



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

SENTENCIA

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

Partes

Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa

contra

Handler S.A.S., Liliana Castillo Bautista, Omar Fernando Martínez Lozano y Edison Emir Hernández

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal sumario

Número del proceso

2014-801-099

Duración del proceso

216 días¹

I. ANTECEDENTES

El proceso iniciado por Luz Amparo Mancilla y Alfonso Bolívar en contra de Handler S.A.S, Liliana Castillo, Omar Fernando Martínez y Edison Emir Hernández surtió el curso descrito a continuación:

1. El 11 de junio de 2014 se admitió la demanda.
2. El 16 de diciembre de 2014 se cumplió el trámite de notificación.
3. El 7 de enero de 2015 se celebró la audiencia judicial convocada por el Despacho.
4. El 11 de septiembre de 2015, las partes presentaron sus alegatos de conclusión.
5. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. PRETENSIONES

La demanda presentada por Luz Amparo Mancilla y Alfonso Bolívar contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

1. 'Declare la desestimación de la personería jurídica de la sociedad Handler S.A.S. por haber sido constituida y utilizada por sus accionistas y administradores para defraudar a los accionistas de la sociedad Farben S.A.

¹ Este término se cuenta, en días hábiles, desde la notificación del auto admisorio de la demanda hasta la fecha en que se emitió la sentencia de primera instancia, según el método de cómputo establecido en el artículo 121 del Código General del Proceso.



2. 'Declare que los accionistas y administradores de la sociedad Handler S.A.S. utilizaron dicha sociedad para defraudar a los accionistas de la sociedad Farben S.A.
3. 'Declare que la sociedad Handler S.A.S. y sus administradores han utilizado en forma fraudulenta los recursos de la sociedad Farben S.A. en liquidación para el desarrollo de sus operaciones comerciales y el apalancamiento de las mismas ante sus proveedores.
4. 'Declare que la sociedad Farben S.A. en liquidación ha efectuado operaciones y contratos con la sociedad Handler SAS. por fuera de las condiciones ordinarias y fuera de un escenario de liquidación, con el objeto de favorecer a esta última.
5. 'Declare que la sociedad Handler S.A.S. y, en forma solidaria, sus administradores y accionistas, responsables de los perjuicios que se puedan ocasionar a los accionistas de la sociedad Farben S.A., derivados de los actos defraudatorios en su contra.
6. 'Se condene a los demandados al pago de las costas y agencias en derecho que se originen en el presente proceso.
7. 'Imponga las acciones administrativas y compulse las copias a las autoridades correspondientes por las acciones de mala fe ejecutadas por los administradores y accionistas de la sociedad Handler S.A.S.'

III. HECHOS

Antes de analizar el caso presentado ante el Despacho, es necesario hacer un breve recuento de los hechos que le dieron lugar al presente proceso.

La sociedad Farben Ltda. fue constituida el 4 de junio de 1999 para la producción y venta de productos químicos. En el año 2003, los socios de la compañía aprobaron su transformación en una sociedad anónima, así como el ingreso de nuevos asociados. En la siguiente tabla se presenta la composición del capital de Farben S.A. para el momento en que se perfeccionó la transformación antes mencionada:

Tabla n.º 1
Composición de capital de Farben S.A.
(noviembre de 2003)

Accionista	Acciones suscritas	Porcentaje de participación
Luz Amparo Mancilla	102.000	40%
Omar Fernando Martínez	102.000	40%
Liliana Castillo	40.800	16%
Alfonso Bolívar	5.100	2%
Virginia Torres	5.100	2%
Total	255.000	100%

Al momento de aprobarse la transformación de Farben Ltda. en una sociedad anónima, los asociados decidieron introducir en el artículo cuarto de los estatutos un término de duración de 10 años, por cuyo efecto la sociedad se disolvería el 28 de noviembre de 2013. Según consta en el acta n.º 14, correspondiente a la reunión de la junta de socios celebrada el 4 de noviembre de 2003, tanto los demandantes como los demandados en este proceso consintieron en fijar el aludido término estatutario de duración para Farben S.A.

Varios años después, a comienzos del 2011, se suscitaron agudas controversias entre los accionistas de Farben S.A.² A raíz de estas diferencias, los

² En el curso del conflicto mencionado en el texto principal, la junta directiva de Farben S.A., con los votos de Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo, decidió remover a Luz Amparo Mancilla de su



accionistas discutieron la posibilidad de dar por terminados sus vínculos societarios mediante la compra o venta de sus respectivas participaciones en el capital de Farben S.A. Así, el 24 de octubre de 2011, Luz Amparo Mancilla y Alfonso Bolívar decidieron ofrecer en venta sus acciones en la compañía. Los accionistas controlantes de Farben S.A., Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo, aceptaron las ofertas en cuestión, pero manifestaron su discrepancia respecto del precio establecido para la transferencia de las acciones en venta. Como resultado de lo anterior, se inició un proceso judicial ante esta Superintendencia, a fin de que se determinara el precio de las acciones en comento con el concurso de un perito experto. En el curso del aludido proceso, se debatió la posibilidad de que Farben S.A. continuara con sus operaciones con posterioridad al vencimiento del término de duración a que se ha hecho referencia.

El 11 de octubre de 2013, un mes antes de la expiración del término de 10 años contenido en el artículo cuarto de los estatutos de Farben S.A., se celebró una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de la compañía. Durante esa sesión, Luz Amparo Mancilla y Alfonso Bolívar propusieron extender la duración de Farben S.A. más allá de los 10 años pactados en noviembre de 2003. Sin embargo, Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo, propietarios del 56% de las acciones en que se divide el capital suscrito de Farben S.A., rechazaron la propuesta en cuestión. Al no haberse prorrogado el término estatutario bajo estudio, Farben S.A. se disolvió por ministerio de la ley el 28 de noviembre de 2013.

En vista de que la disolución de Farben S.A. acarreó la cesación de la actividad social, sus accionistas emprendieron gestiones para continuar, por su propia cuenta, con los negocios de la compañía. En particular, tanto los demandantes como los demandados le presentaron sendas propuestas a BASF Química Colombiana S.A. para que les adjudicaran el contrato de distribución que Farben S.A. había ejecutado por más de una década. Para tal efecto, Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo presentaron ofertas en nombre de Handler S.A.S., al paso que Luz Amparo Mancilla actuó como representante de la sociedad Tauroquímica S.A.S.³ Luego de un corto proceso de selección, BASF Química Colombiana S.A. escogió a Handler S.A.S. como la nueva distribuidora de sus productos en Colombia.

Una vez disuelta Farben S.A. y adjudicado el referido contrato de distribución a favor de Handler S.A.S., el liquidador de aquella sociedad inició las gestiones requeridas para cumplir con el trámite de liquidación privada regulado en los artículos 225 y siguientes del Código de Comercio. En el curso de este proceso, el liquidador celebró diversas operaciones con Handler S.A.S., incluida la transferencia, a favor de esta última compañía, de los inventarios remanentes de Farben S.A.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Luz Amparo Mancilla y Alfonso Bolívar han encontrado, en los hechos antes narrados, diversas causas para controvertir la conducta de los demandados en el presente proceso. Por una parte, se ha dicho que Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo, los accionistas controlantes de Farben S.A., defraudaron los intereses de los demandantes, al permitir que se venciera el término de duración pactado en los estatutos de la compañía para trasladar la actividad social hacia Handler S.A.S. De otra parte, según quedó claro a partir de las alegaciones formuladas en el curso del presente proceso, los demandantes consideran que Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo se han apropiado irregularmente de activos de propiedad de Farben S.A., con el concurso del liquidador de la sociedad.⁴

cargo como representante legal de la compañía, durante una reunión celebrada el 9 de marzo de 2012.

³ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 7 de noviembre de 2014, folio 204 del expediente (1:52:48 1:53:09).

⁴ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 15 de octubre de 2014, folio 170 del expediente (29:48 – 29:31).

A continuación se analizan cada una de las acusaciones formuladas por Luz Amparo Mancilla y Alfonso Bolívar en contra de los demandados.

A. Acerca de la disolución de Farben S.A.

Como ya se explicó, en la demanda se alega que los accionistas controlantes de Farben S.A. se valieron del vencimiento del término de duración previsto en el artículo cuarto de los estatutos sociales para defraudar los intereses de los asociados minoritarios Luz Amparo Mancilla y Alfonso Bolívar. En particular, los demandantes consideran que Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo se rehusaron a prorrogar el término de duración de Farben S.A., con el propósito exclusivo de trasladar la actividad de la compañía hacia Handler S.A.S. Tal y como se hizo constar en la demanda, ‘los señores Omar Fernando Martínez Lozano y Liliana Castillo Bautista [...] constituyen una sociedad aparte para excluir a sus antiguos socios y continuar con las operaciones mercantiles ejecutadas por FARBEN S.A. por más de 15 años a través de la nueva sociedad denominada HANDLER S.A.S.’ (vid. Folio 39).

Por su parte, los demandados han centrado su defensa en el hecho de que el término de duración en comento fue acordado con Luz Amparo Mancilla y Alfonso Bolívar. En criterio de uno de los apoderados de los demandados, ‘el término fue decidido por unanimidad de los cinco accionistas de Farben S.A. [...] en el año 2003’ (vid Folio 145). También se ha dicho que, tras la disolución de Farben S.A., los demandados quedaron en libertad para continuar, por su cuenta, con las actividades comprendidas en el objeto social de aquella compañía, particularmente en lo relacionado con el contrato de distribución celebrado con BASF Química Colombiana S.A. Según se anotó en una de las contestaciones de la demanda, ‘[Omar Fernando Martínez] es libre de crear empresa y el ser accionista de Farben S.A. en liquidación no le impide tener inversiones en otras sociedades y precisamente por esa libertad de empresa [...] es que mi poderdante decide invertir en la sociedad HANDLER S.A.S. [...] con el objeto de presentar oferta ante BASF, para obtener de ella la distribución de sus productos en el territorio colombiano’ (vid. Folio 144). Para reforzar este último argumento, los demandados han puesto de presente que Luz Amparo Mancilla, una de las demandantes en este proceso, también le presentó una propuesta a BASF Química Colombiana S.A. para reemplazar a Farben S.A. como la principal distribuidora de sus productos en el país. Así, pues, ‘BASF escoge el distribuidor [...]. BASF escogió a HANDLER S.A.S., pero pudo haber escogido a la acá demandante [...] ya que ella presentó propuesta para obtener esta distribución’ (vid. Folio 144).

Para resolver la controversia suscitada entre las partes, es indispensable resaltar que la disolución de Farben S.A. se produjo por virtud de una cláusula estatutaria pactada de común acuerdo entre los demandantes y los demandados en este proceso. En verdad, tal y como consta en los documentos recaudados por el Despacho, tanto Luz Amparo Mancilla como Alfonso Bolívar consintieron en fijar para Farben S.A. un término de duración de 10 años (vid. Folios 341 y siguientes). A pesar de lo anterior, se han esgrimido dos argumentos para sostener que Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo defraudaron los intereses de los demandantes al adherirse estrictamente a las disposiciones estatutarias convenidas en forma unánime entre los asociados de Farben S.A.

En primer lugar, se ha manifestado que la fijación del término de 10 años no obedeció a una decisión meditada de los demandantes, sino, más bien, a la necesidad de cumplir con una exigencia legal. Según la señora Mancilla, por ejemplo, ‘a nosotros nos dijeron que normalmente se colocaban 10 años. Nosotros dijimos “sí, 10 años está bien”. Es una formalidad y la decisión fue tomada de esa manera, como el cumplimiento de una formalidad. Perfectamente pudieron haber sido 20 o 30 [años], lo que nos hubieran sugerido ahí y nosotros lo hubiéramos tomado. No había el grado de conciencia como de decir “ah no, en diez años vamos a terminar Farben”, porque para que eso hubiera sido así era porque el contrato de



distribución con Basf tenía una fecha límite o algo así'.⁵ Por su parte, el señor Bolívar señaló que '[en la reunión del 4 noviembre de 2003] se aprobó fue unos estatutos en conjunto, eso no se discutió individualmente [...] simplemente se tenían unos estatutos, un paquete y eso se aprobó en conjunto. Eso nunca se discutió individualmente en asamblea. Y como les digo, nadie crea una empresa vinculada con la compañía química más grande del mundo hoy en día para acabarla en 10 años'.⁶

En este punto debe decirse que las justificaciones antes expuestas resultan a todas luces insuficientes para que este Despacho concluya que los demandados defraudaron los intereses de Luz Amparo Mancilla y Alfonso Bolívar. En efecto, parecería que los demandantes pretenden valerse de su propia impericia para desconocer lo pactado en la cláusula cuarta de los estatutos sociales de Farben S.A. Es evidente, en este sentido, que la falta de cuidado invocada por los demandantes no puede servir de excusa para restarle efectos a las disposiciones que ellos mismos accedieron a incluir en los estatutos de Farben S.A. Según lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, 'sobre los contratantes gravitan cargas de previsión y sagacidad [...]. Cada parte contratante debe proyectar razonablemente la estructura económica del contrato [...] sin admitírsele alegar torpeza (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*) o malicia en provecho propio, ni volver sobre su acto propio (*venire contra factum proprium*) o contrariar la confianza legítima (*Vertrauensschutz, legitimate expectations, legittimo affidamento, estoppel*)'.⁷

En segundo lugar, el apoderado de los demandantes ha pretendido desconocer los efectos del referido término estatutario de duración con base en la idea de que los negocios de Farben S.A. tenían una clara vocación de continuidad. En palabras del apoderado en cuestión, 'la sociedad HANDLER fue constituida para sustituir a FARBEN que, no obstante su término contractual de vencimiento, era una sociedad en marcha con proyectos y compromisos a largo plazo [...]' (vid. Folio 41).

Sin embargo, la evidente vocación de continuidad de los negocios de Farben S.A. tampoco es suficiente para eximir a los demandantes de respetar el compromiso contractual plasmado en el artículo cuarto de los estatutos sociales. Este Despacho ha insistido en la importancia de darle estricto cumplimiento a las reglas acordadas entre los asociados, tanto en los estatutos como en acuerdos de accionistas, para gobernar sus relaciones intrasocietarias.⁸ A lo menos en sociedades cerradas, tales reglas suelen reflejar compromisos obtenidos a partir de una concertación de las variadas expectativas económicas de los asociados. No puede entonces este Despacho desconocer la voluntad explícita de los asociados de Farben S.A. con base en la simple vocación de continuidad de los negocios de la compañía. De permitirse una intromisión judicial de esta naturaleza, se atentaría en contra de las expectativas económicas legítimas de los accionistas demandados, quienes convinieron con los demandantes que Farben S.A. se disolvería el 28 de noviembre de 2013.⁹

Ahora bien, las conclusiones antes expuestas habrían sido bastante diferentes si los accionistas controlantes de Farben S.A. hubieran decidido disolver a la compañía antes del vencimiento de su término de duración, con el propósito de apropiarse de la distribución de los productos de BASF Química Colombiana S.A. En esta hipótesis podría haberse configurado una actuación irregular, posiblemente

⁵ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 7 de noviembre de 2014, folio 204 del expediente (19:08-21:03).

⁶ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 7 de noviembre de 2014, folio 204 del expediente (1:21:45 – 1:23:15).

⁷ Sentencia del 21 de febrero de 2012 (Sala Civil).

⁸ Cfr., por ejemplo, la sentencia n.º 801-16 del 23 de abril de 2013.

⁹ Es importante, por lo demás, hacer énfasis en la necesidad de hacer efectivos los postulados que rigen la celebración y ejecución de contratos en Colombia, particularmente en lo que respecta al artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor, 'todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales'.



censurable al amparo de las normas que regulan la figura del abuso del derecho de voto. En el presente caso, sin embargo, quedó probado que la disolución de Farben S.A. se produjo por efecto de una cláusula estatutaria convenida libremente entre todos los accionistas de la compañía. Es por esta razón que el Despacho no puede permitir que los demandantes pretendan ahora desconocer su propia voluntad, plasmada en el artículo cuarto de los estatutos sociales, en el sentido de que Farben S.A. habría de disolverse el 28 de noviembre de 2013.

Una última consideración debe hacerse sobre la conducta de los accionistas de Farben S.A. con posterioridad al momento de la disolución de la compañía. Las pruebas disponibles apuntan a que tanto la señora Mancilla como los demandados intentaron hacerse a la distribución de los productos de BASF Química Colombiana S.A. Como se explicó en el acápite de hechos, Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo presentaron una oferta en nombre de Handler S.A.S., al paso que Luz Amparo Mancilla actuó como representante de la sociedad Tauroquímica S.A.S. Los intentos de la demandante por asumir la distribución de los productos de BASF Química Colombiana S.A. le dan fuerza a la idea de los demandados en el sentido de que, una vez disuelta Farben S.A. por el vencimiento de su término de duración, sus accionistas quedaron en libertad para desarrollar, por su propia cuenta, las actividades comprendidas en el objeto de esta compañía.¹⁰

B. Acerca de las operaciones celebradas entre Farben S.A. y Handler S.A.S.

Las pretensiones contenidas en la demanda también buscan que el Despacho censure la posible expropiación de los accionistas minoritarios de Farben S.A. En criterio del apoderado de los demandantes, el liquidador de la compañía ha concertado con los mayoritarios la distracción de cuantiosos recursos sociales hacia Handler S.A.S. Los argumentos presentados por los demandantes sobre este particular hacen necesario formular algunas consideraciones acerca de la expropiación de minoritarios.

1. Acerca de la expropiación de accionistas minoritarios

La expropiación de accionistas minoritarios es uno de los problemas que más atención ha recibido en el derecho societario comparado.¹¹ En el contexto de sociedades cerradas, es usual que los asociados controlantes celebren negocios jurídicos de diversa índole con la compañía en la que detentan participaciones de capital. Tales operaciones pueden incluso ser indispensables para asegurar la adecuada gestión de los negocios sociales, como ocurre cuando los mayoritarios le prestan sumas dinerarias a la compañía.¹² También es posible, sin embargo, que los accionistas controlantes se valgan de sus tratos con la sociedad para recibir anticipadamente una porción de la plusvalía generada por el cumplimiento de la actividad social o, incluso, para apropiarse en forma irregular de activos de propiedad de la compañía.¹³ En estos casos, los accionistas que contrataron con la

¹⁰ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 7 de noviembre de 2014, folio 204 del expediente (2:15:21 – 2:16:54).

¹¹ L Enriques y otros, *The Basic Governance Structure Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies* en R Kraakman y otros (eds), *The Anatomy of Corporate Law* (2009, OUP, Oxford) 89 a 113.

¹² SAC Estructuras Metálicas contra Daniel Correa (sentencia n° 801-35 del 9 de julio de 2013). Cfr. también a Z Goshen, *The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality* (2003) 91 Cal. L. Rev. 400 y a E Friedman y otros, *Propping and Tunnelling* (2003) NBER Working Paper n.° 9949.

¹³ FH O'Neal y RB Thompson, *Oppression of Minority Shareholders and LLC Members* (2004, 2ª ed., Thomson West) Sección 3.2.



sociedad pueden obtener un beneficio económico personal a expensas del interés social y en detrimento de los demás asociados.¹⁴

Puede pensarse, por ejemplo, en la venta de un activo social valorado en \$100.000.000 al accionista mayoritario de una compañía. Si el precio fijado para esa operación es de \$60.000.000, el referido controlante habrá obtenido un beneficio económico de \$40.000.000, en detrimento de la sociedad. Aunque este deterioro del patrimonio social perjudica en principio a todas las personas que detentan acciones en la compañía, incluido el controlante, el daño lo soportan principalmente los asociados que no participaron en la operación. En efecto, mientras que el controlante se lucró a título personal por la compra de activos sociales subvalorados, los demás accionistas no recibieron beneficio alguno por el perfeccionamiento de la venta.¹⁵ Por este motivo, se considera que los asociados que no participaron en esa operación fueron *expropiados*, a lo menos parcialmente, de un retorno sobre su inversión en el fondo social.¹⁶

Por supuesto que la celebración de negocios expropiatorios supone la anuencia de las personas encargadas de administrar los negocios sociales. Podría entonces pensarse que los administradores no estarían dispuestos a participar en operaciones que atentan gravemente contra los deberes legales que rigen su conducta. Sin embargo, como se ha reconocido en la doctrina societaria comparada, los administradores sociales tienen una relación de dependencia con las personas que pueden removerlos en cualquier momento, vale decir, los accionistas mayoritarios.¹⁷ Es decir que los administradores que se rehúsen a cumplir las instrucciones de un controlante serán rápidamente reemplazados por otros funcionarios más deferentes ante los intereses del mayoritario. No resulta para nada extraño, pues, que la expropiación de minoritarios suela producirse a partir de la distracción de recursos sociales concertada entre el controlante y los administradores.¹⁸

Las consideraciones formuladas en los párrafos anteriores justifican la intervención del estado en el diseño de mecanismos legales para combatir la expropiación de asociados minoritarios.¹⁹ Se trata, en verdad, de proteger el orden público económico ante los graves desbalances que se producirían si los

¹⁴ Este Despacho ha hecho referencia ya a las denominados rentas privativas (*private benefits of control*) que pueden extraer los accionistas controlantes de una sociedad (cfr. sentencia n.º 800-50 del 8 de mayo de 2015).

¹⁵ Martínez Neira ha calificado como abusiva la práctica de celebrar ‘contratos entre las sociedades y sus accionistas controladores, con miras a transferir rentas a título de prestaciones (precios o comisiones) irreales o de condiciones inusuales’ (NH Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario: Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios (2010, Abeledo Perrot, Bogotá) 514).

¹⁶ Para una explicación sobre las diferentes modalidades de expropiación de asociados minoritarios en el contexto de sociedades cerradas, cfr. a FH O’Neal y RB Thompson (2004). Para el caso de la sociedades abiertas, cfr. a VA Atanasov y otros, *Unbundling and Measuring Tunneling* (2014) UNIV ILL L REV 1697.

¹⁷ FH O’Neal y RB Thompson (2004) 3-5 a 3-8.

¹⁸ Para un estudio empírico sobre el particular, puede verse a M Zhang y otros *Controlling Shareholder-Manager Collusion and Tunneling: Evidence from China* (2014) 22 CORPORATE GOVERNANCE 6, 440 a 459.

¹⁹ Es factible, por supuesto, que los asociados pacten mecanismos contractuales de protección de minoritarios, tales como acuerdos de voto en convenios parasociales o mayorías calificadas en los estatutos. No obstante, además de los altos costos que representa para los empresarios diseñar estos mecanismos, los asociados difícilmente podrán anticiparse a todas las desavenencias futuras que puedan surgir en el curso de sus relaciones intrasocietarias. En otras palabras, estos mecanismos contractuales de protección suelen ser insuficientes para contrarrestar la expropiación de asociados minoritarios. Esta circunstancia es particularmente problemática para los asociados minoritarios de compañías cerradas, quienes no tendrán la opción de vender sus participaciones de capital en mercados de valores ante la expropiación concertada entre el mayoritario y los administradores (sentencia n.º 800-44 del 18 de julio de 2014).



controlantes pueden adueñarse impunemente de activos sociales.²⁰ Es por esta razón que en la mayoría de las legislaciones societarias contemporáneas se han previsto acciones legales para proteger a los asociados minoritarios ante la expropiación promovida por la mayoría.²¹ Las medidas disponibles para hacerle frente a este problema pueden ir desde la disolución forzosa ordenada por un juez, como ocurre en el Reino Unido, hasta las sanciones penales vigentes en Francia bajo el denominado uso irregular de activos sociales (*abus de bien sociaux*).²²

En Colombia se han contemplado también numerosos mecanismos legales para que los minoritarios se defiendan de la expropiación perpetrada por un asociado controlante.²³ Tal y como se explica a continuación, uno de los principales medios de defensa en hipótesis de expropiación de minoritarios puede encontrarse en el régimen especial de conflictos de interés consagrado en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009.

2. Conflictos de interés en operaciones con accionistas controlantes

En el derecho societario comparado se ha hecho énfasis en la necesidad de fiscalizar rigurosamente las operaciones celebradas entre una compañía y aquellas personas que, como en el caso de los accionistas controlantes, puedan tener alguna influencia sobre la gestión de los negocios sociales (*related party transactions*).²⁴ Este especial escrutinio se justifica por la posibilidad de que tales personas, conocidas en la doctrina comparada como ‘partes vinculadas’, se valgan de su ascendencia sobre la sociedad para extraer prerrogativas económicas inmerecidas en el curso de una relación contractual.²⁵ En la venta de activos sociales a un accionista controlante, por ejemplo, los administradores podrían verse alentados a fijar un precio irrisorio, aunque con ello se perjudique el patrimonio de la sociedad. Como ya se explicó, la potestad que suele tener el controlante de remover a los administradores en cualquier momento hace que tales funcionarios se muestren dispuestos a acatar las órdenes del asociado mayoritario.²⁶ Por los anteriores

²⁰ Es preciso hacer énfasis en la importancia que reviste dotar a los asociados minoritarios de mecanismos legales para contrarrestar la expropiación promovida por el controlante. De no existir medios efectivos de protección, las personas que pretendan adquirir participaciones minoritarias en el capital de una compañía simplemente se abstendrán de hacerlo o intentarán descontar del precio de compra las pérdidas futuras derivadas de la apropiación de recursos sociales por parte del mayoritario. Es decir que la carencia de protecciones legales efectivas incrementará visiblemente el costo de capital tanto en sociedades abiertas como cerradas (FH O’Neal y RB Thompson (2004) 1-7 a 1-8).

²¹ Para una descripción de tales mecanismos en la Unión Europea, cfr. a PH Conac y otros, *Constraining Dominant Shareholders’ Self-dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy* (2007) ECGI Working Paper n.º 88. Para los Estados Unidos, cfr. a V Atanasov y otros, *Law and Tunneling* (2011) 37 J CORP LAW 1.

²² P Davies, *Principles of Modern Company Law* (2008, 8ª Ed, Sweet & Maxwell, Londres); PH Conac y otros (2007).

²³ Por ejemplo, cuando la expropiación de asociados minoritarios sea perpetrada por virtud de una decisión del máximo órgano social, los asociados perjudicados podrán invocar la figura del abuso del derecho de voto regulada en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. Este mecanismo de protección permite que los minoritarios soliciten tanto la nulidad absoluta de la decisión social abusiva, como una indemnización de los perjuicios sufridos por la conducta reprochable del mayoritario. Este Despacho ha empleado la figura en cuestión para reprimir la conducta de asociados mayoritarios en la aprobación de procesos de capitalización (sentencia n.º 800-20 del 27 de febrero de 2014), la retención de utilidades (sentencia n.º 800-44 del 18 de julio de 2014), la remoción de administradores (sentencia n.º 800-73 del 19 de diciembre de 2013) y la enajenación global de activos (sentencia n.º 800-119 del 17 de septiembre de 2015). En los procesos mencionados, se hizo énfasis en que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para lesionar deliberadamente a la minoría, ni para que el accionista controlante se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados.

²⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights* (2012).

²⁵ L Enriques, *Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal)* (2015) 16 EUR BUSS ORG L REV 1.

²⁶ FH O’Neal y RB Thompson (2004) 3-5 a 3-8.



motivos, tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea se ha procurado que los jueces puedan escudriñar cuidadosamente los contratos suscritos entre una compañía y su accionista controlante, así como todas aquellas operaciones celebradas entre dos sociedades sujetas al control de una misma persona.²⁷

En Colombia, parece suficientemente claro que las normas que regulan los conflictos de interés de los administradores abarcan la celebración de operaciones con el accionista controlante de una sociedad. Aunque en nuestro sistema no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario, este Despacho ha puntualizado que, 'mientras subsista este vacío, les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido [...]'.²⁸

Debe entonces insistirse en que la celebración de contratos con los accionistas mayoritarios de una compañía le representa un manifiesto conflicto de interés a los administradores que participaron en el respectivo negocio.²⁹ En efecto, la relación de dependencia que existe entre administradores y controlantes es de suficiente entidad como para comprometer el juicio objetivo de aquellos funcionarios en el curso de una operación determinada. Según las explicaciones antes formuladas, este conflicto de interés se concreta, específicamente, en la potestad de los controlantes de remover a los administradores en cualquier momento. De suerte que los administradores que se propongan participar en operaciones con los asociados controlantes deberán surtir el trámite de autorización contemplado en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009 para los conflictos de interés.

El referido trámite también deberá cumplirse cuando se celebren operaciones entre compañías sujetas al control de una misma persona. Esta postura encuentra sustento, igualmente, en la influencia que puede ejercer el accionista controlante sobre los administradores de tales sociedades. Puede pensarse en el caso de una persona que sea propietaria, respectivamente, del 60% y el 90% de las acciones de dos compañías que contratan entre sí.³⁰ En este ejemplo, el accionista en cuestión podrá valerse de su potestad mayoritaria para incidir sobre los términos en que habrá de celebrarse el respectivo contrato. Es claro, además, que tal accionista tendrá incentivos para promover condiciones contractuales que favorezcan a la compañía en la que cuenta con una mayor participación de capital.³¹ Si la primera sociedad (en la que el accionista detenta el 60% de las acciones) le vende un activo a la segunda (en la que cuenta con el 90%), el controlante podría entonces instigar a los administradores de ambas sociedades a fijar un precio exiguo en el respectivo contrato de compraventa.

Así las cosas, siempre que una compañía pretenda celebrar operaciones con su accionista controlante o con sociedades controladas por ese mismo sujeto, deberá surtir el trámite previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.³² De no cumplirse con esta obligación, podrá solicitarse la nulidad absoluta

²⁷ Cfr. el Capítulo F de la Ley Tipo de Sociedades de Capital (*Model Business Corporation Act*) estadounidense, así como a L Enríques (2015).

²⁸ Sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014.

²⁹ Podría pensarse en una excepción a la regla general mencionada en el texto principal, en aquellos casos en los que, por virtud de mayorías calificadas o acuerdos parasociales, los accionistas mayoritarios no puedan remover libremente a los administradores.

³⁰ El Banco Mundial suele emplear el ejemplo presentado en el texto principal para medir el grado de protección de asociados bajo los índices del programa denominado *Doing Business*.

³¹ FH O'Neal y RB Thompson (2004) 3-121 a 3-136.

³² En estas hipótesis, sin embargo, el sistema de autorización previsto en la Ley 222 no permite descontar los votos de los asociados mayoritarios. De ahí que, mediante la simple aplicación de la ley de las mayorías, el mismo controlante que se propone contratar con la sociedad pueda impartir



del respectivo negocio jurídico, tal y como se ha reconocido expresamente en el Decreto 1925 de 2009. En el artículo 5 del Decreto en cita se dispone, además, que 'declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada'. También podrá hacerse efectiva la responsabilidad del respectivo administrador, por la violación expresa de los deberes legales a su cargo. En los términos del ya citado artículo 5, 'el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios'.

3. Acerca de la conducta del liquidador de Farben S.A.

Las pruebas consultadas por el Despacho apuntan a que el liquidador de Farben S.A., Edison Emir Hernández, ha celebrado numerosos contratos con Handler S.A.S., sin cumplir con el trámite del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Las operaciones en cuestión incluyen la venta de los inventarios remanentes de Farben S.A., así como la suscripción de un contrato de arrendamiento y la enajenación de diversos activos fijos de la compañía.³³

El Despacho también pudo establecer que los accionistas controlantes de Farben S.A. son propietarios de la totalidad de las acciones en que se divide el capital de Handler S.A.S. (vid. Folio 35). Así, pues, al momento de celebrarse las operaciones en cuestión, Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo, titulares del 100% de las acciones de Handler S.A.S., contaban con un interés económico contrapuesto al de Farben S.A., en la que detentan tan sólo el 56% de las acciones en circulación.

Con base en las anteriores explicaciones, puede decirse ahora que el liquidador de Farben S.A. estaba incurso en un conflicto de interés al representar a la compañía en la celebración de contratos con Handler S.A.S. Por una parte, las normas legales que rigen la conducta de los administradores sociales obligaban al señor Hernández a velar por los intereses de Farben S.A. En cumplimiento de tales reglas, el referido liquidador debía celebrar las operaciones cuestionadas bajo condiciones que favorecieran a Farben S.A. Al mismo tiempo, sin embargo, el referido liquidador contaba con importantes incentivos para proteger los intereses económicos contrapuestos de Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo.³⁴ Para satisfacer estos intereses, el liquidador debía pactar condiciones contractuales que beneficiaran a Handler S.A.S. La confluencia de los mencionados intereses contrapuestos en cabeza del liquidador de Farben S.A. hacía necesario surtir el procedimiento previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

La importancia de cumplir con el precitado requisito legal puede apreciarse, con claridad, en los efectos nocivos que las operaciones controvertidas tuvieron sobre el patrimonio de Farben S.A.³⁵ Por ejemplo, el perito designado por el

la aprobación exigida en la ley. Aunque esta posibilidad parecería hacer nugatorio el régimen de autorización contemplado en la Ley 222, no debe perderse de vista que, conforme al último inciso del numeral 7, 'la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad'. Lo anterior quiere decir que si las operaciones autorizadas le causan demérito al patrimonio social, será posible, en todo caso, controvertir tales negocios ante las instancias judiciales.

³³ El Despacho también encontró que el liquidador de Farben S.A. le vendió un vehículo de propiedad de la compañía al señor Omar Fernando Martínez. Sin embargo, en vista de que las pretensiones de la demanda abarcan apenas operaciones celebradas entre Farben S.A. y Handler S.A.S., el Despacho se abstendrá de pronunciarse sobre este particular.

³⁴ Además de la relación de dependencia que existe entre el aludido liquidador y los accionistas controlantes de Farben S.A., debe advertirse que el señor Hernández ha fungido en el pasado como abogado de Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo en procesos judiciales ante esta Superintendencia.

³⁵ Es pertinente aclarar que la existencia de un conflicto de interés no depende de las ganancias o pérdidas generadas a partir de las operaciones celebradas por los administradores (Cfr. sentencia n.º 800-102 del 5 de agosto de 2015).



Despacho encontró que el liquidador de la compañía le enajenó activos sociales a Handler S.A.S. por un valor inadecuado. A partir de la disolución de Farben S.A., el liquidador se dio a la tarea de venderle a terceros, a valor de mercado, los inventarios remanentes de la compañía. Con todo, en febrero de 2014, el señor Hernández empezó a transferirle tales activos a Handler S.A.S. por un valor inferior al pactado para las operaciones completadas con terceros.³⁶ Según aparece consignado en el correspondiente dictamen, 'durante el período evaluado, el margen de utilidad de Farben S.A. en liquidación, fue menor en las ventas realizadas a Handler S.A.S. en comparación con el obtenido al despachar los mismos productos a otros clientes habituales de la compañía' (vid. Folio 524). De manera que, por efecto de las operaciones celebradas con Handler S.A.S., Farben S.A. sufrió un demérito patrimonial de alrededor de \$1.439.061.603 (vid. Folio 890).

4. Conclusiones

Las pruebas recaudadas durante el curso del presente proceso dan cuenta de la expropiación de Luz Amparo Mancilla y Alfonso Bolívar, concertada entre el liquidador de Farben S.A. y los accionistas controlantes de la compañía. En efecto, los demandados se valieron de operaciones de diversa índole para distraer recursos sociales hacia Handler S.A.S., una sociedad en la que Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo detentan la totalidad de las acciones en circulación.

Para remediar la expropiación en comento, el Despacho hará uso de las reglas previstas en nuestro ordenamiento en materia de conflictos de interés, en los términos solicitados por los demandantes.³⁷ Según las explicaciones formuladas en el acápite anterior, el liquidador de Farben S.A. debió haber surtido el trámite regulado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 antes de representar a aquella sociedad en la celebración de contratos con Handler S.A.S. Sin embargo, las pruebas disponibles dan plena cuenta del incumplimiento de esa obligación legal.³⁸ Por este motivo, al amparo de la pretensión cuarta de la demanda y en los términos del Decreto 1925 de 2009, se declarará la nulidad absoluta de todas las operaciones celebradas entre Farben S.A. y Handler S.A.S. en violación de las reglas que componen el ordenamiento colombiano en materia de conflictos de interés.

Ahora bien, en vista de que Farben S.A. está disuelta y en estado de liquidación, el Despacho le ordenará a Handler S.A. que le restituya a aquella sociedad solamente las ganancias obtenidas a partir de la celebración de las operaciones viciadas por conflictos de interés. Para tal efecto, se atenderá a los cálculos efectuados por el perito designado en el curso del presente proceso, a partir de la revisión de las relaciones contractuales sostenidas entre Farben S.A. y Handler S.A.S. a partir de noviembre de 2013. Así, pues, el Despacho le ordenará a Handler S.A.S. que le restituya a Farben S.A. la suma de \$1.367.257.282, incluidos los intereses que correspondan hasta el momento en que se pague efectivamente esa obligación (vid. Folio 890). Con esta orden se busca no sólo darle cumplimiento al régimen colombiano en materia de conflictos de interés, sino, además, remediar la expropiación de los accionistas minoritarios de Farben S.A.

Finalmente, por virtud de la nulidad absoluta del contrato de arrendamiento a que se ha hecho referencia, Handler S.A.S. deberá entregarle a Farben S.A. la

³⁶ En palabras del liquidador de Farben S.A. las ventas a Handler S.A.S. se hacían 'por encima del costo, pero no al precio que se le daba a los clientes normalmente'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 11 de noviembre de 2014, folio 237 del expediente (9:19-10:15).

³⁷ En la pretensión cuarta de la demanda se solicita que se '[d]eclare que la sociedad Farben S.A. en liquidación ha efectuado operaciones y contratos con la sociedad Handler S.A.S. por fuera de las condiciones ordinarias y fuera de un escenario de liquidación, con el objeto de favorecer esta última (vid. Folio 92 y 93). Para consultar el alcance que se le ha dado a esta pretensión, cfr. la grabación de la audiencia celebrada el 18 de noviembre de 2014, folio 259 del expediente (1:05-7:36).

³⁸ Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 11 de noviembre de 2014, folio 237 del expediente (27:50-28:46).



tenencia sobre la bodega n.º 3, ubicada en Carrera 97 n.º 24 C – 23 Agrupación Muelle Industrial (Fontibón) (vid. Folio 117).

IV. COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de los demandantes y a cargo de los demandados una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar que Edison Emir Hernández, Omar Fernando Martínez y Liliana Castillo concertaron la distracción de recursos de propiedad de Farben S.A. hacia Handler S.A.S.

Segundo. Declarar la nulidad absoluta de todos los actos y contratos que permitieron la distracción de los recursos mencionados en el numeral anterior, por la violación de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009.

Tercero. Ordenarle a Handler S.A.S. a pagarle inmediatamente a Farben S.A. la suma de \$1.367.257.282, junto con los intereses bancarios corrientes que se causen hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo de esta obligación.

Cuarto. Ordenarle a Handler S.A.S. que le entregue a Farben S.A. la tenencia sobre la bodega n.º 3, ubicada en Carrera 97 n.º 24 C – 23 Agrupación Muelle Industrial (Fontibón).

Quinto. Desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Sexto. Condenar en costas a los demandados y fijar como agencias en derecho, a favor de los demandantes, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La anterior providencia se profiere a los nueve días del mes de noviembre de dos mil quince y se notifica en estrados.

El Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

José Miguel Mendoza

Nit: 800021522 Código Dep: 800
Exp: 29003 Trámite: 170001
Rad: 2014-01-275367 Cod F: M6866
2015-01-403523