidorff, Inc. 307 N.Y. 1, rearg. den. 307 N.Y. 701 (1954); Kruger v. Gerth, 16 N.Y.2d 802 (1965); In the Matter of Gordon & Weiss, Inc. 32 App. Div. 2d (N.Y.) 279, app. withdrawn, 25 N.Y.2d 959 (1969).

manera equitativa, justa e imparcial. Los mayoritarios no deben usar la capacidad que tienen para controlar las actividades de la compañía para beneficiarse únicamente ellos mismos o en una manera que perjudique a los minoritarios. El poder que tienen lo deben utilizar de una forma que beneficie a todos los accionistas de manera proporcional. Esto aplica para controlantes y administradores. Si bien en *Jones v. Ahmanson & Co.*, el controlante, no había causado ningún daño a la sociedad, la Corte dejó en claro que los accionistas controlantes no pueden usar su control para beneficiarse a ellos mismos en detrimento de los minoritarios.

## 2. Reino Unido

En el Reino Unido existe la figura del administrador oculto (*shadow director*),<sup>71</sup> y los deberes fiduciarios se deberán aplicar no solamente a quienes son designados como administradores de la compañía, sino también a aquellos que en la práctica actúan como administradores, así no hayan sido formalmente designados como administradores.<sup>72</sup> El administrador oculto es la ‘persona, que no ha sido formalmente nombrada como administrador, pero es quien señala los lineamientos y direcciona la forma como los administradores normalmente actúan’.<sup>73</sup> Basta con que tenga control sobre la junta directiva o los demás administradores, pero no es necesario que controle absolutamente todas las actividades que éstos hacen.<sup>74</sup>

El director oculto, no clama ser un director. Según lo ha dicho la jurisprudencia del Reino Unido, para que se declare que existe un director oculto es necesario probar “1. Quienes son formalmente los directores, sean en derecho o de facto; 2. Que el demandado dirija a estos directores en la manera como deben actuar en relación con la compañía o que él directamente lo haga; 3. Que quienes son formalmente directores actúen de acuerdo a las instrucciones dadas y 4. Que para ellos sea usual actuar de esa manera. [...] Básicamente que los directores [formales] no ejerzan ningún juicio o discreción por sí mismos, pero actúen de acuerdo con la dirección de lo que sería el director oculto”.<sup>75</sup> Es decir, para ser considerado un director oculto debe dirigir las decisiones de los administradores en más de una ocasión, debe ser realmente un patrón de conducta. Por lo cual, para el caso de este artículo, los controlantes que dirijan la compañía a través de la influencia que tienen sobre los administradores podrían ser considerados administradores ocultos.

<sup>71</sup> Al respecto ver la sección 170 (5) y la sección 251 de la Ley de Compañías de 2006 del Reino Unido. [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga\\_20060046\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf)

<sup>72</sup> Davies, Paul y Worthington, Sara, *Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, Londres, Inglaterra. 10.º Edición, 2016, p. 470.

<sup>73</sup> “This is the person, not formally appointed as a director, but in accordance with whose directions or instructions the directors of a company are accustomed to act”. Davies, Paul y Worthington, Sara, *Principles of Modern Company Law*, p. 472.

<sup>74</sup> Al respecto ver *Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell*. Citado en Davies, Paul y Worthington, Sara, *Principles of Modern Company Law*, p. 474.

<sup>75</sup> *Hydrodam (Croy) Ltd.* Citado en Kershaw, David, *Company Law in Context*, p. 327.

Al igual que en Estados Unidos, la Sección 170 (1) de la Ley de Compañías del Reino Unido es clara en señalar que los administradores de una compañía tienen deberes fiduciarios con la compañía. En el mismo sentido, en *Peskin v. Anderson* [2000] All ER (D) 2278 la Corte de Apelaciones señaló que puede haber ciertas circunstancias en las que los administradores tienen deberes fiduciarios con los asociados. “Estos deberes [con los asociados] son mayores en el contexto de las sociedades cerradas”<sup>76</sup>.

Otra de las figuras que tiene la legislación del Reino Unido para proteger a los minoritarios, es la relativa a las limitaciones que tienen los asociados para ejercer su derecho de voto. En el Reino Unido, las Cortes han limitado el poder de decisión del máximo órgano social cuando la compañía está controlada por un accionista o un grupo de accionistas mayoritarios. Ciertamente, dos de los casos en los cuales las Cortes propenden por un mayor escrutinio del negocio jurídico controvertido, se presentan en casos en que el accionista mayoritario ratifica una conducta en la que el administrador haya obrado en conflicto de interés, específicamente cuando el conflicto de interés fue precisamente ocasionado por ese mayoritario.<sup>77</sup> En esos casos el juez revisara si la decisión fue tomada en el mejor interés de la sociedad. Igualmente, en el derecho Británico, también se revisa cuando un mayoritario ejerce su voto para cambiar los estatutos de una manera que pueda afectar al minoritario. Las Cortes han señalado que dicho voto debe realizarse de buena fe, buscando el beneficio de la compañía<sup>78</sup> y no el detrimento del minoritario.

Igualmente, las Cortes en el Reino Unido, no solo miran el ejercicio del control a través del derecho de voto, sino, además, cuando se influencia a la junta directiva a entrar en transacciones en las que el mayoritario se ve especialmente beneficiado o en transacciones con partes relacionadas. Si bien las cortes no imponen un deber específico de lealtad, si señalan que el mayoritario debe actuar de buena fe, y deben evitar ponerse a sí mismos en situaciones en las que sus intereses estén en contra de los intereses de la compañía.

Sin embargo, como ya lo hemos visto, los controlantes pueden ejercer su control a través de otros mecanismos diferentes al voto. Ellos pueden influenciar las acciones que tomara una compañía, por ejemplo, motivando a la junta directiva a que entre en transacciones con una parte vinculada al mayoritario.<sup>79</sup> No obstante lo anterior, la doctrina no es unánime en señalar que efectivamente existe un deber del controlante de lealtad con la compañía.

<sup>76</sup> Kershaw, David, *Company Law in Context*, p. 332.

<sup>77</sup> Al respecto ver *North West Transportation Company Limited v. Beatty* (1887) 12 App Cas 589. Citado en Kershaw, David, *Company Law in Context*, p. 651 - 654.

<sup>78</sup> Ver *Shuttleworth v Cox Bros Ltd* [1926] All ER Rep 498 y *Allen v Gold Reefs of West Africa Ltd* [1900-03] All ER Rep 746. Citado en Kershaw, David, *Company Law in Context*, p. 655 - 667.

<sup>79</sup> “Controlling shareholders can act in ways that influence corporate action to their benefit without explicit exercising corporate power. A clear example of such activity would involve encouraging the board to enter into non-arm’s length related-party transactions with the controlling shareholder” Kershaw, David, *Company Law in Context*, p. 667



#### **IV. CONCLUSIONES FINALES Y NUESTRO APORTE AL PROBLEMA PLANTEADO**

Ciertamente en Colombia existen débiles mecanismos para proteger al asociado minoritario de las actuaciones abusivas del controlante. Si bien en la actualidad existen herramientas y acciones judiciales para atacar las conductas, por ejemplo, desarrolladas en conflicto de interés por parte del administrador que hayan surgido a partir de la influencia del mayoritario, lo cierto es que para iniciar este tipo de acciones en contra del administrador el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 exige que primero el máximo órgano social apruebe la acción social de responsabilidad. Como hemos visto, este cuerpo social, en principio, es liderado por el mayoritario o controlante, persona que muy seguramente evitará que se apruebe este tipo de acción. De igual manera, en el hipotético caso que un administrador decida no desarrollar conductas en favor del mayoritario, podrá ser removido fácilmente por este último, dejando al minoritario en iguales condiciones.

Por lo anterior, la primera solución al problema sería imponer la misma clase de deberes fiduciarios de los administradores, incluyendo el de lealtad y buena fe, a aquellos asociados que en oculto dirijan a la compañía, no solo en las sociedades del tipo por acciones simplificadas, sino también en todos los tipos societarios del Código de Comercio.

De igual manera, si bien el mayoritario es quien en principio ha aportado mayor capital social a la compañía y tiene mayores riesgos económicos en el desarrollo del objeto social, la protección de sus intereses económicos debería tener un filtro más claro, en el que se pueda verificar de mejor manera y de esta manera exigir, que sus actuaciones tienen como fin principal el bienestar social. Es decir, el mayoritario puede tener además intereses económicos egoístas secundarios, pero en el desarrollo de sus actuaciones debe quedar claro y sin lugar a discusión que la actuación por éste desarrollada beneficia a la compañía.

Es así, que una manera importante que serviría para controlar este tipo de actuaciones, se presentaría sí, por ejemplo, para la ratificación de conductas en conflicto de interés realizadas por el administrador, se pudiera descontar el voto del mayoritario que ha llevado al administrador a ese conflicto. Ciertamente, el inciso final del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 permite descontar el voto del administrador que a la vez tiene la calidad de asociado, pero no hace mención alguna del voto del accionista o socio que no es administrador, pero que por su influencia ha llevado a éste último a celebrar operaciones en conflicto de interés.

Finalmente, tal y como lo ha señalado la Constitución Política de Colombia y como ha sido desarrollado por la jurisprudencia, el deber de buena fe debe estar en todas las actuaciones jurídicas, incluyendo las relaciones entre los asociados de una compañía. Por lo cual, ante una clara y evidente transgresión del deber de lealtad y buena fe, el legislador colombiano debería permitir que se pudiera declarar la nulidad del acto cuestionado. Lo anterior, por cuanto una violación a este principio podría conllevar a la responsabilidad de quien actúa fuera de estos parámetros, pero muchas veces al asociado minoritario, más que unos perjuicios económicos, muchas veces difícil de cuantificar, lo que busca es que el acto celebrado en conflicto de interés no se ejecute.

## **V. BIBLIOGRAFÍA**

### **LEGISLACIÓN**

Código Civil

Código de Comercio

Código General del Proceso

Constitución Política de Colombia

Ley 222 de 1995

Ley 1258 de 2008

### **LIBROS**

Arrubla, Jaime. Contratos Mercantiles Teoría del Negocio Mercantil, t. 1, 12.º Edición, Dike, Bogotá, Colombia, 2008.

Davies, Paul y Worthington, Sara, Principles of Modern Company Law, Sweet & Maxwell, Londres, Inglaterra. 10.º Edición, 2016.

De Almeida Villaca, Marcos, Buena fe objetiva y los deberes de ella derivados, Tratado de la buena fe del derecho, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 147. Citado en Martínez, Néstor, Cátedra de Derecho Contractual Societario.

Kershaw, David, Company Law in Context, Oxford University Press. Oxford, Inglaterra. 2.º Edición. 2012

Kraakman, Reinier, The Anatomy of Corporate Law, Oxford University Press, Nueva York, Estados Unidos, 2.º Edición, 2009.

Martínez, Néstor, Cátedra de Derecho Contractual Societario, Bogotá, Colombia, Legis, 2014.

Melvin y Cox, James, Corporations and other Business Organizations, Estados Unidos, Editorial Thomson Reuters, 2011.

Pinto, Arthur y Branson Douglas, Understanding of Corporate Law, Estados Unidos, Editorial Lexis Nexis, 2013.

Reyes, Francisco. Análisis Económico del Derecho Societario. Legis. Bogotá, Colombia. 2.º Edición. 2013.

Reyes, Villamizar, Derecho Societario, 3.º Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2016.

## **ARTÍCULOS**

Comité de Derecho Corporativo, ABA Sección de Derecho Empresarial, Managing Closely Held Corporation: A Guidebook. Citado en Pinto, Arthur y Branson Douglas, Understanding of Corporate Law.

Frank y Fischel, Daniel, Close Corporations and Agency Cost, Stanford Law Review, Vol. 38, No. 2, Enero de 1986.

Solarte, Arturo, La buena fe contractual y los deberes fiduciarios de conducta en Revista Universitas n.º 108, Universidad Javeriana, 2004.

Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, Capítulo V.

Villamizar, Liliana, CONFECAMARAS y otros. Perspectivas Legales del Gobierno Corporativo en Colombia: El abuso del derecho por parte de miembros de junta directiva.

## **JURISPRUDENCIA NACIONAL**

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Roberto Suarez Franco, 17 de abril de 1996, radicado: 811-1996

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Ricardo Monroy Church, 14 de septiembre de 2001, radicado: 1373.

Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 9 de agosto de 2000, radicación n. 5372.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de febrero de 2015, M.P. Margarita Cabello Blanco, radicación: 11001 31 03 019 2009 00298 01.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles, Superintendencia de Sociedades, Sentencia n.º 800-000142 de 9 de noviembre de 2015, dentro del proceso 2014-801-099 de Luz Mancilla y Alfonso Bolivar contra Handler S.A.S. y otros.

Delegatura de Procedimientos Mercantiles, en sentencia n.º 800-000085 de 8 de julio de 2015, dentro del proceso 2014-800-084 de Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Rincón y Luz Martínez.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles, Superintendencia de Sociedades, Sentencia n.º 800-20 del 27 de febrero de 2014 dentro del proceso de Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles, Superintendencia de Sociedades, Sentencia n.º 800-44 del 18 de julio de 2014, dentro del proceso de Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles, Superintendencia de Sociedades, Sentencia n.º 800-73 del 19 de diciembre de 2013, dentro del proceso de Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles, Superintendencia de Sociedades, Sentencia n.º 800-119 del 17 de septiembre de 2015, proceso de Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles, auto n.º 800-006051 de 20 de abril de 2016, proceso 2016-800-095 de Crear Calle 81 S.A.S. contra Upper Side S.A.S. y otros.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles, sentencia n.º 800-000025 de 4 de abril de 2016, dentro del proceso n.º 2015-800-255 de Luz Stella Bedoya Henao y Andrea Catalina Sandoval Bedoya contra Luis Humberto Sandoval Rodríguez y Cristal 2010 S.A.S.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles, auto n.º 800-006317 del 25 de abril de 2016, dentro del proceso 2016-800-098 de Luis Helí Tovar & Cía. S. en C. contra Embotelladora del Huila S.A.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles, sentencia de 8 de junio de 2016, dentro del proceso 2014-801-050 de Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles, auto n.º 800-008378 de 26 de mayo de 2016, dentro del proceso 2016-800-129 de Inversiones de Gases de Colombia (Invercolsa) S.A. contra Gases del Caribe S.A. E.S.P., Promigas S.A. E.S.P. y Primeother S.A.S.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles, auto n.º 820-016509 de 25 de octubre de 2016 dentro del proceso de Unikia S.A. y Kia Plaza S.A. contra Metrokia S.A.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles, sentencia dentro del proceso 2013-801-157 de Alienergy S.A. contra Álvaro José Márquez y Gestión Orgánica GEO S.A.S. E.S.P.

Delegatura para Procedimientos Mercantiles, auto n.º 800-006317 de 25 de abril de 2016, dentro del proceso 2016-800-096 de Luis Helí Tovar & Cía. E. en C. contra Embotelladora del Huila S.A.

Laudo Arbitral del 2 de octubre de 2007, Elio Sala Cerani contra Química Amtex S.A. y otros, Tribunal integrado por Luis Muñoz, Luis Barragán y Juan Sánchez, Cámara de Comercio de Medellín. Citado por Martínez, Néstor, Catedra de Derecho Contractual Societario.

Laudo de 29 de noviembre de 2005, Germán Alonso y Cía. Ltda. y otros contra Dataflux S.A. de C.V. y otra. Citado en Reyes, Villamizar, Derecho Societario, 3.º Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2016.

Laudo de 29 de noviembre de 2005, Germán Alonso y Cía. Ltda. y otros contra Dataflux S.A. de C.V. y otra. Citado en Reyes, Villamizar, Derecho Societario, 3.º Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2016

## **JURISPRUDENCIA EXTRANJERA**

*Kahm v. Tremont*, 694 A.2d 422 (Del. 1997).

*Lynch v. Vickers Energy Corp.*, 383 A.2d 278 (Del.1977).

*Donahue v. Rodd Electrotype Co.*, 367 Mass. 578 (1975)

*Smith v. Atlantic Props., Inc.*, 422 N.E.2d 708 (Mass. 1981).

*Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295, 306 (1939).

*Zahn v. Transamerica Corporation*, 162 F.2d 36 (3d Cir. 1947).

*Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545 (N.Y. 1928).

*Lydia E. Pinkham Medicine Co. v. Gove*, 303 Mass. 1 (1939)

*In the Matter of Radom & Neidorff, Inc.* 307 N.Y. 1, rearg. den. 307 N.Y. 701 (1954);

*Kruger v. Gerth*, 16 N.Y.2d 802 (1965)

*In the Matter of Gordon & Weiss, Inc.* 32 App. Div. 2d (N.Y.) 279, app. withdrawn, 25 N.Y.2d 959 (1969).

*Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell*. Citado en Davies, Paul y Worthington, Sara, Principles of Modern Company Law.