

DIRECTRICES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES[♦]¹

Por: María Mónica Pino Solano²,
Lina Fernanda Henao Beltrán³,
Ligia Catherine Arias Barrera⁴ y
Camilo Cubillos Garzón⁵

SUMARIO. INTRODUCCIÓN. I. LA RESPONSABILIDAD. A. GENERALIDADES. 1. Funciones. a. Función Reparadora y Preventiva. b. Función Punitiva y de Precaución. **2. El Daño.** a. El Daño como Elemento de Responsabilidad. a.1. La Certeza y el Carácter Personal. a.2. El Hecho de Recaer sobre un Interés Jurídico Protegido. b. Clasificación del Daño. **B. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. 1. Los Actos de Gestión.** a. Aspectos Relevantes de los Administradores. b. El fenómeno de la delegación de facultades. **2. Particularidades frente a la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS). II. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES. A. LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD. 1. La Convocatoria y las Mayorías. 2. La Legitimación Activa de la ASR, así como las Decisiones y Consecuencias Inmediatas. B. ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD. 1. Legitimación activa y pasiva y la responsabilidad extracontractual. 2. Asuntos a Destacar sobre Acciones de Responsabilidad. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.**

♦ Este artículo fue presentado a la revista el día 13 de abril de 2009 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 11 de junio de 2009, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ El presente trabajo constituye una entrega del proyecto de investigación denominado “Responsabilidad de los Administradores” adelantada dentro del marco del grupo de investigación Derecho Comercial Colombiano y Comparado del Departamento de derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

² Estudiante de Cuarto Año de Derecho. Universidad Externado de Colombia. Monitora del Departamento de Derecho Comercial. Email: maria.pino@est.uexternado.edu.co

³ Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Asistente de Investigación y Coordinación del Departamento de Derecho Comercial. E-mail: lina.henao@uexternado.edu.co

⁴ Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Asistente de Investigación y Coordinación del Departamento de Derecho Comercial. E-mail: catherine.arias@uexternado.edu.co

⁵ Profesor Investigador del Departamento de Derecho Comercial. E-mail: Camilo.cubillos@uexternado.edu.co

INTRODUCCIÓN

Con el deseo de comprender el alcance de la sistematización expuesta en nuestro Ordenamiento Mercantil, sobre la responsabilidad de los administradores y los diferentes pronunciamientos de las autoridades instruidas para ello, hemos querido desarrollar de manera general los diferentes aspectos, tanto sustanciales como procesales, que a la hora de realizar un estudio completo, se deben tener presentes para plantear el régimen de responsabilidad en la gestión de las sociedades.

Con tal objetivo se han tratado cuestiones que abarcan desde la naturaleza de dicha responsabilidad hasta el contenido de cada una de las acciones que se pueden ejercer, valga la pena recordar, la *acción social de responsabilidad (ASR)* y la *acción individual de responsabilidad (AIR)*, incluso temas de necesaria actualidad, como el relacionado con la recién creada sociedad por acciones simplificada, a través del estudio de la Ley, la doctrina y la jurisprudencia.

Ante la insuficiencia de pronunciamientos judiciales sobre la materia, pretendemos acudir a los ya existentes que de una u otra forma pueden llegar a realizar un aporte a las directrices planteadas y de esta forma permitirnos la edificación, a partir de figuras análogas como el mandato, de una visión mucho más completa de aquel régimen de responsabilidad; demos inicio de esta forma, a aquellos argumentos explicativos.

I. LA RESPONSABILIDAD

Se expuso la importancia de aclarar que respecto de la responsabilidad de los administradores, nuestro Ordenamiento jurídico resulta ser un sistema continental que no ofrece pronunciamientos judiciales de mayor valor en cuanto a las acciones que se impetran cuando los administradores han actuado irregularmente, a pesar de estar consagrados algunos tipos represivos que buscan la reposición de los intereses menoscabados.

La naturaleza de la responsabilidad dependerá de la naturaleza del incumplimiento, por tanto cuando el daño afecta el patrimonio de la sociedad, así como de manera indirecta lo haría con el de los socios y/o acreedores sociales, habrá lugar a ejercer la *ASR*; ahora bien, cuando el perjuicio es soportado directamente por los terceros es

necesario acudir a la AIR, pues estos sujetos tienen una especial relación con la sociedad en la que son titulares de un derecho subjetivo de crédito⁶.

Con todo, antes de adentrarnos en este mundo del procedimiento accionario, resulta prudente vislumbrar cuál es el sistema de responsabilidad imperante en nuestro medio

A. GENERALIDADES

En el acápite del régimen de responsabilidad y adentrándonos un poco más en el espíritu de nuestra investigación, cual es la responsabilidad del administrador de una sociedad, para algunos el fundamento del régimen legal descansa en la posición de dominio que éstos ostentan en la sociedad y en el abandono de poder que los socios realizan para desplazarlo, en manos de aquellos gestores, pues estos tienen la capacidad de afectar de forma significativa el patrimonio social, de los accionistas e incluso de los terceros interesados en la situación económica del ente social⁷.

De todo aquel andamiaje jurisprudencial es posible rescatar un pronunciamiento de la honorable Corte Suprema de Justicia (C.S.J.), que resulta ser relevante en la medida que trae a colación algunas consideraciones en torno al contrato de *mandato*⁸, entendido como aquella relación contractual que perfectamente puede entrar a ligar una sociedad y a sus administradores, así como se refiere a las acciones que se entablan cuando de endilgar la responsabilidad de los administradores se tratara.

De algunos de los fallos que se han realizado sobre el contrato de mandato y que por su contenido es de especial interés, debido a que informa el régimen legal de los deberes que le son exigibles a los administradores, podemos hacer referencia a la sentencia del 24 de agosto de 1998, en la que el señor Elías Libos Saad solicitó la declaración de la existencia de un contrato de mandato comercial con la sociedad Promotora Colmena Ltda. Tanto la 1ª como la 2ª instancia denegaron tal pretensión, por lo que el recurrente impugnó tal decisión por considerar que había mediado una errónea apreciación del material probatorio ya que según él, sí se podía deducir la existencia de un contrato de mandato comercial; sin embargo, para analizar el asunto el Alto Tribunal recurrió primero al concepto de contrato de mandato comercial, señalando con especial énfasis que el mandatario cumplía la función encomendada por el mandante de acuerdo con sus instrucciones⁹.

⁶ GARRETA SUCH, José María. La Responsabilidad Civil, Fiscal y Penal de los Administradores de las Sociedades. Ed Marcial Pons. Madrid. 1991. Págs. 92-93.

⁷ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Grandes Temas de Derecho Comercial. Su incidencia en la Constitución de 1991. Ed Diké. Medellín. 1993. Pág. 245.

“(…) Los directores/administradores de la empresa tienen una función delegada por los socios de desarrollar su actividad en interés del ente societario, observando en su conducta las diferentes normas legales y estatutarias(…)”

⁸ Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- MP. Carlos Jorge Antonio Castillo Rúgeles. Sentencia 16 de Octubre de 1997.

“(...) proceder con *la diligencia de un buen padre de familia*, pues el Art. 2155 del C.C. lo hace responsable hasta de la *culpa leve*, si el mandato es gratuito y más estrictamente cuando media remuneración, (...) el *mandatario* debe ejecutar el encargo procurando en todo momento *favorecer los intereses del mandante*, lograr el *mayor provecho con el menor costo*, (...) Resaltado en cursiva por fuera de texto.

Y continúa citando otro pronunciamiento:

“(...) *La administración de todo patrimonio por un mandatario*, ha precisado la Corporación, "... *supone* la actividad sostenida de su parte encaminada a llenar el fin propio de aquella, cual es, *no el de mera custodia y conservación*, sino el de *producir la explotación económica de los bienes*. El mandatario en ese caso hace o debe hacer las veces del dueño. Y así como el dueño intenta perseguir con su esfuerzo la mayor utilidad o beneficio, porque eso es lo que explica la posesión de las cosas lucrativas, de la misma manera el mandatario *administrador está obligado*, en desarrollo del vínculo contractual que lo une al mandante, *a mantener vigente la diligencia y cuidados del dueño*, sin cuya observancia estricta defrauda la confianza en que se inspira el mandato, que como se sabe es un contrato *intuitu personae*. Por eso la *ley hace responsable al mandatario hasta de la culpa leve* en el cumplimiento de su encargo (Art. 2.155 del C.C.), esto es, que *debe velar como velaría un buen padre de familia sobre el patrimonio suyo y el de sus hijos, responsabilidad que se hace más exigente en el mandato remunerado*" (G.J. T. XLV, pág. 462) (...)” Resaltado en cursiva por fuera de texto.

Lo anterior consideración es la línea que se buscó implementar en la relación de la sociedad con los administradores, para hacerles exigibles además de los deberes legales, los deberes propios de la relación contractual de mandato, finalmente la C.S.J no casó la sentencia porque en el expediente se había señalado la existencia del contrato.

No obstante, esta posición expuesta con anterioridad y que entró a asimilar la administración y el mandato¹⁰, no resultó ser pacífica en la medida que no llegó a sopesar la voluntad manifiesta para tal fin entre mandante y el mandatario, asimismo, porque los órganos sociales obraban dentro del ámbito de las atribuciones legales y estatutarias¹¹, de la misma forma se entró a desplazar la figura del contrato de mandato

⁹ **Corte Suprema de Justicia** -Sala de Casación Civil- M.P. Fernando Ramírez Gómez. Sentencia 24 de Agosto de 1998.

¹⁰ **Ver Pie de Pág. 2**

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Ob.Cit. Pág. 245.

Asimismo, respecto a la naturaleza de la relación sociedad-administrador, se destacó que:

a la del órgano legal, para permitir que no se entrara a responder de acuerdo a las obligaciones que se derivaran del mandato, sino que dicha responsabilidad sería en razón a las propias de cada órgano en la sociedad.¹²

Ahora bien, el artículo (Art.) 24 de la Ley 222 de 1995 (L.222/95) consagró expresamente que los administradores responderían solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionaran a la sociedad, a los socios o a los terceros. La responsabilidad aquí consagrada cobijaba solo a los administradores que hubieran participado en el hecho culposo que originaba el daño, adoptando la decisión y/o ejecutándola porque bien establece el Inciso segundo que:

“(...) No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. (...)”

Consagrándose dos hipótesis de exoneración de responsabilidad, la primera, para aquellos casos en los cuales los administradores no hubieran conocido de la acción u omisión, y la segunda cuando surgieran los salvamentos de voto en las reuniones de junta directiva, siempre y cuando el administrador no ejecutara la acción u omisión, bajo este escenario se cuestionaba si la exoneración por no conocimiento, encubriría la responsabilidad de los ausentes debido a que en sentido estricto, no se hallarían desempeñando el cargo y sí incumplirían su función de administrar. Ahora bien, no constituiría una causal de exoneración, el hecho que se aprobara anualmente las cuentas que rindieran los administradores al máximo órgano social, ni la ratificación,

“(...) *la responsabilidad del administrador es la de un mandatario, sin perjuicio de la responsabilidad penal que le pueda caber por los delitos en que pueda haber incurrido. (...) A pesar de que el código vigente prescinde de la asimilación expresa de la relación del dirigente con la derivada del mandato, se presentan características comunes entre la gestión social de los administradores y el mandato general regulado por los artículos 1262 del Código de Comercio y siguientes y el artículo 2158 del Código Civil. (...)*” Resaltado en cursiva por fuera de texto.

¹¹ **NARVAÉZ GARCÍA, José Ignacio.** Teoría General de la Sociedades. 10ª edición. Ed. Legis. Bogotá D.C. 2008. Pág. 271 a 272.

“(...) Los administradores no son mandatarios de los asociados ni de la sociedad sino funcionarios que proceden por cuenta y en nombre de ella, dentro de las atribuciones que le señalan los estatutos. La actuación del órgano es armónica con una concepción monista. Por el contrario la de mandatario corresponde a una concepción dual, pues el mandato requiere, por una parte la voluntad del mandante, y por la otra la del mandatario. (...)” Subrayado por fuera de texto.

¹² **GARRETA SUCH, José María.** Ob.Cit. Pág. 11.

“(...) la responsabilidad derivada del incumplimiento de las funciones inherentes al cargo tiene naturaleza orgánica, según establece el artículo 133.1 LSA, y por otro, que ha dicha responsabilidad quedan sujetas no el propio órgano (en el ejercicio de las competencias que le son propias (según la ley o los estatutos), sino las personas físicas titulares de la condición de órgano. No se está por tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, sino en el de la responsabilidad orgánica, es decir, aquella derivada de la actuación del órgano en el ejercicio de las competencias que le son propias según la ley y los Estatutos (...)” Subrayado por fuera de texto.

autorización o adopción de dichos actos por la junta de socios o asamblea de accionistas¹³; estas hipótesis de exoneración se convertirían en la práctica, en probar que sí se llegó a cumplir con el deber de diligencia exigido por la ley¹⁴.

Equivalente a este criterio, debe observarse el grado de culpa en que incurre un administrador en el ámbito de la responsabilidad, a partir que llega a existir la misma en aquellas actuaciones consistentes en la intención positiva de inferir un daño a la sociedad, a sus accionistas o a un tercero; así las cosas, el administrador debe responder por *culpa grave o lata*¹⁵ y por el grado al cual se asimila la expresión de culpa sin más calificativo, entendida como *culpa leve*¹⁶.

Siguiendo con el derrotero de la *culpa leve*, debe aclararse que la responsabilidad de un buen padre de familia o la prudencia en el manejo o el arte de sortear los riesgos y el azar, para nada se asemejan a la responsabilidad del administrador, empresario o gerente, por cuanto resulta ser una tarea propia del director, la asunción de todos aquellos riesgos en el inicio y desarrollo de sus proyectos o gestiones, buscando siempre que sus actuaciones sean en beneficio de la sociedad.

“(...) En esta labor enfrenta las vicisitudes de los ciclos económicos, la rudeza de la abierta competencia, las medidas macroeconómicas, la dinámica de la tecnología, las relaciones laborales, etc. (...)”¹⁷

Con todo, es significativo determinar dentro del tema de la responsabilidad, además de las llamadas *presunciones de culpa*¹⁸, lo que es un administrador, sobre el particular

¹³ **Ibídem.** Pág. 85-89.

¹⁴ **DE LA GÁNDARA, Luis Fernández y otros** Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria” en Responsabilidad de Consejeros y altos cargos de sociedades de capital. Ed McGraw-Hill. Madrid. 1996. Pág. 23.

“(...) La primera y fundamental exigencia para el administrador es *probar que ha empleado los medios a su alcance (de conformidad con el modelo de diligencia) para impedir la ejecución de la medida dañosa.* (...)” Resaltado en cursiva por fuera de texto.

¹⁵ La *Culpa Grave o Lata*, debe ser entendida como consistente en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

¹⁶ La ley define la *Culpa Leve* como “la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, definición esta que se adapta a la actuación de los administradores sociales; por tanto adaptarles a estos el criterio generalizado de exigir en su conducta “la diligencia del buen padre de familia” no se adecua a la naturaleza de sus funciones. Por tanto, la culpa a la que se refiere el Art. 24 de la L.222/95 (Art. 200 del C.Co) es la llamada *Culpa Levísima* de nuestro Código Civil, que es la que correspondería a quien se exige que actúe como un buen hombre de negocios.

CANTILLO VÁSQUEZ, Ignacio y RODRIGUEZ MOJICA, María Esperanza. Procesos de Disolución y Liquidación de Sociedades: Manual Práctico. Ed Legis. Bogotá. 1991. Págs. 38.

¹⁷ **ARRUBLA PAUCAR.** Ob.Cit. Pág. 251-252.

¹⁸ Otro aspecto que debemos tener en cuenta en materia de responsabilidad, son las llamadas *presunciones de culpa* que implican sin lugar a dudas que al demandante no le incumbe demostrar la culpa del administrador sino que deberá probar el daño y el nexo causal, son presunciones, en primer

hace más de una década (L.222/95 Art. 22) se sostuvo que se entendía como tal, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes detentaran aquellas funciones, en razón de los estatutos. Con todo, en el caso de las instituciones financieras y entidades aseguradoras, son administradores el director o el gerente, mientras que en las sociedades dedicadas al mercado público de valores, lo serán los emisores e intermediarios de valores; por esta razón se entendió que la reforma al ordenamiento mercantil tuvo dos fines, el primero fue el de concretar el vago concepto de administradores y el otro el de hacer más estricto el régimen de responsabilidad que traía el Código de Comercio.

Estos administradores son titulares de unos compromisos que guían el desempeño de sus gestiones¹⁹, deberes fiduciarios generales como el de lealtad, diligencia²⁰ y en nuestro sistema jurídico el deber de la *fides bona*²¹, así como algunos deberes fiduciarios específicos como el de confidencialidad o manejo de la información y el deber de abstención del derecho de voto, entre otros muchos, de conformidad con los estatutos sociales.

El régimen de responsabilidad de los administradores se basa en el concepto de la culpa, la cual exige que el daño haya sido desarrollado por el administrador, indicando que es un hecho personal, sin embargo, por la naturaleza de las funciones se entenderá como una responsabilidad patrimonial y subsidiaria si son varios los sujetos que la ocasionan. Así mismo, dentro del tema de la responsabilidad, deben acreditarse por una parte el *daño*, seguido de un *hecho contrario a derecho*, determinado por el incumplimiento de los deberes de gestión, así como el *nexo de causalidad* entre el daño y el hecho dañino.

El fundamento de la responsabilidad de un administrador es el incumplimiento de uno o algunos de los deberes fiduciarios, en donde indefectiblemente media la culpa o el dolo, por tal razón, resulta imposible considerar la existencia de algún tipo de responsabilidad objetiva, así como pueden ser aplicables los eximentes de responsabilidad consagradas

lugar el incumplimiento o la extralimitación de sus funciones, en segundo término la violación de la ley y/o los estatutos y finalmente, cuando propongan o ejecuten la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el Art. 151 del C.Co; este es sin lugar a duda, el pilar fundamental de la demanda para lograr establecer y probar los hechos que constituyen el actuar irresponsable del administrador cuestionado.

¹⁹ **CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique.** Deberes en los Actos de Gestión al Interior de una Persona Jurídica. Revist@ E-Mercatoria. Vol. 7 No. 2. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.

²⁰ Hay que señalar que el deber de diligencia no trae consigo una obligación de resultado sino de medio, en efecto, mal podría exigírsele al administrador que se anticipara y, aún más, superara el alea económico envuelto en todo negocio; así, el administrador debe poner todo su empeño y esfuerzo, todas sus habilidades y conocimiento para lograr cuanto resulte favorable para la sociedad, pero no debe garantizar la consecución de tal fin. Esto fue lo denominado por los Tribunales Norteamericanos como *The Business Judgment Rule*.

²¹ **NEME VILLAREAL, Martha Lucía.** Los Principios Generales del Derecho y el Problema de los Riesgos por Pérdida de la Cosa Debida. Estratto da "Roma e America Diritto Romano Comune". Ed. Mucchi Editore. 21/2006. Pág. 246.

en nuestro Ordenamiento civil y aquella disposición mercantil en donde el administrador que no conozca de la acción o de la omisión o que hubiera votado en contra, se hallará exonerado de responsabilidad.

Este tema de la responsabilidad de los administradores, nos orienta a conocer el asunto del mandato contenido en el Art. 29 de la L.222/95, estableciéndose la obligación para los administradores de las entidades matrices así como para los administradores de las subordinadas, de presentar en el caso de grupo empresarial el *informe especial*, señalando su contenido y alcance²².

*"(...) Este informe debe relacionar las operaciones de mayor importancia concluidas durante el ejercicio entre las sociedades del grupo, señalándose allí los aspectos mínimos que debe contener. Las Superintendencias de Valores, Bancaria y Sociedades, están facultadas para constatar la veracidad del contenido del informe especial en cualquier tiempo e incluso a solicitud de interesado, pudiendo adoptar las medidas pertinentes (...)"*²³

En este sentido la responsabilidad se deriva de la información que deben prestar en el desarrollo de su actividad empresarial o el deber fiduciario específico de información o confidencialidad y que implica una carga además de la diligencia en la comprobación de la veracidad de la misma, al igual que una fundamentación suficiente en cuanto a fuentes y soportes en su adquisición, todo esto dentro del andamiaje de las relaciones de empresa.

Empero y según el régimen general de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, el administrador debe responder bien frente a la sociedad ora frente a los socios o terceros, respectivamente, haciendo efectiva en la primera, la ASR (Art. 25 de la L.222/95) y en la segunda, las reglas generales del Código Civil (C.C.) o lo que para la doctrina extranjera sería una *AIR*²⁴.

²² **Consejo de Estado** -Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta, del 12 de febrero de 2009.

A través de este pronunciamiento, se *anuló* el inciso segundo del artículo 1º de la Resolución 2014 del 12 de octubre de 1999, proferida por la DIAN, que señalaba que:

"(...) De igual forma la sociedad Subordinada que cumpla con las características de sociedad controlante o matriz deberá informar como tal, independientemente de la información del grupo empresarial al cual pertenece (...)"

²³ **Superintendencia de Sociedades** -Grupo de Conglomerados- Grupos Empresariales y Situaciones de Control Inscritos en las Cámaras de Comercio a 31 de Diciembre de 2004.

²⁴ **Código Civil** Art. 2341 Responsabilidad Extracontractual.- y ss.

"(...) El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido un daño *a otro*, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido. (...)" Resaltado en cursiva por fuera de texto.

“(…) se puede asumir que la matriz es responsable de las obligaciones de la dependiente por el solo hecho de existir una relación de control, o bien se establece una tipología o criterio de determinación de conductas que conlleven una responsabilidad para la matriz, cuando cada conducta perjudique a las subordinadas (…)”²⁵

En este mismo orden y manteniendo un criterio de exclusión de la responsabilidad global en el grupo, nos hallamos frente al tipo de responsabilidad de una matriz basada en el comportamiento-conducta o de la responsabilidad objetiva, estructural, también entendida como global²⁶, sin embargo, partidarios del hecho que aceptar un tipo de responsabilidad objetiva resquebrajaría la misma concepción económica del grupo, hemos de comentar que se permite la extensión de la responsabilidad a la matriz, siempre que se atente contra el interés público, tal y como resultaría para casos de consumidores y usuarios o los derivados de daños al medio ambiente.

Por otra parte la Superintendencia de Sociedades²⁷, refiriéndose a la solidaridad de la responsabilidad de los administradores prevista en la L.222/95 Art. 24 (Art. 200 del C.Co.)²⁸, en respuesta a una inquietud de si la responsabilidad del artículo en comento se refería únicamente al interior de la sociedad, es decir frente a los socios o si podía interpretarse frente a terceros, a lo cual el ente de control respondió que la citada normatividad indicaba que eran administradores tanto el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de las juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejercieran o detentasen esas funciones, por tanto cualquier socio o tercero, podían ejercer las acciones para exigir su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de sus deberes entendidas como AIR; resultando interesante dentro del concepto, que si la responsabilidad era generada por

²⁵ **FIGUEROA SIERRA, Augusto.** Un ensayo en derecho comparado: los Grupos Empresariales en Colombia y en Jurisdicciones Principales. Revista Jurisconsulto. Universidad Javeriana. Bogotá. Pág. 35.

²⁶ Sobre el particular, es prudente recordar, los distintos sistemas de responsabilidad imperantes, tales como el *Entity Law Approach*, propio del sistema jurídico angloamericano -*Common Law* -; *Enterprise Law Approach* o sistema propuesto para la Unión Europea y el sistema empleado por el Ordenamiento germano o *Dualist Approach*, que se caracterizó por los efectos generados según se tratara de un Grupo Contractual, donde la responsabilidad interna y la estructural u objetiva no eran más que una solidaria, presente como opción alternativa de la responsabilidad externa del *Disregard of Legal Entity*, o bien, se refiriera a un Grupo Fáctico o de Hecho, donde se admite la responsabilidad frente a terceros, sin mediar dolo o culpa pero aceptando el criterio profesional, sin que ello implique una responsabilidad objetiva. La poca efectividad en las indemnizaciones y en la presentación de informes de dependencia, llevó a la jurisprudencia a establecer un nuevo sistema, para un Grupo Fáctico Cualificado, expuesto en un aparte de otro trabajo investigativo.

CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. Crisis Empresarial al Interior de un Grupo de Sociedades –La Responsabilidad-. Revist@ E-Mercatoria. Vol. 4 No. 2. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.

²⁷ **Superintendencia de Sociedades.** Concepto No. 220-065373 de 18 de noviembre de 2005

²⁸ **Código de Comercio.** Art. 200. -Modificado. L. 222/95, Art. 24.

“(…) Los *administradores responderán* solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. (…)” Resaltado en cursiva por fuera de texto.

conductas dolosas y/o culposas, se estaría frente a una responsabilidad solidaria e ilimitada, imputándose dicha responsabilidad a los administradores como tal y no pudiéndose extenderla la sociedad en la medida que se trata de una persona jurídica distinta de los administradores.

Este concepto tuvo un asidero doctrinal, tal y como para el profesor José Ignacio Narváez para quien:

“(…) La responsabilidad por cualquier conducta dolosa o culposa que se presente en una sociedad *recae sobre los ejecutores* –llámense representante legal, liquidador, factor, miembros de junta o consejos directivos- *y quienes presten su concurso por asentimiento o negligencia*, verbigracia, el revisor fiscal, el contador. En verdad a quienes se les puede imputar el comportamiento culposo o delictivo son *los administradores que propusieron o participaron* en la probación y ejecución del acto ilegal o violatorio de los estatutos. (...)”²⁹
Resaltado en cursiva por fuera de texto.

Ahora bien, como aporte jurisprudencial de la C.S.J. referido a las acciones que podían ser ejercidas en contra de los administradores aclaró que independientemente de la responsabilidad que tenía una persona jurídica, por los actos de sus administradores, asimismo, cabía la responsabilidad de aquellos frente a los socios, terceros y la misma sociedad.

“(…) Resultaba así que, *al margen de la responsabilidad que a la persona jurídica* podía corresponderle por los actos ejecutados por sus administradores, en el marco de sus atribuciones legales o estatutarias, *también éstos (Administradores) podían ver comprometida su responsabilidad personal frente a la misma sociedad, los socios o terceros*, tal y como ocurre bajo el régimen actual, cuando su obrar culpable, intencionado o no, se constituía en fuente de lesión de un derecho del cual fueren titulares aquellos. (...)”³⁰
Resaltado en cursiva y entre paréntesis por fuera de texto.

De igual forma y trayendo a colación un pronunciamiento de la C.S.J de fecha 19 de febrero de 1999 en el cual, un tercero de una sociedad (Acreedor) pretendió del administrador de la persona moral el resarcimiento de los perjuicios causados por el actuar doloso de este; de tal forma que la Corte explicó la existencia de dos tipos de acciones contra los administradores, aclarando de todas formas que no se trataba de la posibilidad de obtener una doble indemnización, sino de dos caminos procesales para obtener la reparación del daño que ha sido ocasionado.

²⁹ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Ob.Cit. Pág. 339.

³⁰ Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- M.P Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia 30 de marzo de 2005.

"(...)“...entre otros supuestos que no necesitan ahora de comentario especial, consagra (...) a favor de los acreedores de una sociedad mercantil, cuando los derechos de los que son titulares resulten lesionados como consecuencia de la actuación dolosa simplemente culposa de los administradores y representantes de la compañía, un recurso complementario que les permite a los primeros (Terceros-Acreedores) dirigirse en acción individual de reparación de daños contra los segundos, sean estas personas naturales o entidades moralmente personificadas, para obtener la indemnización de los perjuicios así ocasionados, recurso que como es bien sabido, tiene su fundamento último en el Art. 2341 del C. Civil pues el sentido del Art. 200 del C. de Com. no es otro distinto, al hacer explícita la regla en referencia, que el otorgar a los susodichos acreedores un medio de protección directa cuya utilización, desde luego, no excluye la responsabilidad orgánica de naturaleza contractual que pueda predicarse de la sociedad deudora, lo cual, valga advertirlo, no quiere significar en manera alguna que gracias a la disposición comentada, pueda entonces obtenerse doble indemnización para un único daño, sino que en su caso el acreedor perjudicado dispone de dos vías posibles de reclamación apoyadas en sus respectivos títulos, y si la sociedad en cuestión llega a verse forzada a pagar mediando malicia, negligencia no intencionada o simple imprudencia de sus administradores, le queda la posibilidad de resarcirse haciendo uso de la acción social de responsabilidad contra ellos que asimismo instituye el Art., 200 tantas veces citado” (...)³¹ Resaltado en negrilla, subrayado y entre paréntesis por fuera de texto.

La preocupación en los tópicos de la responsabilidad, es determinar qué intereses deben ser considerados dignos de tutela, por tanto, debe concebirse la posibilidad del resarcimiento solo cuando han sido vulnerados; en este camino de reconocimiento de intereses dignos de ser protegidos, se ha iniciado como consecuencia del interés de la responsabilidad por la víctima y ya no por el victimario y asimismo, por el elemento daño y no por el elemento culpa. Esta tarea ha sido en todo caso encomendada a la jurisprudencia, pues es la actividad del juez la que estudia los nuevos casos que nutren el tema de la responsabilidad y a partir de los fallos de los altos tribunales, es que se ha dado el avance en materia de reconocimiento y límite de intereses tutelados; cada ordenamiento jurídico debe decidir cuáles son los intereses merecedores de tutela e incluso protegerlos con la *responsabilidad aquiliana* y determinar hasta dónde está dispuesto a llegar en materia de reparación de daños.

En este sentido, se hallan en los Códigos Civiles más destacados, algunas normas generales de responsabilidad que abren la puerta al reconocimiento de los nuevos tipos de daños que deben considerarse resarcibles, entre otros el *código civil francés* al establecer que cualquier hecho del hombre que ocasione un daño, debe ser reparado³²

³¹ Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- Sentencia 19 Febrero de 1999 citado en *Ibidem*.

³² Código Civil Frances. Art. 1382.-

o el *código civil italiano*³³, al indicar que cualquier hecho fraudulento o culposo que causa un perjuicio injusto, obliga a aquél que lo causó a reparar el daño provocado, tendencia a partir de la cual, la doctrina determinó que daños resultaban injustos, pues este es el filtro que se utilizó para establecer los daños resarcibles, entendiendo por injusto que no existiera ningún derecho para causarlo y que la víctima, viera afectado un interés tutelado sin tener el deber de soportarlo.

En general, la responsabilidad sufrió ciertas variaciones, pero no únicamente por los factores que pudieran causar daños, por el número de estos, así como porque los daños resarcibles hubieran aumentado, en realidad se trataba de la definición de intereses que debían ser tutelados; la víctima circunscrita en la responsabilidad, ponía de presente la *socialización de los riesgos*, para los casos en que se desconocía al agresor sin dejarla a esta última “sacrificada” desamparada, en desarrollo del principio constitucional de solidaridad.

De lo que se trata entonces, es que la sociedad entre a reparar los daños causados, siendo varios los mecanismos para entrar a configurar este fenómeno, por una parte se halla el seguro privado, por otra los obligatorios y los fondos de solidaridad, así como el sistema de seguridad social; pero en definitiva los elementos que deben tenerse en cuenta en todo estudio de responsabilidad y que se tiene como configuradores, son tres, el fundamento, el daño y nexo de causalidad, siendo los tres aspectos que deben concurrir cualquiera que sea la clase de responsabilidad que se trate y el daño o afectación patrimonial más tradicional o más reconocido.

1. Funciones

Es útil en este punto referirnos a las funciones de la responsabilidad, pues partimos de una relación sociológica en virtud de la cual el hombre es por su naturaleza un ser vengativo que tiende a indemnizar el daño que ha causado; la responsabilidad podría tomarse como una respuesta a este fenómeno. En principio, la respuesta que se presentó frente a la causación de un daño era ilimitada, más adelante se dio la Ley del *Talión* como forma de limitación, para después las sociedades distinguir, que era mejor la autocomposición a través de la cual las partes llegan a un acuerdo sobre la forma de reparar el daño, llegando luego a la hetero-composición o posibilidad de que un tercero decidiera la forma de reparar el daño.

Bajo este esquema las funciones de la responsabilidad son las siguientes:

a. Función Reparadora –*Resarcitoria - Satisfactoria - Solidaria*– y Preventiva

“(…) *Tout fait quelconque de l’homme, qui cause á autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, á le réparer. (…)*”

³³ **Código Civil Italiano.** Art. 2043.-

“(…) *Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno. (…)*”

La principal función de la responsabilidad civil es eminentemente la *Resarcitoria*, pues trata en lo posible de volver las cosas al estado anterior a la causación del daño y que la víctima quede satisfecha; sin embargo no todos los daños pueden ser reparados con un valor de mercado, esto sucede como en el caso de los *daños extramatrimoniales*, en cuyo caso se dice que técnicamente no se está resarciendo, sino *compensando*. La función de la responsabilidad es *Satisfactoria*, porque se busca compensar el dolor que la víctima ha sufrido, con lo cual hay reparación pero no resarcimiento; en esta medida se dice que la indemnización de los daños morales cumple una función de *Solidaridad*, precisamente por el apoyo de la sociedad para con la víctima.

Con relación a esta función se ha planteado en las distintas ramas del derecho el principio de la *reparación integral*³⁴, del cual la mayoría de los autores señalan que no es un principio del derecho civil porque las partes en su autonomía o la ley pueden limitarlo, por consiguiente, se sostiene que es una regla o un parámetro, consistente en que se debe reparar todo lo que en el ordenamiento se ha reconocido como daño resarcible en forma integral y no reparar “todo” daño en sí mismo, porque ello llevaría a abrir la puerta y considerar todo como resarcible.

Por otra parte, la función *Preventiva* se refiere al carácter persuasivo que caracteriza a la responsabilidad, debido a que aquella invita a la sociedad a obrar de manera cauta para evitar ser sujeto de una condena; esta función se ha menguado con la aparición del contrato de *seguro* al igual que con los sistemas de *no fault* o de responsabilidad global.

b. Función Punitiva y “Precaución”

Este asunto nos lleva a hablar del daño punitivo, como figura del derecho anglosajón que se configura cuando se condena por un valor mayor al requerido para reparar el daño, valor que la víctima tiene derecho a recibir en determinadas condiciones; lo que se busca con la función *Punitiva* es imponer la pena además del resarcimiento, por esta razón el daño punitivo es también llamado pena privada. Esta función acrecienta la función preventiva, siendo algo diferentes en la medida en que el objetivo es castigar la culpa grave de una persona.

En nuestro Ordenamiento no existe tal función, por cuanto se requeriría una ley ya que en no puede existir una pena sin ley; sin embargo, algunos casos pueden considerarse como tipificación del daño punitivo, *verbi gratia*, la Corte Constitucional no ha descartado la posibilidad de adoptar el daño punitivo, en la medida que llega a asociarlo

³⁴ **Ley 446 de 1998.** Art. 16. Valoración de daños.-

“(…) Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de *reparación integral* y equidad y observará los criterios técnicos actuariales. (…)” Resaltado en cursiva por fuera de texto.

con el principio de *reparación integral*, en el entendido que los límites impuestos para la indemnización en materia penal, solo opera para los perjuicios morales.

“(…) VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS. (…) 6. El derecho a la *reparación integral* de los perjuicios ocasionados por la conducta punible no es un derecho absoluto. La potestad de configuración del legislador para regular la reparación de perjuicios sin desconocer que ésta debe ser una indemnización justa. (…) las limitaciones admisibles no pueden desnaturalizar el derecho a la indemnización justa y plena. En efecto, cuando se dice que la *reparación (…)* *integral* se esta garantizando que es equivalente a la medida del daño de tal manera que se cumpla la función reparatoria de la indemnización a plenitud para que el perjudicado quede, si ello fuere posible, indemne. Probablemente este objetivo no se logre respecto de los *daños morales*, caso en el cual la indemnización de tales daños adquiere una función compensatoria. (…)”³⁵
Resaltado en cursiva por fuera de texto

No sin antes advertir el Alto Tribunal Constitucional que:

“(…) función punitiva de la indemnización ha sido admitida en otros países, como los Estados Unidos, y en esa medida se busca superar las limitaciones de la función compensatoria de la indemnización de los daños morales. (…)”

Finalmente, no tratándose de una función, se halla la *Precaución* o la figura proveniente del sistema alemán que surge en relación a la protección del derecho del medio ambiente, extendiéndose por otra parte a la propiedad intelectual, concretamente a la biotecnología; fundado en el principio “*ante la duda abstente*”, del cual se deriva que cuando no se conozcan las consecuencias que puede tener una actividad es mejor no desarrollarla; este principio tuvo un auge especial en 1995 con las actividades nucleares francesas en *mururoa*³⁶, sin embargo, el problema que se ha presentado con esta figura es que no se define si es una mera invitación o si por el contrario es una obligación e incluso en algunos tratados europeos se ha mantenido como un simple consejo.

No obstante, *si de manera substancial* se extendiera la precaución a toda la responsabilidad, *puede* haber lugar a la reparación sin necesidad de la existencia de un daño y/o víctima, con lo cual se desnaturalizaría la responsabilidad, pues en este caso se castigaría el riesgo generado por el hecho de no tener control sobre él.

2. El Daño

³⁵ Corte Constitucional - Sentencia C- 916 de 2002- M.P. Manuel José Cepeda

³⁶ CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. Aproximación a la regulación de los Grupos Empresariales en los ámbito fiscal, penal y ambiental. Revist@ E-Mercatoria. Volumen 7. N° 1. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008

a. El Daño como Elemento de Responsabilidad

Que mejor forma, de partir con la explicación de la noción del daño que trae a colación el maestro Fernando Hinestrosa en el sentido que es más que una lesión moral o patrimonial de un derecho ajeno, en este sentido, aquel elemento es el primero que debe agotarse en el estudio de un juicio de responsabilidad, en la medida que:

“(...) el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se pudo determinar o no se pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. De ahí también el desatino de comenzar la indagación por la culpa de la demandada (...)”.³⁷ Resaltado en cursiva por fuera de texto.

En este mismo orden de ideas, en todo caso el daño exige ser investido con una serie de características para efectos de indemnización, resaltándose su certeza, el carácter personal y que recaiga sobre un interés jurídicamente protegido.

a.1. La Certeza y el Carácter Personal

En primer lugar, la certeza describe que el daño debe ser real, verificable y se debe constatar que su existencia y sus consecuencias se encuentren claramente probadas, generando como consecuencia, que quien pretenda el juicio de responsabilidad debe probar tanto la existencia del daño, como la entidad del mismo.

Contra poniéndose en cierta forma, al daño eventual o hipotético, entendido como aquel cuyo perjuicio es incierto y cuya existencia es discutida; lo que no entra a confrontar, con que el daño pueda ser en todo caso actual o futuro y esto por cuanto la condición para que el daño futuro sea indemnizable, es que de los hechos presentes se puedan proyectar con claridad la ocurrencia del daño futuro, logrando así que el daño sea tan *cierto*, como un elemento esencial de la indemnización.

El carácter personal hace referencia a la legitimación activa, lo que es lo mismo, que el perjuicio sea solicitado por la persona que efectivamente lo sufrió, legitimándose no sólo a quien sufre directamente daño sino también a las víctimas indirectas, es decir, quienes sufren un perjuicio porque se le causó un daño a una persona diferente de ellos mismos.

³⁷ **HINESTROSA, Fernando.** Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa. Citado por **HENAO, Juan Carlos.** El Daño. Universidad Externado de Colombia, 1998. Pág. 36.

Por otra parte pero en desarrollo de esta característica, la jurisprudencia ha reconocido que el daño moral se presume para los familiares de las víctimas, bastando la prueba del parentesco para probar el daño indirecto; no constituyendo en todo caso una presunción, sino un indicio del daño moral sufrido.

a.2. El Hecho de Recaer sobre un Interés Jurídico Protegido

Para que el daño pueda indemnizarse, además de los anteriores elementos debe recaer sobre él, un interés jurídicamente protegido, aspecto que no debe ser confundido con el concepto de daño antijurídico del Art. 90 de la Constitución Política³⁸, entendido como aquel que los particulares no están obligados a soportar.

Al mismo tiempo, el tema del *interés jurídicamente* tutelado ha sido desarrollado con el concepto de confianza legítima, puesto que existen casos en los cuales los particulares se encuentran en situaciones de irregularidad y debido a la anuencia de la autoridad pública, el paso del tiempo y el hecho de que el particular actuó de buena fe, se adquiere el derecho que en principio no se reconocía legalmente.

b. Clasificación del Daño

Coincidiendo con los parámetros esbozados por la doctrina sobre la tipología del perjuicio, hemos de concretar que la misma resulta ser “*una clasificación racional de los diversos rubros del perjuicio reconocidos por la jurisprudencia*”.

Con un ánimo simplemente de compendiar o simplificar la clasificación del daño, debe advertirse que el mismo resulta ser entendido por una parte como un *Daño Material*³⁹ y por otro lado debe de la misma manera concebirse como un *Daño Inmaterial*⁴⁰.

³⁸ **Constitución Política** Art. 90. Responsabilidad Patrimonial del Estado.-

“(…) El Estado responderá patrimonialmente por los *daños antijurídicos* que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...)” Resaltado en cursiva por fuera de texto.

³⁹ El *Daño Material* se halla conformado por el Daño Emergente, regulado en los Arts. 2341, 1613 y 1614 del C.C., y definido como las erogaciones que debe realizar la víctima como consecuencia del daño, siendo la pérdida total o parcial por el incumplimiento de una obligación, el cual puede ser actual o futuro. Otra forma como se compone el *Daño Material* es el Lucro Cesante reglamentado en el Art. 1614 del C.C., y entendido como la ganancia o provecho que deja de entrar al patrimonio de la víctima por el incumplimiento o la ganancia frustrada consolidada o futura. Sobre este aspecto del daño material, bien se puede consultar el pronunciamiento de la **Corte Suprema de Justicia. Sentencia 14 de marzo de 1996**. MP. Pedro Lafont Pianetta.

⁴⁰ Parte de la doctrina considera que la jurisdicción civil entiende que el elemento del rubro de un Daño Moral comprende todos los *Daños Inmateriales*, a diferencia del Consejo de Estado donde además se reconoce un rubro aparte, para el Daño en la Vida de Relación y a pesar de que estas son dos categorías

Sin embargo, respecto del daño material, se podría apreciar dentro del mismo tanto lo que se conoce como el Daño Moral, así como lo que perfectamente puede entrar a interpretarse como el Daño a la Vida de Relación⁴¹.

B. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

1. Los Actos de Gestión

a. Aspectos Relevantes de los Administradores

de *Daño Inmaterial*, reconocidas por la jurisprudencia al interior de la doctrina, existen posturas que sugieren que hay rubros diferentes e independientes al Daño Moral y al Daño en la Vida de Relación. **M^{CAUSLAND}, María Cecilia y otros**. Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Reflexiones Sobre el Contenido del Daño Inmaterial. Tomo II. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2003. Pág. 325 a 343.

Apartándonos de estas consideraciones doctrinales, se debe esgrimir conceptos del Alto Tribunal de Justicia Civil cuando al entrar a precisar el concepto de daño considera que en el mismo debe debatirse la figura en primer lugar, del daño emergente y lucro cesante, en segundo término el daño moral y como tercer punto a discutir, cabría perfectamente el *daño a la vida en relación*. **Corte Suprema de Justicia**. M.P. Cesar Julio Valencia Copete. Sentencia 13 de mayo de 2008.

“(…) El primero de tales conceptos corresponde a las nociones de daño emergente y lucro cesante que, se itera, constituyen expresiones características del perjuicio que reviste naturaleza eminentemente patrimonial, en los términos en que han sido descritos por los artículos 1613 y 1614 del Código Civil. El segundo se identifica con la noción de daño moral, que incide o se proyecta en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc. Y el tercero, es el denominado **daño a la vida de relación**, que se traduce en afectaciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior, concretamente, alrededor de su “... actividad social no patrimonial ...”, como se lee también en el citado fallo.(…)” Resaltado en cursiva y en negrilla por fuera de texto.

Asimismo y retrotrayéndonos en materia conceptual, el mismo Alto Tribunal hace más de 4 décadas (**Corte Suprema de Justicia**. Fernando Hinestrosa, G.J. CXIX -378. Sentencia 16 de Diciembre de 1967) , llegó a sentar igualmente su posición al exponer la idea del daño a la actividad social no patrimonial:

“(…) En lo relativo al daño a la persona, consistente de inmediato en un desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, *susceptibles de traducirse en las anotadas consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos en la vida de relación*

(…)

la reparación o compensación del **daño a la actividad social no patrimonial** (*Daño a la Vida en Relación*) y el de daño moral propiamente dicho, aceptando su transmisibilidad por no estar excluida ni tratarse de derechos ligados indisolublemente a la persona de su titular originario, no se trasladan a los herederos sino en cuanto el causante alcanzó a adquirirlos, (…)” Resaltado en cursiva, negrilla entre paréntesis y subrayado por fuera de texto.

⁴¹ **HENAO, Juan Carlos**. Ob.Cit. Pág. 191

Mientras el citado Art. 22 de la L.222/95 de manera restrictiva estableció quienes eran administradores, a través de la Circular Externa No. 100-006 del 25 de marzo de 2008, la Superintendencia de Sociedades insistió en el fenómeno análogo que se presentaba con las personas que por razón de la responsabilidad propia de sus cargos, actuaban en nombre de la sociedad, como sucedía con los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros, administrativos, de producción y de recursos humanos, entre otros, quienes podían tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o legales y se convertían en administradores si ejercían funciones administrativas o si las detentaban, de donde resultaba que era administrador quien obraba como tal y también lo era quien estaba investido de facultades administrativas.

Debido a que era posible que la administración estuviera a cargo de una persona jurídica, el Art. 24 de la L.222/95 previó que la responsabilidad se imputaría a ella y a quién actuara como su representante legal, siendo una responsabilidad solidaria entre la persona jurídica y la persona natural que actuaba como su representante legal, y es por esto por lo que el patrimonio de cada uno de ellos se vería comprometido al pago eventual de una indemnización por los perjuicios ocasionados.⁴²

Es de recordar, respecto del régimen de solidaridad, que si la sociedad se halla gestionada por un órgano de administración conjunta, debe vislumbrarse el concepto de culpa, en la medida que detenta el carácter personal.

“(…) La aplicación de la doctrina general en materia de solidaridad significa para el actor la posibilidad de dirigir la acción social de responsabilidad contra cualquiera, varios o todos los administradores, tanto simultanea como sucesivamente (*ius variandi*), hasta lograr la satisfacción o reparación total del perjuicio causado a la sociedad (…) A su vez, en el ámbito de las relaciones internas entre los administradores, aquellos que satisfagan el daño causado a la sociedad podrán dirigirse frente a los demás administradores en vía de regreso(…)”⁴³

b. El fenómeno de la delegación de facultades.

La delegación es una figura que responde a la imposibilidad práctica de que un solo órgano pueda ejercer de forma eficaz las funciones de administración y representación; correspondiendo dilucidar en este momento, la ocurrencia en aquellos casos en los que las actuaciones que se realizaron de forma irregular no se desarrollaron directamente por los administradores titulares de aquella función sino por las personas a quienes ellos delegaron esta.

⁴² CANTILLO VÁSQUEZ, Ignacio y RODRIGUEZ MOJICA, María Esperanza. Ob.Cit. Págs. 39.

⁴³ DE LA GÁNDARA, Luis Fernández y otros. Ob.Cit. Pág. 22

Aquellos administradores no delegados en legal forma, no dejan de serlo y seguirán respondiendo por la falta de control o de las medidas conducentes para evitar el daño.

“(…) De la naturaleza de la delegación y del régimen de responsabilidad se desprende, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, que *la delegación no priva al Consejo de sus facultades de administración*, sino que, por el contrario *conserva competencia concurrente con la del órgano u órganos delegados*, y por tanto puede sustituir a éstos en el cumplimiento de los actos comprendidos en las funciones delegadas, tiene la facultad de modificar o revocar (antes de su conclusión) los actos de administración delegados y de impartir instrucciones vinculantes en lo interno, salvo que implique infracción. Por otro lado, salvo que existan condicionamientos estatutarios, podrá revocar a los administradores delegados y suprimir la delegación o modificar su contenido (…)”⁴⁴ Resaltado en cursiva por fuera de texto.

Nuestro Ordenamiento mercantil permite la delegación tanto de las sociedades colectivas⁴⁵, en comandita⁴⁶ y en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada y anónima, no existe una prohibición expresa, por tanto el tema se desarrollará conforme se pacte en los estatutos.

2. Particularidades frente a la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)

En concordancia con el régimen general de responsabilidad de los administradores, el legislador extendió el ámbito de aplicación de las normas correspondientes, a la nueva SAS, indicando que tendrán plena vigencia frente a las categorías de representante legal, junta directiva y demás órganos de administración que para cada caso sean designados⁴⁷.

⁴⁴ **Ibídem.** Pág. 33.

⁴⁵ **Código de Comercio** Art. 310.-

“(…) *la administración corresponde a todos y a cada uno de los socios*, quienes podrán delegarla en sus consocios o en extraños, caso en el cual los delegantes quedarán inhibidos para la gestión de los negocios sociales. (…)” Resaltado en cursiva por fuera de texto.

Código de Comercio Art. 312.-

“(…) Delegada la administración a varias personas, sin determinar sus funciones y facultades, se entenderá que *podrán ejercer separadamente cualquier acto de administración*. (…)” Resaltado en cursiva por fuera de texto.

Código de Comercio Art. 313.-

“(…) Delegada la administración de la sociedad, el o los socios que la hubieren conferido *podrán reasumirla* en cualquier tiempo, o cambiar a sus delegados, (….) Cuando la *delegación no conste en los estatutos*, deberá otorgarse con las formalidades propias de las reformas estatutarias. (…)” Resaltado en cursiva por fuera de texto.

⁴⁶ **Código de Comercio** Art. 326.-

“(…) La administración de la sociedad estará a cargo de los socios colectivos, quienes *podrán ejercerla directamente o por sus delegados*, con sujeción a lo previsto para la sociedad colectiva (…)” Resaltado en cursiva por fuera de texto.

⁴⁷ **Ley 1258 de 2008.** Art. 27. Responsabilidad de Administradores.-

Sin embargo, la disposición en comento, no solo se estableció como fuente de regulación normativa para las personas formalmente designadas como administradores, sino que acudiendo al concepto sustancial de administrador, según el cual no interesa si la persona que adelanta las labores de gestión y administración del ente social, se encuentra registrado o no, lo que resulta siendo importante es que actúe como tal, configurándose como un administrador de hecho; con todo, la citada ley extendió la aplicación de las normas contenidas en la L222/95, sobre responsabilidad de los administradores a aquellas personas naturales o jurídicas que intervengan en las actividades de administración de la SAS, así:

“(…) **Parágrafo.-** Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores. (...)”

En uno y otro caso el criterio de referencia será el de exigir del administrador, un comportamiento acorde con el interés del ente social, lo cual será juzgado desde la óptica de la sociedad en su conjunto, mas no de cada uno de los socios o del mismo administrador.

Esta disposición se encuentra directamente relacionada con la consagración de la teoría del abuso de la personalidad jurídica en el Art. 42 de la L.1258/08; al tratarse de una nueva consagración expresa de la *teoría del levantamiento del velo corporativo*, como expresión del principio del abuso del derecho, en su rol creador de una nueva fuente de resarcimiento.

El legislador queriendo evitar que el nuevo tipo societario sea utilizado para defraudar la ley o perjudicar a terceros, estableció la posibilidad de imputar responsabilidad por los actos realizados con estos fines a través del ente social. Así mismo sancionó con nulidad, la cual debería ser declarada por el juez competente, que para el efecto sería la Superintendencia de Sociedades, y en el evento que procediera la petición de indemnización por los perjuicios causados por estas conductas serían los jueces del circuito⁴⁸.

“(…) Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y *demás órganos de administración*, si los hubiere. (...)” Resaltado en cursiva por fuera de texto.

⁴⁸ **Ley 1258 de 2008.** Art. 42. Desestimación de la personalidad jurídica.-

“(…) Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, *los accionistas y los administradores* que hubieren *realizado, participado o facilitado* los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.(...)” Resaltado en cursiva por fuera de texto.

Es importante resaltar que la redacción de la norma, permite determinar que se está acudiendo a la teoría del levantamiento del velo corporativo, no solo en su acepción tradicional de imputar responsabilidad a los accionistas, sino también se hace extensiva a los administradores.

Al utilizar la expresión “*los accionistas y los administradores*”, nos presenta una responsabilidad no propiamente solidaria, que además es generada por actos de carácter defraudatorios, pueda ser acreditado en el caso concreto; así se trata, en todos los eventos en los que se haya utilizado la sociedad con el ánimo indicado, siempre de una responsabilidad para el o los administradores, en la medida en que *realizar, participar o facilitar*, resultan ser acciones que por su naturaleza, serían adelantadas por quien ejerce la administración de un ente societario.

Cabe preguntarse en este punto, si un mecanismo en este sentido era del todo necesario o pertinente, y de serlo que sucedería con la función que tiene por esencia la ASR. Es oportuno aclarar que no estamos negando la posibilidad de que existan diferentes vías para imputar responsabilidad por los actos realizados por los administradores en incumplimiento de los deberes que les son exigibles; en nuestro concepto, lo que sucede es que un mecanismo como la teoría del abuso de la personalidad jurídica, no es afortunado como medio para imputar responsabilidad a los administradores, al existir las herramientas acordes para dicha censura.

II. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES

A. LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

Las ASR, procedentes del *common law*, que con el calificativo de *acciones derivadas*⁴⁹ fueron entendidas por parte del órgano de inspección, vigilancia y control, como aquellos mecanismos de protección para los asociados frente a la irresponsabilidad de los administradores, que se configuraba en un derecho público subjetivo y que tenía todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión mediante un proceso; dicha pretensión es de condena y consiste en la declaración por parte del juez, de la responsabilidad patrimonial de los administradores con el fin de obtener la reparación de los perjuicios que por dolo o culpa el ocasionen a la sociedad⁵⁰.

⁴⁹ Las *acciones derivadas* son consideradas como aquella presentadas por el o los accionistas con el fin de prevenir o resarcir un daño a la sociedad, *donde el único y verdadero legitimado es el ente societario*. HAMILTON, Robert. Business Basics for Law Students. Essential Terms and Concepts, 2 edition, New York, Aspen Law and Business. 1998. Pág. 405. Citado por REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo I. Ed. Temis. Bogotá. 2004. Pág. 464.

⁵⁰ Superintendencia de Sociedades. Oficios Nos 220-013628 del 15 de Febrero de 2000 y 220-039037 del 9 de Agosto de 2007.

El Art. 25 de la L.222/95⁵¹ recogió la figura a la que nos acabamos de referir, en la búsqueda sin lugar a dudas, de obtener el resarcimiento de perjuicios ocasionados por los administradores, sin embargo y bajo esta noción, hemos de recordar las características propias de la ASR, tal y como lo hecho el Alto Tribunal.

"(...) Cuando los derechos de los acreedores de una sociedad mercantil resultan lesionados por la administración dolosa o culposa de los administradores de una compañía, aquellos tienen opción de dirigirse en acción individual de reparación de daños contra los primeros, para obtener de estos las indemnizaciones de perjuicios, en virtud del artículo 2341 del Código Civil y 200 del Código de Comercio, o pueden dirigirse contra la sociedad. Si la sociedad "llega a verse forzada a pagar mediando malicia o simple imprudencia de sus administradores, le queda la posibilidad de resarcirse haciendo uso de la acción social de responsabilidad contra ellos. (...)"⁵²
Resaltado en cursiva y subrayado por fuera de texto.

1. La Convocatoria y las Mayorías

En primer lugar, el Art. 25 de la L.222/95 estableció que la ASR contra los administradores correspondía a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podría ser adoptada aunque no constara en el orden del día⁵³. El C.Co. impide que los socios *Convoquen directamente* a la asamblea general o a la junta de socios de las compañías porque lo que establece es que los socios *soliciten la Convocatoria* a los administradores, al revisor fiscal o a la Superintendencia de Sociedades, sin embargo el tratamiento que le da el ordenamiento a este caso especialísimo resulta bondadoso y necesario porque se puede presentar el caso de que los administradores a los cuales se les pide la convocatoria se muestren renuentes a impulsarla.

La Superintendencia de Sociedades sostiene que la convocatoria es una invitación a reunirse, cuyo efecto se agota con su expedición, pudiendo ocurrir que esa convocatoria o invitación no cumpliera con la totalidad de los requisitos exigidos en la ley o en los estatutos, en este caso la sanción jurídica no se predicaría de la convocatoria o de la reunión sino de las decisiones adoptadas; verbi gratia, cuando a pesar de una convocatoria realizada sin la antelación adecuada o por un medio equivocado, la reunión de carácter universal puede validar la totalidad de las decisiones

⁵¹ **Ley 222 de 1995.** Art. 25. Acción social de responsabilidad.-

"(...) La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social. (...)" Resaltado en cursiva por fuera de texto.

⁵² **Corte Suprema de Justicia** -Sala de Casación Civil- Sentencia 19 de Febrero de 1999. M.P. Carlos Esteban Jaramillo.

⁵³ **Ver Pie de Pág.** No. 46

que se adopten a pesar de la irregularidad mencionada; de igual forma y aún tratándose de una reunión extraordinaria, podrá tomarse la decisión de iniciar la acción contra los administradores, sin que el punto se haya incluido en el orden del día, pese a la estipulación del Art. 425 del C.Co.⁵⁴, aplicable por remisión a las sociedades de responsabilidad limitada.⁵⁵

En segundo término, a la luz del Art. 68 de la L.222/95, las *mayorías* decisorias con excepción de las previstas por el mismo artículo, deben ser las ordinarias, porque existen disposiciones anteriores a la citada ley, como la prevista por el Art. 198 del C.Co., relativa a la designación del representante legal, que enfáticamente dispone que se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato que tiendan a establecer la inamovilidad de los administradores elegidos por la asamblea general, junta de socios o por juntas directivas, o que exijan para la remoción mayorías especiales distintas de las comunes.

La decisión de iniciar una ASR, por ser un tema asociado a la administración del ente societario, a la luz del Art. 120 del C.Co., debe ajustarse a la mayoría prevista por el Art. 25 de la L.222/95, norma que además es armónica con el Art.198 del C.Co., en cuanto establece la mayoría para remover al representante legal. Es decir, la mayoría decisoria para tomar la medida de iniciar la ASR es la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión. Para realizar el cómputo correspondiente en la hipótesis de que en una sola persona concurren las calidades de administrador y de socio deberán deducirse previamente las acciones, cuotas o partes de interés que le correspondan

2. La Legitimación Activa de la ASR, así como las Decisiones y Consecuencias Inmediatas.

La finalidad de la ASR es lograr recomponer el patrimonio de la sociedad y por ello la *legitimación activa* le corresponde primero a la sociedad para que lleve -dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que ocurrió la junta o la asamblea- al conocimiento de los jueces ordinarios las pretensiones de condena que buscan el resarcimiento del patrimonio de la sociedad; no obstante, la ASR podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad, cuando no haya sido ejercida por la sociedad dentro del término de los tres meses, esta sustitución en la *legitimación activa*, opera cuando la asamblea general o junta de socios han decidido ejercer la ASR pero no se presentó la demanda ante el juez

⁵⁴ **Código de Comercio. Art 425.** Deliberación y Decisiones en Reuniones Extraordinarias.-

"(...) La asamblea extraordinaria no podrá tomar decisiones sobre temas *no incluidos en el orden del día* publicado. Pero por decisión del *setenta por ciento (Modificado por la mayoría ordinaria de los votos presentes Art. 68 L.222/95)* de las acciones representadas podrá ocuparse de otros temas, una vez agotado el orden del día, y *en todo caso podrá remover a los administradores y demás funcionarios* cuya designación le corresponda. (...)". Resaltado en cursiva y entre paréntesis por fuera de texto.

⁵⁵ **Superintendencia de Sociedades.** Concepto 220-001135 del 1 de Enero de 2002

correspondiente, siendo totalmente diferente el panorama si la asamblea o la junta no actúan frente a las acciones u omisiones del administrador y no deciden impulsar la ASR, porque en este evento, los socios minoritarios verían impotentes cómo se desmejora el patrimonio de la sociedad y por ende el suyo propio.

Frente a la ASR que ejercen los accionistas, se menciona que esta es la contingencia a través de la cual aquellos ejercitan el derecho de la sociedad para reclamar contra los administradores culpables de la actuación contraria a la ley, los estatutos o sin la diligencia debida⁵⁶; ahora bien, la naturaleza de la ASR no varía pese a ser el resultado de la inactividad de la sociedad, pues se realiza en defensa de un interés social y no de uno individual. A diferencia de otras legislaciones, en la nuestra no se exige un número de socios (*ni siquiera una minoría*) para impulsar dicha acción, se piensa entonces que basta que uno solo la solicite; pero para iniciarla es necesario que la asamblea general o junta de socios hubiese votado favorablemente el ejercicio de la acción y no la ejerza en los 3 meses siguientes a la adopción, esto excluye la posibilidad de que se utilice este mecanismo cuando se votó negativamente en la reunión de la junta o la asamblea.

Así mismo, se encuentran legitimados activamente los acreedores de la sociedad si se presenta uno de los siguientes factores, en primer término, cuando la decisión de exigir la acción no se haya hecho dentro de los tres meses siguientes a la decisión tomada por la asamblea o junta de socios, en segundo lugar, que quienes pretendan iniciar la ASR, deberán representar por lo menos el 50% del pasivo externo, y finalmente cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para atender todos los créditos; este último punto trae una serie de dificultades, en la medida en que el acreedor interesado en repetir contra el administrador, deberá demostrar de insuficiencia de la garantía frente a su crédito, implicando el conocimiento de información contable y financiera de la sociedad que le permita demostrar su condición, tarea esta que de por sí resulta quijotesca.

Ha de vislumbrarse, igualmente, amén de la referida legitimación activa, las *consecuencias inmediatas* en adelantar una ASR, sobre aquellas se ha de señalarse, por una parte, que existe la posibilidad de acudir a la *jurisdicción civil*⁵⁷ y por la otra, cabe evento de *remover al administrador* y el nombramiento de uno nuevo; esta última decisión no surge como consecuencia de la responsabilidad que se le endilga al administrador, por cuanto solo el juez es el sujeto capacitado para decidir sobre un asunto en particular, sino que por el contrario, la confianza que existía entre las partes

⁵⁶ GARRETA SUCH, José María. Ob. Cit., Pág. 99

⁵⁷ Sobre el particular se ha manifestado que por tratarse de un proceso que busca resarcir los perjuicios ocasionados a la sociedad, el trámite (*Tanto de las ASR así como de las AIR*) que debe dársele es el de un *Proceso Verbal Sumario* (Art. 233 de la L.222/95) en única instancia, que no admite recurso de apelación, excepciones previas, reforma de la demanda y que deberá atender el domicilio de las partes y la cuantía siguiendo los parámetros esbozados por el Código de Procedimiento Civil; asimismo se ha argüido que la acción puede ejercitarse cuando el origen del conflicto sea el contrato de sociedad o la Ley que lo rige, así como que no esté sometido a un árbitro o a un amigable componedor.

Ver comentarios de **Superintendencia de Sociedades**. Oficio 220-049329 del 10 de Octubre de 2007.

llegó a su fin o por lo menos quedó mancillada por las acciones u omisiones del administrador.

Respecto de esta primera consecuencia inmediata cuál es la de acudir a la jurisdicción civil, debemos observar que la respuesta jurídica proporcionada por el Juez, se concretaría en consideración a los perfiles específicos de cada caso en particular, por tanto el *petitum* de la demanda bien podría circunscribirse de manera general a los siguientes aspectos:

- Declarar que XXX incumplió los deberes que legal y estatutariamente le eran exigibles como gerente de YYY.
- Declarar que también incumplió los deberes y obligaciones a los que se refieren los estatutos sociales de YYY en sus artículos.
- Declarar que XXX es civilmente responsable de los daños causados a YYY como consecuencia o efecto de las acciones y omisiones en las que incurrió cuando se desempeñó como gerente de YYY.
- Condenar a XXX al pago, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, del valor de los daños causados a YYY por el lucro cesante y el daño emergente resultantes de las acciones y omisiones en las que incurrió junto con los ajustes por indexación y los intereses de mora a que haya lugar, los que se liquidarán desde cuando en cada caso se causó el daño hasta cuando se pague el valor a cargo del demandado.

Continuando con este derrotero procedimental, en el proceso en discusión (*Donde la prescripción de la acción es de 5 años, siguientes al momento en que tuvo lugar el acto u omisión que generó el daño*) se debe demostrar por parte del demandante, tanto la trasgresión sustancial del ordenamiento jurídico, así como el perjuicio sufrido y que el mismo pretende le sea indemnizado⁵⁸.

B. ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD.

La *AIR* es un mecanismo que permite que quien fue perjudicado directamente por la actuación de los administradores, pueda solicitar a la jurisdicción la reparación del daño ocasionado, ya no actuando a nombre del ente social sino en interés propio.

En definitiva la *AIR* se caracteriza por atribuirle a cualquier persona, sea o no socio, lo que sería lo mismo acreedor de la sociedad, cuando el daño afecta al patrimonio

⁵⁸ **Corte Suprema de Justicia** -Sala de Casación Civil- M.P. Nicolás Bechara. Sentencia 13 de junio de 1997.

individual y no el social⁵⁹; en aras de la claridad, hemos de traer a colación la explicación que da el ente de inspección, vigilancia y control, sobre una AIR.

“(…) cualquier persona que haya sufrido perjuicio derivado de las actuaciones de los administradores, previa comprobación del interés jurídico que le asiste puede demandar se le *compensen los daños al patrimonio personal del asociado o tercero afectado por el hecho*. Se trata de una responsabilidad personal del administrador frente a los *accionistas* o frente a *terceros* y no de *responsabilidad de la sociedad* por la actuación de los administradores como órgano social en nombre de ella (…)”⁶⁰ Resaltado en cursiva por fuera de texto.

El supuesto de hecho que genera la responsabilidad de los administradores está configurado en la elaboración de cualquier acto, entendido como *acciones u omisiones singulares, concretas, individualizadas*, realizado por los administradores *en desarrollo de su gestión* y no atribuibles directamente a la sociedad pero impetrados de forma culposa por los mismos.

1. Legitimación Activa-Pasiva y Responsabilidad Extracontractual

Se encuentra legitimada para ejercer la AIR, cualquier persona que haya sufrido perjuicios a causa de la actividad de los administradores, *trasgrediendo su deber de conducta empresarial*, y que tenga interés jurídico directo en ello o un nexo de causalidad, en este instante se hallará legitimado activamente para actuar⁶¹; de esta forma se encuentran legitimados tanto el asociado como el tercero a los cuales se les hayan causado perjuicios.

El objetivo primordial de esta acción es reconstruir el patrimonio del asociado y del tercero afectado, no así el patrimonio del ente social.

“(…) (La AIR) no pretende la reintegración del patrimonio social, porque no es este el lesionado, sino *el resarcimiento de los daños directos que socios o terceros* pueden sufrir como consecuencia del incumplimiento culposo en el ejercicio de su cargo, del deber de diligencia de los administradores. A fin de que los legitimados para interponer la acción puedan ejercitarla, *los daños cuyo resarcimiento se pretende, han de ser directos y no derivados de los que hubiera podido sufrir el patrimonio social* (…)”⁶² Resaltado en cursiva y entre paréntesis por fuera de texto.

⁵⁹ GARRETA SUCH, José María. Ob. Cit., Pág. 126.

⁶⁰ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-049329. Ob.Cit.

⁶¹ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Ob. Cit. Pág. P. 463

⁶² ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles. Acción individual de responsabilidad frente a los administradores. Revista de Sociedades. núm. 1. Madrid. 1993. p. 169. Citado por **Ibíd.**

En este orden de ideas, el resarcimiento el daño causado a un tercero, debe abordarse desde dos perspectivas cuando el actuar ha provenido del comportamiento de un administrador empresarial, en primer lugar cuando dicho acto se desliga del vínculo de gestión imperante en el medio empresarial de una sociedad, se debe acudir a una AIR, mientras que en segundo término, si no resulta posible apartarse de aquella relación, es menester revolver el asunto desde el ámbito de la responsabilidad extracontractual, de esta forma ha sido entendido por la Honorable Corte, cuando entró a explicar la responsabilidad extracontractual indirecta, refleja o de derecho.

*“(...) tratándose de la responsabilidad civil por el hecho de otra persona, el tercero está obligado a indemnizar cuando se encuentran demostrados los presupuestos generales que configuran la responsabilidad extracontractual, a saber, el hecho, el daño y el nexo de causalidad entre uno y otro, por un lado, y por el otro la relación de dependencia con el causante del daño, relación de dependencia que, como se ha explicado a espacio líneas atrás, no habrá de estar ligada en forma concreta a una clase especial de contrato, sino que supone, única y exclusivamente, una situación de autoridad o de subordinación adecuada. (...)”*⁶³ Resaltado en cursiva por fuera de texto.

En este mismo sentido cabe destacar lo ya esbozado:

*“(...) Por ser esa la doctrina sobre la cual descansa sin duda el artículo 2341 del C.C., se tiene por verdad sabida que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que quien reclame a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar, en principio, el perjuicio padecido, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre ambos factores; (...)”*⁶⁴ Resaltado en cursiva por fuera de texto.

2. Asuntos sobre las Acciones de Responsabilidad

De los pronunciamientos que entran a gestionar en cierta forma el tema de las acciones de responsabilidad, se halla la sentencia del 19 de febrero de 1999; sobre el particular la C.S.J se familiarizó con el asunto de la responsabilidad de los administradores de una forma colindante; el litigio en cuestión se desató, previa la consideración de los siguientes hechos, debido a que la entidad financiera Banco de Comercio al considerar que las conductas eran dolosas y destinadas a la obtención de indebidos beneficios, demandó el pago de perjuicios por el incumplimiento en la cancelación de un préstamo de financiación, como consecuencia del despacho de un cargamento de postales y

⁶³ Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Civil- MP .Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia 15 de Marzo de 1996.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Civil- MP .Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia 22 de Febrero de 1995.

muebles metálicos que se había realizado a Luis Javier Mario Posada (*P*), quien actuaba como gerente de la compañía Industrias Gráficas Movifoto Ltda. (*IGMV*) y a la Comercializadora Movifoto Ltda. (*MV*), antes Inmobiliarias Movifoto Ltda., esta última en calidad de *socia gestora* de *IGMV*, transformada luego en Industrias Gráficas Movifoto S. en C (*mv*), para el término del préstamo, *mv* se había transformado nuevamente en *IGMV* y no le había cancelado al Banco del Comercio, hallándose igualmente sin bienes para responder⁶⁵.

Tanto en la primera como en la segunda instancia se condenó a la (*MV*), pero se absolvió a (*P*) por considerarse que no hallaba legitimado pasivamente. El cargo del recurrente se orientó a demostrar que hubo incongruencia en la decisión tomada por el Tribunal pues los demandantes nunca pretendieron la realización *in natura* de la obligación, sino el pago de los perjuicios que se ocasionaran como consecuencia del incumplimiento.

Al iniciar el análisis de los cargos la Corte señaló que cuando la parte actora dio a sus pretensiones un matiz de responsabilidad extracontractual, los órganos jurisdiccionales no podían desvirtuar esa primera parte originaria y tomar una decisión como si se hubiesen incumplido las obligaciones de una relación contractual, de la misma forma, no era posible sustentar la posición de derecho de una contratante sobre mandatos legales encaminados a crear, dirigir o desarrollar la responsabilidad extracontractual⁶⁶, según el criterio de la C.S.J, del expediente se podía deducir que el título que sirvió de apoyo a las pretensiones de la entidad bancaria, no tenían que ver con el sentido de la decisión tomada por el *ad quem*, lo que estaba demostrado era que este fue un caso de responsabilidad civil de terceros ajenos a la relación contractual, terceros que obraron en complicidad maliciosa con la sociedad contratante, refiriéndose concretamente a *mv*.

Siguiendo en este mismo orden y bajo aquella argumentación, resulta claro que la posición de la C.S.J., se vio respaldada por los Art. 2341 y 1614 del C.C que determinan que una vez se hubiese producido un daño de naturaleza no contractual el culpable tiene el deber jurídico de indemnizar a la víctima en aplicación del principio rector de resarcimiento integral, no siendo otro distinto el sentido de los artículos 200 y

⁶⁵ **Corte Suprema de Justicia.** -Sala de Casación Civil- Sentencia 19 de Febrero de 1999. Ob.Cit. Ver Pie de Pág. 47

⁶⁶ **Ibidem.**

“(…) de conformidad con los artículos 2341 y 1614 del Código Civil, *producido un daño que no sea efecto del incumplimiento de una obligación* de antemano existente entre la víctima y el agente de cuyo obrar culpable, intencionado o no, *pretende deducirse responsabilidad, pesa sobre este último el deber jurídico de indemnizar* en forma tal que tenga plena aplicación el principio rector del resarcimiento integral en que los citados preceptos se inspiran, *mientras* que a la luz de los artículos 200 y 832 del Código de Comercio (...) consagra la legislación a favor de los acreedores de una sociedad mercantil, cuando los *derechos de los que son titulares resulten lesionados como consecuencia de la actuación dolosa o simplemente culposa de los administradores* y representantes de la compañía (...)” Resaltado en cursiva por fuera de texto

832 del C.Co. en la medida en que siendo más específicos, existen leyes a favor de los acreedores de una sociedad mercantil, cuando sus derechos son lesionados como consecuencia de la actuación dolosa o culposa de los administradores y representantes de la compañía, refiriéndose a la *AIR*, así, para el Alto Tribunal el Art. 2341 del C.C se vuelve explícito en materia societaria con el Art. 200 del C.Co; refiriéndose a continuación, a la *ASR* para señalar que cuando por la actuación de los administradores, la sociedad se ve obligada a indemnizar, esta puede repetir contra los primeros; así y en estos términos la Corte casa la sentencia.

Por otra parte, la C.S.J.⁶⁷, decidió los recursos de casación interpuestos por la Sra. María Helena Páez de Bonilla (MH) y la Sociedad AFCOL S.A. (AF), contra la sentencia del Tribunal Superior, en el proceso ordinario promovido por la recurrente contra AF, y los señores José Lloreda Camacho (JL), Alfonso Lloreda Camacho (AL) e Isabel Londoño de Lloreda (IL), pretendiendo que se les declarara civil y solidariamente responsables por los daños causados en los inmuebles y muebles de su propiedad con ocasión del derrumbe de la represa ubicada en el predio de la sociedad demandada, cuya administración correspondía a las personas naturales anteriormente señaladas.

No obstante, la primera instancia concluyó con sentencia desestimatoria, la cual fue revocada en segunda instancia, declarándose civilmente responsable a la sociedad AF, por los daños causados y absolviendo a las personas naturales por falta de legitimación en la causa.

Es de nuestro interés concentrarnos en el tercer cargo propuesto por MH, en la medida que se refiere concretamente a la responsabilidad de los administradores, acusando a la sentencia de segunda instancia de ser violatoria por vía indirecta de los Art. 200 del C.Co y 2344 del C.C., como consecuencia de los errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas, puesto que el sentenciador no tuvo en cuenta el certificado de la Cámara de Comercio, en el cual JL era el apoderado general de AF, AL e IL sus suplentes, por ende se les negó su calidad de administradores para efectos de su responsabilidad, para lo cual no importaba la denominación que se le daba sino las funciones que tuvieran los mismos. Según la recurrente, en el informe de Ingeominas y el dictamen de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, la represa colapsó debido a su deficiente mantenimiento, lo cual fue corroborado en la declaración de parte de los demandados, en la cual se aceptó no haber efectuado operaciones de mantenimiento a dicha construcción; finalmente en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable la Corte estableció que:

“(…) De acuerdo con los principios generales que gobiernan el régimen de la *responsabilidad civil*, el surgimiento de la obligación indemnizatoria a cargo de los *administradores del ente social*, (...) sea que desarrollaran funciones de

⁶⁷ **Corte Suprema de Justicia** -Sala de Casación Civil-Sentencia 30 de Marzo de 2005. Ob.Cit. Ver Pie de Pág. No. 25

representación de la sociedad o solamente de gestión, estaba supeditado a que incurrieran en una acción u omisión dolosa o culposa, y que de ese comportamiento se derivara un daño para uno de los sujetos mencionados, es decir, que entre su conducta y el perjuicio ocasionado existiese una relación de causalidad adecuada, responsabilidad que debía y debe deducirse dentro del marco de la responsabilidad civil extracontractual, cuando el sujeto damnificado con la actuación del administrador de la empresa social es un tercero. (...)”
Resaltado en cursiva por fuera de texto.

Con todo la C.S.J. trató el problema jurídico en cuanto a la responsabilidad de los administradores de forma general, pudiendo desarrollar con mayor profundidad el asunto, ya que solo se ocupó de algunos aspectos como señalar lo establecido en el Art. 200 del C.Co., sin entrar en mayor detalle, así como una clara mención y explicación del pronunciamiento del Honorable Tribunal del 19 de febrero de 1999, ya referenciado con anterioridad.

En cuanto al caso en concreto *no se demostró* que los administradores fueran responsables en su persona individual, luego el problema fue de carácter probatorio, dado que no se evidenció que JL hubiera estado ausente en la administración de la sociedad AF y que hubiere sido necesaria la participación de AL e IL; de la misma forma, tampoco se demostró que no se hubieren tomado las medidas para asegurar el adecuado funcionamiento de la presa, las cuales si se realizaron, más aún, cuando no existe normatividad especial que entre a regular el mantenimiento.

Cabe preguntarnos si este razonamiento está acorde con la exigencia que se les impone a los administradores de las sociedades en el Art. 23 de la L.222/95, puesto que los obliga a obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, sobre este particular debe recordarse la diferencia existente entre un *deber de diligencia (duty of diligence)* y una *debida diligencia (due diligence)*, lo que para el sistema anglosajón representa el ejercicio de un deber mucho más profesional o fiduciario frente al actuar⁶⁸.

Resulta claro que en el presente asunto se observa que al no existir una normatividad aplicable para la uso, conservación y adecuado funcionamiento de unos bienes, no por ello correspondía entrar a exonerar al administrador basándose en este fundamento, ya que aquel no debía limitar sus acciones simplemente a la mera verificación de funcionamiento del bien, sino que por el contrario, su actuación debía estar conforme a los parámetros que exige la buena fe, la lealtad y debida diligencia (*diligencia debida*) con que todo administrador debe obrar.

⁶⁸ CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. Deberes en los Actos de Gestión al Interior de una Persona Jurídica. Ob. Cit.

CONCLUSIONES

No resulta uniforme la doctrina al entrar a determinar la naturaleza de la relación existente entre la sociedad y los administradores, pues tal como quedó señalado, para algunos se trata de un contrato de *mandato*, en donde el administrador –mandatario– responde de acuerdo a los deberes exigidos por esta especial relación contractual, mientras que para otros, la figura corresponde a una relación orgánica propia de la estructura misma del ente societario pues es en la actuación de los miembros de cada órgano social donde debe incluir un deber fiduciario de diligencia, haciéndose exigible a ellos las obligaciones señaladas en la ley y en los estatutos.

Frente a la actuación irregular de los administradores en el ejercicio de su función, nuestro régimen jurídico señala dos instrumentos para obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por los administradores: la ASR y la AIR; y tanto la ley como los estatutos son el marco conceptual bajo el cual deben ser analizadas las conductas de los administradores, para tener en consideración los especiales deberes fiduciarios que les son exigidos.

Nuestro sistema jurídico continental es claro en señalar la prohibición de que se pacte entre la sociedad y los administradores cláusulas en las cuales se eximan de la responsabilidad o la limiten a cierto monto, y teniendo en cuenta los principios de nuestro régimen general de responsabilidad, según los cuales la indemnización a la que haya lugar debe ser integral y la proscripción de la condonación del dolo futuro.

Por una parte, la ASR es aquella que es ejercida por la sociedad, a través de los socios, para buscar el resarcimiento del daño ocasionado por los administradores a nombre del ente societario, sin que medie un interés propio o directo para realizar la reclamación, en últimas, las consecuencias económicas del resarcimiento, ingresarán al patrimonio social y no al de la persona que inició la acción. Por la otra, la AIR será aquella que cualquier persona que se haya visto afectada por la actuación de los administradores, podrá iniciar para reclamar para sí el pago de perjuicios a los que hubiese lugar; no obstante nuestro sistema jurídico regula de forma especial algunos requisitos que deberán agotarse para iniciar la ASR, por ejemplo, en el tema de convocatorias y mayorías decisorias, así como que las AIR y ASR, que se realicen, deberán tramitarse por el proceso verbal sumario.

BIBLIOGRAFIA

1. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Grandes Temas de Derecho Comercial. Su incidencia en la Constitución de 1991. Ed. DIKÉ. Medellín. 1993.

2. CANTILLO VÁSQUEZ, Ignacio y RODRIGUEZ MOJICA, María Esperanza. Procesos de Disolución y Liquidación de Sociedades: Manual Práctico. Ed. Legis. Bogotá. 1991.

3. Código Civil Italiano.

4. Code Civil Francés.

5. Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta, del 12 de febrero de 2009

6. Corte Constitucional -Sentencia C- 916 de 2002- M.P. Manuel José Cepeda

7. Corte Suprema de Justicia

- Sala de Casación Civil- M.P. Nicolás Bechara. Sentencia 13 de junio de 1997.

-Sala de Casación Civil- MP .Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia 22 de Febrero de 1995.

- Sala de Casación Civil. MP .Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia 15 de Marzo de 1996.

- Sala de Casación Civil- MP. Carlos Jorge Antonio Castillo Rúgeles. Sentencia 16 de Octubre de 1997.

-Sala de Casación Civil- M.P. Fernando Ramírez Gómez. Sentencia 24 de Agosto de 1998.

- Sala de Casación Civil- M.P. Carlos Esteban Jaramillo. Sentencia 19 de Febrero de 1999.

- Sala de Casación Civil- MP. Pedro Lafont Pianetta. Sentencia 14 de marzo de 1996.

- Sala de Casación Civil- M.P Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia 30 de marzo de 2005.

- Sala de Casación Civil- M.P Cesar julio Valencia Copete. Sentencia 13 de mayo de 2008.

- G.J. CXIX -378 Fernando Hinestrosa. Sentencia 16 de diciembre de 1967.

8. CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique.

- Deberes en los Actos de Gestión al Interior de una Persona Jurídica. Revist@ E-Mercatoria. Vol. 7 No. 2. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.

- Crisis Empresarial al Interior de un Grupo de Sociedades –La Responsabilidad-. Revist@ E-Mercatoria. Vol. 4 No. 2. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.
- Aproximación a la regulación de los Grupos Empresariales en los ámbito fiscal, penal y ambiental. Artículo publicado en la Revist@ E-Mercatoria. Volumen 7. Nº 1. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008

9. DE LA GÁNDARA, Luis Fernández y otros Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria” en Responsabilidad de Consejeros y altos cargos de sociedades de capital. Ed. McGraw-Hill. Madrid. 1996.

10. FIGUEROA SIERRA, Augusto. Un ensayo en derecho comparado: los Grupos Empresariales en Colombia y en Jurisdicciones Principales. Revista Jurisconsulto. Universidad Javeriana. Bogotá.

11. GARRETA SUCH, José María. La Responsabilidad Civil, Fiscal y Penal de los Administradores de las Sociedades. P.D. Marcial Pons. Madrid. 1991.

12. HENAO, Juan Carlos. El Daño. Universidad Externado de Colombia, 1998.

13. M´CAUSLAND, Maria Cecilia y otros. Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Reflexiones Sobre el Contenido del Daño Inmaterial. Tomo II. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2003.

14. NARVAÉZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de la Sociedades. 10ª edición. Ed. Legis. Bogotá D.C. 2008.

15. NEME VILLAREAL, Martha Lucía. Los Principios Generales del Derecho y el Problema de los Riesgos por Pérdida de la Cosa Debida. Estratto da “Roma e America Diritto Romano Comune”. Ed. Mucchi Editore. 21/2006.

16. REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo I. Ed. Temis. Bogotá. 2004.

17. Superintendencia de Sociedades

- Grupo de Conglomerados- Grupos Empresariales y Situaciones de Control Inscritos en las Cámaras de Comercio a 31 de Diciembre de 2004.
- Concepto No. 220-065373 del 18 de noviembre de 2005
- Concepto 220-001135 del 1 de Enero de 2002
- Oficio No. 220-013628 del 15 de Febrero de 2000
- Oficio No. 220-039037 del 9 de Agosto de 2007.
- Oficio No. 220-049329 del 10 de Octubre de 2007.