

**LA FIGURA DE ABUSO DEL DERECHO, COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN  
DE LOS SOCIOS MINORITARIOS EN LAS DECISIONES DE CAPITALIZACIÓN**

JUAN FRANCISCO AMÉZQUITA GÓMEZ

DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ

**Presentado para optar al Título de Abogado**



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
CARRERA DE DERECHO  
BOGOTÁ D.C.  
2012**

**LA FIGURA DE ABUSO DEL DERECHO, COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN  
DE LOS SOCIOS MINORITARIOS EN LAS DECISIONES DE CAPITALIZACIÓN**

Autores:

JUAN FRANCISCO AMÉZQUITA GÓMEZ

DANIEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ

**Presentado para optar al Título de Abogado**

**Director:**

Dr. HERNANDO GUTIÉRREZ PRIETO



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
CARRERA DE DERECHO  
BOGOTÁ D.C.  
2012**

## **NOTA DE ADVERTENCIA**

*“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.*

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	7
1. CONTEXTUALIZACIÓN.....	8
1.1 INTRODUCCIÓN A LA FIGURA DE ABUSO DEL DERECHO EN EL ÁMBITO SOCIETARIO.....	8
2. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FIGURA DEL ABUSO DEL DERECHO.....	10
2.1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA FIGURA DE ABUSO DEL DERECHO...10	
2.1.1. Derecho Romano.....	10
2.1.2. El Cristianismo.....	12
2.1.3. La Edad Media.....	12
2.1.4. Revolución Francesa.....	12
2.1.5. Concepción del Abuso del derecho en la actualidad.....	14
2.1.6. Análisis del Desarrollo Histórico del Abuso del Derecho.....	17
2.2. DESARROLLO HISTÓRICO DEL ABUSO DEL DERECHO EN COLOMBIA...18	
2.2.1. El Código Civil.....	19
2.2.2. Sentencia del 21 de febrero de 1938.....	20
2.2.3. El Código de Comercio.....	21
2.2.4. Proyecto de Código de Derecho Privado.....	22
2.2.5. Constitución Política de 1991.....	24
2.2.6. Empresa Unipersonal.....	25
2.2.7. Ley 1258 de 2008.....	25
2.3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL, CONCEPTOS Y LAUDOS ARBITRALES....26	
2.3.1. Referentes Jurisprudenciales.....	27

2.3.2. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 6 de septiembre de 1935.....	27
2.3.3. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 21 de febrero de 1938.....	28
2.3.4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 125 del 19 de octubre de 1994.....	29
2.3.5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de octubre de 1995.....	29
2.3.6. Corte Constitucional, Sentencia T-172 de 1999.....	31
2.3.7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de agosto de 2000.....	31
2.3.8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de septiembre de 2010.....	32
2.3.9. Conclusiones.....	34
2.3.10. Conceptos de las Superintendencias.....	35
2.3.11. Laudos arbitrales.....	36
2.3.12. Laudo arbitral de Elio Sala Ceriani contra Química Antex SA.....	36
2.3.13. Laudo arbitral Cámara de Comercio de Bogotá del 17 de marzo de 2004.....	38
2.3.14. Laudo de Germán Alfonso Cia. Ltda. v. Dataflux SA.....	39
2.3.15. Conclusiones Laudos.....	43
<b>3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL ABUSO DE LAS MAYORÍAS EN LOS MECANISMOS DE CAPITALIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES EN COLOMBIA.....</b>	<b>45</b>
<b>3.1. DEL ABUSO DE LAS MAYORÍAS.....</b>	<b>45</b>
<b>3.2. EL INTERÉS SOCIAL.....</b>	<b>49</b>
<b>3.3. DEL ABUSO DE LAS MAYORÍAS EN LA ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS</b>	

<b>EN LAS DECISIONES DE CAPITALIZACIÓN.....</b>	<b>50</b>
<b>3.3.1. Mecanismos de Capitalización.....</b>	<b>51</b>
<b>3.3.1.1. Del abuso en la suscripción de acciones.....</b>	<b>52</b>
<b>3.3.1.1.1. Derecho de preferencia y modalidades de abuso en la suscripción de acciones.....</b>	<b>53</b>
<b>3.3.1.1.2. Del abuso en la capitalización del precio de las acciones en la colocación y emisión.....</b>	<b>59</b>
<b>3.3.1.1.3. Del abuso en la capitalización de la cuenta de superávit del capital por prima en colocación de acciones.....</b>	<b>61</b>
<b>4. RELEVANCIA JURÍDICA DE LA FIGURA DEL ABUSO DEL DERECHO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS MINORITARIOS.....</b>	<b>62</b>
<b>4.1. PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS MINORITARIOS Y EL BUEN ACTUAR DE LOS MAYORITARIOS.....</b>	<b>62</b>
<b>4.2. EL ABUSO DEL DERECHO Y LA BUENA FE.....</b>	<b>64</b>
<b>4.3. EL FALLO DEL JUEZ EN EL ACTUAR ABUSIVO.....</b>	<b>67</b>
<b>4.4. LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADA Y SU INNOVACIÓN EN EL ABUSO DEL DERECHO.....</b>	<b>72</b>
<b>4.5. TENDENCIAS FUTURAS.....</b>	<b>75</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>76</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>83</b>

## INTRODUCCIÓN.

La figura de abuso del derecho, es una institución que desde hace décadas ha sido incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano, con el loable fin, de brindar un mecanismo a todos aquellos sujetos que se han visto perjudicados por el ejercicio abusivo de un derecho.

Este mecanismo de protección, al cual se le ha otorgado tan magna labor, tiene un campo de aplicación bastante amplio, regulado por el Código de Comercio, la jurisprudencia y la doctrina, donde se evidencia a *grosso modo*, que aquel que se vea perjudicado por el ejercicio abusivo del derecho, tendrá lugar a que se le indemnice, convirtiéndole en una figura de plena aplicación en todas las relaciones comerciales que se ejecuten en nuestro ordenamiento y más aún en el campo societario.

En materia societaria, el abuso del derecho siempre ha estado presente y, por lo mismo, resulta de gran importancia entender su alcance y contenido. En razón de lo anterior, el fundamento principal de esta monografía jurídica, consiste en el análisis minucioso de los antecedentes del abuso del derecho en Colombia, su evolución, y la subsecuente explicación de dicha institución, determinando su alcance en el ámbito societario y, de manera particular en el posible abuso que puede ejercer una mayoría en la decisión de capitalizar.

Todo esto con el fin de lograr un mayor acercamiento al conocimiento y a la realidad que envuelve a esta figura del derecho en el campo societario, para así brindar una herramienta a aquellos individuos que en algún momento se pueden ver afectados por ese abuso de mayorías, o simplemente quienes quieran ahondar más en este tema, y teniendo en cuenta, además, la forma en que los jueces, tribunales y árbitros juzgan estas conductas, si se está frente a un accionar abusivo de los socios mayoritarios.

## 1. CONTEXTUALIZACIÓN.

### 1.1. INTRODUCCIÓN A LA FIGURA DE ABUSO DEL DERECHO EN EL ÁMBITO SOCIETARIO.

Cuando el legislador colombiano introdujo en el ordenamiento jurídico el artículo que instituyó la obligación de indemnizar los perjuicios causados por abusar de un derecho seguramente no se estaba en la capacidad de dimensionar la trascendencia, importancia y profundidad, que ese pequeño pasaje jurídico iba a tener en la protección de las relaciones de los individuos en todos sus niveles, ni la complejidad necesaria para lograr su real entendimiento. Es cierto, que a pesar que la institución del abuso del derecho ha tenido un gran desarrollo dogmático, principalmente de autores europeos, sigue siendo una figura *sui generis*, pues implica que el ejercicio de un derecho no solo se debe conformar con las facultades que las normas le conceden, sino que implica una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social, basado en la justicia, la moral, ejerciéndolo sin perjuicio de los demás, y con la intención de no dañar, teniendo siempre en mente el fin lícito y ético de manera simultánea<sup>1</sup>.

Es claro que la anterior, es la visión general del concepto, pero aplicado al caso específico del presente trabajo, es decir, al caso de mayorías en las sociedades, se entiende como la decisión de la Asamblea General de Socios (en adelante la Asamblea), apartada del interés social, en busca de beneficios a los socios mayoritarios, rompiendo el equilibrio natural entre asociados.

Por supuesto, existen diferentes maneras en las que se evidencia y se ejemplifica la consecución de fines privados obviando el fin social. Dentro de estos se encuentra la no repartición de utilidades constituyendo reservas injustificadas, la aprobación de remuneraciones excesivas para

---

<sup>1</sup>Reyes Villamizar Francisco Hernando, Derecho Societario, Editorial Temis, 2006.pag 364-360.



los administradores sociales y con las diferentes formas de capitalizar la sociedad, teniendo como propósito principal, diluir la participación de los socios minoritarios<sup>2</sup>.

Es por esta razón, que a pesar que las sociedades tienen distintos mecanismos para proteger el interés social, como por ejemplo el quórum, las convocatorias, las mayorías y sobre todo el derecho de preferencia, pueden haber serias vulneraciones, cuando hay una reducción de beneficios económicos en la privación del derecho de suscripción preferente o por renuncia o por supresión mediante clausula estatutaria sin una verdadera justificación social, traducido en un abuso del derecho, por menoscabo a las minorías, beneficios a las mayorías, y desconocimiento del fin social<sup>3</sup>. Se busca entender el problema que existe entre las mayorías y minorías y quienes pueden llegar a abusar de sus derechos, realizando una aproximación acerca del posible abuso en el que pueden incurrir la mayorías al momento de capitalizar una sociedad alejándose de los fines sociales de la misma.

La forma natural en que se capitaliza una sociedad, es mediante el mecanismo de suscripción de acciones, pero existen otros medios alternos al mencionado, tales como la capitalización de créditos, la capitalización mediante conversión de bonos en acciones, la capitalización de la cuenta del superávit del capital por prima en colocación de acciones y la capitalización de reservas, que suponen formas y momentos distintos, en el que las mayorías pueden abusar del ejercicio del derecho en beneficio propio, de manera menos evidente.

---

<sup>2</sup>Ibídem, Pág. 360-364.

<sup>3</sup>Ibídem, Pág. 360-364.

## **2. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FIGURA DEL ABUSO DEL DERECHO.**

En este capítulo se pretende realizar a grandes rasgos un estudio acerca del proceso de institucionalización de la figura del abuso del derecho en Colombia, para lo cual, es menester entender, cuál fue el desarrollo histórico de la figura en mención, desde sus antecedentes más remotos hasta la presente época.

Por tanto, el desarrollo del presente capítulo, inicia mediante el análisis de esta figura, partiendo del derecho romano, pasando por el cristianismo, el derecho canónico, la edad media, la revolución francesa, la expedición de los diferentes códigos que de una u otra manera influyeron en el Derecho Colombiano, hasta llegar al análisis de los antecedentes jurisprudenciales y arbitrales más recientes.

### **2.1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA FIGURA DE ABUSO DEL DERECHO.**

Al realizar un exhaustivo estudio en busca de los antecedentes históricos más remotos de la figura del abuso del derecho, se encuentra que no existe unanimidad en la doctrina que permita afirmar categóricamente que dicha figura fue creada en un momento determinado y específico en la historia, por lo que se observará la posición de algunos doctrinantes acerca del punto inicial del tema<sup>4</sup>.

#### **2.1.1. Derecho Romano.**

El gran doctrinante Louis Josserand, explica, que la figura del abuso del derecho probablemente tuvo sus inicios en las relaciones romanas, señalando que *“los prudentes habían entrevisto y aun realizado en cierta medida los conceptos de la relatividad y del abuso de los derechos. Gayo decía que no debemos abusar de nuestros derechos, y el derecho pretoriano en su conjunto, constituye una reacción de la equidad contra el derecho estricto, del espíritu de oportunidad y de sutileza contra el espíritu geométrico. Solo que parece que los romanos se limitaron, en esta*

---

<sup>4</sup>Josserand Louis, *Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, Pág. 5.

*obra de humanización y socialización del derecho, a perseguir el dolo y el fraude y a condenar la intención de causar daño; para ellos el acto abusivo únicamente era el que se cumplía con intención nociva”<sup>5</sup>.*

El profesor Carlos Fernández Sessarego, al igual que Díez-Picazo, coinciden en afirmar que en el derecho romano se presentó una figura del abuso de derecho primigenia, y que los juristas romanos no se preocuparon por crear una institución de este tipo, sino que a lo largo del tiempo, iban creando normas que limitaban el ejercicio abusivo de un derecho, así lo expresan en el siguiente texto: *“somos del parecer que más que la existencia de una teoría general del abuso del derecho, los prudentes juristas romanos abordaron y resolvieron, dentro del principio de la equidad, cuestiones muy concretas en las cuales percibieron ciertos matices de un uso anormal de los derechos. Su actitud fue tópica, razón por la cual los jurisconsultos romanos no se preocuparon de agrupar y sistematizar los elementos dispersos con el deliberado propósito de elaborar una teoría del abuso del derecho.*

*”Es así que suele hacer referencia a algunas específicas prohibiciones destinadas a evitar determinados actos que, ejecutados sin ningún beneficio o provecho, estaban destinados a dañar a otro. Dentro de ellos se mencionan por ejemplo, la prohibición de excavar una fuente para desviarla (Ley XXXVIII; Digesto VI.1) o la desviación de un curso de agua de una heredad (Ley II, 9; Digesto XXXIX.3)”<sup>6</sup>.*

En este periodo de tiempo se observa, si se quiere, una figura del abuso del derecho primitiva; la cual solamente entraba a operar cuando el acto se realizaba con una intención dolosa o fraudulenta, es decir, con la clara intencionalidad de querer causar un daño, valiéndose del uso de

---

<sup>5</sup> Louis Josserand, *Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, Pág. 5.

<sup>6</sup>Sessarego Carlos Fernández, *Abuso del derecho*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, Pág. 98 y 99.

un derecho. Es una primera aproximación a la figura del abuso del derecho vista desde la teoría de la emulación, de la cual se hablará más adelante.

### **2.1.2. El Cristianismo.**

Otro periodo de la historia en el cual se comenzó a discutir sobre esta importante institución, fue específicamente, en el resplandor del cristianismo, donde filósofos como San Agustín y Santo Tomás de Aquino, señalaron de manera evidente, la figura del abuso del derecho, sosteniendo *“la necesidad de limitar los derechos propios en beneficio de los semejantes. Pues lo absoluto corresponde al dominio de lo divino; lo humano es, por naturaleza relativo. Para Santo Tomás la propiedad no es un fin en sí mismo. El hombre no puede usar los bienes que adquirió de Dios para dañar a sus hermanos”*<sup>7</sup>.

### **2.1.3. La Edad Media.**

La edad media también tiene relevancia en la figura sujeto de estudio, ello debido a que se presenta una evolución en el tema, pues ya no se habla de una figura del abuso de derecho en la que únicamente se tenga en cuenta la intención dolosa o fraudulenta de querer dañar a otro valiéndose del ejercicio de un derecho, *“sino objetivamente el resultado del daño que se puede causar entre vecino por olores, ruidos, humos”*<sup>8</sup>, surgiendo así la valiosa teoría de las inmisiones.

### **2.1.4. Revolución Francesa.**

Algunos autores<sup>9</sup>, afirman que la teoría del abuso de derecho, tal y como la conocemos hoy en día, inició en medio de las ideas nacidas tras la revolución francesa y más exactamente en la jurisprudencia proferida por los tribunales de este país. En este sentido, el doctor Gustavo

---

<sup>7</sup>Ordoqui Castilla Gustavo, Abuso de Derecho (Civil, comercial, procesal, laboral y administrativo), Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010, Pág. 32.

<sup>8</sup>Ibídem Pág. 32.

<sup>9</sup>Louis Josserand, *Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, Pág. 5. Y el autor Sessarego Carlos Fernández, Abuso del derecho, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, Pág. 98 y 99.

Ordoqui Castilla, señala que: *“a partir de 1804, la jurisprudencia, que representa el llamado derecho vivo, es la que por primera vez tiene que encarar la resultancia del ejercicio abusivo del derecho. Son famosas las sentencias Colmar y de Lyon, correspondientes a los tribunales de aquellas ciudades. Con la sentencia de 2 mayo de 1855 se dio el germen de lo que sería la figura del abuso del derecho al limitar el derecho propiedad, eje sobre el cual giraba fundamentalmente la codificación del siglo XIX.*

*”En 1856, o sea, un año después, en una sentencia que dicta el Tribunal de Lyon en que sanciona al propietario que había instalado una bomba de agua por succionar el agua existente en el subsuelo de su heredad, con la única finalidad de perjudicar al vecino, que dependía también de esta agua. El agua era succionada por quien ejercía abusivamente su derecho, y no era utilizada sino que la dejaba perder en el río. Como se ve, en lo expuesto en estas dos sentencias estuvo el origen de la teoría del abuso del derecho, que luego, sobre esta casuística, fue construida por la doctrina más sobresaliente en las personas de Saillelles y Josserand”<sup>10</sup>.*

Es curioso mencionar que la figura del abuso de derecho según estos autores<sup>11</sup>, tiene su origen gracias al trabajo que realizó la jurisprudencia francesa a comienzos del S.XIX y cabe mencionar que ésta figura no surgió, producto de la creación del Código Civil Francés de 1804, sino que por el contrario, dicho cuerpo normativo no procuró crear una figura del abuso de derecho. Así lo resalta el profesor Carlos Fernández Sessarego quien señala que: *“es aquel también el caso del abuso del derecho, el mismo no fue acogido por el Código Civil de 1804. Como se ha apuntado, la corriente de pensamiento imperante en aquel entonces influyó decisivamente en los codificadores franceses, los mismos que, en resguardo de la libertad individual, imaginaron*

---

<sup>10</sup>Ibídem, Pág. 33.

<sup>11</sup> Louis Josserand, *Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, Pág. 5. Y el autor Sessarego Carlos Fernández, *Abuso del derecho*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, Pág. 98 y 99.

*derechos subjetivos de alcances absolutos capaces de proteger, del mejor modo posible, los intereses comunitarios.*

*”El Code constituye una respuesta a la coyuntura histórica de aquel tiempo, por lo que refleja la mentalidad de la época en cuanto recibe la influencia de la Ilustración”<sup>12</sup>.*

Lo anterior, es reafirmado por el autor, señalando que *“los jueces franceses comprenden, con el transcurrir de los años, la necesidad de conciliar el respeto a las libertades individuales y a los derechos subjetivos, de una parte, con el interés social, de la otra...los jueces entendieron que era necesario mitigar, amenguar de algún modo, el contraste cada vez más ostensible entre el acelerado desarrollo económico-social y la legislación vigente que consagraba teóricamente sin límites, las prerrogativas del individuo.*

*”La jurisprudencia francesa dentro de ese contexto, intenta atenuar los “excesos” cometidos por los individuos en la “legítima” actuación de sus derecho subjetivos, así como de reparar los perjuicios irrogados con tal comportamiento...recurrió para cumplir con su cometido de administrar justicia, a falta de legislación expresa y dentro de un espíritu renovador, al valor de la solidaridad social y al principio de la equidad...la creación de la figura del abuso del derecho constituyó en sus inicios una manera de atenuar el absolutismo de los derecho subjetivos, sin perder los privilegios concedidos al individuo, al mantener la figura dentro del campo de la ilicitud”<sup>13</sup>.*

#### **2.1.5. Concepción del Abuso del derecho en la actualidad.**

Hasta este punto, tal y como se ha observado, la figura del abuso del derecho al igual que muchas otras, han ido cambiando, evolucionando, conforme a las necesidades que la sociedad ha demandado y a las propuestas que grandes juristas han realizado sobre esta materia.

---

<sup>12</sup>Sessarego, Carlos Fernández, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, Pág. 107.

<sup>13</sup> Ibídem, Págs. 108 y 109.

Una vez transcurrida la revolución francesa y con el enriquecimiento que ésta dejó, se llega a la actualidad, donde autores como Josserand a inicios del siglo pasado o Gustavo Ordoqui, recogen lo construido hasta ese momento en materia del abuso de derecho y analizan la actualidad de dicha figura<sup>14</sup>.

Josserand, afirma que el *“derecho moderno y especialmente el derecho contemporáneo se forman del abuso de una idea mucho más comprensiva; es abuso cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va en contra el destino, contra función del derecho que se ejerce; al criterio puramente intencional tiende a sustituirse un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quienquiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta, delictuosa o cuasi delictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprender, dado el caso su responsabilidad.*

*”Todo se reduce, pues, a discernir por una parte el espíritu, la función del derecho controvertido, y por otra parte el móvil a que el titular ha obedecido en el caso concreto. Si hay concordancia, el derecho se ha ejercido correctamente, es decir, impunemente; si hay discordancia, el ejercicio se convierte en abuso y es susceptible de entrar en juego la responsabilidad del agente. El móvil se convierte así en el centro mismo del problema.*

*”El abuso se nos presenta pues, en definitiva, a lo menos en su concepto moderno, como desviación del derecho, y la teoría civil del abuso de los derechos corresponde así a lo que en derecho público se llama desviación de poder; el mismo modo que un administrador, un alcalde, no deben poner sus poderes al servicio de sus rencores o de sus intereses personales, tampoco un particular debe imprimir a sus derechos un impulso irregular; esos derechos se le*

---

<sup>14</sup> Ordoqui Castilla Gustavo, Abuso de Derecho (Civil, comercial, procesal, laboral y administrativo) Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010, Págs. 69, 70 y 71.

*han conferido por los poderes públicos sin garantía del gobierno, los ejerce con sus riesgos y peligros, y debe conformarse, en este ejercicio, a la voluntad social; debe obrar civiliter, correctamente, por motivos buenos y justos, en vista de un propósito compatible con la finalidad del derecho”<sup>15</sup>.*

Por su parte el jurista Gustavo Ordoqui, realiza un análisis de las diferentes teorías que han surgido acerca del abuso del derecho, analizando la postura de Planiol, Josseran y Mazeaud y los criterios subjetivos, objetivos y mixtos, entre otros, para concluir que *“las propuestas de identificación del abuso del derecho, tanto subjetivas como objetivas o mixtas, no son enfoques en si erróneos sino quizá incompletos porque con cada uno de ellos en forma aislada se pretende agotar el planteo respecto a la esencia del abuso del derecho”<sup>16</sup>.*

*“Así para su identificación pueden operar factores subjetivos (intencionalidad respecto de un daño; actuación sin interés o con interés ilícito); además, se puede actuar: con apartamiento del fin previsto en la norma, al margen del interés general, en forma anormal, irregular; en trasgresión de la buena fe, sin justa causa... situaciones todas estas en las que se evidencia que más allá del respeto de la forma y del ejercicio de un derecho, esta acción medida sus consecuencias y sus efectos, puede ser ilícita por abusiva”<sup>17</sup>.*

Como se observa, la propuesta que realizan los autores anteriormente mencionados, es la de concebir una figura del abuso del derecho más amplia y flexible (desde el ámbito o a la materia a la cual se le quiera dar aplicación), donde se tenga en cuenta la finalidad y los móviles de la norma, y el espíritu de la misma. Partiendo de la base del sujeto que está ejerciendo un derecho, de la forma en la cual, él hace uso de éste, hasta observar y tener en cuenta el sacrificio que

---

<sup>15</sup>Josserand, Louis, Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos, Bogotá, Editorial Temis, 1982, Págs. 5,6 y7.

<sup>16</sup>Ordoqui Castilla Gustavo, Abuso de Derecho (Civil, comercial, procesal, laboral y administrativo) Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010, Págs. 69, 70 y 71.

<sup>17</sup>Ibídem, Págs. 69, 70 y 71.



debe soportar ese tercero, si se encuentra dentro de lo normalmente tolerable, o si se le causa un daño<sup>18</sup>.

#### **2.1.6. Análisis del Desarrollo Histórico del Abuso del Derecho.**

Al realizar este recuento histórico, se observa que, aunque la doctrina se encuentra dividida en cuanto al verdadero origen de la figura, se observa que en cada momento de la historia se presentó una figura del abuso del derecho con características similares, que buscaba combatir ese actuar abusivo que pudiere llegar a ejercer el particular valiéndose del ejercicio de un derecho.

Por tal motivo, en el derecho romano se presenta una figura originaria, en la cual solamente se tenía como abusivo aquel acto que realizara la persona con el único fin de causar un daño mediante una intención dolosa o la realización de un acto fraudulento, del cual nace la teoría de la emulación.

Posteriormente con en el cristianismo, en la edad media y en la revolución francesa, además de la teoría mencionada anteriormente, comenzó a pensarse que en algunos casos, la teoría de la emulación no bastaba y por lo tanto plantearon la idea que también se podría presentar un abuso cuando el derecho *per se* o de manera absoluta trasgredía los derechos de otros particulares sin importar si se tenía una intencionalidad dolosa o maliciosa de querer perjudicar a los demás, surgiendo así la teoría de las inmisiones<sup>19</sup>.

Indistintamente de la época en la cual haya surgido esta figura, lo que se entrevé de manera homogénea respecto a este tema, es la forma en que se presentó. Tanto en el derecho romano, como en la edad media o en la revolución francesa, se observa que la figura del abuso del derecho nació como respuesta a un problema de las relaciones de vecindad, debido a que los

---

<sup>18</sup> *bídem*, Págs. 69 y 70.

<sup>19</sup> *bídem*, Págs. 70 y 71.

individuos al decidir vivir en comunidad, deben renunciar al ejercicio absoluto de sus derechos, para así guardar una tranquilidad y una paz necesaria entre ellos<sup>20</sup>.

En el derecho romano, el Digesto consagra dos normas que a cabalidad reflejan este querer<sup>21</sup>. La primera, la que busca evitar la desviación del agua que pueda realizar el propietario de un terreno, con la finalidad de perjudicar a su vecino. Así mismo San Agustín y Santo Tomás de Aquino hablan del hecho que las personas no pueden tener derechos absolutos sobre los bienes, es decir, que una persona dueña de un inmueble no podía ejercer el derecho que se le había otorgado sobre éste de una manera incondicional ya que si todas ellas decidieran hacerlo la convivencia sería imposible de sobrellevar.

En la revolución francesa, como se explicó anteriormente, la figura del abuso del derecho, surge por un desarrollo jurisprudencial y no normativo. Esto tiene una explicación muy particular, pues además de las ya mencionadas, es el hecho que en el Imperio napoleónico, se propendió por la abolición de la burguesía francesa, bajo la influencia de la compilación Justiniana y del Ilustrísimo, buscando a toda costa crear un libertad absoluta en el ejercicio de los derechos de los individuos, por tal motivo, si los cuatro grandes juristas que en principio conformaron la comisión redactora del Código Civil Francés de 1804, hubiesen incluido una figura que limitara ese goce absoluto de un derecho, de manera inmediata habría sido descartada por la visión céntrica de Napoleón, debido a que iría en contra de los principios rectores con los cuales se quería que su código gobernara Francia<sup>22</sup>.

## **2.2. DESARROLLO HISTÓRICO DEL ABUSO DEL DERECHO EN COLOMBIA**

---

<sup>20</sup> Ibídem, Págs. 69, 70 y 71.

<sup>21</sup> Sessarego Carlos Fernández, Abuso del derecho, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, Pág. 98 y 99.

<sup>22</sup> Josseland, Louis, Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos, Bogotá, Editorial Temis, 1982, Págs. 5,6 y7.

A continuación se mencionan las normas o momentos que expresan los antecedentes del desarrollo histórico del abuso del derecho en Colombia. Al igual que la explicación realizada en el anterior capítulo, en Colombia no existe una doctrina uniforme acerca del período y la forma de cómo se originó la figura del abuso del derecho, sino que fueron diferentes coyunturas jurídicas las que dieron lugar a ésta.

### **2.2.1. El Código Civil.**

El profesor Carlos Fernández Sessarego, explica que en Colombia por muchas décadas, nunca existió una norma que de manera expresa hiciera relación a la figura en estudio, señalando que: *“la jurisprudencia colombiana, a pesar de que el Código Civil de su país no consigna norma alguna referente al abuso del derecho, lo sanciona siguiendo al efecto, la huella de la jurisprudencia francesa”*<sup>23</sup>.

Para condenar el ejercicio abusivo de un derecho, la jurisprudencia colombiana hace uso concordado de las disposiciones contenidas en los artículos arts. 8° de la Ley 153 de 1887 y 2141 del Código Civil. En el primero de ellos se enuncia: *“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”*<sup>24</sup>.

El art. 2341 estipula que: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o delito cometido.*

---

<sup>23</sup> Sessarego, Carlos Fernández, Abuso del derecho, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, Pág. 280 y 281

<sup>24</sup> Ley 153 de 1887, artículo 8.

*”Producida la hipótesis prevista en la primera de aquellas normas, es decir en el art. 8de la ley 153 de 1887°, los Jueces recurren al art. 2341 bajo el entendido de que el abuso del derecho es una forma especial, sui generis, del acto ilícito”*<sup>25</sup>.

De esta manera, el Código Civil recoge en principio un marco normativo que no identifica de manera separada la figura del abuso del derecho y la misma se construye con base en la jurisprudencia que parte de normas generales de responsabilidad.

### **2.2.2. Sentencia del 21 de febrero de 1938.**

El tratadista Javier Tamayo Jaramillo explica que la teoría del abuso del derecho en Colombia, ha tomado fuerza a partir de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de febrero de 1938, señalando que en dicha providencia se dijo que: *“la teoría del abuso de los derechos, tan admirablemente sistematizada por el mismo Josserand en su obre De l’esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite de l’abus des droits -1927- da testimonio inequívoco del desarrollo actual del concepto de responsabilidad. A la antigua concepción rígida de los derechos individuales, opónese hoy la teoría de la relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos, aún de los más sagrados. Según esta teoría, cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin del cual no le es dado desviarse a su titular.*

*”Los derechos son dados para la sociedad a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto no son absolutos sino relativos; deben ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación”*<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Ibídem, Pág. 280 y 281.

<sup>26</sup>Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 21 de febrero de 1938, Pág 20 y 21.

A su vez la Corte Suprema de Justicia, en la misma providencia, coloca modelos de abuso del derecho como por ejemplo: *“el propietario que ejecuta excavaciones con la mira exclusiva de secar una fuente o manantial de su vecino; o el acreedor que por espíritu de persecución en contra de su deudor honorable, intempestivamente lo ejecuta haciéndole un embargo excesivo de bienes en relación con el crédito que cobra, para empujarlo así a la ruina; o el litigante que confiando su causa menos en el examen cauteloso de su derecho que en el albur de todo pleito, promueve temeraria controversia judicial, y después de someter al adversario a la larga, costosa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella atento a eludir inminente fallo adverso, que le diese a la contraparte la victoria judicial”*<sup>27</sup>.

Esta sentencia tiene como punto relevante, la explicación rigurosa y profunda que hace de los eventos en los cuales se puede configurar un ejercicio abusivo del derecho, como es el caso de; cuando las partes exceden la finalidad socioeconómica que dio origen a un contrato o cuando hacen uso de un derecho buscando un fin ilegítimo; o cuando simplemente buscan causarle un perjuicio a otro sujeto.

### **2.2.3. El Código de Comercio.**

Con la entrada en vigencia del Decreto 410 de 1971, más conocido como el Código de Comercio, se instituyó y creó por primera vez en Colombia, la figura del abuso del derecho consagrada de manera expresa en una norma. Lo anterior se observa en su artículo 830 al señalar que *“el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”*<sup>28</sup>. Artículo del cual se hablará más adelante y en el que menciona únicamente en este capítulo para tenerlo como referente histórico.

---

<sup>27</sup> Ibídem, 22-23.

<sup>28</sup> Código de Comercio, artículo 830.

#### **2.2.4. Proyecto de Código de Derecho Privado.**

Con el Código de Comercio, cuya vigencia comenzó a regir a partir del 1° enero de 1972, al ser considerado por muchos doctrinantes como un código decimonónico, que mantenía la dicotomía entre el derecho civil y el derecho comercial y que iba en contra de la tendencia mundial de realizar una unificación entre estas dos ramas del derecho, surge una propuesta de unificación promovida por el Doctor Arturo Valencia Zea quien resalta que: *“nada justifica hoy en día que nuestro derecho privado se encuentre recogido en dos códigos. Las normas del derecho civil y las del derecho comercial deben formar parte de un código único de derecho privado”*<sup>29</sup>.

Dentro de la propuesta de unificación que se realizó, en el capítulo II que trataba *“De los hechos Ilícitos”*, se tenía previsto dedicar un aparte a la *“Responsabilidad en razón del ejercicio de los derechos”*. Así lo resalta el jurista Valencia Zea, al decir que *“fuera de toda discusión se encuentra la regla general que ordena reparar los perjuicios causados en el ejercicio de un derecho. La fórmula del proyecto es buena y técnica. Se abusa de un derecho: a) Cuando se excede el fin para el cual se otorgó. b) Cuando se exceden los límites fijados por la buena fe”*<sup>30</sup>.

A continuación se ilustrarán artículos que en el proyecto de código de derecho privado, guardaban relación con la figura del abuso del derecho:

Artículo 35. *“Cada cual tiene iniciativa para adquirir y gobernar sus derechos en la forma que le plazca.*

*”No obstante, es inadmisibles el ejercicio de los derechos patrimoniales en un sentido contrario a su destinación económica y social, y el de los derechos extrapatrimoniales en forma que desvirtúe el normal desarrollo de la personalidad.*

---

<sup>29</sup>Valencia Zea, Arturo, Proyecto de Código de Derecho Privado, Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá, 1980, Pág. 12.

<sup>30</sup>Ibídem, Pág. 60.

*”Igualmente es inadmisibile el no ejercicio de los derechos patrimoniales que interesan a la producción nacional o que se encuentran instituidos por motivos de orden público económico”<sup>31</sup>.*

Artículo 228. *“El propietario puede gozar y disponer de las cosas con la observancia de las obligaciones establecida por el orden público.*

*”Debe explotar su derecho conforme a su destinación económica y social, e indemnizará los perjuicios causados en razón de una explotación sin interés para él o para el bienestar social”<sup>32</sup>.*

Artículo 232. *“El propietario de un predio en el ejercicio de un derecho, especialmente en trabajos de explotación comercial e industrial, debe abstenerse de todo acto que perjudique la seguridad, sosiego o salud de los habitantes de fincas contiguas o vecinas.*

*”En forma especial se encuentran prohibidas las penetraciones de gases, humos, calor, ruidos, trepidaciones e inmisiones semejantes procedentes de fincas vecinas que excedan la tolerancia normal que se deben a los vecinos teniendo en cuenta el uso local, los reglamentos de policía y la situación y naturaleza de los inmuebles”<sup>33</sup>.*

Artículo 238. *“El propietario del suelo puede utilizar la parte inferior del mismo en menesteres suficientes para la agricultura, siembre de árboles, cavadura de pozos, hechura de cimientos, para levantar construcciones y hacer cualquier otra excavación siempre que no cause daño a los propietarios de predios vecinos”<sup>34</sup>.*

Artículo 1269. *“No vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente.*

---

<sup>31</sup>Ibídem, Pág. 122.

<sup>32</sup>Ibídem, Pág. 154.

<sup>33</sup>Ibídem, Pág. 155.

<sup>34</sup>Ibídem, Pág. 156.

*”Renuncia de mala fe el socio que lo hace por apropiarse de un(a) ganancia que debía pertenecer a la sociedad; en este caso podrán los socios obligarle a partir con ellos las utilidades del negocio, o a soportar exclusivamente las pérdidas si el negocio tuviere mal éxito.*

*”Renuncia intempestivamente el socio que lo hace cuando su separación es perjudicial a los intereses sociales. La sociedad continuará entonces hasta la terminación de los negocios pendientes, en que fuere necesaria la cooperación del renunciante<sup>35</sup>.*

En este proyecto de código de derecho privado, se observa un gran esfuerzo por introducir normas que básicamente pretenden desarrollar la figura del abuso del derecho, y se contemplan normas relativas a la protección de las relaciones de vecindad, como el uso del suelo, los derechos de propiedad, además de las consecuencias jurídicas que puede ocasionar el ejercicio abusivo de un derecho.

Por primera vez en Colombia, se consideró el crear una norma que referenciara expresamente la figura del abuso del derecho aplicada en materia societaria, específicamente en el campo de las sociedades colectivas, protegiendo el derecho del “querer social” del cual gozan todas sociedades, cuando un asociado decide actuar de mala fe o renunciar intempestivamente. Lastimosamente para su momento fue una norma que no pudo nacer a la vida jurídica, este texto no fue acogido como ley en nuestro ordenamiento pero si sirve de antecedente doctrinal relacionado con la figura del abuso del derecho.

#### **2.2.5. Constitución Política de 1991.**

El texto constitucional, hace referencia en dos artículos a la figura del abuso del derecho y, aunque no lo hace de manera expresa, si se puede observar su clara intención de prohibir el ejercicio abusivo de un derecho. Los artículos son los referentes la buena fe y al deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, artículos 83 y 95.

---

<sup>35</sup>Ibídem, Pág. 239.



El artículo 83 consagra que: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*<sup>36</sup>.

Por su parte el artículo 95 señala que: *“La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ésta Constitución implica responsabilidades”*<sup>37</sup>.

#### **2.2.6. Empresa Unipersonal.**

Con la expedición de la Ley 222 de 1995 y a partir de su artículo 71, que reguló a la empresa unipersonal, se observa, que el legislador aunque no de manera expresa consagró la figura del abuso del derecho, para aquellos que realizaran un indebido ejercicio del derecho, que le otorgaba a un particular el tener una empresa unipersonal, el cual debería responder solidariamente por sus actos.

Ley 222 de 1995, artículo 71: *“Mediante la Empresa Unipersonal, una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil.*

*“La Empresa Unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica.*  
*”PARAGRAFO. Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley, o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”*<sup>38</sup>.

#### **2.2.7. Ley 1258 de 2008.**

---

<sup>36</sup> Constitución Política de Colombia, Art 83.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Ley 222 de 1995, artículo 71.

Con la expedición de la Ley 1258 de 2008 se marca un camino importante en el desarrollo de la teoría del abuso del derecho en materia societaria, ya que por primera vez en Colombia se crea una norma que hace referencia expresa a este tema.

Quedando consagrado así de la siguiente manera: *“artículo 43. Abuso del derecho. Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.*

*”La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario”<sup>39</sup>.*

Es un artículo de vital importancia del cual se hablará más adelante y con la profundidad debida en el capítulo cuarto.

### **2.3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL , CONCEPTOS Y LAUDOS ARBITRALES**

Tanto las sentencias de las altas cortes, como los conceptos de las superintendencias y los laudos de tribunales de arbitramento que serán mencionados a continuación, reflejan en su respectiva cronología, las posiciones adoptadas en el país, en cuanto a la forma en que son asumidos los conflictos de abuso del derecho, no solo en materia societaria, sino en todo el espectro jurídico desde una perspectiva institucionalizada, pero hay que advertir que es poca la

---

<sup>39</sup> Ley 1258 de 2008, artículo 43.

jurisprudencia en el tema específico de abuso del derecho en las diferentes formas de capitalización.

### **2.3.1. Referentes Jurisprudenciales.**

Para poder realizar un estudio acertado sobre el desarrollo jurisprudencial del abuso de derecho, y especialmente del derecho societario, es necesario tener en cuenta, tanto las referencias normativas vigentes motivo del examen judicial, como las nociones dogmáticas utilizadas para el mismo.

Teniendo como base lo dicho anteriormente, las primeras discusiones dogmáticas del abuso del derecho, fueron definidas de forma restringida, configurándose cuando el titular del derecho subjetivo, sin interés legítimo en el ejercicio del mismo, tenía la intención positiva de perjudicar a otro en sus propios derechos, fuente de responsabilidad distinta de la culpa, teoría desarrollada por Planiol y Ripert pero no acogida por los jueces y tribunales colombianos en el inicio del estudio jurídico del tema en cuestión<sup>40</sup>.

Diferentes fueron los primeros adelantos en materia del abuso del derecho, que tuvieron su desarrollo en la década de los treinta, dejando de lado la teoría restrictiva y acogiendo como máximo pilar, la teoría funcional del abuso del derecho de Josserand, basada en la dicotomía del derecho en su espíritu o función del derecho controvertido y el móvil al que el titular ha obedecido, dejando como consecuencia entre la discordancia de los dos el abuso del mismo, tal como fue expuesto en el capítulo anterior.

### **2.3.2. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 6 de septiembre de 1935.**

La presente sentencia, proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, fue una de las providencias primigenias en tocar el tema.

---

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 21 de febrero de 1938.

Al realizar la lectura de la sentencia se observa, que la Corte acoge la teoría funcional, explicando en dicha providencia que: *“El derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque -como dicen los tratadistas de esta teoría- no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo”*<sup>41</sup>.

Se observa que en esta jurisprudencia se rescatan los conceptos de función, fines y móviles del abuso del derecho, en el aspecto legal, aplicado al uso que debe darse al ejercicio de los derechos.

### **2.3.3. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 21 de febrero de 1938.**

Dentro de las providencias hito en materia de abuso del derecho, se encuentra esta sentencia, que ahonda en la culpa como principal fundamento de la responsabilidad civil y sus respectivas formas de exculpación, ayudándose de la teoría del abuso del derecho como desarrollo conceptual de la misma. El artículo examinado es el 2341 del Código Civil, que consagra la responsabilidad por el dolo y culpa, como también, uno de los fundamentos del abuso del derecho, expresando que: *“Cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad, quienquiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o casi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo responsabilidad”*<sup>42</sup>.

Con lo que se puede observar la relatividad de los derechos, su razón de ser y misión que deben cumplir, concluyendo que siempre el ejercicio de los derechos debe seguir los lineamientos para los cuales fue creado y nunca desviarse de ellos.

---

<sup>41</sup>Superintendencia Financiera Concepto No. 2004003063-1. Febrero 19 de 2004, <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2004/reservabancaria093.htm>

<sup>42</sup>Corte Suprema de Justicia, 21 de febrero de 1938 Magistrado Ponente Dr. Arturo Tapias Pilonieta, p. 60,

#### **2.3.4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 125 del 19 de octubre de 1994.**

La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de Octubre de 1994, con ponencia del Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss, señala al artículo 830 del Código de Comercio, como la base fundamental de la teoría del abuso del derecho, ahondando en dos puntos específicos y de gran relevancia:

1. La aplicación indistinta en materia contractual y extracontractual. *“tratándose en el caso de autos de relaciones contractuales regidas por la legislación mercantil, el artículo 830 del código del ramo tiene plena aplicación, y en la medida en que dicho precepto no distingue, el abuso del derecho y sus consecuencias resarcitorias no solamente tienen cabida en el terreno de la responsabilidad extracontractual”*<sup>43</sup>.
2. La no necesidad de dolo y culpa. *“El abuso del derecho no requiere dolo o culpa del agente; “...basta con que exista la desviación del derecho...”*<sup>44</sup>.

De la lectura de esta jurisprudencia se rescatan dos elementos importantes en materia de abuso del derecho, el primero es que el artículo 830 del Código de Comercio tiene aplicación tanto en materia contractual como extracontractual; y el segundo elemento es que para que se configure abuso del derecho no se requiere culpa o dolo de la persona que ejerce el derecho<sup>45</sup>.

#### **2.3.5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de octubre de 1995.**

Siguiendo la línea de la providencia anteriormente mencionada, se encuentra la sentencia proferida por la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 31 octubre de 1995,

---

<sup>43</sup>Corte Suprema de Justicia. Sentencia 125 Expediente- 3972. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Santa Fe de Bogotá, D.C. diecinueve (19) de Octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

<sup>44</sup> Ibídem, Pág. 14 y 15.

<sup>45</sup> Ibídem.

cuyo magistrado ponente fue Pedro Lafont Pianetta. Convirtiéndose en una importante fuente jurisprudencial en materia de abuso del derecho, debido a que en una primera etapa aborda, específicamente la cronología normativa que le compete a la figura objeto de estudio, realizando una mención acerca de la finalidad propia de los derechos, como también la situación en que se encuentra dentro del ordenamiento el abuso del derecho, señalando que:

1) *“A partir de la moderna concepción del Derecho, conforme a la cual cada uno de los derechos subjetivos de que se encuentra investida una persona tiene una misión social y económica que cumplir y una finalidad que le es propia, cuya utilización en contrario implica un abuso que genera la obligación de indemnizar los perjuicios que por ello se causen, la jurisprudencia nacional, con apoyo en el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, dio cabida a este principio general, por encontrar que él es un regla imprescindible para regular la pacífica convivencia entre los asociados, que se encuentra inmersa en el espíritu general de la legislación”*<sup>46</sup>.

2) *“Si bien es verdad que la prohibición del abuso del derecho no tiene específica consagración legislativa en el Derecho Civil, sí fue elevada a la categoría de norma legal por el Código de Comercio expedido mediante Decreto 410 de 1971, vigente desde el 1o. de enero de 1972, estatuto éste cuyo artículo 830 preceptúa que "el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.*

*”3) Con todo, la jurisprudencia nacional, bajo la consideración de que los derechos han de ejercerse conforme a la función social que les compete y sin que puedan atentar contra la justicia que debe presidir las relaciones sociales, tiene precisado que es abusivo todo acto que, por sus móviles y por su fin, es opuesto a la destinación, a la función del derecho en ejercicio”*<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup>Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Expediente -4701. Magistrado ponente: Dr. Pedro Lafont Pianetta. Santafé de Bogotá, D.C. treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995), Pág. 15 y 16.

<sup>47</sup>Ibídem, Pág. 14 y 15.

De la lectura de esta providencia se rescata la vigencia del artículo 8 de la Ley 157 de 1887 y de la importancia del artículo 830 del Código de Comercio en materia de abuso del derecho y por último la obligación de los agentes de realizar el ejercicio de sus derechos consultando siempre el móvil y el fin de los mismos.

### **2.3.6. Corte Constitucional, Sentencia T-172 de 1999.**

En un sentido similar a las anteriores sentencias y teniendo como referencia los derechos relativos a la libertad de cultos y derecho a la intimidad, la presente sentencia proferida por la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, señala que: *“la Corporación se ha pronunciado en múltiples ocasiones en relación con el ejercicio y alcance de los derechos fundamentales, y ha llegado a la conclusión, de conformidad con el artículo 95 de la Constitución, que todo derecho lleva consigo un deber intrínseco que impide una expresión absoluta del mismo, de manera tal que nadie puede desconocer su obligación jurídica de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”<sup>48</sup>.*

Resultando clave la inviabilidad de solicitar la protección de un derecho, a sabiendas de que el ejercicio del mismo ha sido abusivo.

### **2.3.7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de agosto de 2000.**

Esta sentencia proferida por el magistrado ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles del 9 de agosto de 2000, abarca el tema de poder de negociación de quien se encuentra en posición dominante, asegurando que *“Aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas*

---

<sup>48</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-172/99 Expediente T-187147. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, D.C. diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

*y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo”<sup>49</sup>.*

Se concluye que esta referencia jurisprudencial puede ser vista como un elemento para determinar si hay o no abuso del derecho.

### **2.3.8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de septiembre de 2010.**

En Sentencia del 16 de septiembre de 2010, del Magistrado Ponente: Cesar Julio Valencia Copete, la Corte Suprema de Justicia analiza la figura del abuso del derecho en materia societaria, donde se estudia si la conducta realizada por una sociedad de remover del cargo de revisoría fiscal a una empresa con la que habían contratado éste servicio, se presentó mediante el ejercicio abusivo de ese derecho.

La Corte Suprema de Justicia en la presente sentencia habla de la importancia de ejercer los derechos una manera responsable, sin abusar de ellos, explicando que *“si bien el Estado advierte necesario mantener la libertad de empresa y la iniciativa privada, a la par que estima indispensable protegerlas y auspiciarlas, tampoco permite que en su ejecución se llegue a extremos que desborden sus propios límites para arrollar los derechos de los particulares y los de la comunidad.*

*”En ese orden de ideas, es patente que la misma normativa superior admitió la enorme importancia del respeto al derecho de los otros asociados, el que, consecuentemente, no debe ser conculcado ni siquiera bajo la disculpa del ejercicio del perteneciente al sujeto que actúa,*

---

<sup>49</sup>Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia 123. Expediente-5372. Magistrado ponente: Dr.: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Santafé de Bogotá, D.C.primeros (1) de agosto de dos mil uno (2001).



*motivo determinante de que su protección deba ser radical e incondicional, como quiera que se trata de una garantía inestimable”<sup>50</sup>.*

Se habla del actuar de los socios al interior de una sociedad, teniendo en cuenta siempre el objeto y el fin por el cual fue creada, por tal motivo explican que *“la empresa cumple una función social que implica obligaciones, y el reconocimiento de su existencia e importancia no devienen de manera exclusiva del destino privado que de ella surge, sino, mayormente, del servicio llamada a prestar frente a la comunidad ante la cual debe desempeñar una especial gestión tendiente a la satisfacción de necesidades, emerge la imposibilidad de que en el despliegue de su explotación se puedan permitir actos lesivos del interés común o del derecho particular, desde luego que ello supondría una afrenta a la finalidad y designio con que se admite su vigencia”<sup>51</sup>.*

En esta jurisprudencia se encuentra que la Corte explica de manera clara, el adecuado uso en que los socios deben ejercer sus derechos ya que menciona que: *“nada puede justificar la vulneración de las facultades ajenas so pretexto del uso de los derechos propios, cuando en éstos no se aprecie tal uso sino el abuso”<sup>52</sup>.*

Como se observa es una sentencia de gran importancia para el estudio del abuso del derecho y más en el campo societario, ya que es una jurisprudencia que brinda herramientas que permiten entender de manera clara el concepto de abuso, señalando como debe ser el actuar de los asociados al momento ejercer sus derechos al interior de la sociedad. .

Hay que señalar que lo expuesto en este capítulo referente a la jurisprudencia adoptada en este tema es evidente, ya que tras la no definición de abuso y la no ejemplificación de situaciones del ejercicio abusivo del derecho, dejan entrever que hace falta mucho trabajo por parte de dichas corporaciones.

---

<sup>50</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de septiembre de 2010.

<sup>51</sup>Ibídem.

<sup>52</sup>Ibídem.

No hay sentencias que analicen de manera particular el tema de abuso del derecho en el ámbito societario, y más en lo que respecta a la capitalización, no obstante hay criterios que pueden guiar como sería el análisis jurisprudencial para estos casos.

### **2.3.9. Conclusiones.**

En la jurisprudencia estudiada anteriormente queda evidenciada la evolución que ha tenido la figura del abuso del derecho en Colombia, y aunque como se mencionaba, es una jurisprudencia que hace un análisis corto en el campo societario, sin embargo, no obstante que desde hace más de un siglo surgió la necesidad de hablar acerca de ese tema y de ir creando mecanismos que ayuden a combatir el abuso del derecho.

Se rescata la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del 2010, en donde se habla de la figura del abuso del derecho en materia societaria, de manera clara, además precisa un recuento histórico que nos ubica en el tema, así como los elementos para la toma de decisiones por parte de los jueces y por último se concluye que dicha sentencia deja abiertas las puertas para que en el futuro se produzcan más fallos de dicha índole.

Se concluyen tres tópicos fundamentales que son abordados en las providencias enunciadas en este escrito, que son los siguientes:

1. Función social y económica del derecho.

La importancia de los móviles y los fines de los derechos y el correcto ejercicio en el marco de la legalidad, terminan generando obligaciones, que para el caso concreto de las sociedades se ve reflejado en la protección de los socios minoritarios y el correcto actuar de los socios mayoritarios. Obligaciones y deberes correlativos que trascienden del ejercicio lícito del derecho, al correcto ejercicio del mismo.

2. Actos lesivos del interés particular.

Como se ha venido reiterando, la importancia de los fines sociales, los cuales no pueden ser opacados por los fines individuales, y deben ser vistos como el paradigma por el cual la sociedad debe desarrollarse de manera adecuada, por supuesto en el entendido, que las mayorías son las que terminan ejerciendo el curso societario, poder que debe ser ejercido con lealtad y rectitud.

### 3. Inobservancia de la función socioeconómica del derecho.

Tras el análisis y el estudio de la jurisprudencia nacional, se evidencia repetidamente la forma en que se debe estudiar la función socioeconómica de los derechos sujetos a litigio por el abuso del derecho, puesto que las sociedades al ser entes económicos, tienen como fines preponderante el desarrollo mercantil, actividad que debe ser diferenciada con el interés particular e individual de los socios que también tiene un fin económico.

#### **2.3.10. Conceptos de las Superintendencias.**

Las superintendencias, como entidades encargadas de la inspección de ciertas actividades económicas, también se han pronunciado conforme al abuso del derecho, en diferentes conceptos.

El Concepto 220-41615 de junio 25 del 2003, es enfático en afirmar que los derechos se han concebido para que en su ejercicio se vean reflejadas las finalidades sociales de bienestar, justicia y moral. Pero también se refiere, al abuso en situación de posición domino, al ejemplificar la situación en que *“los socios utilicen su cercanía con la sociedad, para que lleguen a considerarlas como "empresas de bolsillo", y hagan de su patrimonio una fuente para solventar situaciones pasajeras si se quiere, con el pensamiento de que más tarde las recupera y regresa”*<sup>53</sup>, que generalmente supone crisis empresarial.

En el concepto 220-076480 de 2011 de la Superintendencia de Sociedades se expone la figura del abuso del derecho a la luz del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, el cual ha sido

---

<sup>53</sup>Superintendencia de Sociedades Concepto No. 220-41615 junio 25 del 2003.

consagrado, con exclusividad, a favor de los accionistas de una sociedad por acciones simplificada.

Son dos los puntos fundamentales evidenciados en el concepto sujeto a estudio. El primero, consiste en que 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. Por supuesto, se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.

La segunda, consistente en que la figura del abuso del derecho, se da exclusivamente a favor de los accionistas de una sociedad por acciones simplificada y no es extensible a la Junta Directiva de este mismo tipo societario, en el evento que sus estatutos contemplen dicho órgano de administración, esto en razón que se tiene un régimen específico de responsabilidad ante la sociedad.<sup>54</sup>

### **2.3.11. Laudos arbitrales.**

El arbitraje, como forma de resolución de litigios sin necesidad de acudir a jurisdicción ordinaria, se ha configurado, por su misma constitución y por los tópicos que trata, en una indiscutible fuente de material dogmático para diversos temas, y el abuso del derecho no es la excepción.

### **2.3.12. Laudo arbitral de Elio Sala Ceriani contra Química Antex SA.**

Es un caso paradigmático en la materia objeto de estudio, pues ejemplifica la forma en que se desarrollan los problemas de esta clase en materia societaria, caracterizado por su gran profundidad en el tema.

---

<sup>54</sup>Superintendencia de Sociedades Concepto No. 220-076480 junio 26 de 2011.<http://www.actualicese.com/normatividad/2011/06/21/concepto-220-076480-de-21-06-2011/>

A continuación se señalan los hechos más relevantes del caso en cuestión iniciado por Elio Sala Ceriani, socio de Amtex S.A:

1. Elio Sala Ceriani, socio de Amtex S.A., convocó un tribunal de arbitramento el 11 de marzo de 2006, presentando demanda arbitral contra Química Amtex Ltda., Manuel de Bernardi Campora, Ite Corporation Limited y Mario Bascuñan Gutiérrez<sup>55</sup>.
2. La demanda fue presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, con el fin de obtener la declaratoria de ineficacia de pleno derecho de algunas decisiones adoptadas por la junta de socios de la primera sociedad, hoy Amtex S.A<sup>56</sup>.
3. *“En particular, Elio Sala Ceriani solicitó la declaración de ineficacia de pleno derecho de las reformas estatutarias aprobadas en 1978 y que autorizaban la cesión de las cuotas sociales de Mario Bascuñan Gutiérrez a Elio Sala Ceriani, y de Ite Corporation Ltda. a Manuel de Bernardi Campora y Elio Sala Ceriani”*<sup>57</sup>.
4. *“Teniendo en cuenta la nueva distribución de cuotas de participación que se deriva de la anterior petición, Elio Sala Ceriani también solicitó el pago indexado de los dividendos que le correspondían desde 1979, junto con una indemnización por los perjuicios que le fueron Causados.*
5. *”Dentro de una de las pretensiones subsidiarias, se esboza que se debe cancelar a favor del socio ELIO SALAS CERIANI el monto de los perjuicios que se demuestren en el proceso por concepto de daño emergente y lucro cesante, así como de daño moral con ocasión del abuso del derecho en que incurrieron al votar el aumento de capital de*

---

<sup>55</sup> Laudo arbitral del Laudo arbitral de Elio Sala Ceriani contra Química Antex SA.

<sup>56</sup> *Ibíd.*

<sup>57</sup> *Ibíd.*

*QUÍMICA AMTEX S.A. aprobado en la asamblea de accionistas de”* <sup>58</sup> dicha sociedad, ya no de la asamblea del 78 (pretensión denegada por prescripción) sino del 2001.

Del anterior laudo se expone que *“el tribunal de manera expedita y con fundamento en el artículo 95 de la Constitución Política de Colombia, resuelve basado en el deber de respeto por los derechos ajenos, donde se realiza un análisis acerca del alcance del ejercicio de los derechos, de los cuales puede hacer uso cada sujeto y encontrando como límite el respeto por los derechos de las demás personas con las que se vive en sociedad”*.<sup>59</sup> Se observa que la fuente indemnizatoria tanto de daños patrimoniales y extra patrimoniales es el abuso del derecho, manifestado a través del aumento de capital de la sociedad, que a pesar que termino negando las pretensiones del demandante, el tribunal encuentra probado el abuso del derecho y condena al pago en solidaridad de los perjuicios causados.

### **2.3.13. Laudo arbitral Cámara de Comercio de Bogotá del 17 de marzo de 2004.**

Este es otro laudo que se centra específicamente en el abuso mediante capitalización por parte de socios mayoritarios, es el proferido en el centro de arbitraje y conciliación mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá del 17 de marzo 2004 en el que se señala que si *“se aprueba una determinación de capitalizar la sociedad, con el propósito subyacente de diluir la participación en el capital de socios minoritarios y de establecer una recomposición de la participación de los socios mayoritarios, se produce un abuso de mayoría que debe ser corregido. No puede tolerarse, en verdad, que sin que medie una oportunidad real de participación, un asociado*

---

<sup>58</sup> Laudo arbitral del Laudo arbitral de Elio Sala Ceriani contra Química Antex SA.

<sup>59</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-790/10. Expediente-T-2'418.581 Magistrado ponente: Dr.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Santafé de Bogotá, D.C. primero (1) de octubre de dos mil diez (2010). Sentencia de tutela. Por Vulneración en la configuración de defecto sustantivo por no declarar la prescripción de la pretensión relacionada con un presunto abuso del derecho sobre el laudo del 2 de octubre del 2007 (“Elio Sala Ceriani v. Química Amtex SA y otros”), tribunal integrado por Luis Fernando Muñoz Ochoa, Luis Alfredo Barragán Aragón y Juan Guillermo Sánchez Gallego. Cámara de comercio de Medellín

*resulte mermado en sus derechos patrimoniales por la simple imposición de decisiones arbitrarias orientadas por el propósito inconfesable de perjudicarlo*<sup>60</sup>”.

Es un laudo relevante en materia de abuso del derecho en el campo societario y más en lo concerniente a la disolución accionaria de un socio, valiéndose de mecanismos arbitrarios, es decir, mediante el ejercicio de un derecho crean un perjuicio a otro sujeto, configurándose así el abuso del derecho.

#### **2.3.14. Laudo de Germán Alfonso Cia. Ltda. v. Dataflux SA.**

Como se ha expresado repetidamente a lo largo del trabajo, el arbitramento es una de las mayores fuentes en materia abusiva de las sociedades y es evidente el importe hecho por parte de los tribunales a todo tipo de providencias judiciales e inclusive a conceptos de la superintendencias, pero a pesar de ese aporte que le hace la jurisprudencia al arbitramento, parte de lo que pretende el presente trabajo consiste en determinar cuáles son los elementos que los árbitros tienen en cuenta a la hora de determinar en sus laudos el abuso o no del derecho societario.

Es por estas razones, que se analizará el caso resuelto mediante el laudo arbitral de Germán Alfonso Cia. Ltda. Y otros v. Dataflux SA en noviembre del 2005, en donde se demanda la nulidad de un contrato de asistencia técnica, por un evidente conflicto de intereses, valor elevado del mismo, falta de formalidades, falta de autorización de la asamblea, desconocimiento de las directrices de la superintendencia de sociedades y oposición permanente de la minoría, que demuestra el abuso del derecho por parte de las mayorías, todo esto con el fin de determinar, los elementos críticos del abuso del derecho y poder establecer en una situación similar y con base en elementos que resuelven choque de controversias como la razonabilidad y la

---

<sup>60</sup> Derecho Societario, Francisco Hernando Reyes Villamizar, Editorial Temis, 2006.pag 366-367

proporcionalidad, la aplicación de la figura en donde hay implicado un compromiso o una cláusula compromisoria.

Observando los hechos que anteceden y dan lugar a la constitución del tribunal de arbitramento, se ve la complejidad de las relaciones mercantiles en las cuales se pueden recaer en el abuso del derecho por parte de las mayorías, a continuación se enunciarán los hechos que generaron la controversia:

1. *“El 21 noviembre de 1997 los accionistas de la sociedad MAKRO CÓMPUTO S.A. dentro de los que se encontraban Incolcer S.A., Zurbarán S.A., Incoldesa S.A., Activos y Títulos S.A., Germán Alfonso y Cia. S.C., , Fernando de Jesús Álvarez Corredor entre otros, suscribieron un contrato de compraventa y pignoración de acciones con las sociedades mexicanas Dataflux S.A. de C.V. y Genetec S.A. de C.V., en donde estas últimas se obligaban a comprar la parte alícuota de los vendedores, convirtiéndose en el bloque mayoritario de la sociedad con el 72.28%”<sup>61</sup>.*
2. Dentro del contrato de compraventa, se estipuló que el pago se haría en cuatro cuotas, en donde la última, (la cual suponía el mayor grado de dificultad), implicaba una serie de operaciones, determinando que: la suma a pagar el 31 de marzo de 1999 se calcularía de la siguiente forma:
  - a. *“De MAKRO COMPUTO S.A. con posterioridad a la firma de este contrato, por DOS MILLONES QUINIENTOS MIL DOLARES ESTADOUNIDENENSES US\$2.500.000,00 aproximadamente.*
  - b. *”Al resultado mencionado en el punto a) inmediatamente anterior se le multiplica por ocho (8) veces.*

---

<sup>61</sup> *Ibíd.*



- c. *”Al resultado mencionado en el punto b) anterior se le multiplica por CINCUENTA Y SIETE PUNTO SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO POR CIENTO (57.635%)*
- d. *”Al resultado mencionado en el punto c) inmediatamente anterior se le restan los pagos efectuados conforme a los puntos 1, 2, y 3 inmediatamente anteriores, y el saldo será el valor de este cuarto pago, el cual no podrá exceder del valor de UN MILLÓN TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE DÓLARES CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS US\$1.393.399,93”<sup>62</sup>.*
3. *“De la forma en que se pactó el pago de la última cuota por efecto de la compra de la acciones de la sociedad, enunciando que el pago estaba sujeto a la utilidad menos el (10%) de la capitalización que se obligaban a realizar las partes en su calidad de accionistas, dependían efectivamente de los estados financieros vigentes. Por lo que el precio de la cuarta cuota al estar ligada a la utilidad resultante de los estados financieros dictaminados al 31 de diciembre de 1998, fueron modificados en la provisión para impuesto de renta, pues se sobreestimó y carecía de razonabilidad, en donde la provisión de cartera era insuficiente; y en donde no se registró la provisión para el impuesto de renta, reduciendo de manera evidente y efectiva la última cuota a pagar, acto que como es normal fue impugnado por los socios minoritarios”<sup>63</sup>.*

Estos hechos, muestran de una forma práctica y real como en una sociedad, la mayoría, puede dejar a un lado el fin social para beneficiarse, donde a pesar de presentarse unos hechos complejos, la consecuencia normal es la misma: acción abusiva del derecho, es por esta razón y

---

<sup>62</sup> Laudo arbitral del veintinueve (29) de noviembre de dos mil cinco (2005) GERMAN ALFONSO Y CIA LTDA y otros vs con DATAFLUX S.A. DE C.V. y GENETEC S.A. DE C.V., derivadas del Contrato de Compraventa y Pignoración de Acciones celebrado el 21 de noviembre de 1997. Pág. 17 y 18.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

en concordancia con lo expuesto por el juzgado 36 civil del circuito que conoció de la acción de nulidad interpuesta por los socios minoritarios afectados, se demuestra que *“las decisiones cuestionadas por los demandantes, tomadas en la asamblea general de accionistas del 24 marzo de 1999, independientemente de los móviles que las pudieron motivar, no se ajustaron a las previsiones legales y estatutarias en cuanto ellas no irradian respeto por el interés común de los asociados, ni respondieron a un ejercicio democrático que garantice la transparencia en las decisiones comunes, pues al aprobar mayoritariamente los estados y el informe del revisor fiscal que desdibujaron la situación contable de la empresa, se afectaron derechos esenciales de los asociados y se vulneró la preceptiva que gobierna el actuar de la persona jurídica, por lo que no pueden cobrar firmeza contra la evidencia de sus yerros y vicio”*<sup>64</sup>.

Es por esto que, al adentrarse al análisis específico del laudo, es visible que la noción de abuso del derecho adoptada no difiere de la definición clásica expuesta en la doctrina francesa y la jurisprudencia de su Corte de Casación, pues supone que *“si la mayoría de una asamblea puede, en ciertas condiciones, imponer decisiones a la minoría, es sólo porque se presume que persigue el interés social, pero si se estableciere que tales decisiones están inspiradas en la intención de dañar o perjudicar a la minoría, ellas constituirían un verdadero abuso de derecho”*<sup>65</sup> de igual manera se muestran los conceptos italianos y españoles que no difieren del concepto tomado por todos los actores jurídicos referentes al abuso del derecho, en donde *“el principio mayoritario tiene eficacia vinculante respecto de todos los socios sólo cuando esa mayoría, al ejercer su derecho de voto, lo hace inspirándose en sus intereses sociales. De lo contrario, y en virtud de frustrarse el fin para el cual tal derecho es concedido, se incurre en una situación de abuso”*<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Ibídem, 32 y 34.

<sup>65</sup> Ibídem, Pág. 17 y 18.

<sup>66</sup> Ibídem, Pág. 17 y 18.

Es importante ver, cómo en este laudo se rescata jurisprudencia acerca del abuso del derecho y la forma en que puede ser utilizada al momento de resolver un conflicto. Es evidente que el laudo arbitral está bastante influenciado por la jurisprudencia expuesta en los últimos veinte años.

### **2.3.15. Conclusiones laudos.**

En el análisis realizado en los laudos se evidencia un trabajo más juicioso en materia de abuso del derecho y un lugar de donde se puede rescatar elementos valiosos que permitan la construcción de una mejor figura del abuso del derecho.

Se rescatan extractos de los laudos que permiten ver el avance de dicha figura, como el siguiente donde que explican que: *“no por el solo hecho de haber utilizado su poder mayoritario para obtener la aprobación de todas las proposiciones que fueron objetadas por el grupo minoritario, puede afirmarse sin más análisis, que los accionistas mayoritarios abusaron de su posición dominante en perjuicio del grupo minoritario”*<sup>67</sup>.

Explican que: *“las mayorías son para ejercerlas y ellas deben determinar la directriz de la compañía. El desarrollo del objeto social no puede quedar supeditado a la voluntad unánime de los socios puesto que, precisamente, la disimilitud de opiniones sobre la marcha de la sociedad, permite que en un debate amplio y leal se determine su rumbo, en beneficio de la sociedad y por ende de todos sus socios”*<sup>68</sup>.

Aclaran que el ejercicio del voto tiene que estar supeditado al ámbito legal y estatutario que se le ha fijado y, en particular, al beneficio social, dejando de lado intereses personales.

La intencionalidad de causar daño, o el ejercicio del derecho con una finalidad antijurídica consistente en lesionar el patrimonio de otro.

---

<sup>67</sup> Ibídem, Pág. 17 y 18.

<sup>68</sup>Ibídem, Pág. 17 y 18.

Del estudio de los laudos se infiere una serie de comportamientos que pueden indicar abuso del derecho por parte de mayorías, estos puntos pueden constituir una herramienta vital, en cuanto pueden determinar un presunto abuso del derecho y la forma en que los tribunales de arbitramento tomarían en cuenta estas situaciones a la hora de decidir.

Algunos puntos a destacar son:

1. Exigir un poder general e ilimitado para el manejo de la compañía en cabeza de los socios mayoritarios, desplazando de hecho al representante legal nombrado por voluntad del órgano social competente, es decir la asamblea general de accionistas.

Este comportamiento supone el manejo dictatorial de las mayorías al evadir la voluntad del órgano social, que a pesar de ser ejercido mayoritariamente excede sus capacidades al exigir poderes ilimitados y generales para el manejo de la sociedad.

2. La presencia de un evidente conflicto de intereses entre los asociados mayoritarios.

La sociedad, al ser entendida también como un contrato de colaboración supone el encuentro de intereses individuales que pueden afectar a la sociedad si se aprovecha del status de mayoría para provechos personales. Si se observa que existen conflictos de intereses entre los socios, conflictos de tipo, económico, de parentesco y de carácter político entre otros, puede ser señal de prácticas abusivas del derecho.

3. El desconocimiento a las órdenes de la Superintendencia de Sociedades respecto del conflicto de intereses.

Como se observó anteriormente, la Superintendencia de Sociedades es un ente vital para el normal desarrollo de las actividades sociales, por lo que si se emanan ordenes de la misma, y

más en referencia del conflicto de intereses y si son sistemáticamente desobedecidas, se entiende el ánimo de las mayorías por imponer su interés particular.

**4. Cambio de sede de las reuniones de la junta directiva y actas, poco detalladas y prolijas.**

Las mayorías, tiene el poder político de desarrollar la actividad y el interés social, pero su poder puede desviarse, y el cambio continuo de las reuniones de la junta directiva, como el no especificar de manera adecuada todo tipo de decisiones, puede indicar la toma de decisiones por parte de la mayoría que no estén encaminadas al interés social, sino más bien al interés particular, evitando que las minorías conozcan ciertas prácticas, privándose del derecho de defensa por un abuso del derecho.

**5. La falta de autorización por la Asamblea de ciertos actos.**

Si los órganos directivos que representan y que son elegidos mayoritariamente ejecutan ciertos actos que deben ser autorizados por la asamblea general, puede darse una muestra del actuar abusivo de la sociedad si esas decisiones no tienen en cuenta el fin social, y lo que pretenden es la consecución de intereses particulares como la pérdida de participación de socios minoritarios.

### **3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL ABUSO DE LAS MAYORÍAS EN LOS MECANISMOS DE CAPITALIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES EN COLOMBIA.**

El presente capítulo abordará a cabalidad la importancia de la figura del abuso del derecho en el ámbito societario, especialmente en el abuso que puedan llegar ejercer las mayorías en las decisiones de capitalización de la sociedad.

#### **3.1. DEL ABUSO DE LAS MAYORÍAS.**

El abuso del derecho, es visto para algunos como una institución, como una figura del derecho o como un principio general, cuyo campo de acción abarca todas las especialidades del derecho

(administrativo, civil, procesal, comercial y público)<sup>69</sup>. Una de estas es en el campo societario, donde una persona o grupo de personas, deciden realizar conductas que se alejan de la finalidad para la cual ha sido creada una sociedad, utilizándola como medio para conseguir sus intereses personales o beneficiar a terceros.

Pues bien, una manifestación de ello, es el abuso que se presenta en una sociedad cuando los socios que son mayoría toman decisiones que perjudican el interés social o que simplemente lo hacen con la finalidad de dañar a los socios minoritarios. Para entender más el concepto en estudio, a continuación se enunciarán algunas definiciones.

El doctrinante Albanell Coll en su trabajo “Protección de las minorías en las sociedades anónimas”, sostenía que no se debe coaccionar o limitar ese derecho a voto que tiene cada socio, que lo que se debe reprimir es el abuso y la forma indebida en que se hace uso de ese derecho.

Menciona que *“la doctrina ha señalado la existencia de límites objetivos y subjetivos a la potestad de las asambleas de las sociedades anónimas de adoptar por mayoría las decisiones. Serían límites objetivos aquellos impuestos por la licitud de la decisión, con tal abstracción de las circunstancias o intención de quienes han adoptado la decisión.*

*”Este límite objetivo estaría impuesto por las bases de la sociedad anónima y los derechos esenciales de la calidad del accionista. A su vez, existirían para el autor límites subjetivos que se apreciarían determinando la intención que ha animado a la mayoría a imponer determinada intención. Según que esta intención sea legítima, la decisión asamblearia será o no lícita.*

*”La ilicitud de la decisión de la asamblea no se relaciona con su contenido, como en la concepción objetiva, sino con su causa, se relaciona con su fin”<sup>70</sup>.*

---

<sup>69</sup> Ordoqui Castilla, Gustavo , Abuso de Derecho (Civil, comercial, procesal, laboral y administrativo), Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010, Pág. 552.

<sup>70</sup>Ibídem.

Dominique Vidal, dice que el “*presupuesto fundamental del abuso de mayoría está dado por el quebrantamiento del equilibrio jurídico entre los socios o accionistas*”<sup>71</sup>.

Nuri Rodríguez Olivera señala que “*el voto ha sido tradicionalmente considerado, y así lo establece la ley, como un derecho del accionista-. Pero este derecho, como todos los derechos, está sujeto a limitaciones y condiciones. Y agrega, entre otras cosas, que el accionista no puede abusar de su derecho para poder obtener ventajas personales para sí o para terceros, esto es, para satisfacer intereses extrasociales*”<sup>72</sup>.

Néstor Humberto Martínez explica que “*la noción de abuso de posición dominante está vinculada con el ejercicio de la condición del accionista mayoritario, tal vez la más común y conocida expresión del abuso del derecho. Y como tal puede tener múltiples expresiones: disponer la retención de utilidades de los minoritarios; efectuar reformas estatutarias para causar daño a las minorías; los contratos entre partes relacionadas que benefician a los socios mayoritarios; la aprobación de relaciones de intercambio infundadas en procesos de integración societaria o de reestructuración empresarial, etcétera*”<sup>73</sup>.

Israel Críeme considera “*que si el interés societario está en juego, debe predominar sobre el individual del accionista, siempre que no se intente desconocer un derecho de éste, protegido por la ley, con carácter esencial. No puede la mayoría, bajo el pretexto de invocar los intereses generales de la empresa, aun cuando no altere derechos inderogables del accionista, adoptar resoluciones arbitrarias o inicuas por interés de algún socio, pues incurriría en abuso del derecho*”<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup>Reyes Villamizar, Francisco Hernando, Derecho Societario, Editorial Temis, 2006, Pág. 216.

<sup>72</sup>Ordoqui Castilla, Gustavo, Abuso de Derecho (Civil, comercial, procesal, laboral y administrativo), Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010, Pág. 552.

<sup>73</sup>Martínez Neira Néstor Humberto, Cátedra de Derecho Contractual Societario Regulación Comercial y Bursátil de los Actos y Contratos Societarios, Editorial, Abeledo Perrot, 2010, Pág. 411.

<sup>74</sup>Ordoqui Castilla, Gustavo, Abuso de Derecho (Civil, comercial, procesal, laboral y administrativo), Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010, Pág. 552.

En Colombia en un Laudo Arbitral del 2 de octubre de 2007 se dijo que *“el abuso de los derechos en el contexto de una sociedad puede consistir, como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, entre otras conductas, en una capitalización efectuada con el propósito de diluir a un accionista o a un grupo de accionistas, en la retención injustificada de las utilidades sociales o en la celebración de contratos entre vinculados.*

*”Todas estas actuaciones pueden tener fines o propósitos independientes y específicos, encaminados a producir un efecto abusivo.*

*”Pero existe una modalidad de abuso de los derechos en el contexto societario mucho más amplia, profunda y nociva, que consiste en la utilización de todas o algunas de esas conductas y otras, que en sí mismas pueden no constituir un abuso del derecho independiente, para producir un rompimiento de los rectos fines y objetivos del contrato social. Este abuso del derecho parte de las actuaciones premeditadas de la mayoría, con el interés de dañar o perjudicar a la minoría, manifestado a través de actos societarios diversos que están todos inspirados en esa intención abusiva inicial”<sup>75</sup>.*

Conforme a lo anterior se concluye que la mayoría de los conceptos y definiciones que se enuncian, guardan coincidencia entre sí. Se observa que el abuso de mayorías se presenta cuando el asociado o los asociados, que siendo mayoría, toman decisiones que van en contra del interés social y que muchas veces, lo hacen con el único propósito de perjudicar a los minoritarios, esto es, cuando las mayorías valiéndose del ejercicio de los derechos que la ley les reconoce, acuden a una asamblea de accionistas o junta de socios y ejercen su derecho al voto de una manera que perjudica a la sociedad o a los socios minoritarios.

---

<sup>75</sup> Martínez Neira Néstor Humberto, Cátedra de Derecho Contractual Societario Regulación Comercial y Bursátil de los Actos y Contratos Societarios, Editorial, Abeledo Perrot, 2010, Pág. 412.



### 3.2. EL INTERÉS SOCIAL.

Es necesario en esta parte recoger de todo el material de análisis que se ha estudiado, para construir una noción de abuso del derecho en materia societaria, que permita tener claridad en el concepto de interés social.

La Corte Suprema de justicia ha dicho que: *“aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo”*<sup>76</sup>.

Respecto al voto que ejerce la mayoría al interior de una sociedad se puede decir que, éste es legítimo y valido, siempre y cuando sea ejercido de forma correcta, consultando el interés de la sociedad, dejando a un lado intereses personales o dolosos que buscan como propósito perjudicar a socios minoritarios, a la sociedad en sí o a terceros.

Hay que señalar que *“el principio mayoritario tiene eficacia vinculante respecto de todos los socios sólo cuando esa mayoría, al ejercer su derecho de voto, lo hace inspirándose en sus intereses sociales. De lo contrario, y en virtud de frustrarse el fin para el cual tal derecho es concedido, se incurre en una situación de abuso”*<sup>77</sup>.

En consecuencia se puede decir que el interés social se puede evidenciar en el objeto para el cual fue creada la sociedad, por ejemplo si las decisiones que se adoptan, están encaminadas a

---

<sup>76</sup>Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia 123. Expediente-5372. Magistrado ponente: Dr.: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Santafé de Bogotá, D.C.primeros (1) de agosto de dos mil uno (2001).

<sup>77</sup>Laudo arbitral del veintinueve (29) de noviembre de dos mil cinco (2005) GERMAN ALFONSO Y CIA LTDA y otros vs con DATAFLUX S.A. DE C.V. y GENETEC S.A. DE C.V., derivadas del Contrato de Compraventa y Pignoración de Acciones celebrado el 21 de noviembre de 1997

perseguir y lograr los fines de la empresa, su objeto social, si van acorde a la misión y visión, podremos decir que lo que simplemente buscan es lograr el interés social.

El interés social juega un papel muy importante en materia de abuso del derecho, debido a que éste es un elemento que ayuda a determinar si en una sociedad se ha cometido un abuso o no, partiendo de una premisa básica que es: si una decisión ha sido tomada sin consultar e ir en contra del interés social, habrá un abuso de derecho.

### **3.3. DEL ABUSO DE LAS MAYORÍAS EN LA ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS EN LAS DECISIONES DE CAPITALIZACIÓN.**

La asamblea o Junta de socios es el máximo órgano de la sociedad, y es el espacio en donde los asociados deliberan y toman decisiones acerca del futuro de la empresa. El artículo 420 del Código de Comercio señala funciones como las de: *“disponer qué reservas deben hacerse además de las legales; fijar el monto del dividendo, así como la forma y plazos en que se pagará; ordenar las acciones que correspondan contra los administradores, funcionarios directivos o el revisor fiscal; elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda; disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión; adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad, entre otras”*<sup>78</sup>.

Al momento de constituir una sociedad los asociados fijan un capital, con el fin de poner en funcionamiento la empresa, buscando cumplir el objeto social propuesto, pero puede que con el paso del tiempo, el ente societario, para poder seguir explotando su objeto y teniendo en cuenta las necesidades económicas, requiera un aumento en el capital. Es ahí donde los diversos

---

<sup>78</sup> Código de Comercio Colombiano de 1971, artículo 420.

mecanismos de capitalización que ha creado la ley, se vuelven de gran ayuda, para fomentar el progreso del ente económico.

La capitalización puede ser vista como una herramienta muy útil, de la cual, la sociedad puede hacer uso para incrementar su capital, ya sea mediante el aumento del capital suscrito y si es necesario por medio del aumento del capital autorizado, o mediante el uso de reservas y de utilidades, que constituyen las mayores formas de provisión de capital, pero no las únicas.

### **3.3.1. Mecanismos de Capitalización.**

De las diversas formas de capitalización que existen al interior de una sociedad se ha decidido hacer mención de las siguientes: de la capitalización mediante la suscripción y emisión de acciones; de la capitalización de la cuenta de superávit de capital por prima en colocación de acciones; de la capitalización mediante la conversión de bonos en acciones y la conversión de créditos; y de la capitalización tras la elusión del derecho de preferencia mediante una capitalización. Analizando el posible ejercicio abusivo que las mayorías pueden ejercer en el aumento de capital.

El Doctor Francisco Reyes explica que *“merece especial atención el asunto relativo a aquella capitalización de la sociedad que se cumple con el propósito de perjudicar a ciertos grupos de asociados. Esta operación, por desgracia, ampliamente difundida en la práctica societaria, debe analizarse a la luz de las normas vigentes y, en especial, de lo previsto en el artículo 830 del Código de Comercio, relativo a la indemnización de perjuicios originada en el abuso del derecho.*

*”La capitalización abusiva reviste diversas modalidades que dependen del momento en que se efectúa la oferta, las condiciones económicas de la sociedad, el precio de las acciones ofrecidas,*

*las relaciones entre diversos grupos de accionistas, el derecho de preferencia, así como de otros factores circunstanciales que suelen acompañarla*”<sup>79</sup>.

### **3.3.1.1. Del abuso en la suscripción de acciones.**

La suscripción de acciones, es el mecanismo natural de capitalizar las sociedades de capital, del cual puede hacer uso la sociedad mediante la emisión de acciones, en el cual, se hace una invitación a los socios o a terceros para que incrementen o adquieran un nuevo porcentaje accionario. Este proceso lo realiza la sociedad celebrando un contrato de suscripción de acciones.

El Código de Comercio se encarga de dar una definición, en su artículo 384 señala que: *“la suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente.*

*En el contrato de suscripción no podrá pactarse estipulación alguna que origine una disminución del capital suscrito o del pagado*”<sup>80</sup>.

El Doctor Néstor Humberto Martínez explica que *“la suscripción de acciones es un negocio jurídico por virtud del cual una sociedad por acciones ofrece partes alícuotas de su capital, representado en acciones, a los socios y a terceros, para aumentar el capital social, reconociéndoles a los suscriptores la calidad de accionistas o asociados y obligándose a emitirles el certificado representativo de las participaciones adquiridas. A su turno, por virtud del contrato de suscripción de acciones, el suscriptor adhiere el contrato de sociedad y se obliga a efectuar un aporte a la sociedad en los términos del reglamento que acepta*”<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup>Reyes Villamizar Francisco Hernando, Derecho Societario, Editorial Temis, 2006, Pág. 364.

<sup>80</sup> Código de Comercio Colombiano 1971, artículo 384.

<sup>81</sup>Martínez Neira Néstor Humberto, Cátedra de Derecho Contractual Societario Regulación Comercial y Bursátil de los Actos y Contratos Societarios, Editorial, Abeledo Perrot, 2010, Pág. 425.

Como se explicó, es una invitación que se hace a los asociados, cuando está de por medio el derecho de preferencia, o cuando no habiendo u obviándolo se le hace a terceros, para que participen en el ente societario.

El abuso de este mecanismo de capitalización, se puede presentar por varias vías; la primera es cuando se realiza el proceso de suscripción de acciones, sin tener en cuenta el derecho preferencial de los socios, ya sea cuando se obvia de manera flagrante la norma, o cuando la mayoría priva a los minoritarios del derecho de suscripción preferente mediante la renuncia a esta prerrogativa o por medio de la inclusión de una cláusula que suprima el derecho de preferencia, con el precio sobrevalorado en la prima de colocación y el caso en que el mecanismo de capitalización se realiza con el único y exclusivo fin de diluir el porcentaje de participación de algunos socios, mediante capitalización justificada pero con necesidades sobrevaloradas, contrariando el tan mencionado interés social.

#### **3.3.1.1.1. Derecho de preferencia y modalidades de abuso en la suscripción de acciones.**

La forma natural para convertirse en titular de una parte alícuota del capital de una sociedad anónima, es decir de una acción, es consecuencia de dos procesos específicos como lo son la emisión y colocación de acciones, o emisión primaria u originaria, y la segunda, como consecuencia en la transferencia de títulos ya emitidos a través de los medios corrientes previstos en el derecho nacional, es decir el mercado secundario, ejemplo de lo anterior, la negociación voluntaria de acciones. Por supuesto la regla general consiste en que las acciones son de libre negociación en el mercado, pero es mediante el derecho de preferencia por el que se estipula la primera opción de compra a la sociedad, a los accionistas o a los dos de manera conjunta.

El derecho de preferencia, es tal vez la forma de protección que mayor relevancia tiene en cuanto a la disolución de participación de los socios minoritarios en una colectividad de

asociados con carácter de capital, pero esto no quiere decir que sea infalible, pues se puede ver afectada de diversas formas con móviles contrarios al fin social, generando un abuso social.

La emisión y colocación de acciones por parte de las sociedades anónimas está sujeta al derecho de preferencia, el cual se traduce en la facultad que asiste a los actuales accionistas de adquirir, en proporción al porcentaje de participación que cada uno de ellos tenga en el capital social, con exclusión de extraños, las acciones que la sociedad mantiene en reserva, o las que resulten de un eventual aumento de capital autorizado como se anotó anteriormente.

De acuerdo con lo anterior, hay que diferenciar el derecho de preferencia en la enajenación y en la suscripción de acciones, que aunque tienen consecuencias idénticas, el derecho de preferencia de enajenación supone una cláusula accidental del contrato de sociedad, mientras que en la suscripción es un elemento natural.

En Colombia por regla general las acciones son libremente negociables, así como la suscripción de las mismas, sin embargo el Código de Comercio ha señalado excepciones a esa libre negociabilidad, por ejemplo en su artículo 403, consagra que: *“las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes:*

*”1. Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular;*

*”2. Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia;*

*”3. Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general, y*

*”4. Las acciones gravadas con prenda, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor.*

Así mismo, el artículo 407 señala que *“si las acciones fueren nominativas y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados y, si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes o, en su defecto, por el respectivo superintendente.*

*”Mientras la sociedad tenga inscritas sus acciones en bolsas de valores, se tendrá por no escrita la cláusula que consagre cualquier restricción a la libre negociabilidad de las acciones”<sup>82</sup>.*

De acuerdo con el Código de Comercio *“Los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones, una cantidad proporcional a las que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento. En éste se indicará el plazo para suscribir, que no será inferior a quince días contados desde la fecha de la oferta. Aprobado el reglamento por la superintendencia, dentro de los quince días siguientes, el representante legal de la sociedad ofrecerá las acciones por los medios de comunicación previstos en los estatutos para la convocatoria de la asamblea ordinaria.*

*”Por estipulación estatutaria o por voluntad de la asamblea, podrá decidirse que las acciones se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia, pero de esta facultad no se hará uso sin que ante la superintendencia se haya acreditado el cumplimiento del reglamento.”<sup>83</sup>,*

Una sociedad anónima determina en sus estatutos sociales, de manera expresa, que existirá derecho de preferencia en la suscripción de toda nueva emisión de acciones, siendo un derecho patrimonial propio de la naturaleza del contrato. De acuerdo con lo anterior, el abuso se daría mediante la facultad de la asamblea general de accionistas en ejercicio del numeral quinto del

---

<sup>82</sup> Código de Comercio Colombiano 1971, artículo 407.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

artículo 420 del Código de Comercio donde se tiene la opción de disponer, que determinada *“emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión por su puesto con el fin de disolver la participación minoritaria”*<sup>84</sup>, valiéndose de dicha norma para realizar un ejercicio abusivo del derecho. La segunda forma para prescindir de la cláusula de preferencia en la suscripción consistiría en abolir de manera directa la cláusula estatutaria en donde la asamblea deliberará con un número plural de socios que represente, por lo menos la mitad más una de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se pacte un quórum inferior. Lo que da a entender que no es necesaria una mayoría calificada para eliminar el derecho<sup>85</sup> y así poder realizar un ejercicio abusivo que se aparte del interés social.

Lo anterior demuestra la sutileza de la figura del abuso del derecho, pues a pesar que las acciones para eliminar el derecho de preferencia son, en la sociedad, que se celebre un contrato de suscripción de acciones obviando de plano el derecho de preferencia de los accionistas, porque a pesar que incurriremos en abuso del derecho, faltará a uno de los deberes que se le ha asignado a la asamblea o junta de socios. Deber consistente en *“adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad”*<sup>86</sup>.

Cuando se realice este proceso de suscripción de acciones y no se tenga en cuenta el derecho de preferencia de los socios establecido estatutariamente, la asamblea o junta de socios violará el interés social, y el de los socios que se vean perjudicados por dicha determinación que comporta un elemento natural del contrato social. Por lo tanto es importante anotar que: *“es posible que una sociedad coloque sus acciones sin sujeción al derecho de preferencia de que trata el art. 388 del Código de Comercio. Frente a esta hipótesis, algunos autores y algunas leyes, como la*

---

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> Reyes Villamizar Francisco Hernando, Derecho Societario, Editorial Temis, 2006.pag 350-352

<sup>86</sup> Código de Comercio Colombiano 1971, artículo 420.



*Argentina (art.95), han concluido que lo procedente es obtener la indemnización del perjuicio causado a los socios, ante la imposibilidad de afectar derechos de terceros de buena fe.*

*”Pero ésa no debe ser la solución en derecho. En tal caso, el afectado o afectados pueden demandar el cumplimiento del interés social para que la sociedad o afectados pueden demandar el cumplimiento del contrato social para que la sociedad y sus órganos acaten el mandato del contrato social en punto a respetar el derecho de cada asociado a conservar el status quo respecto de cualquier nueva colocación de acciones”<sup>87</sup>.*

Se habla de posibilidad de encontrar diversas soluciones cuando se presente un abuso del derecho para estos casos, el primero es buscar una indemnización que a nuestro parecer podría resultar injusta para el socio afectado o la segunda solución obligar a la sociedad a actuar única y exclusivamente atendiendo a los fines para los cuales fue creada, es decir, siguiendo el interés social.

Otro de los casos que se han planteado, se presenta cuando la asamblea o junta de socios, aprueba la emisión de acciones o de bonos convertibles en acciones, esto con el fin de atraer capital. El abuso de la mayoría se origina cuando la destinación que se le va a dar al capital, es contraria al interés social o simplemente no se le da ningún uso, como ejemplo el capital que han adquirido producto de la venta de las acciones, es utilizado para satisfacer intereses personales de los socios mayoritarios, como la compra de carros lujosos, medios de transporte aéreo y en general bienes que son inocuos, onerosos, congruos y no terminan reportando interés económico. También se puede dar el caso opuesto, en que no se haga uso del dinero, que el capital aportado simplemente quede depositado en una cuenta, sin realizar esa destinación específica, por la cual se ha originado el contrato de suscripción de acciones.

---

<sup>87</sup>Martínez Neira Néstor Humberto, Cátedra de Derecho Contractual Societario Regulación Comercial y Bursátil de los Actos y Contratos Societarios, Editorial, Abeledo Perrot, 2010, Pág. 463.

En conclusión y como lo acota el profesor Martínez, *“no cabe duda de que la asamblea, con el voto de mayoría requerido en la ley o en los estatutos, puede hacer dejación del derecho de preferencia respecto de una determinada colocación de acciones, impidiendo que los socios actuales ejerzan el derecho a suscribir una proporción de la nueva emisión, pero tal decisión debe estar inspirada en el interés social, como sucede, por ejemplo, cuando se trata de incorporar a la propiedad de la compañía un socio estratégico para el desarrollo de la empresa. Siempre debe tratarse de un interés “concreto y específico” cuya licitud o concordancia con el interés social ha de juzgarse para sociedad en la “coyuntura temporal y económica por la que atraviesa”.*

*”Pero, como ocurre frecuentemente, cuando la decisión se funda en el interés de la mayoría de que el suscriptor sea una persona vinculada a la mayoría, para diluir a los demás accionistas, en detrimento de sus intereses, se estará en presencia de una conducta abusiva, proscrita por el legislador.*

*”En síntesis, la renuncia al derecho de preferencia puede efectuarse en concreto, esto es, en favor de ciertas personas ajena a la sociedad e, inclusive, socios actuales, siempre y cuando la decisión tenga carácter general y beneficio para el interés de todos los socios y de la propia empresa, ya que puede ocurrir que quienes votan la renuncia lo hagan sólo en su mezquino favor”<sup>88</sup>.*

Hay que decir que no hay abuso del derecho por la simple revocación del derecho de preferencia por parte de la mayoría calificada, pues si se hace en busca y de acuerdo con la consecución de los fines y el interés social, sería una medida social económica y política, pero si busca beneficiar el interés particular de la mayoría, si perjudica a los socios minoritarios o si se disuelve su

---

<sup>88</sup>Martínez Neira Néstor Humberto, Cátedra de Derecho Contractual Societario Regulación Comercial y Bursátil de los Actos y Contratos Societarios, Editorial, Abeledo Perrot, 2010, Pág. 418.

participación, daría lugar a la indemnización por abuso del derecho, simplemente por el hecho de que la decisión ha sido adoptada sin consultar el interés social.

### **3.3.1.1.2. De la capitalización abusando del precio de las acciones en la colocación y emisión.**

Otra forma en la que se genera un abuso del derecho y se relaciona directamente con la suscripción de acciones, pero que tiene más relación con el precio de las acciones ofrecidas que con el orden en que son ofrecidas, es la prima en la colocación y enajenación de acciones *“pues la inclusión de una prima en colocación excesiva puede hacer demasiado onerosa la suscripción para los asociados de menor capacidad económica”*<sup>89</sup>.

Para entender mejor esta modalidad abusiva es necesario hacer un acercamiento a los conceptos de capital y patrimonio, tal como lo referencia el profesor Reyes Villamizar, ya que denotan por situaciones económicas diferentes, dado que el patrimonio es una realidad que muestra la dinámica económica social y su situación en los mercados, mientras que el capital es el aporte hecho por los socios, por supuesto con su respectiva tri-división que refleja un concepto estático y una cuenta en el patrimonio de manera contable<sup>90</sup>.

Es la diferenciación entre el valor nominal y el valor intrínseco del capital el que explicaría el abuso por exceso en la prima de colocación. El valor nominal se refiere a la cifra estatutaria fijada en el momento de constituir la sociedad, y que corresponde a una división voluntaria de los aportes hechos al fondo social, mientras que el valor intrínseco corresponde a una valoración de las participaciones de capital, para lo cual se tiene además del valor patrimonial, en el caso de

---

<sup>89</sup> Reyes Villamizar Francisco Hernando, Derecho Societario, Editorial Temis, 2006.pag 365

<sup>90</sup> Reyes Villamizar Francisco Hernando, Derecho Societario, Editorial Temis, 2006.pag 321

las sociedades inscritas y con movimientos en mercado de valores, el libre juego de la oferta y demanda de las acciones<sup>91</sup>.

Simplificando lo anterior, se entiende que el valor nominal, resulta de dividir el monto del capital suscrito, entre el número de acciones en que se encuentra fraccionado, y el valor intrínseco que resulta de dividir el patrimonio neto de la compañía entre el número de acciones que están en circulación, dando como resultado de la diferencia entre uno y otro la prima en colocación de acciones<sup>92</sup>, que como se dijo anteriormente, si presume un valor muy elevado, genera una carga mayor para el socio minoritario, que por su calidad supone menor poder adquisitivo inclusive si hay un derecho de preferencia de por medio.

Inclusive, el doctor Reyes Villamizar asegura que *“así mismo la colocación de grandes cantidades de acciones, aún efectuadas a valor nominal, -si éste es inferior al intrínseco-, puede tener el doble efecto de imposibilitar la suscripción por parte de los más débiles y facilitar, a la vez, el aguamiento de las minorías a costos insignificantes para los socios mayoritarios”*<sup>93</sup> por supuesto es necesario mirar la finalidad subyacente de diluir la participación.

Ya se mencionó el abuso con una prima excesiva en la colocación de acciones, como también la suscripción a precio nominal de grandes cantidades de acciones, pero el doctor Néstor Humberto Martínez hace referencia a un tema concerniente a la colocación de acciones en donde hay una apropiación abusiva del superávit por efecto del sobreprecio en donde no se es tomada por todos los socios y se obvia la prima en colocación a nivel contable, explicando que *“el Código de Comercio permite que las acciones de toda sociedad anónima se coloquen, como mínimo, a su valor nominal. Se habla de una colocación a la par.*

---

<sup>91</sup> Ibidem,

<sup>92</sup> Ibidem, Pág. 397

<sup>93</sup> Reyes Villamizar Francisco Hernando, Derecho Societario, Editorial Temis, 2006.pag 365

*”Pero esto no significa que pueda considerarse legítima, frente al derecho, cualquier colocación de acciones que se efectúe por su valor nominal. En principio, cuando el aumento de capital se justifica financieramente y es razonablemente previsible que todos sus accionistas hagan uso del de su derecho preferencial, puede decirse que la suscripción de acciones a la par, esto es, sin “prima de colocación”, no puede ser objeto de glosa o reparo alguno...”*

*”Cosa distinta ocurre cuando es previsible que la colocación de acciones no será tomada por todos los socios y los accionistas-administradores aprueban, a sabiendas, el reglamento de emisión y colocación de acciones a valor nominal; es decir, cuando no es “real y sería” la oferta de las nuevas acciones a todos los socios, para seguir el concepto de la jurisprudencia arbitral ya citada.*

*”Porque, en este caso, injustificadamente, la mayoría estará causando un daño a los no suscriptores, consistente en apropiarse contable y económicamente de parte del superávit patrimonial de la empresa, acumulando a lo largo del tiempo, sin pagar el sobreprecio correspondiente a los que se denomina “prima en colocación””<sup>94</sup>.*

### **3.3.1.1.3. Abuso del derecho en la capitalización de la cuenta de superávit del capital por prima en colocación de acciones.**

Para entender la forma de abuso que se explica anteriormente en materia de prima en colocación de acciones, es necesario hacer una tenue explicación a la forma en que se capitaliza la sociedad por medio de la cuenta de superávit de capital por prima en colocación de acciones. En primera instancia, cabe mencionar que no hay referencia normativa en el Código de Comercio, pero sí en las normas contables, dando a entender que su ubicación corresponde a la cuenta de superávit del capital, el cual comprende el valor de las cuentas que reflejan el incremento patrimonial

---

<sup>94</sup>Martínez Neira Néstor Humberto, Cátedra de Derecho Contractual Societario Regulación Comercial y Bursátil de los Actos y Contratos Societarios, Editorial, Abeledo Perrot, 2010, Pág. 421.

ocasionado por prima en colocación de acciones, cuyo valor se importa a la cuenta de capital suscrito mediante decisión aprobada por la asamblea general de accionistas<sup>95</sup>.

La manera en que se manifiesta el abuso de mayorías en ésta forma de capitalizar, son más sutiles, pues al hacer la transferencia de cuentas en el patrimonio supone un aumento proporcional a todos los asociados, que generalmente no es esperado. Pero la verdadera forma en que se abusa de los socios, es en los diferentes precios y cantidades en que se suscriben las acciones con el fin colindante de diluir a los socios minoritarios, materia ya expuesta en el capítulo del abuso por el precio en la prima de colocación de acciones.

#### **4. RELEVANCIA JURÍDICA DE LA FIGURA DEL ABUSO DEL DERECHO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS MINORITARIOS.**

##### **4.1. PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS MINORITARIOS Y EL BUEN ACTUAR DE LOS MAYORITARIOS.**

A lo largo de la elaboración de éste proyecto de grado y en una constante búsqueda de referentes jurisprudenciales que ayudaron a aclarar el panorama, de cómo la figura del abuso del derecho puede ser utilizada como mecanismo efectivo de protección de los socios minoritarios, se observa que es una institución que se encuentra en desuso, que lastimosamente dicha herramienta consagrada en el artículo 830 del Código de Comercio, en materia societaria no ha tenido el desarrollo esperado para el cual fue concebida. Simplemente los socios minoritarios desconocen sus derechos o renuncian a ellos por los problemas del acceso a la administración de justicia que tiene nuestro ordenamiento jurídico.

En el evento en que un socio minoritario, por ejemplo de una sociedad anónima, tome la decisión de capitalizarla por alguno de los mecanismos que se han mencionado, y se vea perjudicado por

---

<sup>95</sup> *Ibidem*, Pág.357-360

el ejercicio abusivo de los derechos mayoritarios, y quiera hacer uso de la figura del abuso del derecho, el socio minoritario se enfrentará al panorama que a continuación se explicará.

Si una persona quería hacer uso de la figura del abuso del derecho, para acceder a la administración de justicia, debería tener en cuenta que el camino al cual se enfrentaba, era el proceso ordinario, esto en virtud del antiguo artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, donde se consagraba que: “*se ventilará y decidirá en proceso ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial*”<sup>96</sup>. Es decir que, al socio no le quedará más remedio que enfrentarse a un proceso ordinario (con todas las implicaciones y demoras que un proceso de éste tipo acarrea) y donde solamente el demandante podrá solicitar la indemnización de perjuicios y sin derecho a otro tipo de pretensiones, como por ejemplo la nulidad del acto abusivo.

Con la reforma al Código de Procedimiento Civil, introducida por la Ley 1395 de 2010, se espera que el término de duración de los procesos que se surtan ante la administración de justicia, disminuyan considerablemente, por tal motivo dicha ley modifica el proceso ordinario, reemplazándolo por el proceso verbal, quedando ahora modificado el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, de la siguiente manera: “*se ventilará y decidirá en proceso verbal todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial*”<sup>97</sup>, se espera que estas modificaciones creen procesos expeditos que permitan una efectiva administración de justicia.

Aún, si estas reformas al Código de Procedimiento Civil, hacen que los procesos sean menos demorados, persiste el problema que se mencionaba acerca de que, para el régimen societario en general la figura del abuso del derecho, de la cual hay que hacer uso, es la consagrada en el

---

<sup>96</sup> Congreso de la República, Código de Procedimiento Civil.

<sup>97</sup> Congreso de la República, Ley 1395 de 2010.

Código de Comercio y en ella solamente se contempla la indemnización de perjuicios, que en la mayoría de los casos puede que no le sea de gran utilidad al socio minoritario.

El Doctor Francisco Reyes explica que *“la regulación contenida en el artículo 830 del Código de Comercio, ha resultado en general, insuficiente para resolver con conflictos del Derecho de Sociedades, debido a dos circunstancias específicas: (1) los conocidos problemas de la jurisdicción ordinaria y de los tribunales de arbitraje, cuya usual lentitud entorpece la aplicación de la teoría del abuso, en especial, por dificultades en la apreciación de las pruebas; y (2) la consideración según la cual el abuso del derecho tan solo da lugar a una indemnización de perjuicios de acuerdo al artículo 830”*<sup>98</sup>.

Por los problemas enunciados anteriormente, se considera que son razones de peso, del por qué, la figura del abuso del derecho prácticamente no ha sido utilizada de manera efectiva por los socios minoritarios, al menos en lo que respecta a la administración de justicia.

#### **4.2. EL ABUSO DEL DERECHO Y LA BUENA FE.**

Dentro de los problemas dogmáticos que han surgido en torno al abuso del derecho, existe uno vinculado con un principio base y fundamental de la totalidad de las relaciones tanto privadas como públicas, consistente en el ejercicio de los derechos con sujeción a la buena fe. La discusión se centra en si este principio, que ha sido un elemento estudiado, analizado y cuestionado desde tiempos remotos, es un concepto vital sin el cual la teoría del abuso del derecho no puede subsistir, o si por el contrario a pesar de ser conceptos que se relacionan de manera clara no son dependientes uno del otro. Por supuesto, es de vital importancia hacer un pequeño análisis del concepto de buena fe para entender la discusión de la mejor forma, es

---

<sup>98</sup> Reyes Villamizar, Francisco Hernando, SAS La Sociedad por Acciones Simplificada, Editorial Legis, Segunda Edición, Pág. 113.



necesario aclarar que aquí no se abordará de manera exhaustiva el tema, si no que se planteara de manera concreta las diferentes problemáticas que pueden surgir.

Independientemente si se mira el concepto por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma<sup>99</sup>, el concepto de buena fe siempre está presente y se manifiesta de manera general en que los hombres siempre deben actuar basado en esta premisa. Por supuesto el concepto de buena fe es por autonomía un concepto positivo, pero si se mira desde su opuesto, se entiende que se procede de mala fe cuando media una relación jurídica, que en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es regla general que la buena fe siempre se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse.

A pesar que la buena fe tiene varias acepciones, hay un convenio general de entenderlo como un principio general que no requiere consagración normativa, pero que se hace explícita en su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como regla para éstas entendiéndolo al administrado como el destinatario de una actividad de servicio público, consagración hecha en el marco constitucional.

Al ser un concepto universal de derecho, es importante reconocer la cantidad de situaciones en las que se acude a él y la diversidad de instituciones en que se aplica. El doctor Arturo Solarte hace mención a tres grupos de situaciones en que se ve manifestada la buena fe.

---

<sup>99</sup> La Buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. Arturo Solarte Rodríguez  
\*[http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/7solarteult..pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7solarteult..pdf)

*“En un primer grupo de textos la buena fe es considerada como la convicción que tiene una persona de que su comportamiento es regular y permitido, aunque en realidad el mismo es irregular y antijurídica.*

*”En un segundo grupo la buena fe se asocia con la confianza en la apariencia jurídica. El sujeto de derecho actúa con la convicción de que su contraparte en una determinada relación jurídica es el titular de un derecho que él aspira a incorporar en su patrimonio, pero en realidad tal apariencia no tiene correspondencia con un derecho subjetivo radicado en el patrimonio de aquél.*

*”En el tercer grupo de disposiciones que aluden a la buena fe, ésta “significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos”<sup>100</sup>.*

Al tener un poco más claro concepto, se dilucida la problemática, que existe en diferenciar la buena fe y el abuso del derecho y surgen preguntas como por ejemplo, ¿si abusar de un derecho implica necesariamente obviar el principio de buena fe?, ¿si se puede abusar de un derecho sin actuar de mala fe? o ¿si el abuso del derecho es el concepto reparador de la buena fe?

La respuesta a los anteriores cuestionamientos, depende también de la noción que se acoja de abuso de derecho. si se toma la noción aceptada generalmente consistente en una situación producida cuando el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda aparentemente con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del derecho,

---

<sup>100</sup> Solarte Rodríguez Arturo, La Buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta, [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/7solarteult..pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7solarteult..pdf)

entonces se evidencia que la buena fe es solo uno de los límites que al sobre pasarse, en el aparente ejercicio legítimo del derecho, causa un abuso y la correspondiente obligación a indemnizar.

De acuerdo con lo anterior es importante determinar qué:

Los conceptos de buena fe y de abuso del derecho, son conceptos totalmente diferenciables, pues mientras que la buena fe es un concepto general que aplica a diferentes ámbitos de la vida y de las relaciones humanas trasladadas al derecho, el abuso del derecho se relaciona al aparente ejercicio legal de un derecho, y se relaciona más con los móviles y los fines de los mismos.

Aunque son conceptos diferentes, están íntimamente ligados, debido a que la buena fe debe estar presente en todas las actuaciones y relaciones jurídicas.

Que se constituyan como conceptos ligados, no quiere decir que sean necesariamente dependientes, pues el abuso del derecho, supone otros factores como la moral, las costumbres, como también conceptos más abstractos como el espíritu de los derechos, sus fines y sus móviles.

La importancia del daño, es un elemento vital y constitutivo del abuso del derecho, a diferencia de la buena fe, puesto que se puede actuar con lealtad y generar un daño, o actuar de mala fe y no producirse daño alguno.

Lo anterior demuestra la complejidad de la discusión y la cantidad de posturas que se pueden llegar a tener al respecto, y de las cuales ninguna es absoluta.

#### **4.3. EL FALLO DEL JUEZ EN EL ACTUAR ABUSIVO.**

Las decisiones judiciales, especialmente lo relativo a la discrecionalidad de los jueces y a la ponderación de derechos, hechos y situaciones, se ha convertido en objeto de estudio a lo largo de las últimas décadas por los diferentes doctrinantes en los diversos sistemas jurídicos, su

relevancia, es consecuencia de los cambios que pueden sufrir los sujetos de derechos por determinada interpretación, o por el campo discrecional que se les ha otorgado a la hora de fallar y que pueden llegar a afectar permanentemente las situaciones jurídicas de las personas en contextos similares<sup>101</sup>.

Dentro de las discusiones dogmáticas, cabe destacar la confrontación jurídica entre L.A Hart y Ronald Dworkin que aunque no viene al caso profundizar de manera exhaustiva en ella, es importante analizar la forma en que el juez al encontrarse frente a contenciones que envuelven decisiones abusivas por parte de los socios mayoritarios y específicamente en las decisiones de capitalización, determina y pondera diversos hechos y derechos, con base en unos elementos normativos, doctrinales y jurisprudenciales, por supuesto teniendo en cuenta la proporcionalidad de las situaciones y la razonabilidad de las normas en conflicto<sup>102</sup>.

Teniendo como punto de partida los elementos que brinda Hart, para quien la discrecionalidad jurisdiccional se evidencia en el momento en que los jueces se encuentran frente a una regla aplicable pero imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada<sup>103</sup>, y en contraposición, la teoría de Dworkin que niega rotundamente la discrecionalidad judicial o cualquier poder excepcional en la creación de normas jurídicas, sostenido que tanto para los llamados casos difíciles, los jueces deben aplicar los principios vigentes en el ordenamiento jurídico, se puede concluir y extrapolar para el caso concreto, que independientemente de la tesis adoptada es evidente<sup>104</sup>, que las normas generales en cuanto abuso del derecho son vagas y generales y que no suponen la mejor de las herramientas a la hora de fallar. Independientemente si se esté de acuerdo en la creación del derecho o en la necesidad

---

<sup>101</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-729 de 2002.

<sup>102</sup> <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2229010>

<sup>103</sup> [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/derecho\\_constitucional/articulos\\_opinion\\_analisis\\_eldebatedehartdworkin.htm](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/derecho_constitucional/articulos_opinion_analisis_eldebatedehartdworkin.htm)

<sup>104</sup> *Ibíd.*

de aplicar conceptos vigentes independiente del estatus de los mismos por parte de los jueces, estos se valen de unos elementos y unos factores que se pueden observar en las providencias emitidas en el tema abordado a lo largo del documento tanto en las providencias de la jurisprudencia ordinaria como de la arbitral, y que no difieren de manera sustancial entre cada una de ellas, todo lo contrario, se han mantenido en una misma línea. Por lo tanto, a continuación se pretende determinar los factores que tienen en cuenta los jueces a la hora de fallar y tomando los elementos de razonabilidad y proporcionalidad, que aunque son más utilizados en materia de derechos fundamentales se pueden aplicar a este tipo de temas.

*“El test de razonabilidad es una guía metodológica para dar a la pregunta de: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual en una misma situación? Que al analizarlo de manera profunda y mirado desde la óptica contraria se puede entender en ¿Cuáles son los criterios para fallar de un mismo modo ante situaciones similares? La Corte, en la sentencia T-230/94, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad que aplicados al tema concreto; consisten en:*

- a. La existencia de un objetivo perseguido.*
- b. La validez de ese objetivo a la luz de las normas jurídicas.*
- c. La razonabilidad del trato, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido”<sup>105</sup>.*

*“Entendiendo el concepto de proporcionalidad, como el punto fundamental para la ponderación entre normas y principios: cuando dos principios o normas entran en colisión, la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.*

---

<sup>105</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 230 de 1994.

*”El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”<sup>106</sup>.*

Teniendo en cuenta lo anterior se puede establecer que:

“a) La existencia del objetivo perseguido es: que, quienquiera que apruebe una determinación de capitalizar la sociedad, con el propósito subyacente de diluir la participación en el capital de socios minoritarios y de establecer una recomposición de la participación de los socios mayoritarios, obviando el fin social por el subsecuente interés particular, abusa del derecho y debe indemnizar”<sup>107</sup>.

“b) *La validez de ese objetivo a la luz de las normas jurídicas. Se entiende que el objetivo se valida a través de la norma general, el artículo 830 del Código de Comercio*”<sup>108</sup> que decreta que quien abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause y las normas específicas, citadas en el capítulo 2.2 del presente trabajo.

En cuanto a la ponderación se puede determinar qué:

*“La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido:*

*Este punto sugiere que el juez a la hora de fallar determinara si la estipulación del 830 es la más idónea para el caso concreto y si otras acciones como la de nulidad del negocio jurídico de*

---

<sup>106</sup> *Ibíd.*

<sup>107</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 022 de 1996.

<sup>108</sup> *Ibíd.*

*emisión y colocación de acciones, por efecto de causa ilícita puede ser utilizada*”<sup>109</sup>, o en caso de tratarse de sociedades de responsabilidad limitada o comanditaria simple, se puede aplicar la sanción de inoponibilidad contenida en el artículo 18 del Código de Comercio o si es posible la aplicación de otro tipo de acciones que puedan resolver el tema de manera más adecuada y expedita.

Por supuesto, examinando los referentes jurisprudenciales emitidos hasta hora, el juez mira si las decisiones van encaminadas a diluir a los socios minoritarios, pues como se ha repetido a lo largo del trabajo, las mayorías son para ejercerlas y ellas deben determinar la directriz de la compañía. El desarrollo del objeto social no puede quedar supeditado a la voluntad unánime de los socios puesto que, precisamente, la disimilitud de opiniones sobre la marcha de la sociedad, permite que en un debate amplio y leal se determine su rumbo, en beneficio de la sociedad y por ende de todos sus socios.

Es decir, que el choque de normas a la cual se ven avocados los jueces consiste, en que las decisiones sociales a pesar que no sean del agrado de los socios minoritarios se ajusten a derecho y a los mecanismos legales establecidos como las convocatorias, los quórum, las mayorías y super-mayorías decisorias, la vigilancia de los órganos de control, las mayorías, y los derechos específicos como el derecho de preferencia y sobre todo que no se obvie de manera flagrante los fines sociales por unos fines particulares: esto se puede observar a través de tres factores preponderante que se han recogido de la jurisprudencia:

1. Inobservancia de la función socioeconómica del derecho. Es decir, el no ejercicio del derecho conforme a sus fines propios, su razón y sus fines mediante anomalías ilegítimas e injustas que

---

<sup>109</sup> *Ibíd.*

se separen de los fines intrínsecos del derecho por fines propios las cuales generaran obligación de indemnizar.<sup>110</sup>.

2. La culpa o el dolo en el ejercicio del derecho, que de acuerdo con la Corte, ni la culpa grave como el dolo constituyen un requisito sine qua non, o requisito indispensable de la configuración de abuso del derecho. *“El abuso del derecho no requiere dolo o culpa del agente; “...basta con que exista la desviación del derecho...”<sup>111</sup>.*

3. La intencionalidad de causar daño, es decir que un derecho puede ser ejercido dentro de los límites de su propia extensión objetiva pero que se haga uso de él con una finalidad antijurídica consistente en lesionar el patrimonio de otro. Diferenciando el dolo y la culpa de una conducta, con la intención antijurídica en el ejercicio del derecho, antijuridicidad traducida en la omisión de los fines, móviles oscuros y conciencia en la anormalidad de la conducta, es decir la diferencia dogmática entre el punto uno y el punto tres.

4. La aplicación indistinta en materia contractual y extracontractual. *“tratándose en el caso de autos de relaciones contractuales regidas por la legislación mercantil, el artículo 830 del Código del ramo tiene plena aplicación, y en la medida en que dicho precepto no distingue, el abuso del derecho y sus consecuencias resarcitorias no solamente tienen cabida en el terreno de la responsabilidad extracontractual<sup>112</sup>”.*

Siendo así elementos que pueden ser de gran ayuda para el juez al momento de tomar decisión en materia de abuso del derecho.

#### **4.4. LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADA Y SU INNOVACIÓN EN EL ABUSO DEL DERECHO.**

---

<sup>110</sup> Cátedra de Derecho Contractual Societario Regulación Comercial y Bursátil de los Actos y Contratos Societarios, Néstor Humberto Martínez Neira, AbeledoPerrot, 2010. Pág. 396-402

<sup>111</sup> Ibídem.

<sup>112</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia 125 Expediente- 3972. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Santa Fe de Bogotá, D.C. diecinueve (19) de Octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).



Para los socios minoritarios que hagan parte de una sociedad por acciones simplificada, el panorama es más alentador, a diferencia del anteriormente expuesto para el régimen societario en general.

La Ley 1258 de 2008 introdujo una figura del abuso del derecho actualizada, pensada exclusivamente en lo que respecta para el uso del Derecho Societario, en materia de sociedades por acciones simplificada.

El artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 consagra que *“los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.*

*”La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario”<sup>113</sup>.*

De la lectura del anterior artículo se concluye que el aporte que realiza dicha ley al tema del abuso del derecho en el campo societario es el siguiente:

1. Consagra en una norma el deber de todos los socios de ejercer el derecho de voto teniendo en cuenta el interés social, ellos no deben votar pensando en su propio beneficio,

---

<sup>113</sup> Congreso de la República, Ley 1258 de 2008.

sino que, deben hacer un discernimiento que les permita saber cuál será la mejor decisión para la sociedad.

2. Cuando el socio no ejerza el voto consultando el interés social, incurrirá en abuso del derecho.
3. El voto ejercido abusivamente, tendrá como consecuencia, la indemnización de perjuicios a la que hubiere lugar.
4. La Superintendencia de Sociedades podrá declarar la nulidad de la decisión adoptada en la asamblea de accionistas<sup>114</sup>.
5. Contempla el abuso de las mayorías, minorías y de paridad.

*“La Ley 1258 de 2008 al consagrar el abuso del derecho en el ejercicio del derecho del voto en las asambleas generales de accionistas de las sociedades por acciones simplificada, define no solo las conductas que pueden dar lugar al mismo, sino que también prevé las posibilidad de que con fundamento en la misma disposición legal, se pueda obtener tanto la indemnización de perjuicios que ocasione el ejercicio abusivo del derecho de voto, como la nulidad absoluta del acto a través del cual se haya dado dicho ejercicio que en el caso objeto de la regulación lo sería la decisión de la asamblea adoptada en tal circunstancia.*

*”Por lo tanto, la propia ley establece las conductas que pueden configurar abuso del derecho en los casos del ejercicio del derecho de voto por parte de un accionista, para lo cual parte de la consagración de un principio esencial que los accionistas habrán de observar al ejercer su derecho autónomo de voto, cual es el interés general de la compañía, por ende, cuando se vote*

---

<sup>114</sup> Ley 1258 de 2008, artículo 43.

*una decisión particular que desconozca dicho principio, podrá generarse el abuso del derecho que la norma regula”<sup>115</sup>.*

Como se observa, los cambios que introduce la ley en mención son muy importantes y es evidente que de aquí en adelante los socios minoritarios cuentan con más herramientas que les permitan defenderse del ejercicio abusivo del voto de las mayorías.

#### **4.5. TENDENCIAS FUTURAS.**

La figura del abuso del derecho es una herramienta muy valiosa, a la cual no se le ha dado el uso que merece, sin embargo, este panorama parece cambiar en materia societaria, esto debido a que la Ley 1258 de 2008 ha dado un paso muy importante para enriquecer la figura del abuso del derecho.

Respecto del régimen societario en general, contemplado en el Código de Comercio, es evidente que es necesaria una reforma de fondo, donde se modifiquen materias que son arcaicas, que en muchas ocasiones vuelven obsoleto al Derecho Societario, si bien en materia de sociedades por acciones simplificada, contempla su propio régimen en materia de abuso del derecho, es menester preguntarse, ¿cuál será la suerte de aquí en adelante?, por ejemplo, para las sociedades anónimas ya sean cerradas o abiertas o que tengan o no altos índices de cotización en bolsa, esto teniendo en cuenta que las compañías más importantes en la actualidad en Colombia están constituidas bajo este tipo societario y no es concebible que la figura del abuso del derecho sea la contemplada en el Código de Comercio, que como ya se explicó, es insuficiente.

El camino que, de aquí en adelante le queda a la figura del abuso del derecho en materia societaria no es fácil, por eso es importante, que se genere más cultura acerca de éste tópico crucial, y que los socios conozcan los deberes y derechos que ésta figura demanda.

---

<sup>115</sup>Reyes Villamizar, Francisco Hernando, SAS La Sociedad por Acciones Simplificada, Editorial Legis, Segunda Edición, Págs. 122-123.

Que sea una figura que ayude a generar más conciencia respecto de la forma en que muchas ocasiones los asociados votan de manera irresponsable, sin consultar el interés social.

## 5. CONCLUSIONES

Para obtener conclusiones significativas del trabajo realizado, es menester detenerse en el entendimiento sencillo, tanto del concepto abstracto y primigenio del abuso del derecho, como del concepto concreto y relativo al tema tratado en la monografía jurídica.

Josserand, se refiere al concepto general del abuso del derecho, como los actos que por sus móviles y por sus fines, van en contra de la función del derecho mismo y que se ejercen obviando su espíritu y su finalidad, apartándolo de su misión social, que conlleva a la comisión de una falta del derecho accionado<sup>116</sup>. De otro lado, del concepto relativo a la capitalización abusiva por parte de mayorías, es decir, el concepto concreto, se deduce que, quienquiera que apruebe una determinación de capitalizar la sociedad, con el propósito subyacente de diluir la participación en el capital de socios minoritarios y de establecer una recomposición de la participación de los socios mayoritarios, obviando el fin social por el subsecuente interés particular, abusa del derecho.

1. Teniendo en cuenta, tanto el concepto abstracto como anteriormente mencionados, se colige lo particular y sui generis de la figura del abuso derecho, debido a que implica actuaciones aparentemente legales, pero que se inmiscuye en terrenos de mayor abstracción, al involucrar conductas adyacentes que lesionan tanto el interés social como los intereses de los socios minoritarios y su relación con el interés mismo de la sociedad. Es por esto, que además de la atipicidad de la conducta en su forma, es anormal también la generalidad en que normativamente se erige en el ordenamiento jurídico interno la figura, pues su mayor manifestación legislativa es

---

<sup>116</sup> Josserand Louis, *Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, Pág. 5.

el artículo 830 Código de Comercio que supone un entendimiento inmensamente amplio, a diferencia de lo establecido en el ordenamiento interno extranjero y de la nueva normatividad relativa a las sociedades por acciones implicadas del 2008.

2. Se observa que el desarrollo de la figura del abuso del derecho especialmente en el ámbito societaria, se ha desplegado de manera general en materia normativa, que los organismos de vigilancia como las superintendencias, específicamente las superintendencias de sociedades, han venido desarrollando el tema mediante conceptos y circulares, que la jurisprudencia, aunque ha puesto atención al tema desde la década del treinta del siglo pasado, son pocas las sentencias que ha proferido con respecto a la materia objeto de estudio, pero que a pesar de la insipiente en cuanto a cantidad y profundidad han dado bases fundamentales para el desarrollo de la cuestión jurídica.

De la falta de jurisprudencia se concluye que la figura no es convocada en los procesos judiciales. Esto debido en gran medida a la atipicidad estructural de la figura, a la utilización de otros mecanismos jurídicos para resolver contenciones similares, a la problemática probatoria que presume demostrar una situación de este tipo y la experticia jurídica que supone el conocimiento del tema, lo que generado un interesante desarrollo en materia arbitral, desencadenado puntos profundos y de gran relevancia en materia de abuso social por mayorías, pleitos que además de discutir cuantiosas sumas dinerarias, discuten controversias con gran complejidad jurídica.

Conforme a esto, es la doctrina la que se ha encargado de desarrollar de manera eficiente el tema, ya sea analizando y trasplantado sabiduría y normatividad del derecho comparado, o examiando las situaciones que se dan en el derecho interno, mereciendo una especial mención los doctores

Francisco Reyes Villamizar y Néstor Humberto Martínez, quienes dedican importantes acápites al abuso del derecho en materia societaria y de las formas de capitalización.

3. A pesar que las sociedades abiertas cuentan con mecanismos para proteger el interés social, sobre los intereses particulares de las mayorías y las trabas que pueden ejercer las minorías para entorpecer el desarrollo natural de la sociedad, tales como las convocatorias, los quórum, las mayorías y super-mayorías decisorias, y la vigilancia de los órganos de control, las mayorías pueden actuar conforme a la ley sin violar ninguna de estas medidas democráticas en materia, lo que vuelve tan interesante la figura del abuso del derecho, puesto que se puede indemnizar actuaciones, en donde su nocividad se ve reflejada no tanto en ilicitudes evidentes, sino en la desestimación de los fines y espíritu del derecho ejercido. El problema que surge, consiste en que en primera instancia es innegable, que cuando hay una capitalización en donde se pretende diluir la participación de las minorías, hay un abuso del derecho, lo que no es tan claro, es si la consagración del artículo 830, es decir, la aplicación de la indemnización a los daños causados por efecto del abuso del derecho, es la figura adecuada, en la medida que para que se configure la misma debe haber un daño que debe ser reparado poniendo al agravado en la situación que se encontraba antes de ocurrida la disminución, es decir una figura más resarcitoria y reparadora que previsiva y anticipativa.

Lo anterior quiere decir, tal como lo afirma el doctor Reyes *“que no se puedan intentar otras acciones tal como la de nulidad del negocio jurídico de emisión y colocación de acciones, por adolecer de causa ilícita (C.C., art 1741. Así mismo, si se tratare de sociedades de responsabilidad limitada o comanditaria simple, donde la determinación de capitalizar la compañía le compete al máximo órgano social, podría también considerarse la posibilidad de*

*aplicar la sanción de inoponibilidad contenida en el artículo 18 del Código de Comercio*<sup>117</sup>.

Siendo factible la utilización de otro tipo de acciones como las relativas a la responsabilidad de los administradores cuando la decisión es tomada por la junta directiva. Por supuesto la utilización de las acciones anteriormente mencionadas, puede darse de manera concomitante, pues a pesar de que cada acción tiene una naturaleza diferente, todas tienen la capacidad de evitar y resarcir la actuación abusiva de la sociedad, por lo que se debe tener en cuenta y analizar cuál será la más efectiva y eficiente para cada caso concreto<sup>118</sup>.

4. Como se ha visto a lo largo del trabajo, la forma más evidente en que se manifiesta el abuso del derecho en materia societaria, es la capitalización de la sociedad con el propósito de diluir la participación de los socios minoritarios.

Del socio minoritario, por su calidad intrínseca, se presume que su patrimonio es reducido, por lo que su permanencia en la sociedad está sujeta a la rentabilidad inmediata que le puede llegar a reportar, por lo cual, si no tiene un flujo continuo de ganancia se ve perjudicado de manera más gravosa que al socio mayoritario, que por su naturaleza y la cantidad de recursos aportados no le resulta un problema la no repartición de utilidades o la capitalización de la sociedad, pues seguramente le representaría un mayor ingreso a futuro. Es por esta razón que el socio minoritario puede ser presionado o forzado de una manera tan simple por la misma naturaleza de la situación en que se encuentra.

Otro punto interesante referente al análisis de la minoría, es la proporción en que está constituida en referencia a la mayoría, pues no es lo mismo un bloque mayoritario que aglutine solo un poco más de 50% de los accionistas a un bloque mayoritario que constituya un porcentaje mayor al necesario para votar favorablemente decisiones que impliquen mayorías calificadas. Con lo cual

---

<sup>117</sup> *Ibíd*em, Pág. 367-368.

<sup>118</sup> *Ibíd*em, Pág. 367-368.

se puede inferir, que depende de la proporción en que están constituidos los bloques societarios, también dependerá la injerencia que pueden llegar a tener unos y otros y como se pueden violar mecanismos tales como las super-mayorías, tal es el caso de la abolición del de derecho de preferencia en la suscripción de acciones.

5. Dentro de las diferentes formas de capitalización, ya sea la capitalización por suscripción de acciones, de créditos y la capitalización de la cuenta de superávit de capital por prima en colocación de acciones, cada una tiene una regulación y una realidad contable, económica, jurídica diferente, lo que evidencia que en cada una de ellas se puede presentar un ejercicio abusivo del derecho, ya sea en la aprobación de las decisiones, en la oferta, en la aceptación, en el precio y en muchas otras situaciones. Teniendo en cuenta que la forma normal de aumentar el capital es la emisión de acciones, la figura jurídica natural por la cual se pretende evitar el abuso del derecho mediante la disolución de la participación de los socios minoritarios, es el derecho de preferencia, determinando la proporcionalidad de la nueva emisión a todos los socios, pero lo que resulta atrayente, es el hecho que si la sociedad decide que la emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes. Pero si se quiere eludir el derecho de preferencia de manera directa de la cláusula estatutaria es necesario por lo menos, la mitad más una de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se pacte un quórum inferior, dando lugar a una evasión de la estipulación hecha el artículo 420 del Código de Comercio, que establece una mayoría calificada, lo que constituye una paradoja y la existencia de un abuso, sin necesidad de una gran mayoría controladora.

6. Un punto fundamental que tiene un cierto grado de complejidad y fue objeto de análisis, es la prima en colocación de acciones, debido a que dependiendo del precio y la cantidad de acciones



emitidas puede constituirse en un abuso jurídico manifestado en diversas formas, la primera por motivo de la prima excesiva en la colocación de acciones, la segunda, por la suscripción a precio nominal, pero con una vasta emisión de acciones, y un tercer supuesto, en donde hay una apropiación abusiva del superávit por efecto del sobreprecio de las acciones la cual no es tomada por todos los socios, obviándose el crecimiento a un nivel contable. Todas las situaciones anteriores dan lugar a que los socios minoritarios puedan verse afectados a nivel patrimonial, desconociendo el interés social por el interés particular mayoritario.

7. El poco uso que se le ha dado en el campo jurisdiccional a los actos abusivos en materia indemnizatoria, tendrá una nueva perspectiva con La ley 1395 de 12 de julio de 2010, referente a medidas dirigidas a la descongestión de despachos judiciales, la cual introdujo serias modificaciones al Código de Procedimiento Civil. Son dos las reformas específicas y atinentes a la eliminación del proceso ordinario y la necesidad de términos perentorios en los trámites. La reforma elimina el proceso ordinario y abreviado al decretar que *“Se ventilará y decidirá en proceso verbal todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial”*<sup>119</sup>, *“Los asuntos de mayor y menor cuantía y los que no versen sobre derechos patrimoniales, se sujetarán al procedimiento del proceso verbal de mayor y menor cuantía. Los asuntos de mínima cuantía se decidirán por el trámite del proceso verbal sumario, el cual se tramitará en forma oral y en una sola audiencia”*<sup>120</sup>. Lo anterior, sumado al hecho que los términos son ahora efectivamente perentorios, da lugar a que los procesos sean sustancialmente más cortos y efectivos, y que no caigan en casos satíricos, en donde un proceso terminaba durando más que el término estipulado en los estatutos de la sociedad. Pero a pesar del cambio que se logra con la ley, sería interesante asimilar lo expuesto en la Ley 1258 de 2008 a los otros tipos societarios, en

---

<sup>119</sup> Ley 1395 de 2010, artículo 396.

<sup>120</sup> *Ibíd.*

donde la acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva por el abuso de los derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, en un trámite que se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.

8. Tras el análisis hecho en materia arbitral y en materia jurisprudencial de manera comparativa, tratando de buscar las formas y los factores fundamentales que tanto los árbitros como los jueces utilizan a la hora de resolver las controversias del abuso societario, es evidente que en las pocas ocasiones en que han tenido que hacerlo, actúan de manera similar y ayudados unos de los otros, es decir, que los tribunales de arbitramento fundamentan sus decisiones en la jurisprudencia emitida por la justicia ordinaria y a su vez la justicia ordinaria toma conceptos de los tribunales de arbitramento que se caracterizan por su carácter científico y doctrinal, permitiendo una relación simbiótica entre ambos, lo que a final de cuentas no genera una verdadera diferenciación práctica a la hora de juzgar.

## BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil Colombiano.
- Código de Comercio Colombiano 1971.
- Congreso de la República, Código de Procedimiento Civil.
- Congreso de la República, Ley 1258 de 2008.
- Congreso de la República, Ley 1395 de 2010.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Corte Constitucional. Sentencia No. C-556/92. Expediente RE-006. Magistrado Ponente: D.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Santafé de Bogotá, D.C. quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).
- Corte Constitucional. Sentencia C-815/01. Expediente- D- 3367. Magistrado Ponente: Dr.: Rodrigo Escobar Gil. Santafé de Bogotá, D.C. dos (2) de agosto de dos mil uno (2001).
- Corte Constitucional. Sentencia T-375/97. Expediente-T-130126a. Magistrado ponente: Dr.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Santafé de Bogotá, D.C. catorce (14) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997).
- Corte Constitucional. Sentencia T-172/99 Expediente T-187147. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, D.C. diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).
- Corte Constitucional. Sentencia T-790/10. Expediente-T-2'418.581Magistrado ponente: Dr.: Jorge Ignacio PreteltChaljub. Santafé de Bogotá, D.C.primer (1) de octubre de dos mil diez (2010).

- Corte Suprema de Justicia, 21 de febrero de 1938 Magistrado Ponente Dr. Arturo Tapias Pilonieta.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 125 Expediente- 3972. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Santa Fe de Bogotá, D.C. diecinueve (19) de Octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Expediente -4701. Magistrado ponente: Dr. Pedro Lafont Pianetta. Santafé de Bogotá, D.C. treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia 123. Expediente-5372. Magistrado ponente: Dr.: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Santafé de Bogotá, D.C.primer (1) de agosto de dos mil uno (2001).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Cesar Julio Valencia Copete, Sentencia del dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010).
- Jossierand Louis, *Del Abuso de los Derechos y otros Ensayos*, Bogotá, Editorial Temis, 1982.
- Laudo arbitral del veintinueve (29) de noviembre de dos mil cinco (2005) GERMAN ALFONSO Y CIA LTDA y otros vs con DATAFLUX S.A. DE C.V. y GENETEC S.A. DE C.V., derivadas del Contrato de Compraventa y Pignoración de Acciones celebrado el 21 de noviembre de 1997
- Ordoqui Castilla Gustavo, *Abuso de Derecho (Civil, comercial, procesal, laboral y administrativo)*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010..
- Tamayo Jaramillo, Javier, *Tratado de Derecho de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Editorial Legis.

- Martínez Neira, Néstor Humberto, Cátedra de Derecho Contractual Societario Regulación Comercial y Bursátil de los Actos y Contratos Societarios, Editorial, Abeledo Perrot, 2010.
- QuesnayCasusol, Johan Mitchel, El aumento del capital social, <http://jqesnay.wordpress.com/el-aumento-de-capital-social/>
- Sessarego Carlos Fernández, Abuso del derecho, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992.
- Reyes Villamizar Francisco Hernando, Derecho Societario, Editorial Temis.
- Reyes Villamizar, Francisco Hernando, SAS La Sociedad por Acciones Simplificada, Editorial Legis, Segunda Edición.
- Superintendencia Financiera Concepto No. 2004003063-1. Febrero 19 de 2004. <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2004/reservabancaria093.htm>
- Superintendencia de Sociedades Concepto No. 220-076480 junio 26 de 2011. <http://www.actualicese.com/normatividad/2011/06/21/concepto-220-076480-de-21-06-2011/>.
- Superintendencia de Sociedades Concepto No. 220-41615 junio 25 del 2003.
- Superintendencia Financiera Concepto NO. 200-13808. Febrero de 2003 Valencia Zea, Arturo, Proyecto de Código de Derecho Privado, Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá, 1980.