

**La inoperancia de la acción social de responsabilidad contra administradores
sociales en Colombia**

**The ineffectiveness of the social action of responsibility against social
directors in Colombia.**

Andrés Alejandro Díaz Huertas¹

2020

Resumen

El presente artículo analiza los requisitos consagrados en la regulación colombiana para que se pueda adelantar una acción social de responsabilidad contra los administradores de sociedades comerciales, su falta de aplicabilidad en la práctica, las alternativas vigentes en el ordenamiento societario con que cuentan los accionistas minoritarios para hacer frente a la imposibilidad de hacer valer judicialmente la responsabilidad de los administradores. Igualmente examina la forma como en derecho comparado se regulan las acciones de responsabilidad contra administradores, los proyectos de ley que en Colombia han intentado modificar el régimen de la acción

¹ Abogado especialista en derecho comercial y financiero, magister en derecho, candidato a especialista en derecho informático y de las nuevas tecnologías, docente de la facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, asesor empresarial y litigante. E-mail: adiaz@dhalegal.com

social de responsabilidad, algunas propuestas de la doctrina nacional, y finalmente plantea nuestra propuesta de solución.

Palabras claves: Acción social de responsabilidad, legitimación de asociados, perjuicios al patrimonio social, resarcimiento de perjuicios sociales.

Abstract

This article analyzes the requirements established by Colombian regulation for overtaking a social action of responsibility against the directors of commercial corporations, its lack of practical applicability, the prevailing alternatives in the corporate law that have the minority shareholders for facing the impossibility to make responsible the directors judicially. Likewise examines the way as in comparative law are regulated the actions of responsibility against the directors, the projects of law that in Colombia have tried to modify the regimen of the social action of responsibility, some proposals of national doctrine, and, finally, our proposal of solution.

Keywords: Social action of responsibility, shareholders legitimization, corporate damages, compensation of corporate damages.

Introducción

Con relación a las acciones judiciales que se pueden ver avocados los administradores de las sociedades comerciales en Colombia por el ejercicio de su cargo, se analiza si en la práctica, luego de más de 24 años de entrada en vigencia de la Ley 222 de 1995, la acción social de responsabilidad (en adelante la acción social),

consagrada en el artículo 25 de la precitada ley, en verdad ha posibilitado que se haga efectiva la responsabilidad patrimonial de los administradores.

Se evidenció en la investigación que los requisitos exigidos en la precitada norma, por la conformación accionaria y administrativa de las sociedades en Colombia, no han permitido en la realidad que la asamblea de accionistas o junta de socios decida adelantar una acción social en contra de los administradores. Por tanto se estudian y plantean posibles soluciones al problema reseñado.

Esta investigación inició de la observación e identificación en el ejercicio profesional, de varios casos en los que se presentó la negativa al interior del máximo órgano social de las compañías de aprobar el adelantamiento de una acción social en contra de los administradores; situación práctica que luego pasó a ser corroborada en la doctrina societaria nacional y extranjera, así como en la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades, y en los proyectos de ley en Colombia que hicieron alusión a la problemática práctica que ha tenido el ejercicio de la acción social.

Se estudió la regulación de países como Francia, Estados Unidos, España, Chile, Argentina, Perú y México, en punto de las acciones sociales y de los requisitos exigidos en dichas legislaciones para su ejercicio. Posteriormente, se clasificó y analizó todo el material recopilado, actas de asambleas y juntas de socios, doctrina, artículos científicos, legislaciones foráneas, pronunciamientos judiciales y proyectos de ley, aplicando para tal fin el método inductivo y cualitativo, lo que permitió identificar las razones por las cuales se presenta el problema objeto de investigación. Se estudiaron

las alternativas judiciales vigentes con las que cuentan en Colombia los accionistas minoritarios que se ven afectados al no poderse demandar por la compañía a sus administradores, y algunas propuestas formuladas por un número minoritario de la doctrina nacional.

Este artículo finaliza con una propuesta de solución planteada con el propósito de que sea estudiada por los expertos en el campo del derecho societario y de que sea tomada en cuenta en las presentes y futuras reformas legislativas en la materia.

Evidencia del problema

La responsabilidad patrimonial de los administradores de sociedades comerciales solo se puede hacer valer en un proceso judicial, al cual se acude en virtud de una acción social de responsabilidad cuando el daño es causado al patrimonio de la compañía o de una acción individual de responsabilidad cuando el detrimento económico es generado al patrimonio personal de los asociados.

Estas acciones las regula el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, que condiciona el ejercicio de la acción social de responsabilidad a que la misma sea aprobada por la asamblea de accionistas o junta de socios, con la mitad más uno de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la respectiva reunión.

La condición antes referida para que se pueda hacer uso de la acción social, ha suscitado un inconveniente práctico ligado a factores fácticos y jurídicos. De un lado, la conformación del capital y de los órganos de administración en las sociedades colombianas, y del otro, la posibilidad con que cuentan los administradores, los

revisores fiscales y los socios ausentes y disidentes para impugnar las decisiones adoptadas por el máximo órgano social de acuerdo con el artículo 191 del Código de Comercio.

En punto de lo primero, se ha identificado que, en Colombia, existe lo que Córdoba (2014), considera el principal problema de gobierno corporativo en el derecho societario colombiano, que *“consiste en la excesiva concentración de la propiedad accionaria y en el poder excesivo del accionista de control que muchas veces es administrador de hecho, generándose por tanto un importante problema de agencia”*. En el mismo sentido, Tamayo (2018), considera que el voto del mayoritario será negativo porque lo común es que este inflencie las actuaciones del administrador.

La particularidad aludida también ha sido reconocida en los distintos proyectos de ley que en materia societaria se han sometido a discusión y aprobación del congreso de la República durante los últimos años, en donde se ha afirmado reiteradamente que:

En un contexto de marcada concentración de capital es evidente que quienes detentan esas mayorías son, normalmente, las mismas personas que controlan la administración de las sociedades. En muchas ocasiones son, incluso, los mismos individuos que ocupan las curules en la junta directiva y los cargos de representación legal en la sociedad. (Proyecto

de ley 070, 2015; Proyecto de ley 231 de 2017; Proyecto de ley 002 de 2017; Proyecto de ley 036 de 2018).

La situación antes descrita incide significativamente al momento de discutirse y votarse en el seno del máximo órgano social la proposición de iniciar una acción social de responsabilidad en contra del administrador. Si los accionistas mayoritarios pueden participar con su voto en la decisión de adelantar un proceso judicial de responsabilidad en contra del administrador, y dichos accionistas son los que controlan la administración o directamente ejercen la misma, se presenta un evento de conflicto de intereses; el de la sociedad de perseguir en juicio la responsabilidad del administrador en aras del resarcimiento del patrimonio social, y el del accionista controlante de la administración o que directamente la ejerce de que él o el administrador que controla no sea demandado ni removido de su cargo por efecto de la determinación de adelantar la acción social como lo establece la ley. Martínez Neira (2010), considera este como el clásico ejemplo de conflicto de interés, pues implica la revocación del administrador y la asunción por este de su responsabilidad. Y agrega que la profesora española Carmen Alborch, opina que una persona no puede ser juez y parte en esta determinación, pues no estaría en posición de hacer un juicio de valor de su conducta, ya que prevalecería el interés del administrador de permanecer en el cargo y de que no se inicie un proceso de responsabilidad en su contra, sin contemplar el interés de la sociedad.

Sobre este aspecto la Superintendencia de Sociedades en sus conceptos en sede administrativa ha sido cambiante, en un momento sostuvo que si bien el artículo 25 de

la ley 222 de 1995 no consagraba la exclusión del voto del administrador en la proposición de adoptarse una acción social de responsabilidad, se presentaba un conflicto de intereses del socio administrador, que hacía que tuviera que abstenerse de votar en dicha determinación por mandato del numeral 7 del artículo 23 de la nombrada ley (Oficio 220-142204 del 15 de julio de 2016). Con posterioridad, señaló que dado que el artículo 25 no contemplaba la exclusión del derecho de voto del socio administrador, y que tampoco lo hace ninguna otra disposición, este podía ejercer su derecho de voto a cabalidad en la determinación de adelantarse una acción social en su contra (Oficio 220-205096 del 9 de noviembre de 2016, reiterado en Oficio 220-135454 del 4 de septiembre de 2018).

Si bien es cierto que el artículo 25 en efecto no permite excluir el voto del accionista que de manera concomitante es administrador, también lo es que en la práctica sí se presenta la aludida situación de conflicto de intereses. Pero hasta tanto un juez no declare la nulidad absoluta del voto del socio administrador en virtud de la acción prevista en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 (subrogado por el Decreto Nacional 1074 de 2015), ese voto es válido y por consiguiente forma parte de la votación que se hubiese emitido sobre la proposición de iniciar una acción social, cuyo resultado será negativo, en la hipótesis en que el referido socio sea el mayoritario.

La imposibilidad de hacer valer judicialmente la responsabilidad patrimonial del administrador vía acción social, también se presenta en el evento en el que este no es el accionista mayoritario o controlante, pero sí es quien ha sido designado en su cargo por el voto mayoritario de este último. Córdoba Acosta (2014), sostiene que a dicho

mayoritario le basta con asistir a la reunión y votar en contra de la proposición de iniciar la acción social contra el director de su confianza colocado por él.

Lo anterior, se ha podido constatar en los distintos casos sometidos a resolución de la Superintendencia de Sociedades por vía judicial, de los cuales se destacan los dirimidos en las siguientes providencias: Sentencia No. 800-54 (15 de mayo de 2015); auto No. 2019-01-010991 (17 de enero de 2019); Sentencia No. 800-26 (13 de abril de 2016); Sentencia No. 800-21 (30 de marzo de 2017); Sentencia No. 800-116 (24 de noviembre de 2017); Se enfatiza lo manifestado por esta Superintendencia:

No obstante, la regla del artículo 25 ha hecho inviable, en la práctica, el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad en hipótesis de expropiación de minoritarios. Ello obedece a que, cuando el controlante se ha apropiado de recursos de la compañía en su calidad de administrador o con el concurso de los administradores, será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad en la asamblea general o junta de socios. En verdad, conforme a la ley de las mayorías, la decisión de presentar la acción social dependerá del voto del mismo controlante que se lucró por la actuación desleal reprochada. Parece entonces poco probable que el controlante decida tramitar un proceso judicial en contra de sí mismo o de las personas que le permitieron apropiarse de recursos sociales en forma irregular (Sentencia No. 800-52, 9 de junio de 2016, p.8);

La jurisprudencia anterior confirma la problemática que afronta el derecho societario colombiano, en la medida que la inoperancia de la acción social de responsabilidad, por factores como el ya reseñado de que los accionistas controlantes, en pro de sus propios intereses y dejando de lado los de la sociedad, se valen de este de forma abusiva y rechazan en asamblea o junta de socios la adopción y ejercicio de dicha acción. Si a esto se suma que, tal y como se indica en estos pronunciamientos, la única vía judicial disponible en Colombia para procurar el resarcimiento de los perjuicios causados por los administradores al patrimonio social, es precisamente la acción social de responsabilidad, los accionistas minoritarios que pretendan ver reestablecido dicho patrimonio y que hubiesen propuesto el ejercicio de la aludida acción, al ser esta rechazada y al no poderse demandar al administrador, se encontrarán jurídicamente desprotegidos y se verán económicamente perjudicados, por la disminución del valor intrínseco o patrimonial de sus acciones, y por no ingresar unos recursos que contribuyan con el incremento del rubro de utilidades de la sociedad.

La doctrina y jurisprudencia hasta aquí reseñadas, han abordado el problema referenciado desde la óptica del conflicto de intereses, del abuso del derecho de voto, y del ejercicio de las acciones correlativas a tales figuras reguladas en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 y el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. Sin embargo, estas alternativas de solución no resuelven el inconveniente de fondo tal y como se explicará más adelante.

Con respecto al segundo factor que incide en la aplicación práctica de la acción social de responsabilidad, esto es, que la decisión de aprobarse el ejercicio de la misma

por parte del máximo órgano social, o su consecuencia que es la remoción del administrador, pueda ser impugnada por los administradores, por el revisor fiscal y por los accionistas ausentes o disidentes de acuerdo con el artículo 191 del Código de Comercio, debe decirse que dentro de los pocos casos encontrados en los que se aprobó ejercer una acción social, se presentó el ocurrido en la junta de socios de una sociedad en comandita, en la que se decidió el 5 de diciembre de 2011 por parte de los socios comanditarios que representaban el 59.87% del capital social, iniciar una acción social de responsabilidad en contra del socio gestor y representante legal principal. Este administrador, quien a su vez era socio comanditario, en esta calidad impugnó la remoción del administrador producida como resultado de la aprobación del inicio de la acción, lo que dio lugar al proceso abreviado de impugnación de actas identificado con radicado No. 046-12 ante el Juzgado 3 Civil del Circuito de Cartagena, de Pablo Andrés Piedrahita Salóm en contra de INVERSIONES ZAMI & CIA. S. EN C.S.

En este proceso el juez de primera instancia dictó sentencia el día 22 de mayo de 2015, la cual fue favorable a la demandada, en la medida en que el juez determinó que la decisión de adelantar la acción social con la consiguiente remoción del administrador, se había ajustado a derecho. Sin embargo, el fallo fue apelado por el demandante, apelación que cursó ante la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, magistrado ponente Omar Alberto García Santamaría, el que profirió sentencia el día 29 de octubre de 2015 confirmando la sentencia de primer grado.

Pasaron casi cuatro años para que la decisión de demandar al administrador fuera definitiva. En una situación como la descrita en precedencia, en la que los hechos por los cuales se pretendía demandar la responsabilidad del administrador, naturalmente debían haber ocurrido con anterioridad a la fecha en la que se aprobó iniciar la acción social, la sociedad se puede ver abocada a que, al tiempo de instaurar la demanda, el demandado formule la excepción de prescripción, y a que el juez determine que efectivamente se configuró dicho fenómeno, por haber transcurrido más de cinco años con respecto a los actos u omisiones del administrador, en aplicación del artículo 235 de la Ley 222 de 1995.

El hecho de que la decisión de adelantarse la acción social pueda ser demandada, así concurra o no alguna de las causales de impugnación del artículo 191 del Código de Comercio, implica que se deba adelantar el proceso judicial y que tal determinación quede sujeta a lo que resuelva el juez que conozca de la impugnación, más el riesgo de prescripción de la acción antes aludido.

En vista de los inconvenientes planteados en el presente texto, surge el interrogante de si se justifica en el ordenamiento jurídico colombiano, sujetar el inicio de una acción judicial en contra del administrador a la aprobación de la asamblea de accionistas o junta de socios y bajo qué condiciones. Para tal fin se estudiará lo que en derecho comparado se ha regulado en punto de la acción social.

Las Acciones de Responsabilidad Contra Administradores Sociales en el Derecho Comparado.

En las legislaciones foráneas encontramos diversas alternativas de legitimación para el ejercicio de acciones sociales. Hemos identificado algunos grupos de acuerdo a los elementos coincidentes en cada regulación, lo que se pasa a estudiar.

a. Legislaciones que Legitiman Directamente al Accionista Para que de Forma Individual o Colectiva y sin Necesidad de Autorización del Máximo Órgano Adelanten la Acción social.

En este grupo tenemos a Francia y Estados Unidos. En el primero de ellos, se consagra la posibilidad de que los accionistas individualmente considerados, o bien de forma asociada en las condiciones que determina la ley, adelanten de manera directa contra los administradores o directores una acción social de resarcimiento en la que persigan la reparación íntegra del patrimonio de la sociedad (Código de Comercio Francés, artículo L225-252 modificado por Ley nº 2001-420, Artículo 107 8º, 15 de mayo de 2001a). Bajo este ordenamiento jurídico no se requiere de autorización del máximo órgano para que se pueda ejercer la acción social. Por el contrario, este ordenamiento establece mecanismos encaminados a que esta acción no dependa en ningún caso de la aprobación de la junta general. Así, se determina que, si en los estatutos de la sociedad se consagran cláusulas que subordinen el ejercicio de la comentada acción al acuerdo o autorización previa de la junta general, o que impliquen la renuncia anticipada a dicho mecanismo judicial, tales cláusulas se tendrán por no

puestas, es decir, no producen efectos. Igualmente, la normatividad francesa señala que ninguna decisión de la junta general puede tener como efecto la extinción de una acción social de resarcimiento en contra de los administradores (Código de Comercio Francés, artículo L225-253 modificado por Ley nº 2001-420, Artículo 107 9°).

En Estados Unidos, informa Tamayo Cardona, (2018), se contempla la denominada acción derivada (derivative action), similar a la acción social de responsabilidad colombiana, acción que pueden adelantar quienes hayan ostentado la calidad de accionista al tiempo de la ocurrencia de los hechos del administrador que indirectamente afectaron a los accionistas.

Como se observa, coinciden la legislación francesa y norteamericana en que los accionistas están facultados para ejercer de forma directa la acción social o derivada en aras del resarcimiento del patrimonio social, sin que para ello dependan de la aprobación previa del máximo órgano de la compañía.

b. Legislaciones que Legitiman a los Accionistas Minoritarios para Ejercerla de Forma Subsidiaria o Directa en Hipótesis de Infracción del Deber de Lealtad por el Administrador.

En este grupo tenemos el caso de España, en el que la ley de sociedades comerciales (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), prevé que corresponde a la sociedad entablar la acción de responsabilidad contra administradores, previa aprobación de la junta general con el voto de la mayoría ordinaria.

Dentro de las características contempladas para la adopción de la acción se destacan las siguientes: i) Cualquier socio puede solicitar que se convoque a la junta general para la aprobación de la acción; ii) La junta general puede transigir o renunciar en cualquier momento al ejercicio de la acción, siempre que no se opongan socios representantes del 5% del capital social; iii) El acuerdo de promover la acción o de transigir implica la destitución del administrador afectado; iv) La aprobación de las cuentas anuales no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad, ni comporta la renuncia de la acción acordada o ejercitada (artículo 238).

Como mecanismo subsidiario la ley española les permite a los socios minoritarios que posean individual o conjuntamente la participación requerida por la ley para solicitar convocar, adelantar la acción de responsabilidad contra administradores en defensa de los intereses de la sociedad. A este respecto señala Fernández Aguado (2015), que únicamente en los casos en los que la sociedad no la ejercita, el legislador ha querido atribuir una legitimación sustitutoria a los accionistas que reúnan unos porcentajes mínimos, quienes en este caso actuarán por cuenta y en beneficio de la sociedad, pues las resultas de su actuación procesal irán a parar al patrimonio social.

Los eventos en los que se activa esa legitimación subsidiaria o sustitutoria son los siguientes: i) Cuando los administradores no convoquen a la junta general solicitada para la adopción de la acción; ii) Cuando, aprobado el ejercicio de la acción, la sociedad no la instaure dentro del mes siguiente; y, iii) Cuando la decisión o acuerdo de la junta general sea el de no exigir la responsabilidad al administrador (artículo 239).

Además de la legitimación subsidiaria antes descrita, la ley de sociedades comerciales, por modificación que a la misma hizo la Ley 31 de 2014, faculta a los socios minoritarios que reúnan la participación antes mencionada, para que de manera directa ejerzan la acción social de responsabilidad, cuando esta se fundamente únicamente en la infracción al deber de lealtad del administrador (artículo 239, modificado por el art. único.21 de la Ley 31/2014, 3 de diciembre).

Señala Arcila Salazar (2017), que la acción directa obedece al posible abuso de la mayoría, la que en gran parte de los casos ejerce directa o indirectamente la administración. Sánchez Calero (2015), sostiene que esta solución resalta la importancia que en la nueva ley de sociedades ha pasado a tener el deber de lealtad, cuya inobservancia faculta a la minoría para demandar a los administradores en defensa del interés de la sociedad, pues someter la iniciativa de dicha minoría a la aprobación de la junta general constituía un obstáculo pues este órgano lo más probable es que la iba a rechazar.

En el ámbito procesal, Zurita Vicioso (2010) señala que la Ley 31 de 2014 modificó el apartado segundo del artículo 239 de la ley de sociedades, imponiendo una obligación para la sociedad, la de reembolsar los gastos necesarios en los que los accionistas hubieren incurrido con ocasión de la acción adelantada en interés de la sociedad, a menos que dichos accionistas hubieren obtenido el reembolso o este hubiese sido incondicional.

c. Legislaciones que Autorizan a Cierta Número de Accionistas Para que Adelanten Directamente la Acción en Defensa de los Intereses de la Sociedad Ante Determinados Eventos.

En este grupo tenemos los regímenes societarios chileno y argentino. En Chile, señala Calaza López (2005) que “La acción social de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la Junta General, que puede ser adoptado, aunque no conste en el orden del día (ex. art. 134. 1º)”, y agrega que los accionistas representantes de por lo menos un 5% pueden solicitar la convocatoria para que en la junta general se decida sobre la acción social, aunque en paralelo la ley permite que tales accionistas entablen la acción de responsabilidad en defensa del interés de la sociedad, en los eventos de ausencia de convocatoria por los administradores, no adelantamiento de la acción dentro del mes siguiente de su adopción en la junta, o decisión de esta en contra de hacer valer la responsabilidad del administrador.

Bajo esta regulación, ocurra cualquiera de las hipótesis aludidas en precedencia, incluso la de que la junta general decida no exigir la responsabilidad al administrador, los accionistas minoritarios podrán en todo caso acudir al juez a presentar su acción de responsabilidad en defensa de los intereses de la compañía.

En Argentina, la legitimación para adelantar la acción social de responsabilidad corresponde a la sociedad, previa resolución de la misma por la asamblea de accionistas. Tal determinación puede adoptarse así no conste en el correspondiente orden del día, siempre y cuando se relacione directamente con algún punto de este, e

implica la remoción del director o directores contra quien se adelante la acción (Ley General de Sociedades No 19550, artículo 276).

Subsidiariamente cualquier accionista puede ejercer la referida acción, siempre y cuando la asamblea haya aprobado el inicio de la misma, pero sin que la sociedad, pasados tres meses de dicha aprobación, hubiese presentado la respectiva demanda (Ley General de Sociedades No 19550, artículo 277).

Ha sido recurrente en Argentina la interposición de acciones individuales de responsabilidad por la comisión de conductas de los administradores que afectan es al patrimonio de la sociedad y que por consiguiente ameritarían el inicio de acciones sociales. Afirma Cerizola (2007) que la jurisprudencia argentina ofrece innumerables ejemplos de pretensiones rechazadas por haber iniciado como acción individual lo que sólo podía plantearse como acción social, en razón a que aquella acción sólo puede ser ejercida por quien ha sufrido un perjuicio directo y no por daños indirectos producidos por la afectación del patrimonio social (Sentencia del 16 de mayo de 1995, de la Sala E de la Cámara Nacional en lo Comercial, publicada en ED, 168-497).

d. Las que Establecen la Legitimación Para el Ejercicio de la Acción Social en Cabeza de la Asamblea y de los Socios Individualmente Considerados, pero que Limitan el Ejercicio de estos Últimos a lo que Decida Aquella para el Adelantamiento de la Acción de Forma Directa.

Los ordenamientos jurídicos societarios que hacen parte de esta clasificación son el mexicano y el peruano. En México, la ley de sociedades mercantiles del 4 de agosto de 1934, establece que la acción de responsabilidad en interés de la sociedad contra los gerentes, para el reintegro del patrimonio social, pertenece a la asamblea y a los socios individualmente considerados, aunque estos, no podrán ejercer la acción si la asamblea, con el voto de por lo menos tres cuartas partes del capital social, decide absolver al administrador de su responsabilidad (artículo 76).

Bajo esta norma es claro que si bien en un principio la ley dota de legitimación a los socios para el ejercicio de la referida acción, independientemente de su porcentaje de participación en el capital, al mismo tiempo les restringe tal posibilidad, en el evento en el que el máximo órgano hubiese decidido con la aludida mayoría no iniciar ninguna acción en contra del administrador.

La misma ley en su artículo 161, determina que la responsabilidad de los administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la que designará la persona que haya de adelantar la mencionada acción.

El primero de los preceptos citados, remite al artículo 163, que consagra la posibilidad de que los accionistas, representantes de cuando menos el 33% del capital, de forma directa ejerzan la acción de responsabilidad contra los administradores, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: La primera, que la demanda que se presente comprenda el monto total de las responsabilidades a favor de la sociedad, y no únicamente el interés personal de los proponentes; y la segunda, que los actores o

demandantes, no hayan aprobado la resolución de la asamblea de accionistas de no proceder contra los administradores. En todo caso los resultados del proceso serán siempre en beneficio de la sociedad, en la medida en que los bienes que se obtengan ingresarán al patrimonio social.

Sobre este particular comenta Vásquez Del Mercado 1980 (pp. 165-166) que la responsabilidad de los administradores, al ser frente a la sociedad, sólo podrá ser demandada por esta a través de sus órganos competentes, no pudiendo los socios individualmente considerados adelantar dicha acción, por cuanto ningún vínculo los une con los administradores, ya que estos reciben el mandato es de la sociedad y no de sus asociados.

En síntesis, en el régimen societario mexicano existen dos caminos para hacer valer la responsabilidad del administrador. El que se origina en el acuerdo de la asamblea de accionistas de ejercer la acción de responsabilidad por parte de la propia sociedad, y el que adelantan de manera directa los socios representantes de por lo menos el 33% del capital social pero siempre en interés de la persona jurídica, que no depende en lo absoluto de una autorización o acuerdo previo del máximo órgano social, sino de que se cumplan los requisitos del artículo 163 ya comentados.

Resulta relevante destacar, que la misma ley de sociedades comerciales establece la prohibición para los administradores de votar en las deliberaciones atinentes a su responsabilidad. Si se infringe tal prohibición la ley trae como consecuencia la nulidad

de la decisión, si descontado el voto del administrador no se obtiene la mayoría requerida (artículo 197).

En el caso peruano, la ley general de sociedades (Ley 26887 de 1997), le da a la acción social de responsabilidad un tratamiento casi idéntico al de la legislación mexicana. Así, determina que la pretensión social de responsabilidad contra cualquier director se promueve en virtud de acuerdo de la junta general, aunque el punto no haya sido materia de la convocatoria. De forma subsidiaria faculta a cualquier accionista para que adelante la acción, en el evento en el que adoptada la decisión por parte de la junta de demandar al director, la sociedad no hubiese interpuesto la demanda dentro de los tres meses siguientes (artículo 181).

Igualmente la ley general de sociedades reviste de legitimación a los accionistas titulares de por lo menos un tercio del capital social, para que de forma directa y sin depender de una autorización o aprobación previa de la junta general, adelanten la pretensión social de responsabilidad contra los directores, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: Que la demanda comprenda las responsabilidades a favor de la sociedad y no el interés particular de los demandantes y; que en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la junta general sobre no haber lugar a proceder contra los directores.

Explica Elías Laroza 2008 (pp. 433 a 437), que para que la junta de socios no pierda tiempo y dada la gravedad de la decisión, esta se puede tomar así no conste en el orden del día de la convocatoria. En cuanto a la legitimación excepcional que la ley confiere

a los accionistas para que estos de forma directa adelanten la pretensión social y sin depender de la junta general, comenta dicho autor que el objeto de la misma es evitar que la mayoría con su voto encubra a los directores culpables, limitando así la posibilidad de que sea reconstituido el patrimonio social, aunque, tal legitimación depende de que se cumplan los requisitos y condiciones establecidos en la norma, cuya finalidad es la de evitar que cualquier accionista emprenda procesos de esta naturaleza, en una política de acoso indebido a los administradores.

Alternativas Actuales Para Contrarrestar La Imposibilidad De Adelantarse Una Acción Social De Responsabilidad, y Algunas Propuestas De Solución.

Se hace ahora necesario estudiar, las alternativas vigentes en el ordenamiento positivo Colombiano para hacer frente al comentado problema, algunas propuestas de solución planteadas por la doctrina, las iniciativas legislativas al respecto, y finalmente mi propuesta de solución.

a. Alternativas Vigentes en el Ordenamiento Jurídico Colombiano para hacer Frente a la Imposibilidad de hacer Efectiva la Acción Social.

La práctica judicial societaria en nuestro país ha demostrado que ante el obstáculo que se presenta para el adelantamiento de acciones sociales de responsabilidad contra administradores, los socios o accionistas que indirectamente se ven afectados por tal fenómeno, han acudido al ejercicio de acciones judiciales que de alguna manera intentan contrarrestar los efectos de los actos de los administradores que le ocasionan

perjuicios a la sociedad, bien en aras del restablecimiento del patrimonio social, o en búsqueda de un resarcimiento económico directo.

Es así como se ha optado por hacer uso de la acción de abuso del derecho de voto prevista en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008; por la utilización de la acción de nulidad absoluta por violación del régimen societario de conflicto de intereses consagrada en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009; e incluso se ha hablado de una acción por violación del deber de lealtad en cabeza del accionista mayoritario.

Acción de abuso del derecho de voto. El artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, consagra la acción de nulidad absoluta por ejercicio abusivo del derecho de voto de los accionistas. Conforme con esta disposición, se torna el voto en abusivo por tres causales: I) Por ejercerse con el propósito de causar daño a la compañía o a sus accionistas; II) Por ejercerse para obtener para el accionista o para un tercero ventaja injustificada; y III) Por traer como resultado un perjuicio para la sociedad o para los otros accionistas.

En el caso del voto del accionista mayoritario que niega el inicio de una acción social de responsabilidad contra un administrador, podrían configurarse algunas o todas estas causales. Así, podría votarse en sentido negativo con el fin de impedirle a la sociedad que demande al administrador, en cuyo evento no podría conseguirse un resarcimiento de perjuicios, lo que daría lugar a las causales 1ª y 3ª. Pero también se estaría presentando la causal 2ª, dado que el mayoritario y controlante, con su voto estaría impidiendo que se inicie un proceso de responsabilidad contra él en el caso que

también detente el cargo de administrador, o contra el administrador respaldado por dicho controlante, lo que naturalmente implica una ventaja injustificada.

La Superintendencia de Sociedades considera que una de las principales medidas judiciales para remediar lo que dicha entidad denomina expropiaciones, es la acción de abuso del derecho de voto, pues el negarse por parte de un asociado a la posibilidad de que se inicie una acción social de responsabilidad, con el fin de encubrir las actuaciones irregulares de un administrador o para proteger la desviación de recursos a favor del mayoritario, se considera como un ejercicio abusivo del derecho de voto que no es tolerado por el ordenamiento jurídico colombiano, y que faculta al accionista minoritario para exigir a los mayoritarios la indemnización de perjuicios derivada de la imposibilidad de que se adelante la acción social (Sentencia 800-026 abril 13 de 2016).

Respecto de este mecanismo judicial, cabe preguntarse, si con esta acción se logra resarcir el patrimonio de la sociedad, que es la finalidad de una acción social de responsabilidad. La respuesta a este interrogante es negativa, pues en el evento de que se condene al sujeto pasivo de la acción, esto es, al accionista que abusó de su derecho de voto, al pago de perjuicios, estos sólo serían a favor del accionista minoritario que adelantó la acción.

Dado que de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 el accionista individualmente considerado no es el legitimado para iniciar la acción social, dicho accionista por el hecho de que no se hubiese aprobado la misma en el seno de la

asamblea o junta de socios, no estaría sufriendo ningún perjuicio directo, y por consiguiente no podría reclamarle ningún daño al accionista mayoritario que con su voto impidió el adelantamiento de un proceso de responsabilidad contra el administrador.

Esta alternativa judicial no soluciona el problema de la inoperancia de la acción social. Por el contrario, patrocina una desviación de responsabilidad, o un cambio en el sujeto responsable, es decir, se hace responder al accionista mayoritario, pero quedando impune el administrador sin que se le haga valer su responsabilidad.

Acción de nulidad absoluta por violación del régimen colombiano de conflicto de intereses previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 consagra la acción de nulidad absoluta contra actos de los administradores viciados de conflictos de intereses. Esta acción la ha contemplado la Superintendencia de Sociedades como otro medio de defensa de los accionistas minoritarios. *“Para remediar la expropiación de accionistas minoritarios, esta Superintendencia ha hecho frecuente uso de las reglas previstas en nuestro ordenamiento en materia de conflictos de interés (...)”* (Sentencia 800-026 abril 13 de 2016).

En este punto debe recordarse que si bien el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 no restringe el derecho al voto del socio administrador para la votación de la acción social, la realidad societaria enseña que en dicho caso sí se presenta un verdadero conflicto de intereses, susceptible de ser atacado precisamente mediante la aludida acción de nulidad absoluta.

El fin perseguido por esta, será que el juez declare la nulidad del voto proferido por el socio administrador, para que descontado dicho voto, se recalcule la mayoría en aras de que con los votos restantes quede en firme la decisión del inicio de la acción social, lo que en nuestro criterio y para evitar interpretaciones, requeriría que el juez en su fallo declarara la vigencia de tal determinación con efectos retroactivos, esto es, desde el mismo momento en que la misma se adoptó.

Las desventajas serán que mientras se termina el proceso respectivo, no se podrá presentar la demanda de responsabilidad contra el administrador, este seguramente seguirá en el ejercicio de su cargo, y que el paso del tiempo se quiera contabilizar para efectos de la prescripción de la acción social, con el riesgo ya explicado en el capítulo primero de este estudio.

En síntesis, resulta evidente que la acción de nulidad absoluta por infracción del régimen societario de conflicto de intereses tampoco constituye una solución a la imposibilidad existente de adelantarse una acción social de responsabilidad contra los administradores sociales.

Acción por violación del deber de lealtad del accionista controlante. La Superintendencia de Sociedades, acudiendo a lo consagrado en la normatividad y jurisprudencia de otros países, se ha referido a otro medio de defensa de los intereses de los minoritarios, cual es el deber de lealtad a cargo de los accionistas mayoritarios. *“Bajo este principio de conducta, la apropiación irregular de activos sociales puede ser juzgada como un acto desleal frente a los demás asociados, en forma tal que un*

controlante vencido en juicio estará obligado a indemnizar los perjuicios derivados de la expropiación”. (Sentencia 800-052 junio 9 de 2016).

Señala adicionalmente que en Colombia existe el deber de comportarse de buena fe en la ejecución de los contratos, por razón de lo dispuesto en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, y que es en virtud de este postulado que los asociados deben comportarse con lealtad frente a los demás asociados en una compañía. De esta suerte, sostiene la entidad, que resulta indiscutible que el mayoritario que se apropia irregularmente de recursos sociales actúa deslealmente frente a los demás asociados, atentando contra el ánimo de lucro subjetivo que llevó a los minoritarios a invertir en la sociedad, a la luz del artículo 98 del Código de Comercio.

Frente a esta posibilidad que plantea la Superintendencia, se infiere que el desconocimiento del deber de lealtad, emanado del principio de la buena fe contractual, consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, abre la puerta para que el accionista minoritario inicie una acción judicial contra el mayoritario que se apropió irregularmente de activos sociales, lo que en nuestro concepto sería una acción de incumplimiento del contrato de sociedad, con la consiguiente indemnización de perjuicios (artículo 870 Código de Comercio).

Sin embargo, vale preguntarse, ¿qué tiene que ver la conducta que se le reprocha al mayoritario con la actuación del administrador? Si lo que se le cuestiona a aquel es su inobservancia como accionista al deber de lealtad dentro del marco de una relación contractual, la societaria, en nada esto compromete al administrador, y de allí que no

resulte efectiva la referida acción para dar solución a la falta de aplicación de la acción social.

Así las cosas, esta alternativa que plantea la Superintendencia, podrá ser vista como un mecanismo de defensa respecto de la expropiación que sufren los minoritarios, pero no como un remedio a la imposibilidad de reclamar a los administradores su responsabilidad a través del ejercicio de la acción social.

Del análisis hasta este momento efectuado, podemos concluir que, contrario a lo que sostiene dicha autoridad en sus Sentencias 800-026 del 13 de abril de 2016 y 800-052 del 9 de junio de 2016, con las acciones de abuso del derecho de voto, de nulidad absoluta por violación del régimen de conflicto de intereses, y de la acción de incumplimiento contractual por inobservancia del deber de lealtad del accionista mayoritario, no se cumple el objetivo que se persigue con la acción social de responsabilidad.

Propuestas de la Doctrina Para Dar Solución a la Inoperancia de la Acción Social De Responsabilidad.

Córdoba Acosta (2014) propone distintas alternativas, a saber:

I) La creación de nuevas acciones como la acción social de responsabilidad, pero en interés de los accionistas de la sociedad; II) La acción social de responsabilidad en interés de la sociedad, pero distinguiendo entre la acción iniciada por negligencia del administrador y la originada en su deslealtad; y III) La acción social de responsabilidad

en interés de la sociedad, pero ejercida por sujetos diferentes a la persona jurídica societaria.

Acción social de responsabilidad en interés de los accionistas. Se trataría de la facultad de los accionistas de demandar a los administradores, pero en su propio interés para obtener la reparación del daño producido por las conductas negativas o positivas de estos. Sería una acción para reparar los daños producidos en vía extracontractual por los administradores a los accionistas, con total independencia del daño que pueda sufrir la sociedad anónima.

Como características de la acción y del trámite procesal respectivo señala el citado autor: I) La demanda se dirigiría contra los administradores; II) La admisión de la demanda se sujetaría a que el juez previamente verificara la existencia del daño ocurrido al patrimonio particular del accionista; III) Existiría una audiencia preliminar en la que se discutiría sobre la existencia del daño; IV) A dicha audiencia acudiría la sociedad a través de un representante distinto de los administradores demandados; V) El inicio de la acción no comportaría la remoción del administrador, porque no se adelantaría la misma en interés de la sociedad.

Acción social de responsabilidad en interés de la sociedad, originada por la causal de negligencia del administrador, o por la causal de deslealtad. Explica Córdoba Acosta (2014), que como quiera que se trata de una acción de naturaleza contractual, diseñada para restablecer el interés de la sociedad afectado por la negligencia o deslealtad de los administradores, se propone hacer la diferenciación

entre la acción iniciada por negligencia del administrador, y la adelantada por deslealtad de dicho funcionario.

Bajo la premisa de que es más grave infringir el deber de lealtad que el de diligencia, es que Córdoba Acosta propone la división de la acción social de responsabilidad, entre la adelantada por razón de la negligencia o falta de diligencia del administrador, y la instaurada por su conducta desleal frente a la sociedad.

Respecto de la acción social por negligencia o falta de diligencia, propone que se estructure con las siguientes características: I) Que se presuma la inocencia y diligencia cuando la conducta del administrador esté ligada a la falta de diligencia, incluso por violación de la ley o de los estatutos; II) Que la adopción de la acción social de responsabilidad no implique la remoción del administrador; III) Que el juez de la causa sea el que decida sobre la remoción del administrador, evaluando sus funciones y posición orgánica en la compañía; IV) Que el administrador pueda constituir una caución para poder mantenerse en el cargo y para asegurar los daños que ocasione a la sociedad por mantenerse en el mismo; V) Que exista la prohibición para el administrador de no poder intervenir en el asunto que generó la acción judicial; y VI) Que sean viables la transacción y la conciliación respecto de la responsabilidad del administrador.

En lo que concierne a la acción social por la transgresión del deber de lealtad, considera que el tratamiento debe ser el contrario a la laxitud, y que por tanto deben concurrir los siguientes elementos: I) Que la carga de la prueba, entendemos que en lo

que atañe a la demostración de que se obró con lealtad, corresponde al administrador; II) Que la decisión del máximo órgano social de iniciar la acción social de responsabilidad implicará la remoción del administrador; III) Que no exista la posibilidad de que el administrador constituya una caución; y IV) Que no sean viables la transacción y la conciliación de la responsabilidad del administrador.

Según el autor, en el evento de concurrencia de incumplimientos, esto es, la inobservancia tanto del deber de lealtad como el de diligencia, lo dicho para aquel subsume a este, lo que significa que se aplicarían las estrictas reglas propuestas para el deber de lealtad.

Ahora bien, Córdoba Acosta (2014) propone que también la junta directiva pueda ser el órgano encargado de adoptar la acción, y si este, ante la necesidad latente de que se haga asume una actitud pasiva, los miembros de dicho cuerpo colegiado serán también responsables de los perjuicios causados al interés social.

El ejercicio de la acción social de responsabilidad por sujetos distintos a la sociedad, pero en interés de esta. En punto de la legitimación subsidiaria que consagra el artículo 25 de la ley 222 de 1995 a los mismos administradores, a los revisores fiscales y a los socios de la sociedad, Córdoba Acosta (2014) propone una reforma en el siguiente sentido: Que la acción pueda ser ejercida cuando el órgano respectivo, sea el de administración (*según lo dicho en el anterior apartado*) o la asamblea general, deliberó y no decidió ejercer la acción social, siempre y cuando se trate de asuntos vinculados con el deber de lealtad. En lo que concierne al deber de

diligencia, si los órganos sociales habilitados para decidir acerca de la acción social de responsabilidad no dan curso a la propuesta, los sujetos ya varias veces citados no quedarán facultados para instaurar la demanda y, por lo tanto, podrán, si fuere procedente, iniciar la acción social en su propio interés.

Iniciativas Legislativas Tendientes a Solucionar el Problema de la Acción Social de Responsabilidad.

Como advertimos desde el capítulo primero de este artículo, se han sometido a consideración y aprobación del Congreso de la República de Colombia varios proyectos de ley encaminados a la reforma del régimen de administradores sociales, dentro de los cuales se ha propuesto introducir a nuestro ordenamiento jurídico la denominada acción derivada, figura tomada del derecho anglosajón.

Sobre la naturaleza de la acción y sus diferencias frente a la acción directa, informan los profesores norteamericanos Solomon, Selwyn Miller y Palmiter (1999), que dos remedios están disponibles para que los accionistas defiendan sus intereses en la sociedad. Los accionistas pueden demandar en su propio nombre para hacer cumplir sus derechos como accionistas (acción directa), y pueden demandar en nombre de la sociedad para hacer cumplir los derechos corporativos que los afecta a ellos sólo de forma indirecta (acción derivada) (pp. 295-296).

Pinto y Branson 1999 (pp. 385-386) enseñan que el litigio corporativo se reduce a dos amplias categorías, directa y derivada. Si uno o más accionistas demandan a la

sociedad alegando que la sociedad les ha negado un derecho asociado a la calidad de accionistas (derecho a los dividendos o a la revelación, por ejemplo), la acción es directa. El accionista realiza la acción en su propio nombre. Si el accionista alega un especial y distinto perjuicio por encima de una disminución en el valor de la acción, la acción es sólo directa. En la acción directa los daños recuperados son pagados a los accionistas. Si los accionistas demandan para reclamar la violación de un deber debido a la sociedad, cualquier deber fiduciario debido por los directores corporativos o los oficiales, o por la obligación de una tercera parte de acuerdo con un contrato con la sociedad, la acción es derivada. Cualquier recuperación va para la tesorería de la sociedad.

La acción derivada del derecho estadounidense ha sido incorporada en las distintas iniciativas legislativas cursadas ante el Congreso colombiano durante los últimos años, básicamente en los mismos términos y con los mismos elementos de la comentada figura. Así, la acción derivada fue propuesta en el proyecto de ley 070 de 2015 (el que no fue aprobado en primer debate y fue retirado el 5 de abril de 2016); en el proyecto de ley 231 de 2017; en el proyecto de ley 002 de 2017 (aprobado en primer debate por la comisión tercera del Senado el 25 de abril de 2018 pero que no terminó su trámite completo en la legislatura que culminó en el mes de junio de 2019); y en el proyecto de ley 036 de 2018 sobre sociedades por acciones simplificadas deportivas.

En los referidos proyectos de ley, se contempló la acción derivada como aquella por medio de la cual uno o más asociados, en nombre de la sociedad, y por perjuicios sufridos por esta como consecuencia de la conducta de los administradores, pueden

instaurar una demanda de responsabilidad en contra de los administradores, sin someterse a la determinación previa y mayoritaria del máximo órgano social.

Así, en el artículo 18 del proyecto de ley 002 de 2017 se previó la referida acción en los siguientes términos:

“Cuando se trate de resarcir los perjuicios sufridos por la sociedad como consecuencia de las actuaciones de los administradores, uno o más asociados podrán demandar, mediante una acción derivada, la responsabilidad de aquellos, conforme a lo previsto en el artículo 14 de esta ley. En estos casos, la acción se presentará por el demandante a nombre de la sociedad. Los asociados podrán interponer la misma acción cuando se trate de evitar el acaecimiento de un perjuicio inminente para la sociedad”.

En los artículos 19 y siguientes del citado proyecto de ley se consagró una serie de elementos que caracterizarían el respectivo proceso judicial, de los cuales pasamos a mencionar algunos de ellos.

I) Legitimación (artículos 18 y 19). Uno o más asociados.

El demandante debió haber tenido la calidad de asociado en el momento en que ocurrieron los hechos que generan la responsabilidad del administrador, o haber adquirido con posterioridad y por causa de ley tal calidad.

II) En nombre de la sociedad (artículo 18)

Conforme con la redacción del artículo 18, el accionista demandante lo hace en nombre de la sociedad, esto es, con los efectos propios de la representación, valga recordar, que los actos del representante producen efectos en favor del representado, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1505 del Código Civil y 833 del Código de Comercio.

III) Objetivo: Resarcir los perjuicios sufridos por la sociedad por causa de la actuación de sus administradores.

Como explicamos en párrafos anteriores, el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta de los administradores redunda es en beneficio de la sociedad mas no del asociado demandante. Aquella es la que ve restituido su patrimonio en el caso de una sentencia favorable, mientras que este simplemente se ve beneficiado de forma indirecta, por ejemplo, con el incremento del valor de sus acciones o participaciones.

IV) Desistimiento y naturaleza conciliable.

La acción es desistible y las pretensiones conciliables, pero con la autorización expresa del juez, quien debe verificar la razonabilidad del desistimiento y de los términos de la conciliación.

Propuesta De Solución.

Esta propuesta parte de la consideración de que cualquier solución que se establezca al problema de la inoperancia de la actual acción social de responsabilidad en Colombia, debe tener en cuenta el interés social, el interés particular del socio o

accionista de percibir lucro, y el interés del administrador de poder desempeñar su cargo de manera correcta pero sin estar sujeto al riesgo de acciones infundadas o temerarias en su contra.

Consideramos necesario modificar la acción social de responsabilidad del artículo 25 de la Ley 222 de 1995. Como una segunda opción, propondremos una legitimación subsidiaria a asociados.

Modificación de la Actual Acción Social de Responsabilidad.

Requisitos a mantener:

- Que la competencia para decidir sobre el inicio de la acción sea de la asamblea o junta de socios;
- Que la discusión y decisión sobre el inicio de la acción puedan adelantarse sin que consten en el orden del día;
- Que los asociados representantes de por lo menos el 20% del capital social puedan directamente convocar a la asamblea o junta de socios para tratar el tema de la acción;

Eliminación de algunos aspectos:

- Supresión de la legitimación subsidiaria en los términos del artículo 25 de la Ley 222 de 1995. Aunque en su momento se consideró por la doctrina que la gran novedad introducida por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, era que esta norma permitía, a diferencia de lo que contemplaba el régimen anterior, que los accionistas no perjudicados

por las actuaciones u omisiones del administrador pudieran entablar la acción social (Reyes F., 2004).¹ es claro que la legitimación subsidiaria ha sido inoperante porque esta depende de que previamente exista una aprobación del máximo órgano social. Por tal razón, proponemos eliminar la legitimación subsidiaria que confiere a asociados, revisores fiscales, administradores y acreedores que consagra la disposición en cuestión. Plantearemos más adelante nuevas condiciones y efectos para esa legitimación subsidiaria a asociados.

- Supresión de la remoción del administrador como efecto legal automático de la aprobación del inicio de la acción social. En razón a que, de un lado, la figura de la acción social de responsabilidad en ocasiones se ha utilizado sólo para que opere la remoción automática del administrador y no para que realmente se inicie el proceso respectivo, y a que, del otro, dicha remoción en nuestro concepto desconoce las presunciones de inocencia y de buena fe que consagran los artículos 29 y 83 de la Constitución Política de 1991; proponemos que se elimine de la norma la consecuencia de la remoción del administrador.

Nuevas condiciones y efectos a establecer para la acción social de responsabilidad. Se plantean las siguientes modificaciones a la figura de la acción social de responsabilidad.

- La prohibición expresa al accionista administrador o al accionista controlante de votar en la proposición relativa a la acción social de responsabilidad. Como quiera que uno de los inconvenientes evidenciados y que ha obstaculizado el adelantamiento de la acción social es el conflicto de intereses del accionista y a su vez administrador y del accionista controlante, se propone, siguiendo la ley de sociedades mexicana, consagrar como norma imperativa la prohibición expresa de votar a dicho asociado en la determinación atinente al inicio de la acción social de responsabilidad. De esta suerte se debe descontar del quórum para la toma de la decisión los votos correspondientes al nombrado accionista, quedando solamente habilitados para votar aquellos que no presenten la situación de conflicto de intereses.
- La consecuencia de la nulidad absoluta cuando se infrinja la prohibición del ejercicio del voto. Si se infringe la prohibición en cuanto al ejercicio del voto del asociado administrador o del asociado controlante, determinar, al igual que como lo hace el ordenamiento societario mexicano, que la consecuencia es la nulidad absoluta de la decisión que negó el ejercicio de la acción social, por violación de una norma de carácter imperativo. En este punto sugerimos que la acción de nulidad absoluta se tramite en simultánea y en el mismo proceso con la acción social que adelanten los asociados bajo la legitimación extraordinaria que propondremos más adelante.

- La responsabilidad solidaria para aquellos asociados que infundadamente se opongan a la acción social. Establecer que aquellos asociados que sin ningún tipo de fundamento o causa demostrable se opongan con su voto al ejercicio de la acción social de responsabilidad, respondan de manera solidaria con el administrador contra quien se adelante la acción, en el pago de los perjuicios que el juez ordene pagar a favor de la sociedad. La consagración de esta responsabilidad servirá como mecanismo de disuasión para que los asociados controlantes, al momento de emitir su voto, sean conscientes de la responsabilidad que ello implica y de las consecuencias de negarse injustificadamente al adelantamiento de la acción social, que no es otra cosa que tener que responder con su propio patrimonio
- La prohibición para la asamblea o junta de socios de revocar la decisión de adelantarse la acción social de responsabilidad salvo que se haga con una mayoría calificada. Consagrar, como de forma similar ocurre en Francia, la prohibición de que la asamblea o junta de socios revoque la decisión de adelantarse la acción social de responsabilidad, a menos que tal revocatoria cuente con el voto de una mayoría calificada en la que haga parte no solo el accionista controlante sino también el minoritario. La consecuencia de infringir la prohibición sería también la nulidad absoluta de la decisión.

- La posibilidad de transigir o conciliar las pretensiones de la demanda, pero siempre y cuando lo autorice la asamblea o junta de socios con una mayoría calificada, y que no se afecte el interés social. Contemplar, ante la hipótesis del adelantamiento del proceso, la posibilidad de transigir o conciliar las pretensiones de la demanda y sin que ello afecte el interés social, pero siempre y cuando la asamblea o junta de socios con el voto de una mayoría calificada autorice tal transacción o conciliación. Es una alternativa muy parecida a la que consagra la ley de sociedades en España, la que permite tal transacción siempre que no se oponga un número determinado de socios, lo que se conseguiría en nuestra propuesta al exigir que dentro de la mayoría calificada estuvieran los votos de los minoritarios.
- La atribución de la asamblea o junta de socios para designar directamente al apoderado judicial que adelantará el proceso en nombre de la sociedad. En aras de evitar que la escogencia del apoderado judicial se dilate, se sugiere asignar a la asamblea o junta de socios la facultad de designar dicho apoderado. Esta determinación no podrá ser votada por el accionista administrador ni por el accionista controlante en quien concurra un conflicto de intereses. La decisión será de obligatorio cumplimiento y deberá ejecutarse dentro de los cinco días hábiles siguientes al nombramiento. El incumplimiento o retardo acarreará sanciones al administrador

- La consagración de un plazo máximo de 30 días para la presentación de la demanda. Consideramos que, al igual que como se consagra en la legislación societaria chilena, debe fijarse un plazo de 30 días contados a partir de la decisión del máximo órgano social de adelantar la acción social de responsabilidad, para que la sociedad a través de su apoderado presente la demanda respectiva. Es un tiempo que estimamos razonable, teniendo como punto de referencia el término de 30 días que la ley procesal consagra para la preparación y presentación de la demanda de casación la cual es bastante técnica y dispendiosa (artículo 343 Código General del proceso).
- Las consecuencias de no instaurarse la demanda en el término que establezca la ley. Para que no se genere un abuso del derecho y verdaderamente se cumpla el término de 30 días propuesto para la presentación de la demanda de acción social aprobada por la asamblea o junta de socios, resulta necesario que la inobservancia a dicho plazo tenga consecuencias legales. Para tal fin, proponemos que se consagre como sanción la responsabilidad solidaria de aquellos administradores, asesores y funcionarios de la compañía que por su acción u omisión no permitieron ni contribuyeron con la presentación de la demanda en el tiempo legal, además de la imposición de multas económicas a cargo de tales sujetos y a favor de la sociedad.

- La consagración de la infracción del deber de diligencia como atenuante de la responsabilidad y de la infracción del deber de lealtad como agravante de la misma. Como vimos cuando estudiamos la legislación española y la propuesta de solución de Córdoba Acosta, se han querido establecer distintos efectos dependiendo de si la responsabilidad del administrador proviene del desconocimiento del deber de diligencia o del deber de lealtad. Como lo manifestamos en su momento, no compartimos que se consagre una legitimación directa a los asociados en los eventos de inobservancia del deber de lealtad, ni que se contemplen dos clases de acciones sociales de responsabilidad, una derivada de la violación del deber de diligencia y otra del deber de lealtad. Pero sí consideramos que no se puede juzgar con el mismo racero al administrador que obró de forma negligente e imprudente, que aquel que lo hizo de forma desleal con la compañía. Por tanto, proponemos que la fuente de la infracción y de la causa de los perjuicios ocasionados a la sociedad sí sea tenida en cuenta por el juez al tiempo de dictar sentencia, dándole el tratamiento de atenuante a la responsabilidad originada en la violación del deber de diligencia, y el de agravante a la responsabilidad derivada de la vulneración del deber de lealtad, de suerte que la condena al pago de perjuicios sea menos rigurosa en el primer caso y más estricta en el segundo.

- La consagración de la remoción del administrador como medida cautelar. Como dijimos en líneas anteriores, consideramos pertinente eliminar de la actual norma que rige la acción social de responsabilidad el efecto automático de la remoción del administrador. En cambio, proponemos que, siguiendo en cierta forma la idea planteada por Córdoba Acosta (2014) de que sea el juez el que decida sobre la remoción del administrador cuando la responsabilidad de este emane de la violación del deber de diligencia, pero aclarando que el juez asuma esa competencia en todo caso e independientemente del origen de la responsabilidad del administrador. La alternativa que formulamos es que la remoción del administrador se consagre como una medida cautelar que pueda solicitar la sociedad desde el inicio del proceso y durante el mismo, quedando en manos del juzgador la determinación de si remueve o no al administrador, para lo cual habrá de estudiar la apariencia de buen derecho y las probabilidades de éxito de la demanda. Así mismo, y bajo la propuesta de Córdoba Acosta, se podrá contemplar que el administrador pueda otorgar una contra cautela que le permita continuar en el ejercicio de su cargo, y que garantice el pago de los perjuicios que ocasione por seguir desempeñando sus funciones. No obstante, en la hipótesis de que continúe, será necesario que el juez le imparta la orden de abstenerse de participar en cualquier asunto

relacionado directa o indirectamente con el proceso, y de tener acceso a la información vinculada con el mismo.

Creación De La Acción Subsidiaria De Responsabilidad Contra Administradores Sociales.

Como un instrumento legal extraordinario, proponemos crear lo que denominaríamos una acción subsidiaria de responsabilidad en contra de los administradores sociales, la cual se estructuraría bajo los siguientes parámetros:

- Legitimación para el ejercicio de la acción. La acción podría adelantarse por uno o más de los asociados, independientemente de su porcentaje de participación en el capital de la sociedad, acción que se ejercería en nombre y por cuenta de la persona jurídica societaria, por lo que los resultados del proceso serían siempre a favor de la compañía. Los demás administradores y el revisor fiscal también estarían facultados para el ejercicio de esta acción subsidiaria, en los mismos términos y condiciones aquí propuestas.
- Causales en las que podría adelantarse la acción. La acción subsidiaria de responsabilidad sólo podría ejercerse en los siguientes casos: I) Cuando la asamblea o junta de socios decida adelantar la acción social de responsabilidad, designe al apoderado judicial, pero sin que el representante legal de la sociedad otorgue el poder respectivo dentro del término sugerido para tal fin; ii) Cuando aprobado el ejercicio por parte de la asamblea o junta de socios de la acción social de

responsabilidad, designado y otorgado el poder al apoderado judicial, no se presente la demanda dentro de los 30 días sugeridos para tal fin; iii) Cuando la asamblea o junta de socios decida infundadamente y sin ninguna causa razonable, negar el ejercicio de la acción social de responsabilidad, así no medie una circunstancia de conflicto de intereses en quienes con su voto negaron la determinación; iv) Cuando la asamblea o junta de socios, con el voto del accionista administrador o del accionista controlante en situación de conflicto de intereses, niegue el ejercicio de la acción social de responsabilidad. En este evento el asociado o asociados demandantes, podrán en la misma demanda, formular la pretensión de nulidad absoluta de la decisión por la violación de la prohibición de votar en situación de conflicto de intereses, y las pretensiones de declaratoria de responsabilidad del administrador y de la condena al pago de perjuicios.

- Desistimiento de la acción y conciliación de las pretensiones. Al igual que se planteó para la acción derivada en el proyecto de ley 002 de 2017, La acción subsidiaria de responsabilidad sería desistible y las pretensiones conciliables, pero con la autorización expresa del juez, quien tendría que verificar la razonabilidad del desistimiento y de los términos de la conciliación.
- Reembolso por el asociado demandante de los gastos de defensa al administrador demandado. En este aspecto también acogemos lo

esbozado para la acción derivada en el proyecto de ley 002 de 2017. Así pues, en la acción subsidiaria de responsabilidad, el juez podrá ordenar al asociado demandante que reembolse, total o parcialmente, los gastos de defensa del administrador demandado, cuando encuentre que el proceso fue iniciado o tramitado sin una justificación razonable o con el propósito de perseguir un fin ilegítimo. Para el pago del reembolso el asociado demandante contará con 15 días para hacerlo. Si no lo hace en este término la sociedad deberá hacer el reembolso al administrador demandado, y aquella se subrogará en los derechos de este para recobrar el dinero al asociado, a quien le podrá deducir de sus utilidades o de cualquier otro concepto que se le adeude las sumas pagadas a título de reembolso al administrador. Lo anterior, sin perjuicio del pago de sanciones y multas por el adelantamiento de acciones temerarias o de mala fe, de acuerdo con los artículos 79 a 81 del Código General del Proceso.

- Reembolso por parte de la sociedad en cuyo nombre se actuó de los gastos de defensa al asociado demandante. En este tópico seguimos también lo consagrado en el proyecto de ley 002 de 2017 para la acción derivada. De esta suerte, en la acción subsidiaria de responsabilidad, el juez podrá ordenar a la sociedad en cuyo nombre se adelantó la acción, cuando el proceso hubiere terminado con restituciones o indemnizaciones a favor de ella, que reembolse al asociado demandante

los gastos de defensa en los que este hubiere incurrido, y podrá repetir el pago de estos gastos contra los administradores. Adicionalmente, considerando los esfuerzos del asociado demandante vía acción subsidiaria de responsabilidad, no sólo en dinero, sino en tiempo, dedicación, búsqueda de pruebas, vigilancia del proceso etc., estimamos necesario que también exista un reconocimiento económico para dicho asociado cuando este logre una sentencia con beneficios económicos a favor de la sociedad, como por ejemplo ocurría anteriormente con el actor de las acciones populares, en los términos del derogado artículo 39 de la Ley 472 de 1998.

- Control de los gastos de defensa y asegurabilidad del pago de los mismos: En la acción subsidiaria de responsabilidad, el juez también tendría la facultad de tasar la razonabilidad de los gastos de defensa que generen los reembolsos; así mismo, en cualquier momento del proceso, podría ordenar la constitución de una caución para asegurar el pago de dichos gastos.
- Operancia de la infracción del deber de diligencia como atenuante y de la infracción del deber de lealtad como agravante de responsabilidad. Para el proceso originado en una acción subsidiaria de responsabilidad, aplicaría también lo dicho en nuestra propuesta de modificación a la acción social, en cuanto a la consagración de la infracción del deber de

diligencia como atenuante, y la infracción del deber de lealtad como agravante.

- La remoción del administrador como medida cautelar. En los mismos términos plasmados en nuestra propuesta de modificación a la acción social, operaría la remoción del administrador como medida cautelar.

Conclusiones

En Colombia, dada la conformación accionaria y administrativa de las compañías, y los requisitos exigidos en la ley, resulta muy poco probable el ejercicio de la acción social de responsabilidad en contra de los administradores. Es por ello que al interior del máximo órgano social, se ha venido generalizando un patrón de conducta en el que se incurre en un acto de conflicto de intereses por parte del accionista controlante, al votar este en contra de la proposición de adelantarse en contra de él pero como administrador la acción social.

Igualmente se ha venido consolidando como práctica reiterada, que el accionista mayoritario abuse de su derecho de voto, al oponerse injustificadamente al ejercicio de la acción social en su contra como administrador o en contra del administrador controlado por aquel.

Sin embargo, las acciones de abuso del derecho de voto, de nulidad absoluta por conflicto de intereses, y de incumplimiento del contrato de sociedad por violación del deber de lealtad por parte del

accionista mayoritario, no constituyen solución que permita hacer frente a la imposibilidad de hacer valer la responsabilidad patrimonial de los administradores.

Por lo anterior que se hace indispensable modificar los requisitos legales para el ejercicio de la acción social por lo que se propone lo siguiente: i. Consagrar la prohibición expresa para el accionista administrador de votar en la proposición relativa a dicha acción; ii. Establecer las consecuencias de su infracción; iii. Consagrar los términos para el ejercicio de la acción; iv. Fijar las sanciones por el incumplimiento de estos términos; v. contemplar la remoción del administrador como medida cautelar; vi. Permitir la posibilidad de adelantar concomitantemente una acción de nulidad absoluta por violación de la prohibición y la acción social de responsabilidad y vii. estipular la infracción al deber de diligencia como atenuante y al deber de lealtad como agravante.

Así mismo resulta conveniente modificar la actual legitimación subsidiaria a accionistas, administradores y revisores fiscales, para en cambio establecer una acción subsidiaria que atienda a los rasgos y características de la acción derivada del derecho norteamericano.

Referencias

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, Arias Varona F (coord.), Recalde Castells A. (coord.) (2015). Responsabilidad de los administradores. En Fernández Aguado, C.,

Comentario práctico a la nueva normativa de Gobierno Corporativo. (pp. 123-125).

Madrid: Dykinson.

Alborch Bataller, Carmen, El derecho de voto del accionista, Tecnos, Madrid, 1977, ps. 262 y ss.)

Arcila, C. A. (2017). Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado. Estudios Socio-Jurídicos, 19(2), 157-196. Doi. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5245>.

Asamblea General de Uruguay. (4 de septiembre de 1989). Ley de Sociedades Comerciales (Ley 16060 de 1989)

Calaza López S. (2005) La responsabilidad de los administradores en el ejercicio de sus funciones sociales. Revista de derecho, Universidad Católica del norte de Chile. 12(1), 15-32 / Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041339002>.

Cámara de diputados del Honorable Congreso de la Unión – México (04 de agosto de 1934). Última reforma (2009). Artículos 76, 156, 161, 163, 197. [Ley de Sociedades Mercantiles]

Cámara Legislativa Francesa. (24 de marzo de 1807). Artículo 1843-5, introducido por la Ley No. 88. (15 de enero de 1988) Código civil Francés.

Cámara Legislativa Francesa. (15 de septiembre de 1807). Artículo L225-252. L225-253. Código de Comercio Francés.

Congreso de la Nación Argentina. (05 de octubre de 1889). Artículo 276 y 277, por medio de la cual se expide el Código de comercio. (Ley 2637 de 1889).

Congreso de la República de Perú. (19 de noviembre de 1997). Artículo 181. Ley general de sociedades [Ley No 26887 de 1997].

Congreso de Colombia. (27 de marzo de 1971). Artículo 200. Código de comercio. (Decreto 410 de 1971) DO 33.339 de junio 16 de 1971.

Congreso de Colombia. (20 de diciembre de 1995). Artículo 25. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. (Ley 222 de 1995). DO 42.156 de diciembre 20 de 1995.

Congreso de Colombia. Proyecto de Ley 070 de 2015 Senado. Por medio del cual se modifica el régimen societario y se dictan otras disposiciones. (Gaceta del congreso...) [Exposición de motivos] (Retirado).

Congreso de la Republica de Colombia. (2017) Proyecto de Ley 002 de 2017 Senado. Por medio del cual se modifica el régimen societario y se dictan otras disposiciones. (Gaceta del Congreso No. ---) [Texto del proyecto].

Congreso de la Republica de Colombia. (2018) Proyecto de ley 036 de 2018. Senado. Por el cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada Deportiva (SASD). (Gaceta del Congreso No. 583 del 24 de Julio de 2017) [Texto del proyecto] (En trámite)

Córdoba, P.A. (2014) El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia.

Elías Laroza (2008). Derecho Societario Peruano. 1ª ed. Perú: Gaceta Jurídica

Intendencia Regional de Cartagena, (s.f), Oficio 220-13628

Martínez Neira, (2010) Catedra de Derecho Contractual Societario: Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios, Primera edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot 2010.

Cerizola A. (2007). Los reclamos de accionistas minoritarios contra directores. En Miller A, Bugallo B. Derecho Societario, José A. Ferro Astray in memoriam. (pp. 481-490) B de F.

Ministerio de la Presidencia. (2010) Artículos 204, 241, A-2014-12589, modificado por el artículo único 22 de la ley 31/2014 de 3 de diciembre. Ley de sociedades comerciales. (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio – España) Ref. BOE-A-2014-12589.

Pinto, Arthur R. & Branson Doughas M. 1999. Understanding Corporate Law. Case Book Skills Series, Matthew Bender.

Reyes Villamizar, F. (2017). Jurisprudencia Societaria 3. Bogotá D.C. Superintendencia de Sociedades.

Reyes Villamizar, F. (2018). Jurisprudencia Societaria 1. Bogotá D.C. Superintendencia de Sociedades.

Reyes, Villamizar, F. (2004). Derecho Societario. Bogotá D.C. Temis S.A.

Sánchez-Calero, J. (2015). La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad. En M. J. Morillas, P. Perales Viscasillas & L. J. Porfirio Carpio (Dir.), Estudios sobre el futuro Código Mercantil, Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz (pp. 894-917). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20763>

Solomon, Lewis D. Selwyn Miller, Arthur. Y Palmiter, Alan R. Corporations Examples and Explanations. Third Edition. George Washington University. Gaithersburg.

Superintendencia de sociedades. (4 de septiembre de 2018) Oficio 220-135454.

Superintendencia de Sociedades. (9 de noviembre de 2016a) Oficio 220-205096

Superintendencia de Sociedades, (13 de abril de 2016) Sentencia No. 800-26

Superintendencia de Sociedades, (09 de junio de 2016) Sentencia No. 800-52

Superintendencia de Sociedades, (22 de diciembre de 2016) Sentencia No. 800-113

Superintendencia de Sociedades, (30 de marzo de 2017) Sentencia No. 800-21

Superintendencia de Sociedades, (24 de noviembre de 2017) Sentencia No. 800-116

Superintendencia de Sociedades, (15 de mayo de 2015) Sentencia No. 800-54}

Superintendencia de Sociedades, (09 de junio de 2015) Auto 2015-800-104

Superintendencia de Sociedades, (15 de julio de 2015) Oficio 220-142204

Superintendencia de Sociedades, 17 de enero de 2019, auto No. 2019-01-010991.

Superintendencia de Sociedades, (04 de septiembre de 2018) Oficio 220-135454

Tamayo, V (2018). Acción social de responsabilidad: efectividad en la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios frente al abuso de los accionistas mayoritarios. (Ensayo). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., Colombia.

Vásquez del Mercado (1980). Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles. 2da Ed. México: Porrúa, S.A.

Zurita Vicioso, J. (2015). La responsabilidad de los administradores. Revista internacional de doctrina y jurisprudencia. 10, 13-14