

**Mecanismos de Protección de Asociados Minoritarios en Grupos Empresariales
y Situaciones de Control.**

María José Henríquez Kitchen

Mariana Villa Noreña.

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho

2020

**Mecanismos de Protección de Asociados Minoritarios en Grupos Empresariales
y Situaciones de Control.**

María José Henríquez Kitchen

Mariana Villa Noreña

Monografía para optar por el título de abogadas

Universidad Eafit

Escuela de Derecho

Medellín 2020

Contenido

<i>Resumen</i>	5
<i>Abstract</i>	5
<i>Palabras clave</i>	5
<i>Objetivos</i>	6
i. General.....	6
ii. Específicos.....	6
<i>Introducción</i>	7
1. Capítulo I. Panorama general del derecho societario en Colombia	10
1.1. Definición.....	10
1.2. Asociados.....	11
1.2.1. Derechos y deberes de los asociados.....	12
1.3. ¿Cómo se toman las decisiones dentro de una sociedad?	25
1.3.1. Quórum y mayorías.....	28
1.4. Problemas que surgen entre mayorías y minorías: análisis económico del derecho. ...	31
1.4.1. Sociedades de capital difuso y concentrado.....	32
1.4.2. Problemas derivados de la distribución del capital.....	34
1.4.3. Conflictos de interés.....	39
2. Capítulo II. Subordinación: Situaciones de control y Grupos Empresariales	45
2.1. Consideraciones generales.....	45
2.2. Situaciones de Control.....	47
2.2.1. Efectos u obligaciones.....	53
2.3. Grupos Empresariales.....	58
3. Capítulo III: Mecanismos de protección de asociados y casuística en Colombia	67
3.1. Abuso del derecho al voto.....	67
3.2. Levantamiento del velo corporativo o desestimación de la personalidad jurídica.....	72
3.2. ¿Existen otros mecanismos?	75
3.2.1. Acción social de responsabilidad.....	75
3.2.2. Derecho de veto.....	82
3.3. Mecanismos ex-ante.....	83
3.4. Casos importantes.....	84
i. Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013. Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.	85
ii. Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014. Capital Airports Holding Company en contra CAH Colombia S.A.....	89
iii. Sentencia No. 800-60 del 23 de marzo de 2018. Alimentos Bonfiglio S.A.S en contra de Almacenes Éxito S.A.....	91
iv. Sentencia No. 800-25 del 4 de abril de 2016. Luz Stella Bedoya Henao y Andrea Catalina Sandoval Bedoya en contra de Luis Humberto Sandoval Rodríguez y Cristal S.A.S.....	94

v. Sentencia No. 800-119 del 18 de septiembre de 2015. Martha Cecilia López en contra de Comercializadora G.L. S.A.S.....	96
<i>Conclusiones.</i>	99
<i>Referencias.</i>	103

Resumen.

El presente trabajo tiene como objetivo indagar y aclarar qué entiende el ordenamiento jurídico y la doctrina colombiana por subordinación y grupos empresariales. De la misma forma, analizar algunas cuestiones relativas a la protección de los minoritarios en estas estructuras, así como determinar los diversos mecanismos de los que gozan estos asociados para hacer efectiva dicha protección. Lo anterior, se hará mediante el estudio de la ley, jurisprudencia y doctrina colombiana en materia societaria, y también en algunos casos del derecho comparado.

Abstract.

The main objective of the following work is to inquire and clarify what does the Colombian legal system and doctrine understand by subordination and entrepreneur groups. In the same way, analyse some issues related to minority shareholder's protection in these structures, as well as determine different mechanisms that these shareholders have to make effective the protection. The above will be done through the study of Colombian law and jurisprudence, doctrine in corporate matters, as well as reference to comparative law.

Palabras clave

sociedades; asociados; subordinación; situaciones de control; grupos empresariales; asociados minoritarios; mecanismos de protección.

Objetivos.**i. General.**

Analizar las diferentes desventajas que enfrentan los asociados minoritarios y con qué mecanismos de protección cuentan, en casos de subordinación empresarial, especialmente frente a situaciones de control y grupos empresariales.

ii. Específicos.

- i. Identificar cuándo se configura una situación de control y cuándo se consolida un grupo empresarial.
- ii. Establecer cuáles son las desventajas que implica ser asociado minoritario en Colombia.
- iii. Analizar cuáles son los problemas para los minoritarios derivados de la distribución del capital de la sociedad.
- iv. Definir los conceptos de grupo empresarial y situación de control en Colombia.
- v. Identificar cuáles son los mecanismos de protección de asociados minoritarios en Colombia para determinar si los mismos resultan idóneos a la subordinación empresarial.

Introducción.

En Colombia las sociedades se encuentran definidas en el artículo 98 del Código de Comercio (en adelante, CCO) como aquel contrato en el que dos o más personas se obligan a realizar un aporte con el fin de repartirse entre sí las utilidades, conformando entonces una persona jurídica independiente de sus asociados.

Existen diversos modelos de distribución de capital en las sociedades. Por un lado, en países anglosajones y en países en los cuales el mercado de valores es altamente desarrollado, las sociedades funcionan bajo el modelo de capital disperso. Por el contrario, en Colombia, como en otros países de tradición civilista, el modelo de distribución de capital generalmente utilizado es el modelo de capital concentrado, en el cual las sociedades se encuentran conformadas por dos tipos de asociados, a saber, los asociados mayoritarios y los minoritarios (en adelante, mayoritarios y minoritarios).

Dentro de cualquier estructura societaria, salvo en las sociedades colectivas y los gestores de las sociedades en comandita, el poder de decisión de los asociados se ve representado en el porcentaje de participación que estos tengan en el capital social, así como en la capacidad que tengan de emitir los votos constitutivos de una mayoría decisoria o calificada, dependiendo del tipo de participación que estos tengan. Nos encontramos, entonces, con que existe una considerable brecha entre mayoritarios y minoritarios. Debido a que los minoritarios se encuentran en una posición de desventaja dentro de la estructura societaria, el ordenamiento jurídico colombiano ha previsto unos mecanismos de protección de los cuales se pueden valer tanto los mayoritarios como los minoritarios; sin embargo, estos mecanismos no siempre son suficientes para ponderar dichas posiciones.

Esta situación de desventaja en la que se encuentran los minoritarios, se agudiza cuando estos hacen parte de sociedades sometidas a subordinación empresarial o de sociedades

vinculadas a un grupo empresarial, figuras que se encuentran definidas bien en el Código de Comercio colombiano como en la Ley 222 de 1995 (en adelante, Ley 222).

La subordinación es una figura que, debido a las actuales exigencias económicas derivadas de la globalización, se encuentra en auge, bien sea porque esta se manifiesta a través de situaciones de control empresarial o a través de la consolidación de grupos empresariales cuando esta concorra con la existencia de unidad de propósito y dirección. Según Reyes Villamizar “La actividad empresarial contemporánea se canaliza en buena medida a través de los grupos empresariales” (2017, p 307). Igualmente, el Consejo de Estado en la sentencia del 17 de mayo de 2002, con consejera ponente Olga Inés Navarrete Barrero, ha sostenido que para la actividad empresarial colombiana ha sido innegable la incidencia de la globalización e internacionalización, ya que para lograr la igualdad de condiciones de las empresas colombianas con las empresas extranjeras se han planteado beneficios económicos derivados de la adopción de esquemas asociativos, como lo son las figuras mencionadas.

De acuerdo con el Consejo de Estado en la sentencia del 24 de septiembre de 2019 con consejero ponente Édgar González López, en Colombia estas figuras son estudiadas desde dos ramas del derecho: por un lado, el derecho societario y, por el otro, el derecho de la competencia.

Es por esto que a través de este trabajo se indagará, desde el punto de vista del derecho societario, sobre las diferentes desventajas a las que se enfrentan los asociados minoritarios y con qué mecanismos de protección cuentan, en casos de subordinación empresarial, especialmente frente a situaciones de control y grupos empresariales.

Así, se identificará cuándo se configuran situaciones de control y grupos empresariales, y cuáles son las desventajas que presentan estas figuras desde el punto de vista de los minoritarios en Colombia, haciendo un análisis, primero, de cuáles son los problemas que se presentan para

estos asociados, y segundo, de cuáles son los mecanismos de protección con los que estos cuentan y su efectividad en panoramas de subordinación empresarial.

1. Capítulo I. Panorama general del derecho societario en Colombia.

1.1. Definición.

Para definir qué se entiende por sociedad en Colombia, es pertinente hacer referencia, como menciona Lisandro Peña Nossa (2017), al derecho de libre asociación, empresa e iniciativa privada consagrado en la Constitución Política colombiana de 1991. En este sentido, la sentencia C-041 de 1994 de la Corte Constitucional, plantea que este derecho se fundamenta en:

(...) la voluntad de las personas que deciden perseguir fines lícitos a través de una organización unitaria en la que convergen, según su tipo, los esfuerzos, recursos y demás elementos provenientes de sus miembros, y que sirven de medio para la realización del designio colectivo (...)

Sin embargo, continuando con lo expuesto por Peña Nossa, el derecho a la libre asociación, empresa e iniciativa privada no es un derecho de carácter absoluto pues encuentra ciertas limitaciones como lo es el artículo 95 de la Constitución Política, según el cual se tiene el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, prevaleciendo entonces el interés general sobre el privado (2017, p.6). Así, el autor define el término sociedad como la asociación tendiente a perseguir unos fines económicos o lucrativos, figura que es regulada por el CCO principalmente.

En el mismo sentido, como ya se mencionó, el artículo 98 del CCO define a la sociedad como aquel contrato en que “dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social (...)”. Según dicho artículo, surgirá una persona jurídica independiente. Adicionalmente, el artículo 99 de la misma disposición normativa establece que la capacidad de la sociedad estará circunscrita al objeto social de la misma. Sin

embargo, la Ley 1258 de 2008 (en adelante, Ley 1258) es una excepción a lo establecido en dicho artículo, pues permite que las Sociedades por Acciones Simplificadas (en adelante, S.A.S) tengan objeto social indeterminado.

Es importante resaltar que, aunque las sociedades pueden ser de naturaleza civil o comercial, la legislación aplicable será siempre la mercantil por disposición de la Ley 222. En este orden de ideas, Peña Nossa (2017) considera que el CCO “constituye el marco general de regulación, creación, organización, desarrollo y extinción de los tipos societarios” (p.36).¹

Asimismo, la sentencia C-707 de 2005 de la Corte Constitucional, define a la sociedad mercantil como aquella sociedad en la que priman los aportes económicos, por lo que no se soporta fundamentalmente en el derecho de asociación, sino en derechos y libertades económicas como el derecho a la propiedad y a la libre empresa.

1.2. Asociados.

De acuerdo con el artículo 98 del CCO, son asociados aquellas personas que se obligan a hacer un “aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.”. Estos asociados, según el artículo 124 del CCO, se obligan a hacer dicho aporte en el lugar y en la fecha estipulada en los estatutos sociales, y en caso de no pactarse la forma de pago del aporte, este

¹ Asimismo, existe la clasificación referida a las sociedades las sociedades de personas y a las sociedades de capital. Así, Peña Nossa (2017) define las sociedades de personas como aquellas en las que prima el elemento *intuitu personae*, pues se contrata en consideración a las calidades y atributos de la persona, siendo entonces una asociación de carácter cerrado. Por otro lado, las sociedades de capital las define como aquellas que se constituyen en consideración al capital sin importar las calidades y atributos de los asociados (p.36). Por su parte, Reyes Villamizar (2016) diferencia entre estas sociedades de la siguiente manera: en primer lugar, en las sociedades de personas, el elemento *intuitu personae* resulta determinante, así cualquier elemento que afecte las condiciones personales de los asociados tendrá repercusiones en la relación de estos, según el autor en estas sociedades la responsabilidad se extiende a los asociados y no se limita al monto del aporte. Por otro lado, define a las sociedades de capital como aquellas sociedades con estructura impersonal cuyo elemento determinante es *intuitu rei*, es decir, lo relevante es el concurso de los aportes de capital y no las condiciones personales de los asociados (p. 12). En esta última sociedad definida, principalmente la responsabilidad no se extiende a los asociados, siendo entonces una responsabilidad limitada.

deberá ser pagado por el asociado en el domicilio social tan pronto se encuentre constituida la sociedad.

La Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-707 de 2005, expresó que un socio es aquella persona que hace parte de una sociedad a la que libremente decidió unirse, en conocimiento de las normas reglamentarias y estatutarias, buscando principalmente un lucro subjetivo. En este orden de ideas, para que el contrato social sea válido respecto de cada uno de los asociados, el artículo 101 CCO establece que será necesario constatar la capacidad legal; el consentimiento exento de error, fuerza o dolo; y el objeto y la causa lícita. Sin embargo, en caso de ausencia de alguno de los elementos mencionados, se afectará únicamente la relación del asociado con la sociedad.

Para Peña Nossa, un socio es “aquella persona natural o jurídica que se reúne con otra u otras personas para desarrollar una actividad y obtener una utilidad” (2017, p. 39). Sin embargo, es pertinente mencionar que, para el autor, el término socio es un término general que abarca tanto a accionistas como a socios en el sentido estricto. Así, considera que se obtiene la calidad de socio bien cuando la persona ingresa a la sociedad a través del acto de constitución, o bien a través de la realización de unos aportes posteriores a la constitución (2017, p. 39). En este último caso, la calidad se hará efectiva a partir de la inscripción en los libros de la sociedad.

Teniendo en cuenta las definiciones anteriores, para efectos de este trabajo, se utilizará el término “asociado” para hacer referencia bien sea a socio o a accionista.

1.2.1. Derechos y deberes de los asociados.

Continuando con lo expuesto por Peña Nossa (2017), existen algunos derechos inherentes a la calidad de asociado, que pueden clasificarse en dos categorías: económicos y administrativos. Los primeros son aquellos que permiten que el asociado reciba utilidades, negocie libremente

sus acciones (en caso de ser posible), suscriba nuevas acciones, reciba los remanentes en caso de liquidación y ejerza el derecho de retiro. Los segundos son aquellos que le otorgan al asociado el derecho a ser convocado en reuniones y a votar en estas, el derecho a la información, impugnación de los acuerdos sociales y del balance de liquidación, y el derecho de inspección (p. 41).

Reyes Villamizar afirma que “a cada acción se le vincula un conjunto de derechos” (2016, p. 462). Así, tanto en el CCO como en la Ley 222 pueden encontrarse diversas disposiciones normativas en las cuales se consagran facultades derivadas o inherentes a la calidad de asociado. Dichos derechos se clasifican en dos; por un lado, se encuentran los derechos de contenido económico y por el otro los derechos de participación, también conocidos como derechos políticos. Para el autor mencionado, los derechos económicos son aquellos que permiten que el asociado reciba una proporción de las utilidades y de los activos de la sociedad; ejercer el derecho de preferencia para suscribir nuevas acciones; retirarse de la sociedad y obtener un reembolso anticipado de su participación; y enajenar libremente sus acciones, salvo que exista el derecho de preferencia. Los derechos de participación, por su parte, permiten que el asociado participe con voz y voto en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas o junta de socios, y también que este sea convocado a las reuniones. Asimismo, existe el derecho a impugnar las determinaciones adoptadas en la asamblea general de accionistas y junta de socios, entre otros.

Sin perjuicio de lo anterior y continuando lo expuesto por el mencionado autor, los derechos inherentes a la calidad de asociado son derechos que versan sobre aspectos sustanciales, por lo que en ciertos casos el disfrute de estos derechos puede implicar la interposición de acciones judiciales, siendo necesario que cada derecho sustancial esté acompañado de un derecho adjetivo, bien sea para acudir a instancias judiciales o al arbitraje en caso de estar así estipulado.

En el presente trabajo se hará énfasis tanto en los derechos administrativos o políticos como en los económicos, especialmente en el derecho a participar en las deliberaciones del máximo órgano social y a votar en estas, derecho que no es de carácter absoluto, pues puede encontrar ciertas limitaciones, así como en el derecho a recibir utilidades. Así las cosas, a modo ilustrativo se explicará brevemente de cada uno de los derechos, tanto políticos como económicos, anteriormente referenciados por ambos autores.

1.2.1.1. Derecho a participar en las deliberaciones del máximo órgano social y a votar en ellas:

Este derecho político o de participación inherente a la calidad de asociado depende del tipo societario. Como se observa en Reyes Villamizar (2016), en las sociedades en las que el capital social está distribuido en cuotas o en acciones, los derechos de participación del asociado dependerán del porcentaje de su participación en el capital social. Por el contrario, en las sociedades en que el capital se distribuye a través de partes de interés, no dependerá del porcentaje de participación que este tenga, ya que cada asociado tendrá un voto (p,43). Sin embargo, independiente del tipo societario, este es un derecho inherente a la calidad de asociado que puede ejercerse mediante interpuesta persona, es decir, puede ser ejercido a través de un apoderado tal como dispone el artículo 184 del CCO.

Resulta pertinente mencionar las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto consagradas en el artículo 63 de la Ley 222. Aunque en estos casos se le niega al accionista el derecho al voto, los titulares de estas acciones tendrán derecho a votar únicamente en tres circunstancias: en primer lugar, cuando las decisiones del máximo órgano social busquen aprobar medidas que puedan desmejorar sus condiciones o derechos; en segundo lugar, cuando el asunto a votar sea la conversión de dichas acciones en acciones ordinarias; y por último, en los casos señalados en el reglamento de suscripción de acciones.

Adicionalmente, respecto a este derecho político resulta pertinente mencionar la existencia de las acciones con voto múltiple introducidas por la Ley 1258, las cuales según el Oficio 220-192290 del 30 de noviembre de 2018 de la Superintendencia de Sociedades (en adelante, Supersociedades) eliminan el principio que establece que una acción da un voto, facilitándose así la creación de situaciones de control. Asimismo, la Supersociedades sostuvo que:

(...) permiten que una acción en particular confiera a su titular el derecho a emitir más de un voto en las decisiones de la asamblea general de accionistas, concepto que se contrapone al que de ordinario supone que cada acción otorga un solo voto y que es la regla acogida en la ley colombiana para el caso de las acciones en la sociedad anónima y en la sociedad en comandita por acciones. (Oficio 220-121211, 2009 como se citó en el Oficio 220-065556 de 2010)

De lo anterior se puede entender que el derecho a participar en las deliberaciones del máximo órgano y a votar en estas se puede ver limitado en los casos en los que se está en presencia de acciones con dividendo preferencial sin derecho al voto o acciones de industria. No obstante, por todo lo demás, podría sostenerse que realmente sí es un derecho inherente a la calidad de asociado.

Reyes Villamizar sostiene que para que estos derechos puedan realmente ser ejercidos es necesario que los asociados sean convocados en forma oportuna a todas las reuniones del máximo órgano social y que para que no se pierda el ejercicio de este derecho, el máximo órgano social deberá reunirse por lo menos una vez al año (2016, p.462)

Ahora bien, haciendo una comparación con otros ordenamientos jurídicos, en este caso, España, país en el que la mayoría de las cuestiones societarias están reguladas en la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), nos encontramos con el derecho que tienen los asociados minoritarios para solicitarle a los administradores que se haga una convocatoria de

junta general extraordinaria de socios. Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 168 de la LSC, según el cual, un número plural o singular de socios que representen al menos el 5% del capital social, podrán pedir que se convoque a dicha reunión para tratar temas específicos. Si bien es un derecho, este artículo les confiere a los asociados minoritarios una herramienta o mecanismo para deliberar sobre asuntos con los cuales no estén de acuerdo. Igualmente, según lo establece el artículo 239 de la LSC, en esta reunión convocada por el 5% del capital social, se podrá decidir sobre acciones de responsabilidad social, que serán explicadas más adelante. En caso de que esta convocatoria no se lleve a cabo por los administradores, el artículo 169 de la LSC faculta al juez mercantil para efectuar la convocatoria en el domicilio social, por lo cual, es un mecanismo que está respaldado judicialmente.

1.2.1.2. Derecho a participar en el reparto de utilidades:

Este derecho económico está condicionado a la existencia de utilidades al final de cada ejercicio, pues debe comprobarse a través de los balances o estados financieros la existencia de utilidades. Peña Nossa, considera que este es el móvil principal por el cual una persona decide vincularse a una sociedad (2017, p 41). Esta distribución de utilidades, de acuerdo con el artículo 150 del CCO, deberá ser principalmente proporcional a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada uno de los asociados. Sin embargo, se deja abierta la posibilidad de establecer por medio de los estatutos sociales, una distribución diferente.

Sobre el reparto de utilidades, el artículo 155 del CCO establece que, si en los estatutos no se fija una mayoría decisoria para el reparto de utilidades, se aprobará con el voto favorable de un número plural de asociados que represente el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión. Si no se obtiene dicha mayoría, deberá distribuirse por lo menos el 50% de las utilidades líquidas, con excepción de las S.A.S, en

las que la decisión podrá adoptarse con el voto de un número singular o plural de accionistas que represente la mitad más una de las acciones presentes en la reunión².

Las utilidades pueden ser pagadas en dinero o en especie. El Oficio 220-028457 del 9 de abril de 2019 de la Supersociedades citando diferentes oficios de la misma entidad explica que, “excepcionalmente se podrá pagar el dividendo no en dinero sino en acciones, caso en el cual el legislador fue explícito en expresar que éste podría realizarse con acciones de la misma sociedad”. Así, cuando la repartición de utilidades sea en títulos de participación de la sociedad, esta debe ser aprobada por una mayoría calificada del 80% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión. Sin embargo, es factible realizar dicha distribución a través de bienes en especie que no sean acciones, cuotas o partes de interés, siempre y cuando los asociados estén de acuerdo con esta distribución. Adicionalmente, la Supersociedades considera que, en caso de no lograr la mayoría calificada, el pago podrá darse por medios diferentes al dinero, siempre que medie el consentimiento expreso de cada accionista.

1.2.1.3. Derecho a negociar libremente las acciones.

A diferencia de las partes de interés y las cuotas sociales en las sociedades de personas, en las sociedades de capital las acciones son generalmente de libre negociación tal como dispone el artículo 403 del CCO. En este caso tampoco se está frente a un derecho de carácter absoluto, pues encuentra limitaciones o excepciones, por ejemplo, cuando se pacta el derecho de preferencia a favor de la sociedad, de los accionistas o de ambos. La negociación de las acciones se hace atendiendo a la ley de circulación del título,

² Tal como dispone el artículo 22 de la Ley 1258, adicionalmente, según dispone el artículo 38 de dicha Ley, en las S.A.S no se tiene la prohibición contemplada en el artículo 155 del CCO por lo que no se tiene la exigencia de una mayoría calificada del 78% para la toma de esta decisión.

específicamente al ser las acciones de carácter nominativo la circulación deberá hacerse mediante entrega, endoso e inscripción del nuevo adquirente en los libros de la sociedad (Rengifo, 2015, p. 354).

No obstante, el derecho de preferencia no es la única excepción a la libre negociabilidad de las acciones. El CCO establece otras limitaciones a la libre negociabilidad, así, el artículo 403 de dicha disposición consagra las siguientes limitaciones: : i) en caso de negociación de acciones privilegiadas se estará dispuesto al particular; ii) el derecho de preferencia; iii) la negociación de acciones de industria no liberadas necesitará la aprobación de la junta directiva o de la asamblea general de accionistas; y iv) en caso de acciones gravadas con prenda, será necesaria la autorización del acreedor. Adicionalmente, la Ley 1258 consagra una limitación adicional al ejercicio libre de este derecho, pues se permite que en los estatutos se pacte la prohibición de negociar acciones, siempre que dicha prohibición no exceda el término de 10 años.

1.2.1.4. Derecho a la fiscalización individual.

Una de las diferencias entre sociedades de personas y de capital, es aquella relacionada con la administración de la sociedad. Peña Nossa afirma que en las sociedades de personas -como lo es la sociedad colectiva-, la administración y la representación de la sociedad les concierne a todos y a cada uno de los asociados que la integran tal como dispone el artículo 310 del CCO, pero nada obsta para que la administración de estas sociedades sea delegada (2017, p.71). Por el contrario, plantea el autor que, en sociedades de capital, como lo es la sociedad anónima, se encuentran órganos de carácter jerárquico. Es por esto que, como afirma Reyes Villamizar, los accionistas de la sociedad anónima no tienen vocación directa de participar en la administración de la sociedad, por lo que se hace necesario que la ley permita el derecho de inspección a favor de estos accionistas (2016, p. 470)

De forma general, el derecho de inspección se encuentra regulado en el artículo 48 de la Ley 222, según el cual permite a los socios inspeccionar sobre los libros y papeles de la sociedad dentro de los términos establecidos en la ley, pero no permitirá a los asociados inspeccionar documentos en los que reposen secretos industriales o datos que de ser divulgados perjudiquen a la sociedad. Asimismo, la Supersociedades a través del Oficio 220-123598 del 22 de junio de 2017 sostuvo que el derecho de inspección es un derecho inherente a la calidad de asociado, el cual tiene como finalidad informar sobre la situación administrativa, contable y jurídica de la sociedad. Sin embargo, menciona la Supersociedades que no se trata de un derecho absoluto ya que tiene limitaciones por contenido o por temporalidad.

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 48 de la Ley 222 el cual resulta aplicable a todas las sociedades comerciales. Sin embargo, como se mencionó existen limitaciones al ejercicio de este derecho, algunas de estas limitaciones son:

- i. La oportunidad para ejercer el derecho: el artículo 314 del CCO dispone que en el caso de las sociedades colectivas no existe limitación temporal para el ejercicio de este derecho por lo que los asociados podrán inspeccionar los libros y papeles de la sociedad en cualquier tiempo. El artículo 328 del CCO regula el derecho de inspección para las sociedades comanditas simples, según este artículo al igual que en las sociedades colectivas tampoco existe limitación temporal para su ejercicio. El derecho de inspección para las sociedades de responsabilidad limitada se encuentra regulado en el artículo 369 del CCO, el cual tampoco establece un límite temporal. A diferencia de las sociedades anteriores, el artículo 379 del CCO aplicable a las sociedades anónimas condiciona el ejercicio de este derecho a los quince días hábiles anteriores a la reunión del máximo órgano social. Para el caso de las S.A.S deben tenerse en

cuenta los artículos 20 y 21 de la Ley 1258, según los cuáles el ejercicio de este derecho se limita bien a 5 días antes de la reunión en la cual se aprueben los balances de fin de ejercicio o se aprueben operaciones de transformación, fusión o escisión. Sin embargo, en el caso de las S.A.S se puede pactar un término superior al establecido en la Ley para ejercer el derecho de inspección.

- ii. Lugar y forma de ejercerlo: el derecho de inspección deberá ejercerse en las oficinas de administración de la sociedad, sin importar del tipo societario que sea (Circular Básica Jurídica, 2017, p. 28).
- iii. Alcances: sobre el contenido del derecho de inspección es pertinente mencionar que no es absoluto e ilimitado, pues está condicionado a las materias y asuntos propios de las asambleas ordinarias, excluyendo documentos que contengan secretos industriales o información que de divulgarse perjudique a la sociedad. Son entonces objeto de inspección: i) los libros de contabilidad; ii) la correspondencia; iii) el libro de actas de asamblea, junta de socios o junta directiva; iv) el libro de registro de socios y accionistas; v) los balances generales de fin de ejercicio y las cuentas de resultados; vi) el detalle de cuenta de pérdidas y ganancias; vii) el proyecto de distribución de utilidades; viii) el informe de junta directiva sobre la situación económica y financiera de la sociedad; ix) el informe escrito del representante legal sobre su gestión y las medidas recomendadas a la asamblea; x) el informe escrito del revisor fiscal. (Circular Básica Jurídica, 2017, p. 29).

De esta forma, al igual que en el ordenamiento jurídico colombiano, nos encontramos con que en España, está consagrado el derecho de información que tienen los asociados en general, que puede llegar a ser un mecanismo de protección para los minoritarios, como se verá. Los artículos 196 y 197 de la LSC, tienen regulado el derecho de información para las sociedades

de responsabilidad limitada y para las sociedades anónimas, que son las dos principales sociedades de capital en el ordenamiento jurídico español. Así, nos encontramos en estos artículos con que los asociados pueden pedir la información respectiva para esclarecer o conocer el contenido del orden del día de cualquier reunión de la junta general. No obstante, para la sociedad anónima hay un limitante temporal para el ejercicio de este derecho, pues este solo puede ser ejercido hasta el séptimo día antes a la celebración de la reunión. En el numeral 3 del artículo 196 y el numeral 4 del artículo 197, nos encontramos con una protección expresa para los asociados minoritarios: no podrá negarse la entrega de la información cuando la solicitud de esta esté respaldada por un número de asociados que representen al menos el 25% del capital social; no obstante, en el caso de las sociedades anónimas se podrá pactar un porcentaje diferente, no menor al 5%.

1.2.1.5. Derecho a recibir cuota social de liquidación.

Este derecho económico consiste en que una vez liquidada la sociedad, los asociados tendrán derecho a un porcentaje de los activos sociales en proporción a su participación en la sociedad. Reyes Villamizar explica que la distribución del remanente entre los asociados se hará al mismo tiempo, a no ser que se haya pactado reembolso preferencial (2016, p.471)

El artículo 247 CCO establece que una vez pagado el pasivo social, el remanente se distribuirá entre los asociados según lo estipulado en los estatutos o según la forma en que lo acuerden. Dicha distribución, deberá tener constancia en un acta que deberá protocolizarse en notaría donde se evidencia el nombre del asociado, así como el valor recibido a título de liquidación. En el caso específico de la S.A.S, el artículo 36 de la Ley 1258 remite al procedimiento señalado para la liquidación de las sociedades de responsabilidad limitada, procedimiento establecido en el artículo del CCO antes referenciado, según el cual, la distribución de las utilidades deberá constar en un acta que igualmente deberá protocolizarse en una notaría del domicilio social.

1.2.1.6. Derecho de preferencia en la suscripción de acciones.

A diferencia de lo analizado anteriormente sobre el derecho de preferencia, en este caso no se hace referencia a una limitación a la libre negociabilidad de las acciones, sino al derecho del accionista a suscribir preferentemente nuevas acciones que sean emitidas por la sociedad. Reyes Villamizar sobre este derecho ha dicho que consiste en la posibilidad que tiene el accionista de suscribir con anterioridad a terceros una cantidad de acciones proporcional a las que el posea al momento de la oferta (2016, p. 471)

1.2.1.7. Derecho a impugnar los acuerdos sociales.

De acuerdo con Peña Nossa, este es un derecho que consiste en contradecir o refutar una decisión que se cree que es errónea o ilegal, con el fin de proteger tanto a las minorías como los derechos de los demás miembros de la sociedad y de la sociedad misma (2017, p, 45). Según el artículo 191 del CCO, este derecho podrá ejercerse dentro de los dos meses siguientes a la adopción de dicha decisión por parte del máximo órgano social, o a la fecha de la inscripción del acto o acuerdo, según el caso, por administradores, revisores fiscales y socios ausentes o disidentes en las reuniones del máximo órgano social.

Nos encontramos con que este derecho también está establecido en el ordenamiento jurídico español, consagrado en los artículos 204 y 251 de la LSC. De acuerdo con el primer artículo, “Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”. De igual forma, establece que aquellos acuerdos que sean impuestos de manera abusiva por los asociados mayoritarios podrán ser impugnados cuando lesionen el interés social. Por otro lado, el artículo 251 le abre la posibilidad a los asociados que representen el 5% del capital social para que impugnen aquellos acuerdos emitidos por órganos

colegiados de la administración de la sociedad que sean nulos o anulables. Por último, de acuerdo con el artículo 232 de la LSC, la acción de responsabilidad, que se mencionará con posterioridad, no interfiere en lo absoluto para el ejercicio de esta acción de impugnación en actos y contratos celebrados en virtud de una violación del deber de lealtad de los administradores.

1.2.1.8. Derecho de retiro.

Para Reyes Villamizar, el derecho de retiro es “la facultad que tienen los asociados de separarse de la sociedad y obtener el reembolso anticipado de su participación cuando se produzca un cambio fundamental de las circunstancias que propiciaron la asociación (...)” (2016, p. 472). Asimismo, considera que la aplicación de este derecho es restrictiva ya que se limita a circunstancias excepcionales que representen un riesgo para el asociado.

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 12 de la Ley 222 según el cual los asociados ausentes o disidentes podrán retirarse de la sociedad cuando la transformación, fusión o escisión impongan mayor responsabilidad a los asociados o desmejoren sus derechos patrimoniales. El mismo artículo define que debe entenderse por desmejora de los derechos patrimoniales, así establece que procede el derecho de retiro cuando: i) se disminuya el porcentaje de participación del asociado; ii) cuando disminuya el valor patrimonial de la acción, cuota o parte de interés o se reduzca el valor nominal de la acción o cuota, siempre que en este caso se produzca una disminución de capital; iii) cuando se limite o disminuya la negociabilidad de la acción.

Adicionalmente, el artículo 14 de la misma ley regula el ejercicio de este derecho y sus efectos. Este artículo establece que serán los asociados ausentes o disidentes los titulares de este derecho y podrán ejercerlo dentro de los 8 días siguientes a la adopción de la respectiva decisión y deberá hacerse a través de una comunicación escrita al representante legal. Los efectos del derecho de retiro frente a la sociedad se producen desde el momento en que el representante

legal reciba dicha comunicación y los efectos frente a terceros se producen desde su inscripción en el Registro Mercantil o en el libro de accionistas.

Una vez explicados de manera breve los derechos de los asociados, es importante hacer referencia a los deberes de los mismos. Así, Juan Esteban Sanín (2018), considera que en las normas del ordenamiento jurídico colombiano no se indican cuáles son los deberes de los accionistas, a diferencia de lo que sucede con los derechos anteriormente expuestos. Siguiendo lo dicho por Sanín, solo se encuentran insinuaciones de cuáles pueden ser los deberes de los asociados, considera él que algunos de estos deberes son: i) deber de lealtad; ii) respetar los estatutos sociales; iii) ejercer sus derechos; iv) hacer el pago del aporte en el momento adecuado y de la forma correcta. Adicionalmente, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-707 de 2005 ha dicho que:

(...) el accionista minoritario tiene también los deberes que le impone el hecho de haber decidido participar del contrato social, uno de los cuales es aceptar las decisiones de carácter general que por mayoría imponga la asamblea general para beneficiar a la sociedad, en los términos y dentro de las competencias que le asigna la ley y los estatutos de la sociedad.

De igual forma, de acuerdo con Nicolás Polanía Tello (2012), la buena fe tiene incidencia de manera directa con la regulación de las S.A.S., pues al contar con un régimen tan flexible, es muy importante la conducta de cada una de las partes que componen la sociedad (p. 285). Sin embargo, sostiene que este deber de buena fe y todos los que se derivan de este, no son ajenos a los otros tipos societarios regulados en el CCO, pues frente a estos, la buena fe también debe ser tenida en el actuar social.

Así, puede evidenciarse que el ejercicio de los derechos inherentes a la calidad de asociado puede configurar indirectamente mecanismos de protección a los asociados, bien sean estos mayoritarios o minoritarios, pues no se circunscriben a la calidad que estos tengan.

1.3. ¿Cómo se toman las decisiones dentro de una sociedad?

De acuerdo con Reyes Villamizar (2016) las sociedades tienen diversas limitaciones, una de ellas es que estas deben actuar conforme al desarrollo de su objeto social, y para hacerlo deben valerse de su estructura orgánica; es decir, no pueden actuar de forma directa sino a través de sus órganos o representantes (2016, p.587) Es así como en Colombia prima la teoría organicista, bajo la cual, se entiende que la persona colectiva y sus órganos no tienen voluntad de manera natural; sin embargo, como estos órganos están compuestos por personas físicas que sí cuentan con voluntad propia, aquello a lo que se llama “voluntad colectiva” no es un proceso natural, sino una imputación jurídica, que en últimas termina siendo declarada y ejecutada por medio de los órganos sociales (como se citó Reyes Villamizar, 2016, p. 587)

Julio Atehortúa Ochoa explica que la teoría organicista consiste en afirmar que las personas jurídicas están conformadas por distintos órganos de actuación que persiguen fines colectivos distintos a los fines particulares buscados por cada uno de los asociados (2005, p. 56). Dichos órganos se encuentran conformados por distintas personas naturales, quienes manifiestan su voluntad como si fuera la voluntad de la persona jurídica.

Así, se tiene entonces, que las sociedades toman sus decisiones a través de sus órganos o representantes. Órganos que pueden ser de deliberación y decisión, como la asamblea general de accionistas o la junta de socios; órgano orientador de la administración como la junta directiva; órgano de representación y ejecución como el representante legal; y el órgano de fiscalización como el revisor fiscal.

Peña Nossa considera que la asamblea general de accionistas y la junta de socios, son el máximo órgano social, ya que son los órganos encargados de la dirección de la sociedad y es a través de estos que los asociados expresan su voluntad, por medio de actos deliberatorios y

decisorios (2017, p. 331). Las decisiones que se adopten en estos órganos deben estar sujetas a la ley y a lo estipulado en los estatutos. Las decisiones aquí adoptadas deben expresar el querer social, ya que estas serán obligatorias para todos los asociados en la medida en que sean de carácter general, tal como dispone el artículo 188 CCO.

Las decisiones se adoptan a través de un número determinado de votos a favor de la misma, de lo que se desprende que el voto sea el mecanismo adecuado para la toma de decisiones; y como menciona Peña Nossa se caracteriza por ser un acto individual y unilateral a través del cual cada asociado manifiesta su voluntad sobre la decisión sometida a consideración (2017, p. 141). El número de votos que tendrá cada asociado depende exclusivamente del tipo societario, del porcentaje que este tenga en el capital social, así como el tipo de participación que tenga. Con respecto a las acciones, en la S.A.S, es posible que una acción conceda más de un voto al accionista, pues existe la posibilidad del voto múltiple consagrado en el artículo 11 de la Ley 1258.

La Supersociedades en la Circular Básica Jurídica del 2017 explica que cada asociado deberá votar con todas sus acciones en un solo sentido pues la regla general es que un asociado no puede votar en diferente sentido respecto a una misma decisión (p. 43), pues la figura del fraccionamiento del voto no es permitida, salvo ciertas excepciones como lo es en el caso de las S.A.S, según dispone el artículo 23 de la Ley 1258 podrá fraccionarse el voto para la elección de juntas directivas o de otros cuerpos colegiados.

Según el artículo 187 del CCO, corresponde privativamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios, según el caso, adoptar decisiones concernientes a: i) estudiar y aprobar las reformas de los estatutos; ii) examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deban rendir los administradores; iii) disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a las leyes; iv) hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos o las leyes, fijar las asignaciones de las personas así elegidas y removerlas libremente;

v) considerar los informes de los administradores o del representante legal sobre el estado de los negocios sociales, y el informe del revisor fiscal, en su caso; vi) adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados; vii) constituir las reservas ocasionales; y viii) las demás que les señalen los estatutos o las leyes.

De acuerdo con el autor antes mencionado, existen también competencias facultativas de la asamblea general de accionistas o de la junta de socios, como lo son el nombramiento del representante legal de la sociedad, la autorización para la adquisición o venta de acciones, realizar el reglamento de suscripción de acciones y aprobar el prospecto de emisión y colocación de acciones.

Sobre la forma en la que se toman las decisiones dentro de estos órganos, la sentencia C-707 de 2005 hace referencia al principio democrático, ya que, ante la inexistencia de un consenso pleno, la mejor regla para la adopción de decisiones generales, cuando ello resulte necesario, es la regla de las mayorías. Esta regla consiste en adjudicar a la mayoría de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la asamblea o junta, la facultad de adoptar las decisiones, definir el rumbo y controlar al ente social. Así, considera la Corte que en virtud del principio democrático surge lo que en derecho societario se conoce como “democracia societaria” bajo la cual se configura el interés colectivo y el querer social.

Según lo expuesto a lo largo de este capítulo cobra sentido que, bajo la idea de democracia societaria, tanto mayoritarios como minoritarios estén en igualdad de condiciones debido a que no se vulneran los derechos de los últimos en el entendido de que las decisiones son adoptadas de manera democrática, además porque estas no son adoptadas basadas en el interés particular de cada asociado sino en el interés social. Sin embargo, como menciona la anterior sentencia, las decisiones son normalmente adoptadas según los intereses de quien ejerce el control. En consecuencia, el mayoritario o controlante de la sociedad tiene la posibilidad de subordinar a la asamblea o junta tomando decisiones sin atender a los intereses o derechos de los otros

asociados, por lo que la Corte Constitucional considera pertinente que la ley en ciertos casos proteja a los minoritarios. Así, la ley 222 y el Decreto 1080 de 1996 derogado por el Decreto 1023 de 2012 establece en cabeza de la Supersociedades el deber de proteger a los asociados minoritarios contra prácticas arbitrarias o abusivas de los mayoritarios. De esta situación, se derivan diversos problemas que serán expuestos a lo largo de este trabajo.

1.3.1. Quórum y mayorías.

Como se mencionó, la regla general para tomar decisiones es la regla de las mayorías, sin embargo, es pertinente hacer referencia también al quórum. El quórum, según Peña Nossa es el “número plural mínimo de socios requerido en los estatutos o en la ley para deliberar o decidir válidamente, es decir, el mínimo de personas que deben concurrir o estar representadas en la reunión para que se pueda deliberar (...)” (2017, p. 352). Asimismo, considera que el quórum es un elemento esencial para la constitución y funcionamiento de la asamblea o junta, pues sin el quórum establecido previamente por los asociados en los estatutos, la asamblea o junta será inexistente y las decisiones tomadas en la misma serán ineficaces. Además, sostiene que existen diferentes criterios para establecer el quórum en una sociedad, estos criterios son: i) criterio personalista; ii) criterio capitalista; y iii) criterio mixto. Según el autor, la legislación colombiana adopta un criterio mixto para las sociedades por acciones según el cual se requiere un número plural (o singular, en el caso de las S.A.S) de asociados que represente un determinado porcentaje del capital social, pero también se adopta un criterio personalista en las sociedades de personas según el cual basta un número plural de asociados para dar inicio a la asamblea y poder deliberar.

Según el artículo 427 CCO derogado por el artículo 68 de la Ley 222, que resulta aplicable a todos los tipos societarios por remisión del artículo 186 CCO, en caso de no pactar quórum en los estatutos de la sociedad, se entenderá supletivamente que habrá quórum deliberatorio

cuando en la asamblea o junta esté presente un número plural de asociados que represente por lo menos la mitad más una de las acciones en que se encuentra dividido el capital. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 1258 del 2008, en las S.A.S. no es necesario el requisito de la pluralidad.

Es relevante mencionar que el quórum deliberatorio referenciado anteriormente y que se encuentra consagrado en el artículo 68 de la Ley 222, es diferente al quórum en las reuniones universales regulado en el artículo 426 del CCO, pues en estas últimas deberá estar presente la totalidad del capital social para poder deliberar y tomar decisiones válidas.

Por su parte, la mayoría para tomar decisiones según Peña Nossa es clasificada según el tipo de reunión que se lleve a cabo en la asamblea general de accionistas o en la junta de socios de la siguiente manera: i) mayoría decisoria; ii) mayoría para segunda convocatoria; iii) mayoría en reuniones por derecho propio; y iv) mayorías especiales (2017, p.356-357). La mayoría decisoria se encuentra regulada en el artículo 68 de la Ley 222, artículo que como menciona el autor es de carácter imperativo por lo que no podrá ser modificable vía estatutos sociales, con excepción de las sociedades anónimas o comanditas por acciones cuando estas no negocien sus acciones en el mercado público de valores. Sostiene que en el caso de las reuniones de segunda convocatoria y en las reuniones por derecho propio se podrá decidir y deliberar con un número plural de asociados (excepto si se trata de una S.A.S, como se dijo anteriormente) sin importar la cantidad de acciones representadas tal como dispone el artículo 69 de la Ley 222, pero en dichas reuniones, aunque se trate de un quórum y una mayoría diferente, no se podrán desconocer las mayorías especiales definidas en la ley.

La Supersociedades a través de la Circular Básica Jurídica del 2017, establece la exigencia de mayorías calificadas para los siguientes temas: i) Distribución de utilidades líquidas; ii) Colocación de acciones sin sujeción al derecho de preferencia; iii) Pago de dividendo en acciones; iv) Aprobación de estados financieros; y v) Elección del revisor fiscal. Sin embargo,

nada obsta para que, en ciertos casos por medio de los estatutos sociales, se establezcan otras mayorías calificadas, o se aumente el porcentaje de las que ya están establecidas por la ley, pues no existe ninguna prohibición expresa para esto en la legislación mercantil.

Adicionalmente, Reyes Villamizar (2016, p. 617) considera que las mayorías decisorias en las sociedades que negocien sus acciones en el mercado público de valores deberán tener en cuenta como factor para calcular las mayorías mínimas decisorias el quórum de la reunión y no el número de acciones suscritas.

La Supersociedades a través del Oficio 220-109738 del 30 de diciembre de 1999 ha dicho que es viable para las sociedades de responsabilidad limitada contemplar mayorías decisorias diferentes a las consagradas en el artículo 68 de la Ley 222 pues esta ley no introdujo modificación alguna, por lo cual permanecen vigentes las disposiciones del CCO para tal efecto.

En el mismo sentido, la Supersociedades en la sentencia de la Corte Constitucional C-707 de 2005 intervino y sostuvo:

(...) la ley establece quórum y mayorías ordinarias para que la asamblea adopte decisiones rutinarias y especiales o calificadas para la adopción de decisiones particularmente importantes como las que se refieren al reparto de utilidades. En estos casos, la mayoría calificada tiene la función de proteger los derechos de la mayor cantidad de accionistas sin que la aplicación del principio democrático suponga vulneración de los derechos de quienes no estuvieron de acuerdo con la decisión adoptada (...) (Corte Constitucional, C-707 de 2005).

1.4. Problemas que surgen entre mayorías y minorías: análisis económico del derecho.

De la clasificación de sociedades según la participación de los asociados en el capital social, surgen diversos problemas, como lo son aquellos derivados de la forma en que el capital se encuentra distribuido, bien sea de forma difusa o concentrada, el problema de agencia el cual se presenta por tres causales principales, y los conflictos de interés. Estos problemas cobran especial relevancia en sociedades en situación de control o vinculadas a grupos empresariales, figuras del derecho societario que se explicarán en el capítulo II del presente trabajo.

Para este propósito, resulta pertinente mencionar que la Superintendencia Financiera de Colombia ha definido qué se entiende por asociado minoritario de la siguiente forma:

(...) Aquel accionista que por su reducido número de acciones no tiene capacidad de controlar directa o indirectamente a la sociedad ni de influir en la toma de decisiones, o aquel definido como tal de acuerdo con los Estatutos de la sociedad o de las normas vigentes. (Código de Mejores Prácticas Corporativas - Código País).

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-707 de 2005 afirma que los socios persiguen un ánimo de lucro, y tendrán mayor interés entre mayor haya sido su aporte, que bien puede ser representado en acciones, cuotas o partes de interés, como se mencionó anteriormente.

Así, al asociado minoritario se le confiere una serie de derechos especiales destinados a garantizar su participación en las utilidades y a protegerse de decisiones arbitrarias de socios mayoritarios, como se indicó anteriormente.

No obstante, como se ha mencionado, la clasificación entre mayorías y minorías se presenta en las sociedades de capital, y en algunas sociedades consideradas mixtas ya que tienen características de ambos tipos de sociedades, es decir, de sociedades de personas como de

sociedades de capital, tal como es el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y de la sociedad comandita simple, sociedades en las que el asociado tendrá un número de votos proporcional a su participación en el capital social y al tipo de participación que este tenga. Una excepción a lo anterior se encuentra contemplada en la Ley 1258 la cual permite la existencia de acciones con voto múltiple en las cuales no resulta determinante la cantidad de acciones sino la cantidad de votos que cada acción le concede a su titular.

Teniendo en cuenta esto, consideramos que la calidad de mayoritario que tenga un asociado no se adquiere simplemente por el porcentaje de participación que se tenga en el capital social, sino también a través de la posibilidad de emitir votos múltiples constitutivos de una mayoría mínima decisoria o mayoría calificada para la toma de decisiones a través de las acciones que este posea, que en el caso de las S.A.S el asociado podrá tener la calidad de mayoritario con únicamente una acción con voto múltiple.

1.4.1. Sociedades de capital difuso y concentrado.

Javier Francisco Franco Mongua y Jaime Alberto Manrique Rodríguez (2015) sostienen que el derecho no debe estudiarse únicamente desde una perspectiva jurídica sino también desde la economía teniendo en cuenta el criterio de eficiencia económica, ya que el derecho es una ciencia dinámica y no estática. Sostienen, además, que a través del análisis económico del derecho se estudia la forma como racionalmente los individuos toman decisiones basados en un interés individual que se evidencia en un crecimiento microeconómico a través de la constitución de sociedades y el desarrollo del objeto social de la misma, buscando reducir los problemas de agencia que se desprenden de las sociedades (2015, p. 136-138)

Según los autores mencionados, existen sociedades que pueden estar conformadas tanto por asociados mayoritarios y minoritarios, como sociedades que se encuentran conformadas por

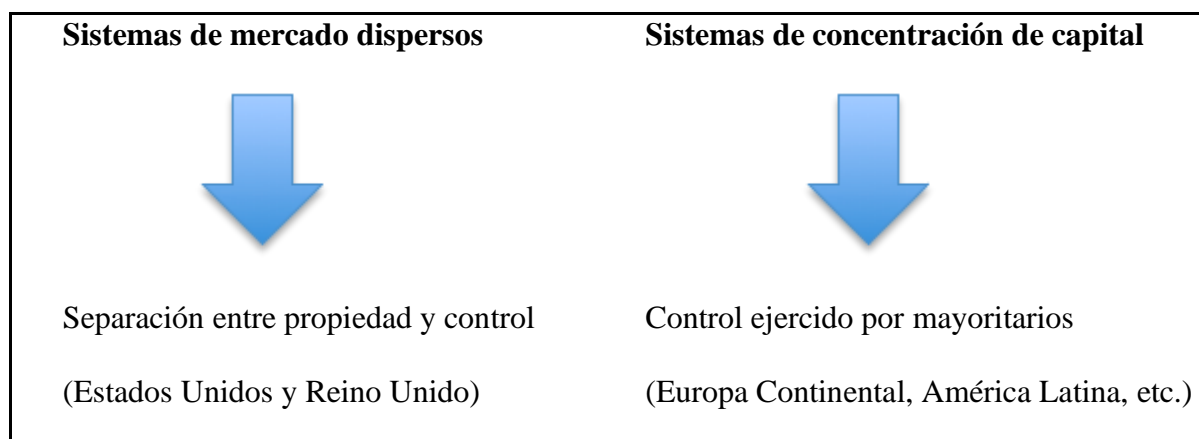
asociados y administradores. Así, las primeras son denominadas sociedades de capital concentrado y las segundas sociedades de capital difuso. Los agentes que componen dichas sociedades están en constante búsqueda de satisfacer intereses privados, los cuáles en su totalidad conforman lo que se conoce como el interés social o general. Explican que las sociedades de capital disperso son aquellas formadas por diversos y gran cantidad de asociados y los administradores, donde los primeros tienen derechos de propiedad y los segundos ostentan el control de la sociedad, ejerciendo entonces una función administrativa. Por el contrario, las sociedades de capital concentrado se caracterizan por la gran concentración de propiedad dividida entre los asociados, en donde el control no es ejercido por un administrador sino por asociados mayoritarios quienes tienen el derecho de dominio del más del 50% de las acciones en circulación.

Según Reyes Villamizar las sociedades de capital concentrado son la regla general en América Latina y en Europa Continental, donde el alto nivel de concentración implica que el control de la sociedad sea ejercido por el asociado mayoritario, dando así lugar a posibles problemas entre mayorías y minorías (2012, p. 39) ya que, según el autor:

En los sistemas de concentración de capital, la titularidad de las acciones por parte del principal o principales accionistas supera en 50% de las que se encuentran en circulación. Los propietarios de ese capital detentan el control pleno de las determinaciones en todos los órganos sociales. (Reyes Villamizar, 2012, p. 38).

Al contrario de lo sostenido sobre la problemática derivada de las sociedades de capital concentrado en cuanto a mayoritarios y minoritarios, Reyes Villamizar considera que las sociedades de capital difuso no tienen dicho problema ya que estas cuentan con una mayor protección para los minoritarios frente a los intereses particulares de los controlantes (2012, p. 37). Las sociedades de capital difuso son frecuentes en mercados de capitales altamente desarrollados y presentan una separación entre la titularidad del capital y el control sobre la

sociedad. Generalmente hay un gran número de socios pasivos con participaciones pequeñas que solo se preocupan por la rentabilidad de su capital y socios activos que tienen en sus manos el poder económico de la empresa y deciden el rumbo de esta, sin embargo, la administración de la sociedad no está en cabeza de ellos. Para propósitos ilustrativos, Reyes Villamizar ubica estos dos tipos de distribución del capital así:



Gráfica 1. Dispersión y concentración de capital. Tomada de Reyes Villamizar (2012, p. 38)

Según Franco Mongua y Manrique Rodríguez, algunas de las razones en Colombia para constituir sociedades de capital concentrado son: i) reducción de costos administrativos; ii) reducción de riesgos del manejo de la información societaria; iii) toma de decisiones consensuadas y mayoritarias en la administración de la sociedad; iv) bajos costos que representan la conformación autónoma de los órganos societarios; v) la posibilidad de que el asociado mayoritario ejerza el control de la sociedad (2015, p.144).

1.4.2. Problemas derivados de la distribución del capital.

Como mencionan los autores referenciados en el aparte anterior, uno de los problemas generados a raíz de la distribución de capital y por ende de la conformación de la sociedad, es el denominado problema de agencia, que se presenta en ambos modelos de dispersión de capital.

Reyes Villamizar (2012) sostiene que los problemas de agencia, de forma general se dan cuando un sujeto, conocido como principal o mandante le encarga a otro conocido como agente o mandatario, la realización de una o varias prestaciones específicas, las cuales deberá ejecutar según instrucciones y a favor del mandante (p. 66-67). Específicamente en el ámbito societario, Franco Mongua y Manrique Rodríguez, explican cómo puede darse el problema de agencia. Según los autores este problema se presenta en las sociedades de capital disperso cuando el mandante (asociados) y el mandatario (administradores), de mutuo acuerdo aceptan que el mandatario dirija, maneje, oriente, administre, controle y desarrolle el objeto social, el cual deberá tener siempre en cuenta los intereses sociales dejando a un lado los intereses privados tanto de los asociados como los propios (2015, p.146). Frente a las sociedades de capital concentrado se presenta principalmente debido a conflictos de intereses entre asociados mayoritarios y minoritarios, concentración de capital, y poder en detrimento de las minorías. Asimismo, en casos de situaciones de control, el problema de agencia puede darse entre sociedades matrices y filiales.

Reyes Villamizar afirma que pueden existir diversos problemas derivados de la agencia en materia societaria. Uno de los problemas es aquel relacionado con la incapacidad del agente de suprimir sus propios intereses. Otro de los problemas es aquel derivado de los diversos grados de información disponibles para cada una de las partes –mandatario y mandante— usualmente conocido como asimetría de la información (2012, p.69-71)

Asimismo, considera que la agencia no solo tiene problemas, sino que se manifiesta a través de las siguientes situaciones:

- i. La primera manifestación de los problemas de agencia, en las sociedades de capital disperso, se da entre los asociados y los administradores, en donde los asociados serán los mandantes y los segundos los mandatarios a quienes se les encomienda el desarrollo

y la gestión diligente del objeto social. En este caso el problema se presenta cuando los administradores privilegian su propio interés sobre el beneficio social.

- ii. La segunda manifestación de los problemas de agencia se presenta en las sociedades de capital concentrado, respecto a la relación de asociados mayoritarios y minoritarios, en donde los minoritarios actúan como mandantes y los mayoritarios como mandatarios, encargándosele a estos de la adopción de decisiones de la sociedad, presentándose un problema cuando estos dejan de consultar el interés social para satisfacer sus propios intereses.
- iii. La tercera y última manifestación de los problemas de agencia se presenta entre la sociedad y los terceros relacionados, también conocidos como *stakeholders*. En este caso, los *stakeholders* actúan como mandantes y la sociedad como mandataria, pues se le encomienda a la sociedad, como agente, que desarrolle su objeto social en forma que no resulte perjudicial para los terceros. Presentándose un problema cuando la sociedad actúa en contra de los intereses de terceros con propósito de beneficiar sus propios intereses. (2012, p. 60-71)

Menciona Reyes Villamizar (2012) que de los problemas de agencia se derivan ciertos costos como lo son aquellos valores dejados de percibir por la ejecución incompleta de las prestaciones del mandante, la erogación de gastos para la vigilancia sobre las actuaciones del mandatario, la creación de incentivos para que el mandatario actúe en beneficio del mandante, y costos derivados de la reducción de la discrecionalidad del mandatario. Así, el autor considera que existen diferentes mecanismos que reducen estos costos, mecanismos que serán aplicables dependiendo de la forma en cómo está distribuido el capital, bien sea de forma dispersa o concentrada (2012, p. 73-77)

Por un lado, en el autor mencionado afirma que en las sociedades de capital concentrado algunos mecanismos para la mitigación de los costos de agencia son:

- i. Voto proporcional en la elección de administradores: estrategia según la cual se establecen topes de votación a los accionistas. Sin embargo, es problemática esta estrategia cuando se está en presencia de acciones preferenciales y sin derecho a voto y en presencia de acciones con voto múltiple.
- ii. Limitación de los derechos de voto de los accionistas mayoritarios: consiste en permitirle a los asociados minoritarios bloquear algunas decisiones fundamentales, mediante el ejercicio del derecho al veto, derecho que se ve reflejado en la estipulación de mayorías calificadas.
- iii. Presencia de miembros independientes en los órganos de administración: consiste en la selección de miembros independientes en los órganos de administración con el fin de que no haya relaciones de subordinación que puedan debilitar el interés social.
- iv. Repartición proporcional de utilidades, deberes fiduciarios, prevención del abuso del derecho: esta estrategia se encuentra compuesta por lo siguiente:
 - a. Concederles a los asociados los mismos derechos y trato igualitario.
 - b. Establecer deberes fiduciarios de los administradores y accionistas controlantes.
 - c. Establecer controles respecto a ciertas conductas abusivas.
 - d. Establecer estándares para calificar las conductas de los administradores y asociados mayoritarios.
 - e. Incluir normas referentes a los conflictos de interés en los estatutos sociales.

Igualmente, afirma que en las sociedades de capital difuso también se establecen diversas estrategias para la reducción de costos de agencia, algunas de estas estrategias son:

- i. Opciones de acciones (*stock options*): estrategia consistente en alinear los intereses de los administradores con los de los asociados a través de las opciones de acciones que son incluidas en una cláusula del contrato del administrador, para que este en

determinado momento de la ejecución del contrato pueda hacerse propietario de dichas acciones, razón por la cual actuará en beneficio de la sociedad.

- ii. Consagración de los deberes fiduciarios de los administradores (*fiduciary duties*): existencia de diversos deberes fiduciarios en cabeza del administrador con la finalidad de que este actúe en beneficio del mandante y no en su propio beneficio. Así, estos deberes son el deber de lealtad y el deber de cuidado. El deber de lealtad consiste en proteger secretos de la sociedad, reprimir la realización de actuaciones que impliquen conflictos de intereses, promover el respeto por las oportunidades de negocios en cabeza de la sociedad, evitar la auto asignación de remuneraciones exorbitantes, impedir el uso abusivo de la información privilegiada, etc. Por su parte, el deber fiduciario de cuidado consiste en la obligación de actuar con diligencia en la gestión de los asuntos societarios.
- iii. Competencia por el control societario (*market for corporate control*): la prima de control consiste en el mayor valor que deben pagar los inversionistas que deseen ser controlantes de una sociedad. Cuando el valor de las acciones está bajo, los inversionistas encuentran un incentivo para asociarse y obtener el control, para posteriormente sustituir administradores ineficientes y lograr subir el precio de la acción o cuota para así recuperar el valor de esta y proceder a la venta del control para obtener ganancias. Este mecanismo puede ser considerado un incentivo para el buen actuar del administrador, so pena de ser sustituido. (2012, p. 79-111)

Teniendo en cuenta lo expuesto sobre los problemas derivados de la distribución del capital, puede evidenciarse que existen diversos mecanismos tendientes a mitigar los efectos derivados de estos problemas. Por lo cual puede considerarse respecto de los minoritarios que estos no se encuentran totalmente desprotegidos ante las posibles manifestaciones de este problema.

Ahora bien, de manera comparativa, nos encontramos con que, en España, al igual que en Colombia, hay una brecha entre asociados mayoritarios y minoritarios. De acuerdo con el

numeral 1 del artículo 159 de la LSC, para que se tomen decisiones en la junta general, se necesita de mayorías legales y estatutarias. Como se expuso anteriormente, los países de Europa Occidental se caracterizan por tener un mercado de capital concentrado, al igual que en Colombia, por lo cual en España también nos encontramos con el problema de agencia previamente expuesto, entre asociados mayoritarios y minoritarios

1.4.3. Conflictos de interés.

Otro de los problemas que pueden encontrarse en las sociedades es aquel relacionado con las decisiones que impliquen un conflicto de interés. Según sostiene Jaime Moya Suárez, (2020) no existe una definición legal de lo que debe entenderse por conflicto de interés, sin embargo, el artículo 23 de la Ley 222, enlista ciertos deberes que tienen los administradores de la sociedad, el numeral 7 del mencionado artículo establece que deberán:

(...) abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad. (Ley 222, artículo 23).

De la misma forma, el artículo 23 del CCO establece otros deberes generales que tienen los administradores; en concreto, el deber de buena fe, lealtad y el deber de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios. Adicionalmente, hizo referencia a unos deberes específicos,

como el adecuado desarrollo del objeto social, el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal, la reserva comercial e industrial de la sociedad, la obligación de abstenerse de utilizar información privilegiada, dar un trato equitativo a todos los asociados y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.

De lo anterior se desprende que el conflicto de interés está regulado únicamente con respecto a las actuaciones del administrador, es decir, según el artículo, cuando este actúe en beneficio propio desconociendo el beneficio social o actúe en beneficio de terceros, se estará frente a un conflicto de interés.

Según José Miguel Mendoza, la Ley 222 introdujo el régimen de conflictos de interés (2016, p. 1). Sin embargo, dicho régimen no contempla una definición de lo que debe entenderse por esto, volviendo entonces de difícil aplicación este régimen. Por lo anterior, la Supersociedades a través de interpretaciones administrativas y judiciales ha definido qué se entiende por conflicto de interés.

José María Garrido sostiene que, aunque no se tenga legalmente una definición se puede hacer referencia a elementos característicos de esta figura. Así, define “conflicto” como la situación en que un sujeto representa los intereses de dos sujetos distintos y no puede defender uno sin perjudicar al otro. El conflicto puede presentarse sobre intereses propios o intereses de terceras personas (2015, p.8). Néstor Humberto Martínez (2011) establece que “Uno de los clásicos ejemplos del conflicto de interés es el que se presenta para el socio que a la vez es administrador de la sociedad (...)” (2011, p. 203).

Del artículo 23 de la Ley 222 se desprende que no existe una prohibición total de las operaciones conflictivas, pues de ser así, como menciona Mendoza en algunos casos podría ir en contra de los beneficios propios de la sociedad (2016, p.3). En casos de operaciones

conflictivas el procedimiento a seguir es aquel establecido en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, según el cual deberá solicitarse la autorización de la asamblea general de accionistas o de la junta de socios. Sobre esta autorización, la Supersociedades por medio del Oficio No. 220-055984 de 2018 ha dicho que:

El máximo órgano social al adoptar la decisión no puede perder de vista que el bienestar de la sociedad es el objetivo principal de su trabajo y de su poder, razón por la cual habrá lugar a la autorización cuando el acto no perjudique los intereses de la compañía. Por tanto, para determinar la viabilidad de la misma, la junta o la asamblea evaluarán, entre otros, los factores económicos, la posición de la sociedad en el mercado y las consecuencias del acto sobre los negocios sociales. No sobra advertir que cuando el administrador tenga la calidad de asociado, deberá abstenerse de participar en la respectiva decisión.

Continuando con lo dispuesto por Mendoza, existen diferentes hipótesis en las cuales puede presentarse un conflicto de interés. Estas hipótesis, son:

- i. Casos en los que el administrador o sus parientes contratan directamente con la sociedad: cuando el administrador contrate directamente con la sociedad, en estos casos el conflicto surge de los intereses contrapuestos en cabeza de este. Cuando son los parientes del administrador los que contratan directamente con la sociedad, se presume la existencia de un conflicto de interés bien por el beneficio económico que puede obtener el administrador en el patrimonio familiar o por sus lazos afectivos.
- ii. Casos en los que el administrador o sus parientes cuentan con un interés económico en una operación conflictiva: esto en la doctrina se conoce como conflicto indirecto. De acuerdo con la Circular Básica Jurídica del 2017, el conflicto indirecto se da cuando el administrador, a través de un tercero desarrolla la operación conflictiva, sin que sea evidente o notoria su presencia.

- iii. Casos en los que el administrador está obligado a velar por los intereses de dos compañías que contratan entre sí: este es el caso en el cual una persona ocupa simultáneamente el cargo de administrador en compañías que contratan entre sí.
- iv. Casos en que se celebran operaciones con el accionista mayoritario o sociedades controladas por tal sujeto: en este caso, lo fundamental es la protección del asociado minoritario ya que se busca evitar que los controlantes se beneficien de su posición. La Supersociedades considera necesario extender este caso a las operaciones celebradas entre sociedades controladas por una misma persona, debido al poder que puede ejercer el accionista controlante sobre los administradores de tales sociedades, beneficiándose de su posición.

Se hace referencia de igual forma en la Circular Básica Jurídica del 2017, a que el administrador de cada sociedad deberá analizar cada situación para determinar si podría llegar a incurrir en un conflicto de interés, y en caso afirmativo, deberá abstenerse de actuar o cesar sus actividades y la duda con respecto a la configuración de un posible conflicto de interés no eximirá al administrador de esta obligación legalmente consagrada, pues como se dijo, deberá poner en conocimiento de la asamblea general de accionistas o junta de socios dicha situación. De esta forma, el máximo órgano social al adoptar la decisión sobre la autorización para el administrador de llevar a cabo las actuaciones en cuestión deberá tener en cuenta el bienestar de la sociedad, razón por la cual no debería haber autorización cuando dicha actuación perjudique los intereses de la compañía. Así, se deberán tener en cuenta factores económicos, el posicionamiento de la sociedad en el mercado, y las posibles consecuencias que pueda llegar a tener dicha situación sobre los negocios sociales. Está claro que, en caso de que el administrador también fuera asociado, este no será tenido en cuenta para el quórum ni la mayoría decisoria. En caso de que el máximo órgano social no autorice al administrador para

actuar, este deberá abstenerse de hacerlo, so pena de ser removido de su cargo y estar sujeto a la responsabilidad consagrada en el artículo 200 del CCO.

Por último, es pertinente resaltar que las operaciones mencionadas anteriormente continúan siendo conflictivas a pesar de que estas reporten un beneficio para la sociedad, sean celebradas por sociedades de familia, o incluso cuando sean afines a los intereses de la sociedad.

Finalmente, nos encontramos con que los conflictos de intereses también están regulados en el ordenamiento jurídico español, en los artículos 190 y 229 de la LSC. Este mecanismo contiene una diferencia fundamental con el conflicto de intereses como lo conocemos en Colombia, pues no solo se encuentra consagrado para administradores, como en Colombia, sino también para asociados. Así, de acuerdo con el artículo 190, un asociado no podrá votar cuando la deliberación tenga por objeto:

- i. autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria,
- ii. excluirle de la sociedad,
- iii. liberarle de una obligación o concederle un derecho,
- iv. facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor o
- v. dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230.

En las sociedades anónimas, la prohibición de ejercitar el derecho de voto en los supuestos contemplados en las letras a) y b) anteriores solo será de aplicación cuando dicha prohibición esté expresamente prevista en las correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la restricción a la libre transmisión o la exclusión.

Del mismo modo, Artículo 229 trae un deber para los administradores de la sociedad de evitar situaciones de conflicto de interés, artículo que los obliga al administrador a abstenerse de:

- i. Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.
- ii. Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.
- iii. Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.
- iv. Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.
- v. Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.
- vi. Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

Consideramos que esta situación es mucho más protectora para los minoritarios en España, pues no solo les ofrece protección frente a los posibles conflictos de interés de los administradores que los puedan afectar, sino que reconoce la existencia de posibles conflictos de intereses que puedan llegar a tener los otros asociados, en especial los mayoritarios que son quienes terminan teniendo la última palabra.

2. Capítulo II. Subordinación: Situaciones de control y Grupos Empresariales.

2.1. Consideraciones generales.

Expuesto el panorama general del derecho societario en Colombia desde la perspectiva del asociado minoritario, es pertinente analizar, en aras de delimitar el objeto de estudio de este trabajo, qué son, cómo se configuran y qué efectos tienen las situaciones de control y los grupos empresariales. En este mismo sentido, después de identificar cuando se está ante cada una de estas figuras, se explicará por qué estas podrían llegar a representar una eventual amenaza, obstáculo o problema para los minoritarios, partiendo de su posición de desventaja.

La subordinación es una figura societaria definida legalmente en el artículo 26 de la Ley 222 el cual subrogó el artículo 260 del CCO de la siguiente manera:

Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

Así, de la definición anteriormente citada se entiende que existe subordinación o control cuando la voluntad de una sociedad depende de otra persona natural o jurídica.

Desde la perspectiva del derecho societario la subordinación societaria se manifiesta no solo a través de las situaciones de control o dependencia sino también a través de la consolidación de grupos empresariales cuando además de existir subordinación, existe unidad de propósito y dirección. Así, siempre que se esté en presencia de un grupo empresarial existirá subordinación, pero no siempre que exista subordinación se configurará un grupo empresarial.

La figura de la subordinación, según la sentencia del Consejo de Estado del 24 de septiembre de 2019 con consejero ponente Édgar González López, fue reconocida por el legislador al estar

contenida en el libro IX del CCO. Igualmente, el grupo empresarial fue posteriormente reconocido con la entrada en vigencia de la Ley 222, la cual modificó el libro IX del CCO.

La definición de subordinación contenida en el artículo 26 de la Ley 222, de acuerdo con Reyes Villamizar, es una definición general y abstracta que resulta útil (2017, p. 312). Sin embargo, el artículo 27 de esta Ley consagra diversas presunciones de subordinación empresarial de forma enunciativa, por lo que podrían existir diferentes formas de subordinación que no se encuentren de manera expresa en este listado, siempre y cuando estas se adecúen al supuesto de hecho descrito en el artículo 26 de dicha Ley. Así las cosas, se tiene que puede existir situación de control tanto cuando alguna circunstancia encaje en el supuesto de hecho del artículo mencionado, o cuando haya lugar a las presunciones establecidas en el artículo 27 de la Ley 222, presunciones que admiten prueba en contrario.

Los grupos empresariales, además de tener como un elemento esencial la subordinación, requieren para su consolidación un requisito adicional, contemplado en el artículo 28 de la Ley 222, el cual hace referencia a la existencia de unidad de propósito y dirección. Esto se da cuando la sociedad matriz decide establecer lineamientos de funcionamiento dentro del grupo para buscar así la satisfacción del interés común.

Tanto la subordinación empresarial como los grupos empresariales han sido figuras que han estado en auge gracias a sus diversos beneficios. Algunos de estos beneficios según Reyes Villamizar (2017) son la optimización de la productividad, la reducción de costos, la facilidad en la especialización administrativa y funcional de las otras sociedades, y la diversificación de las actividades de la explotación económica (2017, p.307). Adicionalmente, estas figuras permiten la diversificación del riesgo, pues la separación de entidades legales y patrimonios protege a las sociedades subordinadas o vinculadas a un grupo empresarial de las eventuales crisis de otras compañías en la que estén vinculados los mismos asociados, es decir, en palabras

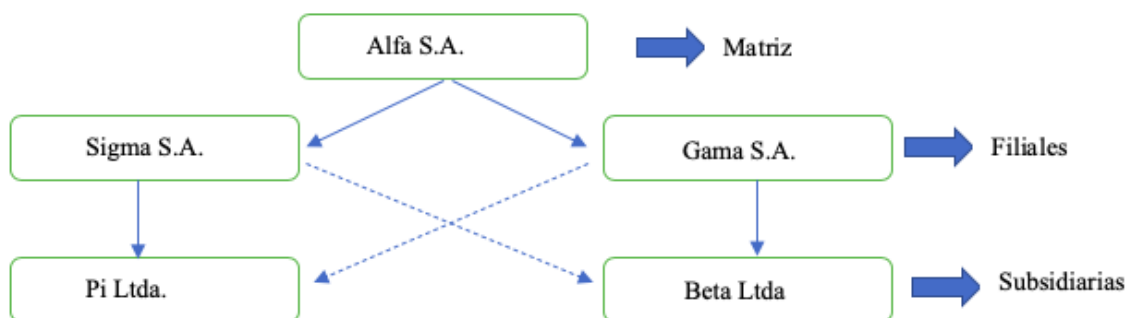
de Reyes *Villamizar* “(...) los efectos positivos o negativos que producen los distintos ciclos económicos pueden aislarse (...)” (2017, p.309).

Como se manifestó en la sentencia del Consejo de Estado del 17 de mayo de 2002 con consejera ponente Olga Inés Navarrete Barrero, la ponencia del Dr. Luis Guillermo Vélez Trujillo sobre la expedición de la Ley 222 deja claro que, aunque existan numerosas ventajas, también existen riesgos implícitos en estas estructuras. Así, según Reyes Villamizar uno de ellos es el potencial abuso de estas estructuras, pues el beneficio de la limitación de la responsabilidad sumado a la oportunidad de los asociados controlantes de la matriz de ejercer influencia sobre las decisiones de las sociedades subordinadas puede conducir a abusos en perjuicio tanto de los minoritarios, de la sociedad o de terceros. Otro de los riesgos mencionados por él es la dificultad que puede surgir al establecer la verdadera identidad de quienes controlan la sociedad y el origen real de quienes toman las decisiones que se adoptan en las compañías subordinadas (2017, p.310)

2.2. Situaciones de Control.

Las situaciones de control se pueden presentar de diferentes formas. Por un lado, por medio de un control conjunto, cuando la parte controlante es plural. Por otro lado, cuando el control es directo o indirecto, siendo el primero ejercido de manera inmediata y clara, y el segundo a través de interpuesta persona o sociedad. Cuando el control es directo, la sociedad subordinada se conoce como filial, y cuando es indirecto, nos encontramos frente a una sociedad subsidiaria (Mongua y Diego Fernando Rey Guerrero, 2018, p. 61), diferencia que ha sido consagrada por el artículo 26 de la Ley 222 anteriormente referenciado. En cualquier caso, este control podrá ser ejercido tanto por personas naturales como jurídicas.

De forma ilustrativa, Reyes Villamizar (2017, p. 315) explicó la diferencia entre filiales y subsidiarias, así:



Gráfica 2. Matrices, filiales y subordinadas . Tomada de Reyes Villamizar (2017, p. 316)

Sobre quién puede ser controlante en Colombia, la Supersociedades a través del Oficio No. 220-50924 del 12 de noviembre de 1996 y a través de la Resolución 125-000289 del 10 de febrero de 2002 ha dicho que la condición de matriz o controlante puede ser predicada de personas jurídicas o naturales, sin ninguna distinción, por cuanto la ley quiso que primara el hecho efectivo de control, sin diferenciar de dónde provenía. Esto se reitera en la Circular Básica Jurídica del 2017 de la Supersociedades, en la cual se establece que “una persona natural o persona jurídica de naturaleza no societaria, pueda ejercer el control sobre las sociedades comerciales. El controlante, entonces, puede ser una persona jurídica de naturaleza no societaria, como una fundación, una asociación y en particular una corporación.” (p.79). De acuerdo con lo anterior, puede ser predicable que una persona natural que ostente un porcentaje igual o superior al 50% del capital, sea quien ejerza poder dominante sobre las políticas económicas y administrativas de la compañía. Igualmente, la condición de controlante o matriz puede ser predicada de quien no tenga la condición de socio o accionista, rompiendo el esquema tradicional del estatuto mercantil, consagrando así en la legislación colombiana como el denominado control externo.

Sin embargo, sobre la naturaleza de las subordinadas existen discusiones en la doctrina y en la jurisprudencia. Por un lado, para Reyes Villamizar (2017) aunque las controlantes no se reducen únicamente a personas jurídicas, las subordinadas necesariamente deben ser personas jurídicas de carácter societario, esto debido a su carácter lucrativo (2017, p. 313). Asimismo, la Supersociedades en el Oficio 220-58013 del 5 de diciembre de 1996 ha sostenido que:

(...) una persona jurídica de carácter no societario mal podría ubicarse en el marco de las subordinadas o controladas, por una parte, porque la ley previó que estas fueran sociedades, como se puede deducir del contexto de las normas que regulan sobre la materia, y por la otra parte, porque los objetivos de las matrices o controlantes no compaginan en campos diferentes a los que les brinde un despliegue económico eminentemente lucrativo.

En la resolución número 125-015813 del 21 de octubre de 2011 la Supersociedades difiere de la posición anterior, en el sentido en que es posible la subordinación en personas jurídicas de carácter no societario, posición que tiene como sustento el párrafo primero del artículo 27 de la Ley 222, pues se hace referencia a la influencia dominante en la toma de decisiones de la entidad, sin precisar qué debe entenderse por “entidad”. Así, la Supersociedades considera que la expresión “entidades” no solo en el mencionado párrafo sino también en los artículos 28 y 29 de la misma disposición normativa no es coincidencia, pues en palabras de esta entidad:

La apertura conceptual adoptada por el legislador es total y consistente en involucrar en la expresión entidades no solo a las entidades configuradas como sociedades comerciales, sino a sujetos de naturaleza no societaria, de comprobada relevancia económica, tanto en calidad de matriz como en calidad de subordinada (...). (Supersociedades, 2011).

Evidenciada la discusión anterior, puede entenderse que la calidad de subordinada puede predicarse tanto de personas jurídicas de carácter societarios como de personas jurídicas de carácter no societario, contrario a lo que sucede en cuanto a la naturaleza jurídica de la matriz

o controlante, pues desde el mismo precepto normativo se abre la posibilidad a que esta sea tanto persona natural como jurídica, societaria o no societaria.

El artículo 27 de la Ley 222, como se dijo anteriormente, consagró un listado de situaciones en las que se presume la existencia de una situación de control, así:

- i. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
- ii. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva, si la hubiere.
- iii. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Como sostiene el Consejo de Estado en la sentencia del 24 de septiembre de 2019 con consejero ponente Edgar González López, el CCO introdujo una definición compleja de lo que se entiende por subordinación societaria, ya que el artículo 260 del CCO contiene una cláusula general que establece presupuestos y criterios generales bajo los cuales se configura la subordinación. Sin embargo, el artículo 261, por el contrario, contempla el listado de hipótesis mencionadas anteriormente, bajo las cuáles se presume la existencia de la subordinación. No obstante, existe duda sobre el carácter taxativo o enunciativo de dichas presunciones, dando lugar así a dos posibles interpretaciones.

En primer lugar, puede entenderse que el legislador introdujo una definición mixta y complementaria de la subordinación societaria, bajo la cual se tiene un criterio amplio y abstracto y a su vez un listado no taxativo de casos bajo los cuales se presume la subordinación. De esta manera, estas presunciones no son un obstáculo para que ante cualquier otra situación que se enmarque en la definición general se configure una situación de control. Por otro lado, teniendo en cuenta lo considerado por el Consejo de Estado en la sentencia anteriormente citada, se puede considerar que el artículo 261 CCO enuncia de forma taxativa las hipótesis de subordinación de manera que la definición general solo sirve como criterio de interpretación y aplicación de los casos señalados en este artículo.

Teniendo en cuenta la Circular Básica Jurídica del 2017 de la Supersociedades y una vez expuestas las dos posibles interpretaciones sobre la naturaleza de las presunciones del artículo 261 del CCO, explicaremos las diferentes modalidades de subordinación. El numeral primero del anterior artículo consagra la modalidad de subordinación conocida como el control interno por participación patrimonial, según el cual habrá control cuando más del 50% del capital social pertenece a la matriz bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas. Sin embargo, es pertinente mencionar que para este cálculo no se tendrán en cuenta las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, ya que para tener la calidad de matriz se debe ser propietario de más del 50% de las acciones, cuotas o partes de interés en las cuales se divide el capital social.

La segunda presunción de control es conocida como el control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria, según la Circular Básica Jurídica anteriormente referenciada, esta modalidad de control se presenta cuando se tiene el poder de voto en la junta de socios o en la asamblea general de accionistas, según el caso. A diferencia de la primera modalidad, no es determinante la participación patrimonial sino la posibilidad de emitir votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en el máximo órgano social ya sea la

asamblea general de accionistas o la junta de socios. Resulta entonces necesario analizar el caso de las acciones que confieren a su titular la posibilidad de emitir votos múltiples, posibilidad consagrada en el artículo 11 de la Ley 1258, pues, aunque el accionista no cuente con un porcentaje relevante de participación patrimonial estas acciones le pueden conferir los votos necesarios para ostentar la mayoría mínima decisoria y como consecuencia ejercer el control sobre la sociedad.

La última modalidad de control contemplada en este artículo es conocida como el control externo o subordinación contractual. Según la Supersociedades, se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio. De acuerdo con Eduardo Salgado Figueroa la subordinación contractual se presenta a razón de un acto o negocio jurídico que afecta la autonomía de las decisiones de la subordinada, así, según el autor esta modalidad de subordinación puede presentarse por medio de la celebración de distintos negocios jurídicos como los siguientes: i) distribución; ii) concesión; iii) franquicia; iv) agencia (2014, p.71). De forma ilustrativa, el autor explica la manera cómo a través del contrato de franquicia se cumplen los requisitos de esta modalidad de control, pues al ser un contrato de adhesión y ya que la única forma que tiene el franquiciante de proteger su prestigio como su *“know-how”* es a través del sometimiento del franquiciado (2014, p. 73)

Adicionalmente, es pertinente mencionar la existencia del denominado control no societario, el cual es ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas, pero de carácter no societario, cuando se dé el cumplimiento de cualquiera de las modalidades ya explicadas, pues en este supuesto lo que resulta determinante es el carácter subjetivo, es decir, quién es la controlante.

Una vez definidas las modalidades de subordinación y analizadas algunas resoluciones de la Supersociedades como lo son: resolución 125-002067 del 12 de julio de 2002, resolución 125-000289 del 18 de febrero de 2002 y la resolución 125-003705 del 17 de noviembre de 2005,

entre otras, se pudo evidenciar que la modalidad de control más frecuente es aquella referida en el numeral 1 del artículo 261 del CCO, es decir, el control interno por participación.

2.2.1. Efectos u obligaciones.

De una situación de control, según la ley, la jurisprudencia y la doctrina se derivan diversos efectos como lo son: i) la obligación de inscripción; ii) consolidación de estados financieros; iii) prohibición de imbricación; iv) comprobación administrativa de las operaciones celebradas; y v) extensión de la responsabilidad.

El primero de los efectos derivados de la situación de control es aquel consagrado en el artículo 30 de la Ley 222, artículo que establece de manera expresa que la controlante tiene la obligación de hacer constar por medio de documento privado la situación de control, el cual deberá ser presentado en el registro mercantil correspondiente, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control. En todo caso, si no se llegase a realizar esta inscripción dentro del plazo establecido, este mismo artículo faculta a la Supersociedades, o si es el caso, a la Superintendencia Financiera para que de manera oficiosa o por solicitud de un tercero interesado, declare la situación de control, sin perjuicio de que esta pueda imponer multas, facultada por el artículo 86 de la Ley 222, hasta por doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Asimismo, según el párrafo segundo del artículo 30 de la Ley 222, este efecto se extiende a la inscripción de cualquier modificación o cambio en la situación de control y no únicamente a su configuración.

Según menciona Reyes Villamizar, la obligación de inscribir por parte de la controlante la situación de control tiene como finalidad facilitar a los accionistas y a los terceros la identificación de los verdaderos vínculos subyacentes en las relaciones que existen entre varias sociedades, garantizando así mayor seguridad jurídica (2017, p. 328). Por otro lado, las

sociedades relacionadas entre sí se benefician de la confianza interna y pública que origina esta inscripción. En el mismo sentido, considera que existe la obligación para las Cámaras de Comercio de hacer constar la calidad de matriz o subordinada en los certificados de existencia y representación, pero estas no tienen la facultad para declarar la situación de control de manera oficiosa. De lo anterior surge la inquietud de la facultad de las Cámaras de Comercio sobre las personas jurídicas de carácter no societario, sin embargo, para Reyes Villamizar no es sensato que solo se tenga esta obligación respecto a las sociedades ya que el Decreto 2150 del 5 de diciembre de 1995 contempla un mismo régimen para las personas jurídicas sin ánimo de lucro como para las sociedades comerciales, razón por la cual las Cámaras de Comercio deberían estar facultadas para ello.

El segundo de los efectos derivados de la situación de control es la consolidación de estados financieros, el cual se encuentra regulado en el artículo 35 de la Ley 222, según el cual, la matriz o controlante deberá preparar y presentar tanto los estados financieros de propósito general individuales como preparar y difundir los estados financieros de propósito general consolidados, estados que deberán dar cuenta de la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio y los flujos de efectivo entre las vinculadas. Según el Consejo de Estado (2019) la finalidad de este efecto es que los accionistas conozcan la situación económica de las sociedades vinculadas.

Adicionalmente, el artículo 631-1 del Estatuto Tributario regula también esta obligación, en el sentido de informar los estados financieros consolidados por parte de los grupos empresariales, para efecto de control tributario, estados que deberán ser remitidos en medios magnéticos, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

Carlos Montiel Fuentes (2009) teniendo en cuenta el Oficio 115-049339 del 10 de octubre de 2007 de la Supersociedades, considera que este efecto es denominado efecto contable. Añade, que este efecto puede considerarse como complemento del efecto de publicidad

mencionado anteriormente, pues sirve para que los interesados se enteren de la situación financiera en que se encuentran las sociedades.

Encontramos también que, con respecto a las situaciones de control, hay una prohibición de imbricación consagrada en el artículo 32 de la Ley 222, según el cual “Las sociedades subordinadas no podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen. Serán ineficaces los negocios que se celebren, contrariando lo dispuesto en este artículo.”. Reyes Villamizar explica la razón de ser de esta prohibición, pues considera que las participaciones recíprocas entre controlantes y subordinadas genera el desvanecimiento de una parte del capital de la sociedad matriz y produce confusión entre los terceros en cuanto a la verdadera cuantía de la prenda general de los acreedores, es decir, el patrimonio que respalda el cumplimiento de las obligaciones sociales (2017, p. 333). En el mismo sentido, la Supersociedades en el Oficio 220-008947 del 30 de enero de 2018 ha sostenido que la imbricación se trata de una maniobra que puede implicar la duplicación parcial y ficticia de los aportes de los asociados. Asimismo, considera que la imbricación significa que el capital invertido en la subordinada estaría reinvertido en la matriz, creando una falsa solidez patrimonial frente a terceros.

La Supersociedades en el Oficio 220-12558 de 12 de agosto de 2014, señala que la prohibición de imbricación se aplica tanto a adquisiciones a título oneroso como a las que se hagan a título gratuito. Además, se aplica solo a la adquisición de participaciones a partir de que exista la relación de subordinación, de manera que las participaciones anteriores a la configuración de la situación de control no se encuentran prohibidas. Por último, señala que el usufructo en el que la subordinada adquiera únicamente el derecho económico a percibir utilidades tampoco se encuentra prohibido.

Otra de las consecuencias de la declaratoria de situación de control, es la comprobación administrativa de las operaciones entre sociedades vinculadas consagrada en el artículo 31 de

la Ley 222, según la cual, las entidades de control y vigilancia gozan de la facultad de revisar las operaciones que se celebren entre sociedades vinculadas. Esto toma relevancia desde el punto de vista de los asociados minoritarios, pues de acuerdo con Reyes Villamizar, uno de los riesgos para estos es la posibilidad de que la compañía a la cual pertenece se emplee como un instrumento para favorecer los intereses de otra persona natural o jurídica (2017, p. 335). Esto puede causar no solo perjuicios para los asociados de la filial o subsidiaria sino también para sus acreedores, quienes podrían presenciar una transferencia del patrimonio de la filial a su matriz por medio de actos simulados.

Este efecto fue contemplado por un inicio por el artículo 265 del CCO por medio del cual se facultó a los entes de control para verificar las operaciones celebradas entre la matriz y la subordinada, con el fin de determinar la simulación de estas operaciones, pero nada se dijo sobre las operaciones lesivas del interés de la sociedad subordinada. Razón por la cual el artículo 31 de la Ley 222 profundizó aún más, pues consideró que el control sobre las operaciones entre vinculadas podría realizarse tanto sobre operaciones irreales como sobre aquellas celebradas en circunstancias considerablemente diferentes a las normales del mercado, pero en perjuicio tanto del Estado, de los asociados y/o de terceros.

De verificarse lo anterior, los organismos de control se encuentran facultados por las disposiciones normativas mencionadas para imponer multas y de ser necesario suspender la ejecución de estas operaciones, sin perjuicio de las posibles acciones que asociados o terceros tengan para la obtención de indemnizaciones por los perjuicios causados.

Finalmente, la extensión de la responsabilidad es una de las consecuencias más importantes que trae la configuración y declaración de situaciones de control. Inicialmente, dicho efecto se encontraba regulado por el párrafo del artículo 148 de la Ley 222¹. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 1116 de 2006 (en adelante, Ley 1116) se derogó el Título II de la

Ley 222, en el cual estaba contenido este último efecto. Ahora, la extensión de la responsabilidad se encuentra regulada en el artículo 61 de la Ley 1116, de la siguiente manera:

Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente.

El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años. (Ley 1116, art. 61).

Como lo establecen Javier Francisco Franco Mongua y Diego Fernando Rey Guerrero, esta ley establece un régimen de responsabilidad subsidiaria para la matriz o controlante (2017, p. 66), la cual se presume de hecho en dos casos:

- i. En casos de entrada en concurso por parte de la sociedad subordinada.
- ii. En casos de liquidación obligatoria de la sociedad subordinada.

De acuerdo con Reyes Villamizar (2017), para la extensión de la responsabilidad de la sociedad matriz o controlante, basta únicamente que el beneficio obtenido por esta o por alguna de las subordinadas de la matriz, haya repercutido correlativamente, en perjuicio de los intereses de la sociedad concursada. Asimismo, afirma que este texto normativo no puede interpretarse en el sentido de que el acreedor puede hacerse parte en el concurso o acudir en subsidio contra

la sociedad matriz para satisfacer sus obligaciones, sino que, en caso de fracaso del concurso o de incumplimiento de los términos, el no pago por parte de la subordinada, que es el deudor principalmente obligado, le dará al acreedor una acción para exigir subsidiariamente a la matriz respecto al pago (2017, p.341-352).

Así, la Corte Suprema de Justicia (en adelante, CSJ) en la sentencia SL 6228-2016 con magistrado ponente Gerardo Botero Zuluaga, sostuvo que la extensión de la responsabilidad no tiene cabida en los casos de liquidación voluntaria, ya que su aplicación está restringida a los eventos expresamente previstos en la ley y a las situaciones de concordato o liquidación obligatoria.

Estar frente a una situación de control puede eventualmente no ser beneficioso para los minoritarios de las sociedades filiales o subsidiarias, pues su voluntad claramente se ve supeditada a la voluntad de quien haga las veces de sociedad matriz o controlante, que incluso, dependiendo del caso del que se trate, puede llegar a ser un tercero que no sea parte de la sociedad subsidiaria o filial.

2.3. Grupos Empresariales.

Los grupos empresariales según Reyes Villamizar son una figura que innovó el derecho societario, pues esta no se encontraba definida en el Código de Comercio como sí lo estaba la figura de la subordinación societaria (2017, p. 357). La figura que aquí nos compete, fue únicamente definida a partir de la Ley 222 en el artículo 28 que establece que, para su consolidación, además de la existencia de subordinación, es necesario la concurrencia de esta con la unidad de propósito y dirección. Los grupos empresariales son “una sola empresa conformada por varias sociedades que son independientes entre sí, pero sometido a un control

unitario que determina las directrices de todas y cada una de las sociedades que forman dicha empresa.” (Montiel Fuentes, 2009).

La consolidación de un grupo empresarial, al estar compuesta entonces por la subordinación hace que le sean aplicables los efectos de esta figura, sin embargo, con la consolidación de un grupo empresarial surge un nuevo efecto, consistente en el informe especial regulado en el artículo 29 de la Ley 222. Este informe deberá ser presentado por los administradores a la asamblea de accionistas o junta de socios de las sociedades controladas y controlantes, y además deberá expresar la intensidad de las relaciones económicas existentes entre estas, como entre las otras subordinadas de la matriz.

El requisito de la unidad de propósito y dirección, se encuentra definido en el artículo 28 de la Ley 222, el cual consiste en la persecución de la consecución de un objetivo que es determinado por la matriz o controlante, que también es comúnmente denominada *holding*, la cual podrá delimitar este objetivo en virtud del control que ejerce sobre la sociedad controlada, bien sea filial o subsidiaria, el cual deberá ser ejecutado por cada sociedad controlada según su objeto social y la actividad que esta realice, pues tal como menciona Montiel Fuentes (2009):

No en todos los casos donde se presente una relación de control o de subordinación, concurrirá una unidad de propósito y dirección. No es necesario constituir un grupo cuando exista dependencia, pues corresponde a la controlante o cabeza de grupo señalar la unidad de propósito y dirección, es entonces decisión de la matriz si marca o no las directrices y lineamientos de las controladas.

En este sentido, Reyes Villamizar sostiene que el único elemento diferenciador entre las situaciones de control y los grupos empresariales está dado por la unidad de propósito y dirección (2017, p. 358). Considera que es pertinente mencionar que la definición legal del artículo 28 de la Ley 222 es una definición amplia sobre la que deben hacerse ciertas

aclaraciones o precisiones. En primer lugar, considera que la unidad de propósito y dirección no se relaciona con la actividad económica u objeto social de cada sociedad vinculada. Además, implica que cada sociedad, aunque sea autónoma, independiente y cuente con personalidad jurídica propia debe ceder en virtud del objetivo general previsto por la sociedad matriz.

Resulta pertinente hacer referencia a la discusión mencionada por Montiel Fuentes (2009) sobre la autonomía de las sociedades vinculadas al grupo empresarial o a la creación de una nueva persona jurídica a través de la consolidación del grupo. Doctrinantes como Rafael Manóvil, quien es citado por Montiel Fuentes sostiene que desde el punto de vista económico “el grupo empresarial es una sola empresa. Es única porque unitaria es la política económica y es unitario el interés que preside la actividad de las organizaciones singulares (...)” (Rafael Manóvil, p 156 como se citó en Montiel Fuentes, 2009). Guiseppe Ferri sostiene que “(...) la empresa permanece económicamente única, porque única es la mente directiva, única le fuente financiera, unitaria y unitariamente concebida es la acción económica que se realiza a través de las singulares operaciones (...)” (Guiseppe Ferri, p156-157 como se citó en Montiel Fuentes, 2009). Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, Manóvil quien es citado nuevamente por Montiel Fuentes explica que la figura del grupo empresarial supone una pluralidad, ya que este se resuelve en una pluralidad de organizaciones autónomas, las cuales tienen su propia individualidad y personalidad jurídica, siendo así cada una titular de sus derechos y obligaciones (Rafael Manóvil, p 156 como se citó en Montiel Fuentes, 2009).

Teniendo en cuenta la anterior discusión doctrinal, Montiel Fuentes (2009), considera que cada sociedad del grupo conserva su singularidad, individualidad, autonomía e independencia societaria, lo que quiere decir que, con la creación o conformación del grupo empresarial no se está dando origen a una nueva figura autónoma e individual, y mucho menos a un nuevo ente con personalidad jurídica propia. En el mismo sentido, “(...) la expresión <grupo de sociedades> tiene siempre un significado más económico que jurídico; en particular, el grupo

de sociedades no tiene personalidad moral, no es un sujeto de derecho” (*Berthélemy Mercadal, 1994, como se citó en Reyes Villamizar, 2017*).

La regulación del grupo empresarial puede ser beneficiosa como menciona Reyes Villamizar (2017) ya que permite que tanto asociados como terceros conozcan no solo el origen del control, sino también los verdaderos intereses del grupo ya que muchas veces estos intereses subyacen aquellas decisiones tomadas por los propios órganos de dirección y administración de las sociedades (2017, p. 357). Aunque lo anterior resulta realmente útil, esta figura puede también presentar problemas. Sin embargo, la regulación del grupo empresarial constituye una excepción a la forma en cómo se toman decisiones dentro de la sociedad según el artículo 188 del CCO, lo anterior debido a que la sociedad matriz somete a sus filiales y subsidiarias a una unidad de propósito y dirección, exigiéndoles así que cedan el interés particular de cada una al interés del grupo en general (Enrique Gaviria, p. 116, como se citó en Reyes Villamizar, 2017, p358)

Otro de los problemas derivados de la consolidación de grupos es identificar cuando además de la subordinación se tiene unidad de propósito y dirección, ya que como se mencionó anteriormente, para Reyes Villamizar, la definición contenida en el artículo 28 es amplia. En este sentido, la Circular Básica Jurídica del 2017 de la Supersociedades establece que este artículo no puede limitarse a las hipótesis del legislador, pues varían según los diferentes fenómenos económicos por lo cual “perseguir la consecución de un objetivo determinado por la controlante” como definición de unidad de propósito y dirección es lo suficientemente amplia para que puedan caber otras hipótesis que puedan llegar a presentarse en la práctica. Define entonces la unidad de propósito como la “(...) marcada injerencia o intervención de la matriz o controlante en procura de la obtención de un beneficio general o exclusivo del grupo entendido como un todo o de alguna parte específica del mismo” (p. 82)

Igualmente, la Circular Básica Jurídica ha sostenido que por un lado existirá unidad de propósito cuando la matriz comunique una finalidad a sus subordinadas dirigida a un fin en beneficio del grupo, independientemente de la actividad que ejerza cada sociedad. Adicionalmente, la unidad de dirección consiste en la facultad que tiene la controlante para intervenir activamente, bien sea directa o indirectamente, en la toma de decisiones de la subordinada, incluyendo la definición y aplicación de estrategias políticas, planes y orientaciones económicas, administrativas o financieras (2017, p. 83).

Por el problema de identificación de la existencia de unidad de propósito y dirección, la Supersociedades a través de su Guía Práctica de Matrices y Subordinadas ha establecido que la unidad de propósito y dirección se exterioriza cuando las sociedades vinculadas al grupo tienen administradores comunes, se verifican procesos de integración vertical u horizontal, o cuando se determinan políticas comunes bien sean administrativas, financieras, laborales, contables, en materia de recursos humanos y en planeación que evidencien que hay objetivos comunes. De forma ilustrativa en dicha Guía Práctica se menciona el ejemplo del grupo empresarial en el cual una de las sociedades compra cueros, otra los procesa, otra fábrica zapatos, otra fábrica gelatina y otra sociedad del grupo es la encargada de comercializar dichos productos, dándose entonces un proceso de integración como supuesto de unidad de propósito y dirección.

La Circular Externa No. 030 del 26 de noviembre de 1997 de la Supersociedades indica que la existencia de unidad propósito y dirección no se puede limitar única y específicamente a hipótesis previamente definidas por el legislador ya que la unidad de propósito y dirección tiene carácter económico y por ende resulta variable. Por lo anterior, el artículo 28 de la Ley 222 ha dado una definición amplia sobre cuando se entiende que existe unidad de propósito y dirección, donde lo que resulta importante es la injerencia o intervención de la matriz o controlante en las demás sociedades para la obtención de un beneficio general o exclusivo del grupo. Teniendo en cuenta lo anterior, la Supersociedades afirma que existirá unidad de propósito y dirección

cuando la injerencia de la matriz en las sociedades subordinadas sea a través de la disposición planificada y sistemática de objetivos determinados. La Supersociedades en la mencionada Circular indica que, aunque resulta importante realizar un análisis sobre el alcance de las palabras debe tenerse en cuenta como se mencionó la variabilidad de esta figura por lo que la unidad de propósito y dirección puede asumir múltiples formas, pero siempre partiendo de un elemento integrador consistente en la realización de objetivos determinados. Adicionalmente, explica que por un lado se presenta unidad de propósito cuando la relación de las entidades involucradas a través de la subordinación presenta una finalidad, que es comunicada por la entidad controlante y asumida por las controladas, encaminada a la ejecución de un fin que se asume en beneficio del grupo sin perjuicio de la actividad correspondiente de los sujetos que lo componen. Con respecto a la unidad de dirección, la Supersociedades explica que puede presentarse de múltiples maneras como por ejemplo con la facultad de la controlante de intervenir en la toma de decisiones de las subordinadas, además de la facultad de intervenir en “la definición y aplicación de las estrategias, de políticas, planes y orientaciones económicas, administrativas o financieras pertinentes, a fin de que los sujetos que conforman el grupo las pongan en marcha y con su desarrollo se logre el objetivo previsto.”. así entonces puede entenderse que la controlante o matriz tiene la facultad de decisión.

La Supersociedades en la Circular mencionada ha dicho que para determinar la existencia de unidad de propósito y dirección resulta pertinente tener en cuenta:

- i. El objeto social de las sociedades puede ser semejante y complementario, pero también puede ser diverso.
- ii. La composición accionaria de las sociedades vinculadas cuenta con la participación de los mismos accionistas.
- iii. La administración de las sociedades vinculadas está a cargo de una junta directiva conformada en su mayoría por las mismas personas naturales o jurídicas.

La representación legal de las sociedades se encuentra a cargo de las mismas personas que figuran como representantes de las otras sociedades vinculadas. Adicionalmente, en la Circular Básica Jurídica del 2017 de la Supersociedades ha establecido que existirá unidad de propósito y dirección cuando:

(...) haya injerencia de la controlante en cuanto a la disposición planificada y sistemática de objetivos determinados, que han de ejecutarse por los sujetos que conforman el grupo, al tiempo en que deban someterse a su evaluación y control directo o indirecto estableciendo una clase de relación de interdependencia(...) La unidad de propósito y la unidad de dirección significan las cualidades que se predicen de las entidades, en cuanto a la relación de interdependencia que las caracteriza como grupo empresarial. (p. 82)

Sin embargo, es pertinente mencionar que, aunque a través de la unidad de propósito y dirección se busque la consecución de objetivos comunes del grupo, la Supersociedades a través del Oficio 220-132271 diciembre 19 de 2008, sostiene que el objeto de cada una de las sociedades vinculadas no se amplía a la búsqueda de los propósitos del grupo, pues lo que ocurre según la ley, es que dicho objeto se orienta de acuerdo con las directrices trazadas por la matriz o controlante.

Una vez explicadas ambas figuras, es decir, situación de control y grupos empresariales puede entenderse que estas figuras no constituyen una nueva persona jurídica, sino más bien una estructura societaria que puede tener ventajas como desventajas. Adicionalmente, en las sociedades subordinadas no existe una total independencia en la administración como en la toma de decisiones, afectando de manera directa a los minoritarios quienes tendrán el deber de aceptar las decisiones tomadas en virtud de la democracia societaria o de ejercer sus derechos políticos o económicos. Igualmente, los minoritarios resultan perjudicados especialmente en la consolidación de grupos empresariales ya que como se mencionó el requisito de la existencia de la unidad de propósito y dirección implica que la matriz establezca y delimite objetivos en

beneficio del grupo y no en beneficio de la sociedad de la cual los minoritarios son parte, por lo que la satisfacción de los intereses del grupo no siempre se encuentran alineados con los intereses de la sociedad individualmente considerada y mucho menos alineados con los intereses de cada uno de los asociados que son parte de la sociedad subordinada. Por otro lado, resultan afectados debido a que la controlante o matriz, tiene la facultad de intervenir no solo en la toma de decisiones de las subordinadas sino también en la definición y aplicación de estrategias, de políticas, planes y orientaciones económicas, administrativas o financieras de la sociedad que como se ha dicho en este capítulo no siempre estas directrices benefician a la sociedad y por lo tanto a los asociados de estas.

Ahora bien, desde una perspectiva de derecho comparado, es pertinente mencionar que, en España, desde la perspectiva de la subordinación empresarial, nos encontramos con que Artículo 18 de la LSC, establece que habrá grupos de sociedades cuando se esté en presencia de uno de los supuestos del artículo 42 del Código de Comercio Español, artículo según el cual:

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- i. Posea la mayoría de los derechos de voto.
- ii. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- iii. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- iv. Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En

particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

De acuerdo con el artículo anteriormente citado, se puede evidenciar una diferencia elemental entre ambos sistemas jurídicos: en España, a diferencia de Colombia, no se hace referencia a grupos empresariales y a situaciones de control como instituciones diferentes, sino que se enuncia un listado de supuestos bajo los cuales se configura algo conocido como “grupos de sociedades”, figura que guarda gran similitud con la situación de control colombiana, explicada anteriormente.

3. Capítulo III: Mecanismos de protección de asociados y casuística en Colombia.

En el presente capítulo analizaremos los mecanismos de protección con los que cuentan los asociados. Este capítulo se dividirá en dos secciones: en primer lugar haremos un análisis de los diversos mecanismos de protección con los que cuentan los asociados así como el análisis de su eficacia desde la perspectiva del minoritario, y en segundo lugar, enunciaremos algunos casos importantes donde se evidencia la aplicación de estos mecanismos en Colombia. Para realizar esto, se tendrá en cuenta, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia.

3.1. Abuso del derecho al voto.

Las decisiones en las sociedades son tomadas de acuerdo a la regla de la democracia societaria, buscando la primacía del interés general (o voluntad social) por encima del interés particular de cada asociado; sin embargo, en la práctica puede verse afectada la voluntad social, pues es común que cada asociado busque la satisfacción de sus propios intereses.

Con respecto al interés social en los grupos empresariales, Luis Fernando Sabogal (2014) sostiene que han existido dos posiciones. La primera expone que el interés social en los grupos empresariales es el interés común de los socios y la segunda propone que el interés social es la suma de los intereses tanto de los asociados o *shareholders* y de los terceros interesados en la actividad empresarial o *stakeholders*. Sin embargo, hay dudas sobre la primacía del interés del grupo sobre el interés social de cada sociedad vinculada a este. Por lo anterior, puede verse afectado el interés de cada sociedad, puesto que como menciona el autor debe reconocerse la existencia de una posición que defiende la adaptación del interés social de cada sociedad vinculada al interés de grupo.

Según la Corte Suprema de Justicia (en adelante, CSJ) en la sentencia SU-631 de 2017, cuando la finalidad del derecho, en este caso del derecho al voto, se desborda por fuera de sus

finalidades, las cuales en materia societaria se traducen a la satisfacción del interés social ya definido, se estará en presencia de la figura conocida como abuso del derecho. Como afirma Santiago Medellín León (2016) quien cita a Reyes Villamizar, la figura del abuso del derecho al voto fue empleada por la Supersociedades

(...) con fundamento en el deber que recae sobre los accionistas de sujetarse al interés general de la compañía en el ejercicio del derecho de voto y, específicamente, en el caso de los socios mayoritarios, manifestado en la observancia de los derechos de la minoría en la gestión de la empresa común (p. 4)

Esta figura está regulada en dos disposiciones. Por un lado, el artículo 830 CCO que resulta aplicable a todos los tipos societarios y el artículo 43 de la Ley 1258 aplicable a las S.A.S. Así, el artículo 830 CCO considera que “quien abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.”. Por otro lado, el artículo 43 de la Ley 1258 establece que:

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

(...) La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad (...) (Congreso de la República, 2008)

La CSJ a través de la sentencia SU-631 de 2017 ha sostenido que el abuso del derecho supone que el titular del derecho haga uso contrapuesto de los fines, del alcance y de la extensión que el derecho le concede al mismo. Adicionalmente ha sostenido que la figura del abuso del

derecho se presenta cuando en el ejercicio del derecho se desbordan los límites que el ordenamiento jurídico impone, independientemente de si dicho ejercicio desbordado cause daños a terceros, es decir, en palabras de la CSJ “(...) El abuso del derecho se configura cuando se fractura la relación finalística que hay entre (i) la dimensión particular del derecho subjetivo y (ii) la proyección social con la que aquel se ha previsto (...)”. (Corte Suprema de Justicia, SU-631 de 2017)

El ejercicio abusivo del derecho al voto puede darse por abuso de la mayoría, de la minoría y por paridad. De acuerdo con Lina Fernanda Henao (2017), el abuso del derecho al voto por la mayoría se da cuando se configura la intención de obtener –o la efectiva obtención de –un beneficio o provecho personal, con el deseo de causar un perjuicio al interés social o empresarial por parte de quien ostente la mayoría decisoria. Sin embargo, se presenta cuando son los minoritarios quienes se ven perjudicados por las decisiones de los mayoritarios, quienes usan su derecho al voto en contra de este interés. Según afirma Jairo Medina Vergara, el asociado que obre con abuso de su posición dominante, será responsable contractualmente y habrá lugar a la indemnización de perjuicios siempre y cuando se presente un daño, el cual previamente tuvo que haber sido probado para demostrar el ejercicio abusivo del voto (2015, p. 22). Lo anterior, teniendo en cuenta los principios de reparación integral y equidad.

El abuso del derecho al voto por el minoritario puede ejercerse a través del derecho al veto, el cual según la sentencia de la Supersociedades de Alienergy S.A contra Álvaro José Márquez y Gestión Orgánica GEO S.A.S E.S.P (Sentencia 800-50 de mayo 7 de 2015), se presenta cuando se establecen mayorías calificadas o requisitos de unanimidad para la adopción de ciertas decisiones por lo que deberá atenderse a las objeciones de la minoría sin que el mayoritario pueda imponer su voluntad, así según la Sentencia 800-54 del 14 de mayo de 2015, el derecho de veto busca obstruir ciertas decisiones.

Por último, el abuso del derecho al voto por paridad, se da en aquellos casos en los que el capital social se encuentra dividido en partes iguales, teniendo entonces los asociados la misma cantidad de votos. Esto variará, dependiendo del tipo de acciones con las que cuente el asociado, pues como se ha dicho en capítulos anteriores, no siempre corresponde la participación en el capital social con el número de votos que se puedan emitir. En este orden de ideas, la Supersociedades, por medio de la Sentencia 800-54 del 14 de mayo de 2015 ha establecido que generalmente los casos de abuso del derecho al voto por paridad, se dan también por medio del derecho de veto. Esto se da, cuando por ejemplo, el capital social está dividido en dos partes del 50%, y para adoptar una decisión, incluso con mayoría simple, se requiere el voto afirmativo del 50% más uno, y uno de los asociados vota de manera negativa, obstruyendo la toma de la decisión.

El artículo 830 CCO y el artículo 43 de la Ley 1258, se asemejan en cuanto permiten la indemnización de perjuicios a favor de quien resulte afectado con la medida adoptada bien sea en la junta de socios o asamblea general de accionistas y en contra de quien abusó de su derecho al voto. Pero, una diferencia fundamental entre ambos artículos radica en la posibilidad de declarar la nulidad de las decisiones adoptadas por el máximo órgano social.

En este sentido la Supersociedades en Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014 entre Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A ha sostenido que existen dos posiciones respecto a la posibilidad de decretar la nulidad absoluta de las decisiones tomadas en abuso del derecho en otros tipos societarios diferentes a las S.A.S. Así, una primera posición argumenta que a través de un análisis sistemático del artículo 252 de la Ley 1450 de 2011, el artículo 44 de la Ley 1258 y del artículo 24 del Código General del Proceso es posible el decreto de la nulidad absoluta en tipos societarios diferentes a la S.A.S puesto que las facultades jurisdiccionales de la Supersociedades no se limitan al tipo societario. Por otro lado, existe una posición más restrictiva, bajo la cual la nulidad derivada del ejercicio del abuso del derecho al

voto no puede extenderse a otros tipos societarios diferentes a la S.A.S. A nuestro juicio, la aplicación analógica de esta sanción no debería depender de la interpretación sistemática de las facultades jurisdiccionales de la Supersociedades, sino específicamente del tipo societario y de la motivación del legislador, pues si este hubiera querido extender este efecto a todos los tipos societarios, así lo hubiera hecho de manera expresa. Lo anterior, sin perjuicio de la competencia de la Supersociedades ya que no está siendo cuestionada su competencia sino la aplicación de la sanción.

Por otro lado, teniendo en cuenta lo expuesto en capítulos anteriores, Medellín León (2016, p. 7), sostiene que en las sociedades de capital concentrado -propias de la forma de distribución del capital en Colombia-, se facilita el ejercicio abusivo del derecho a través del problema de agencia mencionado en el capítulo I, pues explica que tanto el agente como el mandante buscan la satisfacción de su interés propio y de la maximización de sus utilidades. Es preciso recordar que en sociedades de capital concentrado el problema de agencia se da entre mayoritarios y minoritarios, pues los últimos le confían la toma de decisiones sociales a los primeros.

Concretamente en situaciones de subordinación o consolidación de grupos empresariales puede presentarse la figura del abuso del derecho, bien sea a través del abuso de la mayoría o de la minoría. En estos casos quien ostente la mayoría -matriz o controlante- podrá adoptar decisiones que no persigan el interés de la sociedad subordinada y perjudicando entonces los intereses de la subordinada o de sus otros accionistas. Por el contrario, podrá presentarse al abuso del derecho al voto por la minoría, cuando sean los asociados minoritarios concretamente quienes bloqueen decisiones que la controlante considere importantes para la sociedad a través del ejercicio del derecho de veto cuando dichas decisiones deban ser aprobadas por una mayoría calificada o por unanimidad. Consideramos que en caso situaciones de control y grupos empresariales no se presenta el abuso del derecho al voto por paridad debido a que según las presunciones establecidas en el numeral 1 y 2 del artículo 27 de la Ley 222 es necesario que la

controlante ostente bien sea más del 50% del capital social y/o más del 51% de los votos en la toma de decisiones. Por otro lado, no se da el abuso del derecho al voto en la tercera presunción consagrada en la anterior disposición, debido a que el control contractual no le otorga al controlante la posibilidad de emitir votos y tomar decisiones en las reuniones del máximo órgano social.

Ahora, analizando la eficacia de lo que estimamos como un mecanismo de protección desde la perspectiva del minoritario, bien sea en el caso de sociedades subordinadas, vinculadas a un grupo empresarial o sociedades independientes, consideramos, basándonos en diversas sentencias de la Supersociedades como la No. 800-73 de 19 de diciembre de 2013, No. 800-20 del 27 de febrero de 2014, No. 801-81 del 20 de noviembre de 2015 y la No. 800-78 del 14 de noviembre de 2014, que no resulta ser un mecanismo eficiente para proteger los derechos del minoritario, debido a que como se menciona en dichas sentencias, el demandante –en este caso el minoritario- deberá satisfacer una altísima carga probatoria ya que deberá demostrar que se causó un perjuicio, pero además deberá demostrar que la causación de dicho perjuicio fue intencional.

3.2. Levantamiento del velo corporativo o desestimación de la personalidad jurídica.

Para analizar esta figura, es necesario hacer alusión a la clasificación de sociedades referenciada en el capítulo I, sobre la división entre sociedades de capital y sociedades de personas, ya que el levantamiento del velo corporativo parte del principio de separación de patrimonios entre los asociados y la sociedad, propio de las sociedades de capital. En este sentido, resulta importante dicha distinción debido a que en las sociedades de personas no existe limitación a la responsabilidad de los asociados, pues estos responden subsidiariamente por las obligaciones sociales. Por el contrario, en las sociedades de capital existe la limitación de la responsabilidad, entendiéndose por esto, que los asociados responden hasta el monto de sus

aportes. Por esto, la figura del levantamiento del velo corporativo resulta aplicable a las sociedades de capital y no a las sociedades de personas.

La Corte Constitucional a través de la Sentencia C-090 de 2014, ha dicho que la desestimación de la personalidad jurídica es un límite a la responsabilidad de los asociados, debido a que cuando una persona jurídica se emplea con el propósito de causar daños a terceros, se pierde la garantía de responsabilidad limitada de los asociados, pues la ley permite que en eventos de fraude se persiga el patrimonio del asociado que actuó deslealmente (Corte Constitucional, C-090 de 2014).

Adicionalmente, la mencionada sentencia destaca que el levantamiento del velo corporativo fue una figura que introdujo la Ley 1258, pues antes de esta regulación se debía acudir a distintas normas como el abuso del derecho consagrado en el artículo 830 del CCO; al deber constitucional de no hacer daño a otros consagrado en los artículos 58 y 83 de la Constitución Política; a la responsabilidad subsidiaria en caso de liquidación consagrada en el artículo 148 de la Ley 222; y a la responsabilidad por actos defraudatorios consagrada en el artículo 207 de la misma Ley.

Asimismo, la Supersociedades en la sentencia del Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (FINAGRO) contra Mónica Colombia S.A.S, Tilava S.A.S., Monicol S.A.S, y Agrocaxias S.A.S., sostuvo, citando un auto anterior de la misma entidad, que la creación de tipos societarios con limitación de la responsabilidad trajo consigo un incremento en el uso de estos tipos societarios para fines ilegítimos o defraudatorios. Es entonces como este mecanismo permite a las autoridades extender a los asociados la responsabilidad por las obligaciones insolutas en caso de fraude o abuso (Sentencia 800-000055 del 2013). La Supersociedades en la sentencia No. 801-00015 del 2013, entre Jaime Salamanca Ramírez contra Logística S.A.S., José Vicente Padilla Martínez y Ligia Patricia Padilla Martínez sostuvo que no existen requisitos legales para la procedencia de esta figura, pues debido a la severidad de sus efectos

y su complejidad deberá analizarse caso tras caso. Por otro lado, en esta sentencia se establece que dicha acción prosperará cuando el demandante demuestre con suficientes méritos que se han desbordado los fines para los cuáles se constituyó la sociedad, por lo que le corresponde al demandante una altísima carga probatoria.

Aunque la ley y la doctrina consideren que esta figura es un mecanismo de protección, esta no resulta ser una solución real para los problemas a los que se enfrentan los asociados, especialmente los minoritarios, pues esta figura está a disposición de terceros que resulten perjudicados por actuaciones desleales, deshonestas y/o maliciosas de la sociedad, y no a disposición de los asociados. No obstante, frente a las figuras de situaciones de control y grupos empresariales, resultaría aplicable para proteger a terceros perjudicados bien sea por la matriz o subordinada. A nuestro juicio, este mecanismo de protección resultaría aplicable en aquellos casos en los que la subordinada resulte perjudicada por actuaciones desleales, deshonestas y/o maliciosas de la matriz, lo anterior teniendo en cuenta que cuando se está frente a la tercera presunción del artículo 27 de la Ley 222 (subordinación contractual), la sociedad subordinada podrá ser considerada como un tercero que resulte perjudicado por dichas actuaciones. Concretamente, consideramos que en los casos de grupos empresariales esta figura resulta de difícil aplicación, debido a que la legitimación por activa de esta acción necesariamente exige que el perjudicado sea un tercero y dentro de un grupo empresarial la unidad de propósito y dirección hace complicada la identificación del tercero perjudicado.

Aunque este mecanismo no sea relevante para los propósitos de este trabajo, en cuanto realmente no protege al asociado, específicamente al minoritario, es pertinente mencionar que luego de analizar algunas sentencias de la Supersociedades sobre el levantamiento del velo corporativo, encontramos que únicamente en pocas sentencias realmente se desestimó la personalidad jurídica de la sociedad, debido a que en los demás casos no se satisfacía el alto nivel probatorio que tiene el demandante. Asimismo, según la sentencia No. 800-00015 de

2013 la Supersociedades, la efectividad de estas medidas depende también del adecuado ejercicio de la función judicial. Por lo anterior, no es una figura que en Colombia tenga gran aplicabilidad

3.2.¿Existen otros mecanismos?

3.2.1. Acción social de responsabilidad.

Es “aquella acción que de manera directa le corresponde ejercer a la sociedad en contra de sus administradores, cuando quiera que por sus actuaciones y en violación a la ley o los estatutos se causen perjuicios” (Hernán Gil, p. 647). La responsabilidad de los administradores se encuentra regulada en el artículo 24 de la Ley 222 según el cual, los administradores responden solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa causen a la sociedad, a los socios o a terceros. Asimismo, este artículo consagra presunciones de responsabilidad de los administradores en los siguiente casos: i) incumplimiento o extralimitación de sus funciones; ii) violación de la ley o de los estatutos; iii) cuando propongan o ejecuten la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo dispuesto en el artículo 151 del CCO y otras normas que regulen la distribución de utilidades, en estos casos responderán por el exceso de las sumas repartidas o por el valor de las sumas dejadas de repartir, además de los perjuicios a los que haya lugar.

En caso de responsabilidad de los administradores, el artículo 25 de la Ley 222 consagra el mecanismo llamado acción social de responsabilidad en contra de los administradores, de la siguiente manera:

La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número

de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.

La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.

Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.

Así, la Supersociedades en la Circular Básica Jurídica del 2017 sostuvo que los administradores responden solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. Sin embargo, la responsabilidad de los administradores tiene una excepción que se encuentra regulada en el artículo 24 de la Ley 222 la cual establece que los administradores no serán responsables cuando no tengan conocimiento de la acción u omisión, o hayan votado en contra siempre y cuando no ejecuten la acción u omisión.

En este sentido, Jairo Medina Vergara sostiene que los administradores tienen una función que implica riesgos, por lo que no siempre su gestión tiene resultados exitosos, según esto, para que se dé la responsabilidad de los administradores es necesario que la inobservancia de las normas se haya presentado con dolo o culpa, además menciona que no son únicamente responsables por infracciones sino también por omisiones y/o extralimitación en el ejercicio de

sus funciones (2015, p.118). Sin perjuicio de lo expuesto, el autor considera problemática la aplicación de la acción social de responsabilidad, ya que por infracciones, extralimitaciones y omisiones se tienen diversos mecanismos, por lo que la acción de responsabilidad se vuelve un tipo en blanco que debe completarse con normas como por ejemplo aquellas que consagren deberes de los administradores y aquellas contempladas en los estatutos sociales. Esta remisión a otras normas, como, por ejemplo, el artículo 23 de la Ley 222 tiene como propósito la identificación del deber incumplido por el administrador.

De lo anteriormente dicho, se infiere que los destinatarios del artículo 25 de la Ley 222 son los administradores, que según el artículo 22 de la misma Ley son: i) el representante legal; ii) el liquidador; iii) el factor; iv) los miembros de juntas o consejos directivos; v) y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten funciones de administración. De igual forma, la Supersociedades en el Oficio 2220-004788 del 1 de febrero de 2007 sostuvo que debido a que la ley no diferencia si el administrador tiene la calidad de principal o suplente, el suplente también estará obligado a cumplir con los deberes y obligaciones establecidos en la ley, por lo que será responsable ya que de acuerdo con los estatutos ejercen y detentan funciones de administración. Asimismo, la Supersociedades en la Circular Básica Jurídica del 2017 ha dicho que el sujeto activo de esta acción es la sociedad y el sujeto pasivo son los administradores que hayan ocasionado el perjuicio, pero en caso de que la sociedad no ejerza dicha acción subsidiariamente estarán legitimados para ejercerla los demás administradores, así como cualquier asociado en interés de la sociedad.

Aunque como se mencionó, los administradores no tienen obligaciones de resultado por cuanto no están obligados a que sus actuaciones tengan resultados exitosos, sí están realmente obligados a cumplir con los deberes de los administradores consagrados en el artículo 23 de la Ley 222, deberes como la buena fe, la lealtad, la diligencia y en cumplimiento de los intereses de la sociedad.

Para que proceda dicha acción como establece el artículo 25 de la Ley 222 es necesario que sea aprobada en reunión de asamblea general de accionistas o junta de socios por una mayoría simple, es decir, por la mitad más una de las acciones representadas en dicha reunión. Sin embargo, en la Circular Básica Jurídica ya mencionada, se aclara que el artículo referenciado contiene un régimen especial en materia de convocatoria, en decisiones en reuniones extraordinarias, en mayorías decisorias, y en asuntos de representación jurídica de la sociedad. Lo anterior debido a que los asociados que representen el 20% del capital social podrán convocar directamente para efectos de decidir sobre la procedencia de la acción social de responsabilidad. Adicionalmente, puede considerarse un régimen especial debido a que el artículo 425 del CCO establece que en las reuniones ordinarias podrá decidirse sobre la acción social de responsabilidad incluso si esta no hiciere parte del orden del día. Por otro lado, para que proceda esta acción se requiere una decisión favorable del máximo órgano social. Igualmente es pertinente mencionar que la procedencia de esta acción no tiene limitación temporal.

Aunque se haya dicho que los demás administradores, asociados o terceros legitimados pueden ejercer esta acción, la Supersociedades en la Circular Básica Jurídica del 2017 aclara que lo estipulado en el artículo 25 de la Ley 222 permite que esta acción sea ejercida por los mencionados siempre y cuando después de adoptada la decisión por el máximo órgano social hayan transcurrido 3 meses sin que haya sido realmente ejercida.

Además de la indemnización de los perjuicios causados por el administrador, dicha acción implica la remoción del administrador. En palabras de la Supersociedades “ (...) es claro que no se requiere adoptar dos decisiones diferentes: la de iniciar la acción y la de la remoción (...) la primera per sé se genera la segunda, obviamente respecto del administrador contra el cual se hubiere aprobado la iniciación de la acción referida” (Oficio 220-13628)

De acuerdo con Luis Fernando Sabogal (2014), cuando una sociedad controlante o matriz, causa daños por medio de sus administradores a cualquiera de las sociedades subordinadas, puede buscarse la responsabilidad de los administradores por dos medios:

- i. La figura del administrador de hecho: funcionaría en aquellos casos en los que el administrador de la sociedad matriz o controlante se inmiscuya en la gestión de la sociedad subordinada, asumiendo la dirección de esta, pero en cualquier caso, se deberá probar que los causantes del daño fueron los administradores de la sociedad matriz o controlante. Si se logra probar lo anterior, los administradores de la matriz o controlante podrían responder de manera individual por los perjuicios causados, o de manera solidaria con los administradores de la sociedad subordinada. Sin embargo, la figura de administrador de hecho, solo está consagrada para las S.A.S., razón por la cual queda en duda este mecanismo para los otros tipos societarios.
- ii. La aplicación de las normas generales de responsabilidad: por esta vía, se puede pretender la responsabilidad del administrador de manera solidaria con la matriz o controlante. Esto se relaciona con el abuso del derecho, pues así la matriz o controlante pueda someter la voluntad de sus subordinadas, esto solo puede hacerse dentro del marco de la voluntad del grupo, y no para perjudicar a las subordinadas. Bajo este medio, el administrador de la matriz o controlante podría responder con fundamento en el artículo 833 del CCO .

Aclarado lo anterior, es pertinente mencionar que según dispone el artículo 24 del Código General del Proceso colombiano, la Supersociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales será la entidad competente para conocer de la resolución de conflictos societarios y de las diferencias entre los mismos asociados o entre estos y los administradores.

Ahora bien, con respecto a la efectiva protección que este mecanismo puede brindarle al minoritario, consideramos importante mencionar que este puede verse perjudicado tanto por decisiones adoptadas por el máximo órgano social como por actuaciones propias de los administradores. En el caso concreto de grupos empresariales, se aludió en el capítulo anterior

a la posibilidad de que las decisiones del grupo sean adoptadas en pro del interés del mismo y no de la sociedad independientemente considerada por lo que únicamente no resultan perjudicadas las sociedades vinculadas sino los asociados de estas sociedades. Por otro lado, los minoritarios pueden verse afectados por los lineamientos emitidos por la matriz o controlante en razón de la unidad de propósito y dirección, lineamientos que deberán cumplir los administradores de las sociedades. Así, analizando la efectividad de este mecanismo de protección respecto a posibles problemas como los aquí mencionados consideramos que en la práctica puede resultar problemático por las siguientes cuestiones:

i. Al tratarse de una acción que principalmente le corresponde a la sociedad, la protección del asociado depende de la aprobación del ejercicio de esta acción por el máximo órgano social. Además, aunque dicha decisión sí sea aprobada puede que no sea ejercida por la sociedad, por lo que el asociado además de depender del máximo órgano social para su aprobación deberá esperar 3 meses para ejercer la acción directamente en caso de no ser ejercida por la sociedad. Bajo este panorama es que se agrava el problema de agencia, pues al exigir la aprobación de la asamblea general de accionistas, lo que se está haciendo es desproteger al asociado minoritario cuando este se vea perjudicado.

ii. Adicionalmente resulta problemática la protección del minoritario puesto que la convocatoria para la reunión del máximo órgano social deberá ser realizada bien por el administrador o por asociados que representen el 20% del capital social.

iii. En el Proyecto de Ley 70 de 2015, se discutió la ineficiencia de esta acción debido a que la dependencia de las mayorías para la procedencia de esta acción puede hacerla ineficaz, ya que para aprobarla se requiere de una mayoría simple, es decir, de la mitad más una de las acciones, lo que permitiría al mayoritario o controlante bloquear la toma de esta decisión y como se mencionó anteriormente la adopción de esta decisión recaería principalmente en el mayoritario, perjudicando al minoritario. Asimismo, como se mencionó en tal Proyecto de Ley

debido a la concentración del capital, propia de las sociedades colombianas, quienes detentan la mayoría son normalmente quienes controlan la administración de la sociedad. Por lo anterior, en dicho Proyecto de Ley se propone la creación de una “acción derivada” para la protección de los intereses de los asociados ya que por medio de esta acción cualquier accionista podrá intentar en nombre de la sociedad la demanda en contra de los administradores, sin necesidad de someterse a la decisión del máximo órgano social. Esta acción podrá ser una acción individual para aquellos casos en los que el perjuicio lo sufra directamente el demandante por lo que el minoritario podrá verse beneficiado ya que podrá ejercer directamente la acción cuando resulte perjudicado por una actuación del administrador.

iv. Por otro lado, como menciona Medina Vergara, debe distinguirse la acción individual de responsabilidad de la acción social de responsabilidad. En la primera, toda persona o acreedor puede ejercer una acción contra un administrador para ser reparado por un perjuicio causado por el administrador. En la segunda, acción social de responsabilidad, el administrador responde por un daño causado a la sociedad resarciendo el perjuicio ocasionado al patrimonio de la misma (2015, p. 141). Por lo anterior, consideramos que la acción pertinente para proteger los intereses de los asociados sería la acción individual de responsabilidad y no la acción social de responsabilidad, pues en palabras de la Supersociedades:

(...)cualquier persona que haya sufrido perjuicio derivado de actuaciones de los administradores, previa comprobación del interés jurídico que le asiste puede demandar que le compensen los daños causados (...) Se trata de una responsabilidad personal del administrador frente a los accionistas o frente a terceros y no de responsabilidad de la sociedad por la actuación de los administradores como órgano social en nombre de ella.

Por el contrario, nos encontramos con que en España, también está regulada la acción social de responsabilidad al igual que en Colombia. Esta se encuentra consagrada en el artículo 238 de la LSC, que establece que se podrá ejercer esta acción en contra de los administradores con

previo acuerdo de la junta general que puede ser adoptado a solicitud de cualquiera de los socios, y no se podrá establecer una mayoría diferente a la ordinaria para su aprobación. En España, los minoritarios juegan un papel fundamental para el ejercicio de esta acción, pues solamente la junta general podrá transigir o renunciar a esta, si no se oponen los asociados que representen al menos el 5% del capital social. De igual forma, el artículo 239 de la LSC, le abre la posibilidad a los asociados minoritarios (que representen al menos el 5% del capital social), de entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social en los casos en los que los administradores no convoquen la junta general para entablar dicha acción. No obstante, cuando se trate de una acción de responsabilidad por una infracción al deber de lealtad, los socios que representen al menos el 5% del capital social podrán llevar a cabo la acción directamente sin tener que someterla a la junta general. Esta representa una gran diferencia con Colombia, pues una de las causas por las cuales este mecanismo puede llegar a ser ineficaz en nuestro ordenamiento jurídico, es que precisamente la decisión sobre la acción de responsabilidad se toma en el máximo órgano social, sin excepciones, por lo cual los asociados minoritarios se verán afectados por no poder configurar una mayoría decisoria.

3.2.2. Derecho de veto.

Tal como se mencionó en un apartado anterior, el derecho de veto puede considerarse como uno de los mecanismos de abuso del voto de las minorías y del abuso del voto en paridad, sin embargo, también puede considerarse como un mecanismo de protección contra decisiones abusivas que pretenden aprobar los asociados mayoritarios.

3.3.Mecanismos ex-ante.

Algunos de los efectos derivados de las situaciones de control y de la consolidación de grupos empresariales como lo son: i) la inscripción en el registro mercantil; ii) la consolidación de estados financieros; iii) la prohibición de imbricación; iv) la comprobación administrativa de operaciones y suspensión de ellas; v) la extensión de la responsabilidad; y en caso de grupos empresariales i) la presentación de un informe especial al máximo órgano social por parte de los administradores de las sociedades, pueden ser considerados de cierta forma como mecanismos de protección para los asociados.

El primero de los efectos procura un mayor nivel en la seguridad jurídica de los asociados, pues busca que estos identifiquen los verdaderos vínculos subyacentes en las relaciones societarias. Por otro lado, podría proteger a los asociados ya que el incumplimiento de la inscripción que realiza el representante legal por documento privado ante la Cámara de Comercio podría ocasionarle al mismo sanciones y responsabilidades de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 222 (Reyes Villamizar, 2017, p. 328).

El segundo de los efectos mencionados, la consolidación de estados financieros como se mencionó en el capítulo anterior, busca que tanto asociados como terceros conozcan la verdadera situación económica de la sociedad. Relacionado este efecto con la prohibición de imbricación puede deducirse que lo que en realidad se busca proteger es el capital social de cada sociedad individualmente considerada y por ende la protección del patrimonio de cada uno de los asociados que la componen.

En este sentido, tal como menciona Reyes Villamizar uno de los riesgos a los que se ven enfrentados los minoritarios consiste en que bajo la figura de la subordinación, la sociedad podrá ser usada como un instrumento para favorecer los intereses de otra persona que bien puede ser natural o jurídica. Para evitar lo anterior, según el autor se le ha otorgado a la

Supersociedades la facultad de revisar operaciones que se celebren entre sociedades controlantes y subordinadas (2017, p. 335)

Concretamente en el caso de los grupos empresariales, la presentación de un informe especial por parte de los administradores, (informe de gestión) en el que conste la intensidad de las relaciones económicas existentes entre controlante y controlada. En palabras de Reyes Villamizar (2017,p. 360) este informe permite a los asociados conocer las condiciones económicas en que se han celebrado las operaciones entre las partes vinculadas así como las indicaciones de las operaciones más importantes realizadas por las controladas con terceros. Adicionalmente, se exige que se le informe a los asociados las operaciones o determinaciones dejadas de adoptar por influencia o en interés de las demás entidades agrupadas.

De lo anterior puede evidenciarse que lo que en un principio es considerado como cargas u obligaciones en cabeza del controlante o matriz puede eventualmente proteger al minoritario, por dos razones. En primer lugar, protege al asociado brindándole información certera sobre los reales intereses de la sociedad y por otro lado busca proteger el patrimonio de la sociedad y por ende del asociado a través de la consolidación de estados financieros y a través de la prohibición de imbricación. Además, en el caso del informe de gestión especial de los grupos empresariales, los minoritarios podrán tener un sistema de control para identificar cuando se está frente a decisiones o determinaciones que impliquen un conflicto de interés.

3.4.Casos importantes.

Se pretende en este apartado realizar un análisis de ciertas sentencias que resultan relevantes para dilucidar algunas de las explicaciones anteriores. Para esto, se hará un breve recuento de los hechos contenidos en la demanda y las pretensiones para posteriormente mencionar el

análisis realizado por la Supersociedades respecto del mecanismo de protección analizado en dicha sentencia.

i. Sentencia No. 800-73 del 19 de diciembre de 2013. Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S.

Serviucis S.A a través de la presentación de la demanda pretendía la declaración de nulidad de las decisiones adoptadas en la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de la Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S (en adelante, NCSC), alegando un presunto abuso del derecho de mayorías. La anterior demanda se fundamentaba en que la Sociedad Inversiones Hospitalarias y Clínicas S.A.S (en adelante, IHC) fue constituida con la participación de Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid a través de sociedades vinculadas para posteriormente constituir una nueva sociedad (NCSC) para así poder adquirir el establecimiento médico, Clínica Sagrado Corazón (en adelante, CSC). Entre IHC S.A.S., NCSC., y Médicos Asociados S.A (antigua propietaria de CSC) celebraron un acuerdo privado para completar la transferencia sobre el control de la CSC, en el que se autorizaba a NCSC a administrar la CSC y a concertar modificaciones en el capital de IHC S.A.S.

Entre Mauricio Vélez Cadavid y Edwin Gil Tobón, se presentaron conflictos que llevaron a dar por terminada la participación conjunta en las sociedades mencionadas anteriormente. Para dar por terminada su participación convinieron en que Mauricio Vélez Cadavid dejaría de participar en la sociedad Serviucis S.A y Edwin Gil vendería sus acciones en IHC S.A.S y NCSC.

Serviucis S.A (sociedad controlada por Edwin Gil) era miembro de la junta directiva de NCSC desde el momento de constitución de la misma y por un período de 2 años. Sin embargo, a través de una decisión adoptada en reunión ordinaria de la asamblea de accionistas, Mauricio Vélez Cadavid y el bloque de accionistas que era controlado por él, ejercieron sus derechos políticos correspondientes al 69.57% del capital y removieron a Serviucis S.A de su cargo.

Según lo anterior, la Supersociedades verificó la existencia de un grupo de accionistas liderado por Mauricio Vélez Cadavid el cual era propietario del 69.57% de las acciones de IHC, por lo que el grupo actuaba como un verdadero mayoritario mientras que Serviucis S.A actuaba como minoritario, pues su participación era del 30.43% de las acciones de IHC. En el caso concreto, se podría afirmar que la existencia de una situación de control creada por un grupo de accionistas empeoró la posición del minoritario, debido a que el bloque de accionistas perseguía no el interés social sino aquel establecido por Mauricio Vélez Cadavid, así como por la posibilidad del grupo de establecer la mayoría decisoria.

En este caso claramente se evidencia que Mauricio Vélez Cadavid ostentaba la calidad de controlante de IHC S.A.S debido a que el bloque de accionistas que contaba con el 69.57% de los votos y tal como dispone el inciso 2 del artículo 27 de la Ley 222 será controlante quien tenga el derecho a emitir los votos constitutivos de una mayoría mínima decisoria o tenga el número de votos necesarios para elegir a los miembros de la junta directiva o en este caso, removerlos.

La Supersociedades en este caso analiza el posible abuso del derecho al voto por parte de Mauricio Vélez Cadavid en la decisión de remover a Serviucis S.A de la junta directiva, afirmando que el abuso del derecho al voto consagrado en el artículo 43 de la Ley 1258 se presenta cuando se busca un propósito que excede la finalidad del derecho a votar.

La entidad en este caso recalzó que los miembros de la junta directiva son libremente removibles pero que dicha remoción puede ser considerada abusiva cuando busque perjudicar al minoritario, en este caso a Edwin Gil ya que la presencia del minoritario en la junta directiva puede considerarse como un mecanismo de protección frente a actuaciones abusivas del mayoritario. En el caso en concreto se evidenció la importancia que tenía para el minoritario hacer parte de la junta directiva de la sociedad ya que al ser miembro de esta tenía como único propósito ser el principal medio de acceso a la información debido a que los conflictos que

dieron lugar a la terminación de las relaciones entre Mauricio Vélez Cadavid y Edwin Gil, ponían al minoritario en una clara posición de desventaja. De lo anterior, puede evidenciarse que se configura uno de los elementos propios de la figura del abuso del derecho al voto, el cual es, la causación de un perjuicio, pues en este sentido Serviucis S.A afirma que su perjuicio fue causado por impedirle participar en las reuniones de la junta directiva, lo cual consideraba como un mecanismo para detectar actuaciones abusivas por parte de Mauricio Vélez Cadavid y del bloque mayoritario y por ende controlante. Adicional a la remoción de Serviucis S.A de la junta directiva, durante el proceso se evidenció que el minoritario sufrió otro perjuicio derivado de la constatación por parte de la Supersociedades de la creación de un bloque de votación creado por Mauricio Vélez Cadavid, que como se mencionó anteriormente poseían el 69.57% de las acciones en circulación de la sociedad IHC, perjuicio consistente en la votación reiterada y en bloque en el sentido contrario a Serviucis S.A, durante diversas reuniones del máximo órgano social, pues se comprobó que la intención del bloque era excluir a Serviucis S.A de la sociedad. De dicho bloque de votación puede evidenciarse que se buscaba hostigar al minoritario bloqueando decisiones y desconociendo el interés social. Por otro lado, la Supersociedades sostuvo que los perjuicios mencionados resultaron aún más perjudiciales debido al conflicto suscitado entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid.

Sin embargo, lo anterior no fue suficiente para predicar el ejercicio abusivo del derecho al voto, pues esta figura presupone la acreditación de un elemento volitivo, es decir, de la intención de obtener una ventaja injustificada, por lo que la Supersociedades analizó el ánimo premeditado de Mauricio Vélez Cadavid en la decisión de remover a Serviucis S.A de su cargo.

Para lo anterior, la Supersociedades consideró importante el conflicto que dio lugar a la terminación de las relaciones entre Mauricio Vélez Cadavid y Edwin Gil, pues resulta importante detallar las relaciones entre los asociados ya que un conflicto intrasocietario puede constituir un indicio de la intención lesiva en la toma de decisiones. Adicionalmente, en el caso

concreto la Supersociedades consideró pertinente aludir a los hechos que llevaron a tomar la decisión presuntamente abusiva encontrando que fue tomada de forma intempestiva y en el curso de un conflicto intrasocietario dejando así duda sobre la justificación de esta decisión.

Así, la Supersociedades consideró que la decisión de remover a Serviucis S.A de la junta directiva de IHC S.A.S efectivamente tenía la intención de perjudicarlo y de obtener una ventaja injustificada, declarando entonces la nulidad de la decisión adoptada por el máximo órgano social en cuanto fue tomada abusando del derecho al voto del bloque de accionistas que actuaban como mayoritarios y eran controlados por Mauricio Vélez Cadavid.

Sobre la decisión adoptada por la Supersociedades y teniendo en cuenta lo expuesto en el presente capítulo consideramos que los elementos constitutivos de la figura del abuso del derecho al voto efectivamente se satisficieron. En primer lugar, el demandante logró demostrar la efectiva causación de los perjuicios con su remoción de la junta directiva, y por otro lado, a través de la existencia de un conflicto intrasocietario y debido a la creación de un bloque de votación por parte de quienes hacían parte del bloque controlante, se demostró la intención de perjudicar a Serviucis S.A. Comprobado el ejercicio abusivo del derecho al voto, la Supersociedades consideró pertinente recalcar que el voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar a las minorías ni tampoco para que el mayoritario se adjudique prerrogativas especiales.

A nuestro juicio, el análisis sobre el mecanismo de protección aquí expuesto no dista de lo plasmado en la ley y en la jurisprudencia, ya que la Ley 1258 establece que para que se de el ejercicio abusivo del derecho al voto es necesario que el voto no se ejerza en interés de la sociedad, lo cual en el caso concreto se evidenció que el voto fue en interés tanto de Mauricio Vélez Cadavid como del bloque mayoritario conformado por él y otros accionistas. Adicionalmente, se requiere la intención de causar daño a la sociedad o a los asociados y en el proceso se evidencio efectivamente esta intención dolosa. Sin embargo, consideramos curioso

que únicamente se declare la nulidad de la decisión de remover a Serviucis S.A, pero no se decidió de fondo sobre la indemnización de los perjuicios causados a este.

Por otro lado, la Corte Constitucional en la sentencia SU-631 de 2017 – que, aunque fue posterior al caso analizado –afianzó lo expuesto por la Supersociedades, pues para determinar si el ejercicio al voto fue abusivo, la finalidad del mismo debe desbordarse, es decir, que las decisiones se adopten no es búsqueda de un interés social sino particular.

ii. Sentencia No. 800-20 del 27 de febrero de 2014. Capital Airports Holding Company en contra CAH Colombia S.A.

Capital Airports Holding Company (en adelante, CAHC) como demandante pretende la declaración de nulidad de las decisiones adoptadas en la asamblea general de accionistas de CAH Colombia, teniendo que se CAH Colombia fue constituida en virtud de un proceso de licitación por Mario Pinzón Bohórquez y CAHC, sociedad en la que los porcentajes de participación se distribuyeron a través de un acuerdo de accionistas de la siguiente manera: i) CAHC tendría el 52%; y ii) Mario Pinzón Bohórquez tendría el 48% restante, directa o indirectamente, configurándose entonces una situación de control, según el numeral primero del artículo 27 de la Ley 222.

Mario Pinzón tenía la intención de separarse, por lo que ofreció la venta de sus acciones e incluso propuso la escisión parcial de la compañía. Pero CAHC buscaba llegar a un acuerdo para mantener sus relaciones.

Posteriormente se celebró una reunión por derecho propio a la cual solo asistieron dos accionistas; Azzaro Internacional S.A y Mario Pinzón Bohórquez, quienes representaban el 47.92% del capital social. En esta reunión se aprobó el aumento de capital autorizado de la sociedad y se modificó la estructura de la junta directiva. Adicionalmente los accionistas

instruyeron a la junta directiva a que emitiera acciones sin sujeción al derecho de preferencia, donde Azzaro Internacional S.A sería la única destinataria de la oferta.

La Supersociedades afirmó que el voto puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, por lo que en el presente caso, esta entidad analiza el ejercicio abusivo del voto en lo que denomina “capitalizaciones abusivas”, figura que consiste en aumentar el capital suscrito con el propósito de provocar modificaciones en la distribución porcentual de las acciones en circulación, en estos casos, la capitalización no tiene como propósito conseguir nuevos recursos, sino que se vuelve un instrumento para expropiar a un asociado.

En el caso concreto se analizó si dicha capitalización generó un perjuicio a CAHC o permitió que Mario Pinzón obtuviera una ventaja ilegítima. Para determinar si las decisiones adoptadas en la asamblea general de accionistas generaron un perjuicio a CAHC, es necesario aludir al valor que se le atribuye a la potestad de ejercer el control sobre una sociedad. La Supersociedades considera que la potestad de ser mayoritario tiene un valor económico, cuya cuantía puede tasarse con precisión a través de la prima de control. En el caso concreto, CAHC perdió el control de la sociedad sin recibir como contraprestación la prima de control y sin consentir dicha capitalización, por lo que el despacho considera que la transferencia de control inducida por los minoritarios le representó grandes perjuicios a CAHC. Adicionalmente, se le causaron perjuicios con el cambio de miembros de junta directiva.

Por lo expuesto en los hechos y en las consideraciones anteriores, la Supersociedades concluyó que efectivamente la capitalización fue abusiva porque buscaba despojar a CAHC de su mayoría accionaria. Sin perjuicio de lo probado a lo largo del proceso, se evidenció una gran falencia procesal la cual incidió sobre la decisión que adoptó la Supersociedades, pues el demandante asoció la nulidad absoluta con la causa ilícita porque el artículo 830 del CCO impide la declaración de nulidad absoluta y únicamente permite la indemnización de perjuicios.

Aunque el despacho realmente consideró que las decisiones adoptadas en la asamblea general adolecían de nulidad absoluta por causa ilícita, el demandante no soportó adecuadamente los fundamentos jurídicos de sus pretensiones. Por lo anterior, la Supersociedades desestimó las pretensiones de la demanda.

Se evidencia en el caso concreto que existía inicialmente una situación de control en donde CAHC tenía la calidad de mayoritario o controlante, pero, dicha calidad fue usurpada debido a la capitalización sin sujeción al derecho de preferencia, causándole a este perjuicios que efectivamente fueron probados a lo largo del proceso, satisfaciendo entonces la alta carga probatoria exigida. No obstante lo anterior, resulta problemática la aplicación de este mecanismo de protección en la práctica, debido a que aunque se logre demostrar tanto el perjuicio como la intención de causarlo, las pretensiones pueden no prosperar cuando el demandante no las fundamenta correctamente o presenta indebidamente los cargos. Consideramos que lo sucedido en este proceso vulnera principios propios de la función jurisdiccional, como el *iura novit curia* el cual es, que es aplicado en la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado consideramos pertinente mencionar que la figura del abuso del derecho al voto no pretende únicamente proteger a los minoritarios concretamente, sino a todo asociado frente al abuso del derecho voto por parte de cualquier asociado, pues es el caso de Mario Pinzón quien siendo originariamente el minoritario abusó de su posición causándole así perjuicios a quien inicialmente era mayoritario.

iii. Sentencia No. 800-60 del 23 de marzo de 2018. Alimentos Bonfiglio S.A.S en contra de Almacenes Éxito S.A.

En este caso, Alimentos Bonfiglio S.A.S., accionista minoritario de Almacenes Éxito S.A (en adelante, Almacenes Éxito) a través de la presentación de la demanda pretendía la ineficacia

de las decisiones adoptadas en la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Almacenes Éxito, fundamentada en los artículos 420 y 433 del CCO, toda vez que dichas decisiones correspondían a la junta directiva.

En medio de discusiones sobre la internacionalización de operaciones de Almacenes Éxito, algunos miembros de la junta directiva de esta compañía manifestaron la existencia de un conflicto de interés en relación con la compraventa de acciones en la sociedad “Companhia Brasileira de Distribuicao” o “Grupo Pao de Açúcar” y “Libertad S.A.”, debido a su relación laboral con el Grupo Casino, accionista mayoritario de las mencionadas compañías.

La junta directiva de Almacenes Éxito, decidió convocar a la asamblea general de accionistas para que autorizara la adquisición de participación accionaria en las mencionadas compañías, y se resolviera cualquier potencial conflicto de interés. El máximo órgano social aprobó la proposición relativa a la expansión regional mediante la inversión en las sociedades mencionadas. Esta inversión consistió en la adquisición indirecta del 50% de las acciones con derecho a voto de “Companhia Brasileira de Distribuicao” y del 100% de las acciones suscritas de “Libertad S.A.”. Esta decisión se tomó con un voto favorable del 66.059% del capital suscrito de la compañía.

Concluyó la Supersociedades que, como en los estatutos sociales de Almacenes Éxito, las actuaciones del representante legal en la celebración de contratos por más de 23 salarios mínimos legales mensuales vigentes, deben estar autorizadas por la junta directiva, es evidente que en el caso concreto, la decisión de la autorización debía ser tomada por la junta directiva y no por la asamblea general de accionistas. De igual forma, expresa el despacho que, así existiera un conflicto de interés informado por distintos miembros de la junta directiva, esto no facultaba al máximo órgano social para asumir funciones propias del órgano administrador. Finalmente, concluyó que en este caso no se siguió el procedimiento establecido en el artículo 2 del Decreto 1925 de 2009, bajo el cual es el máximo órgano social el que debe autorizar al administrador

para la actividad en la cual medió el conflicto, que en este caso era la participación en la sesión de la junta directiva en donde se autorizaría al representante legal para la adquisición de las participaciones sociales.

Así, por lo anteriormente expuesto, el despacho resuelve declarar ineficaces las decisiones tomadas por la asamblea general de accionistas de Almacenes Éxito referente a la aprobación de la compraventa de acciones.

No obstante, este pleito es llevado a una segunda instancia, por medio del recurso de apelación que interpone Almacenes Éxito ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, entre otras cosas, alegando que de igual forma esta decisión ya había sido aprobada por la junta directiva. El 30 de mayo de 2018 este despacho revoca la sentencia proferida por la Supersociedades en primera instancia, niega las pretensiones de Alimentos Bonfiglio S.A.S y lo condena en costas.

Es pertinente resaltar de este caso que Almacenes Éxito y Libertad S.A hacen parte del grupo empresarial “Grupo Éxito”, dándose entonces una transacción entre partes relacionadas, en la que se pudo haber afectado al minoritario de Almacenes Éxito, en este caso, Alimentos Bonfiglio S.A.S, sociedad que hizo uso de su derecho a impugnar decisiones adoptadas por el máximo órgano social.

En el caso concreto, el asociado minoritario (Alimentos Bonfiglio S.A.S) optó por no hacer uso de los mecanismos de protección consagrados en la ley colombiana sino por el contrario hacer uso de sus derechos como accionista, que como se mencionó en el capítulo 1 del presente trabajo, el asociado tiene el derecho de impugnar decisiones sociales cuando se crea que estas son erróneas o ilegales. Aunque no se haya mencionado las causas por las cuales el minoritario optó por ejercer su derecho, consideramos que posiblemente se haya visto motivado por la escasez de requisitos sustanciales y procesales para el ejercicio de la acción, pues comparando

este derecho con los mecanismos legales de protección se evidencia que resulta más favorable el ejercicio de este derecho frente al ejercicio de tales mecanismos. Lo anterior debido a que no tiene que ser demostrado un perjuicio como si debe serlo en los otros mecanismos.

Sobre la posición de minoritario, puede decirse que al ser Almacenes Éxito parte de un grupo empresarial este se encuentra subordinado a las directrices emitidas por la matriz razón la por la cual no se persigue necesariamente el interés social de este tal como se evidenció en la discusión suscitada en el capítulo 2 del presente trabajo, por lo que los intereses de Alimentos Bonfiglio S.A.S pueden verse amenazados, teniendo así una posición de menos ventajosa que un asociado minoritario en una sociedad que no hace parte de un grupo, ya que este no ve amenazado ni su interés ni el interés social por la satisfacción del interés del grupo. No obstante, en este caso no se dio una efectiva protección al accionista minoritario, debido a que la decisión tomada por la asamblea general de accionistas no fue ni ilegal ni errónea, por lo cual las pretensiones de Alimentos Bonfiglio fueron desestimadas en segunda instancia, quedando sus intereses desprotegidos.

iv. Sentencia No. 800-25 del 4 de abril de 2016. Luz Stella Bedoya Henao y Andrea Catalina Sandoval Bedoya en contra de Luis Humberto Sandoval Rodríguez y Cristal S.A.S.

Las demandantes a través de este proceso pretenden la declaración de nulidad de las decisiones adoptadas en la asamblea general de accionistas a través de la cual el accionista mayoritario se autodesignó como representante legal de la sociedad ostentando así el control total de la misma, a pesar de que en contadas ocasiones las demandantes le solicitaron el aplazamiento de la respectiva reunión. El demandado, en este caso, Luis Humberto Sandoval sostiene que debido al carácter urgente en la toma de las decisiones se hacía imposible el

aplazamiento de la reunión del máximo órgano social, y su designación como representante legal fue consecuencia del abandono por parte de la señora Luz Stella Bedoya.

La Supersociedades en el caso concreto afirma lo mencionado anteriormente a lo largo de este capítulo sobre la altísima carga probatoria que tiene el demandante para demostrar el abuso de mayorías, pues a este le corresponde demostrar que el accionista mayoritario utilizó su derecho al voto para obtener una ventaja injustificada o para causarle un perjuicio a los minoritarios o a la compañía misma.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y las pruebas recaudadas de las demandantes, la Supersociedades sostiene que las pretensiones no están llamadas a prosperar debido a que no satisficieron el alto nivel probatorio exigido en caso de abuso de mayorías. Adicionalmente el despacho consideró que no quedó claro cuál fue el perjuicio causado a las accionistas minoritarias, así como tampoco logró demostrarse que el demandado obtuvo un beneficio o ventaja injustificada con dicha decisión.

Del caso en concreto puede evidenciarse que aunque no se estimaron las pretensiones de las demandantes, si puede afirmarse que Luis Humberto efectivamente ostentaba la calidad de mayoritario y por ende la calidad de controlante de la sociedad teniendo en cuenta las presunciones consagradas en el artículo 27 de la Ley 222. Aunque en la sentencia no se menciona por qué se tiene la calidad de controlante, puede deducirse que dicha calidad se tiene por la posibilidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la toma de la decisión sobre el nombramiento de representante legal y en la aprobación de los estados financieros de la sociedad.

Así, resulta claro que este mecanismo de protección en la práctica es de difícil aplicación, por un lado porque exige la constatación de un perjuicio y no la posible causación o amenaza del mismo y por otro exige la demostración de la intención de causarlo lo cual a nuestro juicio resulta ser en muchos casos una carga probatoria descabellada. Si bien consideramos que no

siempre que el controlante toma una decisión, se está frente a un abuso de mayorías, pensamos que el factor que debe ser relevante es el interés que se beneficia con esa decisión, es decir, que se debería tener en cuenta si en verdad la decisión va de acuerdo con el interés social, o si simplemente beneficia el interés particular del controlante causando un menoscabo al interés social.

Al tratarse en este caso de un accionista mayoritario controlante, consideramos que el minoritario se vio en una posición de desventaja evidente, pues al mayoritario configurar una mayoría decisoria simple, este puede tomar muchas decisiones sin tener en cuenta los votos emitidos por el minoritario, en este caso en concreto, la elección del representante legal, que puede representar una amenaza para el minoritario por las funciones que a este se le otorgan.

v. Sentencia No. 800-119 del 18 de septiembre de 2015. Martha Cecilia López en contra de Comercializadora G.L. S.A.S.

La demandante, quien era accionista minoritaria de la sociedad Comercializadora G.L. S.A.S., a través de este proceso pretendió la nulidad absoluta de la decisión de la enajenación global de activos aprobada por la asamblea general de accionistas de esta sociedad. Lo anterior, debido a que el accionista mayoritario el señor Luis Enrique Gil, quien ostentaba el 60% de las acciones ordinarias, decidió que la sociedad le cedería de manera gratuita la totalidad de sus activos y pasivos a Distribuidora del Kamino S.A.S. Si bien la demandante se opuso a esta decisión, los votos del accionista mayoritario fueron suficientes para aprobarla. La Supersociedades, para el estudio de este caso, analizó la figura de exclusiones forzosas de asociados, para posteriormente saber cómo debe examinarse esa clase de operaciones a la luz de las reglas del abuso del derecho al voto. Así, estableció que la exclusión forzosa busca eliminar la participación que detenta un asociado minoritario en el capital de una compañía, por medio de la celebración de negocios jurídicos de diversa índole, como la enajenación global de

activos. Aunque la exclusión forzosa de asociados es permitida en la mayoría de los sistemas contemporáneos, representan un gran riesgo para los asociados minoritarios, por lo que uno de los mecanismos tendientes a protegerlos, es la nulidad de las operaciones que dieron lugar a la exclusión forzosa.

La Supersociedades, con ánimo de acreditar un efectivo abuso del derecho al voto, determinó que sí se había causado un perjuicio real a la demandante con la enajenación global de activos, pues al ser una operación gratuita, dejó sin valor alguno las acciones ostentadas por la minoritaria. Por otro lado, determinó que también estaban frente a un conflicto intrasocietario, por lo cual efectivamente se configuró un abuso del derecho al voto, pues al existir diferencias entre los asociados, el mayoritario ordenó la celebración de dicha cesión para apropiarse de la totalidad de los flujos de caja futuros derivados de la administración de la sociedad. Por lo anterior, la Supersociedades declaró la nulidad absoluta de la enajenación global de activos aprobada por la asamblea general de accionistas de Comercializadora G.L. S.A.S.

Se puede evidenciar que en presente caso se está ante una situación de control por la presunción número 1 del artículo 27 de la Ley 222, pues el control del accionista mayoritario tenía fundamento en su participación del 60% en el capital social y fue en virtud de esta situación de control que se afectó de manera negativa al accionista minoritario de la sociedad, pues al configurarse la mayoría decisoria necesaria para la enajenación global de activos, solo con el voto del accionista controlante, se bloqueó el voto que emitió el minoritario.

Como se mencionó, hubo una efectiva protección de los intereses de la accionista minoritaria, debido a la evidente exclusión forzosa por parte del mayoritario. Consideramos que, en estos casos tan inequívocos de abuso del derecho al voto por parte de las mayorías, este mecanismo sí puede llegar a ser una herramienta útil y eficaz con la cual cuentan los minoritarios, y en este caso se evidenció lo dicho pues no se exigió, como en los otros casos,

una carga probatoria desbordada para el demandante, sino que, por el contrario, consideramos que, al ser los hechos tan inequívocos y precisos, se redujo la carga probatoria.

Finalmente, estamos de acuerdo con la decisión adoptada por la Supersociedades, pues la accionista minoritaria se vio realmente afectada con la enajenación global de activos, debido a que no solo su voto fue bloqueado por el accionista mayoritario y controlante, sino que esta enajenación se hizo de manera gratuita, causando así un perjuicio netamente patrimonial sobre la demandante.

Conclusiones.

Una vez definido qué se entiende por asociado minoritario en Colombia y cuáles son los problemas a los que se enfrentan en el ámbito societario; establecidos los requisitos para la consolidación de grupos empresariales o situaciones de control, así como analizados los diversos mecanismos de protección con los que cuentan los asociados en Colombia es pertinente concluir que:

1. Las decisiones en las sociedades son tomadas a través de la democracia societaria por el máximo órgano social, sin embargo, en Colombia debido a la forma en como el capital social es distribuido dicha democracia en la práctica se reduce a la satisfacción de los intereses de la mayoría. Concretamente, en el caso de sociedades vinculadas a un grupo empresarial, la democracia societaria y el interés social se encuentran amenazados, debido a que como se mencionó a lo largo del trabajo, la matriz o controlante tiene, por la unidad de propósito y dirección, la facultad de emitir directrices en pro del interés social desconociendo el interés de cada una de las sociedades subordinadas.

2. La distribución del capital en las sociedades colombianas hace que sea más propensa la existencia de conflictos intrasocietarios entre asociados minoritarios y mayoritarios. Los problemas de agencia, los conflictos de interés y la primacía de la mayoría son algunos de los problemas a los que se enfrentan los asociados minoritarios en Colombia.

3. La subordinación no se limita a la configuración de las presunciones del artículo 27 de la Ley 222 ya que al no ser de carácter taxativo puede encontrarse subordinación empresarial en cualquier circunstancia que se enmarque en el supuesto de hecho descrito en el artículo 26 de la Ley 222. Así, consideramos pertinente la existencia de una dependencia dentro de la Supersociedades encargada de verificar fácticamente la existencia de vínculos de subordinación dentro de las sociedades colombianas, como lo es la Delegatura de Inspección, Vigilancia y

Control de la Supersociedades. Por otro lado, creemos necesario crear políticas informáticas acerca de las posibles sanciones tanto a la sociedad controlante como a los representantes legales de estas sociedades en caso de omisión en el inscripción de la situación de control.

4. Entre las situaciones de control y el grupo empresarial existe una relación de género y especie, pues siempre que se configura un grupo empresarial existe necesariamente subordinación empresarial, pero no siempre que se esté frente a una situación de control se está en presencia de un grupo empresarial. Lo anterior, debido a que para la existencia de un grupo empresarial es requisito *sine qua non* la existencia de unidad de propósito y dirección.

5. La aplicabilidad de los mecanismos de protección con los que cuentan los asociados, no está circunscrita a la calidad de minoritario, sino que estos buscan proteger los intereses de todos los asociados. Adicionalmente, no se encuentran limitados a sociedades subordinadas o controlantes, es decir, resultan aplicables para los asociados de todas las sociedades. De lo anterior, surge el interrogante sobre la efectiva protección de los minoritarios concretamente en las situaciones de control y en grupos empresariales, pues como se evidenció en los casos referenciados, los minoritarios se encuentran en una situación menos favorable que aquellos minoritarios en sociedades no subordinadas, por lo que podría ser favorable la creación de un mecanismo específico que permita que la protección de los minoritarios en sociedades subordinadas.

6. Los mecanismos de protección consagrados en la ley colombiana no protegen efectivamente los derechos e intereses de los asociados minoritarios ya que exigen una altísima carga probatoria, pues por un lado, exigen la constatación de un perjuicio y por otro la demostración de un elemento volitivo, es decir, de la intención de causar un perjuicio con la toma de las decisiones sociales. Por la altísima carga probatoria que tiene el demandante, específicamente aquella derivada del elemento volitivo, debería implementarse la carga

dinámica de la prueba, pues consideramos que el demandado tiene mayor facilidad de demostrar la legalidad de sus actuaciones.

7. Deberían establecerse presunciones de las cuales el demandante pueda apoyarse para demostrar la intención dañosa del mayoritario que causó el daño, durante el ejercicio de los mecanismos de protección.

8. Consideramos que el mecanismo de protección en contra del abuso del derecho al voto por mayorías solo es realmente útil y eficaz cuando los hechos son ostensiblemente perjudiciales para el minoritario, pues acá la carga probatoria se reduce un poco para el demandante, pero no desaparece.

9. La exigencia de que exista un perjuicio consolidado por parte del asociado minoritario bloquea en muchas ocasiones la protección de sus intereses, pues es necesaria la materialización del daño y no basta que sea una amenaza de daño. Estimamos que la sola amenaza de un posible perjuicio podría bastar para que el minoritario pueda ejercer las acciones correspondientes para la protección de sus derechos e intereses, ya que una vez materializado el perjuicio, podría ser difícil lograr el correspondiente mecanismo de protección o velar por una indemnización de perjuicios.

10. Las cargas y/o obligaciones en cabeza del controlante tanto en las situaciones de control como en la consolidación de grupos empresariales pueden ser consideradas como mecanismos de protección *ex-ante* e incluso mecanismos de protección durante la ejecución y duración de la subordinación, pues permiten al minoritario tener certeza y conocimiento de la realidad de la sociedad.

11. El sistema jurídico colombiano aunque consagre diversos mecanismos de protección no puede considerarse realmente un sistema proteccionista en cuanto a la perspectiva del minoritario, pero sí en cuanto a la protección del interés social.

12. Aunque el derecho al veto pueda ser considerado un mecanismo de protección para el minoritario a través del bloque de decisiones sociales, consideramos que realmente no es un mecanismo eficaz debido a que no son muchas las decisiones que legalmente consagran la exigencia de mayorías calificadas o de unanimidad para la toma de decisiones y no tiene poder para solicitar que este tipo de mayorías sean incluidas en los estatutos sociales.

13. Resulta necesaria la creación de un mecanismo de protección tendiente exclusivamente a la protección de los derechos e intereses de los minoritarios, mecanismo que sea independiente de las consideraciones y decisiones del máximo órgano social ya que algunos de los mecanismos existentes requieren la aprobación del mismo y por ende resultan ser igualmente perjudiciales para los minoritarios.

14. Existen derechos inherentes a la calidad de asociado que permite incluso proteger de manera más eficiente sus intereses. Lo anterior se evidenció en una de las sentencias expuestas, ya que el minoritario optó por el derecho de impugnación –derecho inherente a la calidad de asociado –debido a los pocos requisitos exigidos a comparación de los mecanismos de protección establecidos en la ley colombiana.

Hacer una comparación entre el derecho societario colombiano y español con respecto a la protección de asociados minoritarios, permite dilucidar que el derecho societario colombiano se encuentra atrasado con respecto a las nuevas exigencias derivadas de la globalización, como lo es la protección no solo del interés social sino del interés de los asociados que componen una sociedad. Sin embargo, se evidenció que tanto en Colombia como en España la aprobación de ciertos mecanismos de protección requiere la aprobación previa del máximo órgano social, aunque en España se requiere un porcentaje inferior al exigido en Colombia.

Referencias.

- Asociación de Socios Minoritarios (2019). Estatutos. <https://sociosminoritarios.com/estatutos/>
- Atehortúa Ochoa, J. (2005). Dimensión institucional de la persona jurídica en el derecho colombiano: La sociedad y la empresa como institución. *Revista de Derecho Privado*, 8, pp.47-91.
- Bernate Ochoa, F. (2013). La administración desleal de sociedades como delito. *Asuntos Legales*.
- Canal Godoy & Hoyos [Canal Godoy & Hoyos] (2020, agosto 6). *Conflictos De Interés y deberes de los administradores en Grupos Empresariales [video]*. <https://www.youtube.com/watch?v=iC2nCYoMlfM>
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo y Ospina Perdomo, Juanita. Derecho penal societario. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2018. doi.org/10.12804/tj9789587840414
- Circular Básica Jurídica [Superintendencia de Sociedades] del 22 de noviembre de 2017
- Circular Externa [Superintendencia de Sociedades] del 26 de noviembre de 1997.
- Circular externa 100-000005 [Superintendencia de Sociedades] 4 de septiembre de 2015.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (24 de septiembre de 2019). Sentencia de Rad. 11001-03-06-000-2019-00094-00(2420). [MP Édgar González López].
- Constitución Política de Colombia. Julio 20 de 1991. Gaceta Constitucional No. 116.
- Corte Constitucional, (6 de julio de 2005). Sentencia C-707 [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU-631 (12 de octubre de 2017), Expedientes acumulados T-5.574.837, T-5.631.824 y T-5.640.742 [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]
- Corte Constitucional, Sentencia C-090 (19 de febrero de 2014) Expediente D-9769. [MP Mauricio González Cuervo]

Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. Diario Oficial No. 33.339

Echeverry, J. H. G. (2015). “La especial responsabilidad del administrador societario.” Legis.

Franco Mongua, J.F & Rey Guerrero, D.F. (2018). El Control Societario en Colombia: la internacionalización de filiales y subordinadas por los grupos empresariales. *Con-Texto Revista de Derecho y Economía*. 48. 61 – 79

Franco, J. & Manrique, J. (2015). La constitución y el problema de la agencia en las sociedades de capital concentrado desde el análisis económico del derecho. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 18(36), 135-152. DOI:<http://dx.doi.org/10.18359/dere.938>

Fuentes, C. M. (2009). Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia. *E-Mercatoria* 8(1),1- 27.

Garrido, J., 2020. Reflexiones sobre el tratamiento de los conflictos de intereses de los administradores en el Derecho de sociedades. *Revista Supersociedades*, pp.7-21. http://www.supersociedades.gov.co/prensa/Documentos_publicaciones/revista%20supersociedades%20V10%20AV18%202015.pdf

Henaó Beltrán, L. (2014). El abuso de la posición jurídica del socio. *Revista E-Mercatoria*, 13(2), 97-130. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/4046>

Higuera Rodríguez, M. (2019). Sobre la Prohibición de Imbricación. *Asuntos Legales*.

Humberto Martínez N. (2011), Cátedra de derecho contractual societario regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios.

Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. Diario Oficial No. 46.494.

Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. Diario Oficial No. 42.156.

Medellín León, Santiago. Abuso del derecho de voto de mayorías: lecciones para la aplicación del régimen de opresión de minoritarios en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, núm. 56, enero-junio, 2016, pp. 1-34

Medina Vergara, J. (2015) *Responsabilidad Comercial de las Sociedades y de sus Vinculados*. Bogotá: Editorial Temis,

Oficio 220- 028457 [Superintendencia de Sociedades] 9 de abril de 2019.

Oficio 220- 055984 [Superintendencia de Sociedades] 20 de abril de 2018.

Oficio 220-008947 [Superintendencia de Sociedades] 30 de enero de 2018

Oficio 220-057310 [Superintendencia de Sociedades] 25 de marzo de 2009.

Oficio 220-065556 [Superintendencia de Sociedades] 16 de agosto de 2010.

Oficio 220-109738 [Superintendencia de Sociedades] 30 de diciembre de 1999.

Oficio 220-132271 [Superintendencia de Sociedades] 19 de diciembre de 2008

Oficio 220-13628 [Superintendencia de Sociedades] 15 de febrero de 2000.

Oficio 220-192290 [Superintendencia de Sociedades] 30 de noviembre de 2018.

Oficio 220-50924 [Superintendencia de Sociedades] 12 de noviembre de 1996.

Oficio 220-58013 [Superintendencia de Sociedades] 5 de diciembre de 1996.

Peña Nossa, Lissandro. (2017). *De Las Sociedades Comerciales*. Universidad del Rosario. Bogotá.

Polanía Tello, N. (2012). Responsabilidad por violación de la buena fe en la sociedad por acciones simplificada. *Revista De Derecho Privado*, (23).

Real Decreto de 1885. Por el que se publica el Código de Comercio. 22 de agosto de 1885. BOE-A-1885-6627, España.

Real Decreto Legislativo de 2010. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. 2 de julio de 2010. «BOE» núm. 161, España.

Rengifo, R. (2015). *Títulos-valores*. Señal Editora. Medellín.

Resolución 125-000289 [Superintendencia de Sociedades] 10 de febrero de 2002.

Resolución 125-000289 [Superintendencia de Sociedades] 18 de febrero de 2002.

Resolución 125-002067 [Superintendencia de Sociedades] 12 de julio de 2002.

Resolución 125-003705 [Superintendencia de Sociedades] 17 de noviembre de 2005.

Resolución 125-015813 [Superintendencia de Sociedades] 21 de octubre de 2011.

Reyes Villamizar, F (2016). *Derecho Societario Tomo I*. Segunda edición. Editorial TEMIS. Bogotá. Pg. 11 –21 y 499 – 599.

Reyes Villamizar, F. (2012) *Análisis Económico del Derecho*. 1° Edición. Bogotá.

Reyes Villamizar, F. (2015). Proyecto de Ley No. 70/15 por medio de la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones.

Reyes Villamizar, F., (2017). *Derecho Societario*. 3rd ed. Bogotá, D.C.: Librería Temis,.

Riveros, L. (2019). Deberes fiduciarios de los accionistas. *Asuntos Legales*.

<https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/luis-alfonso-riveros-2781217/deberes-fiduciarios-de-los-accionistas-2915058>

Sabogal, L. (2014). La responsabilidad de los administradores por conflictos de interés en la empresa de grupo. *Revista E-Mercatoria*, 13(2), 179-202. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/4051>

Salgado Figueroa, E. (2015). El Control Contractual Frente a la Subordinación Negocial del Grupo Empresarial. *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*. Vol. VII. No. 13: 64-78.

Sanín, J., 2018. Los deberes de los accionistas. *Asuntos Legales*, [online] Disponible en: <<https://www.asuntoslegales.com.co/análisis/juan-esteban-sanin-511016/los-deberes-de-los-accionistas-2777598>> [Acceso 22 agosto 2020].

Sentencia No. 800-119 [Superintendencia de Sociedades] 18 de septiembre de 2015.

Sentencia No. 800-20 [Superintendencia de Sociedades] 27 de febrero de 2014.

Sentencia No. 800-25 [Superintendencia de Sociedades] 4 de abril de 2016.

Sentencia No. 800-54 [Superintendencia de Sociedades] 14 de mayo de 2015.

Sentencia No. 800-73 [Superintendencia de Sociedades] 19 de diciembre de 2013.

Sentencia No. 800-78 [Superintendencia de Sociedades] 14 de noviembre de 2014

Sentencia No. 801-00015 [Superintendencia de Sociedades] 15 de marzo de 2013.

Sentencia No. 801-81 [Superintendencia de Sociedades] 20 de noviembre de 2015.

Superintendencia de Sociedades (2017). Circular Básica Jurídica. Bogotá.

Superintendencia de Sociedades, 2012. Guía Práctica Del Régimen De Matrices Y Subordinadas.

Bogotá