

**LA TENSION CORPORATIVA
Y SUS CONSECUENCIAS**
El retiro y la exclusión
en el derecho societario

IGNACIO SANÍN BERNAL

El tema asignado para esta ponencia conversativa consiste en la serie de fricciones y conflictos que se representan al interior de las sociedades, y de cómo la ruptura del vínculo societario (por retiro o por exclusión) se convierte, más que en una solución, en una consecuencia de tales enfrentamientos. Se analizará un tema que está bastante oculto en la regulación del Código, no obstante su cotidiana presencia en la vida societaria, pero que tiene una normatividad que no por lo escasa deja de ser útil, sobre todo en algunos tipos de compañías.

LA ILUSIÓN DE LA SOCIEDAD

Alguien decía que como asociarse es morir un poco, debe buscarse la situación menos mala y menos incómoda en materia de sociedades. La menos mala: un tipo societario que de alguna manera garantice y proteja la indemnidad patrimonial de los asociados evitando riesgos; y buscando sustraerse a aquellas solidaridades, unas explícitas, otras agazapadas en sociedades como en la sociedad de responsabilidad limitada, que aparecen en el Código de Comercio, en la legislación laboral y en la legislación tributaria; de manera que buscando la menos mala se llegue a la sociedad por acciones. Segundo, lograr la situación menos incómoda fungiendo siempre como asociado mayoritario o protegiéndose de manera adecuada en cláusulas estatutarias eficaces. Y consecuentemente, asociarse las menos veces posibles con las personas menos indeseables posibles.

Es que toda compañía comporta riesgos. También soluciona necesidades, pero deben los asociados obtener los beneficios de la integración de esfuerzos (económicos, administrativos y de gestión) sustrayéndose hasta donde ello sea posible de asumir exposiciones innecesarias frente a contingencias y a responsabilidades no siempre conocidas ni percibidas, y de enfrentarse a conflictos que pueden lesionarles de manera severa.

Se abusa sin necesidad del contrato de sociedad, y de la institución societaria que nace de ese contrato, dándose lugar a situaciones de abuso del mayoritario sobre el minoritario, y en ocasiones de despojo patrimonial, que afectan a los minoritarios; por tal razón es menester buscar en el recinto de la sociedad, si es que ya se incurrió en ella, localizarse en el sitio más seguro; y

hay tres situaciones que mantienen de alguna manera protegidos a los asociados (socios en las compañías por cuotas, y accionistas en las sociedades por acciones):

- **Ser siempre el mayoritario.** Recientemente decía un profesor de la Universidad de Santiago, que después de mucho reflexionar (!) se ha llegado a la conclusión de que el minoritario es indispensable en las sociedades; es necesario en su estructura la presencia de un minoritario a quién maltratar, porque el mayoritario autoflagelándose proyecta una visión desgarradora. Un asociado débil brinda la oportunidad al fuerte, de desahogar en el primero su violencia implícita y sus instintos dañosos, y quedando éste libre, liviano, satisfecho, con sensación de victoria.

La ley natural societaria (si es que existe) indicaría que, presentándose conflicto entre el criterio del mayoritario con el de los demás, ha de primar el primero. Así sucede en las instituciones colegiadas, y la sociedad es una de ellas. El imperio de la opinión mayoritaria se acoge en el artículo 188 del Código de Comercio, al someter a la de la mayoría la opinión de los ausentes y disidentes si se observan las normas sobre mayorías y el respeto a las formalidades de las sesiones en que se adopten las decisiones.

Resulta obvio que una cosa es ejercer ese legítimo imperio de la mayoría (lo que es permitido), y otra bien distinta es abusar de una posición de control en detrimento de inequívocos derechos de los asociados minoritarios (lo que tiene que ser censurado y sancionado).

El problema hoy, con la ley 222 en cuanto al nuevo régimen de las mayorías, y con la incomprensible doctrina de la Superintendencia de Sociedades contenida en el oficio 2204826, de agosto de 1997, sobre vigencia de las mismas en la anónima, radica en que es más difícil ahora de lo que era antes saber cuál es el régimen de mayorías aplicable; primero, porque el artículo 68 de la ley 222 en el proyecto de la Superintendencia de Sociedades no estaba concebido en el régimen de la sociedad anónima, sino en el general para todas las sociedades, y al final quedó en el de las anónimas con aplicación sólo en las compañías de este tipo. De manera que lo único que se cambió fue el régimen de mayorías de las sociedades anónimas; pero habiéndose además agregado una frase desafortunada de la ley 222 en su artículo 68, al expresar que impera la simple mayoría o la mayoría absoluta, a menos que en los estatutos se hayan establecido mayorías especiales; pensaban algunos ilusos que cuando la ley dice "a menos que en los estatutos se pacten mayorías especiales", se entendía que se hacía referencia a las que fueran pactadas hacia el

futuro; la Superintendencia de Sociedades acaba de conceptuar que las mayorías calificadas que venían en los estatutos anteriores a la ley 222 siguen vigentes, que por lo tanto la ley no tuvo la virtualidad y el alcance de simplificar el régimen de las mayorías; lo cual hace reflexionar: entonces para qué se hizo el cambio en la legislación. ¿Qué sentido tiene modificar el régimen mayoritario para dejar simultáneamente, todas las mayorías calificadas contractuales vigentes, si las mayorías calificadas estaban contempladas en el contrato precisamente porque estaban consagradas en la ley?. Se llega a una situación paradójica: las mayorías calificadas en la anónima repetidas en los estatutos siguen vigentes de acuerdo con la Superintendencia de Sociedades; entonces sólo las anónimas que no hubieran expresado en sus estatutos las mayorías calificadas (tomadas del Código), pero que tenían las mayorías calificadas por aplicación forzosa de la ley ante el silencio contractual, adoptan la simple mayoría consagrada como norma general decisoria en la ley 222.

- ***Ser socio minoritario de una compañía de responsabilidad limitada de dos socios.*** Resulta curioso afirmar, pero no obstante lo nociva que puede resultar la forma de la limitada, es ideal ser minoritario en esas circunstancias y en ese tipo de compañías exclusivamente, ya que el artículo 359 del Código de Comercio, cuyo origen todavía no se ha podido descifrar y aún no se conoce la causa por la que quedó así incrustado en el Código, establece que para tomar decisiones en las sociedades de responsabilidad limitada, si bien es cierto que se requiere el número mayoritario de votos siguiendo el principio general de las sociedades del imperio del mayor (salvo en la colectiva), también se exige pluralidad de socios votando a favor; y es en la única compañía en la cual se exige este doble requisito; en todas las demás formas societarias se requiere pluralidad jurídica sólo para deliberar; pero en la limitada se requiere también y además, pluralidad votando a favor, para que la decisión sea válida; entonces cuántas limitadas, y quizás de pronto cuántas comanditas simples por remisión, no estarán arrastrando nulidades por doquier en sus decisiones colegiadas sin que nadie se haya dado cuenta, porque el mayoritario pensó que su voto mayoritario primaba sobre el del minoritario, y levantó el acta dejando constancia de que el que votó con el 70% prima y se impone sobre quien votó con el 30%, y la decisión se consideró válidamente adoptada; pues resulta que la misma es nula porque no hubo pluralidad de socios votando a favor.

El pequeño emperador de la compañía de responsabilidad limitada conformada por sólo dos asociados es el minoritario; y más mandará mientras más minoritario sea. Porque el veto que le confiere el artículo 359 del Código de Comercio, hace que su decisión, frenando y dejando sin

eficacia la proposición del mayoritario, sea en la práctica más fuerte que el voto del mayoritario; así, si el mayoritario titular del 51%, o del 71%, o del 99% de las cuotas sociales, presenta una proposición, y el minoritario titular del 49%, o del 29%, o del 1% restante, según el caso, vota en contra, el veto de éste prima sobre el voto del mayoritario. Es tan arrevesada la limitada, que si bien en las demás sociedades podría decirse que lo ideal es ser ante todo mayoritario, en la limitada lo ideal es soñar con ser minoritario, ojalá con una minoría absolutamente írrita, porque se tiene el mismo control de las decisiones si la sociedad tiene dos socios, sin los riesgos patrimoniales derivados de las responsabilidades solidarias a prorrata que se derivan del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 794 del Estatuto Tributario.

Por extraña coincidencia con la limitada, las sociedades dedicadas a la prestación de servicios públicos domiciliarios reguladas por la ley 142, de 1994, que deben ser sociedades por acciones, están también regidas por el principio de que las decisiones no sólo deben ser mayoritarias sino adoptadas por un número plural de socios (sic). Así se dispone en el artículo 19.9.

- **Ser socio gestor en las comanditas.** Si los estatutos de la comandita están bien concebidos y adecuadamente redactados, en la organización de los patrimonios familiares alrededor de la única compañía sensata para hacerlo, que es la compañía en comandita, y ojalá la comandita por acciones, el socio gestor tiene un privilegio que no se tiene en las demás sociedades: la inamovilidad. Establece el artículo 198 en la parte general del Código de Comercio, que los administradores son por esencia removibles, y que cualquier cláusula que impida la remoción o que establezca mayorías diferentes a la ordinaria para proceder a la remoción, se considera no escrita. De manera que en las sociedades de familia anónimas o limitadas, los padres que constituyeron la compañía, que fueron sus promotores, que transfirieron a ella su patrimonio en un gesto de generosidad, y de previsión fiscal sobre todo, esos padres, quienes se asociaron con los hijos, encuentran que en su cuarta edad, los hijos, sus nueras, sus yernos y sus sobrinos resuelven declararlos personas indeseables y no gratas, desarrollando el síndrome fatal que se vive en las sociedades de familia de que a los hijos se les olvida que esas cuotas o acciones de que son titulares se las regalaron los padres y que aquellos efectivamente no hicieron un aporte real con relación al patrimonio de la compañía; y deciden los familiares invitados y sin aportes efectivos, en la cuarta edad de los padres, prescindir de quienes promovieron la compañía y la dotaron de patrimonio. Si alguien merece ser tutelado en las sociedades de familia, no importa lo tercos y torpes

que sean, son el padre y la madre, especialmente si son ancianos, y la única forma de protegerlos es a través de su posición como gestores en las sociedades en comandita, por cuanto la cesión del interés del gestor comporta una reforma estatutaria, y no es un mero cambio de administrador adoptado por mayoría simple, y la tal reforma requiere la aprobación expresa de los socios gestores. Así se consagra en los artículos 340 y 349 del Código de Comercio.

LOS CONFLICTOS

Es la sociedad el escenario propicio para que afloren agresividades y pasiones, y se confronten poderes. Decía Fernando Londoño Hoyos en un Congreso anterior que la sociedad es en el fondo un equilibrio de poderes de hecho en el cual el único que gana es quien tiene la llave, quien tiene la chequera y quien tiene el celador; y ello es así porque todas aquellas expectativas positivas que ilusionaron al minoritario en el momento de la constitución de la compañía, las del respeto recíproco, de la aspiración a la distribución oportuna y efectiva de las utilidades, y a la igualdad proporcional en cuanto al tratamiento de los derechos de los socios, se desvanecen cuando se confrontan el poder del mayoritario abusivo y la esperanza del minoritario confiado. Porque, si bien no es de la esencia del contrato de sociedad y no aparece en el artículo 98 del Código de Comercio, es una razonable expectativa del socio, y lo es del minoritario, la distribución y percepción frecuente y regular de las utilidades de la compañía. El mayoritario no necesita dividendos, pues él tiene una posición en la cual la sociedad le genera beneficios indirectos tan o más importantes que el dividendo. El dividendo es una expectativa legítima del asociado minoritario, usualmente desconocida, porque sólo en las espaciadas reuniones de asambleas, frente a la ilusión de beneficiarse económicamente de la compañía, se presentan una relación y una confrontación y un contacto entre aquella y ese minoritario; durante todo el resto del año el minoritario está totalmente desaparecido y desconectado de la marcha societaria.

Sin embargo esos conflictos no siempre son creados por el mayoritario. Más adelante se planteará cómo el minoritario también está en posibilidad de abusar de sus derechos y de su posición de minoritario, o por lo menos de hostigar injustamente al amparo de su calidad. Es que aquí, como en derecho electoral, en el derecho de sociedades prima el derecho de la mayoría por ser el menos malo. Es incómodo que la mayoría decida sobre las expectativas de la minoría; pero lo que es absurdo es que la minoría decida desconociendo la lógica natural de que el mayoritario imponga sus decisiones por equidad y partiendo de la base del respeto a los demás asociados.

Se originan esos conflictos internos: por razones económicas; en el desequilibrio entre los asociados; en las diferentes expectativas en contradicción: la del uno con ánimo de poder, la del otro con necesidad de dividendos; en las diferentes formas de ver los resultados (es reiterada la queja de algunos minoritarios, con razón o sin ella, de que los estados financieros no revelan la totalidad de las operaciones sociales, y que por lo tanto la compañía se está convirtiendo en un garrote del mayoritario contra el minoritario a través del ocultamiento de los beneficios corporativos); en los diferentes estilos de administración: en el estilo autárquico de unos, en contraste con el estilo democrático de otros; en la arrogancia maniquea que se presenta en algunas sociedades en las cuales el mayoritario estigmatiza, distinguiendo entre los buenos y los malos, entre los mayoritarios buenos y los minoritarios malos; en los criterios divergentes en el manejo de la compañía; en la pérdida de una confianza que se va desmoronando a través de los conflictos; y en el abuso de la posición mayoritaria porque no se ha diseñado en Colombia, a pesar de que hay unas normas que lo reconocen tangencialmente, una efectiva protección al derecho del minoritario.

En las sociedades de familia no se oculta cómo a los problemas económicos, administrativos y de dirección, se le suma el de más difícil manejo: el de los afectos, de los desafectos, la hermandad, esa relación amor - odio, de cercanía y de lejanía en las sociedades que hace que los conflictos no puedan manejarse racionalmente por la presencia dramática de una carga afectiva que los excluye de cualquier definición, ya sea técnica en un proceso de conciliación, o bien sea jurídica ante los tribunales.

O se originan, también, por los excesos del minoritario. En la operación de las compañías a veces se encuentra un minoritario que, por su propia naturaleza, por su propio estilo, por su propio fenotipo, o como reacción a los abusos del mayoritario, emprende una serie de acciones que pueden perjudicar a la sociedad, en casos como:

- El abuso en el ejercicio del derecho de inspección individual; muchas veces, y es lo frecuente, los minoritarios (el mayoritario no tiene que hacer uso de ese derecho, puesto que a él le llevan la información a donde ordene) se ven obstaculizados por la administración de la compañía en el ejercicio de ese derecho; no obstante, el minoritario también puede abusar del ejercicio de tal prerrogativa. Salvo en las sociedades anónimas en las cuales el derecho de inspección debe ejercerse en los quince días anteriores a las Asambleas de Accionistas en las que se discutirán estados financieros, término que según opinión de la Superintendencia de Sociedades es inmodificable (posición no compartida por quienes sostienen que nada se opone en la ley a que ese dere-

cho se pacte como permanente en sociedades anónimas cerradas), para los demás tipos de sociedades el derecho de inspección es permanente, y, aprovechando esto, el asociado traumatiza la marcha de la compañía cuando no desocupa las instalaciones de la sociedad, no deja trabajar a los administradores, permanece todos los días pidiendo copia de todos los documentos o información de lo que sucede en la sociedad, si no es que pide copia de todos los papeles y libros de la compañía. Algunos han predicado que el derecho de inspección no se extiende a solicitar copias: una cosa es analizar los documentos en la sede de la compañía, otra cosa bien diferente es recargar a la administración con una obligación no contenida en la ley, y que bien pudiera estarlo en los estatutos, de entregarle al asociado que esté ejerciendo el derecho de inspección copia de todo lo que pretende analizar.

- También abusa el minoritario recargando a las entidades administrativas encargadas de la vigilancia y control, con solicitudes de inspección inanes. Y con petición de apertura de investigaciones que pueden ser inconducentes. Claro que acudir a los órganos de control en busca de auxilio frente a la manipulación del mayoritario ante el minoritario es de los últimos pocos derechos, y en ocasiones no muy efectivo, que le quedan al minoritario; pero abusar, hostigando a esas entidades con solicitudes de investigación que no conducen a nada, simplemente con el deseo de mortificar a la administración o a los mismos entes de control, es un sinsentido.
- O finalmente, con el ejercicio irracional de derechos de veto. Los estatutos o las mayorías calificadas previstas en la ley legitiman el derecho de veto; y mientras más altas y calificadas sean las mayorías menos fuertes son los mayoritarios; al separarse de la simple (o absoluta) mayoría el minoritario va adquiriendo un peso específico en su voto que va en contravía de la explicación natural que debe tener el voto; si en los estatutos se pacta que las decisiones se toman por el 80%, quien manda en esa sociedad es quien tiene el 21%; por eso surge la pregunta: qué fantasma raro habría detrás de la ley 222 en el Congreso de la República, porque no fue iniciativa de la Superintendencia de Sociedades, en la redacción del artículo 240 en que se establece que el dividendo por debajo del mínimo deberá votarse y aprobarse con el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés. ¿A quién se le ha ocurrido en Colombia, con el régimen absurdo de mayorías que tenemos, con mayorías del 70% y el 80%, llegar al exabrupto de imaginarse una mayoría del 78%? Algún interés específico y oculto y recóndito tendría que haber en alguna parte.

REFORMAS ESTATUTARIAS HOSTILES

Ya que el poder del mayoritario se concreta en ocasiones en adoptar decisiones ordinarias en el manejo de la sociedad, o en aprobar reformas contractuales que afectan los derechos del minoritario, es pertinente plantear unas reformas estatutarias y unas decisiones administrativas, hostiles todas, que pueden ser propiciadas por el mayoritario en detrimento del minoritario y de la equidad y de la decencia. Como lo serían estas:

- El cambio de mayorías. La modificación en los porcentajes para la toma válida de decisiones, disminuyéndolas hasta hacer que el voto del minoritario pierda la eficacia del bloqueo o del veto que originalmente tenía, despoja al disidente de una valiosa oportunidad que los estatutos reconocían a su favor. Si, por ejemplo, el titular del 30% de las acciones o las cuotas acepta participar en la sociedad siempre y cuando los estatutos consagren una mayoría del 71% para decidir -o para todo, o para lo más sensitivo, o para reformar los estatutos- verá fracturada severamente su posición si esa mayoría se disminuye a un porcentaje inferior.
- Y, sorprendente, la *alteración en el porcentaje natural* que debieran tener los asociados en las compañías comerciales, en el sentido de que su lógico derecho al dividendo, al reembolso de capital, y a la distribución de remanentes sociales, guarden necesariamente una proporción idéntica a su alícuota en el capital. Si se preguntan personas sensatas cuál ha de ser la participación de los asociados en las utilidades, reembolsos y remanentes de la compañía, esa persona dirá que es claro que es en el mismo porcentaje que se tiene en el capital. Resulta que es así en la conciencia de la persona equilibrada, pero no lo es en el Código de Comercio porque para el legislador, en los tres artículos que tocan el tema, que son el 144, el 150, el 247 del Código de Comercio, y complementariamente el 332 en las sociedades en comandita, mediante reformas estatutarias puede alterarse la proporcionalidad de los derechos patrimoniales de los asociados. Por lo tanto es válido en Colombia, a pesar de no tener tal decisión con carácter general, adoptar una reforma estatutaria (con el voto en contra del afectado) en la cual se establezca que el socio que tiene, por ejemplo, el 20% del capital, tenga el 1% de la utilidad; o que ese mismo socio en caso de reembolso de capital tenga el 1%; o que en la liquidación de la sociedad cualquier socio que tiene el 20% minoritario, tenga el 1% de los remanentes. Gran ayuda ética se daría si esas posibilidades de manipulación en una reforma estatutaria se eliminaran de la legislación nacional. Aplicar estas normas nocivamente permisivas es una forma muy simple de preparar al minoritario para el retiro que es tema adicional de esta tratativa; de

manera que el mensaje inequívoco y abusivo del mayoritario es: por ahora les voy a quitar las utilidades y los derechos patrimoniales en proporción al aporte de capital poseído, y prepárense que lo que viene enseguida es la exclusión hostil y forzosa.

- **Aumentos en la responsabilidad.** El artículo 353 del Código de Comercio, relacionado con la sociedad de responsabilidad limitada, después de establecerse el principio de que en las limitadas los socios responden sólo hasta el monto de su aporte, lo que no resulta cierto, permite adicionalmente (e insinúa con perversidad) que en los estatutos se impongan responsabilidades, prestaciones o garantías adicionales de los socios por encima de ese límite teórico de responsabilidad; pero termina diciendo el Código, para asombro de quienes aspiran que debe respetarse esa inmunidad: “para todos o para algunos”. Recientemente en esta ciudad se oficializó la iniciativa de un abogado prestigioso (!) de reformar los estatutos de la compañía estableciendo que el socio que tiene el 10% de participación en el capital responderá frente a terceros por mil veces su aporte. La inquietud es: ¿es eso lícito? Podría responderse que es antiético, que es desproporcionado, que así se atenta contra las leyes naturales societarias (si es que como ya se ha insinuado, éstas existen); pero es infortunadamente legal, por la validación que el artículo 353 del Código de Comercio establece rompiendo el principio general de que las decisiones deben tener un carácter general, nunca un carácter individual o particular, dándose validez a decisiones eminentemente particulares como lo es la de la alteración en el límite de responsabilidad en las sociedades de responsabilidad limitada, que afecte solo a unos, y no a todos a prorrata de su participación en el capital.
- Eliminación o implementación del **derecho de preferencia**. Cuántas veces el minoritario entra a la sociedad ilusionado con la efectividad del derecho de preferencia porque sueña con una sociedad cerrada, y una vez adentro de la compañía le eliminan ese derecho y por mayoría se establece que las acciones o cuotas son libremente cesibles. O viceversa, el accionista que pensando en la movilidad y libre negociabilidad de su inversión patrimonial se vincula a una compañía en la cual las acciones son libremente negociables y estando ya adentro una reforma estatutaria crea, en contra de su voluntad, pero con la mayoría determinada en los estatutos o en la ley, un derecho de preferencia que no le conviene.
- En cuanto a la **cláusula compromisoria**, eliminarla o imponerla, según sea el caso, puede, en un momento determinado, crearle problemas al minoritario. Es que un asociado puede defender las bondades de la justicia ordinaria y desconfiar de la relativa autonomía de los árbitros, o no

gustar del costo de los tribunales arbitrales, y encontrar en la ausencia de la cláusula compromisoria una situación estatutaria que le es cómoda. O por el contrario, hay quienes encuentran que sólo la justicia arbitral, celerosa y especializada, es el mecanismo idóneo para solucionar conflictos que se presentan dentro de la sociedad o en su desarrollo. En cualquiera de los dos casos, cambiar los jueces y los procedimientos incomoda y perjudica al minoritario impotente frente a tal modificación.

- Las modificaciones en las **atribuciones**. Qué forma más simple de quitarle voz y efectividad a la participación del minoritario que concentrar las atribuciones en los administradores como consecuencia de una reforma estatutaria que le quita la posibilidad de intervenir de manera efectiva en los órganos societarios de dirección.

Fuera de las ya mencionadas que comportarían reformas estatutarias, hay además **decisiones cotidianas** en el manejo de las sociedades que incomodan al minoritario, tales como:

- Obstaculizar su derecho a inspección, derecho que con la ley 222 tiene una implicación mayor para los administradores.
- Impedir a los miembros de la junta directiva el acceso a la información de la compañía: La Superintendencia de Sociedades ha reiterado su doctrina anterior a la ley 222 de que los miembros de Junta Directiva individualmente no tienen derecho a acceder a la información de la compañía; es un contrasentido que la ley 222 colme de responsabilidades a los miembros de la junta directiva y que, simultáneamente la Superintendencia de Sociedades, contrariando lo lógico que sería darle a cada uno de los administradores los instrumentos necesarios para el conocimiento adecuado de los negocios y para la toma de decisiones, prohija una doctrina que pudo ser razonable con anterioridad a la ley 222 pero que ya hoy no puede serlo. De manera que, en qué queda el sistema del cociente electoral que garantiza que los minoritarios tengan acceso a la junta directiva por lo menos con un miembro, si en el seno de la junta ese minoritario que está de todas maneras controlado por los representantes del mayoritario no tiene acceso a la información; ese miembro va a terminar retirándose de la junta impotente y desinformado, para poder mantener, por lo menos, indemne su responsabilidad.
- No proceder a designar el remplazo de los administradores que renuncien o que sean removidos. Los representantes legales (como los revisores fiscales) sólo terminarán su gestión y cesan en deberes y obligaciones una vez se registre la decisión de nombramiento de quien ha de sustituirlos. La renuncia en tal designación mantiene atados, contra su voluntad, a los renunciantes con sus funciones.

- Aprobar la adquisición de cuotas o acciones del mayoritario, por parte de la sociedad, en condiciones lesivas para la compañía adquirente y exorbitantes para el vendedor mayoritario que recibe los beneficios extraordinarios, en perjuicio de la compañía y de los minoritarios.

EL RETIRO Y LA EXCLUSIÓN: ¿SOLUCIONES?

En relación con el derecho de retiro, lo que quedó en la ley 222 es una relación de causales de retiro llena de alambradas hostiles que hace que en la práctica los asociados sigan sin poder retirarse de la sociedad. Pero esa es la ruptura del lazo societario por iniciativa del socio: voluntaria y unilateral; porque ese vínculo también puede romperse por iniciativa de la compañía o de los mayoritarios, y la figura ya no será el retiro sino la exclusión, forzosa, violenta e impuesta.

Pueden mencionarse cuatro mecanismos para formalizar el retiro y cuáles son sus efectos:

- La adquisición por la misma sociedad de las acciones o cuotas de esos minoritarios. El artículo 15 de la ley 222, sin quererlo, legitimó en nuestra legislación la adquisición de cuotas sociales en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades en comandita simple. La doctrina discutía si se podía o no que una sociedad por cuotas las “readquiriera”, pero en el derecho de retiro cuando la ley 222 establece que una de las formas de formalizar el retiro es adquirir las acciones o cuotas del socio por la misma compañía, se está reconociendo que las cuotas sociales en la sociedad de responsabilidad limitada pueden ser adquiridas por la misma compañía, aún cuando no tengan el carácter de título valor que en algunos escenarios se predica exclusivamente de las acciones de las sociedades anónimas y comanditarias por acciones. Esta adquisición que hace la sociedad de sus propias cuotas o acciones se contabiliza muy distinto a como se contabiliza una inversión cualquiera; cuando una compañía adquiere acciones en otras, las lleva al activo; cuando adquiere sus propias acciones o cuotas las resta del patrimonio, es decir, el valor de esas acciones o cuotas es un menor valor de las utilidades o de la cuenta de reserva para la adquisición de acciones propias que tiene la compañía en su patrimonio. Tal adquisición de cuotas o acciones no tiene definido en la ley un mecanismo para determinar su valor y las condiciones de la negociación, y es evidente que no lo tenga porque esto obedece a la negociación entre comprador y vendedor, y a las condiciones del mercado y a la situación de las partes.
- La **adquisición** que hacen los asociados de la participación de sus consocios, que en caso de las sociedades por cuotas es una reforma

estatutaria y en el de las sociedades por acciones se perfecciona simplemente mediante el traspaso de unos títulos; y que tampoco está sometida a procedimientos o pautas legales porque depende exclusivamente de la autonomía contractual y del convenio que se celebre entre cedente y cesionario.

- La **liquidación parcial** de la compañía que es un tema que en la doctrina se toca con frecuencia pero que carece de regulación legal. Eso de que una compañía liquide parte de su patrimonio y se lo devuelva a los socios o accionistas y ellos continúen en ella si el reintegro no es total, a lo único que tal vez se parece es al reembolso de capital, figura que ha tenido a través de las Superintendencias una vida muy accidentada, porque debe anotarse que cuando una compañía se liquida parcialmente no sólo devuelve capital sino que devuelve otros conceptos del patrimonio distintos y adicionales al capital; por lo tanto pudiera pensarse que en una liquidación parcial de una compañía se afecte el capital en \$1.000.000 y en \$1.000.000.000 otras cuentas del patrimonio; y si el capital de la sociedad es de \$ 10.000.000, luce extraño que mediante un reembolso de capital, que así lo denomina la ley y no reembolso de patrimonio, se estén devolviendo \$1.000.000.000 de patrimonio no obstante la insuficiencia del capital. Esto sólo puede entenderse si se profundiza un poco en la diferencia sustancial que existe entre capital y patrimonio, desconocida por el Código de Comercio, entre ese capital al cual los abogados y el Código le dan tanta importancia y sirve casi para nada, y el concepto de patrimonio, el cual los abogados no están acostumbrados a manejar y que es lo que más se parece a la realidad de la compañía.
- Enajenar las cuotas o acciones a terceros, si no existe derecho de preferencia. U obtener la autorización para enajenar si el derecho de preferencia existe. La preferencia (denominada retracto en ocasiones, con impropiedad) es de la naturaleza en las sociedades de responsabilidad limitada, y tal vez también en las comanditarias simples por remisión; la libertad, en cambio, es de la naturaleza de las sociedades por acciones. Como en ninguna es de la esencia del contrato, en los estatutos puede disponerse en contrario.

A la exclusión, mecanismo violento y unilateral (e injusto e inequitativo en muchas ocasiones), que rompe el vínculo del excluido con la sociedad, se refieren las siguientes normas del Código:

- El artículo 125 de la parte general, en concordancia con el 397 de la sociedad anónima. Estas disposiciones contemplan los arbitrios o recursos indemnizatorios que tiene la sociedad frente al asociado moroso o incumplido en la cancelación de su aporte: si el aporte no se paga en la

cuantía y en las condiciones convenidas se procederá, dice el artículo 125, a la exclusión del socio, entre otras soluciones. El artículo 397 no contempla la exclusión como solución, de forma que en la sociedad anónima se le aplicarán al accionista moroso otros mecanismos de indemnización o de compensación diferentes a la exclusión.

- Debe hacerse mención a la exclusión en la sociedad colectiva, porque aunque en Colombia no se constituye ni estila este tipo societario, las hubo en alguna época cuando para ciertas actividades se exigía esta forma. Y actualmente la regulación de las colectivas es fundamental al ser remitida a la regulación del socio gestor en la sociedad comanditaria (arts. 341 y 352 C. de Co.), de manera que no podrá nunca entenderse de manera completa e integral la comandita si no se integran todas las normas de las colectivas aplicables al socio gestor; y lo más grave de las comanditas es que recibe las remisiones que vienen de todas las otras sociedades. De lo más difícil de saber en nuestra legislación es cuál es la regulación de las sociedades en comandita simple porque a ellas se le aplican las normas de la colectiva en cuanto al gestor, las normas de la limitada en cuanto al comanditario, y por doble remisión las normas de la anónima a través de la limitada. De manera que para tranquilidad del intérprete la única forma de entender la comandita es dominar todas las formas societarias.

Por esto es necesario dedicarle atención a la colectiva dada su incidencia y su injerencia, vía remisión, en las sociedades en comandita. Se reconoce en la colectiva el derecho de los socios de excluir al consocio, pero sólo por cuatro causales; se trata de una exclusión justificada y motivada y no discrecional; esas causales son, según los artículos 296 a 298 del Código de Comercio: competir con la compañía, asociarse con un competidor, retirar bienes de la compañía o utilizar la firma social en negocios ajenos a la sociedad. Se trata entonces de una exclusión sancionatoria, es el castigo que la sociedad y los demás socios infligen al asociado indelicado cuyo comportamiento genera perjuicios a la sociedad. Por lo tanto si se ejerce arbitraria y discrecionalmente, por fuera de las cuatro causales taxativas, la decisión puede ser impugnada por ser nula o ineficaz, por violar la ley y los estatutos.

Infortunadamente, como ocurre a lo largo de todas las exclusiones, salvo una prevista para la limitada (artículo 365 C. de Co.) no hay regulación en cuanto a las disposiciones e indemnizaciones de contraprestación al asociado excluido; porque un asociado (accionista o socio), por necio que sea, por insoportable que sea, por indelicado que sea, tiene una participación patrimonial en la compañía que debe ser reconocida y recompensada; de manera que si en algunos casos es sano, feliz, ético, y



justo para la compañía excluir al asociado, no lo es el hecho de apoderarse de la participación patrimonial del excluido so pretexto de que está siendo lanzado de la compañía; esas exclusiones sin indemnización se convierten en una especie de expropiación *brevi manu* o *manu militarii* entre particulares, lo que es jurídicamente inaceptable.

- En la sociedad de responsabilidad limitada la exclusión se encuentra consagrada en uno de los artículos más complejos de toda la legislación, que es el artículo 358 del Código de Comercio, el cual empieza hablando de los socios y termina haciendo referencia a la junta de socios, y al fin no se sabe a quién y a cuál se está refiriendo: tanto, que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de abril de 1992 interpretó, contra el texto literal de la norma, que la atribución concedida a los socios de excluir a sus consocios no es de los socios sino de la junta de socios. Tal vez pensando un poco con el deseo, la Corte dirá que no es razonable que en una sociedad que tiene tan claro talante de ser sociedad de capitales como lo es la limitada, especialmente después del decreto 410 de 1971 al remitirse a las limitadas las normas de la anónima, no sea la junta, sino los socios, quien esté facultada para excluir a los otros socios.

Recientemente ocurrió en Medellín algo llamativo y alertador: a un socio minoritario lo citaron a una junta de socios para elegir revisor fiscal; él pensó razonablemente que dado su carácter de minoritario no tendría objeto su asistencia si, a diferencia de lo que ocurre con el comisario de cuentas en Francia, en Colombia el Revisor Fiscal es nombrado por el mayoritario. A los días se encontró con el gerente e indagó por lo sucedido en la Junta y éste le respondió que no podía darle esa información porque en esa sesión se le había excluido. Una de las normas más peligrosas de nuestra legislación societaria es la contenida en el artículo 425 del Código de Comercio, que después de establecer que en las sesiones extraordinarias sólo pueden discutirse los temas indicados en la convocatoria, determina que por una mayoría calificada de los presentes (y por simple mayoría en las anónimas, gracias a la ley 222) pueda extenderse el orden del día a otros temas, dando, en el fondo, la misma amplitud temática que a las ordinarias, lo que permite que, con la manipulación de los mayoritarios se distraiga a los minoritarios colocando un tema a que éste no interesa, y no asista por tal razón, para luego, en la extensión de la sesión, discutir y tomar decisiones de trascendencia y que le atañen, como sería la exclusión del ausente, no anunciada desde la convocatoria.

Pero lo más grave de la sociedad de responsabilidad limitada es permitir la exclusión sin causal; no se entiende cómo mientras en la colectiva,

que tiene el carácter de intuitu personae sin duda mucho más intenso que la limitada, quepa la exclusión pero con causal, y que en la limitada la norma se limite a decir: ¡exclúyanlo! Además sin determinar en qué forma se le indemniza.

Lo dicho lleva a esta cavilación: el socio excluido puede impugnar la decisión sobre la base de que se trata de una decisión con eminente carácter particular porque sólo le perjudica a él, solicitando la inoponibilidad que es la sanción asignada por el Código (artículo 190). No podrá alegar el sancionado que es imposible la exclusión por el solo argumento de que la ley no ha determinado la forma de indemnizar su participación (como sí lo hizo para el retiro), y que en el fondo la decisión en lo que se convierte es en una afección de sus derechos sustanciales en la compañía. Porque si al socio lo excluyen y él se lleva su participación, de repente hasta favorecido queda, porque ser excluido de una sociedad limitada puede llegar a convertirse en un gran favor; pero que por lo menos se le reconozca el derecho a su participación patrimonial.

- Finalmente, para la compañía anónima no se consagra legalmente la exclusión del accionista. Aquí, divagando sobre si podrá válidamente en los estatutos contemplarse la tal exclusión no prevista por la ley, aflora la reflexión, como en tantas otras figuras societarias, de que ese silencio legal no es simplemente una omisión temática sino que se trata de un silencio asertivo y elocuente: si en la limitada se permite la exclusión y en la anónima no se dijo nada, lo que tal omisión legal estaría significando es que en la anónima no puede excluirse al accionista; de pronto allí lo que hay es una prohibición imperativa derivada del silencio del legislador, y que le quitaría validez a la cláusula del contrato que lo permita.

No debe terminarse sin hacer referencia a los **remedios jurisdiccionales**. Ya se ha mencionado al excluido que acude a la acción de impugnación. Además, los jueces de Medellín abrieron una trocha fundamental frente a la frialdad interpretativa de los jueces civiles de otras partes del país, al haber creado el principio de que caducada la acción de impugnación los socios o accionistas pueden demandar a los demás socios en un proceso ordinario alegando la nulidad, la ineficacia, la inoponibilidad, el abuso del derecho o el enriquecimiento injustificado (sin las medidas previas –la suspensión provisional– que se contemplan en el procedimiento abreviado de impugnación).

De manera que el resarcimiento de los perjuicios infligidos al excluido, especialmente si no se le ha cancelado el valor justo de su participación, podrá intentarse también alegando abuso del derecho de las mayorías, o enriquecimiento sin causa de los demás asociados, esté o no esté cadu-

cada la acción de impugnación. Tal responsabilidad podría extenderse a los administradores con base en los artículos 22 a 25 de la ley 222 de 1995, si éstos han promovido, patrocinado o prohijado las decisiones que comportaron el despojo o detrimento patrimonial del asociado minoritario excluido.

REFLEXIONES FINALES

Lo analizado lleva a algunas conclusiones y a algunas censuras a la posición del Código. Es menester frente a ese riesgo del minoritario, asociarse con suprema cautela no sólo teniendo en cuenta la calidad moral y patrimonial de los asociados, sino la calidad de los estatutos. En Colombia se están copiando impunemente estatutos, y aún para copiar se requiere arte; las buenas copias de pintura son arte; y las buenas copias de música son un arte; las buenas copias de minutas también; pero se están reproduciendo a la ligera unas minutas que sirven para unas situaciones particulares y no sirven para otras, y así se están creando innecesariamente tensiones internas entre los asociados, porque el vestido de los estatutos le queda, o grande, o demasiado apretado, a la persona de la sociedad. Es igualmente deseable que se ejecute el contrato con suma responsabilidad evitando el abuso de sus derechos al que es proclive el mayoritario, pero también evitando el abuso del minoritario que pueda afectar el patrimonio de la compañía.

También surgen reformas indispensables al Código de Comercio. Algunas de esas reflexiones y sugerencias se le hicieron sin éxito a la Superintendencia de Sociedades cuando se estaba tramitando el proyecto de lo que hoy es la ley 222:

- Eliminar en la sociedad de responsabilidad limitada la pluralidad forzosa votando a favor, para respetar el derecho legítimo del mayoritario, porque tal requisito de la pluralidad se ha convertido en un nicho de abuso del minoritario, y ha conducido a que el mayoritario, cuando le es posible, atomice y disperse su participación a través de simulaciones y testaferros.
- Debe eliminarse el derecho de exclusión en la sociedad de responsabilidad limitada tal como está concebido por el artículo 358, o, alternatively, colocarle a esa exclusión los mismos arbitrios indemnizatorios que la ley 222 consagró para el retiro del socio, en el sentido de que una vez excluido se recibirá la participación razonable que le corresponda por su aporte a la sociedad liquidada a valores reales.
- Es urgente ampliar las causales del derecho de receso o de retiro, una vez reconocido tal derecho en el derecho positivo con la ley 222 pero

infortunadamente limitado a escasas y sofisticadas situaciones. Cómo es posible que en Colombia la modificación del objeto social, el cambio de domicilio, la prórroga del contrato social con anterioridad a su vencimiento, o cualesquiera otras modificaciones estatutarias de fondo no generen el derecho de retiro del asociado minoritario, a quien se está exigiendo que mantenga su palabra, y debe mantenerla, siempre y cuando no le cambien las condiciones y las reglas de juego intrasocietario.

- Eliminar la desviación proporcional que está reconocida como aceptada y aceptable en la legislación societaria colombiana entre el capital y la participación en los derechos patrimoniales derivados del contrato de sociedad, conllevaría a hacer respetar forzosamente los derechos de los minoritarios. No es razonable que quede la puerta abierta para que el mayoritario imponga al minoritario, mediante una denigrante actitud de despojo patrimonial, derechos patrimoniales y reconocimientos económicos inferiores a aquellos derechos que le corresponderían por la alícuota que tiene en el capital con relación al patrimonio, con la complicidad de la ley.