

OFICIO 220-117876 DEL 21 DE JULIO DE 2020

ASUNTO: FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - TRÁMITE VERBAL – ACCIÓN DE NULIDAD POR ABUSO DEL DERECHO DE VOTO.

Me refiero a sus escritos radicados como se anuncia en la referencia, especialmente al radicado con el número 2020-01-162645 mediante el cual presenta algunas inquietudes relacionadas, de una parte, con el alcance de la participación de peritos dentro de los procesos de naturaleza jurisdiccional que adelanta la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de esta Entidad, particularmente, los que se ocupan de acciones de declaratoria de nulidad de decisiones sociales adoptadas en abuso del derecho, y de otra, con la posibilidad de acudir al proceso de nulidad citado, acumulando la pretensión de reembolso del aporte.

Previamente a atender su inquietud debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, emite conceptos de carácter general sobre las materias a su cargo, sus respuestas a las consultas no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

De igual forma, le solicito tener presente que las consultas que resuelve esta Oficina no obligan en forma alguna el actuar de la Entidad en fase jurisdiccional, por lo que el contenido de esta respuesta se expone como ejercicio académico, y en nada limita el criterio del Juez.

Advertido lo anterior, este Despacho se permite efectuar las siguientes precisiones:

Con base en el artículo 116 de la Constitución Política, le han venido siendo asignadas a la Superintendencia de Sociedades, entidad de naturaleza administrativa¹, funciones jurisdiccionales tales como las que adelanta con ocasión de los procesos de insolvencia empresarial, así como las que le han permitido proferir variada jurisprudencia en temas societarios, tales como:

¹ Ley 489 de 1998, Literal c), Numeral 2º, Artículo 38.



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

- Reconocimiento de presupuestos de ineficacia de decisiones sociales, Núm. 8, Artículo 326 del E.O.S.F², Art. 43 de la Ley 1429 de 2010, Literal C), Núm. 5º, Artículo 24 del C.G.P.
- Nombramiento de peritos para determinar el valor de alícuotas en los eventos de discrepancias por su valor frente a su negociación, Núm. 8, Artículo 326 del E.O.S.F.
- Discrepancias sobre el acaecimiento de causales de disolución, Art. 138 de Ley 446/98.
- Incumplimiento y ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos de accionistas, Art. 24, numeral 5º, literal A del Código General del Proceso.
- Resolución de conflictos societarios, Art. 24, numeral 5º, literal B del Código General del Proceso.
- Desestimación de la personalidad jurídica, Art. 24, numeral 5º, literal D del Código General del Proceso, Artículo 252 Ley 1450 de 2011.
- Abuso del derecho de voto, Art. 24, numeral 5º, literal E del Código General del Proceso.
- Responsabilidad de socios y liquidadores, Art. 28 Ley 1429/10.
- Oposición a la reactivación Art. 29 Ley 1429/10.
- Garantías Mobiliarias, Artículo 24, Parágrafo 6º del Código General del Proceso, Parágrafo 3º, Art. 60 y Núm. 5º, Art. 69, Ley 1676 de 2013.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 368 del Código General del Proceso, en remisión que a éste efectúa el Parágrafo 3º del Artículo 24 de ese mismo código, los procesos jurisdiccionales antes mencionados se adelantan por el trámite verbal.

Como resulta propio para este tipo de trámites, de resultar necesario, durante la audiencia inicial el juez decretará las pruebas solicitadas por las partes y, de oficio, aquellas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, entre las cuales podrá ser decretada la prueba pericial³.

Hay que considerar, para el caso de la acción impetrada para el nombramiento de peritos quienes determinen el valor de alícuotas en los eventos de discrepancias por su valor frente a su negociación, de que trata el Numeral 8, Artículo 326 del E.O.S.F.,

² En el año 1999 fue incorporado el Numeral 8 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que subsumió el artículo 133, 134, 135 y 136 de la Ley 446 de 1998

³ Código General del Proceso, Numeral 10, Artículo 372.



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

que a la misma también le corresponde ser tramitada por un proceso verbal en tanto la ley no le otorgó un trámite especial⁴.

La designación de peritos se efectúa con base en la lista de auxiliares de la justicia de la Rama judicial. En este punto, cabe mencionar que, si bien esta Superintendencia, a través de la Resolución 100-001920 de 2017 adoptó la lista de evaluadores del Registro Abierto de Evaluadores a que se refiere la Ley 1673 del 19 de julio de 2013, en la resolución solo se prevé su utilización para los temas de la entidad relacionados con los procesos de insolvencia empresarial y garantías mobiliarias, por lo que para la designación de peritos en procesos adelantados en la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, ésta se remite a la lista general enunciada.

El dictamen podrá también ser aportado junto con la demanda o dentro del término que se haya solicitado en ésta para el efecto⁵ con lo cual es claro que resulta de recibo la práctica de peritajes extraprocesales que, conforme establece el artículo 189 del Código General del Proceso, cuando versen sobre libros y papeles de comercio, debe notificarse previamente a la futura contraparte, situación que inevitablemente le pone en antecedentes de la próxima demanda judicial.

Ahora, en cuanto corresponde a la acción de nulidad de decisiones sociales por abuso del derecho de voto, a que alude el Literal e) del Artículo 24 del C.G.P., ésta es definida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles así:

“I. Abuso del derecho de voto

A. Descripción general: Mediante esta acción, la Superintendencia de Sociedades puede conocer procesos en los que se debate el ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de algún asociado.

Para tal efecto, debe acreditarse que el ejercicio de esa prerrogativa le causó perjuicios a la compañía o alguno de los asociados, así como el propósito ilegítimo de causar tales perjuicios o de obtener una ventaja injustificada. Según lo establecido en los artículos 43 de la Ley 1258 de 2008 y 24 del Código General del Proceso, esta acción es procedente en hipótesis de abuso de mayoría, minoría y paridad. Además de la nulidad absoluta de las determinaciones controvertidas, podrá solicitarse la correspondiente indemnización de perjuicios. (...)”⁶

⁴ Código General del Proceso, Artículo 368.

⁵ Código General del Proceso, Artículo 227.

⁶ https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/Guia_de_litigio_societario_con_garantias_mobiliarias.pdf



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Resulta claro que a través de dicho proceso, inicialmente ideado para la sociedad por acciones simplificada⁷, pero que extendió su aplicación a los demás tipos societarios a partir de la vigencia del Código General del Proceso⁸, se pretende la declaración de nulidad de una decisión social por la ilicitud de su objeto, lo que trae como consecuencia que, de prosperar, se restituirán las cosas a su estado anterior, es decir, a como estaban antes de que hubiera existido el acto o contrato declarado nulo⁹, lo cual incluye restituir a la parte que demanda en lo que se vio afectada y que resulte susceptible de ser tasado económicamente, perjuicios cuya indemnización debe ser solicitada expresamente.

Una vez en firme la declaratoria de nulidad de una decisión social, como consecuencia de este tipo de procesos, las situaciones sociales se retrotraen, asimilándolas a como si nunca hubiesen sucedido, lo cual obliga a que las situaciones jurídicas de las partes intervinientes en el proceso se ajusten jurídicamente a este estado.

Con ocasión del desarrollo jurisprudencial sobre el tema de abuso del derecho de voto y las varias aristas que gravitan alrededor suyo, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles ha expedido decisiones tales como las siguientes:

- Partes: Serviucis S.A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón SAS. Asunto: **Abuso del derecho de voto por parte de un accionista mayoritario**. Sentencia No. 800-073 del 19 de diciembre de 2013.
- Partes: Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S.A.S. y otros. Asunto: **Abuso del derecho por la retención injustificada de utilidades**. Sentencia No. 800-44 del 18 de julio de 2014
- Partes: Alexander Rodríguez contra Jannas Grupo Empresarial S.A.S. y otros. Asunto: **Asignación de la carga de la prueba en procesos de abuso del derecho de voto**. Sentencia No. 801-81 del 20 de noviembre de 2014.
- Partes: María Victoria Solarte Daza contra CSS Constructores S.A. Asunto: **Abuso del derecho en la capitalización de utilidades**. Auto No. 800-2730 del 17 de febrero de 2015.

7 Ley 1258 de 2008, Artículo 43.

8 Ley 1564 de 2012, Artículo 24.

9 Código Civil, Artículo 1746.



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

- Partes: Martha Omaira Cárdenas Castelblanco contra Omar Dionisio Cárdenas Castelblanco y otros. Asunto: **La improcedencia de la acción de abuso del derecho de voto cuando no se ha ejercido el voto**. Sentencia N.º 800-14 del 22 de febrero de 2016.

Para su comodidad, en archivos adjuntos se han anexado copias en PDF de las providencias relacionadas; no obstante, en la página web de esta Entidad, www.supersociedades.gov.co en el link de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Jurisprudencia, tendrá a su alcance mucho más contenido relacionado con el tema de su interés, el cual le invito a conocer.

Retornando al tema del trámite general a través del cual esta Entidad adelanta su función jurisdiccional, se tiene que, en lo relacionado con las pretensiones principales del demandante en una acción de nulidad por abuso del abuso del derecho éstas se referirán a la declaratoria de nulidad por objeto ilícito de las decisiones sociales atacadas, así como la indemnización de perjuicios, que son previstas en la norma que describe la acción. Esto, no resulta óbice para que se acumulen otras pretensiones siempre que se enmarquen dentro de los requisitos a que se refiere el artículo 88 del C.G.P., como son:

“(…)

1. Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.

2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. (...)” (Destacado fuera de texto)

Expuesto lo anterior, esta oficina se referirá a sus inquietudes particulares, así

1. “(…)

Si para la solución de cualquiera de los conflictos de que conocen las superintendencias en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la respectiva superintendencia requiera peritos, estos serán designados por el funcionario en ejercicio de sus funciones, lo cual corresponde al mandato del art, 134 de la Ley 446 de 1998.

Lo anterior, porque la duda surge del CGP que estableció una regulación diferente a la designación de peritos por el juez, pero que en el parágrafo 6o del art. 24, expresa que la Superintendencia conservará la competencia atribuida por leyes especiales.

De otra parte, el artículo fue incorporado al E.O.S.F. (art. 326-8), el cual no fue derogado, pero independientemente de esto, conserva la redacción del artículo 134 de la Ley 446, esto es, imprimiendo una facultad a las Superintendencias: "los conflictos de que conocen las superintendencias" y "la respectiva Superintendencia."

Por ejemplo, ¿se podría solicitar en la demanda y obtener judicialmente ante esa Superintendencia, la designación de peritos para que avalúen la sociedad y así el valor justo de la participación de socio expropiado?

Si no fuere posible, y se debiera recurrir a peritazgo por fuera del proceso, ¿qué mecanismos habría, aparte del trámite de prueba extraprocesal, para que se lograra ese peritazgo, a sabiendas de que los controlantes, harían todo lo posible por evitarlo u obstaculizarlo?

Aún en ese caso de la prueba extraprocesal, ¿cómo se evitaría el ponerlos en guardia a los controlantes que serían demandados, cuando los efectos de las medidas cautelares se podrían eludir ante el conocimiento de la demanda judicial sobreviniente próximamente? Lo mismo, o situación similar, parece ocurre con los originales art. 135 y 136 de la Ley 446 citada, a los cuales extendiendo la consulta de su aplicación actual por parte de la Superintendencia de Sociedades.

Por lo anterior, solicito conceptúen sobre el particular."

En cuanto a esta primera situación, se tiene que esta Entidad acude a la lista general de auxiliares de la justicia que provee la Rama Judicial para designar peritos dentro de los procesos que conoce, a propósito de sus facultades jurisdiccionales para dirimir situaciones derivadas del devenir societario.

Ahora, dentro del universo de situaciones propicias a ser valoradas dentro de los procesos judiciales a cargo de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de esta Entidad, se encuentra la tasación de las alícuotas de una compañía, tanto por discrepancias en su precio con motivo de su negociación, como porque resulte necesario conocer el valor patrimonial de una entidad societaria para tomar determinaciones dentro de procesos por resolución de conflictos societarios y otras situaciones que lo ameritan.



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Dicha prueba pericial dentro del proceso verbal iniciado con ocasión de una acción de nulidad por abuso del derecho puede ser aportada junto con la demanda para lo cual el demandante debió surtir el trámite previo judicial para la práctica de dicha prueba en forma extraprocesal.

Los temas que conoce esta Superintendencia en sede judicial son de naturaleza societaria por lo que las pruebas que conforman el acervo probatorio derivan de los libros del comerciante situación que, inevitablemente, obliga a que, de ser practicadas extraprocesalmente, deba hacerse ante el conocimiento de la futura contraparte, haciéndole conocer de la proximidad de un proceso judicial en su contra, conllevando tal advertencia idénticos riesgos respecto de la eficacia de las medidas cautelares ordenadas en los procesos adelantados por la Delegatura de Procedimiento Mercantiles, en relación con el resto de actuaciones que se adelantan ante la justicia ordinaria.

2. En el tema de distracción de activos, expropiación u opresión de socio minoritario de manera sistemática y concatenada, ¿se estima viable solicitar, además de lo previsto en el numeral 5-e del art. 24, CGP, el reembolso de la participación accionaria (por ejemplo, SAS) o sobre cuotas sociales (por caso, una sociedad Limitada), como consecuencia del ejercicio de la acción de abuso del derecho de voto (las exclusiones tienen decisiones mayoritaria del máximo órgano social).o de la acción de conflicto entre socios?.

Además, para que el reembolso, como condena y/o indemnización de perjuicios, llegare a prosperar, ¿se requeriría de la solicitud adicional de otras declaraciones como la de terminación del respectivo contrato social o la pérdida de ánimo de lucro?

Por lo demás, ¿es distinta la solución, según la clase de sociedad?

Y es distinta la solución en las siguientes hipótesis: a) Si ya ésta está liquidada, pero la decisión judicial de reembolso, estaría precedida de la orden de nulidad absoluta; b) o si está en liquidación o; c) si se trata de una sociedad en pleno desarrollo? (...)."

Al respecto, se tiene que la declaratoria de nulidad de una decisión social, por uso abusivo del derecho de voto, retrotrae las situaciones jurídicas al momento anterior a aquel en que fue adoptada la decisión nula.

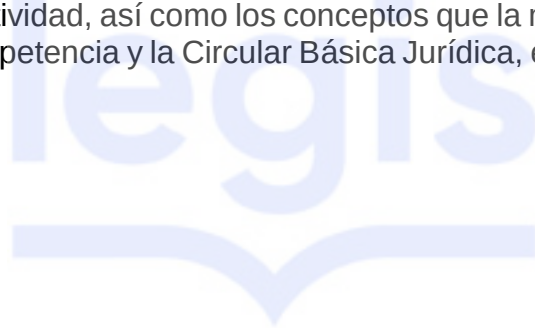


**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Si bien para este tipo de procesos el Literal e) del artículo 24 del Código General de Proceso prevé a favor del demandante la indemnización de perjuicios, éstos obedecen al menoscabo económico que le fue generado por causa de la decisión anulada, situación que no se identifica con la del reembolso de aportes al socio demandante, en tanto esta última únicamente deviene de una disminución de capital que solo resulta viable en tanto no se afecten derechos de los terceros acreedores de la compañía, según la ley y comporta, eventualmente, autorización por parte de esta superintendencia¹⁰.

Por lo demás, lo descrito aplica para cualquier tipo societario, resultando indiferente si la sociedad adelanta un proceso liquidatorio o si se encuentra en plena vigencia.

De conformidad con lo expuesto, se respondió de manera cabal su consulta. Se reitera que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 y que en la página web de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, así como los conceptos que la misma ha emitido sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros documentos de consulta.



¹⁰ Código de Comercio, Artículos 122, 145.