



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

50 Años
1961 - 2012

Boletín Informativo

¡ENTRA EN VIGENCIA EL PROTOCOLO DE MADRID!



El pasado 29 de mayo del presente año, el Vicepresidente de la República, Angelino Garzón, hizo entrega del instrumento de adhesión de Colombia al Protocolo de Madrid Relativo al Registro Internacional de Marcas, al doctor Francis Gurry, Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Este Protocolo fue aprobado por la Ley 1455 de 2011 y declarado exequible mediante Sentencia C-251 de 2011 por la Corte Constitucional. Por su parte, la OMPI mediante aviso N° 10 de 2012 reconoció la adhesión al Protocolo por parte de Colombia e informó respecto de entrada en vigor este 29 de agosto de 2012.

Con la adhesión de Colombia al Protocolo de Madrid, ya son 86 el número de países que hacen parte de éste sistema de registro internacional marcario, lo que refleja el éxito que ha tenido.

Entre las ventajas que presenta la entrada en vigencia de este tratado internacional, se encuentran: (i.) Solicitud única de registro internacional; (ii.) Reducción de trámites y costos; (iii.) Aumento de la competitividad, entre muchas más, que prometen beneficiar al empresario colombiano y acercarnos a una nueva era de protección internacional.



Cra 15 No 93 – 75 oficina 314 Edificio BBV Bogotá, Colombia
Tels. 6 16 23 31 – 6 16 23 39 Email: abocom@gmail.com

Índice

BOLETÍN No. 1566 DE 2012

CONTENIDO

I.	NOTA EDITORIAL.....	4
II.	MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DIRECTIVOS DEL BOLETÍN.....	5
III.	RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA COMERCIAL.....	6
a.	Sentencias	6
1.	Entidad emisora: Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Civil. Tipo de Normativa: Sentencia Referencia y fecha: 110131030261998-21524-01. Tres (3) De Julio De Dos Mil Doce (2012). Asunto: Cesión Del Contrato De Agencia Comercial.	
2.	Entidad emisora: Consejo De Estado. Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Civil Tipo de normativa: Sentencia Referencia y fecha: 05001-3103-001-2006-00038-01. Veinticinco (25) De Mayo De Dos Mil Doce (2012) Asunto: Formulario De Declaración De Asegurabilidad En El Contrato De Seguros.	
b.	Circulares	10
1.	Entidad emisora: Superintendencia De Sociedades Tipo de normativa: Circular Externa Referencia y fecha: 000003 Del 28 De Junio De 2012. Asunto: Instrucciones Sobre El Proceso De Toma De Posesión Para Devolver Como Mecanismo De Intervención.	
2.	Entidad emisora: Superintendencia De Industria Y Comercio. Tipo de normativa: Circular Externa Referencia y fecha: Concepto 014 Del 10 De Julio 2012. Asunto: Modificación El Título III De La Circular Única De La Superintendencia De Industria Y Comercio	
c.	Resoluciones	13
1.	Entidad emisora: Superintendencia de Industria Y Comercio Tipo de normativa: Resolución Referencia y fecha: 0186 20 De Junio De 2012 Asunto: Apertura De Investigación Por Supuesta Conducta De Dumping En Importaciones.	
2.	Entidad emisora: Superintendencia De Sociedades Tipo de normativa: Resolución Referencia y fecha: 560-004015 Del 27 De Junio De 2012 Asunto: Tarifa De Contribución 2012 De Las Sociedades Sometidas A Vigilancia O Control De La Superintendencia De Sociedades.	



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Cra 15 No 93 – 75 oficina 314 Edificio BBV Bogotá, Colombia
Tels. 6 16 23 31 – 6 16 23 39 Email: abocom@gmail.com

Índice

d. Conceptos.....	15
1. Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio Tipo de normativa: Concepto Referencia y fecha: 12-030811-00002-0000 Del 25 De Abril De 2012. Asunto: Estatuto Del Consumidor, Solidaridad Entre Los Proveedores, Productores E Importadores.	
2. Entidad emisora: Superintendencia de Sociedades Tipo de normativa: Concepto Referencia y fecha: 220-045642 Del 15 De Junio De 2012 Asunto: Validez De La Decisión De Disolver Y Liquidar Una Sociedad	
3. Entidad emisora: Superintendencia de Sociedades Tipo de normativa: Concepto Referencia y fecha: 220-055159 Del 10 De Julio De 2012 Asunto: Viabilidad De Que Una Sociedad Por Acciones Simplificada Tenga Socios De Nacionalidad Extranjera Y Que Esos Socios Sean Directivos De La Sociedad.	
e. Ley	18
1. Entidad emisora: Congreso De Colombia Tipo de normativa: Ley Referencia y fecha: 9 de JULIO del 2012 Asunto: Pago Anticipado En Las Operaciones De Crédito Para Los Consumidores Financieros.	
IV. ÁMBITO INTERNACIONAL.....	19
V. DOCTRINA	39



Nota Editorial

El boletín informativo del Colegio de Abogados Comercialistas y las reseñas que lo nutren respecto de los más variados y recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia de Sociedades, junto con sus aportes doctrinales, constituyen sin duda un importante cuerpo analítico y práctico del Derecho moderno.

En esta edición el lector encontrará, entre otras cosas, el análisis de importantes sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre la cesión del contrato de agencia comercial y la importancia de la carga de claridad que tiene el asegurador en los formularios predispuestos para la declaración del riesgo, y además, un breve comentario de la Ley 1555 de 2012, por medio de la cual se eliminó del ordenamiento jurídico patrio el pago de la prima por pago anticipado del crédito.

La publicación también hace referencia a conceptos de la SIC y la Superintendencia de Sociedades en donde se aborda el tema de la solidaridad entre proveedores, productores e importadores a la luz del nuevo Estatuto del Consumidor, así mismo, la validez de una decisión de disolución o liquidación de una sociedad en una reunión de segunda convocatoria, y, la viabilidad de que un extranjero pueda ser directivo de una sociedad por acciones simplificadas.

En la sección internacional, se presenta un breve comentario sobre el informe rendido por La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, sobre los temas tratados en su cuadragésima quinta sesión.

Finalmente, un reconocimiento a los miembros del Grupo de Investigación de Derecho Privado de la Universidad de la Sabana por su colaboración con éste boletín. Esperamos seguir presentándolo y con ello seguir manteniéndolos al tanto de las novedades jurisprudenciales y normativas del Derecho comercial.

ERNESTO RENGIFO GARCIA
Presidente



Junta Directiva

Presidente

ERNESTO RENGIFO GARCÍA

Vicepresidente

LUZ HELENA MEJÍA PERDIGÓN

Vocales

Julio Benetti Salgar

Tulio Cárdenas Giraldo

Jorge Oviedo Albán

Arturo Sanabria Gómez

Juan Pablo Cárdenas Mejía

Juan Jacobo Calderón Villegas

Luis Fernando Henao Gutiérrez

José Alberto Gaitán Martínez

Comisario de Cuentas

Adolfo Palma Torres

Jorge Enrique Galvis Tovar

Representantes Ex presidentes

Edgar Ramírez Baquero

Jaime Quiñones Reyes

Director Boletín

Ernesto Rengifo García

Colaboradores

Laura Juliana García Ortiz

Lina María Guio Leiva

Julián David Ruiz Rondan

Ivonne Maritza Sierra Hernández

María Alejandra Cardozo Barrios

Nicole Andrea Yepes Peña



Sentencias

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDADEMISORA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL.

MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ.

TIPO DE NORMATIVA: SENTENCIA.

REFERENCIA Y FECHA: Exp. 110131030261998-21524-01. TRES (3) DE JULIO DE DOS MIL DOCE (2012).

TEMA: CESIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 24 de Julio pasado, profirió sentencia en la que analizó el tema de la cesión de un contrato de agencia comercial.

El recurso extraordinario de casación fue interpuesto por *Internacional Veterinaria Ltda. INVET LTDA.*, en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso promovido por la mencionada sociedad en contra de American Home Products, en el que buscaba la declaración de existencia de una agencia comercial.

La sentencia de primera instancia declaró la existencia del mencionado contrato de colaboración, no obstante que el Tribunal revocó esa decisión al no encontrar prueba suficiente que acreditara el vehículo de legitimación en la causa de la demandante.

En sede de casación, INVET LTDA reprochó al Tribunal la exigencia de un documento formal para probar la legitimación en la causa, aduciendo que con esto dejó de aplicar, entre otras normas, el artículo 824 del estatuto mercantil, que consagra el principio de consensualidad.

La Corte Suprema de Justicia, luego de reiterar su doctrina respecto de la agencia mercantil, ya reseñada en pasadas ediciones del boletín, abarcó el tema de la cesión de posición contractual.

En sus consideraciones, recuerda que esta figura jurídica fue instituida legalmente por los artículos 887 al 896 del Código de Comercio, con el propósito de preservar el contrato y facilitar su circulación. A su vez, recuerda que la cesión debe versar sobre un contrato susceptible de ser cedido, situación esta que configura la regla general, salvo que una disposición legal la impida; o se pacte en un contrato cláusulas limitantes o excluyentes de la misma; o sea intentada en contratos de ejecución instantánea en los que la obligación se haya cumplido sustancialmente, y por último, en los contratos *intuitu personae* en donde el cedido decide no aceptarla.

Más adelante, la Corte cita el artículo 888 del Código de Comercio que preceptúa: “*la sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito. Si el contrato consta en escritura pública, la cesión podrá hacerse por escrito privado previa autenticación de la firma del cedente, si ésta no es auténtica o no se presume tal, pero no producirá efectos respecto de terceros mientras no sea inscrita en el correspondiente registro*”.

A partir de lo anterior, concluye la Corte que si bien la figura de la cesión es consensual, en virtud del artículo 888 *ejusdem*, esa manifestación de la voluntad requiere el mismo grado de formalidad que tuvo la convención materia del traspaso.



Sentencias

Por tal motivo, en consideración a que el contrato bajo cuestionamiento consta por escrito y que no se probó que la cesión se hubiere celebrado por ese mismo medio, decide no casar la sentencia y confirmar la decisión del Tribunal.



Sentencias

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDADEMISORA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL

MAGISTRADA PONENTE: RUTH MARINA DÍAZ RUEDA.

TIPO DE NORMATIVA: SENTENCIA.

REFERENCIA Y FECHA: exp. 05001-3103-001-2006-00038-01. VEINTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DOCE (2012)

TEMA: FORMULARIO DE DECLARACIÓN DE ASEGURABILIDAD EN EL CONTRATO DE SEGUROS.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 25 de mayo de 2012, resolvió recurso de casación interpuesto por Compañía de Seguros Bolívar S.A., en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que la condenó al pago de la póliza correspondiente a un seguro de vida.

La sentencia centra su análisis en el tema de la nulidad relativa de un contrato de seguros por reticencia del tomador, cuando este ha diligenciado un formato de declaración de asegurabilidad previamente establecido por el asegurador, y no ha honrado en debida forma el deber de información que le atañe.

El *ad quem* aseveró la falta de espontaneidad de la declaración de asegurabilidad por parte del tomador en razón del formato, así como la omisión del deber de información por parte de la aseguradora, entre otras razones, al no explicar el alcance de la palabra “adicciones”, razón por la cual la condenó a pagar por el respectivo siniestro.

El casacionista, por su parte, insistió que el tomador ocultó su adicción al alcohol y al cigarrillo y que el fallador de segunda instancia le restó importancia a la historia clínica y a la declaración de asegurabilidad.

Después de esbozar los elementos característicos del contrato de “seguro de vida de grupo”, por tratarse del negocio jurídico *sub examine*, la Corte analizó el artículo 1058 del estatuto mercantil (aplicación del principio de buena fe al contrato de seguros), el cual consagra la obligación que tiene todo asegurado de declarar sinceramente el estado de riesgo en el que se encuentre, así como la posibilidad que tiene la aseguradora de proponer un cuestionario preimpreso a efectos de corroborar la información declarada.

Recuerda la Corte que en consideración a que el estado del riesgo resulta determinante para establecer el monto de la prima del seguro, la sanción jurídica por reticencia no puede ser otra que la nulidad relativa del mencionado instrumento contractual.

La Corte recalcó, además, que en el presente caso el asegurador no faltó al deber de información, toda vez que las letras del mismo formulario, prueban que el asegurado firmó consciente del contenido allí expresado.

El apartado del formulario que cobró relevancia para revocar la decisión del *ad quem*, fue el siguiente: “importante: no firme sin antes leer y entender el contenido del presente documento. Si usted falta a la verdad al suscribir esta



Sentencias

declaración, el contrato será nulo. (...). Si alguna de las circunstancias enunciadas en este documento no corresponde exactamente a su situación o estado de salud, absténgase de firmar”.

En conclusión, esta sentencia nos recuerda la diligencia que debe tener todo asegurador a la hora de redactar el formulario de declaración de asegurabilidad, el cual puede ser determinante para que se establezca o no la reticencia en la declaración del estado del riesgo.



Circulares

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDAD EMISORA: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

TIPO DE NORMATIVA: CIRCULAREXTERNA

REFERENCIA Y FECHA: CIRCULAR EXTERNA 000003 DEL 28 DE JUNIO DE 2012.

TEMA: INSTRUCCIONES SOBRE EL PROCESO DE TOMA DE POSESIÓN PARA DEVOLVER COMO MECANISMO DE INTERVENCIÓN.

La Superintendencia de Sociedades, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 4334 de 2008, por el cual se le otorgaron facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las personas naturales y jurídicas que desarrollen o participen en el sector financiero como captadoras o recaudadoras en operaciones sin autorización estatal, y con el objeto de restablecer y preservar el interés público, establece lo siguiente:

- Los agentes interventores deberán ofrecer caución por un porcentaje del 0.5% sobre el patrimonio de las personas jurídicas o naturales intervenidas.
- Para el manejo de estos recursos: Todos los dineros incautados se podrán mantener en una sola cuenta de ahorros de cualquiera de los intervenidos, embargada por la Superintendencia de Sociedades; las demás deberán cancelarse y acreditar tal circunstancia ante el juez del concurso, cuyos extractos bancarios deberán ser allegados trimestralmente por el agente interventor.

El agente interventor deberá evaluar la necesidad de continuar con las actividades de la compañía y su rentabilidad para la generación de recursos, siempre y cuando no estén vinculadas con la captación.

- El interventor sólo podrá celebrar los contratos que sean estrictamente necesarios para desempeñar sus funciones, y no podrá contratar y pagar más de una vez por ejecutar la misma actividad, debiendo en consecuencia exigir cumplimiento, calidad y celeridad en la ejecución de la labor contratada.
- El agente interventor debe dar a conocer al juez del concurso las decisiones sobre las reclamaciones de los afectados.
- El interventor deberá informar al despacho sobre la forma como se cumplirá la entrega de los dineros y el término programado para el efecto.
- En la rendición de cuentas el interventor deberá detallar e informar sobre los gastos causados en la intervención que queden pendientes, y que no pudieron ser pagados, explicando las razones por las cuales no se pueden efectuar dichos pagos dentro de la toma de posesión, y además, se debe hacer dentro de la liquidación judicial.

Si el agente interventor no actúa de conformidad con los principios de equidad, eficacia, economía, y los vulnera, responderá con su propio patrimonio por los daños causados.

Circulares

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDAD EMISORA: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

TIPO DE NORMATIVA: CIRCULAREXTERNA .

REFERENCIA Y FECHA: CIRCULAR EXTERNA 014 DEL 10 DE JULIO 2012.

TEMA: MODIFICACIÓN EL TITULO III DE LA CIRCULAR UNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Mediante ésta circular se modifica de manera integral el Título III de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, actualizándola conforme a las disposiciones del Régimen Integral de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones (RPU) y al Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios Postales (RPUPO) de la siguiente forma:

En el capítulo primero, referido al régimen de protección de servicios de comunicaciones, dispone que:

- En las normas de cumplimiento para las oficinas físicas de atención al usuario, la información disponible de conformidad al artículo 44 del RPU, deben mantenerse en formularios acordes al inciso 2 del artículo 41 del RPU, sin perjuicio de que el usuario pueda presentar una petición, queja o recurso de manera verbal. De esta manera, los mecanismos que brinde el proveedor para la presentación de una PQRs deben ser de fácil acceso para el usuario.

- Sobre Peticiones, Quejas y Recursos (PQRs), establece que el usuario tendrá derecho de presentarlos mediante los mecanismos que trata el numeral 11.9 del RPU y de la obligación del proveedor de recibir, tramitar y responder de manera gratuita, describiendo la oportunidad para que el usuario los presente.
- El usuario tiene la oportunidad de evitar la recepción de mensajes con fines publicitarios o comerciales mediante el uso de los números excluidos.
- Uno de los mecanismos de supervisión sobre los proveedores de servicio de comunicaciones es el envío de contratos a la Dirección de Investigación de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la SIC, para ordenar la modificación de estos cuando sean contrarios al RPU.
- Se solicita a los proveedores de servicios de comunicaciones el envío de información periódica de las PQRs y solicitudes de servicios de los usuarios, en donde conste el hecho que los generó y la atención prestada por la Dirección de Investigación de Usuarios de servicios de comunicaciones de la SIC.
- Cuando el usuario no reciba respuesta de la PQRs presentada al proveedor, la Dirección de Investigación de Protección al Usuario de Servicios de Comunicaciones adelantará la correspondiente actuación por Silencio Administrativo Positivo (SAP).

Circulares

- A toda solicitud de terminación del contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones, se le asignará un número único (CUN), cuya respuesta debe ser siempre positiva, sin olvidar la aplicabilidad de ciertas reglas. Para efectos de que el usuario brinde información completa, el proveedor deberá divulgar bajo el epígrafe “información importante que usted debe conocer si desea terminar su contrato de prestación de servicios de comunicaciones”, a los usuarios.
- La generación de facturas se producirá cuando el resultado de la auditoría concluya que no existen fallas en el sistema. Habrá soportes de facturas que estarán a disposición de la SIC y del público a través de la página web del proveedor del servicio.

El capítulo segundo sobre servicios postales consagra, lo siguiente:

- El operador de servicio postal deberá implementar un sistema que identifique y califique las PQRs y solicitudes que contenga el resumen de su respuesta.
- El proveedor de servicio postal deberá reportar a la Dirección de Investigación de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones información consolidada del número de PQRs y solicitudes de indemnizaciones recibidas, el hecho generador y la atención prestada. Además, deberá presentar una certificación del representante legal sobre cómo se han venido cumpliendo las instrucciones de la presente circular.

Las decisiones adoptadas en el trámite de una PQRs o solicitud de indemnización, se realizan de acuerdo

al Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo, aunque existan diversos mecanismos de notificación como los servicios de mensajería expresa, notificación en línea a través de internet, notificación por correo electrónico, de los cuales el operador deberá informar al usuario para libre elección de uno de ellos.

El operador que cuente únicamente con usuarios en los que la totalidad de los contratos estén de conformidad al párrafo 2 del artículo 1 del RPUPO, está exceptuado de lo dispuesto en este título.

Finalmente, en el capítulo tercero sobre el código único numérico (CUN), dispone:

- El CUN es asignado por el proveedor de servicios de comunicaciones o el operador postal al usuario en el momento que presenta una PQRs y solicitud de indemnización en el cual podrá consultar el estado de su trámite.
- El seguimiento y estado de la PQRs o solicitud de indemnización, se podrá realizar con el respectivo CUN por la página web del proveedor o de la página de la SIC. Después de resuelta la actuación, la información se encontrará disponible por un año.
- En caso de que el usuario olvide el CUN, el proveedor o el operador, cual fuere el caso, deberá implementar un mecanismo que permita su recuperación con el ingreso del documento de identidad, siempre y cuando sea este el que figure contractualmente como usuario.

Estas disposiciones entraran a regir a partir del 1º de noviembre de 2012.



Resoluciones

DATOS DE IDENTIFICACIÓN**ENTIDADEMISORA:** SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**TIPO DE NORMATIVA:** RESOLUCIÓN**REFERENCIA Y FECHA:** RESOLUCIÓN 0186
20 DE JUNIO DE 2012**TEMA:** APERTURA DE INVESTIGACIÓN POR
SUPUESTA CONDUCTA DE DUMPING EN
IMPORTACIONES.

La resolución 0186 de 2012 tiene como objetivo principal estudiar la petición hecha por la Asociación Colombiana de Autopartes – ACOLFA, en nombre de la rama de producción nacional conformada por las empresas GOODYEAR S. A. y la Industria Colombiana de Llantas – ICOLLANTAS S. A., quienes solicitaron la apertura de una investigación de carácter administrativo con el objeto de determinar la existencia, grado y efectos en la rama de la producción nacional, de un supuesto dumping en las importaciones de llantas radiales y convencionales para autobuses o camiones, originarias de la República Popular China.

La Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio manifestó, entre otras cosas, que para iniciar una investigación por dumping se debe evaluar que la solicitud se presente de forma oportuna y fundamentada por quien tiene legitimidad para hacerlo, por otro lado, deben existir indicios suficientes de que existe la práctica desleal del dumping. En el presente caso, el objeto de investigación se basa en las llantas neumáticas radiales para autobuses o camiones y llantas neumáticas convencionales para

autobuses o camiones que se venden supuestamente a precios de dumping en Colombia, originarias de la República Popular de China.

Para efectos de analizar la presente solicitud y teniendo en cuenta el artículo VI del GATT, el cual define al dumping como: *“la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, esta práctica será condenable cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional”*.

A la luz del Decreto 991 de 1998 que tiene como fin el contrarrestar las mencionadas prácticas anticompetitivas, mediante la imposición de derechos "antidumping", se hace necesario que la respectiva petición sea analizada para efectos de evitar que las empresas colombianas sigan siendo afectadas por dichas conductas restrictivas de la competencia.

Es por esto que la presente resolución decide ordenar el inicio de una investigación de carácter administrativo para determinar la existencia, el grado y los efectos en la rama de la producción nacional, de un supuesto “dumping” en las importaciones de llantas radiales y convencionales para autobuses o camiones, originarias de la República Popular China. Para ello, además, pide que se comunique a todo exportador o productor nacional y extranjero que pueda tener interés en la investigación, permitiendo así a las partes interesadas el acceso a la información.

Resoluciones

DATOS DE IDENTIFICACIÓN**ENTIDADEMISORA:** SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**TIPO DE NORMATIVA:** RESOLUCIÓN 560-004015**REFERENCIA Y FECH A:** RESOLUCIÓN 560-004015 DEL 27 DE JUNIO DE 2012**TEMA:** TARIFA DE CONTRIBUCION 2012 DE LAS SOCIEDADES SOMETIDAS A VIGILANCIA O CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

La presente resolución establece la tarifa de contribución que se debe cobrar a todas las sociedades que estén sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades, para el año 2012.

La respectiva contribución puede variar de dependiendo de 2 variables, la primera, que la sociedad se encuentre en estado de vigilancia y control, o, que la sociedad se encuentra en etapa pre-operativa o en proceso de reorganización empresarial o acuerdo de reestructuración, concordato o liquidación.

Se señala además que el pago de dicha contribución debe hacerse en los veinte (20) días siguientes a la fecha de expedición de la respectiva cuenta de cobro. Además, se menciona que dicha contribución no podrá exceder el 1% del total de las contribuciones, ni ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, como tampoco se podrá cobrar una tarifa por contribución superior al uno por mil del total de activos de las sociedades vigiladas.

La creación de esta contribución se hace teniendo en cuenta en primer lugar, la ley de formalización y generación de empleo (Ley 1429 de 2012), cuyo objeto principal es generar oportunidades laborales mediante incentivos a la formalización en las etapas iniciales de creación de empresas.

El artículo 44 de la Ley 1429 establece que parte de los recursos necesarios para cubrir gastos de funcionamiento que requiera la Superintendencia de Sociedades provienen de la contribución a cargo de las sociedades sometidas a su vigilancia o control.

Se puede decir además que esta contribución tiene la naturaleza de ser una contribución parafiscal, puesto que dicho gravamen es obligatorio y solo afecta a sociedades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades y su destinación es la de cubrir los gastos que ocasione el funcionamiento de la misma.

Esto implica que su pago será obligatorio y en el evento en el que no se realice, podrá hacerse efectivo su pago mediante un procedimiento de cobro coactivo, como lo establece el artículo 4º de la presente resolución.



Conceptos

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDAD EMISORA: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

TIPO DE NORMATIVA: CONCEPTO

REFERENCIA Y FECHA: Concepto 12-030811-00002-0000 DEL 25 DE ABRIL DE 2012.

TEMA: ESTATUTO DEL CONSUMIDOR, SOLIDARIDAD ENTRE LOS PROVEEDORES, PRODUCTORES E IMPORTADORES.

En concepto No.12-030811-00002-0000 del 25 de abril de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio respondió consulta relacionada con la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, en lo referente a la solidaridad que existe entre los proveedores, productores e importadores.

La primera conclusión a la que arribó el mencionado ente administrativo y que tiene suma relevancia en este caso, debido a la relación directa que tiene con la solicitud del usuario, es que: *“productor es todo aquel que de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos, también se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria”*.

Lo anterior encuentra sustento en el artículo 5º de la Ley 1480 de 2011, el cual cumple una importante misión dentro del ámbito de protección al consumidor, ya que permite que el usuario conozca algunos de los derechos y obligaciones que pueden surgir entre los productores, los proveedores y los consumidores, así como la responsabilidad que tienen por productos

defectuosos. Es por ello que el derecho del consumidor obliga al proveedor o productor, entre otras cosas, a ofrecer productos o servicios de buena calidad; informar sobre las instrucciones para instalación o uso del producto, así como de asistencia técnica, y a tener la disponibilidad de repuestos, partes, insumos y mano de obra calificada para reparar o mantener el producto.

Por lo anterior, el ente administrativo hace referencia a que los consumidores pueden exigir la protección de sus derechos a cualquiera o a alguno de los integrantes de la cadena de comercialización, sean proveedores, expendedores, distribuidores, productores o importadores, puesto que la garantía legal recae solidariamente entre ellos, excepto cuando entre ellos ha existido un acuerdo para sanear sus obligaciones frente a la garantía, lo cual no los exonera de acciones de responsabilidad promovidas directamente por los consumidores.

En conclusión, en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la garantía de un bien, producto o servicio, el consumidor podrá acudir ante la Superintendencia de Industria y Comercio para la obtención de una decisión de carácter jurisdiccional que le solucione su situación de carácter particular, y además, empezar una investigación administrativa para la imposición de sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de garantía que trata el Estatuto del Consumidor.



Conceptos

DATOS DE IDENTIFICACIÓN**ENTIDAD EMISORA:** SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**TIPO DE NORMATIV A:** CONCEPTO**REFERENCIA Y FECHA:** CONCEPTO CONCEPTO 220-045642 DEL 15 DE JUNIO DE 2012**TEMA:** VALIDEZ DE LA DECISIÓN DE DISOLVER Y LIQUIDAR UNA SOCIEDAD

En concepto No. 220-045642 del 15 de junio de 2012, la Superintendencia de Sociedades respondió consulta respecto de la validez de la decisión de disolver y liquidar una sociedad, durante una reunión de segunda convocatoria de la junta de socios.

Lo primero a lo que hizo mención la Superintendencia de Sociedades, fue sobre el análisis del artículo 429 del Código de Comercio, en lo referente a las reuniones de segunda convocatoria del máximo órgano social de una sociedad.

En el mencionado precepto normativo se señala que en ellas se puede sesionar y decidir válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que estén representadas; sin embargo, las decisiones relacionadas con la disolución de la sociedad no se pueden adoptar aquí, ya que para discutir esto necesariamente se requiere una mayoría especial determinada, ya sea por la ley o por los mismos estatutos de la sociedad, tal requisito se exige como quiera que una determinación de dicho talante puede traer consigo la liquidación de la sociedad, llevándola así hasta la extinción de la personalidad jurídica.

La Superintendencia de Sociedades hace mención a que la disolución anticipada de una sociedad termina siendo una reforma estatutaria, pues lo que se va a hacer es una modificación que se introducirá en el contrato social, apareciendo esto en las escrituras de constitución de la sociedad, por lo cual, según el artículo 360 del Código de Comercio, dicha decisión para las sociedades de responsabilidad limitada se debe hacer con un número plural de socios que represente, por lo menos el setenta por ciento (70%) de las cuotas en que se halle dividido el capital social, a menos que los estatutos hagan referencia a una mayoría superior, la cual debe respetarse así dicha determinación se adopte en una reunión de segunda convocatoria.

Para concluir, es pertinente mencionar que el acta de disolución y liquidación de una sociedad ya no es necesaria protocolizarla o elevarla a escritura pública, en virtud de que el artículo 11 de la Ley 1429 de 2012, expresa claramente que “*en ningún proceso de liquidación privada se requerirá protocolizar los documentos de la liquidación según lo establecido en el inciso 3° del artículo 247 del Código de Comercio*”.



Conceptos

DATOS DE IDENTIFICACIÓN**ENTIDAD EMISORA:** SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**TIPO DE NORMATIV A:** CONCEPTO**REFERENCIA Y FECHA:** CONCEPTO

220-055159 DEL 10 DE JULIO DE 2012

TEMA: VIABILIDAD DE QUE UNA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA TENGA SOCIOS DE NACIONALIDAD EXTRANJERA Y QUE ESOS SOCIOS SEAN DIRECTIVOS DE LA SOCIEDAD.

En concepto No. 220-055159 del 10 de julio de 2012, la Superintendencia de Sociedades respondió consulta respecto de la viabilidad de que una Sociedad por Acciones Simplificada tenga socios de nacionalidad extranjera y de que estos mismos puedan ser directivos del mencionado ente moral.

Lo primero que concluyó el mencionado ente administrativo es que *“la SAS, puede constituirse con personas naturales o jurídicas, de cualquier nacionalidad, toda vez que la ley no hace ninguna distinción en razón a la nacionalidad de los socios, es viable, también en cualquier sociedad comercial y no son excepción la SAS, que los socios sean directivos”*.

El argumento anterior encuentra su sustento en el artículo 1° de la ley 1258 de 2008, puesto que en lo relativo a la Constitución de la SAS hace referencia a que este tipo de sociedad podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. Lo anterior permite inferir que la ley no hace ninguna prohibición a la inclusión de socios extranjeros en

una SAS, por lo que esta última puede constituirse con personas naturales o jurídicas de cualquier nacionalidad, toda vez que, como se sabe, en donde la ley no distingue al intérprete no le está permitido distinguir.

La Superintendencia de Sociedades hace mención a que los socios de las SAS tienen la libertad y están facultados para crear el respectivo contrato social, designar los órganos de administración y determinar el funcionamiento de la sociedad, razón por la cual si en ejercicio de la autonomía privada se llegase a acordar que un extranjero será parte de la junta directiva, como en cualquier sociedad comercial, el mencionado pacto se debe respetar.

Para concluir, es pertinente recordar que tal como se dispone en la Ley 1258 de 2008, las SAS tienen la particularidad de constituirse por documento privado, con la aclaración de que el nacimiento de la personalidad jurídica se sujeta explícitamente a la inscripción de tal documento, en el registro mercantil, por lo tanto la prueba de la existencia de la sociedad, será la certificación expedida por la Cámara de Comercio del domicilio principal.



Ley

DATOS DE IDENTIFICACIÓN**ENTIDADEMISORA:** CONGRESO DE COLOMBIA.**TIPO DE NORMATIVA:** LEY.**REFERENCIA Y FECHA:** L E Y N O 1555 9 DE JULIO DE 2012**TEMA:** PAGO ANTICIPADO EN LAS OPERACIONES DE CRÉDITO PARA LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS.

El Congreso de la República aprobó la Ley 1555 del 9 de Julio de 2012, dando respuesta a las habituales quejas de los consumidores financieros respecto de la prima por prepago.

Al respecto, era permitido y usual, salvo en los créditos de vivienda, que en el sector financiero los deudores asumieran una multa (también llamada “prima por prepago”), sanción o denegación por parte de las entidades bancarias ante la pretensión de cancelar anticipadamente el valor de sus créditos o parte de éste. Tal situación se explicaba por la exigencia del deudor de pagar su obligación en el plazo y monto acordados, como lo expresa el artículo 2229 del Código Civil y porque el plazo estipulado se encuentra en beneficio del acreedor, concretado en el pago de intereses en un tiempo determinado; sin embargo, lo anterior era visto por muchos como una violación a los derechos e intereses del consumidor financiero, además, se consideraba que afecta la libre competencia entre entidades financieras.

Como propuesta al anterior problema nace la Ley 1555 del 2012, que permite a los consumidores del sector financiero el pago anticipado total o parcial de sus obligaciones con el banco o la

entidad prestadora de la que sean usuarios, sin posibilidad de que se les deniegue o se les exija por ello una suma de dinero como multa; para lo anterior, se establece el límite de 880 salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada crédito en diferentes entidades bancarias, o por la suma de créditos en una misma entidad. Como consecuencia de lo anterior, el consumidor financiero podrá pactar mejores condiciones crediticias y acudir a otra entidad bancaria que le ofrezca pautas más favorables, dando como resultado la promoción del libre mercado y competencia.

En adición a lo anterior, se presentan otras disposiciones concernientes a aspectos relacionados con la garantía de obligaciones mediante bienes inmuebles y la exigencia de declaración de renta por parte de entidades financieras.



Ámbito Internacional

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDADEMISORA: COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

REFERENCIA Y FECHA: COMPENDIO JURISPRUDENCIAL DEL 30 DE MAYO DE 2012.

TEMA: INFORME SOBRE CONCLUSIÓN DE SU CUADRAGÉSIMO QUINTA SESIÓN

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, principal órgano jurídico de las Naciones Unidas dedicado al estudio del Derecho Comercial Internacional, presentó un informe sobre los temas tratados en su cuadragésima quinta sesión.

Del mencionado documento, vale la pena destacar además de los textos aprobados por la comisión y los futuros planes de la misma, el impacto de su misión en cuanto a la armonización del derecho mercantil, la elaboración de leyes modelo y guías sobre cómo incorporarlas, y por último, los nutridos compendios jurisprudenciales.

Además la Comisión aprobó una guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, que proporciona recomendaciones a los Estados sobre la forma de aplicar la Ley Modelo, y brindó algunas recomendaciones a diferentes órganos interesados en relación con el arbitraje bajo el actual Reglamento de la CNUDMI.

En cuanto a los planes a desarrollar, la Comisión llegó a la conclusión de que se deberían celebrar una serie de coloquios en los próximos meses

Adicionalmente, la Comisión confirmó la continuidad del trabajo en temas relativos a “la insolvencia transfronteriza, los registros electrónicos transferibles, solución de controversias en línea, registro de derechos reales sobre bienes muebles y la transparencia basada en los tratados de arbitraje entre inversores y Estados”.

Finalmente, pero no menos importante, la Comisión se refirió a la conferencia “El Impero de la Ley”, que tendrá lugar el 14 próximo de septiembre, destacándola como un escenario único para discutir cuestiones de derecho desde el punto de vista del derecho comercial, para aumentar el conocimiento sobre el impacto de la reforma de la legislación y para avanzar en el logro de la integración efectiva de los instrumentos de la CNUDMI.



Doctrina

ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO DE SOCIEDADES

Por: Ernesto Rengifo García*

Introducción

Tal como lo previó Josserand, hace casi más de ochenta años, “el dominio de aplicación del abuso del derecho es inmenso, sus perspectivas futuras, ilimitadas”. En efecto, existen formas tradicionales de abuso reconocidas por la jurisprudencia y formas más desarrolladas o sofisticadas de la figura. Hoy, por ejemplo, en el campo del derecho de sociedades la teoría del abuso sirve para resolver conflictos relacionados con las determinaciones de asambleas o juntas de socios.

Como la solución para muchos de los litigios no se encuentra necesariamente en normas legales, se ha de recurrir a los principios que informan el ordenamiento. Dentro de ellos el abuso del derecho puede ser utilizado en el derecho de sociedades como instrumento para dirimir conflictos que no hallan solución en normas legales o contractuales o, también, para analizar comportamientos que si bien formalmente parecen estar de acuerdo con una regla legal, en el fondo contrarían el orden jurídico o un orden particular de una específica rama del derecho ¹

* Profesor de derecho de contratos de la Universidad Externado de Colombia y Director del Departamento de Propiedad Intelectual en la misma universidad.

¹ Resulta llamativo que en el derecho de sociedades el principio del abuso del derecho haya sido acogido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia como criterio para la solución de conflictos en esta específica área del derecho.

debido a que la perspectiva del abuso hace emerger la ilicitud de la lesión de un interés por parte del titular de un derecho o de un poder que actúa en aparente conformidad con una regla del derecho. Por ello se ha afirmado que quien acude al concepto de abuso busca los límites al ejercicio

Véase Luca Cerioni, “*The “Abuse of Right” in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of the ECJ Case-Law and the Quest for a Unitary Notion*,” en <http://bura.brunel.ac.uk/handle/2438/4141>. “A finding of abuse requires, first, a combination of objective circumstances in which, despite formal observance of the conditions laid down by the Community rules, the purpose of those rules has not been achieved. It requires, second, a subjective element consisting in the intention to obtain an advantage from the Community rules by creating artificially the conditions laid down for obtaining it”: Afirmación de la Corte Europea de Justicia en el caso C-110/99, *Emsland-Starke* [2000] ECR I-1569, par 52 y 53.

“La figura del abuso del derecho se ha convertido en uno de los expedientes más relevantes de protección de los derechos de los accionistas en los regímenes societarios contemporáneos. Debido a la complejidad de las situaciones que se suscitan en el ámbito de las sociedades, el simple análisis relativo a la observancia de reglas legales o contractuales suele ser insuficiente y, en no pocas ocasiones, puede conducir a la imposibilidad de detectar el verdadero alcance de conductas contrarias a Derecho”: Francisco Reyes Villamizar, *La sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Legis, 2010, p. 114 y 115.

En el derecho norteamericano incluso se habla de un abuso en el juicio que tienen los directores o administradores para decidir los temas financieros de la corporación: “The courts prefer not to interfere... with the sound financial management of the corporation by its directors, but declare as a general rule that the declaration of dividends rests



Doctrina

concreto de los derechos o poderes lícitos²

Antes de descender al abuso en el derecho de sociedades vale la pena mencionar algunos hitos de esta materia en Colombia: i) El primer artículo sobre el abuso en este campo del derecho data de 1965, escrito por Samuel FINKIELSZTEIN bajo el título *El abuso del derecho en las decisiones tomadas por junta de socios y asambleas generales*, publicado en Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas (así era el nombre), publicación editada por la Imprenta Nacional. En ese artículo se lee: “[S]i la mayoría toma decisiones que están fuera del ámbito que se les ha fijado, están actuando sin un derecho que pueda ampararlas o, en otros términos, y de acuerdo con la terminología jurídica pertinente, estaríamos frente a un caso de abuso del derecho. [...] se ha aceptado por los tratadistas que así como puede existir un abuso del derecho por parte de la mayoría, también puede existir ese mismo abuso por parte de una minoría. [...] De acuerdo con lo anterior, se desprende que las causas del abuso del derecho en las decisiones que se toman o se dejan de tomar a nombre de la sociedad, pueden agruparse, grosso modo, en las

*siguientes clases: a) Decisiones en contra del interés social; b) Decisiones en contra de algunos de los socios, sin beneficio de la sociedad, y c) Decisiones a favor de algunos de los socios, sin beneficio de la sociedad. Necesariamente deberá estudiarse los hechos en cada caso, para poder determinar la existencia de ese abuso del derecho”*³

(ii) En punto del abuso en el uso de la información privilegiada en una sociedad anónima, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia apenas del año 2003, consideró que la compra de unas acciones a minoritarios a bajo precio por el accionista mayoritario de una compañía, abusando de su poder de negociación mediante la manipulación de la información comercial o financiera de la sociedad, era una forma de abuso del derecho⁴

La dificultad de aplicación que tiene la teoría del abuso es definir cuándo termina lo lícito y cuando comienza lo ilícito. Es por ello por lo que, entre otras cosas, al abuso del derecho se le ha calificado como un “un ilícito atípico”. En tres reconocidas sentencias la Corte Suprema ha sostenido que “El abuso del derecho implica como

within the sound discretion of the directors, refusing to interfere with their determination unless a plain abuse of discretion is made to appear”: *Euphemia Donahue vs Rodd Electrotipe Company of New England, Inc & others*, 367 Mass. 578, October 8, 1974 – May 2, 1975, Middlesex County. (Subrayas fuera de texto).

² Cfr. Gianluigi Palombella, *El abuso del derecho, del poder y del Rule of Law*, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del derecho, 29, (2006), p. 34 y ss.

³ SAMUEL FINKIELSZTEIN. *El abuso del derecho en las decisiones tomadas por junta de socios y asambleas generales*, en Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, Bogotá, Imprenta Nacional, tomo XX, num. 36, 1965, p. 317.

⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 1 de abril de 2003.

Doctrina

punto de partida un derecho legítimo y efectivo en cuyo ejercicio se ha llegado más allá de donde corresponde a su finalidad o se le ha desviado de ella” § que el abuso es una cuestión de hecho que corresponde al juez en cada caso deducir de elementos objetivos demostrados en el proceso; es decir que el abuso es ante todo una “*quaestio facti*”⁶ y que la acción por abuso del derecho es una acción resarcitoria y no un medio procesal para impugnar la validez de actos jurídicos⁷

Diferencia entre el ilícito típico y el atípico

Manuel Atienza ubica el abuso del derecho dentro de una categoría general que él llama “ilícitos atípicos” junto con el fraude a la ley y la desviación de poder. La nota característica de estos tres ilícitos se encuentra en la discordancia entre la regla y un principio del sistema; es decir, entre las dos normas que conforman un sistema jurídico. En efecto, un ordenamiento se desarrolla mediante principios y reglas, o mejor, la normatividad del derecho se da en un doble plano: el de las reglas y el de los principios. De esa dimensión regulativa del derecho compuesta por dos niveles, el de las reglas y el de los principios, es que Atienza justifica la figura del abuso del derecho cuando ambos entran en contradicción.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de abril de 1942, LIII, 300 y ss.

⁶ Ibidem, LVII, 74 a 80.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de octubre de 1939, XLVIII, 711 a 723.

Los principios sirven como justificación de las reglas, de las pautas específicas y lo ideal es la adecuación de las segundas a los primeros. El abuso del derecho consiste en la inadecuación de una conducta no con una regla o mandato específico sino con un principio del sistema o del ordenamiento jurídico. Para Atienza los ilícitos se dividen en típicos y atípicos. Los primeros consisten en la oposición entre los actos y las reglas, mientras que los segundos son conductas contrarias a principios de mandato. En los ilícitos atípicos se invierte el sentido de una regla: *prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo –y en razón de su oposición a algún principio o principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita. Hay un cambio de status deóntico: se pasa de lo permitido a lo prohibido porque el acto si bien no choca con la regla, sí se encuentra en oposición con el principio. “La figura del abuso del derecho resulta, así, un mecanismo de auto-corrección del Derecho: esto es, de corrección del alcance de reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificativo de las propias reglas”⁸

⁸ MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 59.

Doctrina

divergencia entre el alcance de ciertas reglas jurídicas y las exigencias de los principios relevantes del sistema actúa el abuso del derecho como mecanismo de salvaguardia de la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas.

El abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder, entendidos como ilícitos atípicos, tendrían, según el autor citado, los siguientes cuatro elementos en común: a) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema, d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecerían como permitidos. Las tres figuras, abuso, fraude y desviación de poder, dan lugar a principios interpretativos dirigidos al operador del derecho, pero también a principios dirigidos al legislador para que legisle de manera que se eviten, en la medida de lo posible, las lagunas axiológicas que estas figuras vienen a remediar.

Respecto de si el abuso del derecho implica responsabilidad objetiva o subjetiva, cuestión crucial en nuestro derecho, Atienza afirma, con base en la jurisprudencia española, que el abuso puede ser subjetivo u objetivo. En efecto, una acción es abusiva siempre que se den las siguientes circunstancias: a) ejercicio de un derecho subjetivo; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica ya que si el interés es protegido no habría abuso

sino colisión de derechos;

c) inmoralidad o antisocialidad

de ese daño, “manifestada

de forma subjetiva (cuando

el derecho se actúa con la

intención de perjudicar o sencillamente sin un fin

serio y legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando

el daño proviene de exceso o anormalidad en el

ejercicio del derecho”⁹

Ahora bien, como el sentido de la institución es el de contribuir a la coherencia del derecho, al ajuste entre las reglas y los principios que las fundamentan y las limitan; o, más exactamente, a evitar que produzcan ciertas consecuencias contrarias a principios jurídicos, esto puede producirse también sin que exista intención por parte del agente. Además, la figura del abuso del derecho evita daños injustificados: “No es, o no es solo, el principio de la buena fe, sino también evitar daños injustificados el que justifica la figura del fraude al igual que ocurre con el abuso del derecho o con la desviación de poder”¹⁰

Dicha postura se acomoda al realce que han tomado los principios a la luz del “nuevo derecho”. Se recuerda cómo a la luz del derecho tradicional y legalista, los casos jurídicos concretos se resolvían mediante la aplicación de reglas legales específicas y tanto las principios como la Constitución rara vez influían en las decisiones de los casos jurídicos concretos. Hoy, los principios y la Constitución tienen aplicación concreta en la solución de los casos jurídicos. Un principio del ordenamiento o un principio constitucional abstracto –y el abuso del derecho lo es en la Constitución de 1991– aplicable mediante un argumento interpretativo, puede triunfar sobre

⁹ Ibídem, p. 42.

¹⁰ Ibídem, p. 77.

Doctrina

reglas explícitas y concretas que también pretenden regular una situación concreta o, incluso, se recuerda que en razón a la eficacia mediata de la Constitución, las reglas se interpretan de acuerdo con los valores y principios del texto constitucional.

Finalmente, hay quienes se oponen a un concepto general de abuso del derecho y prefieren, por el contrario, aplicaciones legales específicas o particulares de la figura¹¹. Además, muchos se oponen a una responsabilidad sin culpa por abuso del derecho. Empero la teoría del abuso del derecho es cada vez más generalizada, incluso ya no se le mira tanto como un aspecto de la responsabilidad civil, sino como un tema propio de la teoría general del derecho y más específicamente, de los principios generales del derecho en la medida en que el ejercicio abusivo está relacionado con los límites internos de los derechos subjetivos y esto es precisamente objeto de delimitación por parte de los principios que informan un ordenamiento jurídico¹².

El interés social

Los litigios en muchas oportunidades no encuentran su solución en los textos, como sucede en muchos casos del derecho societario, por ello aquí se ha de recurrir al concepto del “interés social”, como criterio marco, para delimitar o fijar otro criterio marco, como lo es el abuso del derecho. Es decir, que el interés social viene a

definir otra noción marco como lo es la del abuso¹³.

¿Qué será entonces el interés social?

Ese es el busilis de la cuestión porque el actuar de un administrador o de un accionista podrá ser eventualmente calificado de abusivo si su conducta se aleja del referido interés social. ¿Será interés social el que consulte siempre el beneficio de la persona jurídica, o podrá también serlo aquel que consulte el interés individual de los accionistas? ¿Actuará conforme a derecho el administrador o representante legal que toma sus decisiones pensando solo en los socios o accionistas mayoritarios?

El concepto del interés social deviene pues relevante en la medida en que sirve para delimitar cuándo existe abuso en el derecho de sociedades. Pero el problema se complica en la medida en que el concepto de interés social es undívago y no unívoco. Sobre él se han zurcido tesis que se fundamentan ya en una norma legal o en posturas meta-jurídicas que pretenden trascender el sustrato normativo –contractual o institucional- del mismo derecho de sociedades. En concreto, algunos identifican el interés social como el interés común de los asociados; otros como el interés propio de la persona jurídica societaria y otros identifican el interés social como el interés de la empresa. Algunos prefieren hablar de la concepción monista o pluralista de la sociedad. De cualquier manera el interés social es uno de los mecanismos correctores del derecho societario¹⁴.

¹¹ Véase como crítica a la tesis de Atienza, a Paolo Comanducci, *El abuso del derecho y la interpretación jurídica*, en Revista de Derecho Privado Julio-diciembre 2011, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 107 y ss.

¹² Atienza, *ob cit.*, pp. 93 y 94, dice: “Características del Derecho de los Estados Constitucionales son la importancia creciente de los principios, la superación del legalismo (la ley queda sometida a la normatividad superior de la Constitución, de los principios constitucionales), y del formalismo jurídico (los principios jurídicos, frente a las reglas, son razones no formalistas, en el sentido de que exigen entrar en el fondo de la cuestión)”.

¹³ Alain Ghozi, INTÉRÊT-SOCIAL: NOTION CADRE, Coloquio en la Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2011. Todas las referencias a Ghozi que se hacen en este escrito son extraídas de este trabajo.

¹⁴ “Este concepto de interés de la sociedad que goza de una naturaleza funcional permite, a su vez, servir de criterio para prevenir los conflictos que pudieren generarse al interior de una sociedad. De un lado, sirve de criterio para dirimir los descontentos que se presentaren entre socios



Doctrina

y su intento de fijación o precisión conceptual oscila entre posturas por supuesto jurídicas y normativas (teoría contractualista e institucionalista) e incluso posturas economicistas.

Para la teoría contractualista el interés social es aquel que está en consonancia con el interés común de los socios. De acuerdo con la teoría institucionalista el interés social va más allá del interés personal de los socios y se identifica con el interés de la sociedad en sí misma. La sociedad tiene, pues, un interés propio que trasciende al de sus asociados.

Otros identifican el interés de la sociedad, en una perspectiva más económica que jurídica, con el interés de la empresa. La defensa del interés

mayoritarios y socios minoritarios. El juez de conocimiento entraría a calificar si la decisión adoptada ha sido contraria o conforme al interés de la sociedad. Por un lado, sirve de criterio para permitir la exclusión de un accionista, ya sea que se haya pactado este procedimiento en los estatutos o que se promueva a través de una acción judicial. Por otro lado, la ley de mayorías, como mecanismo práctico que permite la agilidad en el funcionamiento de las sociedades y que la distingue de la indivisión –regla de la unanimidad–, podría ser cuestionada por parte del juez. Aún más, cuando exista una parálisis de la sociedad, con ocasión del bloqueo de sus órganos de administración o por el riesgo de realización de actos irregulares o gravemente inoportunos que pondrían a la sociedad en peligro. En fin, cumpliría un rol de interpretación de los estatutos, cuando existan divergentes apreciaciones de ciertas cláusulas estatutarias o, incluso, también lo sería en caso de las extra-estatutarias. Además de todo esto, el concepto de interés de la sociedad cumple con la función de servir de criterio para impugnar las deliberaciones sociales”: Manzur Michel Numa, *El interés común de los asociados, interés de la sociedad e interés de la empresa*, en La Empresa en el siglo XXI, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 362 y 368.

social “consistiría, no solamente en tener en cuenta el interés de los asociados, sino igualmente el interés de los trabajadores, acreedores, proveedores, clientes e incluso del mismo Estado y de todos aquellos que obtienen una ganancia de la sociedad. [...] La personalidad jurídica no está ligada entonces al grupo de personas sino a lo que ellas emprenden, a esa actividad económica organizada”¹⁵ El interés social trasciende el interés de los socios y se piensa que la sociedad es el ropaje formal de la empresa en cuyo interés social van envueltos intereses plurales: el de los acreedores, proveedores, trabajadores, etc.

La discusión sobre cuál es el interés que debe perseguir un ente societario fue planteada en los años treinta del siglo pasado en los Estados Unidos; ella –la discusión– ha regresado por los escándalos corporativos y financieros recientes: Enron, Parmalat, Lehman Brothers y la crisis hipotecaria del 2008 con efecto global, y sobre todo por la desregulación que se pregona por doquier, señalándose que es el libre mercado y no la intervención normativa la que debe guiar la actividad empresarial. Otros por supuesto dudan mucho de la “mano invisible” del mercado.

En los Estados Unidos y en su derecho corporativo se ha establecido que los directores y ejecutivos tienen responsabilidades fiduciarias solo para con los accionistas (*shareholders*). Los directores y administradores deben manejar la compañía para el beneficio exclusivo de sus accionistas. Sin embargo esto ha sido reformado

¹⁵ Manzur Michel Numa, *El interés común de los asociados, interés de la sociedad e interés de la empresa*, ob cit., p. 362 y 363.

Doctrina

en la mayoría de los estados en el sentido de autorizar a los directores a tomar en la cuenta los intereses de otras “*constituencias*” tales como los empleados, proveedores, clientes y las comunidades locales en los procesos de toma de decisiones comerciales (*in making business decisions*)¹⁶ Como apoyo jurisprudencial se suele citar el caso Dodge vs Ford Motor en donde los directores fueron acusados de haber subordinado los intereses de los accionistas a otros intereses. Los directores, en este caso, estaban dominados por Henry Ford, quienes rechazaron pagar los dividendos y en cambio reducir los precios de los productos a los consumidores. La Suprema Corte de Michigan estimó que la decisión de los directores no había sacrificado los intereses de los accionistas¹⁷ Se ha considerado que cuando los directores toman en cuenta “*various corporate constituencies*” de alguna manera también se benefician los *shareholders*. Sin embargo, y esto es bueno señalarlo, a pesar de decisiones a favor de tomar en cuenta otros intereses, el debate está abierto y el apoyo a intereses que no sean los de los accionistas es con frecuencia criticado¹⁸.

¹⁶ Pensilvania en el año 1983 fue el primer estado en adoptar un estatuto que específicamente autorizó a los directores a considerar los intereses de otros grupos aparte de los de los accionistas en las tomas de decisiones. Muchos otros estados han adoptado leyes similares.

¹⁷ Dodge v. Ford Motor Co, 204 Mich. 459, 170 N.W. 668 (1919).

¹⁸ Elena Pérez Carrillo, *Corporate Governace; Shareholders' Interests' and other stakeholders' interests*, en Corporate Ownership & Control, volume 4, Issue 4, Summer, 2007, p. 100 y ss.

De modo pues que existe una interpretación monista (*Shareholders*) o pluralista (*Stakeholders*) del interés social, está última aupada por la gran crisis ocurrida en el 2008 en los Estados Unidos y sobre cual se ha dicho que las empresas tienen que hacer algo más que simplemente maximizar su valor en el mercado. Empero, sobre esta última se ha dicho: “*Debemos reconocer en cualquier caso que ésta no ha sido hasta ahora la posición aceptada por la mayoría de ordenamientos jurídicos, de allí que algunos sostengan que a pesar de la intermitencia en la discusión sobre la teoría del stakeholder value –y de haberse sustraído conceptos de aquella–, en el ámbito legal resulta evidente que en el derecho no existen verdaderos esfuerzos –ni tampoco aportes–, desde el punto de vista normativo, para hacer efectiva esta teoría*”¹⁹

¹⁹ Luis Fernando Sabogal Bernal, *El interés social: Apuntes teóricos en el marco socio-económico del derecho de empresa*, en Revista E-Mercatoria, Universidad Externado de Colombia, Volumen 10, Número 1, 2011, p. 17. Además aquí se lee: “Bajo una interpretación monista del interés social, los administradores cumplen correctamente su deber legal de lealtad y desempeñan sus funciones exclusiva o preferentemente en pro de los intereses lucrativos de los socios, de manera tal que al administrador le estaría vetado proteger intereses extra-sociales que trasgredan ese interés primigenio de los socios, so pena de exponerse a un juicio de responsabilidad u otras consecuencias corporativas. Debemos advertir que ésta ha sido precisamente la interpretación que ha motivado la creación del deber de lealtad de los administradores en muchos ordenamientos con la injerencia del derecho angloamericano (de corte monista), pues originariamente lo que se ha

Doctrina

Se estima que el derecho de sociedades no tiene como función esencial la defensa de los derechos de los *stakeholders*; los intereses de estos se encuentran disciplinados en otras ramas del derecho: derecho del trabajo, el derecho concursal, el derecho del consumo, el derecho ambiental.

buscado con la incorporación de este deber ha sido dotar de mayor seguridad jurídica a los socios, quienes a partir de este instrumento han podido esperar y exigir del administrador que se mantenga fiel a los “intereses de los socios” que lo han nombrado y que esperan razonablemente administre el patrimonio que se le ha confiado conforme a las instrucciones dadas a tales efectos, evitando así que éstos puedan perseguir intereses extra-sociales, incluidos dentro de esos, por supuesto, sus intereses personales.

Por el contrario, una interpretación pluralista del interés social, en sede del deber de lealtad, sugeriría que el administrador cumpliría adecuadamente con su deber de lealtad cuando desempeñe sus funciones garantizando de forma equilibrada los intereses de todos los sujetos reconocidos en el primer grupo (propietarios, trabajadores, consumidores, proveedores y comunidad local). En esa medida, el administrador podría encontrarse sometido a un juicio de responsabilidad (u otros mecanismos societarios de control) si manifiesta e injustamente prefiere alguno de estos intereses (u otros intereses extra-sociales no incluidos en este primer grupo) en detrimento de los otros. Obviamente, la apertura hacia una interpretación similar conduciría muy probablemente a una reformulación del deber de lealtad si es que la intención de la norma fuese la exclusiva defensa del interés del socio-inversionista. Pero si, a diferencia de lo anterior, la intención de la norma fuese facilitar el avance hacia un ejercicio de la actividad empresarial sobre un rol más socialmente responsable, una interpretación pluralista del interés social podría constituir un excelente punto de partida”.

En Inglaterra el deber de los administradores de actuar de conformidad con los intereses de la compañía, esto es, de los *shareholders*, va acorde con el modelo que ha sido acogido legalmente, aunque se reconoce que “*In recent years the model’s exclusive focus on shareholder interests has to an uncertain degree been modified*”²⁰

Obsérvese que si se acogiese normativamente la teoría pluralista del interés social, se modificaría el sistema de responsabilidad de los administradores porque estos aun ante la presencia de daños a los accionistas podrían argüir haber actuado en consideración a intereses de los *stakeholders*. En otras palabras, un administrador podría defenderse de los efectos negativos de una acción de responsabilidad, siempre que logre demostrar

²⁰ J.E. PARKINSON, *Corporate Power and Responsibility, Issues in the Theory of Company Law*, Oxford, 2002, p. 76. “In the German version the company is a community of interests, none of which should take precedence over the others. Profit making remains an important goal of the organization, but one that ought to be balanced against the welfare, among other things, of employees and the local community, and the quality of the physical environment. The Japanese go further in relegating the interests of shareholders, seeing the company as existing primarily for the benefit of employees. The German and Japanese are of course still capitalist systems, with capital largely in private hands and enterprises operating in more or less competitive markets, but they are systems in which there is less confidence in the ‘invisible hand’, both to create wealth and also to limit the adverse social consequences of economic activity”: preface, xi, xii.

Doctrina

que no hubo incumplimiento a sus deberes de lealtad y diligencia, lo cual podría probarse demostrando que se actuó de conformidad con el interés social, aun cuando ello hubiese ocasionado separarse de los estrictos intereses lucrativos de los accionistas²¹. Es decir que si los administradores pudiesen tener en la cuenta múltiples interés en sus decisiones, esto incrementaría su discreción en las mismas.

De todas maneras, el administrador deberá actuar de acuerdo con el deber de lealtad, es decir, que no debe aprovecharse de la sociedad y de sus asociados y el actuar conforme al interés social de la compañía sirve para determinar si ha habido o no conflicto de intereses.

Para los propósitos de este escrito se deben retener dos cosas: (i) que el concepto del interés social es un concepto relativo. Una cosa será el interés social en una sociedad anónima cerrada y otro en una sociedad anónima abierta. Uno en una sociedad pequeña y familiar y otra en una gran compañía con importantes inversionistas institucionales. Y (ii) que el abuso es una *quaestio facti* en el sentido de que es el juez el que lo precisa; en materia de sociedades el interés social, como noción marco, para ser determinado por el juez, permite circunscribir a la vez el abuso. Actuar conforme con el interés social constituye el criterio base para precisar si el actuar de un administrador o de un accionista o grupo de accionistas es leal, correcto, razonable. Pero sigue rondando la pregunta: ¿se puede retener que el interés social es aquel que va en concordancia con el interés común de los socios?

²¹ Cfr. Freeman (2010), p. 163 y 172, citado por Luis Fernando Sabogal, *ob. cit.*, p.17.

o ¿será el interés social el que esté en consonancia con el interés del ente corporativo?

La definición del interés social tiene un propósito fundamental: sentar una regla en el comportamiento de los administradores, a favor de la primacía del interés de la sociedad sobre cualquier otro que pudiera proyectarse sobre la actuación de los administradores²².

Para Alan Ghazi el interés social cumple tres funciones ligadas entre sí: designa los objetivos que los administradores deben alcanzar; constituye el criterio de destitución de los administradores que no cumplen esos objetivos y, finalmente, fija los límites de las iniciativas de los directivos, es decir, que si se exceden en las iniciativas, podría haber abuso.

Mayorías

Se argumentaba que las decisiones de las mayorías no podían impugnarse por abuso de poder²³. Hoy es difícil encontrar que se desconozca que una mayoría, bajo el pretexto de buscar los intereses generales de la empresa, adopte resoluciones arbitrarias, inicuas o abusivas.

²² Cfr. Sánchez Calero, 2006, p. 905.

²³ Según Brunetti, Lordi se manifiesta contrario a la impugnación por abuso de poder en los siguientes términos: “Fuera de tales límites (distribución de beneficios inexistentes, adquisición de deudas con la anónima) y fuera de los demás casos de violación de ley, del acto constitutivo y del estatuto, el acuerdo no puede ser impugnado por exceso de poder. Es un

Doctrina

Dentro de las formas de abuso de las mayorías se tienen las siguientes hipótesis: 1) cuando las mayorías en lugar de repartir utilidades, deciden sistemáticamente destinar los recursos a la constitución de reservas injustificadas; 2) remuneraciones excesivas para los administradores sociales; 3) aumentos de capital con el propósito subyacente de diluir el capital de los socios o accionistas minoritarios²⁴.

Sobre la primera hipótesis, esto es, la lesión del derecho del accionista a los dividendos se ha dicho que con su ocurrencia la minoría, privada del derecho al dividendo, se desinteresa del devenir societario. O lo que es lo mismo, la mayoría provoca el estrangulamiento de la minoría, que sale a vender sus acciones a un precio irrisorio²⁵.

inconveniente relativamente leve el que la mayoría apruebe balances con reservas excesivamente prudenciales, que apruebe balances con pérdida o sin beneficios para reforzar la situación de la hacienda, que mayorías especiales deliberen la disolución anticipada de la anónima, cuando sería preferible conservarla con vida. Sería peor que la autoridad judicial, con el pretexto de observar un exceso de poder, pudiese imponer sus criterios administrativos a los de la mayoría, que por la fuerza de las cosas no pueden ser sometidos a censura, a no ser que exista violación de ley, del acto constitutivo o del estatuto”: BRUNETTI, *Tratado*, t. II, p. 426.

²⁴ Este es el caso Banco Colombia contra la familia Gilinski que ocupó la atención de los medios de comunicación en Colombia por un no despreciable arco de tiempo de 10 años.

“La doctrina se ha encargado de construir una frontera entre la legitimidad y la ilegitimidad de las mayorías, alrededor del concepto del *interés social* –uti socii-, de manera que cuando las decisiones asamblearias no responden a esta noción, representan una alteración del orden jurídico que, teniendo por fin lesionar los derechos de las minorías, dan lugar al desarrollo de la teoría del abuso del derecho”²⁶.

No podría existir abuso del poder de la mayoría en los casos en que, aún con el rompimiento de la igualdad entre los accionistas, con las decisiones se logra el beneficio para la sociedad. Es decir cuando se actúa en función del “interés social”. *Contrario sensu*, y como lo señala Ghazi, “la ausencia de interés social permite caracterizar el abuso”. Aquí no está de más recordar el carácter obligatorio que tienen las decisiones generales

²⁵ Sobre esta hipótesis cabe recordar lo que se lee en Digesto 17.2.29.2: “No puede constituirse una sociedad tal, que uno estuviera solamente a la ganancia y otro a la pérdida, y que se acostumbró a llamar leonina a esta sociedad; y convenimos en que es nula una sociedad tal en la que uno estuviera a la ganancia, y otro no estuviera a ganancia alguna, sino a la pérdida; porque es muy injusto género de sociedad el de aquella por la que uno espere pérdida, pero no también lucro”.

²⁶ NESTOR HUMBERTO MARTINEZ, *Cátedra de derecho contractual societario*, Bogotá, Abeledo Perrot, 2010, p. 405.

Doctrina

aprobadas por la mayoría; a través de este mecanismo –el de la mayoría– es que se avala la conducción razonable de los entes societarios²⁷. Además la junta o la asamblea ejercen sus funciones adoptando “todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados”²⁸.

Paridad y Minorías

El abuso también puede ser por la paridad o por los minoritarios. El primer caso se da cuando el asociado igualitario sin motivo razonable rechaza sistemáticamente las decisiones presentadas por su coasociado gerente, privando a una sociedad de responsabilidad limitada de la oportunidad de ver mejorados sus resultados; o cuando el socio igualitario impide en su propio interés la adopción de una decisión necesaria para la sociedad (transformación en sociedad anónima, aumento de capital por incorporación de reservas, aprobación de cuentas). De acuerdo con el derecho francés, el rechazo por un socio igualitario de votar la puesta en reserva de

beneficios de los que la sociedad necesita para hacer una inversión importante constituye un abuso de igualdad. Constituye un abuso de igualdad el que resulta del rechazo sistemático del socio igualitario de votar la aprobación de cuentas, la afectación de los resultados y el pago de la remuneración al gerente estando previsto en los estatutos.

En cuanto al segundo se ha dicho que para sancionar el abuso de minorías, los jueces deben establecer que la actitud del socio minoritario fue contraria al interés general de la sociedad y que su deseo de favorecer sus propios intereses va en detrimento del conjunto de otros socios. La actitud abusiva del minoritario busca bloquear toda modificación o reforma a los estatutos sociales que impliquen, por ejemplo, aumento de capital o la prórroga del término de duración de la sociedad. Ha dicho la jurisprudencia francesa que constituye un abuso de minorías el rechazo de votar un aumento de capital necesario para la supervivencia de la sociedad dictado por consideraciones personales incompatibles con el interés de la sociedad²⁹.

Interés social con texto y sin texto

Si se trae al derecho colombiano la distinción que Ghazi hace entre interés social en los textos e interés social sin texto, se tiene lo que sigue:

²⁷ Señala el artículo 188 del C. de Comercio: “Reunida la junta de socios o asamblea general como se prevé en el artículo 186, las decisiones que se adopten con el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes obligarán a todos los socios, aun a los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y que se ajusten a las leyes y a los estatutos. PAR.- El carácter general de las decisiones se entenderá sin perjuicio de los privilegios pactados con sujeción a las leyes y al contrato social”.

²⁸ Señala el artículo 187.6 del C. de Comercio.

²⁹ « Le refus de voter une augmentation de capital nécessaire à la survie de la société, dicté par des considérations personnelles incompatibles avec l'intérêt de la société, constitue un abus de minorité. ? » T. com. Paris, 24 sept. 1991 (1^{re} esp.): Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires 1992, n° 52.



Doctrina

El concepto de interés social en los textos se aprecia en la norma que establece los deberes de los administradores sociales, según la cual, estos *“deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los asociados”*³⁰ Aquí nos preguntamos: ¿estará acogiendo el legislador la tesis contractual o institucional del interés social?

Así mismo, en la norma contenida en la ley de la sociedad por acciones simplificada referida al abuso del derecho: *“Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía”*³¹. Sobre esto se volverá más adelante.

Respecto del interés social sin texto la ley 1474 de 2011, conocida como ley anticorrupción, creó un nuevo tipo penal, aplicable al derecho societario, denominado “Administración desleal” el cual señala:

“El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

³⁰ Artículo 23 de la ley 222 de 1995.

³¹ Artículo 43 de la ley 1258 de 2008

Obsérvese que en el texto leído el concepto del interés social no aparece, pero con seguridad el criterio marco del interés social servirá para precisar si el administrador ha abusado de las funciones propias de su cargo.

En relación con el delito de “Utilización indebida de información privilegiada”, la ley anticorrupción le incrementó su punibilidad (de multa pasó a prisión), pero respetó el texto que venía del Código Penal del año 2000. El tipo penal señala:

“El que como empleado, asesor, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea de conocimiento público, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Obsérvese igualmente que el concepto del interés social servirá para inferir si el uso de la información privilegiada ha sido o no indebido.

En materia punitiva, pues, el “interés social” llena el vacío de la regla penal dando el criterio de su aplicación, como en el delito de administración desleal (abuso de bienes sociales) o el criterio de su exclusión, como en el tipo penal de la “utilización indebida de información privilegiada”. Técnicamente, señala Ghózi, el juez escribe en parte la ley penal.

Doctrina

El abuso del derecho en la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)

Aquí se está, como se ha mencionado, en una hipótesis de interés social con texto. Esta especie de abuso del derecho quedó trasunto en la ley que le dio vida y reconocimiento a las famosas SAS o sociedad por acciones simplificadas. Allí en el artículo 43, de la ley 1258 de 5 de diciembre de 2008, se dice:

“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 un tercero 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”.

Nótese, tal como dice Ghazi, que “El interés social es utilizado como el fundamento de la intervención del juez para controlar las razones de los votos”.

Sobre esta norma se ha dicho que sólo aplica al tipo de la sociedad por acciones simplificada y no a cualquier otro tipo societario; que la acción por abuso la pueden ejercitar tanto los administradores como los accionistas y que la norma permite que con el ejercicio de una acción por abuso del derecho, tradicionalmente de carácter resarcitorio, se impugne la validez de la decisión.

En el derecho francés, las soluciones del juez con ocasión del abuso son múltiples y variopintas. Se sostiene en la jurisprudencia francesa, por ejemplo, que las deliberaciones abusivas pueden ser anuladas, a pesar de que el abuso no se encuentre dentro de las causas legales de nulidad. La nulidad surge en este caso a manera de reparación³². Yves Chaput, por su parte, informa cómo la jurisprudencia francesa ha permitido que se imponga judicialmente una decisión conforme al interés social, en reemplazo de la determinación anulada³³. “Para sancionar el abuso de minoría o de paridad, la jurisprudencia le otorga al juez la atribución de designar a un mandatario con el fin de que represente a los accionistas minoritarios renuentes en una nueva asamblea y que pueda votar en nombre de éstos en sentido que resulte acorde al interés social, sin que por ello se atente contra el interés legítimo de los minoritarios”³⁴.

³² Francisco Reyes, La sociedad por acciones simplificada, *ob cit*, p. 119 y 120.

³³ Yves Chaput, citado por Reyes, p. 120.

³⁴ Pierre Mousseron, citado por Francisco Reyes, p. 120 y 121.

Doctrina

tomen en los ámbitos propios de las sociedades mercantiles³⁵.

De cualquier manera no se observa un desquiciamiento del ordenamiento patrio aceptarse que mediante el ejercicio de una acción por abuso del derecho, además de la indemnización de perjuicios, se pida la nulidad de la decisión que dio origen al abuso, tratándose incluso de decisiones en cualquier tipo de sociedades, es decir, no solo para la SAS.

Si bien la Corte Suprema no ha profundizado respecto a que de la nulidad de un acto pueda además derivarse una indemnización de perjuicios, en el mismo Código Civil existen hipótesis que lo avalan. Piénsese por ejemplo, en el evento del error en la persona en donde se permite que “en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato”³⁶. También en el caso de la venta de cosa que al perfeccionarse el contrato se supone que existe, pero en realidad no existe, porque si bien no hay contrato “el que vendió a sabiendas lo que en todo o en una parte considerable no

existía, resarcirá perjuicios al comprador de buena fe”³⁷.

Valga aquí una aclaración conceptual: mientras en el abuso de los mayoritarios es lógico reclamar la nulidad de la decisión adoptada, dicha solicitud deviene impertinente en materia de abuso de minoritarios porque aquí no ha habido decisión, sino obstrucción de la misma; es por ello por lo que en principio la sanción por abuso de minoritarios consiste en una indemnización de daños y perjuicios a favor de los mayoritarios.

Empero en el caso de abuso de minoritarios (y de paridad) ha habido una exquisita creación

a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”. (Subrayas fuera de texto).

³⁶ Véase el artículo 1512 del Código Civil Colombiano.

³⁷ Véase el artículo 1870 del Código Civil colombiano. “[P]uede decirse en términos generales que tiene derecho a exigir perjuicios derivados de la declaratoria de nulidad de un contrato, quien de buena fe los sufre, por no haber conocido o no haber podido conocer el vicio que invalidaba el contrato, siempre que la nulidad haya sido declarada a petición de la otra parte y que ésta haya podido o debido conocer el vicio o haya o haya actuado de mala fe”: JORGE SANTOS BALLESTEROS, *Instituciones de responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2004, tomo II, p. 235. “En el caso donde la nulidad y los daños y perjuicios hayan sido solicitados cumulativamente por el

³⁵ La posibilidad de que mediante el ejercicio de una acción por abuso del derecho se solicite además de la indemnización de perjuicios otra medida por parte del juez ya lo había previsto el Código Civil Español en su artículo 7.2.: “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar

Doctrina

pretoriana en el derecho francés en donde como se dijo se le puede solicitar al juez el nombre de un mandatario para que en representación de los minoritarios adopte la decisión que esté en consonancia con el interés social de la sociedad³⁸. Se ha dicho, además, que el juez no puede tomar la decisión porque éste no puede sustituir a los órganos sociales y que el juez no puede fijar el sentido del voto del mandatario que él designa. Sin embargo en decisión del 9 de marzo de 1993³⁹, caso Flandin, la Corte de Casación se abstuvo de decidir por considerar que al hacerlo se estaría inmiscuyendo en los intereses de la sociedad.

Abuso del derecho en la jurisprudencia arbitral

Primer caso. En uno de los primeros laudos en la justicia arbitral se consideró que impedir la cesión de cuotas sociales de un minoritario y con

demandante, la autonomía de las dos acciones explica que el juez pueda decidir no acoger sino una de las dos pretensiones. Así el juez podrá descartar la nulidad de la demanda y no dar curso sino a la acción de responsabilidad, bien sea porque no se llenan las condiciones de la nulidad, o porque la acción de nulidad se ha extinguido por el juego de la prescripción o se ha perdido por el hecho de una renuncia de su titular, o, en fin, porque tratándose de una nulidad facultativa, el juez no la declara. Si, por el contrario, las condiciones de la responsabilidad precontractual no se llenan, no estando determinada la culpa de la otra parte o establecido el perjuicio, el juez puede declarar sólo la nulidad con la exclusión de la condena a daños y perjuicios”: CATHERINE THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, trad. Gustavo de Greiff, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 541.

posterioridad capitalizar la sociedad para diluir su participación en el capital social, constituyen conductas abusivas de los mayoritarios que dan lugar a la reparación integral del afectado. Para el Tribunal no puede aceptarse que so pretexto de un fortalecimiento patrimonial, muchas veces injustificado e innecesario, se oprima a los asociados minoritarios mediante la reducción del valor de su inversión y la privación de su interés en la asociación mercantil⁴⁰.

38 Corte de Casación, Sala Comercial, Arrêt Flandin del 9 de marzo de 1993.

39 Tomado de DROIT COMMERCIAL. SOCIETES COMMERCIALES, Phillipe Merle, Edicion Dalloz, 2007, Pagina 696.

40 Cámara de Comercio de Bogotá, laudo de 17 de marzo de 2004 que dirimió el conflicto entre GUILLERMO MEJÍA RENGIFO contra LUCILA ACOSTA BERMÚDEZ y OTROS. Árbitros: Francisco Reyes Villamizar, Florencia Lozano Reveiz y Fernando Silva García. “La conducta desplegada por los accionistas mayoritarios y que es objeto de censura por su tinte abusivo se tradujo en una reducción de la participación del socio convocante, quien pasó de tener el 5.7692% a ser titular del 0.34% del capital social en la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. La aludida reducción resultante de la capitalización efectuada generó un daño al patrimonio del señor Guillermo Mejía Rengifo que habrá de ser indemnizado. Cuando se examinó el aspecto relacionado con la violación del derecho de cesión en que incurrieron los accionistas mayoritarios, se puso de presente que dicha violación afectó al convocante en cuanto la conducta en mención le impidió disponer de la parte de sus cuotas sociales que iban a ser

Doctrina

De este laudo se ha de destacar que fue en conciencia y que el Tribunal determinó que no se iba a pronunciar sobre la eficacia de las decisiones de la junta de socios que violaron la cesión de las cuotas sociales y en donde se decidió el incremento del patrimonio social. Se lee en este laudo lo que sigue:

“A juicio del Tribunal el problema del abuso en el contexto del derecho sociedades no debe reducirse de manera exclusiva al asunto de la responsabilidad de la compañía o de sus socios por las deudas sociales, que suele analizarse bajo ya doctrina del descorrimiento del velo societario, sino que puede extenderse a otros ámbitos, como aquellos relacionados con la aplicación del principio de la ley de las mayorías -vinculado de manera estrecha con la teoría organicista sobre la personificación jurídica de la sociedad-, por cuyo posible abuso pueden resultar perjudicados los socios de minoría. [...] Bajo la concepción tradicional se estima que las determinaciones mayoritarias encarnan el denominado querer social, o sea que representan la expresión volitiva del ente societario, manifestada por conducto del órgano social competente (junta de socios). Esta asunción fáctica justifica la existencia de preceptos como el contenido en el artículo 188 del Código de Comercio, según el cual, los socios ausentes y disidentes quedan, en general,

negociadas y, de esta forma, se afectó posteriormente su patrimonio como consecuencia de la capitalización que se llevó a cabo, toda vez que la dilución que como consecuencia de la capitalización se produjo no lo hubiera afectado, sino en la parte de la participación social que después de la cesión iba a conservar”.

obligados respecto de la decisión mayoritaria, por la determinación así adoptada. Empero, la realidad enseña, como ocurre en el caso que se decide por este laudo, que la mayoría, al manifestarse en determinaciones del máximo órgano social, puede apartarse de modo significativo del denominado Interés social, para confundirse con la simple suma de los intereses individuales de los asociados mayoritarios, intereses que en cuanto se expresan en dirección contraria a la que guía la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a las decisiones de la mayoría, abre las puertas a la corrección de la desviación mediante la aplicación de la figura del abuso del derecho. Cuando, como ocurre en el presente caso, se aprueba una determinación de capitalizar la sociedad con el propósito subyacente de diluir la participación en el capital de los minoritarios y de establecer una pre-composición de los socios mayoritarios, se produce un abuso de mayoría que debe ser corregido. No puede tolerarse, en verdad, que sin que medie una oportunidad real de participación, un asociado resulte mermado en sus derechos patrimoniales por la simple imposición de decisiones arbitrarias orientadas por el propósito inconfesable de perjudicarlo”.

Se dijo además en el laudo que el obrar de buena fe adquiere una dimensión mayor en el contexto de los denominados contratos de colaboración, en los cuales la satisfacción de intereses de los asociados se debe buscar mediante la acción coordinada de los mismos en procura de la obtención del fin común. Como la cesión de cuotas es por regla general la única opción que se ofrece a los asociados para desligarse de la

Doctrina

sociedad no es acorde con la buena fe que “los socios que ejercen un nítido control sobre una sociedad de responsabilidad limitada desarrollen una conducta dirigida a obstruir o cuando menos a entorpecer el legítimo derecho del socio minoritario a obtener que un tercero adquiera una parte de su participación en la sociedad, menos aún si la sociedad es familiar y de aquellas que pueden caracterizarse como de personas”.

Segundo caso. En otra jurisprudencia arbitral se estimó que un cuantioso contrato de asistencia técnica firmado por la sociedad con uno de los socios mayoritarios se había acordado en un evidente ejercicio de posición dominante de la mayoría⁴¹. Aquí se lee:

“El contrato de asistencia técnica suscrito entre Makro Cómputo y su accionista mayoritario es quizás la muestra más significativa de un abuso del derecho, no porque no pueda suscribirse un contrato de esta naturaleza, común por lo demás en muchas situaciones del mundo comercial, sino por razón de las circunstancias particulares que rodearon este contrato. La presencia de un evidente conflicto de intereses, el muy elevado valor del contrato, por aproximadamente 385 millones de pesos que representa una importante afectación de las utilidades a diciembre 31 de 1998, la falta de formalidades legales (firma conjunta con el gerente de finanzas), la falta de autorización por la Asamblea, el desconocimiento

a las órdenes de la Superintendencia de Sociedades respecto del conflicto de intereses, la oposición permanente del grupo minoritario, de bulto muestran la posición abusiva de los accionistas mayoritarios al suscribirlo y lograr su ratificación durante varios años. Independientemente de la bondad del contrato, que la apoderada de las demandadas considera probada con algunos testimonios, lo cierto es que existe honda controversia acerca de su conveniencia, especialmente teniendo en cuenta la situación de la compañía; pero más allá de lo anterior, no podía ser ajeno la convocada al hecho de que la celebración del contrato de asistencia técnica entre la sociedad y los accionistas mayoritarios tenía fuerte repercusión en las utilidades a diciembre 31 de 1998, y no existe registro alguno en el proceso acerca de que con antelación las partes hubiesen previsto o querido la realización de una asistencia técnica como la comentada. Por todo lo expuesto no duda el Tribunal en considerar que el contrato no se ha debido tener en cuenta en el balance de 1.998 y se celebró con un clarísimo abuso de derecho por parte de los accionistas mayoritarios”.

Tercer caso. En punto del abuso de la mayoría vale la pena mencionar un laudo de 3 de agosto de 2011 en donde se declaró que había habido abuso del derecho de la mayoría sobre la minoría por no votar favorablemente los aumentos de cánones de arrendamiento en los inmuebles donde operaban locales o establecimientos de comercio de la sociedad arrendataria de la cual eran socios los mayoritarios, pero no los minoritarios que sí lo eran de la sociedad arrendadora. Es decir que los socios mayoritarios

⁴¹ Cámara de Comercio de Bogotá, laudo de 29 de noviembre de 2005 que dirimió el conflicto entre GERMÁN ALFONSO Y CIA LTDA Y OTROS contra DATAFLUX S.A. Y OTRA. Árbitros: José Fernando Torres, Pilar Salazar Camacho y Bernardo Herrera Molina.

Doctrina

de la sociedad arrendadora formaban también la mayoría en los órganos de decisión de la firma arrendataria. Los minoritarios recurrentemente solicitaron en las respectivas juntas de socios de esta última que los valores de los arrendamientos se incrementaran a los valores del mercado ⁴²

En el laudo se sostiene que la acción por abuso del derecho no es solo para las Sociedades por Acciones Simplificadas; que para buscar la realización del interés social, debe prevalecer éste sobre el interés individual de cada socio o de un grupo de socios, sea éste mayoritario o minoritario; que no es discutible que en una sociedad las decisiones se tomen por las mayorías, porque eso hace parte intrínseca del desarrollo comercial de los negocios, y por eso el legislador, salvo las votaciones calificadas, deja en libertad a los socios para fijar tales aspectos en sus estatutos sociales. Sin embargo, cuando el ejercicio de ese derecho va más allá del legítimo interés que prevé la norma, y tratándose de votaciones uno de esos objetivos es el de no paralizar el desarrollo del objeto social por un capricho de una minoría, o cuando ese ejercicio lo llevan a cabo las mayorías con un interés alejado, a través del cual se desconocen no solamente los intereses de los minoritarios sino de la sociedad misma, se está frente a un típico caso del abuso del derecho.

En el laudo no se discutió la eficacia de los contratos que originaron los arrendamientos ni tampoco el resultado de las votaciones dentro de los órganos sociales en cada empresa, sino en esencia el perjuicio sufrido por el no aumento en los cánones de arrendamiento. En apartes relevantes se lee lo que sigue:

“Lo que se discute es que, precisamente con base y bajo el presupuesto de la regularidad formal de las mayorías, se hayan adoptado decisiones que exceden los límites del derecho de quienes las tomaron constituyéndose en abuso, en perjuicio de los socios minoritarios. En otras palabras, el ataque de la convocante consiste en que los socios mayoritarios usaron sus atribuciones cumpliendo formalmente los estatutos pero sobrepasando el límite del ejercicio legítimo de sus derechos de mayoría, en perjuicio de los socios minoritarios”. [...] una conducta abusiva entraña ilicitud en el sentido de que parte o se inicia con el ejercicio legítimo de un derecho pero se desvía de la finalidad y función natural de ese derecho hacia un objetivo nocivo o pernicioso. En el caso de las sociedades se manifiesta en buscar un propósito o finalidad que no beneficia a todo el conjunto social sino arbitrariamente a un solo asociado o a un solo grupo de asociados con perjuicio o lesión para los demás, lo que chocaría con los preceptos de los artículos 187(6) del Código de Comercio y 23(6) de la Ley 222 de 1995. [...] Con todo, las Juntas de Socios de las empresas dueñas de los locales siguen negando la solicitud de buscar el ajuste de los cánones no obstante haber aprobado la práctica de avalúos de los locales. Quiere ello decir que el derecho de las

⁴² Cámara de Comercio de Bogotá, laudo de 3 de agosto de 2011 que dirimió el conflicto entre YEPES AVILA y CIA S. en C. y otros contra INVERSIONES LOPERA MACIAS S. en C. y otros. Árbitros: Julio Benetti Salgar, Jorge Cubides Camacho y Hernando Cardozo Luna.

Doctrina

mayorías para decidir en las Juntas se desvía hacia la dilación, la demora, o el perjuicio para unos socios, sin que tenga ninguna importancia para tales mayorías el hecho de ser las sociedades dueñas las primeras perjudicadas con la demora en arreglar los cánones. Una y otra cosa constituyen lesión de la buena fe: lo primero porque desconoce el equilibrio que debe existir en las relaciones de los socios y lo segundo porque pone en duda la obligación de la administración de buscar la realización del interés social, prevalente sobre el interés de algunos socios. [...] Los reajustes de los cánones de arrendamiento hacen parte de los intereses económicos societarios y beneficiaban a todos y cada uno de los socios; pero si un grupo de socios se une para obtener una mayoría a fin de hacer una votación en contra de otro grupo de socios que constituyen en ese acto de votación una minoría, con intereses ocultos, no hay duda de que se dá el abuso de derecho y aparece de bulto, a simple vista, el perjuicio o desmedro patrimonial para las sociedades Maype Ltda. y Gran Convenio Ltda., es decir para todos y cada uno de sus socios, pero que afectó directamente a los minoritarios que no eran socios de Almacenes YEP SA. Aparte de las consecuencias por el conflicto familiar, el interés oculto, o los intereses ocultos, llevaban a evitar a toda costa, mediante el ejercicio del derecho al voto de los socios que conforman una mayoría en las sociedades Inversiones Maype Ltda. y Gran Convenio Ltda., que eran los accionistas de Almacenes YEP S.A., el reajuste de los cánones de arrendamiento de los inmuebles en los cuales Almacenes YEP S.A.

desarrolla su operación comercial, decisión que beneficiaba única y exclusivamente a quienes tuvieran simultáneamente la calidad de socios de las tres sociedades. [...] Hay pues, en conclusión, negligencia o culpa de estos socios mayoritarios que en las juntas de socios de cada una de las sociedades Inversiones Maype Ltda., y Gran Convenio Ltda., negaron sistemáticamente la atención de las solicitudes de los minoritarios, por demás fundadas por lo tantas veces dicho en estas consideraciones, de ser muy bajos los cánones y haber cambiado la composición accionaria de las sociedades involucradas en el conflicto. Pero adicionalmente hay lesión de la buena fe y una clara desviación de la capacidad decisoria de los socios mayoritarios que en vez de obrar en beneficio de todos los asociados, vale decir en la realización del interés social, lo hicieron en perjuicio del grupo minoritario”.

El Tribunal decidió que los mayoritarios habían incumplido sus obligaciones derivadas del contrato de sociedad y específicamente habían abusado de sus derechos como socios mayoritarios frente a los socios minoritarios de la sociedad arrendadora. Condenó solidariamente a los mayoritarios a pagar el perjuicio por el no incremento de los cánones de arrendamiento y previno a los condenados a buscar la modificación de los contratos de arrendamiento vigentes entre la sociedad arrendadora y la arrendataria.

Reflexión final

Este año se está celebrando los doscientos años



Doctrina

del nacimiento Charles Dickens. En su novela estrella escrita en 1854 “Hard Times”, el señor Gradgrind expone su filosofía pedagógica, en una de las mejores formas de empezar una novela jamás escrita: “Lo que yo quiero son hechos. Enséñeles a estos niños y niñas nada más que hechos. Solo se necesitan hechos en la vida. No plante nada más y arranque cualquier otra cosa de raíz. Las mentes de los animales racionales solo se pueden formar a partir de hechos: nada más les será útil. Este es el principio con el que educo a mis propios hijos y es el principio con el que educo a estos niños. ¡Limítese a los hechos, señor!”⁴³. Nótese en las cortas y monótonas sentencias la repetición de la palabra “hecho”, lo cual ilustra el carácter mecánico y no emocional del personaje. Pero Gradgrind no entendió que el gusto conceptual por cualquier disciplina, se halla también en los principios. Que los principios son la parte más importante de cualquier cosa. Dickens sugirió que los hechos solos, no pueden producir placer intelectual. De ahí, queridos colegas, que me haya detenido todo este tiempo a exponer en el derecho de sociedades, uno de sus principios.

Bogotá, abril 12 de 2012

⁴³ El texto original dice así: “Now, what I want is Facts. Teach these boys and girls nothing but Facts. Facts alone are wanted in life. Plant nothing else, and root out everything else. You can only form the minds of reasoning animals upon Facts: nothing else will ever be of any service to them. This is the principle on which I bring up my own children, and this is the principle on which I bring up these children. Stick to Facts, sir!”: Charles Dickens, *Hard Times*, New York, Simon & Schuster Paperbacks, 2010, p.9.

