

Derecho societario en los libros y en la práctica

José Miguel Mendoza

El origen de la teoría de los orígenes legales

La protección de inversionistas
promueve el desarrollo de los
mercados financieros

O'Neal (1961) y Clark (1986)

Menor riesgo de
expropiación alienta
inversiones en
compañías abiertas



Inversión atrae
compañías a los
mercados de valores

El origen de la teoría de los orígenes legales

Country	One Share=One Vote	Proxy by Mail Allowed	Shares Not Blocked before Meeting	Cumulative Voting/Proportional Representation	Oppressed Minority	Preemptive Right to New Issues	Percentage of Share Capital to Call an Extraordinary Shareholder Meeting	Antidirector Rights	Mandatory Dividend
A. Shareholder Rights (1 = Investor Protection Is in the Law)									
Australia	0	1	1	0	1	0	.05 ^a	4	.00
Canada	0	1	1	1	1	0	.05	5	.00
Hong Kong	0	1	1	0	1	1	.10	5	.00
India	0	0	1	1	1	1	.10	5	.00
Ireland	0	0	1	0	1	1	.10	4	.00
Israel	0	0	1	0	1	0	.10	3	.00
Kenya	0	0	1	0	1	0	.10	3	.00
Malaysia	1	0	1	0	1	1	.10	4	.00
New Zealand	0	1	1	0	1	0	.05	4	.00
Nigeria	0	0	1	0	1	0	.10	3	.00
Pakistan	1	0	1	1	1	1	.10	5	.00
Singapore	1	0	1	0	1	1	.10	4	.00
South Africa	0	1	1	0	1	1	.05	5	.00
Sri Lanka	0	0	1	0	1	0	.10	3	.00
Thailand	0	0	1	1	0	0	.20 ^b	2	.00
United Kingdom	0	1	1	0	1	1	.10	5	.00
United States	0	1	1	1	1	0	.10	5	.00
Zimbabwe	0	0	1	0	1	0	.05	3	.00
English-origin average	.17	.39	1.00	.28	.94	.44	.09	4.00	.00
Argentina	0	0	0	1	1	1	.05	4	.00
Belgium	0	0	0	0	0	0	.20	0	.00
Brazil	1	0	1	0	1	0	.05	3	.50
Chile	1	0	1	1	1	1	.10	5	.30
Colombia	0	0	1	1	0	1	.25	3	.50
Ecuador	0	0	1	0	0	1	.25	2	.50
Egypt	0	0	1	0	0	0	.10	2	.00
France	0	1	0	0	0	1	.10	3	.00
Greece	1	0	0	0	0	1	.05	2	.35

La Porta et al. (1998)

Correlación entre protección de inversionistas y desarrollo financiero

Colonización legal



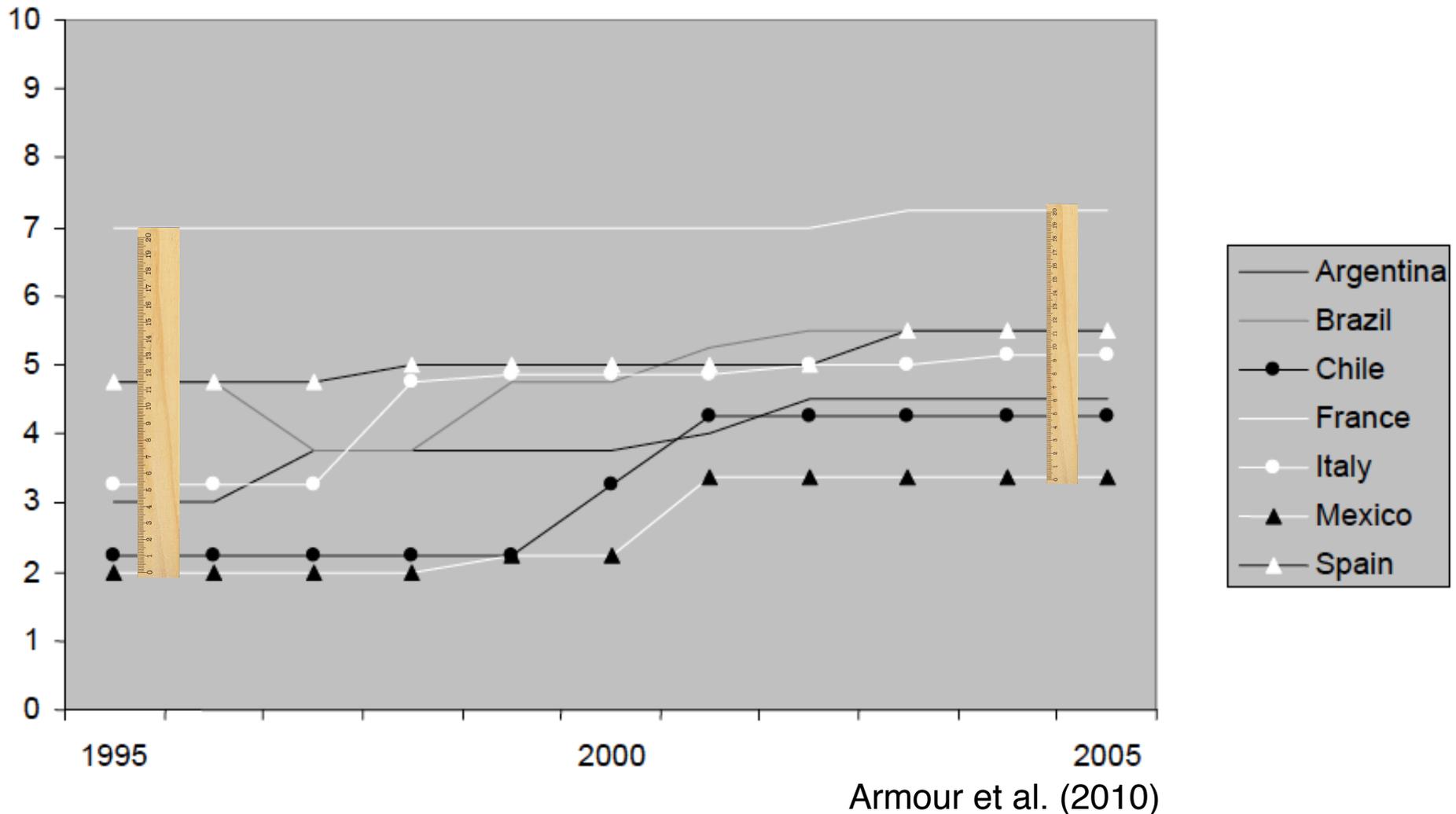
Evangelización exitosa

Ocde destacó la transparencia del mercado colombiano

Resaltó los avances en la materia y sostuvo que ningún otro candidato a ingresar ha avanzado tanto.



Efectos de la colonización



Armonización legal no ha tenido los efectos económicos esperados

Trastorno disociativo

Fantasía



Colombia empata con Estados Unidos en el quinto puesto de la clasificación mundial de protección de inversionistas

Realidad

Régimen de administradores
(art. 22 a 25, L. 222/95)

Acuerdos de accionistas
(art. 70, L. 222/95)

Acción de protección de minoritarios
(art. 141, L. 446/98)

El derecho en los libros y en la práctica



“Las diferencias entre el derecho en los libros y el derecho en la práctica obedecen principalmente a defectos en la administración de justicia”

Pound (1910)

Fetichismo procesal

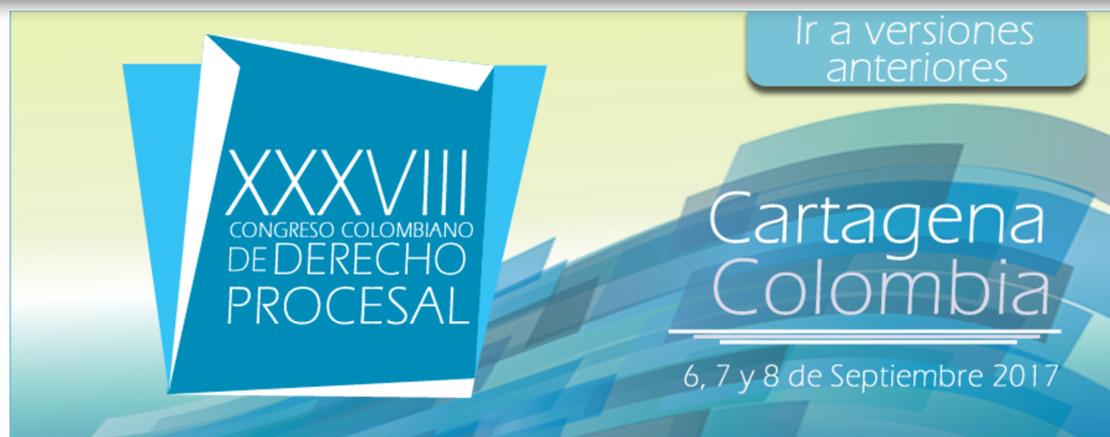
El derecho societario en los libros y en la práctica

Concilios vaticanos



¿Cuántos ángeles pueden bailar en la cabeza de un alfiler?

Concilios procesales



Adriana López Martínez
Alejandro Ramelli Arteaga
Alejandro Venegas Franco
Alfredo Beltrán Sierra
Ana Bejarano Ricaurte
Ángela María Buitrago
Antonio María Lorca Navarrete
Augusto José Ibáñez
Carlos Alberto Colmenares Uribe
Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo
Dairo Pérez Méndez
Danilo Rojas Betancourth
Edgard Osorio Osorio
Edgardo Villamil Portilla
Enrique del Río González
Enrique Letelier Loyola
Ernesto Forero Vargas
Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas
Fidel Puentes Silva
Gabriel Hernández Villarreal
Gerardo Barbosa Castillo
Giovanni Priori Posada
Henry Sanabria Santos
Hernán Fabio López Blanco
Horacio Cruz Tejada
Humberto Sierra Porto
Jaime Bernal Cuéllar
Jairo Parra Quijano
Jesael Antonio Giraldo Castaño

Juan José Rodríguez Espitia
Julio Andrés Sampedro Arrubla
Lorenzo Bujosa Vadell
Luisa Fernanda Caldas Botero
Marcel Silva Romero
Marco Antonio Álvarez Gómez
María Patricia Balanta Medina
María Victoria Parra Archila
Mario Masciotra
Martín Bermúdez Muñoz
Maximiliano Aramburo Calle
Michele Taruffo
Miguel Enrique Rojas Gómez
Nattan Nissimblat Murillo
Nicolás Pájaro Moreno
Octavio Augusto Tejeiro
Orión Vargas Vélez
Osvaldo Alfredo Gozáni
Pablo Felipe Robledo del Castillo
Rafael Hernando Gamboa Serran
Ramiro Bejarano Guzmán
Ramón Antonio Peláez Hernández
Ricardo Enrique Bastidas
Ricardo Zopó Méndez
Rodolfo Pérez Vásquez
Rodrigo Rivera Morales
Ronald Sanabria Villamizar
Rubén Elías Rodríguez
Ruth Stella Correa Palacio

Pre-concilios procesales

Precongreso Colombiano de **DERECHO PROCESAL**



INSTITUTO COLOMBIANO
DE DERECHO PROCESAL

Capítulo Magdalena

11 y 12
de Mayo de 2017

Fetichismo procesal

Materias obligatorias de derecho procesal

Oxford: 0

Harvard: 1

Universidad colombiana: 8

Teoría General del Proceso (III)

Derecho Probatorio Civil (VI)

Teoría General de la Prueba (IV)

Procesal Penal 1 (VII)

Procesal Civil 1 (V)

Procesal Penal 2 (VIII)

Procesal Civil 2 (VI)

Probatorio Penal (VIII)

El peor sistema judicial de A.L.

EL ESPECTADOR

Sistema judicial de Colombia, entre los más deficientes del mundo

EL TIEMPO

Fiscal alerta por virtual colapso de sistema acusatorio

Según Néstor Humberto Martínez, cada dos meses, rezago de justicia crece 10 por ciento.

SHIP TO SHIP		MARCONIGRAM				SHIP
Prefix P	Handed in at MELBOURNE SUB		Date Received 27/3/55	Time Received 0912z.		
Number 3	No. of Words 13	Date handed in 27/3/19	55	Time handed in 4.40 PM	Service Instructions VIA	
To IRENE POOLE ORONSAY ADELAIDERADIO						
WELCOME HOME MEETING YOU NINE OCLOCK TUESDAY LOVE = GEORGE.						
Farm 53. Printed in England						
The Marconi International Marine Communication Co. Ltd., Marconi House, Chalmford, Essex.						



El colapso de la justicia



Humor de abogados

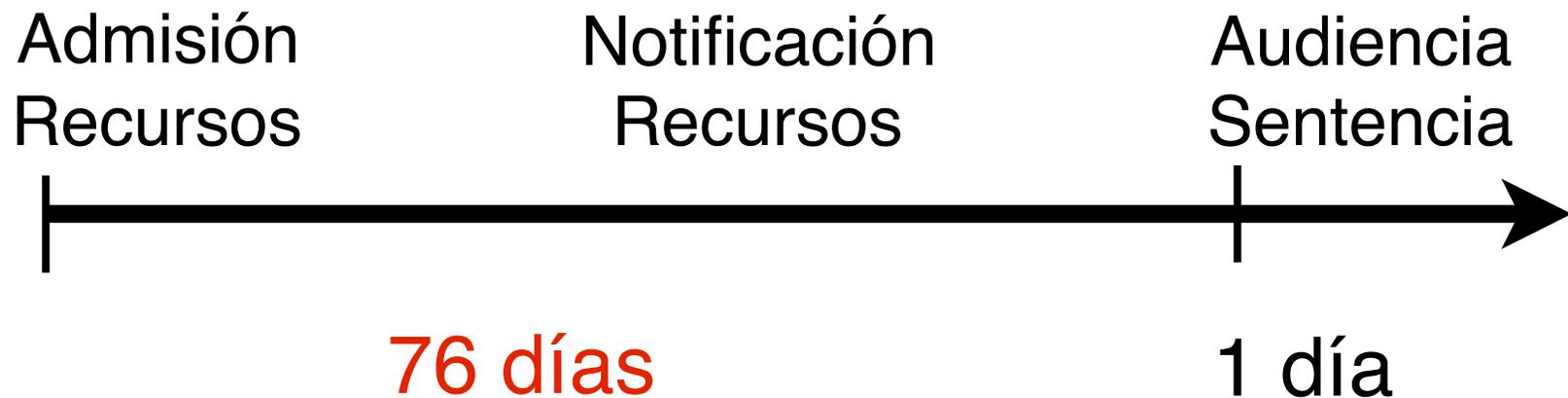


La vida útil de un abogado abarca apenas dos procesos ordinarios

Impacto práctico

Crown Heaven Inc. contra Gano Excel S.A.

Ineficacia por indebida convocatoria



Derecho sustancial y procesal

“el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (...), sin invertir dicho principio, es decir, sin subordinar la ley sustancial a las reglas de simple procedimiento, como suele hacerse con demasiada frecuencia, para compensar los precarios conocimientos del derecho sustancial con la exuberancia de los conocimientos del derecho procesal”.

Pinzón (1982)

Inexperiencia en litigios societarios

El derecho societario en los libros y en la práctica

Técnicas de expropiación

El controlante encontrará siempre la manera más eficiente de expropiar al minoritario
(*tunneling arbitrage*)

Enriques (2015)

Prohibición de
hacer
préstamos



Expropiación mediante
venta de activos sociales
subvalorados

Los jueces societarios deben ser expertos en detectar la expropiación aunque se esconda detrás de actos societarios complejos

Gilson y Schwartz (2014)

Protección de minoritarios

Reglas buscan evitar repartos
asimétricos
(*non pro-rata distributions*)



Repartición asimétrica

Negocios celebrados por el administrador en detrimento del patrimonio social



Préstamo a 10 años, sin intereses ni garantía

Acciones de responsabilidad

Acción social

La acción social de responsabilidad contra los administradores le corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios.

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

Acción individual

No es posible reclamar perjuicios indirectos (*reflective damages*)

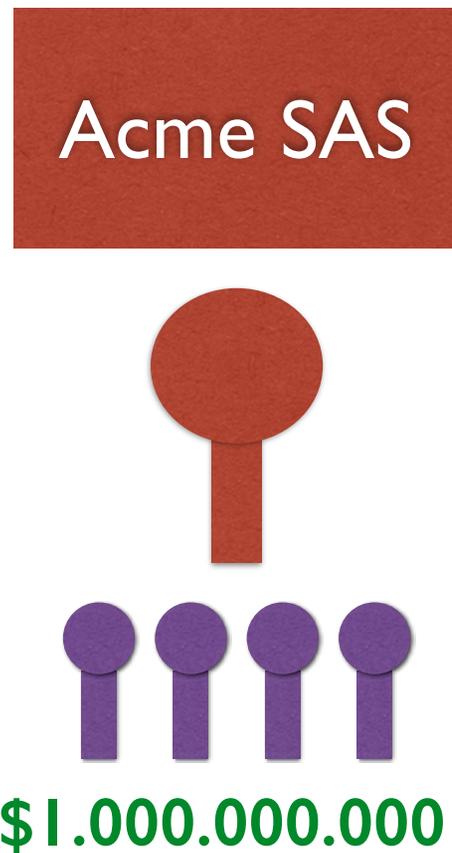
Soluciones

1. ¿Resucitar la teoría de *ultra vires*?
2. Legitimación extraordinaria por vía judicial
3. Nulidad por violación del régimen de conflictos de interés (RPTs)
4. Abuso del derecho de voto por negarse a aprobar la acción social
5. Deber de lealtad en cabeza del controlante

Repartición asimétrica

Creación de una junta directiva con fines expropiatorios

Acme SAS

A diagram illustrating the structure of Acme SAS. At the top is a red rectangular box containing the text "Acme SAS". Below this box is a large red circle connected to a vertical red stem. Underneath the stem are four smaller purple circles, each connected to a vertical purple stem. Below these four stems is the text "\$1.000.000.000" in green.

Directores vinculados al controlante con salario anual de \$200.000.000

\$1.000.000.000

Repartición asimétrica

Abuso del derecho de voto

Altísima carga probatoria requerida para demostrar que el voto se ejerció con la intención de lesionar los intereses del minoritario

¿Intromisión judicial excesiva?

“los jueces no deben entrometerse en la configuración de los órganos internos de una sociedad. Por virtud de esta deferencia judicial, las decisiones que tomen los accionistas en cuanto a la identidad y la remuneración de los administradores sociales suelen estar a salvo de cualquier escrutinio”

Expropiación concertada con la JD

Estudio a partir 21.417 sociedades cerradas colombianas concluyó que las juntas directivas suelen ser cómplices en la expropiación de minoritarios (Villalonga et al., 2017)

Indicios relevantes

1. Agudo conflicto personal entre mayoritario y minoritario
2. Decisión intempestiva y sin justificaciones
3. Directores sin experiencia en el sector
4. Excesiva desproporción entre honorarios de directores y utilidades
5. Revisión de las funciones desempeñadas por la junta directiva

El caso de CDA El Arauco S.A.S.

TABLA N.º 2
Deliberaciones de la junta directiva de CDA El Arauco S.A.S.
2014 a 2015

Año	Mes	Lectura del informe administrativo	Propuesta de reunirse mensualmente	Lectura de proyección de tarifas	Campaña de marketing
2014	Junio	X	X		
	Julio	X			
	Agosto	X			
	Septiembre	X			
	Octubre	X			
	Diciembre	X			
2015	Enero	X			
	Febrero	X	X	X	
	Marzo	X	X		X
	Abril	X	X		
	Mayo	X	X		
	Junio	X	X		
	Julio	X	X		
Frecuencia		14	7	1	1

El caso de CDA El Arauco S.A.S.

“La expropiación del minoritario se consumó mediante la creación de una junta directiva sin funciones discernibles, conformada exclusivamente por el controlante y sus familiares, para cuyo simulado funcionamiento se han destinado sumas que exceden en forma apreciable el monto total de las utilidades generadas por la compañía”

S. 800-128 de 2015

Apuntes finales

El derecho societario en los libros y en la práctica

La respuesta es obvia

**¿Cómo se resuelven
simultáneamente los
problemas de fetichismo
procesal e inexperiencia en
litigios societarios?**

Cortes societarias especializadas

Corte de Cancillería
(Delaware)



Cámara de Asuntos Empresariales
(Amsterdam)



Corte Especializada de Distrito
(Tel Aviv)

