

Oficio 220-027960 Del 14 de Marzo de 2013

REF: TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL ABUSO DEL DERECHO - ARTÍCULO 43 DE LA LEY 1258 DE 2008-

Aviso recibo de su comunicación vía E-Mail, radicada en esta Entidad con el número 2013- 01- 049265, mediante la cual en su condición de estudiante de derecho consulta, cuál es el término de prescripción de la acción de nulidad absoluta y de la acción de indemnización de perjuicios en los supuestos de abuso del derecho a los que se refiere el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, mediante la cual se creó la sociedad por acciones simplificada.

Al respecto se debe advertir que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82 y siguientes de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 189, numeral 24 de la C.P. la competencia de esta Superintendencia es reglada y como tal se circunscribe a ejercer las atribuciones de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades comerciales, las sucursales de sociedades extranjeras y las empresas unipersonales que determine la ley, lo que le impide dar en esta instancia una respuesta de carácter vinculante frente al interrogante planteado.

Y es que si bien la Superintendencia absuelve las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia (Art. 28 del C.C.A.), el derecho de petición en la formulación de consultas no está llamado a definir temas como el señalado, pues como la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha precisado (Sent C- 1641 de 29 de nov de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero) esta Entidad como autoridad administrativa no puede intervenir en asuntos de los que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales, en relación con los cuales deba expresarse como juez en las instancias procesales a que haya lugar, cual es el caso de las acciones de nulidad y de indemnización de perjuicios, cuyo trámite corresponde a esta Superintendencia en ejercicio de las facultades jurisdiccionales que le han sido atribuidas con fundamento en los artículos 44 de la Ley 1258 y 116 de la C. P.

Bajo la consideración que antecede y con fin de proporcionar algunos elementos que contribuyan a la investigación académica, es pertinente transcribir a continuación la norma citada, en orden a dimensionar sus alcances.

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

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

Del precepto legal se desprende que al consagrar el abuso del derecho en el ejercicio del derecho de voto en las asambleas generales de accionistas de las SAS, la norma no solo define las conductas que pueden dar lugar al mismo, sino que también prevé la posibilidad de que con fundamento en la misma disposición, pueda obtenerse tanto la indemnización por los perjuicios que ocasione el ejercicio abusivo del derecho de voto, como la nulidad absoluta del acto jurídico que llegue a producirse, atendiendo que en el caso objeto de la regulación lo sería la decisión de la Asamblea adoptada las circunstancias indicadas. Adicionalmente, la misma norma le atribuye la competencia para conocer de la acción judicial respectiva, a una autoridad determinada, en este caso a la Superintendencia de Sociedades y para ese efecto establece el trámite del proceso verbal sumario.

En el entendido que a través de la acción de abuso del derecho se pueden solicitar dos cosas, esto es la nulidad de la decisión en interés particular y no social y, la indemnización de perjuicios, ha de ser claro que el término de caducidad, cualquiera sea este, ineludiblemente cobija una y otra (nulidad e indemnización) porque ambas son consecuencias jurídicas de la misma acción de abuso.

Ahora, esta acción de la cual se ocupa en particular el artículo 24 del nuevo Código General del Proceso, es autónoma e independiente de la clásica acción de impugnación regulada en el artículo 190 del Código de Comercio, pese a que una de las consecuencias del abuso en el ejercicio del derecho al voto, sea precisamente la nulidad de la decisión en interés particular y no personal. De ahí que el término de caducidad de dos meses establecido para ejercer la acción de impugnación, no aplica para el caso de la acción de abuso del derecho.

En este orden de ideas y dado que no es un aspecto sobre el que exista disposición legal que de manera expresa lo regule, se pregunta cuál es entonces la caducidad?

En primera instancia, bajo una básica hermenéutica sería dable inferir que al efecto aplica el término general de cualquier acción previsto en el artículo 8º de la Ley 791 de 2002 que modificó el artículo 2536 del Código Civil, más aun si se tiene en cuenta que esta acción como se ha visto, no se halla contemplada en el Código de Comercio, ni en el cuerpo de la Ley 222 de 1995, lo que la excluiría del término especial de prescripción establecido en el artículo 235 ibidem, al tenor del cual *□Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de las violaciones a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en esta se haya señalado expresamente otra cosa.□*

Sin embargo, otra es la conclusión que se impone ante la regla general de remisión establecida en el artículo 45 de la misma Ley 1258 que consagró la figura del abuso del derecho, regla de la cual se sigue que todos los asuntos que no fueron previstos en dicha ley y, que no sean susceptibles de reglamentación estatutaria como es el tema que se analiza, se regirán por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio, lo que de suyo implicaría que tratándose de las acciones de nulidad absoluta e indemnización de perjuicios que proceden en los supuestos de abuso del derecho a los que alude el artículo 43 de la ley tantas veces mencionada, aplica el término de prescripción contemplado en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los alcances que al efecto señala el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.