

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrado Ponente: Iván Darío Zuluaga Cardona

Bogotá D.C., siete (07) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Proceso	Verbal impugnación de actas de asamblea de sociedad
Demandantes	Clara Inés Galindo Polanía c.c. 36.157.995
Demandado	Avícola La Dominga S.A.S. Nit: 813.003.497-1
Radicado	11 001 31 99 002 2018 00411 03
Instancia	Segunda – <i>apelación de sentencia</i> -
Procedente	Superintendencia de Sociedades
Fecha de la providencia	26 de noviembre de 2019

Proyecto discutido en salas del 04 de marzo, 22 de abril y 6 de mayo de 2021

Se procede a resolver el recurso de apelación en contra de la sentencia en referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Pide la parte demandante se declaren inoponibles las decisiones aprobadas con su disidencia en la Asamblea extraordinaria del 25 de agosto de 2018, relacionadas entre otras, con la reforma estatutaria de aumento de capital autorizado, presentación y aprobación del reglamento de suscripción de acciones, autorizaciones a la gerencia para protocolizar el aumento de capital y la emisión de nuevas acciones suscritas.

Como consecuencia de lo anterior, dejar sin efectos los actos y contratos realizados o celebrados por la sociedad, sus administradores, los socios y los de cualquiera de éstos con terceros para dar cumplimiento, perfeccionar o ejecutar los aparentes derechos derivados de los actos declarados inoponibles, dejando claro que la participación societaria de la demandante queda incólume o inmodificable, como estaba antes de las decisiones impugnadas.

Como pretensión subsidiaria, pide que en vez de declarar la inoponibilidad, se declare la ineficacia de las decisiones antes reseñadas.

2. Dichas pretensiones se fundan en que en la convocatoria para la asamblea extraordinaria cuestionada, no se modificó el valor nominal de cada acción en la nueva emisión, sin tener en cuenta que la sociedad tiene un valor patrimonial muy superior al expuesto en los estados financieros que la respaldaron, generando un incremento de la participación accionaria a favor de los socios mayoritarios, diluyendo la participación de la demandante.

En efecto, se indica en la demanda que con la reforma aprobada, si la demandante no suscribe las acciones de la nueva emisión, quedaría con una participación del 2.5%.

Considera que el valor de la acción es irreal y subvalorado, pues de \$25.500 que arroja el estado financiero intermedio, lo reducen a \$1.000 la acción.

Los socios que adoptaron las decisiones cuestionadas, aceptaron la oferta aprobada por ellos mismos, para su ventaja particular y conociendo del perjuicio que infringían a la demandante. Se beneficiaron pagando obligaciones que tenía la compañía, incrementando sus beneficios en la adquisición de la nueva emisión y colocación de acciones a su favor.

El capital autorizado, suscrito y pagado de la sociedad antes de la nueva suscripción y colocación de acciones, correspondía a \$300.000.000,00 representados en 300.000 acciones de valor nominal de \$1.000 por acción, el cual se encontraba dividido entre los 4 socios, cada uno con 75.000 acciones y participación porcentual del 25% que ahora se diluyen dentro de una participación de 3.300.000 (sic) acciones.

Lo propio ocurre con el capital, pues al entrar a la reunión extraordinaria controvertida, la demandante poseía un valor intrínseco de sus acciones equivalente en a \$1.912.800.000,00 y al salir de la misma, se habían convertido en menos de \$175.000.000,00.

3. La sociedad demandada, a través de su representante legal, se opuso a las pretensiones de la demanda formulando como excepciones de mérito la caducidad

de la acción, la ineptitud sustancial de la demanda, haberse realizado el aumento de capital en forma precisa, legalidad de la reforma, y el valor intrínseco es una expectativa de derecho.

Sobre la ausencia de carácter general de la decisión, adujo que los socios tienen plena libertad para aumentar sus aportes conforme el artículo 123 del Código de Comercio.

Agrega que conforme el artículo 12 de la Ley 222 de 1995, los socios ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad, cuando se disminuya el porcentaje de su participación en el capital de la sociedad.

4. La sentencia de primera instancia desestimó las pretensiones relacionadas con la inoponibilidad por falta de generalidad de las decisiones acusadas y advirtió la ineficacia de la decisión de la asamblea que reformó el artículo 19 de los estatutos sociales de la persona jurídica demandada.

Acercas de la inoponibilidad de la decisión de aumento del capital autorizado y la consecuente aprobación del reglamento de emisión y colocación de acciones, tras una revisión del acervo probatorio recolectado, el despacho no encontró que lo propuesto y decidido en la Asamblea extraordinaria cuestionada hiciera referencia particular a algunos accionistas en específico. El aumento de capital a que allí se hace referencia y las decisiones accesorias subsiguientes fueron propuestos a la totalidad de accionistas en los mismos términos. Incluso en el acta se dejó constancia que el revisor fiscal indicó a los presentes, incluyendo a la demandante, que las oportunidades y ofertas a los accionistas son las mismas para todos, tienen el derecho de mantener su participación dentro de la Compañía, por lo que consideró que no hay vulneración de derechos.

Más allá de la inconformidad de la demandante respecto del precio de suscripción de las acciones emitidas, lo cierto es que las decisiones adoptadas en los puntos analizados tuvieron carácter general, pues la decisión de la asamblea de emitir nuevas acciones podía resultar igualmente beneficiosa o perjudicial a cada uno de los accionistas que decidieran suscribir o no las acciones emitidas. Así, en el evento en que todos los accionistas hubieran suscrito proporcionalmente el número de acciones que les fueron ofrecidas, los porcentajes de participación en el capital social, no hubiesen variado.

Se trató de decisiones válidamente adoptadas con las mayorías previstas en los estatutos y en la ley, respecto de las cuales, bajo las pretensiones de la demanda, no resulta posible ni procedente entrar a analizar los motivos que llevaron a su adopción, que incluso podrían haber sido contrarios a los intereses de la demandante, cuya revisión es propia bajo la acción societaria de abuso del derecho de voto.

5. La sustentación del recurso de apelación, precisa que lo que se plantea es la impugnación de las decisiones cuestionadas, por carecer del requisito de generalidad, entendido como el desequilibrio producido en una decisión del máximo órgano social al dar ventaja ilegítima a unos socios en detrimento de otro u otros, lo cual implica la prohibición de que las decisiones de los órganos sociales puedan imponerse contra el bien común de la Compañía o como ventajas ilegítimas para unos socios y en desventaja innecesaria para otros. Los motivos que se aducen como prueba del desequilibrio, se resumen así:

5.1. Se produce un enorme beneficio accionario a los socios que auspiciaron la decisión, como resulta de comparar el valor nominal de la acción con el valor intrínseco o líquido relacionado en el estado financiero intermedio presentado en la asamblea.

Al confrontar los hechos económicos antes del 25 de agosto de 2018, concluye que pasó de tener un porcentaje accionario del 25% avaluado en \$1.912.881.877,5 a uno del 2.6% equivalente a \$265.064.250.

Aunado a lo anterior, la participación accionaria de los otros 3 socios, pasó del 75% al 97.4%, quienes adquirieron cada acción a un precio muy inferior al valor real intrínseco que se reporta en libros.

5.2. Asegura que con la decisión cuestionada, se aplicó de manera distorsionada la norma que prohíbe hacer operaciones accionarias por debajo del valor nominal (art. 386-4º, C.Co.), pero que en ningún caso ordena o permite que toda negociación accionaria deba hacerse por el valor nominal, o prohíba que se realicen sin tener en cuenta su valor real o intrínseco.

La norma citada no es, en ningún caso, una patente de corso para auspiciar disposiciones asamblearias con objetivos inmorales e ilícitos o que permita la

expropiación a la demandante. Esas situaciones e interpretaciones ilegales y antiéticas adoptadas por las decisiones de capitalización que constan en el acta 64, son las que conforman la falta de generalidad, el desequilibrio que comportan las mismas: de esa forma resulta imposible predicar equilibrio, generalidad o igualdad de trato en la respectiva decisión.

5.3. La sentencia también afirma, de otra parte, que existe una acción para atacar la decisión incalificable e indica que es la de abuso de mayorías. Respetuosamente no se comparte dicha aseveración que descarta la acción de inoponibilidad, pues la verdad procesal es que no es exótico, y, por el contrario, es muy común, que exista pluralidad de vías de acceso a la justicia para garantizar un mismo derecho. En el caso bajo examen, se trata de acciones que tienen diferentes sujetos [en una la demandada es la sociedad –art. 24-5.c), Cgp- en la otra, la mayoría abusiva -id, 24-5.e) en aquella], no se persiguen perjuicios, en la segunda, sí; en la primera, el conflicto es precisamente la violación al equilibrio de la decisión lo cual no implica nulidad; en esta, la nulidad es un objetivo de la acción. En síntesis, decir que la acción de inoponibilidad queda excluida por la de abuso del derecho, es negar el acceso a la justicia de la socia afectada frente a los actos de la sociedad expresados por su órgano máximo (sujeto pasivo: conc., art. 382, Cgp), lo que es distinto de la acción por abuso, contra los socios.

También son distintos los elementos que conforman una y otra acción y así mismo sus pruebas. Así, en la de inoponibilidad como trata del análisis de la generalidad de la decisión y no exige intencionalidad, por una parte, digamos que es una acción más sencilla que la que parte del abuso del derecho. Si la mayor facilidad es el cargo para la improsperidad de la acción de inoponibilidad, ello no es un argumento que permita desechar una acción; por el contrario, a la sencillez de las acciones es a lo que se debe propender.

5.4. La materia de la decisión trata del incremento de capital, esto es, del aumento de los aportes (capital social), siendo una de sus modalidades el aporte en dinero. El art. 122 del C.Co., exige, sin duda, que los aportes deben ser fijados de manera “precisa”, tanto en la constitución de la sociedad como en las reformas de aumento de capital. En el afán de violar los derechos de la actora, se adoptaron decisiones de capitalización cuyo número de acciones suscritas y su valor, generan imprecisión: no se sabe con exactitud la participación de los socios, el número de acciones de cada cuál, ni su valor.

La precisión en asuntos patrimoniales de la sociedad, la veracidad de los mismos es no solo de interés particular sino que trasciende al interés público y social con sus respectivos efectos en el orden público económico. Esta rigurosidad está determinada, no solo en el citado art. 122, sino también en los arts. 50, 52 y 59 del C.Co., y así mismo, en el art. 57 del D. 2649 de 1993, disposiciones legales e imperativas que exigen fidelidad y claridad de los negocios y añaden, información completa del patrimonio que debe permanecer actualizado; la última norma citada ordena que los hechos económicos, como lo es un aumento de capital, deben ser suministrados con características de integridad; reconocimiento de activos y pasivos (cuya diferencia conforma el patrimonio, concepto de primordial importancia en el tema sub-júdice); valuación apropiada y hechos económicos correctamente clasificados, descritos y revelados, lo que no ocurre frente a la anarquía producida por la decisión carente de generalidad ya descrita.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación, quedando vedados los temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia, como lo prevén los artículos 320 y 328 del C.G.P.

2. Resulta pacífico para los fines de esta providencia, el tema de la ineficacia de la decisión de la asamblea que reformó el artículo 19 de los estatutos sociales de la persona jurídica demandada, por no haber sido objeto de reparo.

En igual sentido, importante resulta advertir que la apelante al momento de exponer los reparos concretos en primera instancia¹, advirtió que la acción no plantea aspectos tales como: (i) si era necesaria la capitalización propuesta o su monto, (ii) si la misma se adoptó con las mayorías requeridas, (iii) las razones explícitas o implícitas que tuvieron los miembros de la asamblea para aprobar la capitalización y llevarla a efecto, (iv) si actuaron con culpa o dolo, que serían materia de otras acciones como la ineficacia, el abuso de mayorías o de nulidad o indemnizatorias o responsabilidad, razón por la cual, dichos temas están vedados de análisis en esta instancia.

¹ Folio 749 Cuaderno Principal 4

De igual forma, el reparo descrito en el numeral 5.4. relacionado con la crítica a la forma en cómo se realizó el aumento del capital autorizado por compensación de deudas de la sociedad con los socios, tampoco podrá ser valorado, porque se trata de un hecho nuevo no alegado ni sustentado en la primera instancia², así que su temática resulta novedosa y su análisis conculca el derecho de contradicción y defensa, así como el principio de la doble instancia, en virtud a que dicha acusación fáctica no fue tratada ni discutida por las partes ante el A quo.

La controversia central radica entonces en definir si la decisión de la Asamblea de accionistas de reformar sus estatutos para aumentar el capital autorizado y emitir nuevas acciones con el mismo valor nominal sin tener en cuenta su valor intrínseco o real, es inoponible por carecer del requisito de la generalidad.

3. Bajo ese contexto, se anticipa que se confirmará la sentencia apelada, porque las decisiones cuestionadas no denotan vulneración del principio de generalidad y porque con los reparos formulados, se han evidenciado quejas propias de la acción de abuso del derecho, que no fue la incoada en este asunto, ni siquiera en forma subsidiaria.

4. El primer reparo al fallo de primera instancia, se dirige a sustentar que la decisión de aumentar el capital social y fijar el valor de las acciones, a su precio nominal y no intrínseco, generó un desequilibrio que afecta la generalidad de la decisión.

4.1. Conforme el artículo 188 del estatuto comercial, las decisiones que se adopten con el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes obligarán a todos los socios, aún a los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y que se ajusten a las leyes y a los estatutos, precisando que el carácter general de las decisiones se entenderá sin perjuicio de los privilegios pactados con sujeción a las leyes y al contrato social.

El derecho positivo no define entonces el carácter general que debe imperar en las decisiones societarias, así que el aporte doctrinario ha sido el criterio auxiliar para determinar el alcance del citado precepto.

² (fls 34 a 41 C1) No se observa en la demanda ningún hecho relacionado con dicha temática.

Reyes Villamizar³, citando a Enrique Gaviria Gutiérrez, señala: *“Para que sea general, toda decisión debe afectar – para bien o para mal – a los socios, de una manera rigurosamente proporcional a sus respectivos aportes, evitando así toda discriminación que cause un beneficio indebidamente superior o un perjuicio mayor que los que sean correctos.”*

Lisandro Peña Nossa⁴ indica que: *“Podríamos decir que la inoponibilidad es una sanción que priva de efectos al acto jurídico frente a terceros y que no obliga a los asociados que se opusieron a su adopción y a quienes estuvieron ausentes en la reunión de asamblea o Juan de socios, ya que la decisión carece de la generalidad que implica la correspondencia con el interés de todos los asociados, es decir, la decisión rompe con el affectio societatis y constituye un abuso del derecho de las mayorías.*

4.2. El Acta Nro. 64 del 25 de agosto de 2018⁵ deja constancia de la celebración asamblea general extraordinaria de accionistas de la sociedad Avícola La Dominga S.A.S, en la cual, con la asistencia de la totalidad de los socios, entre otros asuntos se adoptaron las siguientes determinaciones: (i) Reforma estatutaria – aumento de capital autorizado⁶, (ii) presentación y aprobación del reglamento de suscripción de acciones⁷, y (iii) Autorizaciones a la gerencia para protocolizar el aumento de capital y la emisión de nuevas acciones suscritas.

Si se analizan las decisiones cuestionadas, puede inferirse que las mismas tienen un carácter general, porque se fundaron en prerrogativas que la misma legislación mercantil le permite a los entes societarios, esto es, reformar sus estatutos para aumentar el capital autorizado (arts. 122, 376), reglamentar el contrato de suscripción de acciones (art. 384 y 385), reconocer el derecho de preferencia (art. 388) y fijar el precio de las acciones en su valor nominal como mínimo (art. 386 Num. 4).

³ Derecho Societario. Francisco Reyes Villamizar. Tomo I. Editorial Temis. Página 829.

⁴ De las Sociedades Comerciales. Lisandro Peña Nossa. Ecoe Ediciones. Universidad del Rosario. Página 370

⁵ Fls 9 a 13 Cuaderno principal Nro.1.

⁶ Basada en la necesidad de capital para atender las obligaciones que están vencidas, aprobándose un aumento del capital autorizado por un valor de cuarto mil millones de pesos representados en cuatro millones de acciones a valor nominal de \$1.000 por acción.

⁷ En dicho reglamento, se establecieron las siguientes pautas: (i) Las acciones emitidas serán ofrecidas únicamente a los actuales accionistas de la sociedad. (ii) Las acciones suscritas deberán ser pagadas en dos contados equivalentes al 50% de cada acción suscrita. A los 30 días se cancelará el 50% restante. (iii) Los accionistas podrán suscribir y pagar las acciones, con sus acreencias de la sociedad, certificadas por el Revisor fiscal a corte 30 de junio de 2018. (iv) Los accionistas interesados en la adquisición de acciones, no deben estar vinculados en ninguna otra sociedad con el mismo objeto social. (v) El tiempo para la adquisición de acciones será de 15 días contados a partir de la fecha de aprobación publicación (sic) en correo electrónico de cada socio. (vi) Las acciones que no fueren suscritas por los accionistas en el término indicado, podrán ser suscritas por los otros accionistas, en su totalidad en un término de cinco días hábiles siguientes. (vii) Las acciones no suscritas en las fechas estipuladas pasarán a la reserva.

No fueron las decisiones societarias cuestionadas per se las que causaron el supuesto perjuicio económico de la demandante, sino su decisión de no hacer uso del derecho de preferencia para adquirir el nuevo paquete accionario. En otras palabras, el alegado desequilibrio patrimonial no tiene relación de causalidad con el aumento del capital de la sociedad, sino con la decisión voluntaria de la socia disidente de no comprar o hacer parte de la nueva suscripción accionaria.

El quantum del precio de la acción por el cual se emitió la nueva suscripción, que se aduce es excesivamente bajo en comparación con el valor intrínseco, no constituía un grosero o protuberante beneficio para los otros socios, porque la demandante bien pudo adquirir nuevas acciones con ese valor, de tal forma que la decisión, en sí misma considerada, ningún reproche puede tener en lo atinente a la generalidad.

En conclusión, la no prosperidad de este cargo se sustenta en que a juicio de esta Sala, la decisión cuestionada respetó el principio de generalidad porque no se evidencian ventajas ilegítimas en favor de ningún socio. Todo lo contrario, se soportó bajo los siguientes pilares fundamentales: (i) necesidad de aumentar el capital autorizado y emitir nuevas acciones en beneficio de la persona jurídica, (ii) fijación de un mismo valor nominal de las nuevas acciones, (iii) garantía del derecho de preferencia para la compra de acciones para todos los socios en igualdad de proporción, (iv) reglamentación para la suscripción de nuevas acciones sin que se avizoren prerrogativas groseras para determinado socio o grupo de socios, y (v) ausencia de emisión de acciones privilegiadas que generaran desigualdades entre los socios.

5. El segundo reparo consiste en sostener, que la acción de inoponibilidad de decisiones carentes de generalidad y las derivadas del abuso del derecho pueden ser concurrentes y no excluyentes.

Aunque se respeta esa posición, la Sala no comparte la tesis de la apelante, en el sentido de que los hechos cuestionados tengan dos acciones judiciales coetáneas, puesto que las mismas se sirven de premisas fácticas muy diversas.

Conforme se desprende de la normativa mercantil⁸, las sanciones jurídicas que se pueden declarar judicialmente en relación con las actas de asambleas o juntas directivas de personas jurídicas de derecho privado son las siguientes: (i) ineficacia, cuando las reuniones se realizan en lugar diferente al domicilio social o sin sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocatoria y quorum, y cuando no se cumplen los requisitos mínimos establecidos para la segunda convocatoria a asamblea por falta de quorum. (ii) nulidad absoluta, cuando se adopten decisiones sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, y en las decisiones que se adopten excediendo los límites del contrato social. (iii) inoponibilidad, cuando las decisiones no tengan carácter general.

5.1. La inoponibilidad de decisiones que no revisten generalidad, implica un juicio de estricta legalidad, que requiere la confrontación de la decisión societaria con la ley y los estatutos sociales. De observarse alguna decisión que implique una desigualdad o ventaja ilegítima para algún socio, se configura la sanción, pero no juzgada por sus efectos, sino por el tenor literal en que haya sido redactada.

5.2. En tratándose de las acciones derivadas por el abuso del derecho, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, prevé lo siguiente:

ARTÍCULO 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.

Como puede observarse, el abuso del derecho en el caso de sociedades por acciones simplificadas, implica un amplio campo de acción, en donde se alega la nulidad absoluta de la decisión cuestionada por ilicitud de objeto, causada por abusos de mayoría, de minoría o de paridad, que le causen daños a otros accionistas o ventajas injustificadas.

El abuso del derecho parte de la base inicial de que la decisión cuestionada es ajustada a la ley y a los estatutos sociales. El objeto del proceso será derribar la

⁸ Artículos 186, 188, 190, 191, 427 del Código de Comercio y artículos 68 y 69 Ley 222 de 1995

presunción de legalidad con las pruebas oportunamente allegadas, que deberán ir encaminadas a probar no solo el daño o perjuicio económico generado, sino también la falsa motivación o desviación de poder que tuvieron los socios mayoristas para adoptar la reforma estatutaria con el único fin de disminuir el patrimonio o los derechos societarios de la demandante, caso en el cual, serán legitimados en la causa por pasiva, no solo la persona jurídica, sino los socios a quienes se les atribuya el abuso del derecho de voto.

5.3. La ausencia de la fijación de una prima en colocación en el reglamento de suscripción de acciones, tendiente a evitar el detrimento patrimonial de los socios que no hacen uso del derecho de preferencia, no se regula por el tema de la inoponibilidad por la generalidad, sino bajo la égida de la teoría del abuso del derecho.

Es en dicho escenario procesal, donde se debía entrar a controvertir lo que aquí la misma apelante excluyó de revisión, esto es, que se analice si habían motivos serios y objetivos para recapitalizar la acción, que los demás socios conocían de la incapacidad económica de la demandante para hacer parte de la nueva suscripción de acciones, que la ausencia de la prima en colocación de acciones desvaloriza el porcentaje accionario de los socios que no hacen uso del derecho de preferencia, es decir, se analiza la decisión societaria por sus efectos y no por la decisión en sí misma considerada.

Sobre la diferencia con la acción por abuso del derecho, Jorge Hernán Gil Echeverry⁹ precisó: *“En conclusión, en frente de una decisión inoponible, bien puede el socio afectado elegir entre la solicitud de inoponibilidad decisoria o entre la pretensión de la declaratoria de abuso del derecho, o presentar ambas pretensiones, pero de manera subsidiaria, debido a que el lindero entre lo que se considera decisión no general y decisión abusiva es muy débil”*.

Por ello, al referirse al abuso del derecho en las SAS, explicó: *“De manera evidente, la norma parte del supuesto del deber de votar con fidelidad y lealtad y, por tal motivo, enumera las diferentes hipótesis en que se puede considerar que el voto no fue emitido en interés de la compañía. Del presupuesto del voto, se llega al desarrollo de la teoría de las decisiones abusivas; pero en verdad lo que realmente regula el precepto es el abuso en el ejercicio del derecho al voto, más que las decisiones abusivas. Es tan cierto lo anterior que en los denominados abusos de*

⁹ Impugnación de Decisiones Societarias. Jorge Hernán Gil Echeverry. Editorial Legis. Página 314.

*minoría y abusos de paridad no hay decisión social, por falta de quórum decisorio. Claro está, la sumatoria de varios votos abusivos conduce a que la decisión tomada se abusiva.”*¹⁰

Es cierto que el doctrinante Martínez Neira¹¹, tesis que es apoyada incluso por Reyes Villamizar¹², sostiene que el precio de las acciones que se colocan en el reglamento de suscripción debe ser justo, y por ende, lo adecuado es que las mismas se ofrezcan a su valor intrínseco, a través de una prima que se define por la diferencia entre el valor nominal y el valor de colocación, para evitar la dilución que sufre la posición jurídica del socio en la órbita patrimonial.

Sin embargo, concluye más adelante que las sanciones jurídicas que pueden afectar el contrato de suscripción de acciones, dependiendo de las causales, serían la inexistencia, acción de cumplimiento, ineficacia y nulidad absoluta, dejando por fuera la inoponibilidad que es la acción que se analiza en este juicio.¹³

Incluso, al analizar la impugnación de las decisiones de la asamblea o junta de socios, concluyó lo siguiente: *“Esta acción de impugnación se inspira en la necesidad de proteger el ordenamiento legal en sí mismo. Su ratio legis no es precisamente la de proteger a las minorías de los abusos de las mayorías. Por ello decimos con el profesor Garrigues que sufren de una ilusión óptica “[...]quienes piensan que el fin de este derecho es defender las minorías [se trata de] [...] defender la ley, el estatuto o los derechos individuales del accionista que han sido violados por la junta general.”*¹⁴

6. Entendida la diferenciación teórica entre las acciones de inoponibilidad y las derivadas del abuso del derecho en materia societaria, importante resulta advertir que en tratándose de asuntos donde se cuestionen decisiones de sociedades por acciones simplificadas, el abuso del derecho de voto por parte de las mayorías, genera nulidad absoluta, por así disponerlo expresamente el legislador en el ya referido artículo 43 de la Ley 1258 de 2008.

En tal sentido, en caso de probarse una causal que demuestre la configuración de un abuso del derecho en las decisiones societarias de este tipo de ente social, surge para el Juez la obligación de declarar la nulidad absoluta de las mismas, en

¹⁰ Obra citada páginas 75-76

¹¹ Cátedra de Sociedades. Régimen comercial y bursátil. Néstor Humberto Martínez Neira. Editorial Legis. Página 573.

¹² Obra ya citada, página 400.

¹³ Obra citada páginas 575 a 585.

¹⁴ Martínez Neira. Obra citada. Página 407.

cumplimiento del artículo 1742 del Código Civil, siempre y cuando los socios que intervienen en los negocios jurídicos cuestionados, hayan sido parte en el respectivo proceso.

Lo anterior, por cuanto la nulidad absoluta no abarca únicamente la decisión del acta impugnada, sino las suscripciones de acciones posteriores, en donde interviene cada socio que haya hecho uso del derecho de preferencia, así que los alcances de un fallo en juicios de esta naturaleza, no sólo se circunscriben a la decisión societaria, sino que extiende sus alcances a los actos particulares y concretos que le dan cumplimiento.

6.1. En el presente juicio, se aduce que las decisiones de la sociedad Avícola La Dominga S.A.S afectaron el patrimonio de la demandante, porque se aprobó una reforma estatutaria de aumento de capital autorizado y emisión de nuevas acciones fijando como su precio el valor nominal, sin reconocer una prima en colocación para respetar su valor intrínseco.

Considera esta Sala que dicha temática no puede ser abordada oficiosamente, independientemente de que se considere o no probada, porque los socios que adquirieron el nuevo paquete accionario¹⁵, no fueron vinculados como sujetos pasivos dentro de esta actuación, así que no es posible declarar nulidad sobre negocios jurídicos que afectarían a terceros que hacen parte directa de los mismos.

Al respecto, la jurisprudencia del alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria¹⁶ ha dicho lo siguiente:

[...]Luego, la Corporación desarrolló los requisitos necesarios para que proceda la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta de un acto o contrato, en los siguientes términos: *“Y el poder excepcional que al Juez le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto o ilimitado, sino que por el contrario está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: 1ª, que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª, que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y 3ª, que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron”* (Cas. Civ., sentencia de 5 de abril de 1946, G.J. T.LX, pág. 363;). Negrilla de la Sala.

¹⁵ Según el fl 579 C4 los siguientes socios adquirieron el nuevo paquete accionario: (i) Rodrigo Galindo 1.453.850 acciones, (ii) Martha Julieta Galindo 603.695 acciones y (iii) María Cristina Galindo 543.392 acciones.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia SC10326 de 2014.

7. Costas. Se condenará en costas a la parte demandante en favor de los demandados, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 19 de noviembre de 2019, proferida por la Superintendencia de Sociedades, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas por el trámite de la segunda instancia a la parte demandante a favor de la parte demandada.

Como agencias en derecho por la segunda instancia el Magistrado sustanciador fija el equivalente a un millón de pesos. Ante el *A quo* efectúese la correspondiente liquidación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE;

Los Magistrados¹⁷,

Firmado Por:

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 007 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

¹⁷ Documento con firma electrónica colegiada.

MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 011 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
BOGOTÁ, D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

56436249652a96b40fec637b2af05f7caa35c17610c1c4dfd88194a9abf1ea98

Documento generado en 07/05/2021 01:45:15 PM