

978-628-7603-36-3

INCLUSIÓN DE LAS PROPIEDADES HORIZONTALES EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES

*Un acercamiento
desde el conflicto
de agencia entre socios*

DANIEL FELIPE
OSPINA SÁNCHEZ



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A



Inclusión de las propiedades horizontales en las sociedades comerciales. Un acercamiento desde el conflicto de agencia entre socios
Autor: Daniel Felipe Ospina Sánchez
Tamaño: 17 x 24 cm Páginas: 136
ISBN: 978-628-7603-36-3

Comité editorial

Fr. Álvaro José ARANGO RESTREPO, O.P.
Rector

Fr. José Gregorio HERNÁNDEZ TARAZONA, O.P.
Vicerrector Académico

Fr. Héctor Mauricio VARGAS RODRÍGUEZ, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

María Ximena ARIZA GARCÍA
Directora Ediciones Usta Tunja

Sandra Consuelo DÍAZ BELLO
Directora Investigación e Innovación

Juan Carlos CANOLES VÁSQUEZ
Director Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación

Primera edición, 2022

ISBN: 978-628-7603-36-3

Corrección de Estilo:
Fr. Ángel María BELTRÁN NARANJO, O.P.

Diagramación e impresión:

Búhos Editores Ltda.

Todos los derechos reservados conforme a la ley. Se permite la reproducción citando fuente.

El pensamiento que se expresa en esta obra, es exclusiva responsabilidad de los autores y no compromete la ideología de la Universidad Santo Tomás.



Ediciones Usta Universidad Santo Tomás
2022
Departamento Ediciones Usta Tunja
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982.





AGRADECIMIENTOS:

*A mi esposa Joanna,
por su paciencia amor y comprensión,*

Daniela y Aron Nicolás, mis hijos

*al Dr. Lisandro Peña Nossa,
mi tutor, amigo y mentor académico.*



DANIEL FELIPE
OSPINA SÁNCHEZ

Abogado egresado de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, Magíster en Derecho Privado de la Santo Tomás de Tunja, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, socio de la firma de abogados Ospina & Forero S.A.S, consultor y asesor en Propiedad Horizontal, Derecho Civil y Derecho de las Sociedades, docente universitario Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	7
Prólogo	11
I. ¿Por qué el objeto la sociedad anónima presenta similitudes con la Propiedad Horizontal más que las demás sociedades por acciones?	13
II. Conflictos de agencia en el contexto societario	16
a. Concepción de los conflictos de agencia en el derecho comparado	17
b. De los conflictos de agencia en las sociedades anónimas	23
III. ¿El socio minoritario, es un simple socio inversionista? ...	25
a. Condición para ser socio	26
b. ¿Quiénes son socios minoritarios y quiénes mayoritarios?	28
IV. De los principales conflictos de agencia	32
a. Entre el accionista y el administrador	32
b. Entre los accionistas y los terceros	37
c. Entre accionistas minoritarios vs. accionistas mayoritarios	43
V. Soluciones históricas al conflicto entre accionistas mayoritarios y minoritarios	66

a.	Soluciones no jurisdiccionales	67
i.	Estrategia de nombramiento de la junta directiva -the appointment rights strategy	70
ii.	Estrategia del tercero neutral –trusteeships	74
iii.	Bloqueos de las decisiones societarias – deadlocks	77
b.	Soluciones jurisdiccionales	84
c.	Soluciones jurisdiccionales en norteamérica	85
d.	Solución a partir de la responsabilidad social del socio mayoritario	88
VI.	Similitudes y diferencias entre la sociedad anónima y la propiedad horizontal	92
a.	Antecedente legal	93
b.	Desde su constitución	94
c.	Por sus aportes	95
d.	Estructura corporativa	99
e.	¿La propiedad horizontal tiene ánimo de lucro?	102
f.	¿Ambas figuras comparten las mismas reglas administrativas?	109
j.	Asamblea	109
VII.	La solución dada por el régimen de propiedad horizontal al conflicto de agencia entre accionistas mayoritarios y accionistas minoritarios	113
a.	La democracia y los regímenes societarios	117
VIII.	Conclusiones	122
IX.	Bibliografía	126

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es el resultado de una investigación de maestría en derecho privado de la universidad Santo Tomás -seccional Tunja y de la experiencia obtenida, trabajando en la consultoría en propiedad horizontal y de la inquietud como docente en derecho comercial se ha despertado en mí por la inclusión del artículo 100 en el código de comercio colombiano, el cual modificó el artículo 1º de la Ley 222 de 1.995, el cual volcó las sociedades, con y sin ánimo de lucro, comerciales o no, dentro del contexto del código de comercio, abrogando un marco legal para todos los contratos sociales.

Dentro de las consecuencias generadas, fue poder comparar las similitudes y diferencias que existen entre las sociedades anónimas y las propiedades bajo el régimen de la propiedad horizontal, esta disertación académica la realizo con la finalidad de poder aplicar una solución al conflicto de agencia, que se presenta en las Sociedades Anónimas y que hábilmente fueron solucionados en el régimen de la Propiedad Horizontal, que está enmarcada dentro de la ley 675 de 2001, al final del trabajo se deja abierta la posibilidad de aplicar la ley comercial en todos sus matices al régimen de propiedad horizontal, y así

generar mayores herramientas en la convivencia en propiedad horizontal.

El párrafo final del artículo 100 del código de comercio Colombiano, es el primer eslabón legal que une ambas figuras, por cuanto indicó que "*... cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil*" y es a partir de este primer paso, que en un ejercicio dialéctico, comparo ambas figuras.

El vórtice para poder iniciar este estudio es el fenómeno del conflicto de agencia, presente tanto en el régimen de propiedad horizontal como en el régimen de las sociedades anónimas.

El conflicto de agencia que es Vórtice de esta investigación radica en la solución dada a la pugna entre copropietarios de coeficientes (mayoritarios) Vs. los demás apartamentos (minoritarios), que al no tener tanto poder político, su poder decisorio es mínimo y que se ve de forma muy similar entre los socios mayoritarios Vs. Los socios minoritarios de las sociedades anónimas; pero que en propiedad horizontal sí hay una medida de solución.

Las preguntas problemáticas con las cuales guíé la presente investigación, las sintetizo cuestionando ¿Si hay similitud entre la propiedad horizontal y la sociedad anónima? y ¿Si, son iguales, es posible aplicar las soluciones de una figura a la otra?

Para poder encontrar una respuesta lógica a estos cuestionamientos o preguntas problemáticas planteadas, fue necesario narrar sucintamente, qué se entiende por el conflicto

de agencia y sus diferentes modalidades, los planteamientos actuales sobre sus posibles soluciones, luego mediante una técnica comparativa se paralelizan la sociedad anónima junto a la propiedad horizontal, para terminar planteando la solución aplicada por este régimen al conflicto de agencia y así responder, si es o no es viable la aplicación de esta solución al conflicto de agencia en la sociedad anónima.

La metodología usada a lo largo del texto siguió los criterios de tipo cualitativo, con un enfoque analítico y crítico sobre el conflicto de agencia, sus clases, el régimen de la sociedad anónima y la propiedad horizontal

Por último, el presente trabajo se estructuró en VII capítulos, donde se desarrolla inductivamente el tema de investigación, teniendo en la parte final las respectivas conclusiones o hallazgos arrojados en esta investigación y la bibliografía utilizada.



PRÓLOGO

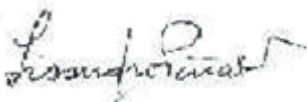
Para mí, es de gran orgullo que uno de mis discípulos más consagrados me permitiera realizar el prólogo de su libro “Inclusión de las propiedades horizontales en las sociedades comerciales, Un acercamiento desde el conflicto de agencia entre socios”, el cual es el resultado de su investigación de tesis de maestría en derecho privado, de la universidad Santo Tomás, seccional Tunja.

El libro parte de una premisa mayor -como él lo indica- que es la contenida en el artículo 100 del C. de Co., el cual incluyó dentro del contexto comercial a todas las personas jurídicas, con y sin ánimo de lucro, y es ahí donde mi Dr. Daniel Felipe Ospina, plantea sus dos preguntas problema ¿existe similitud entre la propiedad horizontal y la sociedad anónima? y ¿Si, son iguales, es posible aplicar las soluciones de una figura a la otra?

Dentro del presente libro, el Dr. Ospina logra responder sus preguntas problema, a partir de un fenómeno que se presenta en ambas personas jurídicas, y es el referido conflicto de agencia, de un lado entre socios accionistas de mayor y menor calado, y del lado de la propiedad horizontal, entre copropietarios de grandes coeficientes de copropiedad

con copropietarios de menor tamaño de coeficiente de copropiedad.

El aporte, interesante del libro, al mundo académico radica, en el ejercicio intelectual desplegado, en donde logra comparar y equilibrar, dos figuras que en principio son diferentes, pero que al terminar esta obra, el lector puede concluir, como lo indica su mismo autor, que las propiedades horizontales, son la equivalencia de poder decir que son sociedades anónimas de carácter civil, y, por ende, la solución planteada al conflicto de agencia en el campo de la propiedad horizontal es aplicable en materia de sociedades anónimas comerciales, y, en consecuencia, se incluiría esta figura civil dentro de las sociedades comerciales.



Lisandro Peña Nossa

I. ¿Por qué el objeto la sociedad anónima presenta similitudes con la propiedad horizontal más que las demás sociedades por acciones?

Dentro del contexto de las sociedades por acciones, encontramos: *i)* las Sociedades en comandita por acciones¹, *ii)* las Sociedades por acciones simplificadas² y *iii)* las Sociedades anónimas³.

De la gama de sociedades por acciones, encontramos en las dos primeras, variables infranqueables con el régimen de propiedad horizontal, así por ejemplo en las sociedades en comandita, simple y por acciones, se presenta el socio gestor, quien ostenta una condición especial, por cuanto su aporte a

1 Art. 343 C. de Co.

2 Ley 1258 de 2008

3 Art. 373 C. de Co.

la sociedad se reduce en un aporte de industria, ya sea laboral, “*Know How*” o “*Good Will*”, por cuanto al desarrollarse libera acciones al finalizar cada periodo contractual, que al tratar de ubicarlo dentro de la dinámica de una propiedad horizontal, no se puede ajustar o tener como un elemento semejante, teniendo por sustracción de materia que este tipo social no sea tenido en cuenta para este estudio.

Por otro lado, en principio, se podría decir que la sociedad por acciones simplificadas y la propiedad horizontal, comparten las mismas características, inclusive más que la sociedad anónima, en el sentido que, tienen un origen similar, debido a que pueden constituirse con un único socio⁴. No obstante, pese a que este elemento —su origen con un único socio— es el punto más cercano con la constitución de la propiedad horizontal⁵, también es el punto más variable, en razón a que, la naturaleza jurídica de las sociedades por acciones simplificadas o SOCIEDAD ANÓNIMA, permite que el socio originario a su arbitrio vincule o no más socios, es decir, que la SOCIEDAD ANÓNIMA podrá coexistir y proyectarse en el tiempo con un solo socio, porque nunca quiso incorporar más socios.

Por el contrario, la propiedad horizontal, así nazca en cabeza de un propietario inicial o constructor o socio único, ésta siempre, buscará vender o colocar, todas y cada una de sus unidades residenciales, comerciales o mixtas en el mercado inmobiliario. Es decir, que a diferencia de la Sociedad por

4 Art. 1º ley 1258 de 2.008

5 Art. 3, párrafo 16, 4º y 5º ley 675 de 2001

Acciones simplificadas o SOCIEDAD ANÓNIMA, la propiedad horizontal, siempre buscará vincular tantos copropietarios como inmuebles la compongan.

Es por ello, que el tipo societario más acorde a la propiedad horizontal, en principio es la sociedad anónima (SOCIEDAD ANÓNIMA), ya que es la sociedad con la cual se comparten más similitudes que diferencias, que si leen con mayor detenimiento -tal y como pretendí desglosarlo en el capítulo correspondiente-

II. Conflictos de agencia en el contexto societario

En aras de incluir a las propiedades horizontales en el régimen societario, es preciso indicar que sufre de los mismos “males” de los que sufre una sociedad por acciones, tal como la competencia por un poder político entre socios de diferentes dimensiones, o como la necesidad de proteger a socios que sin tener grandes volúmenes de capital accionario, son en ocasiones “abusados” o “reprimidos” en sus derechos patrimoniales.

En Colombia el conflicto de Agencia es definido por dos significados, en varias resoluciones dados por la Superintendencia de Sociedades⁶, el termino habitualmente utilizado para reseñar a los conflictos de agencia es el de “conflictos de interés” por cuanto en ellos se vería reflejado el interés del administrador como sujeto independiente y humano, del interés propio de la empresa o del conflicto del socio minoritario.

6 En caso en que el lector deseara profundizar más en el tema, se recomiendan las lecturas de las Sentencias No. 801-29 del 14 de mayo de 2014, Sentencia No. 801-35 del 13 de junio de 2014, Sentencia No. 800-40 del 2 de julio de 2014, Sentencia No. 800-52 del 1° de septiembre de 2014, Auto No. 801-17880 del 4 de diciembre de 2014.

Me aparto de este significado, y tomo el 2º, porque si analizamos la concepción colombiana, podremos ver que es muy “corta” por cuanto solo prevé que existen 3 tipos de fenómenos en conflicto, mientras que si tomamos la acepción del derecho comparado, donde se reconoce un fenómeno más complejo y usa el término de agencia de forma más acertada ya que abarca más fenómenos sociales del conflicto.

A. CONCEPCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE AGENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

El Prof. Pablo Córdoba, dentro de sus clases de Derecho Societario, en la maestría de derecho comercial⁷, tenía una forma elocuente para definir y ejemplarizar la relación de agencia diciendo que *“ésta surge cuando hay dos sujetos y el bienestar de uno de ellos depende de lo que haga el otro”* (imagen⁸)



Es decir, que la relación de agencia, en principio es el fenómeno que surge del miedo intrínseco que tienen los socios de entregar un bienpreciado para que otro, a partir de su experticia, lo administre teniendo más libertad para correr riesgos, que los accionistas mismos, no serían capaces de correr.

7 2011-2012

8 Recuperado el 1 de septiembre de 2022 a las 2 p.m. de la página Web: https://www.freepik.es/vector-premium/dibujado-mano-david-goliat_5785155.htm

Entre sus características se destaca que, la relación de agencia parte de la confianza que los socios depositan en un tercero, por un tiempo, a partir de parámetros del profesionalismo del agente o tercero, o porque es más técnico en el conocimiento del riesgo, o porque se requiere de determinada formación, para que este tercero gestione el capital social bajo un nivel de riesgo mayor o de alto control, para adquirir mejores resultados en el ejercicio del objeto social.

La relación de agencia en sus primeros conceptos se concierne, en principio, con la delegación de poder sobre la toma de decisiones hacia administradores distintos a los dueños, quienes, sin tener la carga de los bienes propios, podían tomar mejores decisiones (Cohen, 2000) y se relaciona con el ideal establecido por el orden financiero, el cual está enfocado hacia el retorno de la inversión, esperado y exigido por los inversionistas.

De ahí que las primeras aportaciones de la doctrina en relación con el tema, se orienten hacia aspectos relacionados con el denominado conflicto o problema de agencia, que sería el escenario donde esa confianza “ciega” se quiebra.

Para finales de 1976, los economistas Jensen y Meckling publican “Theory of the firm: Managerial Behaviour, Agency Costs, and Ownership Structure” donde formalizan que dentro de la relación de agencia se vislumbran conflictos, dando inicio al surgimiento en la doctrina mexicana, de la investigación sobre gobierno corporativo como una posible solución a los problemas de agencia (Jensen & Meckling,

1976, p. 351), la cual señala que la utilización de gobiernos corporativos, serían herramientas que disminuyen los estados de riesgo, en la delegación que el principal hace sobre el agente, tal y como había sucedido en los países del occidente Europeo, como lo fueron Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Países Bajos y Suiza⁹, en Canadá, los Estados Unidos y Australia, dentro de las sociedades anónimas donde el concepto de gobierno corporativo se aplicó.

Adam Smith, al referirse en su libro sobre *“la Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones”* y en especial sobre el origen de la prosperidad en las sociedades anónimas, describe un típico conflicto de agencia:

De los directores de tales compañías, sin embargo, siendo los administradores del dinero de otros y no del suyo propio, no puede esperarse que ellos lo vigilen con la misma ansiosa diligencia con la cual los socios en una sociedad privada frecuentemente vigilan el suyo propio (Smith, 1976, p. 335)

Tal y como ya se anotaba en la historia de las sociedades comerciales en el derecho norteamericano, la agencia fue la institución que permitió delegar la administración de la sociedad a sujetos diferentes a los socios y, sin embargo, mantener en cierta medida el control de dichos administradores por la vía de los deberes contractuales que

9 United Nations Statistics Division: Geographic Regions

se derivan, tal y como lo definió Black's Law Diccionario, la agencia es *"una relación fiduciaria creada de manera expresa o tácita, por contrato o por Ley; mediante la cual una parte, denominada Agente, actúa en nombre de otra, denominada Principal. Siendo las actuaciones de la primera, vinculantes para la segunda"* (2004, p. 67).

El Profesor Ross señaló con mayor precisión sobre el particular en este sentido:

Cualquier relación contractual establecida entre el Principal, entendido como aquel que detenta la propiedad, y el Agente, a quien le es arrogada la función administrativa, denota marcadas asimetrías de información entre las partes, puesto que ésta se encuentra de manera segmentada para cada una de ellas, acrecentando la incertidumbre" (Ross, 1973, p. X).

Fíjese, que el conflicto de agencia para las sociedades anónimas surge de la ruptura de esa confianza "ciega" que tienen los accionistas o principales, como lo indica el profesor Ross, frente al agente, teniendo que este resquebrajamiento empieza con el manejo de la información asimétrica, ello quiere decir, que cada extremo tendrá una información más o menos acertada, o más o menos completa frente a la verdad real, teniendo que es el agente el único con una verdad aparente.

Esta desigualdad entre los accesos a la información, de unos y otros, podría llevar a que en el intercambio o en las transacciones a realizar entre socios y agentes, estos últimos

se vean beneficiados por tener información privilegiada, que los accionistas desconocen totalmente, por carecer de ese contacto con el objeto de la sociedad, provocando disparidad a la hora de tomar decisiones.

La falta de información, total o parcial, da lugar a conductas aventajadas por parte de quien puede usar mejor información, generando una distribución desigual de las ganancias del intercambio, o sea que, para el caso en cuestión, los administradores o agentes estarían en una posición privilegiada frente a los demás accionistas.

Del análisis de la estructura de la agencia, la teoría económica comenzó a preguntarse por los costos de transacción¹⁰ que implica estos tipos de relaciones socio jurídicas.

En principio son los economistas, quienes detectan y desarrollan problemas a este concepto, el primero señala que la asimetría de información y del riesgo moral entre el agente y el principal, en la medida en que el primero puede ocultar información sobre su labor, para utilizarla en su propio beneficio en vez de hacerlo en beneficio de aquel con quien tiene una relación de confianza.

10 En Colombia el conflicto de agencia ha tenido también su evolución, para una mejor comprensión, sugiero el artículo titulado "Costos de transacción, un hallazgo no tan reciente. Aproximaciones a la teoría de los costos de circulación de Karl Marx" escrito por Diana Marcela Ardila y Germán Darío Valencia Agudelo, Economistas de la Universidad de Antioquia, recuperado el 23 de diciembre de 2020 a las 9 a.m. de: <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/15565/document%20-%202020-03-12T225957.698.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Estas conductas por parte del agente, generan unos mayores costos de transacción para los principales y si se habla del ámbito societario es indudable que se hace más onerosa la operación social dada las divergencias entre administradores y socios.

De acuerdo con esta tesis, la Escuela de Análisis Económico del Derecho, ha identificado que de la solución que se plantee a los conflictos de agencia depende una operación eficiente de la empresa y una mayor eficiencia en la obtención de recursos por parte de los agentes administradores, de todos los socios (Kraakman, 2004)

Las ideas planteadas por los profesores Hansmann y Kraakman -abogados- y Schotter -economista-, el gobierno corporativo es el medio como los accionistas y los administradores de la compañía establecen estatutaria o contractualmente mayores niveles de control y de responsabilidad de los ya exigidos por la ley mercantil, además, de que pueden definir los derechos, los deberes y las obligaciones entre las partes, fijando así los niveles de riesgo asumidos y los incentivos apropiados y adecuados para que haya eficiencia.

La cuestión de los incentivos es relevante para disuadir el riesgo moral, se puede suponer que los administradores pueden llegar a presentar conductas tendientes a evadir responsabilidades cuando la labor encomendada en el mandato le resulte desagradable.

Entonces, sugiero como políticas de mayor crecimiento y de volúmenes de mayores ventas, que la sociedad dentro de esos

pactos generadores de eficiencia considere la implementación de incentivos positivos, como una remuneración que resulte atractiva para el administrador superando los niveles del salario de oportunidad, o de premios representados en prebendas en especie o dinero, y, de la misma forma, contar con incentivos negativos fundamentados en altos parámetros de control de funciones que lo hagan evitar ser descubierto en el incumplimiento o en la omisión de sus deberes.

b. DE LOS CONFLICTOS DE AGENCIA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Una sociedad anónima se describe desde el artículo 373 y siguientes del Código de Comercio colombiano, como una sociedad típica, compuesta por 5 o más socios —sin límite numérico— (C. de Co, art. 374.) donde su capital social se divide por acciones (C. de Co, art. 375.) donde cada socio en contraprestación a su aporte recibirá una porción equivalente reflejada en un número plural de acciones (C. de Co, art.-384 y ss.), las cuales serán la medida proporcional al número de acciones poseídas para que al final de cada ejercicio la sociedad divida sus pérdidas y utilidades (C. de Co, art.451.).

La sumatoria de estas acciones serán en principio el capital social de la empresa, pudiendo durante el desarrollo de su objeto social obtener financiamiento para sus actividades, ya sea acudiendo al mercado de valores -cuando la sociedad tiene inscritas sus acciones en Bolsa- y se rige por los lineamientos de la resolución 400 de 1995 y la ley 964 de 2005, que regula el mercado público de valores, bien sea para colocar acciones

de nueva emisión, de segunda o bonos convertibles¹¹, de modo que pueda obtener recursos del público inversionista o acudiendo al mercado de capitales directamente, en cuyo evento la oferta de acciones como mecanismo de captación de capital, se deberá hacer de acuerdo al C. de Co. y sus regulaciones adicionales.¹²

Los conflictos de agencia en la sociedad anónima, se debe entender como el fenómeno social interno que viven la sociedad y que parte de la relación de agencia o confianza, entre los socios al constituir la empresa, entre ellos y el gerente, entre la empresa misma y terceros acreedores.

Antes de mencionar uno a uno los principales conflictos de agencia, es necesario discernir un poco sobre dos conceptos que a veces, son confundidos por ignorancia o por falta de técnica económica o mejor, por falta de interpretación de los intereses propios de cada sujeto al interior de una sociedad.

11 El decreto 2555 (2010), señaló, entre otros títulos, que los bonos convertibles serían: bocas, referente a bonos convertibles obligatoriamente en acciones, o boceas, bonos convertibles facultativamente en acciones.

12 Art. 379, núm. 2º, 382 al 418 C. de Co., Estatuto Tributario. Decreto 0624 de 1989. Artículo 36. Ingresos que no constituyen renta ni ganancia ocasional. Prima por colocación de acciones. Ley 0222 de 1995 por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio y se expide un nuevo régimen de procesos concursales. Artículo 68. Quórum y mayorías.

III. ¿EL SOCIO MINORITARIO, ES UN SIMPLE SOCIO INVERSIONISTA?

Hasta este punto de la investigación, el lector estará algo confundido frente al título y el desarrollo cronológico que le estoy dando al tema, sin embargo, es preciso indicarle que la presente investigación obedeció a una investigación de corte cualitativo y deductivo, es decir, se requirió estos juicios de valor de orden societario, para poder contextualizar las semejanzas que existen entre estas dos figuras, para poder aterrizar luego en un marco comparativo, que permita ver, cómo ha estado incluida la propiedad horizontal en el mundo comercial societario.

Siguiendo esta breve explicación, es importante conocer, que al interior de las sociedades surgen en principio dos clases de sujetos a participar de la empresa llamada sociedad anónima, uno es el socio y otro el simple inversionista, es importante realizar esta distinción conceptual, porque dependiendo de diferentes comportamientos, uno adquirirá una condición meramente económica y el otro la de socio minorista.

En la conformación del capital social, los socios -minoritarios o mayoritarios- son aquellos invitados a participar en la

sociedad como proyección económica de los dineros por ellos colocados, el interés perseguido por ellos y su actuar al interior de la sociedad, serán los matices capaces de definir su calidad de socio o de inversor.

Obviamente será inversionista el sujeto a quien solo le interesa la generación de ingresos o utilidades del ejercicio anual de la empresa, sin importar cómo o dónde sea lograda su utilidad, así por ejemplo el legislador, inventa las acciones privilegiadas¹³ sin derecho al voto, donde ellos son entes extraños que facilitarán recursos a la sociedad, donde prácticamente su desinterés por el desarrollo del objeto social o administrativo es tal, que no son considerados socios. Puesto que generalmente los socios hacen esta invitación solo con el fin de obtener financiación y no con el propósito de ceder o vender el control político de la sociedad. Véase el caso de la participación de un banco hipotecario.

a. **Condición para ser socio**

Por otro lado, la condición de socio encierra dos aspectos más complejos, pero claros, uno de orden subjetivo y otro de tipo objetivo. El subjetivo es el que entendemos con el *animus*

13 Ley 222 de 1995 por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio y se expide un nuevo régimen de procesos concursales. Artículo 61. Acciones con dividendos preferencial y su derecho a voto. Sociedades que pueden emitir las.

*societatis*¹⁴ o querer o interés de asociarme para desarrollar un objeto social común, y querer compartir con otro u otros, la suerte positiva o negativa, del objeto social común, por otro lado.

El elemento objetivo es el hecho mismo de aportar capital para poder alcanzar el objeto social planteado, es decir, el socio conoce qué parte de su patrimonio personal saldrá de su patrimonio y será destinado a un patrimonio social.

El socio además tiene un conocimiento claro de su actuar al interior de esta nueva empresa, de esta nueva persona jurídica, ya que será activo y participativo, en el desarrollo de su objeto social, buscando siempre acompañar esta evolución.

Así las cosas, la antítesis de la calidad de socio, es aquella que solo tiene el elemento objetivo y el sujeto, el cual solo aporta económicamente a la sociedad, pero no tiene un interés de participación en la pérdida o en el ejercicio mismo de la empresa en la que está participando, a él solo le interesa que el dinero dado en calidad de aporte, genere una utilidad rentable en un mediano o corto plazo.

En muchos casos, con la excepción de las empresas muy pequeñas que, al colocar nuevas acciones, los compradores

14 la Superintendencia de Sociedades, señala que esta condición debe estar presente en la exteriorización de la voluntad del socio por medio del consentimiento, y en últimas es un requisito de existencia del negocio jurídico que se pretende celebrar en virtud de la necesidad de su consentimiento. Recuperado del Periódico jurídico *Ámbito jurídico*, publicado el 21 de enero de 2020, el 27 de diciembre de 2020 a las 10:00 p.m. de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/mercantil/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/supersociedades-cambia-su-postura>

podrían llegar a ostentar el control de la compañía al constituirse las sociedades o ya constituidas y a medida que se van suscribiendo más acciones en cabeza de nuevos y diversos accionistas, se va haciendo notorio la conformación de dos grupos de socios, aquellos que detentan el control de la sociedad y los que no lo tienen, y por lo tanto no participan de la gestión social.

b. ¿Quiénes son socios minoritarios y quienes mayoritarios?

Es de importancia mencionar que, no podemos decir que la existencia de minorías y mayorías se da solo en las grandes sociedades anónimas, pues aún en sociedades con poco capital y reducido número de socios es posible encontrar antagonismos que se decidirán a favor de aquellos accionistas mayoritarios.

En la legislación colombiana, se han determinado algunos mecanismos aislados sobre protección de los socios minoritarios, pero aun encontramos que el concepto como tal de “minoría” solo alude a las grandes sociedades.

Las normas que tratan sobre los socios en las sociedades anónimas, como el código de comercio, la ley 222 de 1995 y la resolución 400 de 1995¹⁵ que regula el mercado de valores, no establecen criterios claros sobre el concepto de “minoría” solo se refieren a los accionistas en general.

15 En términos de interpretación, aunque la ley 964 de 2005 compiló las normas sobre bolsa de valores con el sistema bursátil y la legislación sobre suscripción y colocaciones de valores, la resolución 400 sigue teniendo los efectos de aplicación e interpretación legal sobre la bolsa de valores colombianos.

Solo se encuentra un vestigio en la ley 446 de 1998 en su artículo 141, donde muy brevemente habla de la protección del socio minoritario, definiéndolo *-grosso modo-* como aquel accionista que represente no más del 10% de las acciones en circulación y que no tengan una representación dentro de la administración, en sociedades que participen en el mercado público de valores, quienes podrán acudir ante la superintendencia de valores, cuando consideren que sus derechos han sido vulnerados directa o indirectamente por las decisiones tomadas en la asamblea de accionistas, la junta directiva o representantes legales de la sociedad.

Es así que, la norma al precisar que únicamente los accionistas que no sobrepasen el 10% de las acciones en circulación y no poseen la calidad de representante en la sociedad, se separa de la realidad, ya que si lee con mayor detenimiento se puede ver que los requisitos para tener la condición de socio minoritario es tener menos del 10% de las acciones en circulación¹⁶, cuando en la realidad, hay casos donde el socio que ostenta un porcentaje mayor de acciones, y aun así sigue siendo accionista minoritario, porque es el único en la sociedad que representa un 5%, y los demás no pasan del 1%. El legislador lo que debió tener en cuenta, es la estructura de capital de la sociedad para que se cobije a todo accionista, que, siendo minoritario, tenga una herramienta en caso que le estén siendo vulnerados sus derechos.

16 ¿Entonces las sociedades que no participan en el mercado de valores con acciones colocadas en la bolsa, no tendrán derecho a tener socios minoritarios?

Al respecto la Superintendencia de Valores (1999) frente al art. 141 de la ley 446 de 1.998 ha manifestado que:

El fin de la norma en cita, tal como lo expusiera esta entidad, no es otro que el de dotar a los accionistas minoritarios de mecanismos de protección con el objeto de hacer atrayente la inversión societaria en la medida que se refuerzan las garantías a la propiedad de la acción, considerando que es deber del estado dotar al administrado de los mecanismos de garantía y protección necesarios para tutelar los derechos de que son titulares frente a posibles abusos.

Por tanto, no se puede limitar la condición de socio minoritario al interior de una sociedad, ya que es una condición relativa, que puede ser adquirida por situaciones de tipo económico, familiar, social, entre otros factores. Por ello no es preciso rotular, que por el simple hecho de no tener poder de disposición administrativo en la sociedad enmarca a un socio como socio minoritario, toda vez que se puede ver que existen sociedades constituidas con 5 socios, donde 4 son familia sanguínea y el 5º socio es el yerno, fíjese que los 5 socios tienen el mismo tipo de acción ordinaria, sin embargo, el vínculo sanguíneo puede colocar al 5º socio en desventaja frente a los demás, piense el ejemplo de un divorcio o discusión con la suegra, termina regalando sus acciones o cediéndolas gratuitamente.

La denominación de accionistas minoritarios fue introducida por la ley 446 de 1998, tiene como antecedente el artículo

87 de la ley 222 de 1995, la cual faculta a aquel o aquellos asociados que detenten no menos del 10% del capital social, a acudir a la superintendencia de sociedades, con el fin que esta entidad decrete una serie de medidas administrativas, cuando se presenten irregularidades o violaciones legales o estatutarias.

Entonces, se puede afirmar con mayor precisión que es un accionista minoritario, aquel que dentro de la sociedad no detenta de manera autónoma un poder decisorio dentro de la misma, en razón a que no cuenta con un porcentaje de capital requerido para aprobar o reprobado una decisión.

Esta categoría de accionista, generalmente es aquel que dentro de una sociedad anónima tiene la posibilidad de ser confundido con la condición de pequeño inversionista, pese a tener un animus societatis y querer participar activamente en ejercicio del objeto social.

Por lo tanto, socio mayoritario serán todos los demás socios o accionistas, que sí tienen un poder económico, administrativo, familiar o valor agregado superior al interior de la sociedad, que pueden o tomar decisiones de forma autónoma o influyen de una u otra forma en el sentido de la decisión.

IV. De los principales conflictos de agencia

La doctrina en derecho de sociedades tradicional colombiano¹⁷ enuncian que en Colombia realmente solo son importantes 3 problemas de agencia, que se pueden sintetizar:

a. **Entre el accionista y el administrador**

Para referirnos a este tipo de conflicto, es necesario clarificar un mito común, sobre la condición del gerente o administrador de la empresa y esta.

El artículo 98, párrafo 2º del C. de Co. Señala que cuando los socios constituyen la sociedad, esta genera una persona jurídica diferente de los mismos socios individualmente considerados, que está representada legalmente por su gerente o administrador, es decir, que el administrador o gerente, o agentes, no es un empleado de los socios.

La relación que estos ostentan es con la nueva persona jurídica creada por los socios, donde los administradores o

17 V. F. REYES VILLAMIZAR, Análisis económico del Derecho societario, Bogotá, 2012, pp. 96-97.

gerentes de la sociedad se encuentran en una posición en la cual están administrando bienes que otra persona -la jurídica- le confió y claro está, que depende como los administre perjudicará o beneficiará a la misma sociedad y en últimas a los socios – accionistas-. Teniendo claridad sobre la relación de la sociedad y el gerente, y del accionista y el gerente, podemos empezar relacionando que en algunos países de tradición jurídica romano-germánica¹⁸ se ha entendido, que el cargo de administrador o gerente, de una sociedad de capital es aquel que ejerce funciones de dirección dentro de la misma, concepto que no hace distinción alguna entre miembros de Junta Directiva y representante legal.

Motivo que impulsó al ordenamiento jurídico colombiano, la ley 222 de 1995 a indicar taxativamente¹⁹ en su artículo 22 quiénes se consideran administradores de una sociedad para efectos del régimen de responsabilidad de los mismos, enunciando en su:

“artículo 22. administradores. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”.

18 Llebot Majó, José Oriol. “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, Ed. Tirant Lo Blancha, 2013, pp. 23-53.

19 Ley 222 de 1.995, artículo 22. administradores. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

Y así también lo señaló la SuperSociedades en la resolución 006 de 2.010²⁰, cuando dijo que también se entienden como agentes a las personas que por razón de las responsabilidades propias de sus cargos, actúan en nombre de la sociedad, como sucede con los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros, administrativos, de producción, y de recursos humanos, entre otros, quienes pueden tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o legales y serán administradores si ejercen funciones administrativas o si las detentan, de donde resulta que es administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de facultades administrativas.

Así las cosas, en Colombia y en términos generales en los países que comparten la misma tradición²¹, cuando se habla de administradores se incluyen²² todos los órganos encargados de realizar gestiones sociales en desarrollo del objeto social, esto es, el representante legal, los miembros de Junta Directiva y los demás que las normas particulares indiquen²³.

Este conflicto se observa cuando el administrador o gerente, aparte de buscar el cabal cumplimiento del interés social, en su

20 Publicada en el Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo de 2008, circular externa 100-006.

21 LLEBOT MAJÓ, JO. Los deberes y la responsabilidad de los administradores, Ed. Tirant Lo Blancha, 2013, pp. 23-53.

22 REYES VILLAMIZAR, F. La sociedad por acciones simplificada, Bogotá, 2009, p. 132 ss.; p. 138 ss.

23 Ley 0222 de 1995 por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio y se expide un nuevo régimen de procesos concursales. Artículo 22. Administradores - Resolución 0435 de 1993 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Artículo 7º. Inscripción de los administradores.

acepción más extendida, que es más que cumplir con el objeto social de la empresa o de proyectar el interés individual de cada socio, en todas y cada una de la operación de gestión que adelante, es la pugna, que surge cuando en el afán de crecer socialmente, se quiere también crecer personalmente y surgen intereses propios, ya no del sujeto en representación de un 3º -la sociedad- sino del tercero para sí mismo.

Propios al administrador, quien como ya se anotó, no solo empieza a trabajar y pensar por una sociedad, sino para sí mismo, momento en el que la naturaleza humana²⁴ lo coloca en un conflicto directo con la defensa de los intereses de la sociedad -de los socios- frente a un dilema personal sobre su desarrollo y crecimiento como empleado que no quiere perder su lugar de trabajo, y como ser humano individual, que ve en su ejercicio profesional, una oportunidad de crecimiento económico, por fuera de los honorarios o sueldo, que ya por su trabajo es pagado.

En Colombia, el legislador previó varias situaciones donde los intereses del agente o gerente o administrador pudiesen encontrarse, y fue por ello que introdujo normas como la prohibición del artículo 1274 del C. de Co. Que señala que en el contrato de mandato el "*mandatario no podrá hacer de contraparte del mandante, salvo expresa autorización de éste.*"

24 SIMONART, V. "Conclusions générales", en AA. VV., Les conflits d'intérêts, Bruxelles, 1997, p. 304, que proporciona el concepto de conflicto como la divergencia u oposición que aparece en operaciones determinadas entre los intereses personales de una persona y otros intereses que ésta debe defender activamente.

Haciendo una comparación con el código de comercio español²⁵, se ve que allá la norma colombiana fue replicada en el artículo 267²⁶ de su código de comercio, que señaló en el mismo sentido, pero con diferentes palabras que *“Ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente.... Tampoco podrá alterar las marcas de los efectos que hubiere comprado o vendido por cuenta ajena”*

Así, podría pensarse que la sociedad por medio de su administrador iniciaría una compraventa, y el ejemplo sería perfecto puesto que es un contrato en el que existe una perfecta contraposición de intereses (el vendedor desea vender al precio más alto; el comprador desea comprar al precio más bajo). Efectivamente, el problema consiste en que el gerente -mandatario de la sociedad- no puede defender eficazmente los intereses del comitente-vendedor (conseguir el precio más alto posible) sin dañar sus propios intereses o los de un tercero comprador (conseguir el precio más bajo posible). Es más, lo más probable es que, en la práctica y en tal situación, el gerente terminará anteponiendo sus propios

25 Código de comercio del estado de España. Edición actualizada a 26 de junio de 2017, © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, NIPO (PDF): 007-13-061-2, Recuperado el 22 de febrero de 2021, https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=035_Codigo_de_Comercio_y_legislacion_complementaria&modo=1

26 Concordada con la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia en España, Jefatura del Estado «BOE» núm. 129, de 29 de mayo de 1992, Última modificación: 12 de abril de 2011, Referencia: BOE-A-1992-12347. Recuperado el 22 de febrero de 2021, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/BOE-035_Codigo_de_Comercio_y_legislacion_complementaria%20(1).pdf

intereses y perjudicase la posición del comitente, puesto que el interés propio tiende siempre a primar sobre el interés ajeno²⁷. Obsérvese, en todo caso, que existe conflicto no sólo cuando el comisionista actúa en interés propio al mismo tiempo que ejecuta el encargo para el comitente –que es el caso más claro-, sino también cuando el comisionista actúa para dos sujetos distintos²⁸ (comprador y vendedor).

En definitiva, se trata de una situación en la que existe un riesgo cierto y definido de que se produzca un daño a los intereses de una de las partes, frente a la cual el sujeto tiene un deber de comportamiento leal.

b. Entre los accionistas y los terceros

Este conflicto surge sobre todo por el tema de la responsabilidad limitada, que genera cada acción frente a su titular, teniendo a su vez, que cuando el monto de los aportes es insuficiente y sucumbe ante la responsabilidad, la figura del velo corporativo está llamada a levantarse, quedando los socios a la vista de todos en especial del tercero acreedor que

27 Jensen, Michael C. "Self-Interest, Altruism, Incentives, and Agency Theory", *Journal of Applied Corporate Finance*. Summer 1994, volumen 7.2, ed. Harvard University, p. 40 ss. (1994).

28 Ribas Ferrer, Vicent, "El deber de lealtad del administrador de sociedades", Ed. LA LEY, ISBN: 9788481263350 p. 394. (2.010). El autor en este libro analiza el deber de lealtad del administrador de sociedades como un concepto clave en el gobierno de la sociedad por el riesgo que todas las relaciones de gestión (mandato, comisión, factor mercantil, agencia representativa, administración de sociedades) tienen al otorgar poderes al gestor para actuar por cuenta ajena. Para el autor el deber de lealtad tiene manifestaciones positivas (recompensa) y negativas (sanciones), que buscan salvaguardar ese principio de lealtad entre ambos sujetos.

está en libertad de escoger con cuál socio -deudor solidario- o con todos a la vez, será quien responda por la acreencia.

Doctrinantes, como el Prof. Córdoba (2013), señalan²⁹ que además de estos 3 conflictos de agencia, menciona que hay otro conflicto de agencia, que se ha podido identificar, pero que no han tenido tanta trascendencia y es el que existe entre el accionista mayoritario y la compañía. Esta variable no ha tenido gran desarrollo doctrinal, por cuanto lo que se ve es que ambas posiciones, tanto el de la empresa como el de los socios mayoritarios, van unidos por la misma línea, la generación de recursos a partir del objeto social.

Es cierto que esta variable de conflicto de agencia, en últimas está demostrando que resalta de todo esto es que la compañía tiene su propio interés y está íntimamente relacionado con el querer de los socios mayoristas, y si decimos, que solo hay un socio mayoritario, pues no habría conflicto como tal entre uno y otro.

Otro autor que también hizo referencia a las clases de conflictos de agencia, fue el Prof. Ronald Edward Freeman (2009), catalogándolos en conflictos de orden interno o de orden externo. Teniendo que son de orden externo:

- a. Conflictos de intereses entre el accionista y los administradores

29 PABLO ANDRÉS CÓRDOBA ACOSTA, "Los deberes de los administradores en el gobierno de la empresa societaria y su conexión con el interés social" Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio. Tomo I. En: Colombia, ISBN: 978-958-688-286-6ª ed. Cámara de Comercio de Bogotá, v., pp.57 - 80 NA, 2013.

- b. Conflictos de los accionistas y los terceros.
- c. Conflictos entre los administradores y la compañía.

Estos intereses societarios externos los reseñó como *stakeholders*³⁰ y son los que obedecen a los intereses de agentes externos de la sociedad Vs. El interés social, de la empresa o sociedad misma.

El concepto societario de interés social, es de vital importancia, porque es el pilar argumentativo de la persona jurídica societaria diferente a los socios que la conforman, teniendo pues, que la sumatoria de intereses de cada socio representan el interés común de la sociedad, y es por ello que los artículos 187 numeral 6° y 420 numeral 6° del C. de Co. Reconocen que el interés de la sociedad predomina sobre el interés particular de los socios.

Ahora, también existen dos (2) conflictos de orden interno, el 1° es el interés de la sociedad, que sería el interés que la persona jurídica tiene, y es el mismo que está relacionado dentro de la misión y visión que se encuentran en los estatutos de la empresa, al respecto fijese, que este interés societario, es una constante desde su constitución.

30 Freeman R.E. (2.009), La teoría de los stakeholders. Tesis doctoral, Programa doctoral en Gobierno y Cultura de las Organizaciones, Instituto Empresa y Humanismo, Universidad de Navarra, Pamplona, España. - En su primera definición del concepto stakeholder de 1983, Freeman distingue entre una acepción amplia y otra restringida. El sentido restringido se refiere sólo a aquellos grupos y/o individuos sobre los que la organización depende para su supervivencia, mientras que el amplio incluye además grupos y/o individuos que puedan afectar o que son afectados por el logro de los objetivos de la organización. De esta forma, la acepción amplia ha servido como un instrumento para entender el entorno y para desarrollar procesos de planificación estratégica.

El 2º interés, es el que está en cabeza de los accionistas -mayoritarios o minoritarios- y es el que obedece a la finalidad por la cual colocaron sus inversiones en acciones de esta sociedad, y se reduce al interés legítimo de obtener sus dividendos y aquí es donde la presente investigación, empieza a tener sentido, partiendo de una subpregunta y es ¿Cuál de los 2 intereses prevalece, el del mayoritario o el del minoritario?

En principio se diría, que el socio mayorista es quien tiene mayor preponderancia frente al socio minorista, pero eso sería tanto como catalogar el interés del accionista minoritario de ilegítimo, si precisamente encontramos que su vinculación, en varios casos, ha obedecido al interés de la sociedad en capitalizarse, porque el socio mayoritario se está quedando corto en la realización del objeto social de la sociedad. Entonces estaría mal, querer socios minoritarios para las buenas -capitalizarnos- y no quererlos para las mejores -repartir utilidades- que es la división de utilidades al finalizar cada ejercicio, -eso sí sería un interés ilegítimo, por parte del socio mayoritario-.

Sin embargo, los conflictos o abusos por parte de los socios mayoritarios en la Sociedad Anónima, empiezan cuando en contravía de lo dispuesto en el artículo 187 numeral 6º del C. de Co. Que señala la posibilidad de cancelarse entre todos los socios los dividendos, salvo que el interés de la sociedad, sea otro, como reinvertirlos, -en el mejor de los casos- o darlos en contratos de mutuo para generar más utilidad -teniendo en el peor de los casos los llamados auto préstamos-.

En Colombia hay muchos ejemplos de casos en los cuales se ha hecho prevalecer el interés del accionista mayoritario sobre el interés de la sociedad, teniendo que uno de los ejemplos históricamente más relevante es el caso de Telecom³¹, contablemente se hubieran podido pagar dividendos, el gobierno no violó una norma jurídica, sino que se portó bien como administrador y accionista mayoritario, pero no fue así, porque terminó vendiéndola por un precio mínimo a la ETB, una acción completamente desvalorizada, y así pasa con muchas empresas que quiebran y llegan a los procesos de insolvencia y los acreedores llegan a preguntar por qué se quebró, entonces se pueden presentar situaciones en las cuales formalmente no se vulneró una norma jurídica pero sí se vulneró el interés de la compañía.

Ahora, frente a la solución y el conflicto analizado en esta investigación, se debe delimitar diciendo que es una derivación del conflicto entre socios y sociedad, y es el relacionado con los grupos de accionistas que normalmente pueden coexistir en una sociedad, y que de una u otra forma se ha hecho presente en diferentes manifestaciones o sub-relaciones internas, que se pueden identificar:

1. En primer lugar, un abuso de la posición de las mayorías frente a las minorías. Este conflicto no es del todo extraño para el ordenamiento jurídico colombiano,

31 <http://www.dinero.com/caratula/edicion-impresia/articulo/telecom-colapso-anunciado/3861> recuperado el 3 de marzo de 2021

pues algunos conceptos³² de la Superintendencia de Sociedades ya han comenzado a hacer referencia al mismo.

A título de comparación o paralelo, podríamos decir que, en el derecho norteamericano, se ha dicho³³ que las mayorías tienen la posición de agente con respecto a las minorías y les deben ciertos deberes como el de lealtad y buena fe. Y tendría sentido si se retoma lo indicado en párrafos anteriores, frente a la afirmación que el interés de la sociedad va ligado al interés del socio mayoritario.

2. En segundo lugar, están los bloqueos a las decisiones societarias, que se dan básicamente en el enfrentamiento entre grupos de accionistas con el mismo poder de voto y en los cuales, la posición de agente es en cierto sentido recíproca.
3. En tercer lugar, están los problemas derivados de los bloqueos producidos por grupos de accionistas minoritarios que por las mayorías calificadas para impedir el buen funcionamiento de la sociedad. En este caso, el grupo minoritario asume la posición de agente y los demás accionistas la posición de principales.

32 Conceptos jurídicos N° 220-024465 y 184073, de Superintendencia de Sociedades, de 23 de abril de 2012 y de 28 de diciembre de 2012, respectivamente.

33 PABLO ANDRÉS CÓRDOBA ACOSTA, "Los deberes de los administradores en el gobierno de la empresa societaria y su conexión con el interés social" Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio. Tomo I. En: Colombia, ISBN: 978-958-688-286-6ª ed. Cámara de Comercio de Bogotá, v., pp.57 - 80 NA, 2013.

Con este tercer lugar, se puede aterrizar en una idea que he desarrollado en todo el texto sobre la importancia del socio minoritario dentro del desarrollo de la empresa y la posibilidad que al sustentar la hipótesis planteada le da de participar con mayor vehemencia dentro de las decisiones de la misma, dicho en términos financieros, se podría decir que estamos incentivando al inversionista a ser socio minoritario y participar activamente.

c. **Entre accionistas minoritarios vs. accionistas mayoritarios**

El derecho societario se ha regido tradicionalmente por la ley decisoria de las mayorías -comúnmente denominado el 50+1- como desarrollo de la figura del abuso del derecho conocida con amplitud en la legislación colombiana, para otro países de corte Europeo-continental y de tradición anglosajona³⁴ se ha venido presentando un interés creciente en la protección de los derechos de los diversos grupos de accionistas, que ha justificado implementar excepciones a la mencionada regla para la toma de decisiones, más incluyentes y menos segregadas al factor económico.

A nivel nacional, el interés académico, legislativo y jurisprudencial ha sido poco en esta materia, los desarrollos han provenido de la doctrina, generalmente extranjera, con la adopción de modelos societarios híbridos como la Sociedad por Acciones Simplificadas.

34 SIEGEL, M. Fiduciary Duty Myths in Closed Corporate Law. Delaware Journal of Corporate Law. Vol. 29. (2004)

Se han importado al ordenamiento jurídico local figuras que permiten dar un fundamento legal a lo que ya la doctrina colombiana³⁵, de manera incipiente, ha venido desarrollando en materia de protección a los grupos de accionistas, el cual se ha desarrollado desde el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008:

*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 accionistas³⁶. (negritas mías)*

Independiente de qué condición tenga, mayoritario o minoritario, el socio que 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 Sociedades³⁷ 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

35 CORDOBA P. "Los deberes de los administradores en el gobierno de la empresa societaria y su conexión con el interés social" (2013)

36 Ley 1258 de 2008, artículo 43

37 Ley 1450 del 16 de junio de 2011, permite en su artículo 252 aplicar las facultades jurisdiccionales previstas en el artículo 44 de la ley 1258 de 2008,

minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario³⁸.

La introducción de dicho artículo en la legislación colombiana, facilita la aplicación de antítesis del abuso del derecho³⁹ en materia societaria.

Aunque la Superintendencia de Sociedades no ha puesto mucho énfasis en este tema, él bien podría extender sus conceptos a los casos de abuso de las minorías, de la posición de paridad y de abuso de mayorías en los cuales en ejercicio de los derechos que concede la acción, se quebranta la confianza implícita en las formas societarias, causando un perjuicio patrimonial a la sociedad y de manera indirecta a todos los demás accionistas.

Esta discusión del conflicto de agencia entre accionistas mayoritarios y minoritarios⁴⁰, ha tenido una evolución similar, teniendo como referencia el derecho norteamericano, pues es allí donde el tratamiento ha sido más extenso y pueden extraerse mejores soluciones para el derecho colombiano o como lo persigo yo, encontrar elementos de juicio, que

38 En concordancia con los artículos 24 del Código General del proceso y 40, 43 y 44 de la Ley 1258 de 2008.

39 Entiéndase que se está haciendo referencia a la antítesis del principio del no abuso del derecho consagrado en el artículo 95-1, -2 C.N.

40 La doctrina de los “Deberes Fiduciarios” propia de la relación entre los socios y los administradores, se ha extendido a las relaciones entre accionistas con el fin de garantizar que los diferentes grupos no vean defraudados sus intereses en el buen funcionamiento de la sociedad, por las actuaciones egoístas que puedan tener lugar en el ejercicio de los derechos inherentes a la acción

coadyuven a que la solución planteada tenga una mayor acogida.

La expresión “deberes fiduciarios” proviene de la institución anglosajona del *trust*, la cual implica una relación de confianza como la traducción literal del término al español lo indica.

¡¡¡Pero atención!!! -como decía mi Profesor de universidad, Mauricio Marín Mora⁴¹-, este vocablo de los “deberes fiduciarios” no puede confundirse con el fideicomiso⁴² de la tradición romano germánica, el cual, si bien conlleva la realización de un encargo fiduciario y las labores de administración y tenencia bajo una relación de confianza, no es específicamente la raíz de la institución de los “deberes fiduciarios” al que estamos haciendo referencia.

La jurisprudencia de los “deberes fiduciarios” en el derecho estadounidense⁴³ ha servido como base para el establecimiento de ciertos patrones que han permitido guiar la jurisprudencia cuando se presenta un caso de abuso del derecho de mayorías; y es precisamente a este punto donde pretendo llegar al introducir esta línea temática.

Dentro de la jurisprudencia emblemática sobre el conflicto de socios, en el contexto norte americano, encontré que

41 José Mauricio Marín Mora, Abogado, Universidad Santo Tomás; Especialista en Derecho de Familia, Universidades Externado de Colombia y UNAB; Magíster en Derecho de Familia, UNAB; Magistrado de la Sala Civil, Tribunal Superior del Distrito de Bucaramanga. jmarin478 @ unab.edu.co

42 Código Civil Colombiano. Artículo 793.

43 Donahue Vs. Rodd Electrotype Co. Supreme Court of Massachusetts. 1975

el caso *Donahue v. Rodd Electrotipe Co.*⁴⁴, de la jurisdicción de la Corte Suprema de Massachusetts (1975), fue ícono en este tema, ya que resolvió un conflicto entre los accionistas mayoritarios y minoritarios de una compañía, en razón de una distribución inequitativa⁴⁵ de utilidades que se aprobó en detrimento de los segundos, entendiendo que se actuaba bajo un ordenamiento jurídico que permitía la desproporción entre la participación en el capital y el dividendo recibido. La Corte falló a favor de los socios minoritarios extendiendo la doctrina de los “deberes fiduciarios” entre socios propia de las sociedades colectivas, a las sociedades de capital cerradas.

Básicamente la Corte Suprema de Massachusetts (1975) asimiló los “deberes fiduciarios” que tienen los socios de una sociedad *in tuito pecuniare* (de capital) a aquellos que tienen las sociedades *in tuito personae* (de personas).

Visto desde el prisma colombiano esto se explicaría, diciendo que tanto en el derecho norte americano como en el derecho colombiano, se entiende que los “deberes fiduciarios” son el deber de lealtad que existe entre socios, sin limitar el concepto a su origen societario, sino que por el contrario, la condición de socio y lealtad, es igual en todos los tipos societarios, llámese de personas o de capital, puesto que en todas, los socios comparten la administración de la misma, como el caso de la sociedad colectiva⁴⁶ en el ordenamiento

44 Donahue Vs. Rodd Electrotipe Co. Supreme Court of Massachusetts. 1975

45 Es pertinente aclarar que la legislación colombiana no permite tales desproporciones en el reparto de utilidades así estas sean estatutarias. Art. 150 C. de Co.

46 Código de Comercio colombiano. Artículo 310.

colombiano donde cada socio tiene un deber de lealtad y “buena administración” por considerarse todos y cada uno de ellos gerentes.

La asimilación descrita, fundó la línea jurisprudencial que busca la protección de los grupos de accionistas por el quebrantamiento de los deberes de buena fe y lealtad por parte de otro grupo accionario que eventualmente dirige el rumbo de la sociedad. Posteriormente, las jurisprudencias norteamericanas aplicarían lo dispuesto en *Donahue Vs. Rodd Electrotype Co*, a nuevos casos, dando nuevos matices a las decisiones. Sin embargo, la aplicación de aquella sentencia produciría consecuencias indeseables, en tanto que se desataría el abuso de aquellas doctrinas por parte de los accionistas minoritarios, con el fin de bloquear todo tipo de decisiones societarias⁴⁷, especialmente las sustentadas en un ejercicio legítimo de la regla de las mayorías⁴⁸.

Siguiendo ese orden de ideas y aterrizándolo al contexto de este capítulo, se puede decir que una de las soluciones planteadas por el derecho norteamericano al conflicto de agencia dado entre socios mayoritarios y minoritarios, es la aplicación de los “deberes fiduciarios”, los cuales se pueden sintetizar como el mecanismo interno del cual todos los sujetos de la sociedad están obligados a cumplir; por regla general, esta teoría hace referencia al buen gobierno societario, el cual quiere que sean los mismos socios a partir

47 HAMILTON, Robert W. *La Ley de las Corporaciones*. Publicaciones del Oeste. St. Paul, Minnesota, 2000, pp. 373-375.

48 *Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc.* Supreme Court of Massachusetts. 1976

de acuerdos internos -acuerdo o código de buen gobierno- quienes encuentren la cura de sus propias enfermedades.

Lo interesante de la tesis planteada por la Corte Suprema del Estado de Massachusetts, es que este código, no solo es aplicable a los socios mayoritarios y sus administradores, sino también a los socios minoritarios.

Por otro lado, en el mismo derecho norteamericano, y a título de antítesis de la solución planteada de los “deberes fiduciarios”, la Corte Suprema del Estado de Delaware sostiene, que estos deberes, reflejados en el código de buen gobierno, solamente le es aplicable a los administradores y los accionistas mayoritarios⁴⁹.

Con ello pretende resaltar, que realmente al interior de las sociedades son solamente estos dos sujetos los que dirigen el curso de la sociedad, y serían solamente estos solos tipos de socios los llamados a superar las crisis de poder. Por el contrario, los minoritarios, al carecer de tal influencia poco o nada podrían decidir.

El derecho francés en contraposición al ya descrito régimen del *common law*, se vale de la doctrina del “abuso del derecho”⁵⁰ para fundamentar la protección a los grupos de accionistas mayoritarios y minoritarios de los diferentes

49 La discusión sobre este punto es extensa y existen autores en el derecho angloamericano como Mary Siegel, quienes sostienen que la tesis de Delaware es acertada, en contraposición a la sostenida en Massachusetts. MARY SIEGEL. Fiduciary Duty Myths in Closed Corporate Law. Delaware Journal of Corporate Law. Vol. 29. 2004.

50 Entiéndase bien que la referencia es la doctrina del “abuso del derecho” no, el principio de “No abuso del derecho” del art. 95 C.N.

modelos societarios. Para poder entender esta concepción -que es diferente de la tesis colombiana- es necesario señalar, que, aunque Colombia comparte la línea del código civil francés, nosotros le dimos unos elementos diferentes a este principio y por ello vemos que los literales del artículo 95 de la constitución de 1.991, contiene lineamientos del no abuso del derecho.

El Abuso del derecho, fue introducido por 1ª vez por Vélez Sarsfield, en el artículo 1071 en el Código Civil francés, el cual indicaba que sería abuso del derecho aquellos actos que excedan a la moral y a las buenas costumbres.

Teniendo claridad que para ellos este principio es posible detectarlo por el Juez a partir de 3 criterios:

Subjetivos

- ❖ Por el ejercicio efectuado por su titular con la intención de perjudicar⁵¹ (expuesta por Josserand)⁵²
- ❖ Ejercicio del derecho con culpa del titular⁵³. El titular puede ejercer el derecho de acuerdo a varias direcciones

51 Este criterio es insuficiente porque nunca el titular ejerce su derecho solo con el objeto de perjudicar al otro, sino que persigue un interés propio.

52 Louis Josserand, "El Espíritu de derechos y su teoría de la relatividad", cap. del abuso de los derechos - De l'esprit des droits et de leur relativité: Théorie dite de l'abus des droits, 2e éd, Paris, Dalloz, 2006

53 Este criterio amplía levemente al anterior porque no solo considera abusivo al ejercicio doloso de los derechos, sino también al ejercicio culpable de los mismos.

y es responsable cuando produce un daño⁵⁴ a un tercero mediante su actuación, siempre que ese daño pudiera haber sido evitado. La culpa sujeta a la gente a la indemnización por los daños causados.

- ❖ El ejercer el derecho sin interés o utilidad⁵⁵ (sugerida por Saleilles⁵⁶ y mantenida por Bonnecase y Ripert). La ausencia del interés al ejercer un derecho, que causa daño en una persona indica que el titular actuó con intención de provocar ese daño, por lo tanto, no puede ser amparado por la ley.

Objetivos

- ❖ Cuando el ejercicio es contrario al fin económico y social del derecho⁵⁷, el abuso consiste en un ejercicio contrario al fin de objeto por el cual fue creado el derecho, a su espíritu y finalidad.
- ❖ Como ejercicio del derecho contrario a la moral y a las buenas costumbres.

54 En esta posición, queda abierta la posibilidad de abusar del derecho, de forma legal, piénsese el caso de que quien lo hace obtiene beneficios económicos para la sociedad o para los socios minoritarios, fíjese que pese al beneficio económico, el abuso sigue estando presente.

55 Al faltar interés o utilidad en el titular del derecho, su conducta involucra una intención dolosa o culpable.

56 Saleilles, Raymond, en 1895 dejó su puesto en Dijon y se convirtió en profesor de derecho civil en la Facultad de Derecho de París, donde entre 1895 y 1898, escribió "*L'Essai sur les obligations dans le premier projet du Code civil allemand*" - "El Examen de las obligaciones en el primer proyecto del Código Civil alemán"

57 Esta posición exagera la función social de los derechos, porque muestra como fin esencial del derecho un destino económico o social, mostrándose contrario al fin individual del mismo.

Mixto

- ❖ Es imposible crear una noción del abuso del derecho que se pueda aplicar a todas las clases porque para algunas situaciones se toma la intención de perjudicar, para otras la culpa y la ausencia de un motivo legítimo.

El análisis francés se ha centrado sobre el derecho al voto, dejando de lado las demás posibilidades de “abuso del derecho” referentes a derechos patrimoniales y de información, de tan alta relevancia económica.

Así, la doctrina francesa -como lo indica Josserand⁵⁸- ha establecido tres casos de conflictos internos o entre accionistas relacionados con el derecho al voto, en los cuales se puede presentar un abuso:

- ❖ Abuso del derecho de mayorías,
- ❖ Abuso del derecho de minorías, y
- ❖ Abuso de la posición de paridad.

En el lenguaje de Hansmann y Kraakman⁵⁹, para el caso de accionistas mayoritarios y minoritarios a cada grupo de accionistas se le asigna una posición. Es así como, dependiendo de la situación que da lugar al conflicto, los grupos de accionistas quedarán como Mandantes-Principal, cuando son

58 Louis Josserand, “El Espíritu de derechos y su teoría de la relatividad”, cap. del abuso de los derechos - De l'esprit des droits et de leur relativité: Théorie dite de l'abus des droits, 2e éd, París, Dalloz, 2006

59 KRAAKMAN, Reinier et al. The Anatomy of Corporate Law. Oxford University Press. 2004, p.21.

sujetos activos de la relación fiduciaria o como Mandatarios-Agente, cuando son sujetos pasivos de la relación fiduciaria.

Dentro del negocio fiduciario -solución anglosajona- se describe que el conflicto parte de la desigualdad en la información entre accionistas mayoritarios y minoritarios, teniendo en principio, que la asimetría de la información es directamente proporcional al riesgo que cada socio corre, dicho de otra forma, esta asimetría de información por sí sola no constituye un problema si se piensa que en principio puede haber accionistas más dedicados a comprender la situación financiera de la sociedad y otros más interesados en recibir una utilidad sin importar que, por ejemplo, las ventas para un periodo determinado fueren mayores o menores.

Sin embargo, esa necesidad de información, varía dependiendo el contexto que esté viviendo la sociedad, así, si la sociedad está en tránsito a una fusión, una escisión o una transformación, la información es de vital importancia para poder determinar la valoración de la acción y la consecuente enajenación. Teniendo así, que quien tiene una información más amplia sobre la situación financiera de la compañía, puede hacerse una mejor idea del valor de la misma y llegado el caso, abusar de su posición obteniendo un precio más bajo de la acción negociada. Por esto, se puede decir que la información es fundamental para la toma de decisiones tanto de tipo societario como administrativo.

Es el caso que han planteado varias sentencias⁶⁰ de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito en Estados Unidos como fundante de la posición jurisprudencial -actual- se encuentra el fallo *Speedy vs. Transamerica Corp.*⁶¹. Esta decisión trata específicamente el problema de unos accionistas minoritarios a quienes un grupo de accionistas mayoritarios escondieron información sobre las proyecciones de la compañía. Al producirse la enajenación de las acciones, el grupo mayoritario pagó a los accionistas minoritarios un precio menor al que debería haber pagado si la asimetría de información no hubiera existido.

La precitada sentencia estableció los deberes fiduciarios de los accionistas mayoritarios, con respecto a los minoritarios, en cuanto a la revelación de información sobre los estados financieros reales de la compañía y sobre todo a las proyecciones y planeación estratégica de la misma.

En Colombia, si bien los socios tienen derecho a inspeccionar los libros de la sociedad dentro del término de convocatoria, que para el caso de la SOCIEDAD ANÓNIMA serían quince (15) días previos a la celebración de la Asamblea General de Accionistas, durante el desarrollo del principio de inspección y vigilancia que otorga la convocatoria, la redacción del inciso tercero del artículo 422 del Código de Comercio,

60 Véase *Geller v. Transamerica Corp.*, - *Wright c. SEC*, 2 Cir., 112 F.2d 89, 94-95, que confirma las disposiciones de expulsión de la Ley de 1934 - Estados Unidos c. *McDermott*, 7 Cir., 131 F.2d 313, facultando a la Junta de la Reserva Federal para promulgar normas "Con el fin de evitar el uso excesivo de crédito".

61 <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/99/808/1977625/> recuperado el 15 de marzo de 2021

deja entrever que la información depende por completo de los administradores: *“Los administradores permitirán el ejercicio del derecho de inspección a los accionistas o a sus representantes durante los quince días anteriores a la reunión”*⁶².

Ahora, frente al estado de pandemia declarado a nivel nacional en marzo de 2020, el ejercicio del derecho de inspección y vigilancia, de todos los órdenes societarios, ha sido modificado, por lo menos de forma transitoria, así la Superintendencia de Sociedades, expidió la circular 100-000002 del 17 de marzo del 2020, donde en la cual se imparten instrucciones y recomendaciones para la celebración de Asambleas y sus correspondientes convocatorias.

En dicha Circular Externa, también se hace un recuento de los requisitos previstos en el Decreto 398 del 13 de marzo de 2020, para la realización de reuniones no presenciales o mixtas de los órganos que sean colegiados.

Con fundamento en la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica proferida por el Gobierno Nacional⁶³, se expidió el Decreto 434 de 2020.

La principal finalidad de dicho decreto, fue modificar los efectos de la regla prevista en el artículo 422 del Código

62 Esta regla presenta 2 excepciones, la 1ª dada por la Ley 1258 en su artículo 20, dispone que el tiempo para revisar los libros de la sociedad en las Sociedades por Acciones Simplificadas será de 5 días y el art. 39 de la ley 675 de 2001 que trata de 15 días, ambos calendarios, lo que difiere de los días hábiles que señala el artículo 422 del C. de Co. En concordancia con la ley 153 de 1887 en lo referente a días hábiles y días calendario, lo cual no cambia en ninguna medida la naturaleza del presente análisis.

63 Decreto 417 del 17 de marzo de 2020.

de Comercio, conforme con la cual, a falta de disposición estatutaria al respecto, la reunión ordinaria del máximo órgano social se deberá realizar dentro de los 3 meses siguientes al cierre de cada ejercicio.

Determinó en su artículo 5° que las reuniones ordinarias de asamblea, de cualquier tipo societario correspondiente al 2019, podrían efectuarse hasta dentro del mes siguiente a la finalización de la emergencia sanitaria, sin embargo la historia indico, que pese a que este decreto se diseñó contemplando que la pandemia duraría solamente un par de meses, ésta se alargó en 3 algo más de 3 oleadas de infección, que se pueden resumir en que el Ministerio de Salud y Protección Social alcanzó a expedir las resoluciones 464 de 2020, la cual amplió el plazo de confinamiento -por 2ª vez- entre el 20 de marzo al 30 de mayo del 2020, la resolución 844 de 2020, que extendió por 3ª vez el aislamiento obligatorio hasta el 31 de agosto de 2020, la resolución 385 de 2020 declaratoria de estado de emergencia y suspensión de eventos con más de 50 personas.

De forma concomitante el Gobierno nacional colombiano, generó los decretos 749 y 847 de 2020, los cuales limitaron la salida de los mayores de 70 años, el decreto 398 del 13 de marzo de 2020, la cual hizo énfasis en las asambleas virtuales, con disposición del derecho de inspección y vigilancia por medio de bases de datos restringidas para los socios, esto quiere decir, que la revisión de estas bases de datos estarían enmarcadas en el término de la convocatoria, y a una contraseña dada a cada socio o copropietario.

Por último expide el decreto 176 de 2021, el cual termina diciendo, que las asambleas que esten sin realizarse, tienen plazo para su celebración hasta el 31 de marzo de 2021, resaltando que deben hacerse de forma mixta o totalmente virtual, pero con la recomendación que sean “Asambleas responsables”.

Esta característica de responsabilidad, el decreto lo enmarcó, que los precursores o convocantes a la celebración de dicha reunión tienen la obligación de respetar los toques máximos de aforo permitidos en cada municipio o localidad y dar los implementos necesarios de bioseguridad, esto termina concluyendo que las asambleas serían una mezcla entre internet -quienes no puedan asistir por estar por encima del aforo o por salud- y quienes cumplan el tope del aforo.

Frente al derecho de inspección y vigilancia, se puede decir que es una prerrogativa inherente a la calidad de socio, es un derecho esencial de los socios -de mayor relevancia en sociedades de capital-, que le permite examinar, por su cuenta o mediante delegado, los libros y papeles de la sociedad en aras de enterarse de la situación administrativa, financiera, contable y jurídica. Ahora bien, no es absoluta, pues tiene limitaciones sobre el alcance de la información que comprende, en principio está ligada al ejercicio fiscal anterior y según el tipo societario, tiene su espacio temporal para practicarse. Correlativamente implica el deber y la obligación de los administradores sociales de entregar o permitir el acceso a la información, en los términos de los estatutos sociales, la ley según cada tipo societario y las recomendaciones emitidas por la Circular Básica Jurídica de la Supersociedades.

Tradicionalmente se regula que la inspección debe hacerse en las oficinas de la administración de la sociedad donde reposa la información bajo su control y ningún accionista puede extraer documentos u obtener copias sin autorización, sin embargo, como ya fue anotado el estado de emergencia por Covid-19, modificó esta realidad física en una virtualidad con medidas de seguridad.

Lo anterior genera varias tensiones para aquellos administradores sociales que no han convocado a reunión ordinaria o cuya convocatoria devino en imposible:

En primer lugar, el administrador social tendrá dos opciones: insistir en que el derecho de inspección sea un mecanismo de forma presencial, ejercido antes de reunión de asamblea, en las oficinas de la administración que funcionen en el domicilio principal de la sociedad y aplazar las reuniones ordinarias hasta que se supere la emergencia según el Decreto 434 del 2020, bajo el riesgo de incurrir en perjuicios que implique en materia económica y administrativa para la sociedad la parálisis de sus órganos sociales en tiempos donde se requieren medidas eficaces para superar o mitigar los efectos de la crisis.

Es así, como accionistas con acceso permanente a los administradores, pueden hacerse a una información mucho más completa sobre los Estados Financieros de la compañía, en comparación con aquellos que no tienen tal acceso y que generalmente son accionistas minoritarios. Ello, puede eventualmente producir las lesiones de las que ya se hablaba y que ha hecho notar la jurisprudencia de la Corte

de Apelaciones del Tercer Circuito desde el año de 1956 en Estados Unidos.

Desigualdad en la toma de decisiones societarias, este anexo que le surge al conflicto mismo entre socios mayoritarios y minoritarios está estrechamente ligada con el tema de la información, se encuentra la natural desigualdad de los grupos de accionistas en el nombramiento de miembros de Junta Directiva y en general de los administradores de la sociedad.

Esta situación se encuentra conectada de manera clara con las anteriormente descritas, ya que aquellos accionistas con una mayor participación en el capital social y con derecho a voto, terminan por imponer su voluntad en el nombramiento de miembros de Junta Directiva y Representante Legal.

Así, se crean las condiciones para que el grupo mayoritario se ponga a sí mismo en una posición del abuso y simplemente, éste podrá consistir precisamente en la existencia de una contabilidad paralela que no revele la situación de la compañía y deje por esto, desinformados a quienes tienen un acceso indirecto a la información por su relación con los administradores.

En Colombia, este primer debate que hay entre socios mayoritarios y socios minoritarios, se observa en la elección de junta directiva, en principio el conflicto encuentra 2 salidas, una es la señalada por el Código de Comercio para la Sociedad Anónima donde existen una serie de disposiciones dentro de las cuales hay que resaltar la elección por cuociente electoral, que evitan la generación de los problemas descritos,

consagrada en el artículo 436 ibídem, la cual contiene una solución que representa una protección a los accionistas minoritarios, pues como grupo, alguna participación se les asigna dentro de la Junta Directiva.

La segunda solución es planteada en la SOCIEDAD ANÓNIMAS, donde la determinación respecto a la participación de los accionistas minoritarios en las juntas directivas será estatutaria y no de reserva legal.

O por lo menos así, se logra entender de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 25 de la Ley 1258 de 2008, el cual dice que “Los directores podrán ser designados mediante cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en los estatutos.” Esta disposición si bien resulta beneficiosa en tanto permite una mayor libertad a la hora de suscribir el contrato social, también introduce en el ordenamiento jurídico colombiano una primera salida al conflicto de agencia que ya se había advertido en el sistema norteamericano.

Dicho lo anterior, la información asimétrica producida por la diferente capacidad de nombrar miembros de junta directiva se erige como un problema en el que pueden verse involucrados los accionistas con acceso a la información por una parte y aquellos que no la tienen, por la otra. Esto no puede implicar la existencia de una responsabilidad que exija poner a disposición de los demás accionistas toda aquella información a la cual se tenga acceso. Por el contrario, se pretende sentar la posición en la cual resulta adecuado dejar

que los negocios de los accionistas fluyan de acuerdo con el interés de informarse que cada uno tenga.

Los casos de asimetría en la información cuya causa es la posibilidad de nombrar miembros de Junta Directiva, deben ser previstos por la vía de la igualdad en el nombramiento de miembros de dicho órgano, solución difícil; o bien por la vía jurisdiccional mediante la indemnización de perjuicios. Pero nunca por la remoción de los miembros de junta, pues ello desnaturaliza el derecho al voto y pierde de vista el hecho de que existen accionistas con un mayor interés en informarse sobre la situación de la sociedad.

Por otro lado, encontramos, que, dentro de este choque interno de intereses de socios -Mayoritarios Vs. Minoritarios-, está el punto, referido a la repartición desigual de utilidades o privación de las mismas con el fin de presionar a los accionistas minoritarios a vender sus acciones.

Una estrategia común cuando un grupo accionista mayoritario busca apoderarse del mayor número de acciones posible, en manos de accionistas con menos participación, es la distribución inequitativa de utilidades o la privación de las mismas⁶⁴.

Esta actuación específica de quebrantamiento de los deberes fiduciarios se conoce en el derecho norteamericano

64 Esta privación parcial o total de los dividendos, se realiza mediante las referidas estrategias, ya que según lo anotan Hansmann y Kraakman, con respecto al derecho norteamericano: "Todas las jurisdicciones establecen que los dividendos deben ser pagados a los accionistas a prorrata de su participación accionaria y de la clase de acciones que poseen". KRAAKMAN et al. Op. Cit., p. 59.

como “freeze out”, Henry Hansmann y Reinier Kraakman, lo plantean en un paper “the end of history for corporate law”⁶⁵ diciendo que los mecanismos utilizados para dichas maniobras han sido básicamente de dos tipos:

- a. La creación de reservas o provisiones injustificadas, que reducen la utilidad neta del ejercicio, y
- b. Pagos injustificados a los accionistas mayoritarios por conceptos diferentes a la repartición de utilidades.

Ambas modalidades tienen como consecuencia, en muchas ocasiones, el estrangulamiento de los accionistas minoritarios, mediante la disminución de sus ingresos o rentas provenientes de la sociedad. Dicho comportamiento tiende, generalmente, a presionar la venta de las acciones en cabeza de accionistas minoritarios, entre otras razones, porque la revisión de los libros y la participación en la Asamblea General de Accionistas, resulta incómoda e impertinente a quienes buscan un direccionamiento específico de la empresa social.

Ahora, dentro del contexto colombiano como lo anota el profe. Reyes Villamizar, el desarrollo jurisprudencial de la figura del abuso del derecho en materia societaria ha sido incipiente en nuestro ordenamiento, y se ha restringido a unos pocos casos de abuso de mayorías, sin tener en cuenta la posibilidad contemplada tanto en el derecho norteamericano como en el derecho francés, de los bloqueos por parte de

65 Henry Hansmann y Reinier Kraakman, “the end of history for corporate law” Discussion Paper. http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center . Recuperado 16 de marzo de 2021. ISSN 1045-6333

minorías con derecho al veto o de accionistas con una misma capacidad accionaria en el caso donde la distribución del capital suscrito es equitativo entre dos grupos de accionistas.

Sin embargo, la doctrina nacional hace cada vez más uso de la institución del abuso del derecho por lo que es de esperarse que eventualmente los jueces apliquen los desarrollos mencionados con el fin de resolver conflictos societarios.

En todo caso, esta investigación busca sugerir una tercera vía de solución, que, si bien es cierto, retoma varias concepciones, del derecho angloamericano en materia de deberes fiduciarios, como del derecho francés, el uso del voto y sus implicaciones, también exporta una solución de un régimen societario -sui generis- pero que orgánicamente es muy similar a la Sociedad Anónima, como lo es el régimen de propiedad horizontal, el cual expone una solución al conflicto entre socios mayoritarios y minoritarios, entendido en este contexto como socio mayoritario al socio primario (constructor) y los socios minoritarios (copropietarios) o a los socios con mayores coeficientes de copropiedad frente de aquellos que no.

Esta pugna de poder, entre el constructor (mayoritario) y nuevos copropietarios (minoritario) se presenta usualmente hasta cuando se haya terminado la construcción y enajenación de un número de bienes privados que represente por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de los coeficientes de copropiedad, momento en el cual el constructor enajena el 51% del coeficiente de copropiedad y deja de ser socio mayoritario.

Con los mismos propósitos se realiza el llamado “Squeeze out”⁶⁶. Este consiste en la emisión de acciones con el propósito exclusivo de disminuir la participación de un determinado grupo de accionistas. Así, quienes generan el “Squeeze out”, compran las acciones emitidas, mientras que quienes no las compran -grupo objetivo de la maniobra- ven diluida su participación social.

Ante esta problemática, existen desarrollos que han buscado la retoma de la igualdad entre los accionistas. Es el caso específico la Ley Modelo de Sociedades (MBCA)⁶⁷, que al prever situaciones como la descrita establece que un grupo minoritario de accionistas puede solicitar la disolución y consecuente liquidación de la sociedad cuando los administradores o aquellos que tienen el control de la misma, o porque han actuado, están actuando o actuarán de manera ilegal, opresiva o fraudulenta.

Pese a tener esta salida, este tipo de soluciones no resulta recomendable, en especial por las funciones económicas que cumple la sociedad. Sería más bien recomendable la indemnización de perjuicios con la consecuente re-

66 Zinaída González Blanco-Rachewsky, Revista de derecho bancario y bursátil, ISSN 0211-6138, Año nº 25, Nº 101, 2006, págs. 264-265. Tanto el “Squeeze out” como el “Freeze out”, se encuentran dentro una categoría general denominada “Oppression”. Dicha categoría bien podría traducirse al español como opresión. Frente a esta figura el Tribunal Supremo federal alemán considera que la constitucionalidad de la transferencia forzosa de las acciones de accionistas minoritarios al accionista principal con arreglo a la Ley de Sociedades alemana está fuera de duda.

67 Ley Modelo de Sociedades (MBCA). Chapter 14. Subchapter. HAMILTON, Robert W. La Ley de las Corporaciones. Publicaciones del Oeste. St. Paul, Minnesota, 2000.

acomodación de los poderes accionarios, ordenada por un juez. En una crítica a la solución propuesta por la MBCA, Hamilton R.⁶⁸. En el texto “La ley de las Corporaciones” señala que no existen criterios objetivos para que el juez pueda determinar la disolución, y que, en vista de ello, la aplicación de esa solución para los casos descritos, resulta peligrosa y eventualmente inequitativa. (2000)

Por esto el juez debe hacer un especial énfasis en la prueba de las actuaciones opresivas si es que desea finalmente ordenar la disolución y liquidación de la sociedad.

En el derecho colombiano, no existe ni la diferenciación entre esta clase de pactos ni las soluciones jurisprudenciales que se han planteado en el derecho norteamericano. Sin embargo, existe como en este último derecho, la provisión, para un reparto equitativo de utilidades y las mayorías necesarias para la determinación de reservas ocasionales, adicionada por la exigencia de sumar los montos de la reserva a las utilidades si no se hiciera uso de ellas. Como se verá más adelante, estas provisiones legales no resultan suficientes y es necesaria la creación de sub-reglas jurisprudenciales, legales o estatutarias, que, de acuerdo con los deberes de buena fe y lealtad, eviten la legalización de los fraudes a los accionistas minoritarios.

68 Hamilton, Robert W. “The Laws of Corporations”, 5ª ed., Publications del Oeste. St. Paul, Minnesota, 2000, p.363.

V. Soluciones históricas al conflicto entre accionistas mayoritarios y minoritarios

Como puede observarse no son pocas las situaciones que llevan a enfrentamientos entre los diferentes grupos accionarios de una sociedad anónima.

Por esto, la doctrina y la jurisprudencia norteamericana han propuesto diferentes soluciones a este problema. Algunas de ellas, están referidas al buen gobierno societario y por tanto dejan a la libertad de los socios, la cura de sus propias enfermedades.

En otras de las propuestas, existen acciones judiciales concretas que buscan soluciones -ex post-. Por su parte existen escasos desarrollos en Colombia, que también serán descritos y cuyo planteamiento intentará ser ajustado a las propuestas de otras legislaciones con el fin de crear una solución en el ordenamiento jurídico nacional, a los problemas descritos.

Siguiendo tal planteamiento, me permito indicar las soluciones históricamente planteadas para este conflicto:

a. **Soluciones no jurisdiccionales**

Dentro de este tipo de soluciones habrá que distinguir entre aquellas que dependen del legislador societario y aquellas que dependen de la voluntad contractual de los socios al suscribir los estatutos. Dentro del primer tipo de soluciones, en el sistema norteamericano, se ha hecho una distinción entre reglas y estándares

Las primeras; son de obligatorio cumplimiento, en tanto que, los segundos son parámetros de conducta que los socios esperan de sus pares.

En el derecho de tradición francesa y específicamente en el derecho colombiano se podría adaptar la anterior clasificación como la diferencia entre las normas imperativas y dispositivas.

Con la divergencia clara de que una desviación de la norma de carácter supletivo, no constituye, por sí sola, un indicio de abuso del derecho, mientras que el quebrantamiento de los estándares sí constituye un indicio o sospecha para el juez que tenga en cuenta.

A lo anterior debe agregarse que si las disposiciones estatutarias no contemplan la totalidad de las situaciones en que puede verse inmersa la sociedad, los estándares no suplen la voluntad de los accionistas, en tanto que muchas de las normas dispositivas son a su vez supletivas.

Tanto en el derecho norteamericano como en el colombiano se pueden encontrar normas imperativas que, si bien parecieran, buscan prevenir el abuso de la posición dominante, especialmente en lo que tiene que ver con la revelación de

información a los accionistas. Los desarrollos en el tema de la revelación de información son mucho mayores en lo que tiene que ver con la sociedad que negocian sus acciones en el mercado público de valores, en donde el poder de los administradores y accionistas mayoritarios con respecto a los grupos de accionistas con menor participación, puede ser casi absoluto en lo que concierne al manejo y ocultamiento de la información.

En lo que respecta a la solución planteada en el presente libro, interesan los desarrollos en materia de sociedades cerradas, en las cuales la revelación de información a los accionistas se ha circunscrito, tanto por disposición de orden legal como por conceptos y jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades, a los días previos a la realización de la Asamblea General de Accionistas, en virtud del derecho de inspección y vigilancia.

En el derecho norteamericano por su parte la revelación de información se encuentra sujeta a la demostración por parte del accionista de una necesidad real de acceder, por ejemplo, a los libros contables de la sociedad, lo cual no obsta para que pueda pactarse estatutariamente un protocolo para la revelación de información mucho más estricto con los administradores. Este mismo curso sigue la comparación entre ambos sistemas en la medida en que, el derecho angloamericano resulta mucho más laxo y genera una carga adicional en la jurisdicción. Mientras que, en el ordenamiento jurídico colombiano, existen otras normas que parecieran buscar protección especial de las minorías y que aquí serán consideradas, en el lenguaje que se había convenido utilizar,

como normas imperativas, cuya violación no constituye un caso de abuso de mayoría, en tanto no tiene apariencia de legalidad, sino que, resulta evidentemente contraria a derecho.

Hay que agregar que en Colombia no existen normas estándar que sirvan como rasero para identificar posibles casos de abuso de las mayorías. Sin embargo, los conceptos de la Superintendencia de Sociedades, bien podrían convertirse en un ejemplo de lo anterior, es la mayoría especial del ochenta por ciento (80%) para la conversión de utilidades en acciones -Artículo 455, inciso 2, Código de Comercio-. Buen parámetro para definir algunos lineamientos en esta materia.

Desafortunadamente en lo que tiene que ver con los casos de abuso de paridad y abuso de las minorías no existen pronunciamientos y los desarrollos en el tema de abuso de mayorías son demasiado incipientes como para servir a los intereses de una buena decisión judicial.

Por otra parte, los mayores desarrollos para la lucha en contra del abuso de las diferentes clases de accionistas, se encuentran en las propuestas de los académicos que poco a poco van siendo llevadas al sistema judicial en los diferentes ordenamientos. Así, Hansmann y Kraakman, proponen tres tipos de soluciones para los conflictos de agencia:

Las soluciones serán descritas a continuación y se presentarán posibles formas de introducirlas en el derecho societario Colombiano.

**i. Estrategia de nombramiento de la Junta Directiva
-The appointment rights strategy**

Esta estrategia se encuentra dirigida a la solución de la desigualdad en el manejo de la sociedad, cuando existe un grupo de accionistas mayoritario y muchos accionistas minoritarios que no ejercen suficiente poder como para lograr el nombramiento de miembros de Junta Directiva. Para la aplicación de esta técnica los citados autores refieren dos posibilidades, una de ellas (i) es reservar asientos en la Junta Directiva para grupos minoritarios. La otra opción (ii), consiste en limitar el derecho de voto en la elección de miembros de Junta Directiva, de aquellos accionistas con una posición dominante.

En el derecho norteamericano donde la limitación al derecho de voto es menor, probablemente la aplicación de la segunda opción sea mucho más sencilla, pero en el ordenamiento colombiano, aún resulta un poco exótica⁶⁹. Sin embargo, con la flexibilización societaria en el tipo societario regulado allí, podría acudir a esta solución.

La aplicación de la primera estrategia, depende sin embargo de que se asigne a un grupo de accionistas la calidad de minoritarios, pero con derecho a una cierta representatividad. La asignación permanente de sillas en la Junta Directiva

69 Se habla de lo exótico -tomando la expresión del Profesor Marín Mora-, que dicha estrategia en Colombia, no ha sido muy expandida por la vía estatutaria. Sin embargo, el artículo 428 del Código de Comercio, derogado por el artículo 242 de la Ley 22 de 1995, establecía que: Ningún accionista podrá emitir, por sí o introducida por la Ley 1258 de 2008 y la posibilidad de nuevas clases de acciones.

depende de la cohesión entre los diferentes accionistas minoritarios, que puede resultar harto difícil de lograr. Esta solución plantea que, especialmente en compañías con muchos socios minoritarios, salvo que exista consenso entre ellos para nombrar un miembro de Junta Directiva que los represente, la elección del mismo, dejará sin resolver los problemas aquí planteados, pues deberá hacerse por mayoría. La decisión mayoritaria en la elección del miembro de la junta que representará a la minoría, deja nuevamente un grupo de accionistas relegado y sin posibilidad de acceso a las decisiones de la administración, lo que redirige el problema a los accionistas “muy minoritarios”. Éstos no sólo se ven privados de participar en la administración por los accionistas mayoritarios sino, además, por los sindicatos de accionistas minoritarios, que hacen mayorías frente a ellos. Sólo una decisión unánime lograría la pretendida representatividad. De manera que el requerimiento de unanimidad que se intentó enunciar anteriormente hace bastante restringida la aplicación de esta solución, lo cual no indica su total inutilidad, ya que, en sociedades en donde existan dos sujetos o grupos cohesionados, el primero con una mayoría accionaria y segundo con una participación minoritaria, la estrategia podría constituirse en una solución al abuso de la posición de mayoría. Por interpuesta persona, más del veinticinco por ciento de los votos que correspondan a las acciones presentes en la asamblea en el momento de hacerse la votación. Este límite no se tendrá en cuenta para establecer el quórum deliberativo”. De esta manera, existió en Colombia la posibilidad de restringir el derecho al voto. Como norma imperativa dificultaba el acuerdo estatutario para modificar dichos porcentajes y las

negociaciones entre socios para evitar el segundo problema de agencia.

La propuesta sobre la reserva de asientos en la junta directiva para grupos minoritarios, es lo que en parte el sistema societario colombiano, ha querido lograr en lo que tiene que ver con las Sociedades Anónimas, al establecer la regla de elección de los miembros de la Junta Directiva por vía del cuociente electoral⁷⁰, garantizando así, que grupos minoritarios de accionistas con una participación mediana en la compañía, logren por vía de los residuos, obtener representación en dicho órgano. Valga decir que lo anterior no puede ser aplicado en el ámbito de las Sociedades Anónimas sino por vía de pactos de votación para cada período, pues la Superintendencia de Sociedades ha sido clara en considerar la norma de la elección por cuociente como imperativa, lo que impide de manera total la asignación de un asiento permanente para un grupo de accionistas minoritario.

70 Art. 197, C. de Co. Aplicación del cuociente electoral. Siempre que en las sociedades se trate de elegir a dos o más personas para integrar una misma junta, comisión o cuerpo colegiado, se aplicará el sistema del cuociente electoral. Este se determinará dividiendo el número total de los votos válidos emitidos por el de las personas que hayan de elegirse. El escrutinio se comenzará por la lista que hubiere obtenido mayor número de votos y así en orden descendente. De cada lista se declararán elegidos tantos nombres cuantas veces quepa el cuociente en el número de votos emitidos por la misma, y si quedaren puestos por proveer, éstos corresponderán a los residuos más altos, escrutándolos en el mismo orden descendente. En caso de empate de los residuos decidirá la suerte.

Los votos en blanco sólo se computarán para determinar el cuociente electoral. Cuando los suplentes fueren numéricos podrán reemplazar a los principales elegidos de la misma lista. Las personas elegidas no podrán ser reemplazadas en elecciones parciales, sin proceder a nueva elección por el sistema del cuociente electoral, a menos que las vacantes se provean por unanimidad.

Por otra parte, en lo que respecta a la Sociedad por Acciones Simplificada, estos pactos podrían aplicarse pues no existe una elección imperativa por la vía del cuociente electoral.

La búsqueda de pactos para la elección de miembros de Junta Directiva que representen a todos los grupos de accionistas -mayoritarios o minoritarios- brinda de alguna manera la solución al problema de la asimetría de la información, proveniente de la administración social. Permite que unos socios no defrauden a otros en la enajenación de acciones entre ellos mismos, lo cual se considera como el principal problema de la posición de abuso de las mayorías, ya que, aquellos casos de administración y direccionamiento de la empresa en un sentido u otro hacen parte de la regla de discrecionalidad y el ejercicio legítimo del poder, que otorga la posesión de una mayoría accionaria, lo que no significa que no puedan caer dentro de un caso de abuso.

Dicho lo anterior, en Colombia habría que hacer una distinción entre las estrategias aplicables a la Sociedad Anónima y la Sociedad por Acciones Simplificada.

En la primera, dónde la regla del cuociente es imperativa, la Ley considera que ella protege per se, a los accionistas en posiciones menos favorables. Por esto, los pactos que pueden hacerse para nombrar miembros de junta directiva son mucho más limitados y requieren de un consenso permanente entre los diferentes grupos accionarios. Por otro lado, en lo que se refiere a la SOCIEDAD ANÓNIMA, si bien no existe una provisión legal que pretenda la protección a los grupos de accionistas minoritarios, el espectro para pactar la protección

es mucho más amplio en la medida en que pueden aplicarse las estrategias del derecho norteamericano, referentes a los asientos permanentes en la junta directiva para los grupos de accionistas minoritarios.

Hay que decir que ninguna de estas estrategias soluciona por completo el problema de los accionistas minoritarios y su participación en la administración. Quedan, como ya se decía, los grupos de accionistas con una participación muy pequeña, cuyos derechos pueden permanecer vulnerados. Sin embargo, la presentación de propuestas a los problemas de agencia, no puede significar costos adicionales altos, como en los que habría de incurrir la sociedad si quisiera proteger a la totalidad de sus accionistas.

ii. **Estrategia del Tercero Neutral –Trusteeships**

Refiriéndose al problema de los conflictos de interés, especialmente en lo que tiene que ver con los administradores, Hansmann y Kraakman explican que una de las soluciones a este tipo de conflictos, que aquí se aplicarán al problema entre accionistas mayoritarios y minoritarios, sería acudir a terceros, ya sea que hagan parte de la estructura de la sociedad o que sean completamente ajenos a ella, para dirimir los problemas que vayan surgiendo. La idea básica de esta estrategia es nombrar administradores independientes que permitan flujos simétricos de información hacia los accionistas. Esto resulta algo ingenuo en la medida en que los administradores tienen compromisos con sus electores, y en la búsqueda de su propio beneficio, intentarán que aquellos accionistas con quienes han adquirido responsabilidades, sean beneficiados sobre los

demás. Por lo anterior será descartado el enfoque propuesto por los autores, pero se intentará redirigir la idea, de manera que sirva a los efectos de los conflictos descritos y en especial al tema de la valoración de la acción, los dividendos y en general las utilidades sociales.

La visión de un tercero que permita dirimir un cierto tipo de conflictos, sin tener que acudir a la vía jurisdiccional, no sólo resulta útil sino barato y neutral frente a la toma de ciertas decisiones, que definan el rumbo de la sociedad o las actuaciones que pueden involucrar un conflicto de intereses. La aplicación de esta estrategia deberá ser pactada estatutariamente. Pueden ser terceros neutrales, por ejemplo, en cuanto a la posible venta de unas acciones, en donde el grupo minoritario es el vendedor y el grupo mayoritario el comprador o viceversa, la banca de inversión o expertos en la valoración de empresas. La utilización de este tipo de herramientas, permite obtener precios justos y que no se encuentren ligados ni a la asimetría de información ni mucho menos a presiones previas a los grupos minoritarios, bajo la forma de los llamados “freeze out deals” o “squeeze out deals”.

Según lo plantea Palmiter⁷¹, dentro de la estrategia de un tercero neutral pueden incluirse otras disposiciones estatutarias que además sean vinculantes para los socios e independientes de las provisiones que se tengan en un Código

71 A Palmiter y F. Partnoy, *Corporations: A Contemporary Approach* (2010, West Publishing, St. Paul, Min.) 541-583 y 634.

de Buen Gobierno. Dentro de estas opciones se encuentra el arbitramento, la mediación.

Todas estas opciones, solucionan en cierta medida el problema del bloqueo a las decisiones societarias, permitiendo que la actividad económica, de tan alta importancia para la sociedad, no se detenga por la imposibilidad de lograr el acuerdo entre accionistas.

Existen así otras estrategias referentes a la protección de accionistas mayoritarios y minoritarios según el caso, pero ellas son referentes a la repartición de dividendos que en gran medida se encuentra protegida por las mayorías especiales en la Sociedad Anónima pero que, para el caso de la Sociedad por Acciones Simplificadas, resultan útiles.

Se enuncian nada más, ya que hacen parte meramente del gobierno corporativo y este trabajo no busca ahondar sobre las estrategias de buen gobierno.

Por ejemplo, otra medida es la existencia de unos protocolos para la revelación de información a los accionistas minoritarios, tal y como el que hoy existe en materia de sociedades abiertas y que es controlado por la Superintendencia Financiera de Colombia, donde se debe poner a disposición de todo el mercado información relevante, con el fin de procurar un acercamiento mayor a la competencia perfecta; mejoraría sin duda el problema de asimetría y permitiría sancionar a quienes hagan uso de la información privilegiada en detrimento de otros grupos de accionistas. Igual mecanismo podría utilizarse en las sociedades cerradas en donde se establezca

vía estatutos, que, por medio del acceso a una página web, cualquier accionista podría obtener información.

En tal caso, cualquier dato adicional que quede por fuera de dicho sistema y que a su vez sea relevante, llevará a sanciones determinadas contra quien sea culpable y contra quien aprovechándose de su posición utilice los datos en perjuicio de un tercero.

Las estrategias de este tipo, necesitan para su aplicación en cualquier jurisdicción la existencia del Juez, ya que, en general, los accionistas no aceptan el incumplimiento de sus obligaciones y la demostración de los estándares y las sanciones estatutarias suscritas por los socios requieren de una revisión de legalidad por parte del juez.

Adicionalmente, las estrategias para la revelación de información pueden resultar en costos adicionales para la sociedad, por lo que debe ponderarse entonces si es mayor el costo de los sistemas de información o el costo de una transacción no informada.

iii. **Bloqueos de las decisiones societarias –Deadlocks**

Según Hamilton R.⁷², existen tres situaciones que pueden dar lugar al bloqueo de las decisiones en una sociedad:

- I. Cuando dos grupos de accionistas con intereses contrapuestos, poseen un mismo número de acciones.

72 HAMILTON, Robert W. La Ley de las Corporaciones. 5ª ed. Publicaciones del Oeste. St. Paul, Minnesota, 2000, p. 362.

- II. Cuando existe un número igual de miembros de la Junta Directiva, representando dos facciones de accionistas con intereses opuestos, y
- III. Cuando estatutariamente se han establecido mayorías decisorias especiales, dando poder de veto a los accionistas minoritarios o dichas mayorías han sido establecidas por Ley.

El primero de los casos descritos, es tratado por el derecho francés como el abuso de la posición de paridad o igualdad -abus d'égalité-. Mientras que en el derecho norteamericano se le ha dado un trato bastante similar al del tema de la opresión -Oppression- en la medida en que los jueces fallan de acuerdo con la ruptura de los deberes fiduciarios del grupo de accionistas que en un momento determinado actúa en el interés de todas las demás clases de socios. Cuando se habla de esta clase bloqueo en el derecho angloamericano, se hace referencia al caso en el cual, no se logra una mayoría para la elección de nuevos miembros de Junta Directiva. Sin embargo, podría ampliarse el espectro de dicha doctrina hacia algunas situaciones en las cuales los accionistas en posición de paridad deban decidir sobre cuestiones de administración de la sociedad bajo las cuales una mala decisión conlleve perjuicios para la misma y para aquellos accionistas que formulan la propuesta no acogida.

La no aceptación de una reserva, por ejemplo, por parte de un grupo en posición de paridad es un ejercicio legítimo de los derechos como accionista. No obstante, por vía de los deberes fiduciarios y las acciones judiciales como la "Acción Derivada" o

“Derivative Action”, un grupo cualquiera de accionistas, podría solicitar la indemnización de los perjuicios que se le ocasionan por el bloqueo a una decisión que pudo haber generado unos ingresos determinados a la sociedad y no lo hizo por la actuación específica de otro grupo.

La discusión sobre el ejercicio legítimo de los derechos accionarios, implica un análisis mucho más amplio, que aquí sólo se dejará planteado como una forma de inducir a la profundización sobre conceptos que, tanto en el derecho norteamericano, como en el derecho francés y el derecho colombiano, aún se están construyendo.

Cuando las personas deciden crear una sociedad comercial, asumen de manera implícita el riesgo de la no obtención de las mayorías para llevar a cabo todas las decisiones que como personas naturales mejor les parecen. Es decir, el riesgo se asume de manera individual, por la actuación o utilización del derecho al voto de los demás accionistas. En los casos del llamado abuso de la posición de paridad, es mucho más claro que en los casos de existencia de mayorías muy fuertes y minorías muy débiles, ya que acá simplemente debe asumirse el riesgo de no poseer una mayoría suficiente para direccionar la empresa social en un sentido determinado, sin estar sujeto de manera absoluta a las decisiones de un grupo minoritario. Adicionalmente, el riesgo que cada accionista está dispuesto a asumir en la gestión de la sociedad varía de un individuo a otro, por lo que el ejercicio del derecho al voto en un sentido conservador o en uno altamente riesgoso, no debería dar lugar a una acción social de responsabilidad y mucho menos a la

indemnización de perjuicios ya sea por la consecuente pérdida en un negocio riesgoso o por la llamada pérdida del “chance”.

La discusión planteada abre entonces el panorama para que, especialmente en los casos de paridades accionarias, se determinen, ya por vía legal, ya por vía jurisprudencial, unos criterios que involucren la prueba del ánimo de causar daño y del daño objetivo causado, como fundamentales para el éxito de la acción judicial que busque la indemnización del perjuicio ocasionado, dada la orientación del voto en un sentido determinado. La elaboración de este tipo de criterios, se torna incluso más importante en países como Colombia, en los cuales aún no se ha tratado ni siquiera de manera incipiente la institución del abuso de paridad y la falta de unos criterios objetivos de daño podrían dar lugar a las acciones temerarias.

El segundo caso hace referencia a las situaciones de paridad en la junta directiva. Este presenta generalmente pocas dificultades ya que en la práctica se utilizan Juntas Directivas con números impares de socios con el fin de impedir que la administración se pueda ver detenida por situaciones de paridad. Ello no quiere decir que frente a una situación de dicha índole puedan aplicarse las instituciones referentes a los administradores como la buena fe y lealtad. Este problema queda enmarcado más bien dentro del primer problema de agencia, ya que, si bien las decisiones de la junta implican la obtención del voto mayoritario, éste se emite en función de una actividad meramente administrativa y no del derecho al voto que tienen los accionistas en los diferentes tipos de Asambleas.

El tercer caso referido por Hamilton R.⁷³, en su libro “La Ley de las Corporaciones” (2000) es el de abuso de las minorías – *abus de minorité*–, que, aunque él lo circunscribe al derecho de veto, aquí lo traducimos más como el derecho de inspección y las mayorías especiales que trae la Ley.

El caso utilizado para explicar la figura es aquel en el cual, una disposición estatutaria claramente protectora de los grupos minoritarios ha establecido, por ejemplo, que la mayoría necesaria para la toma de decisiones en la Asamblea General de Accionistas, será de un 90% de las acciones suscritas y pagadas. Si se supone que existen dos accionistas, uno con el 85% de las acciones y otro con el 15% de las mismas, puede observarse que la provisión estatutaria se convierte en una regla de unanimidad para la toma de decisiones, lo que evidentemente hará más difícil la administración.

Adicionalmente existen casos de abuso de minorías como la inspección de los libros, que es utilizada por los accionistas minoritarios en muchas ocasiones como pretexto para detener el funcionamiento social y presionar a los administradores de manera injustificada.

Es difícil en este caso, como en el del abuso del derecho de paridad, saber cuándo se está en ejercicio legítimo del derecho y cuándo se está abusando del mismo, quebrantando los deberes de lealtad y buena fe que rigen las relaciones entre accionistas.

73 HAMILTON, Robert W. “La Ley de las Corporaciones”. Publicaciones del Oeste. St. Paul, Minnesota, 2000, p. 362.

Cuando se haga referencia a las soluciones al problema entre accionistas mayoritarios y minoritarios, se verá que, ante la introducción de la institución de los deberes fiduciarios de los accionistas⁷⁴, son necesarios unos criterios y reglas probatorias serias con el fin de que el juez, pueda decidir con base en criterios claros de lesividad y culpa grave o dolo y evite la arbitrariedad en las decisiones.

Adicionalmente, es posible que el juez colombiano utilice los criterios de la regla de discrecionalidad *-Business Judgement Rule*⁷⁵, ya que, si bien los accionistas no son tenidos por administradores ni en el derecho norteamericano ni en el derecho colombiano, donde la buena fe tiene connotaciones de ordenes objetivos y subjetivos, decía la Dra. Martha Lucía Neme Villarreal⁷⁶ que "se trata de una buena fe objetiva que nada tiene que ver con la condición psicológica de mera creencia de la buena fe subjetiva, como quiera que la buena fe de quien exige respeto a dicha confianza se sustenta en hechos

74 En la mayoría de las jurisdicciones de los estados unidos de américa, no se observa el requisito de pluralidad para la creación de una sociedad por acciones, situación que apenas empieza a tener cabida en el ordenamiento jurídico colombiano con la Ley 1258 de 2008, pues la Empresa Unipersonal de la Ley 222 de 1995, no constituye un antecedente digno de sociedades unipersonales, ya que las restricciones de la misma eran evidentes y limitaban bastante su maniobrabilidad.

75 En los Estados Unidos, se ha descrito la Regla de Juicio de Negocios (BJR) funciona como "una presunción de que los directores de una empresa actuaron de buena fe y con la creencia honesta de que la acción tomando en el mejor interés de la empresa". Suescún De Roa, Felipe, The business judgment rule en los estados unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva, 127 Universitas, 341-371 (2013) doi: 10.1144/Javeriana.VJ127.bjre

76 Martha Lucía Neme Villarreal. "buena fe subjetiva y buena fe objetiva", en Revista de Derecho Privado, n.º 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 45 y ss

completamente objetivos, los propios actos de la contraparte que tienen la virtud de crear una confianza legítima salvo el caso del administrador de hecho contemplado por la Ley 1258 de 2008, los deberes que rigen su actuación, son similares y el riesgo es una actividad inherente a la toma de decisiones.

Existe dentro del problema del abuso del derecho de minorías un caso más complejo, en el cual las mayorías especiales son dadas por la Ley.

En Colombia los casos son claros y la legislación societaria dice cuáles son esas mayorías, lo que hace más difícil pronunciarse sobre la existencia del derecho de las minorías de votar en el sentido que a bien tengan hacerlo.

No quiere decir lo anterior que la existencia de una norma que consagre la posibilidad del derecho de veto, sea obstáculo para proclamar un eventual quebrantamiento de los deberes fiduciarios o en otras palabras del abuso del derecho. Precisamente ambas figuras parten de la idea de que se actúa bajo una apariencia de legitimidad.

El problema radica entonces en que el derecho de veto es en general una acción afirmativa⁷⁷ a favor de las minorías, y la posibilidad de predicar un abuso podría convertirse en un

77 Corte Constitucional, Sentencia C-371/00. La expresión acciones afirmativas, hace referencia a las políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos de personas, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que generalmente los afectan, siendo que la característica que los envuelve se entienda como el elemento de sospecha, en aras de lograr que los miembros de ese grupo subrepresentado, o que ha sido discriminado tengan una mayor representación.

arma de las mayorías. No obstante, es necesario que en el caso del abuso de las minorías como en todos los demás casos de abusos de grupos accionarios, medie por parte del juez de conocimiento un análisis de los deberes en sus distintos niveles, así como de la regla de discrecionalidad cuando el ejercicio del derecho de voto tenga fines administrativos o económicos, teniendo para cada caso una perspectiva de utilidad diferente.

Como ya se ha intentado demostrar anteriormente, la institución del abuso del derecho permite que cuando se actúe de mala fe o en clara contravención de los intereses de un tercero -socio minoritario-, tiene cabida proclamar el abuso y la solicitud de la consecuente indemnización.

b. Soluciones Jurisdiccionales

Lastimosamente este tipo de soluciones son las más utilizadas y es aquí donde han sido mayor los frutos doctrinales a las soluciones de los grandes conflictos societarios.

Y digo lastimosamente, porque las partes dentro de la concepción colombiana, porque acude primero por las soluciones -no jurisdiccionales-, acudir al Juez es la última salida a la que llegan los sujetos en crisis cuando están frente a problemas de la agencia. La jurisdicción requiere, especialmente en el caso colombiano, la determinación de una serie de parámetros, al respecto de los deberes fiduciarios entre grupos de accionistas, con el fin de poder pronunciarse sobre los conflictos específicos.

c. Soluciones jurisdiccionales en norte américa

En el derecho norteamericano se utilizan unos estándares de solución que sería interesante poder aplicar al derecho colombiano, pues la experticia de los jueces nacionales, incluso los especializados como la Superintendencia de Sociedades, es todavía muy precaria conceptualmente sobre este tema.-

En el derecho norteamericano existen dos tipos de acciones judiciales, que en materia societaria permiten la controversia sobre los puntos que han sido descritos en el presente trabajo. El primero de este tipo de acciones, se conoce como directa – *direct suit o direct action*⁷⁸.-

Ella se utiliza para las reclamaciones que el socio puede tener con respecto a la sociedad, debido a obligaciones estatutarias de la segunda. Por ejemplo, la repartición de dividendos, el acceso a los estados financieros, entre otros.

Según explica Hamilton⁷⁹, dentro de este tipo de acciones se encuentran aquellas presentadas por un grupo de accionistas con el fin de que les sean indemnizados los perjuicios por una determinación de la sociedad.

78 Seitz v. Michel, 148 Minnesota. 80, 87, 181 NW 102, 105 (1921). “when a minnesota court is determining if a claim is either direct or derivative, the main focus is on whether the injury asserted was either to the shareholder directly or the corporation”, traducción “cuando un tribunal de Minnesota determina si un reclamo es directo o derivado, el enfoque principal es si la lesión afirmada fue directamente al accionista o a la corporación, la corte suprema de Minnesota ha destacado que, si los fondos que se buscan recuperar pertenecen a la corporación, la acción debe considerarse derivativa”

79 HAMILTON, Robert W. La Ley de las Corporaciones. Publicaciones del Oeste. St. Paul, Minnesota, 2000, p. 362.

Pareciera que la acción directa que los accionistas pueden emprender en contra de la sociedad cuando se les vulneran derechos esenciales para mantenerse informados, es suficiente para la resolución de todos los conflictos de agencia que ellos asumen.

Sin embargo, como ya se ha indicado, en los conflictos entre accionistas, especialmente en el bloqueo a las decisiones societarias, tanto por abuso de paridad como por abuso de minoría, puede decirse que no sólo se afectan los socios mayoritarios con interés en que se lleve a cabo uno u otro proyecto, sino también a la sociedad misma y los deberes que ella tiene con respecto a accionistas y terceros acreedores.

Por su parte, el segundo tipo de acción judicial, la acción derivada o indirecta *-derivative suit o derivative action-*, tiene por objeto ya no un interés meramente personal, sino que tiene implícito un interés más amplio, en la medida en que busca que no se afecte un grupo de accionistas.

En esta acción judicial, el verdadero destinatario de las pretensiones es la sociedad, pues el fundamento de la demanda es en general, un curso de acciones tomado por los administradores o por la Asamblea General de Accionistas, que lesiona intereses más amplios que los meramente individuales.

Según explica Eisenberg en referencia a la sentencia *Watson vs. Button* (1956), de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, existen tres requisitos para poder emprender una acción derivada o indirecta a saber:

1. Se evita una acumulación de demandas con pretensiones y hechos similares,
2. Asegura que todos los accionistas lesionados se beneficien de manera equitativa de la demanda y,
3. Protege a los acreedores y accionistas preferenciales de la desviación del patrimonio social hacia un grupo de accionistas.

En principio, la acción derivada permite a los accionistas ir en contra de la sociedad cuando sujetos que tienen a su cargo deberes fiduciarios, lesionan el patrimonio social, así como se enunciaba anteriormente, mediante esta acción, podría demandarse a los administradores; en este sentido la acción derivada se equipará a la acción social de responsabilidad, consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

Sin embargo, la acción social de responsabilidad pareciera sólo acudir a las labores de administración y en ese sentido deja varios de los problemas de agencia específicos de las relaciones entre accionistas por fuera de su ámbito de aplicación. El caso al que serviría la acción social de “la venta de las oficinas de la compañía da lugar a un curso de acciones violatorias de los deberes fiduciarios debidos a la sociedad y a los accionistas”. De allí que pueda acudirse tanto a la acción directa como a la derivada, siendo la acción directa menos rigurosa en sus requisitos.

d. **Solución a partir de la responsabilidad social del socio mayoritario**

La responsabilidad del socio mayoritario cuando este ejerce funciones de administración en claro detrimento del capital de los accionistas minoritarios, puede ser fuente de malos manejos, en contravía de los deberes de buena fe y lealtad, que rigen la actuación de los administradores.

El curso de la acción social de responsabilidad se hace más fácil, dado que se contempla la posibilidad de que un socio minoritario, diferente a los tradicionales administradores, cumpla este tipo de funciones y consecuentemente sea responsable de dichas actuaciones cuando ellas representen un perjuicio a la sociedad o a los interesados en ella. La utilidad de la acción social se restringe a la labor de administración de los socios que es más bien la desviación de su carácter de accionistas. No es entonces una solución propiamente a los problemas de agencia entre accionistas, en ejercicio de derechos derivados de la participación social.

En todo caso, ya sea que se acuda a la acción directa o a la acción derivada, los jueces deben tener en cuenta para fallar a favor de cualquiera de las partes en el proceso, los deberes que tienen los grupos de accionistas tanto con la sociedad como con los demás socios.

El primer tipo de deberes con la sociedad se da por el beneficio que en términos de agregados económicos es aquella parte que pretende y por los acreedores externos que esperan no ser defraudados en sus expectativas de pago.

El segundo tipo de deberes con los demás accionistas, como ya se decía requiere de una especial atención y deben utilizarse los niveles de abstracción y el sistema de culpa probada.

Esto con el fin de evitar que las acciones judiciales descritas se conviertan en un medio de coerción y cuando los accionistas actúan en ejercicio de labores evidentemente administrativas o ejercen presión para que se administre la sociedad de una forma determinada, actúan como administradores. Por esto, el análisis sobre sus actuaciones pertenece al primer problema de agencia. De ahí que se le apliquen sin ninguna distinción los deberes fiduciarios de un administrador y mantengan su carácter de ultima ratio, en cuanto a mecanismo de solución de controversias e indemnización de los perjuicios que se cause a cualquier grupo de accionistas.

En el caso colombiano resulta además complejo porque será necesario, como siempre lo ha sido para los jueces, el establecimiento de una Ley que consagre instituciones tales como la Regla de Discrecionalidad, ya que, sin ésta, parecerá que todas las actuaciones societarias son eventuales generadoras de perjuicios efectivos para los accionistas minoritarios. Hay que crear una conciencia del riesgo que implica la actividad societaria, con el fin de obtener mejores decisiones, que propendan por la eficiencia económica, sin dejar de lado el equilibrio jurídico que debe existir en las sociedades.

El segundo problema de agencia implica como el primero y el tercero, costos de transacción bastante altos y cuya solución

se encuentra en la mayoría de las ocasiones en las manos de quienes costean la persistencia de dicho problema.

Sin embargo, como bien lo ha anotado la escuela del Análisis Económico del Derecho⁸⁰, las motivaciones egoístas son lo suficientemente fuertes como para preferir agregados económicos menores a los que se podrían obtener si existiera cooperación. Sin embargo, el problema no puede pasarse por alto, cayendo en la falacia conformista de dejar las cosas tal y como están por ser esta la naturaleza de los accionistas con posiciones de poder en una sociedad. En un mercado naciente y con perspectivas como el colombiano, es necesario crear un marco en el cual las inversiones, desde las pequeñas hasta las mayores sean respaldadas por un sistema judicial capacitado para resolver conflictos especializados, como los descritos.

Teniendo como base clara las soluciones planteadas para el conflicto de agencia de socios mayoritarios y socios minoritarios, la arista norteamericana, española y colombiana, teniendo esta última la bandera propuesta por la superintendencia de sociedades, yo sugiero -apartándome de todas ellas- una opción que el régimen de propiedad horizontal en Colombia aplicó a partir del 2.002 la Corte constitucional, mediante el magistrado ponente Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO en sentencia C-522-02, y que de un ejercicio descriptivo y hasta analógico, es posible aplicar al régimen societario, en especial, a las sociedades anónimas.

80 Interacción y Complementariedad entre la Ciencia Económica y el Derecho: Una Aproximación al Debate, Segundo Abrahán Sanabria-Gómez, Pedro Alfonso Sánchez-Cubides, revista. Principia Iuris ISSN 0124-2067, pp. 14-33, vol. 29, 2018.

Es por ello importante y necesario, para clarificar las razones por las cuales considero que al existir semejanzas conceptuales, técnicas, jurídicas y orgánicas entre ambas figuras jurídicas -La propiedad horizontal y la sociedad anónima-, que el siguiente capítulo analicé en cuales aspectos hay semejanzas y discrepancias entre una y otra, para así poder terminar por vía deductiva, si es posible la aplicación de la sentencia C-522-02 a los conflictos de agencia del socio mayoritario con el socio minoritario en la sociedad anónima.

VI. Similitudes y diferencias entre la sociedad anónima y la propiedad horizontal

Siendo conscientes, que tanto los comercialistas, como los civilistas que hasta este punto he citado, creen que sus figuras jurídicas son únicas y casi perfectas, antes de iniciar esta labor analítica, debemos decir que tanto la propiedad horizontal como la sociedad anónima son dos figuras diferentes, cada una de las cuales posee una serie de rasgos propios en su contenido que las caracterizan y las diferencian, pero comparten un mismo origen legal desde la ley 16 de 1.972 o Convención Americana sobre derechos humanos - pacto de San José de Costa Rica, artículo 16 que reconoce la Libertad de asociación⁸¹ que tienen todas las personas libremente para desarrollas finalidades ideológicas, religiosas, políticas, económicas, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole, concepción que se reconoció nuevamente en la carta de 1.991 en su artículo 38 con la

81 En concordancia con la declaración universal de derechos humanos, artículo 20, libertad de asociación - convención sobre los derechos del niño, Ley 12 de 1991, artículo 15 - convenios de la OIT - ley 743 de 2002 - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ley 74/68, artículo 22

diferencia que aquí se delimitó al desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.

a. **Antecedente legal**

Encontrando en principio, la norma que desarrollaba ambas figuras estaba en los artículos 2079 al 2141 del código civil, que fueron derogados expresamente por la ley 222 de 1.995.

En especial el 242 que derogó en bloque los artículos del código civil que trataron de las sociedades civiles y comerciales. El artículo 1° (ibídem) indica que el artículo 100 del Código de Comercio, a partir de la promulgación de la norma, quedará así:

“Artículo 100. Se tendrán como comerciales, **para todos los efectos legales**, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esta calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles.

Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles **estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil.**”
(Negrillas fuera de texto)

Esta ley 222 de 1.995, lo que realmente hizo fue señalar que las normas aplicables a toda sociedad -sin importar su objeto o naturaleza-, se regirían en un solo texto -el código de

comercio- derogando todo el título XXVII del Código Civil que hacía referencia a las sociedades civiles.

Pero dejó claro el artículo 238 de la misma ley, que al absorber las sociedades civiles dentro del clausulado comercial, éstas no desaparecían⁸², ni se prohibían su constitución, sino que su regulación -a partir de las normativas civiles-, se extinguían, remitiéndose ahora para tal fin, a lo preceptuado para las sociedades comerciales.

Como lo indica la corte constitucional en la sentencia C-435 de 1.996, la generalización de las normas comerciales a las sociedades de orden civil, brinda un marco de regulación más rico y fecundo en prácticamente todos los capítulos del fenómeno societario.

b. Desde su constitución

Teniendo por sustracción de materia, que la constitución, en principio de una y de otra, siguen los mismos pasos, frente al *affectio societatis o del animus contrahendi societatis*⁸³, que para la sociedad anónima se ve desde el artículo 373 del C. de Co. Que indica que “La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas...” lo que señala el interés de un grupo de personas en disponer de parte de su patrimonio para formar un fondo social, acto seguido la propiedad horizontal, regida por la ley 675 de 2001 señala en su artículo 3, párrafo 14, que se entiende

82 C-435-96

83 Véase más del *affectio societatis o del animus contrahendi societatis* en corte suprema de justicia, sala de casación civil, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, SC8225-2016, Rad. 68755-31-03-002-2008-00129-01

por propietario inicial, aquel sujeto (natural o jurídico) que siendo el titular del derecho de dominio sobre un inmueble manifiesta su voluntad por escritura pública, para someter al inmueble y sus construcciones bajo el régimen de propiedad horizontal, que analizado en concordancia con la libertad dada a la Sociedad por acciones simplificadas en su artículo 1º y 5º, ésta se constituirá con la voluntad de una -propietario inicial- o varias personas, naturales o jurídicas, quienes también dispondrán la suscripción, autorización y pago de unos aportes, para conformar un fondo social; en ambos extremos de las sociedades comerciales, el fondo se verá reflejado para cada uno de los socios, en acciones que reflejan en porcentajes el aporte dado por cada uno de ellos y definirán⁸⁴ el margen de poder político y económico, al interior de la sociedad.

c. **Por sus aportes**

Así mismo, el propietario inicial tendrá que su aporte o fondo común estará representado en unidades inmobiliarias, las cuales se representan cada una de forma patrimonial -como las acciones- en índices de propiedad privada llamados coeficiente de copropiedad, los cuales se definen y calculan en los artículos 25 y 26 de la ley 675 de 2001, como aquellos índices que representan cada unidad inmobiliaria, y la correlación de su participación porcentual en el pago de expensas sobre la administración y sostenimiento de los bienes comunes del edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal, definen además su poder político en las asambleas generales.

84 Artículo 379 C. de Co.

Nótese, que ambos conceptos económicos -Acciones Vs. Coeficientes de copropiedad- se sintetizan como unidades económicas que delimitan el poder político y de participación al interior de cada tipo societario.

Sin embargo, ambas figuras se caracterizan por tener objetos sociales de constitución diferente, así la propiedad horizontal se caracteriza por la unión de bienes privados con bienes de propiedad común.

Hay titularidad de derechos reales individuales, sobre cada unidad inmobiliaria, susceptibles de aprovechamiento independiente y por otro, de los bienes comunes, que son aquellos necesarios para el uso y disfrute de los mismos, al igual que en una sociedad anónima, donde las acciones son las ficciones jurídicas catalogadas en títulos valores de orden corporativo⁸⁵ que representan el aporte económico -especie, industria⁸⁶ o dinero- que da cada accionario para consolidar el capital social.

De aquí se puede decir, que surge otra similitud, entre la sociedad anónima con la propiedad horizontal y es la existencia de un elemento subjetivo, en tanto que en ellas encontramos que varios sujetos son titulares de un mismo derecho real al mismo tiempo y comparten, también un interés común, que es que el objeto de su empresa crezca al unisonó.

85 Narváez García, José Ignacio. "Las sociedades por acciones", ediciones doctrina y Ley, Bogotá. 1.993, p. 24

86 Art. 380 C. de Co.

Visto de esta manera, podemos decir, que en ambas divisiones patrimoniales -acciones / coeficientes – coexisten una pluralidad de titularidades jurídicas, por un lado derechos reales sobre el derecho de dominio, ya sea sobre el título valor -acciones - como en el derecho real -propiedad-, que coexisten de forma simultánea, como la existencia de un elemento objetivo, por cuanto, esa titularidad de derecho real sobre los derechos personales incorporadas en cada una de ellas⁸⁷.

Un elemento diferenciador dentro del concepto de acciones y coeficientes, es el referente a su ley de circulación, en tanto la acción tiene un carácter nominativo el coeficiente depende directamente del metraje que tenga la unidad inmobiliaria.

Es decir, que el elemento nominal en los títulos corporativos, según el artículo 648 del C. de Co. es "... cuando en él o en la norma que rige su creación se exija la inscripción del tenedor en el registro que llevará el creador del título. Sólo será reconocido como tenedor a quien figure, a la vez, en el texto del documento y en el registro de éste."

87 Cuando el Código Civil dice que derecho real es el que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona, no expresa idea distinta a la romana que consideró el derecho real como la relación directa entre la persona y la cosa, y al derecho personal como una relación de personas que obliga al deudor a cumplir la prestación debida. Así, el titular del **jus in re** puede, sin contar con nadie, celebrar cualquier tipo de negocio jurídico con la cosa, pero el titular del **jus ad rem** no puede hacer cosa distinta de exigir a su deudor la prestación de lo debido de los derechos contenidos cartularmente. CSJ, Cas. Civil, Sent. ago. 10/81. Y aun cuando esta idea tradicional ha sido impugnada por quienes anotan que ningún derecho puede consistir en una simple relación entre persona y cosa, la verdad es que los sujetos pasivos de los derechos reales son las personas determinadas al paso que en los derechos personales están claramente determinados".

Es decir, la circulación de este título valor es especial, porque para poder transferirlo -una o todas las acciones- se requiere no solo el modo de la entrega, sino que además que se realice un endoso previo y por último que se surta la inscripción del nuevo propietario en el libro accionario, el cual lleva cada sociedad.

Dicho en otras palabras, los títulos nominativos, como las acciones societarias, son aquellos donde el tenedor legítimo, queda impreso o nominado, tanto en el texto documental⁸⁸ como en el libro de registro del creador -la SOCIEDAD ANÓNIMA- del título.

Con ello resulta otra gran diferencia, y es que el capital social es la sumatoria de los aportes de cada socio representado en un número plural de acciones, teniendo los socios la posibilidad de enajenar sus acciones de forma individual o en bloques, pero siempre pueden decidir el número que quieran enajenar, libertad que no existe con los coeficientes de copropiedad, porque la unidad inmobiliaria físicamente y jurídicamente, es imposible dividir o enajenar por partes, así por ejemplo, si un socio que tiene 50 acciones de 200 que conforman el capital social de la empresa, él podrá enajenar⁸⁹ a los demás socios 1 o 2, o 15 o todas las 50 acciones que tiene, en cambio un copropietario, no podrá

88 Art. 648 C. de Co.

89 Art. 406 C. de Co.

enajenar⁹⁰ su unidad inmobiliaria por partes, o vender la sala, dar en comodato el baño, donar el comedor, no. Si él quiere enajenar su unidad inmobiliaria deberá hacerlo en bloque que representa un solo índice de copropiedad⁹¹.

Debe tenerse en cuenta siempre cuál es el régimen aplicable a cada instituto jurídico y cuál es la norma que recoge su regulación, porque de lo contrario, el jurista en cada caso se encontrará en un laberinto del que no sabrá salir, lo que le ocasionará muchos problemas.

d. Estructura corporativa

La regulación de la propiedad horizontal, que es una figura más moderna y que fue creada por los particulares, se encuentra en el art. 396 del Código civil y en la Ley 49/1960 que fuera actualizada y derogada mediante la ley 675 de 2001.

Hay que decir que de la propiedad horizontal se dijo en el código civil colombiano en el segundo párrafo del art. 401, que "Si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anexos, en la

90 Entiéndase que uso del verbo enajenar, como un verbo transitivo que contiene todos los negocios jurídicos dispositivos del elemento patrimonial del sujeto con su voluntad, tales como 1. Comprar vender o ceder la propiedad de una cosa. Bohórquez Orduz, Antonio. "De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano" vol.1. Ed. Doctrina y ley, ISBN 978-958-676-461-2

91 Martínez, A. La propiedad horizontal y su administración, 4ª edición, Ed. Librería del profesional, 2016.

forma prevista por el artículo 396", sin hacer distinciones del gobierno interno o de las erogaciones de orden económico⁹².

La regulación de la propiedad horizontal ha sido reformada en varias ocasiones como consecuencia de la evolución que esta forma de propiedad ha sufrido con el paso del tiempo desde su creación, teniendo que la ley 675 de 2001 fuera quien realmente desarrolló y compiló mientras la legislación que hasta el momento se había desarrollado de forma aislada⁹³. En forma sintetizada introdujo:

- ❖ La definición y aplicabilidad de las expensas comunes necesarias y no necesarias.
- ❖ Estableció acciones jurídicas por el incumplimiento de ellas,
- ❖ Modificó el cálculo de los coeficientes⁹⁴ de la copropiedad.
- ❖ Introdujo el concepto de los módulos de contribución⁹⁵.

92 Pabón, Núñez, Ciro. Manual práctico de propiedad horizontal y unidades inmobiliarias. Aspectos sustantivos, procesales, modelos prácticos, legislación y jurisprudencia, acordes con la ley 675 de 2001. 7ª edición, Bogotá, Leyer, 2003, p. 586.

93 Beltrán Amórtegui, Álvaro. Manual práctico en administración en propiedad horizontal. 6º ed. Bogotá. Señal Editora, 2011, p. 479.

94 Este concepto partió del artículo 58 de la C.N. y se reduce al decir, que quien tenga mayor metraje de propiedad debería tener mayor índice de aporte económico.

95 Este concepto, de orden más económico y para propiedades de orden comercial y mixto, señala grosso modo que dependiendo del beneficio de la unidad inmobiliaria frente a puntos fijo (escaleras, ascensores, plazoletas, etc.) de la construcción debía calcular el índice de participación económica, así, si un local pequeño se lucraba más por su cercanía al punto fijo, mientras uno de mayor extensión que se encontrara lejos de estos puntos fijos de flujo de clientela se lucraba menos. El local de menor extensión cancelaría un porcentaje mayor en las contribuciones económicas de la copropiedad.

- ❖ Habló de la explotación económica de zonas comunes.
- ❖ Obligó al aseguramiento de los bienes comunes de uso común.
- ❖ Estableció acciones policivas y jurídicas a los propietarios por incumplimiento de sus obligaciones, de orden económico y no económico, como el uso de mascotas.
- ❖ Estableció para el constructor cambios en la forma de entregar los bienes comunes y la administración.
- ❖ Dotó a la nueva persona jurídica de atributos de alta estirpe contractual y de responsabilidad contractual y extracontractual.
- ❖ Estableció la figura de asambleas no presenciales.
- ❖ Modificó el título ejecutivo contentivo de la obligación.
- ❖ Introdujo como exigencia la idoneidad del administrador para ejercer el cargo.
- ❖ Creó el registro en las alcaldías.
- ❖ Otorgó 4 facultades al administrador y le entregó 14 funciones específicas ante las cuales le fijó responsabilidad civil, penal, contenciosa y disciplinaria.
- ❖ Introdujo un esquema de gobierno interno, de las diferentes formas de asambleas generales de copropietarios, como la presencial, la no presencial o por comunicación escrita o cualquier otro medio tecnológico; el consejo de administración o junta de copropietarios, el

administrador. Cada una con funciones y responsabilidades delimitadas.

- ❖ Obligó a las copropiedades mixtas y comerciales, a tener dentro de su gobierno interno, la presencia del revisor fiscal, y
- ❖ Vinculó como mecanismo alternativo de solución de conflictos los llamados comités de convivencia.

Así las cosas y para ser más pragmático, podremos graficar que la estructura corporativa de la sociedad anónima y el de la propiedad horizontal son iguales, y así se puede ver de la gráfica 1.



Teniendo que decir, que en uno los socios se llamarán accionistas (SOCIEDAD ANÓNIMA) y en el otro, copropietarios (PROPIEDAD HORIZONTAL)

e. ¿La propiedad horizontal tiene ánimo de lucro?

Un tema neurálgico, con lo que siempre interpelan quienes se oponen a la tesis de la asimilación de la PROPIEDAD

HORIZONTAL dentro del código de comercio, es lo concerniente al teorema que pueda tener esta figura “civil” frente al elemento de utilidad o ánimo de lucro.

Para poder responder afirmativamente a esta inquietud, es preciso señalar que, en principio el decreto 2949 de 1.993 por medio del cual se reglamentó la contabilidad en general, se conceptuó que las **utilidades** son el resultado que obtiene un ente económico en un período, después de restar los costos operativos, directos e indirectos de los resultados (pérdidas o ganancias) de cada ejercicio, y se dividirá conforme a los estatutos o al número de acciones -caso de la Sociedad anónima- que ostente cada accionante.

Dicho en otras palabras, las utilidades representan el ánimo de lucro perseguido por los socios -sin importar el tipo societario- que encuentran, al realizar la operación de sumar y restar los costos y gastos que la operación del ente económico desarrolle, esa diferencia se llamaría utilidad o excedente y esa diferencia es la que se reparten los socios de acuerdo al aporte que cada uno realizó. Así para nuestro caso concreto en la sociedad anónima, recibirá mayor porcentaje de utilidad el socio que mayor número de acciones tiene y menos margen de utilidad el que menos acciones tenga, lo que, como lo he sostenido en el régimen de propiedad horizontal, no se aplicaría con la misma rigurosidad, con la que en teoría se aplica para el régimen societario de las sociedades comerciales.

Sin embargo, para empezar a enumerar las formas como los copropietarios -verdaderos socios- perciben una utilidad

de cada ejercicio, es necesario terminar de desarrollar el concepto de utilidad, pero ahora visto desde el punto de vista del derecho civil bienes y no desde las ciencias contables, entendiendo que la utilidad es un bien⁹⁶, mueble o inmueble, de conformidad a la definición dada por el código civil colombiano catalogado en el artículo 653, el cual se transcribe como “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro -inmueble o mueble-. (...) Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.” Diríamos que la utilidad percibida dentro de las sociedades serían bienes corporales, representado en dinero, por el contrario la utilidad que se percibe en una propiedad horizontal se podría catalogar como bienes incorporeales, aunque el código civil en el artículo 664, señala solamente las clases de bienes incorporeales, la doctrina sí ha desarrollado esta laguna legal, diciendo que los bienes incorporeales son aquellas cosas inmateriales (como las ideas de los autores, los inventos industriales y son las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas, según Velásquez Jaramillo⁹⁷ estos bienes son los que no tienen un ser corpóreo y no admiten una percepción por los sentidos, como los derechos reales y personales, al paso que el profesor Gómez dice en su libro de bienes⁹⁸, que cuando se hable

96 Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes. Editorial Temis, 13ª edición 2004, pp. 39 y 40

97 Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes. Editorial Temis, 13ª edición 2004, p. 41

98 Gómez, José J., Bienes. Edit. Externado. Reimpresión. Bogotá, 2007

de los bienes incorporales, se está hablando realmente del patrimonio, que es la universalidad de elementos activos y pasivos que tiene toda persona, y estos son todos los derechos que puedan entenderse en su sentido económico, es decir, los derechos personales y reales.

Teniendo que el copropietario ostente ambos derechos en su relación con la copropiedad, es decir, tendrán derechos reales individuales⁹⁹ frente a cada unidad inmobiliaria y tendrá, también derecho real sobre la comunidad de bienes proindiviso¹⁰⁰ y de derechos personales¹⁰¹ **frente a los beneficios** que perciben en su condición de copropietarios, siendo estos dos derechos los que generan el elemento de utilidad, por cuanto el primero -el derecho real- el que se va a ir incrementando su apreciación económica con la valorización de la copropiedad como unidad constructiva que se diferencia de otras por tener mayores y mejores beneficios

99 Art. 3, párrafo 8º, ley 675 de 2001. **Bienes privados o de dominio particular:** Inmuebles debidamente delimitados, funcionalmente independientes, de propiedad y aprovechamiento exclusivo, integrantes de un edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal, con salida a la vía pública directamente o por pasaje común. (negritas fuera de texto)

100 Art.3, párrafo 9º, ley 675 de 2001. **Bienes comunes:** Partes del edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal pertenecientes en proindiviso a todos los propietarios de bienes privados, que por su naturaleza o destinación permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso, goce o explotación de los bienes de dominio particular. (negritas fuera de texto)

101 “los derechos personales hay que decir que son relativos, porque solo se tienen frente a una determinada persona de la cual se exige que haga algo o que se abstenga de hacerlo; nacen por mandato de la ley o por convención y por eso no son limitados, pues las partes pueden crear todas las obligaciones que a bien tengan siempre que estén dentro de la ley; se protegen mediante el acto in personam o actio ad rem”. <http://publicaciones.ustatunja.edu.co/ebook/DRomano/HTML/files/assets/common/downloads/page0282.pdf> . Recuperado el 18 de marzo de 2021.

ad rem – sobre el bien particular-, así vemos que los derechos personales que adquiere un apersona al vivir en copropiedad, lo obtiene y exige de la propiedad horizontal; al ser un grupo de inmuebles con zonas comunes, los copropietarios reducen los costos de transacción por vivir en una comunidad cerrada, llegando al límite de lujos, que solamente ellos pueden tener, así podrán “costear” o mantener ciertos accesorios, que viviendo en unidades aisladas a la figura de propiedad horizontal, no serían capaces de mantener económicamente, por el contrario, al poseerlas individualmente serían más gravosas y económicamente improbable “costearlas”; en cambio, en conjunto es más sencillo y económico establecer reglas para su utilización conjunta que estar continuamente contratando y recontratando el uso exclusivo de dichos bienes. Tales ejemplos, tenemos zonas húmedas como piscinas, saunas, jacuzzi, puntos fijos como ascensores, plantas de energía eléctrica, canchas de juegos, los 9 huecos del golf, servicios comunales como vigilancia privada, circuitos de vigilancia electrónica, aseo, entrenadores, meseros, jardineros, etc.

El uso del condominio como un modo de poseer activos necesarios para la provisión de bienes se encuentra fuertemente limitado a casos en los cuales el consumo conjunto ocurre entre pocas personas y, aunque resulta inconveniente que la exigibilidad de esos bienes y servicios en proindiviso mencionados, ya no se obtiene o recibe por cada uno de los copropietarios en proporción a su aporte

-coeficiente- sino que todos los que habitan la propiedad -incluso los residentes en tránsito¹⁰².

El soporte normativo de estos derechos personales los encontramos, en principio en el Código civil, el cual señalaba varios derechos y obligaciones, cuando hizo referencia a los derechos personales que tienen los comuneros, que viven en comunidad de bienes -que sería la figura equivalente al estado proindiviso de los bienes comunes- y de los que estamos refiriéndonos, diciendo en el artículo 394 (ibídem) que "Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho". Por lo tanto, todos los comuneros -copropietarios y residentes en tránsito- tienen el derecho y la obligación de usar y no usar, la cosa común de forma inadecuada o incoherente con su destino económico.

De las obligaciones personales, que surge de esta relación de conveniencia entre copropietario y copropiedad, la ley 6575 de 2001, relaciona los derechos y obligaciones relacionados con los elementos comunes, señalando que serán todos aquellos que versen sobre el mantenimiento y aprovechamiento de los bienes comunes.

En este punto, surge una similitud con la comunidad de bienes, que sin más premuras o profundizaciones al respecto

102 Se consideran en esta categoría visitas de familiares o amigos que bajo autorización de residentes (cabeza de familia) entran a hospedarse en los apartamentos por un lapso mayor a 24 horas. Artículo 12, modelo de manual de convivencia. <https://es.scribd.com/doc/56518812/Manual-de-Convivencia>. Recuperado el 18 de marzo de 2021.

se zanan diametralmente ambas figuras, la primera razón es que la comunidad de bienes tiene como fuente legal los cuasicontratos que se tratan en el artículo 2322 del código civil Colombiano, mientras que la propiedad horizontal proviene de un contrato, o por compraventa de un usuario sobre un inmueble sujeto a este régimen o porque como ya se anotó, un constructor o socio primario dispone de una parte de su patrimonio para construir un inmueble que llene los requisitos objeto de este régimen de propiedad especial.

La segunda razón, por la cual no podemos encuadrar a la copropiedad como una comunidad de bienes, radica en que la naturaleza de la comunidad de bienes permite que esta se pueda dividir mediante la acción del artículo 2334 del Código civil¹⁰³, el cual le otorga a los comuneros la posibilidad de solicitar la división material o liquidación de la comunidad, es decir, mientras la comunidad no se haya dividido o liquidado, los copartícipes no tienen individualmente la propiedad de ningún cuerpo cierto de los que la componen¹⁰⁴. Tienen cuotas o derechos de copropiedad, que es propiedad en común, pero no propiedad propiamente dicha, que es dominio exclusivo, que, en propiedad horizontal, si se ve frente a las unidades inmobiliarias.

103 Concordado con el libro tercero de los procesos, sección primera, capítulo XXVI, Procesos divisorios, art. 467 a 487 del C.P.C y con el capítulo III, art. 406 y ss C.G. del P.

104 Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia. Febrero 24 de 1.995, Exp. N° 4258. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

En consecuencia, el comunero puede¹⁰⁵ enajenar¹⁰⁶ su cuota o el porcentaje de propiedad que lo representa, entendiendo que esta no es un cuerpo cierto, sino una porción o alícuota de un todo.

f. ¿Ambas figuras comparten las mismas Reglas Administrativas?

Frente a esta inquietante pregunta, se puede decir, que las figuras internas, son totalmente iguales, es por ello que a continuación desglosaré a grosso modo, los principales órganos de una y otra, para demostrar la equivalencia de las figuras, empezando con las...?

j. Asamblea

Este es el principal órgano corporativo que tenemos, igual en ambas figuras, dentro del contexto del derecho de comercio, vemos que las asambleas son desarrolladas desde el artículo 181 hasta el 195 del C. de Co. y en la ley 675 de 2001, va desde el artículo 37 hasta el 49, teniendo...?

Al analizar cada artículo en concordancia con el de su homólogo, encontramos que el legislador tomó casi al pie del texto lo expuesto en el código de comercio y lo “fusiló” en el capítulo X (Ibídem), agregando y restando un par de precisiones que a continuación señalaré.

Una adición significativa, fue que a diferencia del código de comercio, la ley 675 de 2001, clarificó que a las asambleas pueden participar no solamente los socios o copropietarios,

105 Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia. julio 17 de 1974.

106 Art. 2336 y ss C.C.

sino además los causahabientes del propietario o “moradores¹⁰⁷” a quienes las decisiones que sean tomadas allí, también se les aplicara por ausentes o disidentes¹⁰⁸, entendiendo esta última condición aquellas personas, que si bien fueron notificadas de la convocatoria a la asamblea dentro de los términos estatutarios o legales, no asiste conscientemente o no soporta su inasistencia, a la Asamblea -Ausentes- por el contrario el disidente hace parte de aquella población, que se retira de la asamblea “preciso” cuando se pretende tomar alguna decisión, con la tesis errada de poder decir después, que con ella no participó de la toma de decisiones, ésta no les es aplicable.

De igual forma, en el artículo 39 la ley 675 de 2001, también corrige un lapsus del legislador comercial, que dentro del título de las asambleas, no indicó nada frente al término de convocatoria¹⁰⁹ en el artículo 181 del C. de Co., donde se indica que la celebración de la asamblea deberá desarrollarse dentro de los 3 siguientes meses a la finalización

107 La Corte Constitucional mediante Sentencia C-318-02 de 2 de mayo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, indicó que el renglón final del art. 37 de la ley 675 de 2001 era exequible "bajo el entendido de que los moradores no propietarios de inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal podrán ejercer ante las autoridades internas del mismo el derecho de petición, así como el de ser oídos en las decisiones que puedan afectarlos, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

108 Art. 188 C. de Co.

109 El art.447 del C. de Co. señala.

de cada año presupuestal o fiscal¹¹⁰, de cada año, es decir, desde el 1º de enero hasta el 30 de marzo, sin embargo en el código de comercio, brilla por su ausencia, que el término de convocatoria mínimo no se relacionó, en cambio en el régimen de propiedad horizontal sí determinó un término de 15 días calendarios previos para desarrollar la asamblea general de copropietarios; ya en el 2008 las sociedades por acciones simplificadas -Sociedades Anónimas.- en su artículo 20 señaló un elemento imperativo, para el caso que se trate de reuniones en la cual haya de aprobarse estados financieros de fin de ejercicio, a cuyo efecto señala una antelación mínima de 15 días hábiles, lo cual en el caso de la sociedad anónima coincide con el término de que disponen los accionistas para el ejercicio del derecho de inspección (artículo 447 del Código de Comercio en armonía con el artículo 48 de la Ley 222 de 1995).

Frente al listado de funciones, se puede precisar que a diferencia del código de comercio art 187, la ley 675 de 2001, el régimen de propiedad horizontal describe 4 funciones más de las 8 señalamientos en dicho artículo, y ello obedece, a que en la propiedad horizontal se prevé la destrucción y construcción¹¹¹ de los bienes privados o comunes, la afectación o desafectación¹¹² de bienes inmuebles, ya sea que pasan de comunes a privados, o de privados a comunes, o cuando

110 Artículo 1.6.1.5.7 de decreto 1625 de 2016 establece que los términos año o periodo gravable, ejercicio gravable, periodo o ejercicio impositivo o fiscal, son términos equivalentes y va desde el 1º de enero hasta el 31 de diciembre, tomado el 18 de enero de 2021 a las 7:10 p.m. de: <https://www.gerencie.com/el-periodo-fiscal.html>

111 Art. 38, num. 8º, ley 675 de 2001.

112 Art. 38, num 7º, ley 675 de 2001.

se adquieren nuevos inmuebles que incrementarán zonas comunes, o que seguirán siendo comunes pero de uso exclusivo -como balcones, terrazas o el techo de una torre, etc.

En igual sentido, vemos en ambas figuras, que lo concerniente a las actas de las decisiones de la junta de socios o de la Asamblea se hacen constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto -presidente y el secretario- indicando la forma en que hayan sido convocados los socios, los asistentes o copropietarios.

Las actas deben contener además en ambas figuras, el orden del día, los puntos discutidos y los votos emitidos en cada caso, de forma afirmativa, negativa o en blanco¹¹³.

Las reglas referidas a su eficacia, nulidad o inoponibilidad, que están contenidas en el artículo 190 (ibídem) no están contenidas en la ley 675 de 2001, sin embargo, si analizamos el contenido de este artículo en concordancia con el 186 del mismo C. de Co., se puede ver que la ineficacia es un defecto que se genera en cualquier tipo de acta que se adopte sin el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, es decir de carácter particular, conforme a lo previsto en el artículo 188 y 190, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.

113 Concordancia(s). Artículo 431. Libro de actas. Decreto 2649 de 1993. Por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia. Artículo 131. Libros de actas. Artículo 132. Corrección de errores. Ley 0222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio y se expide un nuevo régimen de procesos concursales. Artículo 21. Actas.

VII. La solución dada por el régimen de propiedad horizontal al conflicto de agencia entre accionistas mayoritarios y accionistas minoritarios

Ahora, el régimen de la propiedad horizontal ha planteado diferentes soluciones al conflicto de agencia, en principio se solucionan bajo el régimen de votación¹¹⁴ bajo la modalidad del coeficiente de copropiedad o la de módulos de contribución, diseñados con el fin de dirimir los choques obvios que han surgido por el conflicto de agencia entre copropietarios mayoritarios y minoritarios, la jurisprudencia colombiana¹¹⁵ ha resaltado diferentes modalidades de participación democrática conforme a la carta de 1991 que amplió el espectro de participación, así tenemos que en primer lugar se encuentra el método democrático simple -Un ciudadano un voto- al cuociente electoral, el coeficiente de copropiedad o voto ponderado y los módulos de contribución.

Para entender el sistema de votación por cuociente electoral se tiene que partir de una ecuación matemática

114 Capítulo X, art. 37, párr. 2º, ley 675 de 2001.

115 Sentencia C-127/04.

que resulta de dividir el total de los votos válidos¹¹⁶ por el de puestos por proveer. La adjudicación de puestos a cada lista (en este caso las llamadas planchas) se hará en el número de veces que el cociente quepa en el respectivo número de votos válidos. Además, si quedan puestos por proveer, se adjudicarán a los mayores residuos en orden descendente. Al respecto en sentencia T-717 de 2.004, siendo magistrado ponente el Dr. Jaime Araujo Rentería, indicó que por referencia constitucional los mecanismos de participación democrática de la ley 675 de 2001 debían incorporar lo descrito en el artículo 263 de la Constitución, modificado mediante Acto Legislativo 01 de 2003, el cual quedaba:

(...) ARTÍCULO 263. Para asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema de cociente electoral. El cociente será el número que resulte de dividir el total de los votos válidos por el de puestos por proveer. La adjudicación de puestos a cada lista se hará en el número de veces que el cociente quepa en el respectivo número de votos válidos. Si quedaren puestos por proveer, se adjudicarán a los mayores residuos, en orden descendente (...)

116 Votos válidos: solo serán válidos los votos de los copropietarios que a la fecha de la asamblea se encuentren a paz y salvo por todo concepto con la propiedad horizontal, esto se deduce del art. 39 parágrafo de la ley 675 de 2001 y además solo tendrán derecho al voto los propietarios, no los moradores (arrendatarios o tenedores) C-318-02 de 2 de mayo de 2002, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Es decir, actualmente los sistemas que gobiernan las copropiedades o el régimen de propiedad horizontal, están contenidos, en principio en dos grandes grupos: el sistema de mayorías¹¹⁷ y el sistema de representación proporcional, que a su vez comprende varios métodos, entre los cuales se encuentran el que consagraba la Constitución¹¹⁸.

El sistema de cociente electoral es aplicable como sistema de votación necesariamente cuando se va elegir a un solo representante (circunscripción uninominal), pero su aplicación también es posible en el caso de circunscripciones plurinominales; es decir cuando se desea adjudicar varios puestos. Por oposición a los sistemas de mayorías surgen los sistemas de proporcionalidad, los cuales suponen una elección de representantes de tal manera que se ve reflejada de manera más exacta la opinión de los votantes que se encuentre en minorías; el objetivo que se persigue es que quien obtenga mayor votación obtenga mayor representación, pero que también las minorías cuenten con participación.

Ahora, lo comúnmente aceptado por las propiedades horizontales es la votación por coeficiente de copropiedad¹¹⁹ tanto para asignar derechos de voto como para definir las obligaciones que le compete atender a cada uno de los propietarios derivadas de la administración de dicha

117 Art. 45 ley 675 de 2001. Este sistema de mayorías es tratado con título de Quórum por coeficiente de copropiedad.

118 También llamado sistema de cociente con residuo más fuerte, que estaba en la constitución de 1.986 derogada y que fue reproducido por el artículo 263, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2003.

119 Artículo 25 ley 675 de 2001.

propiedad. Este aspecto atiende a un criterio de justicia proporcional, que, si es visto en paralelo con los regímenes internos de votación de la sociedad anónima, vemos que la similitud es idéntica, salvo que allá se habla de número de acciones, y en la PROPIEDAD HORIZONTAL de coeficientes de copropiedad.

El sistema -en PROPIEDAD HORIZONTAL y SOCIEDAD ANÓNIMA- asegura que socios o copropietarios, que puedan verse afectados, en mayor medida por la Asamblea de copropietarios, que tienen mayor capital en riesgos, también tengan la posibilidad de intervenir de manera más contundente en la discusión y adopción de tales decisiones.

El uso del coeficiente de propiedad no es una figura inventada por la Ley 675 de 2001, ésta ya existía dentro del ordenamiento jurídico como en la ley 182 de 1948 y la ley 16 de 1985, así mismo, como lo hemos venido señalando a lo largo de este trabajo, esta es otra idea, exportada del derecho civil y del derecho comercial, cuando se reglamenta lo relacionado con las asociaciones o sociedades.

En síntesis, este modelo democrático y societario depende del metraje -PROPIEDAD HORIZONTAL- o capacidad económica -SOCIEDAD ANÓNIMA- que tenga el copropietario o socio al interior de la sociedad y es ahí que los conflictos de agencia entre quienes ostenten más coeficientes o más acciones, frente a los que no los tengan.

a. **La democracia y los regímenes societarios**

En primer lugar, es del caso precisar que la democracia más que un bien público es un principio rector del orden jurídico y un sistema político en el que la soberanía popular constituye la única fuente de legitimidad para el ejercicio del poder, materializando todo su ser en una premisa mayor en cualquier sistema de elección popular, ya sea de orden público o privado, de una persona, un voto.

Conforme a lo expuesto, vemos que una excepción a esta premisa mayor, la encontramos dentro de los regímenes societarios, donde el legislador previo, otros sistemas de elección, que se fundan en la diferenciación que reconoce el legislador, al establecer un voto porcentual para aquellos sujetos -socios- que ostenten mayor capital en sus aportes o mayor riesgo, durante la ejecución del ejercicio social, teniendo entonces que el socio-copropietarios, que tenga más acciones-metros, y que en caso de siniestro pierda más, tendrá un porcentaje mayor que el resto de sus socios o copropietarios.

Es decir, una discriminación fundada en los privilegios económicos individuales que cada socio-copropietario tiene frente a la sociedad – copropiedad. Teniendo así que una traducción jurídica de ambos fenómenos -PROPIEDAD HORIZONTAL y SOCIEDAD ANÓNIMA- se reduce al sintetizar que el uso del coeficiente de propiedad -número de acciones- son la forma de porcentual el valor del voto en las asambleas de socios-copropietarios, respondiendo a un criterio de dominio y disposición, que tiene cada socio-propietario del número de acciones-coeficiente al interior de la persona

jurídica, en donde el número de acciones-coeficientes definen las cuotas partes de las responsabilidades económicas de los recursos necesarios para el sostenimiento de los bienes comunes-empresa, el pago de la cuota de sostenimiento.

Sin embargo, surgieron situaciones, en especial de orden administrativo -como el nombramiento del administrador, del revisor fiscal, fijación de horarios, campañas publicitarias, etc.- donde pese a tener el mayor número de inmuebles dentro de la copropiedad, la sumatoria total de coeficientes, estaba por debajo de un 49% terminando por tomar las decisiones unos pocos inmuebles que representaban el 51%¹²⁰ presentándose ahí la problemática del conflicto de agencia entre copropietarios de mayor coeficiente vs. Copropietario de menor coeficiente, surgiendo una pregunta ¿El régimen de votación por coeficiente de propiedad es una medida racional, justa y proporcional?

Frente a este cuestionamiento, la corte constitucional mediante fallo de C-522-02¹²¹, diferenció los diferentes tipos de decisiones al interior de una propiedad horizontal, diciendo que el régimen de votación por coeficiente de copropiedad es un sistema de votación que equilibra los derechos y deberes, frente a decisiones de orden económico:

“... el coeficiente de propiedad en forma clara representa el equilibrio entre derechos

120 Este es un caso hipotético, y lo doy a título de ser ejemplarizante y gráfico en el contexto.

121 C-522-02. Corte Constitucional, M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Julio 10 de 2002.

y obligaciones para fijar las responsabilidades económicas como son entre otras: la cuota de administración, el pago de los servicios públicos domiciliarios, las cuotas de sostenimiento de los bienes comunes y los gastos para el mejoramiento de los espacios colectivos (previstas en el Capítulo V de la Ley 675 de 2001) ...”

Con lo anterior, tácitamente indica que para todas las demás decisiones, donde el objeto de discusión no genere incursiones o repercusiones de orden económico para la copropiedad, se entenderán decisiones de tipo administrativo, donde todos y cada uno de los copropietarios podrán votar bajo un régimen más democrático de una persona un voto, o una unidad inmobiliaria un voto, con ello -señala la corte- se armoniza el carácter expansivo de la democracia y la primacía de los derechos de las personas con el ejercicio del derecho de propiedad privada y sus atributos de dominio y disposición.

Ahora, con las herramientas dadas en capítulos anteriores que la sociedad anónima y la propiedad horizontal, tienen grandes similitudes, en especial en su estructura administrativa y orgánica, y en sus conflictos de agencias entre socios-copropietarios mayoritarios Vs. Minoritarios, se podría equiparar la solución dada dentro del régimen de propiedad horizontal, al conflicto de agencia entre socios que se presenta en las sociedades anónimas, para el caso concreto del régimen de votación dependiendo del carácter administrativo o económico de la decisión.

Un obstáculo obvio que surge, sería definir que decisiones al interior de una sociedad se puede catalogar de administrativa o de económica, para lo cual, diría que en principio y partiendo que estamos importando una solución de otro régimen, también podríamos importar ciertos criterios de él que nos den luces sobre qué puntos son tomados como administrativos y cuáles no.

Así se podría decir en principio, que la elección del gerente o del revisor fiscal es una decisión que afectará a todos los socios, sea mayoritario o no y por ende se podría tener como una decisión de orden administrativo y no económico, pero no me adentraré mucho en esta clasificación, pues ella hace parte de otra investigación de tesina magistral.

Con lo anterior puedo generar diferentes conclusiones, unas directas por los análisis desplegados y otras de carácter indirecto, como un resultado paralelo, considero que todas las sociedades anónimas, deberían tomar el ejercicio de hacer una clasificación de decisiones de orden administrativo y de orden económico al interior de sus empresas, para establecer de forma interna, tanto como si fueran manuales de buen gobierno o en las actas de asamblea, en un punto del orden del día, de sus convocatorias, ordinarias o extraordinarias, para que se pueda implementar efectivamente esta solución en la vida política y social de la empresa, así, esta tendrá los efectos del contrato de transacción y podrá ser exigida por cualquier socio al interior de la empresa.

Obsérvese que el gran aporte que se plantea a lo largo del presente trabajo, es un motor generador de un flujo constante

de capital humano y económico, en el capital social, capaz de generar espacios de participación a los socios minoritarios, lo que con certeza incrementarán el flujo de recursos flotantes al interior de las sociedades anónimas, ya que el pequeño inversionista no solo se incentivará por la generación y proyección de su dinero en el objeto social, sino que además se sentirá como un verdadero socio, quien también tendrá eco al momento de tomar decisiones.

VIII. CONCLUSIONES

1. Tal como quedó planteado desde la introducción y a lo largo del presente trabajo se analiza el significado, las clases y el marco de comparación de los conflictos de agencia en la sociedad anónima, teniendo como referente el que aparece entre socios de mayor y menor poder político, para empezar el aterrizaje en la hipótesis de equiparar dos figuras, que en principio por pertenecer a regímenes económicos diferentes no han sido equiparables, pero que del análisis realizado se puede concluir que comparten más elementos orgánicos y administrativos, de los que a simple lectura se puede creer.
2. De los aspectos que se pueden resaltar de la investigación, es el acervo argumentativo generado, que soporta la afirmación de que la propiedad horizontal y la sociedad anónima, son instituciones societarias a las que se les puede aplicar una de las alternativas dada por el régimen de propiedad horizontal, dándole un margen importante de participación al socio minoritario en la vida diaria de la sociedad.

3. Esta herramienta dará las bases para que el socio minoritario no solo sea considerado como un mero inversor, sino que, además le dará bases para que su participación tenga mayor trascendencia en las actividades administrativas de la empresa.
4. El flujo de capital del socio minoritario encuentra mayor eco en el desarrollo de la empresa, porque se dará cuenta que él está ahí no solo por un mercado de valores o una oportunidad de inversión, sino que, además, porque puede ser una pieza importante en el desarrollo de la empresa como potenciador de recursos.
5. También se pudo establecer que el origen de las dos instituciones, salvo elementos propios a su naturaleza, son de igual protocolo permitiendo que el método de investigación induzca al lector a entender que el derecho societario se puede nutrir de diferentes instituciones, así estas, en principio pertenezcan al derecho civil.
6. Una conclusión clara es que, entre las sociedades anónimas cerradas, es decir, las que no colocan acciones en bolsa y tienen estatutos familiares más marcados, se encuentran más cercanas a las organizaciones de propiedad horizontal, por compartir rasgos sobre el

derecho al voto por calidad de sus socios y no su poder económico.¹²²

7. El *animus societatis*, como elemento subjetivo se logra ver en 2 situaciones claras en ambas figuras, la primera se logra concluir que el hecho de convocar, inspeccionar y vigilar, y participar en las asambleas generales, muestran la presencia del elemento subjetivo; el segundo ejemplo donde el *animus societatis* sobresale es el derecho a percibir utilidades y su carácter irrenunciables, donde con claridad cada propietario-accionista, recibe en dinero o especie, la proporción a su aporte en utilidad/valorización metro cuadrado
8. Los regímenes de disidencia y ausencia, en la aplicación de decisiones de asamblea es de aplicación conjunta a ambas figuras ¹²³
9. A este punto podemos decir, que en el caso que las sociedades anónimas en Colombia opten por diferenciar sus decisiones administrativas u operacionales, de las meramente económicas, podrán vincular en sus filas un mayor volumen de socios minoritarios generando no solo un flujo importante de capital, sino que además incrementara una vida en sociedad más productiva.

122 Con la derogatoria del art. 428 del C. de Co. La naturaleza de cláusula, de una cláusula natural del contrato social pasó a ser una cláusula de naturaleza meramente accidental, lo que permitiría pactar restricciones al voto en virtud de la calidad de cada socio y no su poder económico.

123 Art. 191 C. de Co. – art. 137, ley 446 de 1.998, art. 37 par. 3º ley 675 de 2001

10. Por último, se puede decir sin temor a equivocarme, que las propiedades horizontales son verdaderas sociedades anónimas de carácter civil, o mejor, son una figura civil que se incluye dentro de las sociedades comerciales en sus protocolos administrativos, de ahí que el régimen comercial en lo que respecta a procedimientos administrativos y de solución de conflictos sea aplicable en propiedad horizontal de la misma manera que en sociedades anónimas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. Adolfo Berle y Means Gardiner. *The Modern Corporation and Private Property*. 1932, sobre los fundamentos de la ley corporativa de los Estados Unidos, en Berle y Means argumentaron que la estructura del derecho corporativo en los Estados Unidos en los años 30' impuso la separación de la propiedad y el control porque la persona corporativa posee formalmente una entidad corporativa incluso mientras los accionistas poseen acciones en la entidad corporativa y eligen directores corporativos que controlan la empresa y sus ocupaciones
2. Reyes Villamizar V. F. (2013) 161 y a NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario. *Regulación Comercial y Bursátil de los Contratos Societarios* (2ª ed., 2014, Bogotá, Editorial Legis).
3. El decreto 2555 (2010), señaló, entre otros títulos, que los bonos convertibles serían: bocas, referente a bonos convertibles obligatoriamente en acciones, o boceas, bonos convertibles facultativamente en acciones.
4. Benavidez Franco, J. (2003)
5. ROSS, S. (1973) y STIGLITZ J. (2000).

6. Black's Law Dictionary. Eight Edition. Thompson West. 2004. p. 67
7. V. F. REYES VILLAMIZAR, Análisis económico del Derecho societario, Bogotá, 2012, pp. 96-97.
8. Llebot Majó, José Oriol. "Los deberes y la responsabilidad de los administradores", Ed. Tirant Lo Blancha, 2013, pp. 23-53.
9. Ley 222 de 1.995, artículo 22. Administradores. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.
10. Circular externa 100-006, Publicada en el Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo de 2008.
11. Llebot Majó, José Oriol. "Los deberes y la responsabilidad de los administradores", Ed. Tirant Lo Blancha, 2013, pp. 23-53.
12. REYES VILLAMIZAR, Fernando, La sociedad por acciones simplificada, Bogotá, 2009, p. 132 ss.; p. 138 ss.
13. SIMONART, V. "Conclusions générales", en AA. VV., Les conflits d'interêts, Bruxelles, 1997, p. 304, que proporciona el concepto de conflicto como la divergencia u oposición que aparece en operaciones determinadas entre los intereses personales de una persona y otros intereses que ésta debe defender activamente.

Código de comercio del estado de España. Edición actualizada a 26 de junio de 2017, © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, NIPO (PDF): 007-13-061-2, https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=035_Codigo_de_Comercio_y_legislacion_complementaria&modo=1

Concordada con la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia en España, Jefatura del Estado «BOE» núm. 129, de 29 de mayo de 1992, Última modificación: 12 de abril de 2011, Referencia: BOE-A-1992-12347. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/BOE-035_Codigo_de_Comercio_y_legislacion_complementaria%20(1).pdf

Jensen, Michael C. "Self-Interest, Altruism, Incentives, and Agency Theory", *Journal of Applied Corporate Finance*. Summer 1994, volumen 7.2, ed. Harvard University, p. 40 ss. (1994).

Ribas Ferrer, Vicent, "El deber de lealtad del administrador de sociedades", Ed. LA LEY, ISBN: 9788481263350, p. 394. (2.010). El autor en este libro analiza el deber de lealtad del administrador de sociedades como un concepto clave en el gobierno de la sociedad por el riesgo que todas las relaciones de gestión (mandato, comisión, factor mercantil, agencia representativa, administración de sociedades) tienen al otorgar poderes al gestor para actuar por cuenta ajena. Para el autor el deber de lealtad tiene manifestaciones positivas (recompensa) y negativas (sanciones).

CÓRDOBA ACOSTA, P.A. "Los deberes de los administradores en el gobierno de la empresa societaria y su conexión con el interés social" *Commemoración de los 40 años*

del Código de Comercio. Tomo I. En: Colombia, ISBN: 978-958-688-286-6^a ed. Cámara De Comercio De Bogotá, v., p.57 - 80 NA ,2013

Freeman. Romald Edward, Tesis doctoral, Programa doctoral en Gobierno y Cultura de las Organizaciones, Instituto Empresa y Humanismo, Universidad de Navarra, Pamplona, 2009 - En su primera definición del concepto stakeholder de 1983, Freeman distingue entre una acepción amplia y otra restringida. El sentido restringido se refiere sólo a aquellos grupos y/o individuos sobre los que la organización depende para su supervivencia, mientras que el amplio incluye además grupos y/o individuos que puedan afectar o que son afectados por el logro de los objetivos de la organización. De esta forma, la acepción amplia ha servido como un instrumento para entender el entorno y para desarrollar procesos de planificación estratégica.

HAMILTON, Robert W. La Ley de las Corporaciones. Publicaciones del Oeste. St. Paul, Minnesota, 2000, p. 362.

Conceptos jurídicos N° 220-024465 y 184073, de Superintendencia de Sociedades, de 23 de abril de 2012 y de 28 de diciembre de 2012, respectivamente.

CÓRDOBA ACOSTA, P.A. "Los deberes de los administradores en el gobierno de la empresa societaria y su conexión con el interés social" Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio. Tomo I. En: Colombia, ISBN: 978-958-688-286-6^a ed. Cámara De Comercio De Bogotá, v., p.57 - 80 NA ,2013

Ley 1258 de 2008, artículo 43

Ley 1450 del 16 de junio de 2011, permite en su artículo 252 aplicar las facultades jurisdiccionales previstas en el artículo 44 de la ley 1258 de 2008.

Abuso del derecho: Entiéndase que se está haciendo referencia a la antítesis del principio del no abuso del derecho consagrado en el artículo 95-1, -2 C.N.

La doctrina de los “Deberes Fiduciarios” propia de la relación entre los socios y los administradores, se ha extendido a las relaciones entre accionistas con el fin de garantizar que los diferentes grupos no vean defraudados sus intereses en el buen funcionamiento de la sociedad, por las actuaciones egoístas que puedan tener lugar en el ejercicio de los derechos inherentes a la acción. Cite las fuentes de las que se vale para contextualizar esta temática.

Marín Mora, J.M. Magistrado de la Sala Civil, Tribunal Superior del Distrito de Bucaramanga. jmarin478 @ unab.edu.co

Código Civil Colombiano. Artículo 793.

Donahue Vs. Rodd Electrotype Co. Supreme Court of Massachusetts. 1975

Código de Comercio colombiano. Artículo 310.

HAMILTON, Robert W. La Ley de las Corporaciones. Publicaciones del Oeste. St. Paul, Minnesota, 2000, pp. 373-375.

Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc. Supreme Court of Massachusetts. 1976.

MARY SIEGEL. Fiduciary Duty Myths in Closed Corporate Law. Delaware Journal of Corporate Law. Vol. 29. 2004.

Louis Josserand, "El Espíritu de derechos y su teoría de la relatividad", cap. del abuso de los derechos - De l'esprit des droits et de leur relativité: Théorie dite de l'abus des droits, 2e éd, Paris, Dalloz, 2006

Saleilles, Raymond, en 1895 dejó su puesto en Dijon y se convirtió en profesor de derecho civil en la Facultad de Derecho de París, donde entre 1895 y 1898, escribió "*L'Essai sur les obligations dans le premier projet du Code civil allemand*" - "El Examen de las obligaciones en el primer proyecto del Código Civil alemán".

Louis Josserand, "El Espíritu de derechos y su teoría de la relatividad", cap. del abuso de los derechos - De l'esprit des droits et de leur relativité: Théorie dite de l'abus des droits, 2e éd, Paris, Dalloz, 2006

KRAAKMAN, Rainier et al. The Anatomy of Corporate Law. Oxford University Press. 2004. p.21

Geller v. Transamerica Corp., - Wright c. SEC, 2 Cir., 112 F.2d 89, 94-95, que confirma las disposiciones de expulsión de la Ley de 1934 - Estados Unidos c. McDermott, 7 Cir., 131 F.2d 313, facultando a la Junta de la Reserva Federal para promulgar normas "Con el fin de evitar el uso excesivo de crédito". <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/99/808/1977625/>

Henry Hansmann y Reinier Kraakman, "the end of history for corporate law" Discussion Paper. http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center. ISSN 1045-6333

Ley Modelo de Sociedades (MBCA). Chapter 14. Subchapter. HAMILTON, Robert W. La Ley de las Corporaciones. Publicaciones del Oeste. St. Paul, Minnesota, 2000.

Hamilton, Robert W. "The Laws of Corporations", 5ª ed., Publicaciones del Oeste. St. Paul, Minnesota, 2000. P.363

HAMILTON, Robert W. La Ley de las Corporaciones. 5ª ed. Publicaciones del Oeste. St. Paul, Minnesota, 2000, p. 362.

HAMILTON, Robert W. "La Ley de las Corporaciones". Publicaciones del Oeste. St. Paul, Minnesota, 2000, p. 362

Suescún De Roa, Felipe, The business judgment rule en los estados unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva, 127 Universitas, 341-371 (2013) doi: 10.1144/Javeriana.VJ127.bjre

Neme Villarreal M.L. "buena fe subjetiva y buena fe objetiva", en Revista de Derecho Privado, n.º 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 45 y ss.

Sentencia C-371/00

Palmiter A. y Partnoy. F., Corporations: A Contemporary Approach (2010, West Publishing, St. Paul, Min.) 541-583 y 634.

HAMILTON, Robert W. La Ley de las Corporaciones. Publicaciones del Oeste. St. Paul, Minnesota, 2000, p. 362.

Artículo 20, libertad de asociación - convención sobre los derechos del niño, Ley 12 de 1991, artículo 15 - convenios de la OIT - ley 743 de 2002 - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ley 74/68, artículo 22 C-435-96.

Corte suprema de justicia, sala de casación civil, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, SC8225-2016, Rad. 68755-31-03-002-2008-00129-01

Artículo 379 C. de Co.

Narváez García, José Ignacio. "Las sociedades por acciones", ediciones doctrina y Ley, Bogotá, 1.993, p. 24.

Art. 380 C. de Co.

Corte suprema de justicia sala de Casación civil, Cent. ago. 10/81

Art. 648 C. de Co.

Art. 406 C. de Co.

Bohórquez Orduz, A. "Den los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano" vol.1. ed. doctrina y ley, ISBN. 978-958-676-461-2

Martínez, A. la propiedad horizontal y su administración, 4ª edición, Ed. Librería del profesional, 2016.

Pabón, Núñez, Ciro. Manual práctico de propiedad horizontal y unidades inmobiliarias. Aspectos sustantivos, procesales, modelos prácticos, legislación y jurisprudencia, acordes con la ley 675 de 2001. 7ª edición, Bogotá, Leyer, 2003, p. 586.

Beltrán Amórtegui, Álvaro. Manual práctico en administración en propiedad horizontal. 6º ed. Bogotá. Señal Editora, 2011, p. 479.

Artículo 58 de la C.N.

Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes. Editorial Temis, 13ª edición 2004, pp. 39 y 40.

Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes. Editorial Temis, 13ª edición 2004, p. 41.

Gómez, José J., Bienes. Edit. Externado. Reimpresión. Bogotá, 200...?

Artículo 3, párrafo 8º, ley 675 de 2001. Bienes privados o de dominio particular.

Artículo 3, párrafo 9º, ley 675 de 2001. Bienes comunes

<http://publicaciones.ustatunja.edu.co/ebook/DRomano/HTML/files/assets/common/downloads/page0282.pdf>.

<https://es.scribd.com/doc/56518812/Manual-de-Convivencia>.

Libro III, Sección I, capítulo XXVI, Procesos divisorios, art. 467 a 487 del C.P.C y con el capítulo III, art. 406 y ss C.G. del P.

Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia. Febrero 24 de 1995, Exp. N° 4258. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia. julio 17 de 1974.

Art. 2336 y ss C.C.

Capítulo X, art. 37, párr. 2º, ley 675 de 2001

Sentencia C-127/04

C-318-02 de 2 de mayo de 2002, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra

Artículo 45 ley 675 de 2001.

Artículo 263 C.N. modificado por el Acto Legislativo 01 de 2003.

C-522-02. Corte Constitucional, M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Videos relacionados con la evolución de la propiedad horizontal y el derecho comercial

Daniel F. Ospina S., ¿Cómo hacer un Acta de Asambleas en Propiedad Horizontal? PERFECTA, recuperado el 8 de septiembre de 2022 a las 9:34 a.m. de: <https://youtu.be/NWKdIloGMlo>

Daniel F. Ospina S., Responsabilidad del Administrador en Propiedad Horizontal, recuperado el 8 de septiembre de 2022 a las 9:36 a.m. de: <https://youtu.be/oIXLN9LfWeA>

Daniel F. Ospina S., Responsabilidades del consejo en Propiedad Horizontal, recuperado el 8 de septiembre de 2022 a las 9:38 a.m. de: <https://youtu.be/Gn8A559uAjq>

Daniel F. Ospina S., Derecho de Inspección en Propiedad Horizontal, recuperado el 8 de septiembre de 2022 a las 9:40 a.m. de: <https://youtu.be/8amUUdbqwh4>

Daniel F. Ospina S., Seguro Propiedad Horizontal: La Póliza, ¿qué tener en cuenta?, recuperado el 8 de septiembre de 2022 a las 9:44 a.m. de <https://youtu.be/7t8sDcHkHDk>

Daniel F. Ospina S., Título Ejecutivo en Propiedad Horizontal y su Incidencia en el Cobro de Cartera, recuperado el 8 de septiembre de 2022 a las 9:50 a.m. de: <https://youtu.be/7z0whr0Z4rE>