

Boletín de Jurisprudencia

n.º 5 (2016)

Jurisprudencia Societaria

2016

Volumen

3



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

**DISPONIBLE
MUY PRONTO**

Tabla de Contenido

Boletín de jurisprudencia n.º 5 (2016)

Página

4

Acerca del Boletín

Página

5

Las 5 sentencias más
relevantes del año

Página

11

Los 5 autos más
relevantes del año

Página

18

La justicia en la
Superintendencia

Acerca del Boletín

Desde su creación, en julio de 2012, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades administra un foro para la resolución de conflictos entre empresarios.

En este boletín electrónico, publicado periódicamente, encontrará una síntesis de los principales pronunciamientos de la Delegatura. Esperamos que esta información les sea de gran utilidad a los usuarios de la corte societaria de la Superintendencia.



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Las 5 sentencias más relevantes del año

**Eduardo Alejandro Orjuela
contra KPMG Ltda.**

Valoración de una compañía bajo diferentes métodos
sentencia n.º 800-86

**Fernando Parra Echeverry
contra Salnuvet Ltda.**

Requisito de pluralidad en sociedades de responsabilidad limitada
sentencia n.º 820-16

**Jorge E. Terreros Wilches
contra Rafael Uribe Toro**

Ratificación de operaciones viciadas por conflictos de interés
sentencia n.º 800-26

**Edgar Corredor contra Induesa
Pinilla & Pinillas S. en C. y otro**

Abuso de mayoría en la creación de una junta directiva espuria
sentencia n.º 800-46

**Carlos Hakim Daccach contra
Jorge Hakim Tawil y otros**

Soluciones a los problemas de la acción social de responsabilidad
sentencia n.º 800-52

Valoración de una compañía bajo diferentes métodos

El artículo 136 de la Ley 446 de 1998 le ha conferido a esta Superintendencia la potestad de designar peritos con el fin de dirimir controversias respecto del precio que ha de pagarse por las acciones, cuotas o partes de interés de un asociado, con ocasión del ejercicio del derecho de preferencia o del reembolso de aportes en los casos previstos en la ley.

En varias oportunidades, este Despacho ha considerado que **el método más idóneo para valorar a una sociedad en marcha es el que mide la capacidad de la compañía para generar flujos de caja hacia el futuro.** Por ejemplo, en la sentencia n.º 801-42 del 19 de julio de 2013, 'se le ordenó de oficio al perito que complementara su dictamen, para lo cual debía efectuar una nueva valoración con fundamento en métodos que permitieran establecer la real situación económica de la compañía. [...] Las instrucciones del

Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez contra KPMG Ltda.

Sentencia n.º 800-86 del 15 de julio de 2015 (disponible aquí)

Despacho buscaron asegurar que el dictamen del perito se basara en técnicas financieras que permitieran establecer el verdadero valor de la compañía, tales como el método de flujo de caja descontado'.

En el presente caso, sin embargo, el Despacho consideró que el reembolso de los aportes de capital del señor Orjuela en KPMG Ltda. debe hacerse a valor intrínseco. Esta conclusión se deriva de la estructura diseñada por los socios de KPMG Ltda. para la repartición de los flujos de efectivo, producidos en desarrollo de la actividad social. Tal y como se explicó, los asociados de KPMG Ltda. revisten la doble calidad de socios capitalistas e industriales. Tales sujetos reciben el 99% de las utilidades repartibles en su calidad de aportantes en industria, al paso que el 1% restante se distribuye por virtud de su afiliación a la compañía como titulares de cuotas sociales.

Así, pues, cuando uno de los socios capitalistas de KPMG Ltda. deja de prestarle servicios a la sociedad, como ha ocurrido en el presente caso, pierde inmediatamente el derecho de percibir el 99% de las utilidades disponibles al final de cada ejercicio.

En otras palabras, los titulares de cuotas sociales en KPMG Ltda. que no puedan efectuar aportes en industria recibirán apenas una porción exigua de los flujos de efectivo generados por la sociedad. **La anterior circunstancia tiene un impacto significativo sobre cualquier tasación que se haga del valor de las cuotas sociales de aquellos sujetos a los que, como ocurre con el señor Orjuela, se les hubiere vedado la posibilidad de aportar su trabajo para el desarrollo del objeto social de KPMG Ltda.**

Requisito de pluralidad en sociedades de responsabilidad limitada

Fernando Parra Echeverry contra Salnuvet Ltda.

Sentencia n.º 820- 16 del 24 de febrero de 2016 ([disponible aquí](#))

El artículo 359 del Código de Comercio le otorga un poderoso **derecho de veto al socio minoritario en las sociedades de responsabilidad limitada conformadas por solo dos socios**. Precisamente, este Despacho ha sostenido en anteriores oportunidades que 'conforme a lo previsto en el artículo 359 del Código de Comercio las decisiones de la junta de socios de una sociedad limitada se deben adoptar por un número plural de socios, lo que implica que, en aquellos casos en los que la compañía esté compuesta por dos asociados, se requiere unanimidad en la votación'

Para superar semejante obstáculo, **podría pensarse que el socio mayoritario fraccione sus votos a efectos de lograr, con su propio porcentaje de participación, la pluralidad que requiere la ley para tomar decisiones al interior de una compañía**. Esto se lograría por conducto de figuras como el usufructo,

la prenda o la anticresis, las cuales, pese a no tener la virtualidad de transferir la titularidad de las cuotas, darían al usufructuario, acreedor prendario o acreedor anticrético, respectivamente, la posibilidad de emitir votos [...] Sin embargo, no debe perderse de vista que aunque en las sociedades de responsabilidad limitada un socio detenta tantos derechos de voto como cuotas sociales tenga, el número de votos en ningún caso incide en la calidad singular del socio. En este sentido, **el fraccionamiento de los derechos de voto entre usufructuarios, acreedores prendarios o acreedores anticréticos no puede otorgar a estos sujetos más prerrogativas de las que esos títulos efectivamente le confieren al socio que los entrega, por lo que resulta bastante dudoso que dicha fragmentación propicie una pluralidad que el socio individualmente considerado no tiene**, como si se tratase de

una multiplicación de la calidad singular en lugar de un verdadero fraccionamiento [...]

Así, pues, debe concluirse, para los efectos del presente proceso, que **la pluralidad como requisito para la formación de la voluntad social en las sociedades limitadas es un obstáculo virtualmente infranqueable si no median cambios voluntarios o sucesorales en la distribución del capital**, lo cual guarda coherencia con el régimen de protección establecido por el sistema colombiano para los asociados en este tipo de compañías.

Ratificación de operaciones viciadas por conflictos de interés

Jorge Eduardo Terreros Wilches
contra Rafael Uribe Toro

Sentencia n.º 800-26 del 13 de abril 2016 ([disponible aquí](#))

Este Despacho no encuentra objeción alguna para que la autorización exigida por el numeral 7 [del artículo 23 de la Ley 222 de 1995] **se imparta con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato viciado por un conflicto de interés.** Aunque esta hipótesis no ha sido consagrada expresamente en la ley, la posibilidad de emitir autorizaciones *ex post* es coherente con las reglas previstas en nuestro ordenamiento en materia de saneamiento de la nulidad absoluta por ratificación. Más importante aún, no tendría sentido prohibirles a los accionistas—los principales interesados en salvaguardar el patrimonio social—convalidar operaciones que, en su criterio, resulten beneficiosas para la sociedad. Claro que, **para que pueda sanearse la nulidad absoluta derivada de la violación del régimen de conflictos de interés, la ratificación que se haga deberá ir acompañada de la autorización de la asamblea general de accionistas,**

impartida en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222.

En el presente caso, sin embargo, los accionistas de Servisurco S.A. dejaron constancia expresa, durante la reunión del 26 de marzo de 2015, de que no estaban debatiendo la posibilidad de emitir la autorización exigida en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. [...] A la luz de esta afirmación, debe entonces concluirse que la asamblea general de accionistas de Servisurco S.A. no impartió la autorización exigida en la ley. Por este motivo, es evidente que no se cumplieron los requisitos para el saneamiento por ratificación de la nulidad absoluta en cuestión.

Ahora bien, aunque el Despacho aceptara que los accionistas mayoritarios de Servisurco S.A. impartieron la autorización del numeral 7, tampoco podría admitirse el saneamiento de la nulidad bajo estudio. En

efecto, **la autorización del numeral 7 resulta improcedente cuando la operación presentada ante la asamblea ‘perjudique los intereses de la sociedad.’** [Así, pues,] aunque la asamblea apruebe la suscripción de un contrato con los votos del controlante interesado, los minoritarios contarán con la posibilidad de alegar que la operación fue nociva para la compañía. De constatarse tal circunstancia ante las instancias judiciales, podría declararse la nulidad absoluta de las operaciones concernientes.

Así las cosas, parece suficientemente claro que una buena parte de las operaciones cuestionadas en este proceso no son susceptibles de ser convalidadas *ex post* por los accionistas mayoritarios de Servisurco S.A. En verdad, las pruebas disponibles apuntan a que tales negocios lesionaron los intereses de la sociedad.

Abuso de mayoría en la creación de una junta directiva espuria

Edgar Orlando Corredor contra Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla
Sentencia n.º 800-46 del 11 de mayo de 2016 ([disponible aquí](#))

Las pruebas recaudadas en este proceso apuntan a que, en el curso de un agudo conflicto entre los accionistas de CDA El Arauco S.A.S., Juan Manuel Pinilla se valió de su potestad mayoritaria para privar a Edgar Orlando Corredor de un retorno sobre su inversión en la compañía. Esta expropiación del accionista minoritario de CDA El Arauco S.A.S. se consumó mediante la **creación de una junta directiva sin funciones discernibles, conformada exclusivamente por el señor Pinilla 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 desde el momento de su constitución.** Al disponer de los flujos de caja de la sociedad para costear el funcionamiento de un órgano inoperante, el señor Pinilla buscó frustrar las expectativas económicas del señor Corredor en CDA El Arauco S.A.S., a manera de represalia por las

fuertes desavenencias que existen entre ambos sujetos.

Tan efectiva fue esta estrategia de opresión que el señor Corredor no tuvo opción diferente que la de ofrecer en venta la totalidad de su participación en la sociedad.

Aunque el señor Pinilla parece tener motivos legítimos para cuestionar la conducta del señor Corredor, no por ello puede tolerarse que la estructura administrativa de una sociedad se utilice como un instrumento de opresión de accionistas. **No debe perderse de vista que en el correcto uso de las formas asociativas reposan los cimientos del orden público económico, cuya estabilidad podría verse perturbada si se permitiera la rampante expropiación de accionistas.** Por este motivo, las pretensiones formuladas en la demanda están llamadas a prosperar.

Bibliografía relevante

FH O'Neal y RB Thompson, *Oppression of Minority Shareholders and LLC Members* (2004, 2ª ed., Thomson West)

DK Moll, *Shareholder Oppression & Dividend Policy in the Close Corporation* (2003) 60 WASH & LEE L REV 3.

Soluciones a los problemas de la acción social

Cuando el controlante se ha apropiado de recursos de la compañía en su calidad de administrador o con el concurso de los administradores, será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad en la asamblea general o junta de socios. La solución más efectiva al problema descrito consiste en **conferirles a los asociados minoritarios la legitimación para presentar acciones sociales en nombre y por cuenta de la compañía [...]**. En Colombia, sin embargo, no se ha previsto expresamente [esta] legitimación extraordinaria.

Así las cosas, se hace necesario estudiar algunos de los principales **medios de defensa disponibles actualmente para que, a pesar de los vacíos legales reseñados, un minoritario pueda hacerle frente a la expropiación** concertada entre un accionista controlante y los administradores sociales.

Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros

Sentencia n.º 800-52 del 9 de junio 2016 (disponible aquí)

Una primera vía de acción para el minoritario oprimido puede encontrarse en aquellos casos en los que el controlante hubiera **bloqueado la aprobación de una acción social de responsabilidad**, con el propósito de encubrir la desviación irregular de recursos de la compañía. Cuando ello ocurra, **el minoritario podrá invocar la protección de la figura del abuso del derecho de voto para obtener una indemnización de los perjuicios sufridos.**

En otros países, uno de los principales medios de defensa de los intereses de las minorías suele encontrarse en la consagración [...] de un **deber de lealtad a cargo de los accionistas mayoritarios**. En Colombia es posible encontrar un deber de similar entidad en el postulado de la buena fe [...]. Parece entonces indiscutible que el mayoritario que se apropia irregularmente de recursos sociales actúa en forma desleal

frente a los demás asociados. De manera que, **al constituir la expropiación de minoritarios una violación del deber de lealtad a cargo del controlante, este último podrá ser obligado a resarcir los perjuicios que se deriven de sus actuaciones irregulares.**

Una tercera vía de defensa para los minoritarios consiste en presentar acciones de nulidad con base en el régimen de **conflictos de interés** previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley de 1995 y el Decreto 1925 de 2009. Como la apropiación de recursos sociales suele suponer la celebración de negocios jurídicos entre la sociedad, el controlante, los administradores y personas vinculadas a éstos, podría invocarse el régimen en cuestión para controvertir la validez de tales operaciones.

Los 5 autos más relevantes del año

**Metroagua S.A. E.S.P. contra
Santa Marta y otro**

Demandas de un administrador contra la sociedad
auto n.º 800-5737

**Crear Calle 81 S.A.S. contra
Upper Side S.A.S. y otros**

Abuso de mayoría en la repartición de utilidades con base en
estados financieros inexactos
auto n.º 800-6051

**Luis Helí Tovar & Cía S. en C.
contra Embohuila S.A.**

Exclusión forzosa de accionistas minoritarios
auto n.º 800-6317

**Oceanis Global Investments
LLC y otro contra Solla S.A.**

Efectos de las cláusulas compromisorias incluidas en los
estatutos sociales
auto n.º 800-6687

**Invercolsa S.A. contra Gases
del Caribe S.A. E.S.P y otros**

Abuso de mayoría en la inscripción de una sociedad en la
Bolsa de Valores de Colombia
auto n.º 800-8378

Demandas de un administrador contra la sociedad

Metroagua S.A. E.S.P. contra Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y otro Auto n.º 800-5737 del 14 de abril de 2016 (*disponible aquí*)

Es preciso analizar la interesante hipótesis planteada por Metroagua S.A. E.S.P., bajo la cual un administrador ha demandado a la compañía en la que ejerce sus funciones. A primera vista, podría pensarse que en estos casos se presenta siempre una gravísima violación del deber de lealtad que la Ley 222 de 1995 les impone a los administradores sociales. No es claro, en verdad, cómo puede velar por los mejores intereses de la compañía quien la somete a un proceso judicial con pretensiones declarativas y de condena. Sin embargo, un análisis más minucioso del problema en cuestión apunta a que **no siempre que un administrador demanda a la sociedad se producirá, automáticamente, una actuación desleal.**

Puede pensarse, por ejemplo, en un administrador que decida impugnar una **determinación del máximo órgano social**, al amparo de la legitimación que le confiere el

artículo 191 del Código de Comercio. Aunque la demanda que presente el administrador deberá estar dirigida en contra de la sociedad [...], difícilmente podría concluirse que ello conlleva una violación del deber de lealtad. En verdad, si la propia ley faculta a los administradores para controvertir decisiones sociales 'cuando no se ajusten a la prescripciones legales o a los estatutos', sería desacertado pensar que la impugnación de decisiones acarrea siempre una conducta desleal [...].

Otra hipótesis relevante puede encontrarse en el caso de un administrador que también reviste la calidad de accionista [...]. Podría ocurrir que este sujeto decidiera controvertir judicialmente la validez de un contrato que fue lesivo para el patrimonio social, celebrado entre la compañía y su accionista controlante. Así mismo, podría demandarse a la sociedad para obtener la nulidad absoluta

de determinaciones adoptadas en abuso del derecho de voto, como lo han hecho numerosos accionistas, ante esta Superintendencia, para hacerle frente a la celebración de negocios expropiatorios. El asociado en cuestión también podría llamar a juicio a la sociedad para procurar la ejecución específica de un acuerdo de accionistas, en los términos permitidos por el parágrafo segundo del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008. **En los anteriores ejemplos, el administrador se ve compelido a demandar a la sociedad en la que ejerce sus funciones, como una medida indispensable para proteger los derechos políticos y económicos que le corresponden en su calidad de accionista.** Parecería entonces incorrecto concluir que tal asociado no puede acudir ante la justicia para defender sus intereses, sin incumplir necesariamente los deberes que le corresponden como administrador.

Metroagua S.A. E.S.P. contra Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y otro

Auto n.º 800-5737 del 14 de abril de 2016 (*disponible aquí*)

Demandas de un administrador contra la sociedad

Es factible incluso que un administrador demande a la compañía para salvaguardar el patrimonio social. Por ejemplo, un miembro de junta directiva podría intentar controvertir la compra de activos sociales, por parte del representante legal, a un valor lesivo para la compañía. Para tal efecto, podrían invocarse las reglas vigentes en materia de conflictos de interés a fin de solicitar la nulidad absoluta de los contratos que dieron lugar a la apropiación irregular de activos sociales [...]. De suerte que, aunque el director se vería forzado a demandar a la sociedad, su conducta estaría perfectamente acorde con los deberes legales consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, el caso presentado por Metroagua S.A. E.S.P. atañe a un administrador que busca proteger sus propios intereses económicos como arrendador de los activos empleados por aquella sociedad para el cumplimiento de su objeto social. Según los documentos aportados con la demanda, la acción popular del Distrito de Santa Marta pretende que 'se ordene la

terminación judicial anticipada del contrato de arriendo' y 'se ordene a Metroagua S.A. E.S.P. el reconocimiento y pago a favor del Distrito de Santa Marta, de las regalías o frutos civiles a los que tiene derecho por ser el propietario de toda la infraestructura necesaria para que Metroagua S.A. E.S.P. prestara el servicio de acueducto y alcantarillado [...] desde 1998 hasta la fecha [...]'. Tales circunstancias hacen difícil entender cómo un sujeto podría participar como demandante en un proceso judicial de la naturaleza indicada mientras ocupa un cargo en la junta directiva de la sociedad demandada.

Bibliografía relevante

Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, caso Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa contra Handler S.A.S. y otros (Sentencia n.º 800-119 del 17 de septiembre de 2015).

Superintendencia de Sociedades, Delegatura para Procedimientos Mercantiles, caso Martha Cecilia López contra Comercializadora GL S.A.S. (Sentencia n.º 800-119 del 17 de septiembre de 2015).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (Sentencia del 11 de marzo de 2004, expediente n.º 7582).

Abuso de mayoría en la repartición de utilidades con base en estados financieros inexactos

Según el texto de la demanda, las decisiones controvertidas consistieron en la aprobación de los estados financieros de la compañía correspondientes al año 2015, así como del proyecto de distribución de las utilidades generadas durante ese ejercicio. De acuerdo con lo expresado por Crear Calle 81 S.A.S., los demandados, quienes conforman el bloque de accionistas mayoritarios de Upper Side S.A.S., ‘abusaron de su derecho al voto pues votaron con la intención de desconocer los pasivos ciertos, expresos y exigibles a favor [de la demandante] que debieron quedar registrados en el pasivo de Upper Side S.A.S. en un valor de \$593.484.966 por concepto de cánones de arrendamiento’.

Lo primero que debe decirse, en este sentido, es que **se ha detectado la existencia de un agudo conflicto entre Crear Calle 81 S.A.S. y Upper Side S.A.S., relacionado con el presunto incumplimiento de un contrato**

Crear Calle 81 S.A.S. contra Upper Side S.A.S. y otros

Auto n.º 800-6051 del 20 de abril de 2016 (disponible aquí)

de arrendamiento celebrado entre ambas sociedades.

En segundo lugar, los accionistas mayoritarios de Upper Side S.A.S. aprobaron determinaciones que, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, podrían llegar a representarles la obtención de una **ventaja injustificada**. Según la información disponible, los estados financieros de Upper Side S.A.S. con corte a 31 de diciembre de 2015—en los cuales se basaron los accionistas para repartir utilidades—no reflejan la totalidad de las obligaciones reclamadas por Crear Calle 81 S.A.S. en el proceso ejecutivo [iniciado por esta compañía en contra de Upper Side S.A.S.]. Así, pues, mientras que en los estados financieros de Upper Side S.A.S. aparece una cuenta por pagar a favor de Crear Calle 81 S.A.S. por apenas \$121.865.200, las sumas objeto de aquel proceso judicial ascienden a

\$593.484.966 (vid. Folio 5). Es decir que las utilidades repartidas por los accionistas demandados podrían haber estado basadas en estados financieros que no reflejan la realidad económica de Upper Side S.A.S. Más importante aún, de haberse registrado la totalidad de las sumas que aparentemente se le adeudan a Crear Calle 81 S.A.S., es posible que no hubiera utilidades disponibles para repartir entre los accionistas de Upper Side S.A.S. Aunque la apoderada de la sociedad demandante puso de presente las anteriores circunstancias durante la reunión asamblearia del 17 de febrero de 2016, los accionistas demandados aprobaron, en todo caso, la repartición de utilidades controvertida en este proceso.

Bibliografía relevante

Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A (Sentencia n.º 800-20 del 27 de febrero de 2014).

Exclusión forzosa de accionistas minoritarios

Luis Helí Tovar & Cía S. en C. contra Embotelladora del Huila S.A.

Auto n.º 800-6317 del 25 de abril de 2016 (*disponible aquí*)

Los jueces del Estado de Delaware han esbozado criterios bastante definidos para **juzgar la responsabilidad de accionistas controlantes y administradores sociales**, particularmente en hipótesis de exclusión de minoritarios. La regla general en esta clase de procesos consiste en que **al accionista controlante [...] le corresponde la carga de probar que [...] la operación se llevó cabo con sujeción a la más estricta ecuanimidad** (*entire fairness*).

La carga probatoria del demandado comienza por acreditar que el minoritario recibió un **precio justo** [...]. El referido principio de ecuanimidad debe poder predicarse también del **procedimiento seguido en los diferentes órganos sociales para aprobar las operaciones** que dieron lugar a la exclusión. La defensa de los accionistas mayoritarios suele estar encaminada a **que el juez le asigne la carga de la prueba al minoritario deman-**

dante o, incluso, que no se valore la exclusión bajo el ya mencionado principio de ecuanimidad (*entire fairness*), sino conforme a la mucho más laxa regla de la discrecionalidad (*business judgment rule*).

Al igual a como ocurre en otros países, en Colombia existen diversas figuras legales que permitirían excluir forzosamente a los accionistas minoritarios de una sociedad. Cuando la exclusión se produce por virtud de una determinación de la asamblea, los minoritarios inconformes pueden defender sus intereses con base en las **acciones legales disponibles para controvertir decisiones sociales**.

Por lo demás, cuando la operación se perfeccione a instancias de los administradores sociales [...] los minoritarios podrán invocar las reglas contenidas en la Ley 222 de 1995 en materia de **conflictos de interés**. En este punto debe decirse que, cuando se

controviertan **contratos con partes vinculadas**, podría asignársele la carga de la prueba al administrador que celebró la operación y al accionista controlante que contrató con la sociedad, en la medida en que tales demandados tengan—como suele ocurrir—mayor ‘cercanía con el material probatorio’ y en vista de que se trata de las partes que ‘[intervinieron] en los hechos que dieron lugar al litigio’.

Bibliografía relevante

Weinberger contra UOP 457 A.2d 701 (Del 1983)

Gibson Dunn, Determining the Likely Standard of Review Applicable to Board Decisions in Delaware M&A Transactions (noviembre 8 de 2014)

Efectos del pacto arbitral incluido en los estatutos sociales

Oceanis Global Investments LLC y Step Group Corp. contra Solla S.A.

Auto n.º 800-6687 del 2 de mayo de 2016 (*disponible aquí*)

[L]a Corte Constitucional en la sentencia n.º C-14 de 2010, [...] explicó que 'la expresión de voluntad a favor de la cláusula compromisoria también se puede predicar de aquellas personas, naturales o jurídicas, que se vinculen como accionistas con posterioridad a la constitución de la sociedad, o al momento en el que se perfeccionó la reforma estatutaria que la incorporó'. [...]

[L]a postura de la Corte Constitucional hace referencia específica al régimen de las sociedades por acciones simplificadas, bajo el cual, en criterio de esa Corporación, la cláusula compromisoria se rige por las normas societarias vigentes en materia de reformas estatutarias. Ciertamente, [...] la Corte alude al artículo 41 de la Ley 1258 de 2008, por cuyo efecto la inclusión o modificación de una cláusula compromisoria en los estatutos de una SAS se produce mediante una decisión del máximo órgano social, adoptada con el voto favorable de los titulares de la totalidad

de las acciones en circulación de la compañía. Luego de analizar esta disposición especial, la Corte Constitucional concluye que 'la previsión de que, en el caso de las SAS, a la justicia arbitral sólo se acudirá si así está pactado en los estatutos, aunada a la regla de unanimidad como requisito para incluir la cláusula arbitral en ellos, garantiza que, en todas las hipótesis referidas a los accionistas, se manifiesta el principio de habilitación [...]. En suma, el pacto estatutario obra como pacto compromisorio para los accionistas de las SAS, y es ley para las partes' (se resalta).

[L]a posición expresada por la Corte Constitucional [...] no puede extenderse automáticamente a los tipos sociales previstos en el Código de Comercio. La razón estriba, simplemente, en que en el Libro Segundo del Código no se previó una norma con alcance similar a la del artículo 41 de la Ley 1258. En consecuencia, para el caso de las sociedades tipificadas en el Estatuto Mercantil,

la cláusula compromisoria no está sujeta a las normas que regulan la constitución y el funcionamiento de personas jurídicas societarias. [...] **Mientras que la reforma de los estatutos de una compañía está sujeta a las normas sobre aprobación de determinaciones en el máximo órgano social, las decisiones atinentes al pacto arbitral deben ceñirse al principio de habilitación a que ya se ha hecho referencia'.**

[A]l ser la demandada una sociedad del tipo de las anónimas, deben rechazarse los argumentos de la recurrente, cuyo sustento principal se encuentra en las afirmaciones de la Corte Constitucional en materia de sociedades por acciones simplificadas. En verdad, [no] puede entenderse que quien adquiere la calidad de accionista en una [sociedad anónima] queda vinculado obligatoriamente al pacto arbitral incluido en [...] los estatutos sociales.

Abuso de mayoría en la inscripción de una sociedad en la Bolsa de Valores de Colombia

El estudio de las pruebas allegadas con la demanda es suficiente para estimar, en forma preliminar, que la conducta de los demandados podría revestir las características del abuso del derecho de voto. En efecto, una decisión de innegable trascendencia para el funcionamiento de Gases del Caribe S.A. parece haber sido **aprobada en forma intempestiva y con razones inescrutables, sin haber consultado siquiera a los órganos de administración.** Tales circunstancias arrojan un manto de duda sobre la rectitud de ánimo de los demandados, particularmente en vista de que la decisión controvertida podría frustrar las expectativas económicas de Invercolsa S.A. en Gases del Caribe S.A. En consecuencia, el Despacho debe concluir que los argumentos de la sociedad demandante son lo suficientemente verosímiles como para que se decrete la medida cautelar solicitadas. La medida cautelar solicitada por Invercolsa

Invercolsa S.A. contra Gases del Caribe S.A. E.S.P, Promigas S.A. E.S.P. y Primeother S.A.S.
Auto n.º 800-8378 del 26 de mayo de 2016 (disponible aquí)

S.A. también parece ser necesaria para evitar que esa compañía sufra un perjuicio de difícil reparación. En efecto, de completarse el proceso de inscripción en bolsa de Gases del Caribe S.A., un bloque de acciones de la compañía podría quedar en manos de centenares de inversionistas. Una vez ello ocurra, difícilmente podrían retrotraerse los efectos de la decisión cuestionada en este proceso, sin provocar impredecibles traumatismos en el mercado público de valores. Así, pues, ante las dificultades prácticas de anular el ingreso de Gases del Caribe S.A. a la Bolsa de Valores de Colombia, el único remedio judicial disponible para Invercolsa S.A. sería una indemnización de perjuicios. Para tal efecto, sin embargo, Invercolsa S.A. se vería forzada a enfrentar las inmensas dificultades de tasar el valor de los perjuicios derivados de la pérdida de derechos de veto y de preferencia en el tránsito de una sociedad cerrada hacia el mercado público de valores.

Bibliografía relevante

W Kim y M Weisbach, Do Firms Go Public to Raise Capital? (2005) NBER Working Paper n.º 11197.

M Pagano y otros, Why Do Companies Go Public? An Empirical Analysis (1998) 53 J FINANCE 27.

Expediente Digital en la Delegatura para Procedimientos Mercantiles



Muy pronto, todos los procesos que se adelanten ante la Delegatura para Procedimientos Mercantiles podrán ser tramitados integralmente por internet.

A través del **Expediente Digital** –plataforma que se implementará paulatinamente– se podrán presentar documentos, consultar expedientes y revisar estados y traslados desde cualquier lugar y en cualquier momento.

Boletín de Jurisprudencia

n.º 5 (2016)