

JUAN JOSE SANTANDER BECERRA
RICARDO ALFONSO BECERRA CHINCHILLA*

Universidad Icesi (Cali, Colombia)

**El abuso del derecho de voto en la Sociedad por Acciones Simplificada:
Estudio de la Sentencia 2014-801-136: Martha Cecilia López contra
Comercializadora G.L. S.A.S., Luis Enrique Gil Builes y Distribuidora del
Kamino S.A.S.****

Director del trabajo de Grado:

Doctor. Fernando Gandini.

Universidad Icesi
Facultad de Derecho y ciencias políticas
Junio, 2020

*Estudiantes de Posgrado del programa de Maestría en Derecho con Énfasis en Derecho Comercial de la Universidad Icesi. Correos:
juan.santander@correo.icesi.edu.co; rabcerra@icesi.edu.co

** Trabajo de grado para optar a los títulos de Magister en Derecho con Énfasis en Derecho Comercial de la Universidad Icesi.

1. EL DERECHO AL VOTO – Función y Alcance.

En palabras de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), el voto es la expresión - pública o secreta- de una preferencia. En el ámbito democrático, el voto, es un derecho esencial que le permite a los ciudadanos expresarse. En el ámbito de las sociedades, ambas definiciones tienen plena vigencia y cobran sentido, toda vez que el voto le permite al accionista participar en las deliberaciones y toma de decisiones que tienen lugar en las asambleas generales, permitiéndole expresar su voluntad, frente a las decisiones de la sociedad de la cual es propietario.

Por regla general, las acciones que se emiten dentro de las sociedades otorgan, al titular, derechos políticos y económicos. Los primeros, facultan al accionista a participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ellas, inspeccionar los libros sociales y ejercer el derecho de retiro cuando la transformación, fusión o escisión le impongan mayor responsabilidad o implique la desmejora de sus derechos. Por su parte, los derechos económicos le dan la facultad de recibir una parte proporcional de beneficios sociales establecidos en los balances de fin de ejercicio, negociar sus acciones y recibir conforme a su participación parte de la liquidación de la sociedad.

Sin embargo, esta regla general, encuentra sus excepciones en la Ley 1258 de 2008, la cual regula la Sociedad por Acciones Simplificada - S.A.S. Esta, en su artículo décimo, dispuso un régimen accionario flexible que le otorga la libertad a los accionistas de emitir distintas clases de acciones, las cuales, dependiendo de su elección, limitarán o restringirán los derechos políticos o económicos de sus titulares. De acuerdo a lo dispuesto por la Ley, los accionistas pueden crear diversas clases de acciones, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago.

Las acciones privilegiadas fueron concebidas originalmente para la sociedad anónima y existen con el objetivo de conferir derechos adicionales sobre las acciones ordinarias, es decir, que ese tipo de accionistas aparte de tener derecho a voto, tienen garantías como un dividendo fijo o un derecho de preferencia sobre otros accionistas (Casante Chaves & Duque de Herrera, 2015). Para la sociedad por acciones simplificada este tipo de accionista solamente es posible cuando

ya se ha creado la sociedad y se emite un reglamento de emisión de acciones aprobado por la asamblea de accionistas.

Por su parte, las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto son aquellas acciones que permiten que terceras personas inviertan en la sociedad, recibiendo beneficios en la consecución de dividendos (Rincón, 2012), pero no sin tener derecho a voto, lo cual implica que deben sujetarse a lo que decidan los otros accionistas. Este tipo de accionista al depender de las decisiones de otros y no ejercer el voto, puede quedar expuesto a sufrir las consecuencias del abuso del derecho al voto, del cual hablaremos más adelante.

Las acciones con dividendo fijo suponen que un rendimiento fijo anual de sus utilidades, indistintamente de si la sociedad genera o disminuye sus ingresos (Reyes Villamizar, 2010). Este tipo de accionista, al igual que el accionista ordinario o privilegiado no se le afecta su derecho al voto; mientras que las acciones de pago que fueron concebidas para remunerar la actividad de los administradores (Reyes Villamizar, 2010), sin que las mismas excedan el 50% del salario tal como lo estipula el Código Sustantivo del Trabajo.

Es importante resaltar, además, el elemento novedoso que aporta en materia societaria el artículo 22 de la Ley 1258 de 2008, el cual resulta relevante para el caso que se estudia en este trabajo. En este se eliminan los requisitos de pluralidad para el *quorum* y mayorías decisorias, bien sea que se trate de sociedades por acciones simplificadas de un accionista o de varios, quien sea mayoritario en la respectiva reunión, no requerirá el concurso de terceros para deliberar o decidir (Reyes Villamizar, 2018), basta con que las decisiones que se adopten, sean aprobadas por el voto favorable del accionista o accionistas que representen al menos la mitad más una de las acciones suscritas.

2. ABUSO DEL DERECHO – Definición, Naturaleza Jurídica y Utilidad.

El abuso del derecho -como figura jurídica-, se introdujo en la legislación colombiana, mediante el artículo 830 del Código de Comercio, sin embargo, fue hasta la expedición de la ley 1258 de 2008 que tuvo un verdadero desarrollo y alcance normativo. Lo anterior, debido a dos circunstancias específicas: la primera, por los problemas ya conocidos en la jurisdicción ordinaria

y tribunales de arbitraje en cuanto a celeridad y apreciación de pruebas, los cuales entorpecían la aplicación e imposición de sanciones de la teoría del abuso del derecho; la segunda, por la consideración según la cual el abuso del derecho tan solo daba lugar a una indemnización de perjuicios (Reyes Villamizar, 2018 pág. 133), excluyendo elementos esenciales como lo es la nulidad absoluta del acto jurídico. Fue por ello que el artículo 43 de la ley 1258 de 2008, le dio un alcance mas amplio y estableció:

“Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.

Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.

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

Para La Superintendencia de Sociedades “la Ley 1258 al consagrar el abuso del derecho en el ejercicio del derecho de voto en las asambleas generales de accionistas de las sociedades por acciones simplificada, define no solo las conductas que pueden dar lugar al mismo, sino que también prevé la posibilidad de que con fundamento en la misma disposición legal, se puedan obtener tanto la indemnización por los perjuicios que ocasione el ejercicio abusivo del derecho de voto, como la nulidad absoluta del acto jurídico a través del cual se haya dado dicho ejercicio, que en el caso objeto de la regulación lo sería la decisión de la Asamblea adoptada en tal circunstancia. Adicionalmente, la norma atribuye competencia para conocer de la correspondiente acción judicial a una autoridad determinada, como es la Superintendencia de Sociedades y para ese efecto establece el trámite del proceso verbal sumario, en aras a procurar decisiones más ágiles y oportunas” (Superintendencia de Sociedades, 2009).

Existen varios tipos de abusos del derecho que se pueden presentar en las sociedades por acciones simplificadas a saber. El primero es el abuso de mayoría consiste “cuando la decisión no está orientada al interés general o social, sino por el contrario, se encamina a beneficiar a determinados asociados o a terceros” (Pardo y Alarcón, 2019, pág. 12). Estos autores han señalado un listado que puede ejemplificar este primer caso de abuso del derecho:

1. Los accionistas mayoritarios toman decisión social orientada a privar del accionista minoritario de un beneficio que le es concedido a los asociados, rompiendo el derecho a la igualdad.
2. Los accionistas mayoritarios toman decisión social orientada a asignarse remuneraciones excesivas o asignadas a terceros, quebrantando el interés social.
3. Los accionistas mayoritarios toman decisión social orientada a diluir los accionistas minoritarios, ya sea por medio de una capitalización u obligando a estos a vender como destinar reservas injustificadas y negar distribución de utilidades.
4. Celebración de contratos con partes vinculadas o familiares de los mayoritarios, cuya remuneración es excesiva.
5. Precio de colocación de acciones a valor nominal.
6. Remoción de un accionista minoritario de la junta directiva.
7. Renuncia al derecho de suscripción preferente para lesionar a socios.
8. Colocación de acciones a valor nominal sin prima en colocación.

En segundo lugar, existe abuso de la minoría, cuando los asociados minoritarios se oponen injustificadamente a la aprobación de determinaciones cruciales para el desarrollo de la sociedad, teniendo como propósito favorecer sus propios intereses. Por último, también existe el abuso de posición paritaria, el cual, se presenta cuando hay una falta de colaboración de los accionistas en bloque para la toma de determinadas decisiones necesarias para el funcionamiento y continuación de la sociedad (Reyes Villamizar, 2010).

El artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 permite que, en el caso de presentarse el ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de uno de los socio, los accionistas afectados puedan ejercer la correspondiente acción declarativa para la nulidad de la decisión, por objeto ilícito del voto emitido, además de la indemnización de los perjuicios ocasionados, tanto a los socios como a la misma sociedad comercial. Ahora bien, si el abuso del derecho consiste, en la no participación por medio del voto del accionista minoritario y como consecuencia de ello se bloquea el óptimo

desarrollo de los negocios sociales, se podrá iniciar la correspondiente acción dirigida a solicitar la indemnización de perjuicios que su postura omisiva le ocasione a sus socios y a la sociedad (Morgestein-Sánchez, 2018).

La entidad a lo largo de su jurisprudencia ha fijado unos presupuestos bajo los cuales se configuraría el ejercicio abusivo del derecho de voto y se debe examinar la conducta: (i) La existencia de un conflicto intrasocietario y (ii) el patrón de conducta del accionista controlante. Esto significa que quien alegue el abuso del derecho de voto debe demostrar que las actuaciones del accionista se encontraban motivadas por una finalidad ilegítima y no limitarse a alegar que las decisiones que fueron aprobadas durante la asamblea iban en contra de los intereses del accionista afectado. Siendo necesario probar el elemento volitivo de ocasionar un daño u obtener una ventaja injustificada.

2.1. La existencia de un conflicto intrasocietario:

Según se ha establecido, la existencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de decisiones que perjudican a uno o varios accionistas minoritarios. (Superintendencia de Sociedades, 2013)

Durante la existencia de la sociedad se pueden presentar muchas divergencias a las que habrá de llamarles conflictos societarios (Muguillo, 2009). Este tipo de conflictos pueden observarse en momentos como las obligaciones del accionista de pagar la parte que le corresponda del capital suscrito, así como el derecho de información o el de inspección de los libros, el acuerdo de socios, la impugnación de las decisiones, la responsabilidad de los administradores, etc.

La Ley 1258 de 2008 contempla en el artículo 40 que:

ARTÍCULO 40. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS. Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos.

De este artículo se desprende dos interpretaciones a saber: la primera es la cláusula compromisoria en la que los socios acuerdan que acudirán a un tribunal de arbitramento para dirimir los conflictos societarios y la segunda, la competencia de la Superintendencia de Sociedades para dirimir conflictos, sin perjuicio de la competencia de los jueces civiles de circuito en única instancia. El artículo en su extensión original contemplaba que la Superintendencia de Sociedades de forma privativa conocería de los conflictos societarios, pero el Código General del Proceso, les devuelve la competencia a los jueces civiles, dejando a la elección del accionista o el administrador acudir al juez o a la Superintendencia¹.

2.2. El patrón de conducta del accionista controlante.

La Jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades, y la Ley 1258 de 2008, en su artículo 43, señalan que son abusivas aquellas conductas que pretenden el menoscabo de los derechos patrimoniales de los accionistas minoritarios y que pueden efectuarse a partir de decisiones tomadas por los accionistas controlantes, donde se incluyen además, aquellas operaciones que pretenden generar efectos ilegítimos.

Por su parte, autores como Fernando Álvarez Rojas, han determinado que, para los casos de abuso de mayorías, estos nacen por la acumulación de poder decisorio de accionistas que buscan demarcar el rumbo de la sociedad. Es decir, “es posible que quien posee la mayoría abuse de ella y procure a través de la decisión, favorecer su propio patrimonio en perjuicio o en descompensación del patrimonio del socio minoritario. Esta conducta es la que a todas luces resulta injusta y como tal debe ser prevista legalmente para penarla” (Álvarez Rojas. 1994, pág. 142).

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la sola concentración del poder decisorio no resulta perjudicial para la sociedad, de hecho, en Colombia esta situación es frecuente. Al respecto, es pertinente hacer referencia a las figuras del socio de control o controlador. “El socio de control

¹ Sobre este aspecto, conviene revisar: Sentencia 800-69 de 28 de julio del 2017. Oceanis Global Investments LLC y Step Group Corp. contra Solla S.A, Sentencia 801-000025 de mayo 30 de 2013 Francisco A. Martínez Quintero y Lucía Martínez de Kurday contra Sabajón Apolo S.A. y otros. Sentencia 800- 040 de julio 2 de 2014.

es aquel que, en relación con el derecho de voto del que es titular, mediante la concentración de acciones y participaciones, tiene la capacidad de ejercer un control interno u orgánico, es decir, tiene la capacidad para decidir con su voto las situaciones del curso ordinario de la sociedad sometidas al conocimiento de la junta general, por un lado, y por el otro, la capacidad de designar por lo menos de facto a los miembros del órgano de administración; su transición a socio controlador se proyecta una vez supere la esfera potencial de control de la actividad de los órganos sociales, para ejercitar efectivamente su influencia dominante o decisiva sobre los mismos” (Henaó, L. 2014. pág. 97 – 129).

El deber que tiene el accionista mayoritario de salvaguardar el interés social, le impone la obligación de restringir sobreponer su interés particular, sobre el de la compañía, de ahí que el artículo 43 de la ley 1258 de 2008 establezca que los accionistas deben ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. En palabras de Cebriá: “[...] desde el perfil contractual de la sociedad la *causa societatis* limita la actuación discrecional de los grupos de poder en el ejercicio de sus facultades; complementariamente, desde el plano organizativo, la *affectio societatis* exige la observancia de los socios de una conducta que tienda a que prevalezca el interés común o social, que actúa como ‘brújula’ de su comportamiento en la sociedad a través de su imposición en las decisiones de los órganos sociales”²

3. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL CASO

3.1. Introducción:

Mediante reunión general de accionistas de la sociedad Comercializadora G. L. S.A.S, el día 6 de junio de 2014, se aprobó la cesión total de los activos y pasivos de ésta, con el voto exclusivo del

² Cfr. Cebriá, L. H. “notas para una propuesta de estatuto jurídico del socio controlador en las sociedades de capital”, en Revista de Derecho Patrimonial, n.º 29, Aranzadi, 2012, p. 253: “Así las cosas, se ha de distinguir entre el socio de control, como aquel socio que tiene la capacidad de controlar, del socio controlador, que ejerce efectivamente su influencia decisoria sobre los órganos sociales, y en particular, sobre el órgano de administración [...]. En este punto, el socio de control puede designar a administradores independientes [...] lo cual impide que, por este medio, pueda acceder a una influencia dominante sobre tal órgano; pero ello, a su vez, no excluye la existencia de control, puesto que seguirá manteniendo la facultad de decidir acerca de la composición de los órganos de administración, sin por ello perder su condición [...] Por el contrario, el socio controlador ha de mantener y efectivamente ejercitar una influencia dominante o decisiva sobre los órganos sociales, en particular, sobre el órgano de administración”.

Accionista mayoritario. La decisión fue soportada en razón a que los pasivos eran superiores a los activos sociales y por consiguiente se debía llevar a cabo la liquidación de la sociedad.

3.2. La constitución de Comercializadora G. L. S.A.S.

El 1 de marzo de 2011, Luis Enrique Gil y Martha Cecilia López constituyeron la sociedad Comercializadora G.L. S.A.S., a fin de poner en marcha una estación de servicio para la venta de combustible. Desde la creación de la compañía y hasta la fecha, el señor Gil ha sido propietario del 60% de las acciones emitidas por Comercializadora G.L. S.A.S., de modo que la señora López ha detentado el 40% restante. Así mismo, los señores Gil y López han ocupado, respectivamente, los cargos de representante legal principal y suplente de la compañía.

Composición inicial del capital

Accionista	Porcentaje de participación
Luis Enrique Gil	60%
Martha Cecilia López	40%
Total	100%

Transcurrido el periodo de dos años de operaciones, la situación financiera de la sociedad se encontraba visiblemente deteriorada. En el año 2013, registraba pasivos financieros por alrededor de por alrededor de ochocientos cincuenta millones de pesos (\$850.000.000) y otras obligaciones dinerarias con accionistas y proveedores por un valor aproximado de trescientos treinta y dos millones de pesos (\$332.000.000). Sin embargo, los activos sociales estaban representados principalmente por un inmueble valorado en Setecientos millones de pesos (\$700.000.000) y cuentas por cobrar equivalentes a Quinientos ochenta millones de pesos (\$580.000.000). Con el fin de sanear las finanzas de la sociedad, los accionistas estudiaron diversas operaciones, entre las que se encontraban la capitalización, fusión o enajenación global de activos

A inicios del año 2014, sin haber logrado un consenso para la implementación de las medidas de saneamiento propuestas, los accionistas tomaron la decisión de ponerle fin a sus vínculos societarios en Comercializadora G.L. S.A.S y para ello, propusieron dos alternativas.

La primera consistía en que uno de los accionistas le transfiriera al otro la totalidad de sus acciones. Por un lado, la señora López ofreció la venta de su participación del 40% al señor Gil por una suma de doscientos millones de pesos (\$200.000.000). Por la otra, el señor Gil estaba dispuesto a ceder sus acciones a título gratuito, si la señora López lo reemplazaba como deudor solidario de obligaciones a cargo de Comercializadora G.L. S.A.S. por una suma aproximada de Mil doscientos millones de pesos (\$1.200.000.000).

La segunda opción, consistía en que Comercializadora. G.L. S.A.S. le cedería la totalidad de sus activos y pasivos a Distribuidora del Kamino S.A.S —una sociedad controlada por el señor Gil— para luego disolverse y liquidarse.

Finalmente, las partes acordaron que la señora López adquiriría las acciones de propiedad del señor Gil, asumiendo a su vez la calidad de deudora solidaria de las obligaciones a cargo de Comercializadora G.L. S.A.S, con la condición de que el perfeccionamiento de tales operaciones se llevaría a cabo una vez la accionista realizara la revisión detallada de los estados financieros de la compañía, con miras a establecer la naturaleza y cuantía de los pasivos existentes.

3.3. Acerca del conflicto intrasocietario

El 15 de mayo de 2014, durante una nueva reunión de la asamblea general de accionistas, la señora López manifestó que había encontrado irregularidades en la contabilidad de la sociedad. Entre ellas, que el señor Gil se habría apropiado de las disponibilidades de caja de Comercializadora G.L. S.A.S, a título de préstamo. Por consiguiente, la accionista manifestó que no adquiriría las acciones acordadas.

Como consecuencia de ello, el señor Gil, haciendo uso de su calidad de accionista mayoritario, decidió que Comercializadora G.L. S.A.S. cedería la totalidad de sus activos y pasivos a título gratuito a Distribuidora del Kamino S.A.S, para luego disolverse y finalmente liquidarse.

Aunque la señora López se opuso a esta determinación, el voto del señor Gil fue suficiente para aprobarla. A su vez, la accionista minoritaria manifestó ejercer su derecho de retiro, ante lo cual el accionista mayoritario expuso que el ejercicio de esa prerrogativa carecería de sentido, en vista de que la sociedad no contaba con suficientes activos para pagar sus pasivos.

El 16 de julio de 2014, un mes después de aprobada la enajenación global de los activos y pasivos de Comercializadora G.L. S.A.S., la señora López presentó demanda ante la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en las normas que regulan el abuso del derecho de voto.

3.4. Consideraciones del Despacho

La Superintendencia de Sociedades, se plantea establecer si la decisión de ceder la totalidad de los activos y pasivos a título gratuito de Comercializadora G. L. S.A.S a Distribuidora del Kamino S.A.S, por decisión del accionista mayoritario constituyó un abuso del derecho de voto en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. Para ello, el despacho se remite a los hechos que tuvieron lugar durante las asambleas, con el fin de evaluar si las decisiones que allí se tomaron ocasionaron perjuicios tanto para la sociedad como a los accionistas.

El Despacho se centra en examinar principalmente, el patrón de conducta del accionista controlante para establecer el momento a partir del cual su derecho al voto se convierte en abusivo. El estudio del caso se centra en los móviles que llevaron a la enajenación global de activos de Comercializadora GL S.A.S, los cuales se estudian bajo dos elementos:

i. La existencia de un conflicto intrasocietario.

La Superintendencia en procesos de abuso del derecho de voto, analiza en primer lugar la existencia de un conflicto entre los accionistas de la compañía en la que se tomó la decisión controvertida. Lo anterior, teniendo en cuenta que la existencia de un conflicto intrasocietario puede tomarse como un indicio de la posible intención lesiva detrás de la aprobación de determinaciones que perjudicaron a uno o varios asociados.

En el caso bajo estudio, el Despacho llevó a cabo un análisis de las reuniones de asamblea general de accionistas, ya que fue en el desarrollo de estas donde el conflicto se hizo más evidente y

profundo, especialmente luego de que la accionista minoritaria manifestara haber encontrado irregularidades en la contabilidad de la sociedad negándose a adquirir las acciones del señor Gil a título gratuito, y reemplazarlo como deudor solidario de las obligaciones a cargo de Comercializadora GL S.A.S. Lo que generó como respuesta que el señor Gil, actuando como accionista mayoritario, ejerciera su derecho al voto para ceder los activos y pasivos de la sociedad a título gratuito a Distribuidora del Kamino S.A.S.

Por lo anterior, la entidad logra establecer que efectivamente, entre los accionistas se venía presentando un conflicto interno, razón por la cual se tendría que examinar las condiciones bajo las que fueron aprobadas las decisiones del caso.

ii. El patrón de conducta del accionista controlante de Comercializadora GL S.A.S.

En el caso de estudio, la conducta que se analizó para establecer si existió o no ánimo lesivo, fue la enajenación global de activos a título gratuito de Comercializadora G. L. S.A.S a Distribuidora del Kamino S.A.S, la cual se dio con ocasión al voto favorable del accionista controlante, quien además alegó la necesidad de realizarla porque la sociedad se encontraba en causal de disolución por pérdida. La simple existencia de un conflicto intrasocietario no es suficiente para concluir, sin más, que se está ante un abuso del derecho de voto. Por ello la Superintendencia es clara al establecer que se requiere además que las conductas del accionista controlante, sean realizadas con un ánimo lesivo.

En el estudio realizado por el despacho, se encontraron diversos elementos de juicio que llevan a concluir que el señor Gil, se amparó en la enajenación global de activos controvertida para expropiar a la señora López de su participación de capital en Comercializadora GL S.A.S.

Primero, Distribuidora del Kamino S.A.S. continuó administrando y lucrándose, sin requerir financiación para su operación, la estación de servicios de gasolina cuya explotación constituía el objeto de Comercializadora G. L. S.A.S.

Segundo, el accionista controlante de la sociedad a la cual le fueron transferidos los activos y pasivos de Comercializadora G. L. S.A.S, era el mismo Señor Gil, quien poseía el sesenta por ciento (60%) de las acciones.

Tercero, la enajenación se dio en un momento en el cual, los accionistas se encontraban adelantando una negociación para que uno de ellos adquiriera el cien por ciento (100%) de las acciones de Comercializadora G. L. S.A.S. En este punto, es importante resaltar que la Superintendencia de Sociedades, ha sido reiterativa en censurar la conducta de los accionistas controlantes que ante la dificultad de concertar una solución negociada a un conflicto intrasocietario se valen de sus derechos de voto para obtener una ventaja indebida (Superintendencia de Sociedades, 2018)

Finalmente, se tuvo que el precio fijado para la enajenación global de activos fue obtenido a partir del análisis del valor en libros de Comercializadora G. L. S.A.S, y no con base en la estimación de los flujos de caja futuros que podría generar la operación. Actuando de manera contraria al deber que impone la Ley de asegurar que la cesión se haga por un precio justo y que la compañía reciba una contraprestación adecuada.

Para el despacho, lo anterior se trata, de un patrón de conducta que, evidencia una intención premeditada de perjudicar a la accionista minoritaria y correlativamente, hacerse al control administrativo de la estación de gasolina, obteniendo de esto el total de las utilidades recibidas de su explotación. Por esta razón, la Superintendencia de Sociedades, encontró que efectivamente se le había generado un perjuicio a la accionista minoritaria con la transferencia de la totalidad de los activos y pasivos de la empresa a título gratuito y esto había sido ejecutado excediendo el límite permitido por el ordenamiento jurídico colombiano.

3.5. Fallo de la Superintendencia de Sociedades.

A la conclusión que llegó el Despacho, una vez analizados los hechos del caso a la luz de los elementos que constituyen el abuso del derecho de voto, fue que el accionista mayoritario, Luis Enrique Gil, actuó en forma abusiva al aprobar la enajenación global de activos sociales, a título gratuito, a favor de Distribuidora del Kamino S.A.S. Acción que llevo a cabo, motivado por sus diferencias con Martha Cecilia López. Permitiéndose con la exclusión de la accionista

minoritaria, explotar el establecimiento de comercio sin compartir las utilidades correspondientes.

Esto llevo a que la Superintendencia de Sociedades, resolviera declarar la nulidad absoluta de la enajenación global de activos aprobada por la asamblea general de accionistas de Comercializadora GL S.A.S. durante las reuniones celebradas el 15 de mayo y 6 de junio de 2014.

4. GUÍA DEL PROFESOR

4.1. Resumen del caso.

El 1 de marzo de 2011, el señor Luis Enrique Gil y la señora Martha Cecilia López constituyeron la sociedad Comercializadora GL S.A.S., con el objeto de poner en marcha una estación de servicio para la venta de combustible. La participación accionaria se encontraba distribuida en sesenta y cuarenta porciento respectivamente.

Tras dos años de operaciones, la situación financiera de la sociedad se encontraba afectada. Con pasivos financieros por alrededor de Mil ciento ochenta y dos millones de pesos (\$ 1.182.000.000) y activos representados principalmente por un inmueble valorado en \$700.000.000 y cuentas por cobrar de \$580.000.000.

Esta situación, llevo a que entre septiembre de 2013 y marzo de 2014, los accionistas de Comercializadora GL S.A.S. se reunieron para discutir algunas medidas que dieran continuidad a la sociedad. Obteniendo como solución, que la señora López adquiriría las acciones de propiedad del señor Gil, y asumiría a su vez la calidad de deudora solidaria de las obligaciones a cargo de Comercializadora G.L. S.A.S, acto que se perfeccionaría luego que la accionista realizara la revisión detallada de los estados financieros de la compañía.

El 15 de mayo de 2014, durante una nueva reunión de la asamblea general de accionistas., la señora López manifestó que había inconsistencias en la contabilidad de la sociedad, en las cuales se evidenciaba, que el señor Gil se habría valido de prestamos sucesivos para apropiarse de una porción significativa de las disponibilidades de caja de Comercializadora GL S.A.S. Motivo por el cual, la accionista minoritaria se abstuvo de realizar el negocio.

Ante esta situación, el señor Gil, actuando como accionista mayoritario, votó favorablemente para que Comercializadora GL S.A.S. le cedería la totalidad de sus activos y pasivos a título gratuito a Distribuidora del Kamino S.A.S, donde además era accionista mayoritario.

4.2. Problema jurídico.

El problema jurídico que se plantea la Superintendencia de Sociedades en este caso es resolver, si la decisión del accionista mayoritario de Comercializadora GL S.A.S. de llevar a cabo la enajenación de la totalidad de los activos de la compañía a Distribuidora del Kamino S.A.S, resulta abusiva. Para efectos académicos, se buscará establecer cuáles son los elementos que configuran el momento a partir del cual un accionista deja de ejercer su legítimo derecho al voto para convertirse en un acto abusivo emanado de su libertad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, normatividad que regula a las Sociedades por Acciones Simplificadas – S.A.S.

Lo anterior, a la luz de la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades, para lo cual, se estudiará el caso práctico contenido en la Sentencia 2014-801-136: Martha Cecilia López contra Comercializadora G.L. S.A.S., Luis Enrique Gil Builes y Distribuidora del Kamino S.A.S.

4.3. Objetivos pedagógicos.

- a. Determinar los presupuestos que configuran el abuso del derecho de voto, de acuerdo a la legislación comercial colombiana que rige a sociedades por Acciones Simplificadas – S. A. S. y la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades.
- b. Establecer cuáles son los elementos del acto abusivo de un accionista bajo el ejercicio de su legítimo derecho al voto en la Sentencia 2014-801-136.

4.4. Conclusión.

A partir del estudio realizado a la Sentencia 2014-801-136, de la Superintendencia de Sociedades, la Ley 1258 de 2008 y a la doctrina, podemos concluir que: el voto, además de ser un derecho que formar parte de la autonomía privada de cada accionista, cumple unas funciones específicas, en cuanto a que debe ejercerse en cumplimiento de la ley y en procura de salvaguardar interés de la compañía, sin causarle a esta o a los accionistas perjuicio alguno de manera intencional.

De lo anterior, se desprende que el derecho al voto no es absoluto, sino que se encuentra restringido a la buena fe en los actos que ejecuten los accionistas. Es por ello, que cuando la Superintendencia realiza el estudio de cada caso, se centra en analizar dos elementos, (i) La existencia de un conflicto intrasocietario y (ii) el patrón de conducta del accionista controlante. Ambos, -como se logro establecer- resultan imprescindibles para analizar y determinar cuando el voto se ha convertido en abusivo.

A partir de los elementos analizados, fue posible identificar que el señor Gil, aprovechando su posición de accionista mayoritario, realizó la enajenación global de activos a título gratuito de Comercializadora G. L. S.A.S a Distribuidora del Kamino S.A.S, para excluir a la señora López, lo cual le permitiría obtener el usufructo total de la explotación de la estación de gasolina.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Cascante, M.; Duque, M. (2015). *Sociedades mercantiles*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Morgestein-Sánchez, W.I. (2019). El principio de la prohibición del abuso del derecho. Una referencia especial al abuso del derecho de voto de los asociados minoritarios en las compañías mercantiles colombianas. *Revista Jurídicas*, 16(1), 104-119. DOI: 10.17151/jurid.2019.16.1.7
- Muguillo, R. (2009). *Conflictos societarios*. Buenos Aires: Astrea.
- ÁLVAREZ ROJAS, Fernando. La protección a los abusos de la posición dominante en el Derecho Societario. Ed. DIKE, 1994, p. 142.
- Pardo, J.; Alarcón, P. (2019). Ejercicio abusivo del derecho al voto por accionistas. (Trabajo de grado para obtener el título de Especialista en Derecho Comercial). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Reyes Villamizar, F. (2010). *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes Villamizar, F. (2010). *S.A.S. Sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Legis.
- Rincón, J. (2012). *Sociedades comerciales*. Cali: Universidad Santiago de Cali.
- Sánchez, R. (2005). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Jurisprudencia.

- Superintendencia de Sociedades (s/a). *Guía de litigio societario*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades.

Artículos

- Henao, L. “El abuso de la posición jurídica del socio”, en *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 13, n.º 2, julio-diciembre, 2014, pp. 97-129.
- Notas para una propuesta de estatuto jurídico del socio controlador en las sociedades de capital, en *Revista de Derecho Patrimonial*, N. o 29, Aranzadi, 2012. Pag. 253.