

**EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCION EN EL PROCEDIMIENTO DE
RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS
SOCIEDADES COMERCIALES**

Presentado por

**SANTIAGO ALEJANDRO BUITRAGO TISNES
VANESSA MONTOYA CUARTAS
LUISA FERNANDA ORDOÑEZ HURTADO**

Monografía presentada como requisito para optar el título de abogado

Lector

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2016**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	3
1. EL ADMINISTRADOR Y SU FUNCIÓN EN UNA SOCIEDAD COMERCIAL.....	5
1.1. Régimen jurídico aplicable para los administradores.....	11
1.2. Responsabilidad de los administradores	12
1.2.1. Responsabilidad Civil	13
1.2.2. Responsabilidad penal	15
2. RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD COMERCIAL	17
2.1. La sociedad comercial	18
2.2. Clasificación.....	19
2.2.1. Sociedad anónima.....	19
2.2.2. Sociedad en comandita simple y por acciones	20
2.2.3. Sociedad de responsabilidad limitada	21
2.2.4. Cuadro resumen de las sociedades comerciales	22
2.3. Responsabilidad patrimonial de la sociedad frente al actuar irregular del administrador.....	25
2.3.1. Responsabilidad en el ámbito contractual.....	26
2.3.2. Responsabilidad desde la órbita tributaria	28
3. LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD	29
3.1. Concepto	31
3.2. Legitimización por activa, decisiones y consecuencias inmediatas	34
3.3. Presupuestos para la atribución y exclusión de responsabilidad del administrador.....	37
CONCLUSIONES	¡Error! Marcador no definido.
BIBLIOGRAFÍA.....	47

INTRODUCCIÓN

La presente monografía busca analizar el sistema de responsabilidad de los administradores en las sociedades comerciales, teniendo en cuenta los presupuestos consignados en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina que rige la materia, en especial, la actuación del administrador cuya gestión debe orientarse al cumplimiento de las metas de la sociedad que administra, por cuanto sus acciones en muchos casos, traen repercusiones; civiles, contractuales e incluso penales cuando se presenta una extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en muchos casos esas decisiones pueden repercutir en perjuicio grave para los socios, situación que hace evidente la necesidad de incluir desde la perspectiva misma de la construcción de los estatutos que gobierna el objeto social y el desempeño natural de la empresa, límites al poder derivado de la delegación, los cuales sin duda además de estar consignados en los actos de constitución, también están fijados en la ley, como un mecanismo de control.

En ese sentido, la ley 222 de 1995 contempla la posibilidad de actuar por vía de la acción social de responsabilidad, que no es otra cosa que un mecanismo a través del cual se puede obligar al administrador, a indemnizar a aquellos a los cuales haya causado perjuicio con sus actuaciones.

Al respecto, en una columna del diario económico la República escrito por Juan Guillermo Nur del 13 de enero de 2014 frente a la acción social se consigna:

La acción social de responsabilidad es uno de los mecanismos existentes bajo la ley para hacer que los administradores que sean declarados culpables (i) indemnicen a quienes hayan causado perjuicios, y (ii) vuelvan a conformar el patrimonio de la sociedad en caso que este se haya visto desmejorado y esta pueda, a su vez, cumplir con sus obligaciones. La decisión de ejercer esta acción solo puede ser adoptada a través del máximo órgano social, por medio de una votación que requiere de una mayoría simple para su adopción, desde luego siempre y cuando haya el quórum mínimo establecido por ley para el inicio de las deliberaciones del máximo órgano social. (Nur, 2014)

Lo cual es esencial por cuanto en muchos casos, no solo el patrimonio de las empresas y de sus socios está en juego con la actuación de los gerentes, administradores o representantes legales, la comunidad misma puede resultar afectada si se tiene en cuenta la actividad comercial desplegada por la sociedad, en muchos casos la afectación se extiende a los consumidores de bienes y servicios.

Por ello, la parte inicial del presente trabajo se ocupa de analizar el papel que debe cumplir el administrador en una sociedad comercial, el régimen jurídico que gobierna su actuación, los límites al poder derivado de su cargo y toda la regulación normativa relacionada con su función delegada por parte de los socios o miembros de la junta directiva y consignada en los estatutos de la organización.

Como segundo tema, se traen a colación las normas vigentes y su desarrollo jurisprudencial, teniendo en cuenta el ámbito de responsabilidad en una sociedad comercial, la trascendencia económica y social que tiene la función que cumplen en el tráfico jurídico y las consecuencias que pueden acarrear para la organización el incumplimiento al deber funcional delegado a aquel servidor encargado de regir los destinos y de cumplir los objetivos estatutarios.

Finalmente se analiza la acción social de responsabilidad comercial, con el fin de entender su naturaleza jurídica y su ámbito de aplicación, teniendo en cuenta no solo las repercusiones desde el punto de vista económico, sino desde un perspectiva más amplia, en especial porque en el desarrollo del objeto social, es dable afectar bienes jurídicos, protegidos desde la normativa civil y desde la órbita penal, incluso, administrativa, a través de las acciones coercitivas que en procura de la defensa de los intereses de la comunidad en general puede ejercer por ejemplo, la Superintendencia de Sociedades y los demás organismos de control.

1. EL ADMINISTRADOR Y SU FUNCIÓN EN UNA SOCIEDAD COMERCIAL

La forma como se debe administrar una sociedad, es un aspecto que se define en los estatutos de conformidad con el objeto social perseguido, ubicando las instancias decisorias, según el tipo de sociedad que se haya pretendido constituir y de la cual se espere nazca a la vida jurídica.

Lo anterior, por cuanto existen diversos modos de asociación y de tipo de negocio, que teniendo en cuenta la forma como se desempeña el objeto social exige unos niveles de responsabilidad que varían según el tipo de modelo societario, esa diferenciación permite dirigir la actividad estatutaria a cada modelo de negocio escogido, así lo reconoce la Corte Constitucional (en adelante la Corte) cuando señala:

La administración y representación de las sociedades puede operar a través de diversos esquemas, que dependen del tipo de sociedad y de las decisiones que adopten al respecto los órganos de deliberación, deduciéndose los siguientes modelos: (i) Mediante la administración ejercida por todos los socios, prevista en la ley para las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada, con la posibilidad de delegarla en otras personas, que pueden ser socios o terceros; (ii) Asignando la administración a una sola categoría de socios, como ocurre en el caso de la sociedad en comandita, en la cual corresponde a los socios colectivos o gestores esta función, que podrá ser directamente ejercida por éstos o por sus delegados; (iii) La administración por medio de gestores temporales y revocables, elegidos directa o indirectamente por los socios; este último esquema que es propio de las sociedades anónimas, es también adoptado en la práctica por los otros tipos de sociedades, cuando los socios que por ley tienen el derecho de administrar, delegan esta función. Salvo en los casos en que la administración de la sociedad corresponde por ley a determinada clase de socios, los encargados de la administración son elegidos por la asamblea o por la junta de socios, con sujeción a lo prescrito en la ley o en el contrato social. La elección podrá delegarse por disposición expresa de los estatutos en la junta directiva elegida por la asamblea general de accionistas (Art. 198, inc. 1° Código de Comercio). (Sentencia C384, 2008)

En ese sentido, en la sociedad en comandita, la cual según lo señalado por Villegas 1995:

Se trata de una sociedad “mixta”, donde se asocian, por un lado, uno o más socios que limitan su responsabilidad al aporte del capital efectuado, y, por otro, uno o más socios que aportan industria u otros bienes y actúan como socios “colectivos”, con responsabilidad ilimitada. (Villegas, 1995)

Por ello, en este tipo de negocios existen administradores que pueden asumir los deberes fiduciarios de la sociedad por delegación de los socios colectivos, es decir

no es una posición facultativa sino imperativa, así lo determina el artículo 326 del Código del Comercio:

Artículo 326. Administración de sociedad en comandita. 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.

También, en las sociedades de responsabilidad limitada, la cual como lo señala (Puelma 1988, curso practico sobre sociedades de responsabilidad limitada), se puede describir como aquella:

(...) sociedad solemne, de personas, con personalidad jurídica, sin fiscalización especial interna o externa, en que existe libertad para establecer el sistema de administración y representación; no respondiendo personalmente los socios, por regla general, frente a terceros, de las obligaciones sociales, y en la que los derechos de los socios están representados por una cuota. (Puelma Accorsi, 1988).

Los administradores pueden ser socios en una sociedad de conformidad con lo establecido en el artículo 358 numeral 5 del Código de Comercio que señala:

Artículo 358. Atribuciones adicionales a los socios en la sociedad de responsabilidad limitada. La representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponden a todos y a cada uno de los socios; éstos tendrán además de las atribuciones que señala el artículo 187, las siguientes:

5) Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda. La junta de socios podrá delegar la representación y la administración de la sociedad en un gerente, estableciendo de manera clara y precisa sus atribuciones.

O finalmente, en las sociedades anónimas que se puede definir como lo destaca (Natera 2007):

Una sociedad anónima es una entidad jurídica cuya existencia se distingue de la de su propietario. Sus titulares participan del capital social mediante acciones que les confieren derechos económicos y políticos. Las acciones se diferencian entre sí según las potestades que confieren o por su valor nominal. (Natera Hidalgo, 2007)

Los administradores no son socios, sino generalmente delegados o designados, así lo señala el artículo 440 de Código de Comercio que dispone:

Artículo 440. Representante legal de la sociedad anónima - representante - remoción. La sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal, con uno o más suplentes, designados por la junta

directiva para períodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo. Los estatutos podrán deferir esta designación a la asamblea.

Situación que permite evidenciar la importancia que según el modelo de negocio tiene el administrador, cuya función se puede ejercer como ya se indicó por derecho propio, delegado o por designación, por ello, el ámbito de responsabilidad de su actuación está directamente relacionado con lo establecido por la ley y los estatutos que rigen el objeto social, el modelo de negocio y la forma como se va a desenvolver la empresa, ante la sociedad a la cual aspira proporcionar bienes o servicios.

Esto, por cuanto el administrador puede ejercer su función teniendo en cuenta dos teorías esenciales, una, la de mandato y otra, la de representación, en cuanto a la primera, hace referencia a la esfera interna de la organización y a la relaciones de los socios entre sí (Villegas, 1995, pág. 131), lo cual ha sido criticado como lo señala el autor ya citado, por cuanto la función del administrador no se debe limitar a lo que los socios requieran en sentido personal, sino al desarrollo del objeto social que implica una función más amplia y general.

En torno a la segunda, de representación específicamente en la orgánica, implica la regulación de las relaciones externas de la organización, *“según esta teoría los administradores son funcionarios representantes sociales instituidos por la ley”* (Villegas, 1995, pág. 131), que cumplen su actividad de cara a la sociedad, lo cual, al igual es cuestionado en la medida que su actividad no puede simplemente limitarse a los factores externos, sino desde el análisis de las competencias amplias ligadas al interior y exterior de la empresa.

Lo anterior por cuanto los órganos de las sociedades comerciales, tendrán que regirse por los estatutos, en los cuales se entra a regular la función de dichos órganos e impondrá las limitaciones necesarias para no extralimitarse en el poder que se les confiere al actuar.

En ese contexto Hinestroza (2015) señala que existe una diferencia evidente entre la representación propiamente dicha y la “representación” de las personas jurídicas

por los órganos que legal o estatutariamente han de obrar por ellas externamente – representación orgánica, al respecto indicó:

(...) en el evento de que el “representante” orgánico, como cualquier dominus, se vea en la necesidad de constituir un representante ad hoc de la entidad para celebrar uno o varios contratos, o para intervenir en un proceso, casos estos en los cuales el “representante” confiere la representación al apoderado como lo haría cualquier persona individual o natural. (Hinestrosa, 2015)

Lo anterior cobra vigor por cuanto el representante legal de una empresa o compañía, podrá ser una persona natural o jurídica, elegida de acuerdo al procedimiento fijado en los estatutos de la organización. En caso de que no se especifiquen sus facultades, como lo señala Velásquez 2011:

(...) se entenderá que goza de todas aquellas que sean necesarias para el desarrollo del objeto social de la sociedad. De no establecerse en los estatutos ninguna disposición sobre su elección, corresponde hacerlo a la asamblea de accionistas o al accionista único, cambiando la norma supletiva consagrada en el art. 440 del Co. de Co., el cual radica esa función en la junta directiva. (Velasquez Restrepo, 2011)

Por ello, al tenor de lo indicado por Velásquez la Superintendencia sociedades sostiene: *“sanamente aunque sin que haya sustento legal alguno, que si una sociedad por acciones simplificada pretende incluir en sus estatutos la posibilidad en comento, tal decisión debe adoptarse por unanimidad. Unanimidad ésta que no está contemplada en la Ley 1258 de 2008. Según dicho ente estatal, como quiera que los accionistas disponen del derecho a proponer y designar administradores, no basta que la cláusula que crea la posibilidad de un administrador vitalicio sea aprobada con las mayorías ordinaria”*.(Cfr., SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-125862 de octubre 21 de 2009 y Concepto 220-177740 de diciembre 6 de 2009.)

Sobre las facultades de administración y representación ha dicho la Honorable Corte Constitucional, y de alguna manera realiza una diferenciación que es útil para entender el nivel de responsabilidad que asume en torno a su delegación

estatutaria, ya que esa actividad comporta dos facultades, una de administración *per se*, y otra de representación, en ese sentido señala:

Las facultades de administración y de representación son distintas, puesto que mientras las primeras comportan obligaciones respecto de la sociedad, las segundas constituyen poderes facultativos para actuar en su nombre. Estas dos funciones (administrar y representar a la sociedad) en ocasiones concurren en una misma persona, mientras que en otras está adscrita a diferentes agentes: los administradores que se ocupan de la vida interna de la compañía, y el representante legal que actúa externamente, relacionándose con terceras personas. El alcance de la potestad de representación y de gestión está demarcado por el objeto social, y cualquier limitación o restricción que se quiera imponer deberá constar explícitamente en el contrato social e inscribirse en el registro mercantil para que sea oponible a terceros. (Sentencia C384, 2008).

Y esta obligación es importante, en la medida que es allí donde se radica el factor esencial para analizar y entender el nivel de compromiso del administrador a la hora de promover una acción social de responsabilidad, toda vez que las limitaciones o restricciones deben constar por escrito, siendo así una limitación reglada, lo cual implica toda una construcción desde la perspectiva positiva, de las causales que permiten desarrollar la actividad sin entorpecer la labor, pero tampoco dando tal libertad que pueda desbordar su función y afectar la organización cuya gerencia se le ha confiado.

Lo anterior en la medida que su responsabilidad está regulada por el Código del Comercio, Art 200, modificado por el artículo 24 de la ley 222 de 1995, normativa que señala:

Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

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.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer su cargo.

Además, porque la Ley no contempla ninguna calidad especial para ejercer el cargo de administrador, salvo lo señalado en las normas pertinentes para las actividades reguladas por la Superintendencia de Sociedades, Superintendencia Financiera, Superintendencia Solidaria y de Valores, de conformidad con el numeral 3 del artículo 79 y el ordinal g) del numeral 2 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, lo cual implica tener especial cuidado a la hora de la selección de la persona idónea que pueda en virtud de los estatutos, ejercer las actividades dirigidas a garantizar el cabal cumplimiento del objeto social y cumplir la actividad bajo el respeto de la Constitución y de la Ley.

Siempre procurando el cabal cumplimiento del mandato asignado, garantizando el pleno ejercicio de las actividades lícitas tendientes a beneficiar la organización con sus logros y actitudes, logrando en todo momento favorecer los intereses del mandante, lograr el mayor provecho con el menor costo, razón por la que se deben observar todas las providencias que habría adoptado el administrador, de haberse encargado directa y personalmente de ejecutar la gestión, ello ha sido resaltado por la Corte Suprema de Justicia Sala Civil y Agraria la cual mediante sentencia 40538 de 1998 indicó:

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). (Casación Civil y Agraria 40538, 1998)

Actuar en contrario implica un reproche, más aun si se tiene en cuenta los deberes consignados en el artículo 23 de la ley 222 de 1995, en donde se establece "*que los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen*

hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados”.

1.1. Régimen jurídico aplicable para los administradores

El administrador es aquella persona donde recae la responsabilidad de guiar los destinos de una sociedad comercial, de conformidad con lo establecido en los estatutos y en las normas que regulan su actuación, normas comerciales que buscan el desarrollo del fin social de la organización, actuando debidamente informados, sin ninguna clase de conflicto de intereses, debidamente aconsejados procurando la toma de las decisiones de conformidad con las estipulaciones consignadas en el contrato social.

Según lo señalado en el artículo 22 de la ley 222 de 1995: *“son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”.*

Así por ejemplo, en el artículo 1332 del Código de Comercio, se da el nombre de "factor" a la persona que en virtud de un contrato de preposición, toma a su cargo la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo.

ARTÍCULO 1332. PREPOSICIÓN. La preposición es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. En este caso, el mandatario se le llamará factor.

En ese sentido, el encargado de dirigir cualquiera de las agencias de una sociedad ostenta la condición de administrador de esa compañía dentro del ámbito del establecimiento de comercio que administra, aun cuando no sea representante legal ni miembro de su junta o consejo directivo.

En ese mismo sentido, como lo estipula la circular externa 100-006 de la Superintendencia de Sociedades, un fenómeno análogo se presenta con:

(..) las personas que por razón de las responsabilidades propias de sus cargos, actúan en nombre de la sociedad, como sucede con los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros, administrativos, de producción, y de recursos humanos, entre otros, quienes pueden tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o legales y serán administradores si ejercen funciones administrativas o si las detentan, de donde resulta que es administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de facultades administrativas. (Ruiz López, 2008)

La Ley comercial otorga el título de administrador a aquellas personas que actúan permanentemente como administradores del ente societario, tal como acontece con los representantes legales y con los miembros de Junta Directiva, suplentes, cuya actuación se encuentra supeditada a la ausencia temporal o definitiva del principal, todo lo anterior concordante con lo estipulado en el artículo 196 del Código de Comercio, el decreto 1925 de mayo 29 de 2009, ley 1258 del 5 de diciembre de 2008 y la decisión 486 de 2000 de la comunidad andina sobre propiedad industrial.

1.2. Responsabilidad de los administradores

En virtud de lo señalado en el artículo 200 del Código de Comercio modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995:, tal y como fue indicado anteriormente; la responsabilidad del administrador se presume, cuando incumple sus funciones, se extralimita en el ejercicio de ellas, e igualmente cuando infringe la ley o los estatutos de la sociedad, en ese sentido, su actuación debe ir más allá de una diligencia ordinaria, ya que la gestión que le es encomendada requiere los más altos estándares de profesionalismo y de compromiso con la organización, lo anterior por cuanto a él son confiados los recursos tangibles e intangibles de la empresa.

Lo anterior además porque según la doctrina especializada que regula la materia, los administradores o miembros de la junta de administración:

(...) que hubieran adoptado un acuerdo lesivo, responderán solidariamente, excepto los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. (Crear Empresas, 2014)

Por ello, la responsabilidad de los administradores se puede evidenciar por la acción u omisión de las tareas que ejecute, o la inacción frente a aquellas que debió ejecutar, especialmente por el control de la actividad que le fue delegada en virtud de su cargo, los resultados esperados frente a determinada línea de acción planteada, el cumplimiento de las políticas organizacionales y el apego de la ley en torno a sus actuaciones.

Dicha responsabilidad puede ser analizada desde la órbita civil y penal, como se expone a continuación.

1.2.1. Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil de los administradores está ligada al incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 200 del Código del Comercio, por dolo o culpa en el desempeño de sus funciones o extralimitación en el ejercicio de las mismas, especialmente cuando de su actuación se derive el perjuicio para la sociedad que representa y el detrimento del patrimonio como consecuencia de una negligente actuación o gestión.

De la misma manera, dicha responsabilidad se infiere, cuando el administrador en desarrollo de su función haya propuesto o ejecutado sin contar con la autorización de los socios, accionistas o gestores, la disposición sobre repartición de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio:

Artículo 151. Distribución de utilidades - procedimiento adicional. No podrá distribuirse suma alguna por concepto de utilidades si estas no se hallan justificadas por balances reales y fidedignos. Las sumas distribuidas en contravención a este artículo no podrán repetirse contra los asociados de buena fe; pero no serán repartibles las utilidades de los ejercicios siguientes, mientras no se absorba o reponga lo distribuido en dicha forma.

Tampoco podrán distribuirse utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital.

Situación que puede ser objeto de sanción en atención a lo contemplado en el artículo 200 modificado por el artículo 24 de la ley 222 de 1995, en este caso el administrador puede responder por la sumas que hayan sido dejadas de repartir, en

detrimento de los interesados, además de los perjuicios a que haya lugar por la actuación irregular dentro de la operación en dicho año contable.

Además de lo anterior, el administrador también puede responder por la negativa a difundir los estados financieros de la sociedad que presentan, esta obligación claramente está regulada y acarrea consecuencias dinerarias para el administrador, en ese sentido el artículo 42 de la ley 222 de 1995 dispone:

Artículo 42. Ausencia de estados financieros. Sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar, cuando sin justa causa una sociedad se abstuviera de preparar o difundir estados financieros estando obligada a ello, los terceros podrán aducir cualquier otro medio de prueba aceptado por la ley.

Los administradores y el revisor fiscal, responderán por los perjuicios que causen a la sociedad, a los socios o a terceros por la no preparación o difusión de los estados financieros. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

La negativa de publicación puede acarrear una sanción hasta de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes (Art 86 Ley 222 de 1995), sanción que puede imponer la Superintendencia de Sociedades, como entidad pública que cumple una función coactiva y de fiscalización frente a las empresas privadas, ente que como lo señala la Corte cumple su verificación frente a:

(...) órganos o entidades públicas de creación legal, que hacen parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional y cumplen las funciones de inspección, vigilancia y control que les asigne la ley o les delegue el Presidente de la República. Su régimen jurídico está señalado en la Constitución y en la ley. (Sentencia C452 , 2003).

Finalmente, el Estatuto Mercantil enuncia la responsabilidad para el administrador cuando ejecute actos que no estén plenamente autorizados por los estatutos de la organización, es decir, dependiendo del modelo societario, indemnizando a los socios por los perjuicios ocasionados. Limitando su responsabilidad al ámbito personal, sin perjuicio para la organización, toda vez que su actuación desborda su competencia, la cual está determinada por los lineamientos construidos en el seno de la empresa, o en la ley que regula la materia, Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) y las directrices de la Superintendencia de Sociedades.

1.2.2. Responsabilidad penal

Sea lo primero en señalar que la responsabilidad en materia penal, contrario a lo que sucede en la órbita civil está limitada únicamente para las personas naturales, en ese sentido al ley 599 de 2000 (Código Penal), establece de manera taxativa quienes concurren en la realización de la conducta penal, dividiendo el ámbito de responsabilidad en autores (Art 29) o partícipes (Art.30).

En forma específica, el artículo 29 señala cuatro clase de autoría como dispositivo amplificador del tipo: autor material para aquel que realiza la conducta por si mismo, autoría mediata, para quien utiliza a otro como instrumento, la coautoría entendida esta como la posibilidad de un acuerdo previo, con división de trabajo dependiendo la importancia del aporte y la autoría por representación.

Esta última forma de autoría es la que puede ser atribuida al administrador, en el entendido que actúa en representación de una persona jurídica, al respecto Barbosa (2002) señala:

Actuar en nombre de otro, se presenta en los casos de representación legal de personas jurídicas, entes colectivos o personas naturales. En el caso de los dos primeros la representación puede ser voluntaria o de hecho, mientras para las personas naturales debe ser voluntaria; el mandato debe ser de contenido expreso, consciente y voluntario. La responsabilidad penal como autor no deviene simplemente de la calidad de representante sino por realizar la conducta punible, lo cual debe demostrarse. Esta cláusula permite juntar la cualificación de la persona jurídica o el representado con la conducta del representante, para así poder dar cabida al tipo penal. (Barbosa Castillo, 2002)

Situación que ubica la responsabilidad al momento de ejecutar una función, un mandato, utilizando para los efectos aquí resaltados el objeto social con fines criminales u omitiendo la normatividad vigente cuando es su deber hacerlo, en forma específica en este último evento, frente a los tipos penales de omisión propia, como por ejemplo la omisión de control (Art. 325 Ley 599 de 2000), u omisión de agente retenedor (Art 402 ley 599 de 2000).

Con lo afirmado, es dable indicar que los tipos penales que podrían atribuirse al administrador en virtud a la negativa de responsabilidad de la persona jurídica, son

disimiles y variados, todos contentivos en la ley penal, con aspectos comunes que alimentan el Derecho penal económico, ubicados dentro de la codificación punitiva, garantizando la protección de diversos y variados bienes jurídicos, todos ellos orientados a garantizar la protección no solo del patrimonio de los miembros de la organización sino también de la sociedad y de la cosa pública, tipos penales como los siguientes:

- Artículo 194. Divulgación y empleo de documentos reservados.
- Artículo 258. Utilización indebida de información privilegiada.
- Artículo 308. Violación de reserva industrial o comercial.
- Artículo 309. Sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes constitucionales o legales.
- Artículo 310. Exportación o importación ficticia.
- Artículo 311. Aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado
- Artículo 312. Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.
- Artículo 313. Evasión fiscal.
- Artículo 314. Utilización indebida de fondos captados del público.
- Artículo 315. Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados.
- Artículo 323. Lavado de activos.
- Artículo 325. Omisión de control.
- Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador.

Normas que como ya se indicó están orientadas a proteger la actividad estatutaria de la organización y a la sociedad misma, ello desde la perspectiva del derecho penal económico, el cual según Gerscovich (2006) es conocido como:

Los comportamientos descriptos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular, y por tanto ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico. (Gerscovich , 2006)

Definición concordante por lo señalado por la Corte cuando afirma:

El derecho penal económico ha sido definido por la doctrina especializada como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico social, siendo su finalidad la protección del orden económico social del Estado sobre el comportamiento delictivo. (Sentencia C224, 2009)

Lo que ubica al administrador desde la política criminal, como una persona a la cual le es exigible actuar de manera adecuada, con apego a la ley en virtud de su función principalísima dentro de la organización, ello porque la política derivada de su gestión puede ser considerada lesiva para los intereses de la sociedad, más aun

cuando se podrían afectar otros bienes jurídicos que por conexidad están directamente relacionados con la actividad contractual.

Por ejemplo, los recursos naturales, la vida e integridad personal, el orden económico y social, la administración pública y la fe pública, todos ellos vigentes en la normatividad penal que el administrador debe observar, so pena de la investigación a la que haya lugar por su actuar contrario a derecho.

2. RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD COMERCIAL

El Estado colombiano permite desde la misma Constitución, la posibilidad de ejercer de manera libre cualquier actividad económica, para ello, puede, en virtud de la ley construir empresa, la cual debe tener una función social, en ese sentido el artículo 333 de la Constitución Nacional señala:

Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Lo cual implica por un lado, la obligación de cumplir con la ley que puede en virtud de su potestad de configuración normativa poner límites al objeto social, y por el otro desarrollar la actividad empresarial en busca del bien común, allí tal vez está la naturaleza del espíritu de la consagración constitucional de este derecho que si bien es cierto no es absoluto ni fundamental, si materializa el derecho colectivo a la propiedad privada.

Al respecto la Corte al analizar la constitucionalidad de la Ley 1101 de 2006 dispuso:

La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de “(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada. Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable. (Sentencia C263, 2011)

Derecho que se puede materializar al constituir una sociedad comercial, a través de la cual es dable realizar acuerdos, ofrecer bienes y servicios, intervenir en el mercado de capitales, recibir un beneficio económico razonable, pero sobre todo propender por el bien común, ya que este y el respeto a la ley constituyen el límite esencial de intervención, toda vez que el Estado no puede inmiscuirse en las decisiones internas de la organización, pero sí controlar los resultados y las consecuencias que estas generen en el tránsito jurídico.

2.1. La sociedad comercial

La sociedad comercial es una asociación de personas ya sean naturales o jurídicas con el propósito de adelantar una actividad comercial, cuya finalidad es la de perseguir un lucro o ganancia, la cual se debe repartir entre los socios de conformidad con los estatutos o la formalidad jurídica de creación.

Y esta definición cobra importancia en torno a la argumentación aquí pretendida en el entendido que permite entender el lugar donde se desenvuelve el administrador, ya que es precisamente en el seno de esta organización donde se precisa la función que debe cumplir y las obligaciones que asume desde la perspectiva mercantil.

En ese sentido, (Ruiz 2007) al analizar el derecho mercantil, su evolución histórica e implicaciones normativas conceptuó:

Toda sociedad constituida como empresario, para desarrollar una actividad comercial o industrial, de cara al mercado para asumir los derechos y obligaciones derivados de esa actividad, sería una sociedad mercantil o comercial. (Ruiz de Velasco y del Valle, 2007)

Lo cual permite identificar el marco jurídico del derecho aplicable, que en el caso colombiano es el derecho comercial ya que es allí, en esa regulación normativa (Decreto 410 de 1971), donde se estipula todo lo relacionado con la sociedad comercial, forma de constitución, clasificación y obligaciones, aspectos que serán tratados de forma sucinta a continuación y que guardan relación con el tema objeto de investigación, en la medida que al entender la sociedad y su estructura, también se puede determinar la responsabilidad del administrador.

2.2. Clasificación

Tomando base como el decreto 410 de 1971, las sociedades comerciales se pueden clasificar según su objeto social en sociedades de personas, sociedades de capital, sociedades de naturaleza mixta y sociedades de comercialización internacional.

Para el caso objeto de estudio, de manera muy sucinta se traerá a colación el marco normativo que regula las primeras tres formas de asociación, toda vez que las mismas permiten entender la naturaleza jurídica de la acción social de responsabilidad, en donde el administrador de cada de una de estas formas de asociación, resulta ser el destinatario final de la sanción.

2.2.1. Sociedad anónima

Es una sociedad mercantil en la que el capital está dividido en acciones, los socios no responden patrimonialmente por las deudas con su patrimonio personal, en este tipo de negocio importa el capital independientemente de quien lo aporte, por ello se denomina “anónimas”, su forma de constitución será por escritura pública, y exige un mínimo de personas (naturales o jurídicas) de cinco, para lograr que surja a la vida jurídica.

Su formación, responsabilidad, número de accionistas, capital, derecho de los accionistas y demás aspectos jurídicos se encuentra regulados en el artículo 373 y siguientes del Código del Comercio. Como ya se indicó en precedencia, los administradores son externos a la sociedad y responden solidariamente de las operaciones sociales que se celebren.

2.2.2. Sociedad en comandita simple y por acciones

Las sociedades en comandita se caracterizan porque para conformarse se requiere la existencia de dos tipos de socios, unos (socios gestores o colectivos), que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad y otros (socios comanditarios), que limitan su responsabilidad al monto de sus aportes.

En las dos clases de sociedad en comandita (simple o por acciones) se requiere la presencia de los dos tipos de socios ya citados, pero tiene unas diferencias que resulta pertinente destacar:

- En cuanto al capital:

En comandita simple	En comandita por acciones
Se divide en cuotas o partes de interés.	Se divide en acciones representadas en títulos de igual valor.

- En cuanto a la cesión de cuotas:

En comandita simple	En comandita por acciones
Se efectuara por escritura pública, cuando los socios colectivos pretendan ceder su parte de interés necesitaran la aprobación unánime de los demás	La negociación de las acciones es libre a menos que se pacte el derecho de preferencia.

socios colectivos, si se trata de un socio comanditario se requiere el voto unánime de los demás comanditarios.	
---	--

- En cuanto a la normatividad que los regula:

En comandita simple	En comandita por acciones
Respecto de los socios gestores, las normas de la sociedad colectiva. Frente a los socios comanditarios, las disposiciones de la sociedad de responsabilidad limitada. (Artículo 341 del Código de Comercio.)	Se rigen por las normas de la sociedad anónima. (Artículo 347 del Código de Comercio.)

- En cuanto a su disolución:

En comandita simple	En comandita por acciones
Se disolverán por pérdidas que reduzcan el capital a la tercera parte o menos.	Cuando las pérdidas reduzcan el patrimonio neto a menos del cincuenta por ciento del capital suscrito

El marco jurídico aplicable está contenido en el artículo 323 y siguientes del Código del Comercio, para efecto de responsabilidad del administrador, solamente los gestores pueden ocupar este tipo de cargos por ello deben hacer parte de la sociedad.

2.2.3. Sociedad de responsabilidad limitada

El régimen de responsabilidad, el capital social, las sanciones por el no pago de los aportes, el número mínimo y máximo de socios y demás aspectos jurídicos están contenidos en el Código del Comercio artículo 353 y siguientes.

En esta clase de sociedad prima el elemento personal sobre el aporte de capital, la cantidad de socios necesarios para su constitución no puede ser inferior de 2 ni superior de 25, para la constitución del capital no se exige un monto mínimo y de manera específica los socios responden en proporción a sus aportes.

Entorno a la administración de los negocios, los socios pueden disponer que uno de ellos ejerza dicha labor, o también puede delegar esa responsabilidad en un tercero generalmente denominado representante legal el cual es nombrado en reunión y sus funciones quedan delimitadas en los estatutos, el acto de constitución al igual que las demás sociedades, requiere que sea solemnizado con escritura pública elaborada en notaria y registrada en la cámara de comercio del lugar donde desarrollaran el objeto social, si se apertura alguna sucursal, también en el lugar donde inicien la operación y se desarrolle el objeto social debe quedar registrado en cámara de comercio.

2.2.4. Cuadro resumen de las sociedades comerciales

Para resumir lo anteriormente expuesto, y en harás de sintetizar jurídicamente lo que se pretende ilustrar, a continuación se ejemplifican los diferentes tipos de sociedades incluyendo la sociedad por acciones simplificada regulada por la ley 1258 de 2008, la cual es su artículo 27 dispone:

Artículo 27. Responsabilidad de administradores. 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.

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.

Sociedad anónima:

FORMACIÓN	Escritura Pública/Inscripción.
N° DE SOCIOS	Art 374. min. 5 máx. Ilimitado.
ADMINISTRACIÓN	Art 373. Será administrada por gestores temporales y revocables.
VOTACIÓN	Cada socio accionista tendrá tantos votos como acciones tenga.
RESPONSABILIDAD	Art 373. Hasta el monto del aporte
DIVISIÓN DE CAPITAL	Art 375. Acciones = títulos valores de igual valor
PAGO DEL CAPITAL	Art 376. Capital autorizado/ Capital suscrito/ Capital pagado/ Al momento de la constitución de la sociedad se deberá: suscribir el 50% del capital autorizado -el cual deberá pagarse en un año- y pagarse la 1/3 parte del capital suscrito.
DERECHO DE FISCALIZACIÓN E INSPECCIÓN INDIVIDUAL ART 48 LEY 222/1995	Art. 422 inc 3/ Art 447 Directa pero no es permanente ya que será ejercido 15 días antes de las reuniones.
CAUSALES DE DISOLUCIÓN	Art 457.

Sociedad de responsabilidad Ltda.:

FORMACIÓN	Escritura Pública/Inscripción.
N° DE SOCIOS	Art 356. min. 2 máx. 25.
ADMINISTRACIÓN	Art 358. Corresponde a todos y cada uno de los asociados o podrá delegarla a un tercero.
VOTACIÓN	Art 359. Cada socio tendrá tantos votos como cuotas sociales tenga.
RESPONSABILIDAD	Art 353. Hasta el monto de su aporte/Excepciones: Art 353, 354, 355,357 del Código de Comercio, Art 36 CST y Art 794 ET.
PAGO DEL CAPITAL DIVISIÓN DE CAPITAL	Art 354. Cuotas sociales. Art 362 cesión/ Art 363 derecho de preferencia/ Art 365 tramite posterior al rechazo de la oferta/ Art 366 Escritura y registro de la cesión/ Art 367 certificación necesaria para el registro.
PAGO DEL CAPITAL	Art. 354. El capital social se pagara íntegramente al momento de constituirse la sociedad.
DCHO. DE FISCALIZACIÓN E INSPECCIÓN INDIVIDUAL ART 48 LEY 222/1995	Art 369. Permanente y directa.
CAUSALES DE DISOLUCIÓN	Art 218 generales/ Art 370.

Sociedad en comandita simple y por acciones:

	COMANDITA SIMPLE	COMANDITA POR ACCIONES
FORMACIÓN	Art 337. Escritura Pública/ inscripción	Art 343. Escritura Pública/ Inscripción
N° DE SOCIOS	Gestor mín.1 máx. Ilimitado. Comanditario mín.1 máx. 25	Art 323. Gestor mín.1 máx. Ilimitado. Comanditarios mín. 5 (Art 343) máx. Ilimitado.
ADMINISTRACIÓN	Art 326. La administración de la sociedad estará a cargo de los socios colectivos- gestores, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados/ Art 327. Representación delegada entre comanditarios	Art 326 La administración de la sociedad estará a cargo de los socios colectivos – gestores, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados/ Art 327 representación delegada en comanditarios
VOTACIÓN	Art 336. Gestor: Tiene derecho a un voto, independiente de su porcentaje de participación. Comanditario: Tantos votos como cuotas sociales posea.	Art 336. Gestor tiene derecho a un voto, independiente de su porcentaje de participación. Comanditario tantos votos como acciones tenga
RESPONSABILIDAD	Art 323. Gestor: Solidaria, ilimitada, principal. Comanditario: Hasta el monto de su aporte.	Art 323. Gestor solidario, ilimitado, principal. Comanditario hasta el monto de su aporte.
DIVISIÓN DE CAPITAL	Gestores: Partes de interés. Comanditarios: Cuotas sociales Art 325 conformación del capital social. Art 329 Cesión del interés social (gestores colectivos). Art 330. Cesión de cuotas sociales (comanditario = Ltda.). Art 331. Cesión de cuotas o acciones (que poseen los gestores) Art 338 Cesión de partes de interés y cuotas sociales(escritura pública e inscripción)	Gestores: Parte de interés. Art 344 Comanditarios: Acciones igual a títulos valores de igual valor
PAGO DEL CAPITAL	No es indispensable el pago total en el momento de su constitución, sin embargo es necesario indicar plazos para pagar el faltante.	Art 345,346 Capital autorizado/Capital suscrito/ Capital pagado. Al momento de la constitución de la sociedad se deberá: Suscribir el 50% del capital autorizado (el cual debe de pagarse en un año) y pagarse la 1/3 parte del capital suscrito.
DERECHO DE FISCALIZACIÓN E INSPECCIÓN INDIVIDUAL ART 48 LEY 222/1995	Art 328,339. Permanente y directa solo para los comanditarios	Art 352. Gestores iguales colectivos/comanditarios. Será igual a la sociedad anónima, directa pero no es permanente ya que será 15 días antes de las reuniones.
CAUSALES DE DISOLUCIÓN	Art 218 generales, 333, 342	Art 333, 351.

Sociedad por acciones simplificada

FORMACIÓN	Art 5 Ley 1258/2008. Documento privado/Inscripción
N° DE SOCIOS	Art 1 Ley 1258/2008. Una o varias personas naturales o jurídicas.
ADMINISTRACIÓN	Art 17 Ley 1258/2008. Organización de la sociedad. Art 26 Representación Legal.
VOTACIÓN	Cada socio accionista tendrá tantos votos como acciones tenga. Art 11 voto singular o múltiple. Art 23 fraccionamiento del voto. Ley 1258/2008
RESPONSABILIDAD	Art 1 Ley 1258/2008. Hasta el monto de su aporte. Art 42 Excepción: responsabilidad solidaria cuando sea fraude a la ley o perjuicio a terceros.
DIVISIÓN DE CAPITAL	Art 10 Ley 1258/2008. Acciones Art 4 prohibición de cancelarlas.
PAGO DEL CAPITAL	Art 9 Ley 1258/2008. La suscripción y pago del capital podrá hacerse en condiciones diferentes sin embargo el pago de las acciones no excederá de 2 años.
DERECHO DE FISCALIZACIÓN E INSPECCIÓN INDIVIDUAL ART 48 LEY 222/1995	Art.20 Ley 1258/2008 Directa pero no es permanente ya que será ejercido 5 días antes.
CAUSALES DE DISOLUCIÓN	Art 34 Ley 1258/2008

2.3. Responsabilidad patrimonial de la sociedad frente al actuar irregular del administrador

La sociedad es una herramienta utilizada desde la antigüedad para el desarrollo de actividades indispensables para garantizar la subsistencia del ser humano, uniendo esfuerzos para alcanzar un fin, ese mismo concepto se puede traducir a la sociedad mercantil donde un grupo de personas se reúnen para alcanzar un propósito común, generalmente asociada al aspecto patrimonial o pecuniario.

En palabras de la Corte:

Más allá de la tesis que se asuma entorno al concepto y naturaleza de las sociedades, lo cierto es que corresponden a una especie de forma asociativa creada al amparo del ejercicio del derecho de asociación y que tienen pleno reconocimiento constitucional, cuando se otorga su inspección, vigilancia y control a la actividad del gobierno. Es oportuno puntualizar que a partir del nacimiento de la sociedad, se origina una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, que por su misma esencia, supone la asignación de un catálogo de atributos que le permiten distinguirse de otras formas asociativas y de las personas naturales que concurren a su formación. Dichos atributos son el nombre, domicilio, capacidad, nacionalidad y patrimonio. (Sentencia C865, 2004)

Persona jurídica disímil que adquiere como atributo de la personalidad la posibilidad de ser responsable civilmente por las decisiones de los administradores que se traduzcan en perjuicio para terceros, en este caso, la responsabilidad es asumida con recursos de la organización o de sus socios, dependiendo de la forma de asociación, y puede intervenir hasta en el cierre del establecimiento de comercio o la pérdida de la personalidad jurídica, si esa sanción está prevista en el derecho positivo que regula la irregularidad aludida.

Esas actuaciones, generalmente atribuibles a la gestión dentro de la organización de los administradores según Richard (2005) es reprochable, ya que esa responsabilidad:

(.....) es frente a la sociedad, los socios y terceros, sea por no obrar con lealtad (dolo) y con la diligencia (culpa por acción u omisión) de un buen hombre de negocios (business judgement rule). Esto contraria los códigos de ética autoimpuestos por el empresariado mundial, conocido como “corporate government”, en algunos aspectos recogido normativamente, integrando la más amplia denominada “responsabilidad social empresarial” o “responsabilidad social corporativa”, que impone no afectar al mercado, ni la libre competencia, ni a los trabajadores... (Richard, 2005)

Por ello, la función de los administradores es fundamental dentro de la organización, el cumplimiento de los estatutos y la ley debe ser la constante para el desarrollo diario de las actividades, la inobservancia de estos preceptos acarrea responsabilidad para la sociedad, esta se puede delimitar en tres campos específicos; laboral, contractual y tributario.

2.3.1. Responsabilidad en el ámbito contractual

No es desconocido que las sociedades realizan actividades contractuales para el desarrollo de su objeto social con diferentes entidades del sector público y privado, ya que estas empresas, necesitan el suministro de productos o servicios. Para regular este tipo de actividades, alcanzar los fines de las ofertas y cumplir con el

objeto contractual es necesario suscribir un contrato, cuyas cláusulas son ley para las partes según lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano:

Artículo 1602: Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

En el desarrollo de ese fin contractual, los incumplimientos pueden ser sancionados con multas, patrimonialmente (a través de la aplicación de la cláusula penal), con inhabilidades para las personas jurídicas, con la declaratoria de caducidad, situación que viene acompañada de graves repercusiones al patrimonio de la organización y a la imagen corporativa, ya que esta situación se podría traducir en una percepción negativa en torno al portafolio de negocios ofrecidos al consumidor.

En torno a este aspecto, el Consejo de Estado, al resolver una consulta elevada por el Ministerio de las Tecnologías en relación con la aplicación de las multas dispuso:

La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración. (Sentencia Consejo de Estado 00109002040, 2010)

Multa que acarrea no solo la posibilidad de un detrimento patrimonial para la sociedad sancionada, sino además una inhabilidad para realizar futuros contratos, lo que se traduce para una empresa cuya fuente de negocios sea el sector público en la muerte comercial, ya que existe la obligación del registro del proponente u oferente en la cámara de comercio de la localidad (artículo 6 ley 1150 de 2007), y allí precisamente se deben registrar todas las sanciones derivadas del incumplimiento contractual.

El anterior es solo una de las posibilidades en las cuales la sociedad puede ser sancionada por el incumplimiento de las obligaciones, novedades que cuando son atribuidas al administrador pueden ser objeto de reparación con las disposiciones contenidas como se ha señalado en el artículo 24 de la ley 222 de 1995.

2.3.2. Responsabilidad desde la órbita tributaria

Todas las actividades económicas que realiza una sociedad, generan *per se*, una carga tributaria, la cual, según el modelo de negocios y la cuantía de las transacciones viene acompañado de unas obligaciones establecidas en el Estatuto Tributario, controladas mes a mes por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, el incumplimiento de esa carga tributaria acarrea consecuencias graves para la organización, algunas de ellas incluso comprometen la esfera penal según lo señalado en el artículo 402 de la ley 599 de 2000

Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones

El socio, puede responder incluso con su patrimonio por los impuestos dejados de pagar por parte de la sociedad al Estado, eso quiere decir que la responsabilidad puede llegar a ser ilimitada según su participación en la empresa, no obstante lo anterior debe entenderse que la responsabilidad de los socios, aplicara de manera excepcional dependiendo del modelo societario en cuestión.

Lo anterior de conformidad con lo señalado en el artículo 794 del Estatuto tributario (Decreto 624 de 1989) norma que con sus modificaciones actualmente establece:

En todos los casos los socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, responderán solidariamente por los impuestos, actualización e intereses de la persona jurídica o ente

colectivo sin personería jurídica de la cual sean miembros, socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, a prorrata de sus aportes o participaciones en las mismas y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable.

Situación que al igual fue analizada por la Corte, la cual declaró la exequibilidad de la norma precedente y frente a la responsabilidad solidaria por la carga impositiva tributaria señaló:

La figura de la solidaridad es de creación legal, y también el establecimiento de sus excepciones. Por lo tanto, bien puede el legislador, introducir la responsabilidad solidaria como un mecanismo tendiente a impedir la práctica de la evasión tributaria, sin que ello signifique desconocimiento de los principios y normas superiores, pues es evidente que los socios tienen y mantienen, durante la existencia de la sociedad, un interés económico y patrimonial en los resultados de la gestión social que se adelante por parte de los órganos directivos, gerentes, juntas directivas, etc. Por otro lado, la solidaridad en materia impositiva descansa también en la función social del derecho de propiedad, y en la necesidad de financiar permanentemente los gastos e inversiones públicas, ya que es incuestionable que exista un interés patrimonial del socio en los resultados de las actividades que cumpla la sociedad. Ello explica por qué la suerte de ésta y las obligaciones que se causen por razón de la misma no deben ser enteramente ajenas al asociado, socio, comunero, cooperado o suscriptor, por lo que el legislador entendió que el miembro del ente social asume los riesgos inherentes a las vicisitudes de este tipo de negocios jurídicos contractuales. (Setencia C210, 2000)

Lo cual es un precedente muy importante que debe observar el socio, ya que en algunos casos este considera que su responsabilidad se limita solamente al monto de su participación accionaria, no obstante como se indicó anteriormente la responsabilidad estribara en el tipo de sociedad del cual haga parte el respectivo socio o accionista, por lo que descuida la gestión del administrador en ese sentido, ignorando en algunos casos el riesgo que puede correr su patrimonio personal, ante la omisión en el pago de los impuestos que por ley le corresponde a la sociedad sufragar.

Por los perjuicios derivados de los aspectos sucintamente tratados, se pueden generar graves consecuencias para la organización y sus socios, por ello es importante comprender las sanciones a las que se pueden ver inmerso el administrador por su inadecuada gestión, las cuales se pueden imponer a través de la acción social de responsabilidad que se analizara a continuación.

3. LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

La ley 222 de 1995 pretendió regular el régimen de responsabilidad de los administradores en las sociedades comerciales, estructurado en forma más o menos sistemática que apuntó hacia una mayor especialización de las atribuciones, responsabilidades y sanciones a que quedan sometidas las personas que pertenecen a esta categoría.

Esta estructura legal que fue diseñada por el legislador hace 20 años comprende una definición de los sujetos de la regulación, los principios generales de conducta a que deben someterse, los deberes legales específicos que se derivan del cargo, las responsabilidades por los perjuicios que se originen en sus actuaciones y las acciones judiciales, individuales o sociales de que disponen los perjudicados por dichos actos, ello ha quedado resaltado de manera evidente en los capítulos precedentes.

Aunque esta norma representó un notable avance en relación con el régimen previsto en el Código de Comercio de 1971, lo cierto es que su aplicación práctica, se alejó significativamente de las expectativas iniciales.

Según la superintendencia de sociedades al presentar el proyecto de reforma de régimen de sociedades:

“En las últimas dos décadas han sido muy escasos los pronunciamientos judiciales relacionados con el régimen de responsabilidad de los administradores. Una de las razones que explican la escasa aplicación de los preceptos contenidos en la Ley 222 está relacionada con la falta de claridad de ciertos conceptos allí contenidos, tales como el del buen hombre de negocios. La falta de definición sobre el particular y el antagonismo de estas normas con las previstas en las reglas tradicionales de responsabilidad contenidas en el Código Civil del siglo XIX, causaron cierta confusión en los intérpretes y facilitaron la evasión del régimen de los administradores”. (Superintendencia, 2015)

Es por ello por lo que se propone una derogatoria expresa de las disposiciones contenidas en la Ley 222 de 1995 en materia de administradores, para sustituirlas por un nuevo régimen en el que se acogen las tendencias más recientes sobre la materia y se clarifican algunos conceptos cuya ambigüedad ha contribuido a la inoperancia del régimen vigente.

Ello sumado a que el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia colombiana le reconoce voluntad propia a la persona jurídica independiente de los socios que la conforman, en ese sentido el artículo 604 del Código Civil indica que: *“los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites solo obligan personalmente al representante”*.

Situación ha sido corroborada por algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia en donde ha reconocido la capacidad de obrar de la persona jurídica y la responsabilidad en que esta incurre por actuaciones ilícitas, al respecto ha manifestado que:

(...) son ilícitamente responsables de los actos ilícitos cometidos por sus agentes en el ejercicio de su función o cargo. La responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos ilícitos se desprende como una lógica consecuencia de la real y amplia capacidad de obrar, reconocida por el derecho a estas personas o entidades colectivas. (Gaceta Judicial Tomo LIV, p.114 Tomo LVII, p. 372.)

Lo cual desarrolla el concepto de responsabilidad del administrador, frente a la sociedad misma, frente a los accionistas y frente a comunidad en general, que espera de una empresa que presta un servicio o cumple una función al suministrar determinado producto, un compromiso con el cumplimiento de sus fines estatutarios, cualquier extralimitación en el ejercicio de esa función delegada amerita un reproche, a través o por intermedio de la acción social de responsabilidad como a continuación se decanta.

3.1. Concepto

Dentro del amplio tema de la responsabilidad como institución multinivel, la esfera comercial señala un marco específico dentro del cual es posible analizarla como fuente de obligaciones del sistema privado mercantil, con claros objetivos apoyados en principios de compensación y eficiencia económica.

Como lo señala (Medina 2015), en un enfoque más amplio y desde la perspectiva eminentemente jurídica:

La expresión responsabilidad jurídica hace referencia al conjunto de disposiciones, orientaciones y directrices que cabe aplicar dentro de un sistema normativo, en orden a cumplir la función, los procedimientos y las finalidades que se buscan en esta cuando se ha producido un perjuicio. (Medina Vergara, 2015).

Por ello la responsabilidad civil y comercial; obedecen a la necesidad de restituir o compensar. En ese sentido, el Estado se reserva la facultad de intervenir en algunas situaciones que puedan tener interés común, lo cual se hace evidente en las actuaciones de las Superintendencias de Industria y Comercio, Sociedades y Financiera entre otras, en donde su intervención como autoridad se centra en dirimir conflictos entre particulares y en la protección de la actividad misional y funcional destacada en su objeto social.

Y para castigar las actuaciones de los administradores que en cuya gestión deben dar ejemplo de idoneidad, eficiencia y moralidad, que contraríen dichos postulados, existe como ya se verificó, tramite y/o procedimiento de orden legal, que responde a un daño ocasionado a la sociedad por actos de los administradores, y se busca con esta reparar o resarcir el perjuicio ocasionado al patrimonio de la compañía (Medina Vergara, 2015).

Todo ello, cuando el abuso de la forma de la sociedad se presenta entre otras finalidades para burlar la ley, incumplir obligaciones, perjudicar a consumidores u otras circunstancias con las cuales se podría causar perjuicio a los socios o a terceros y precisamente como consecuencia de esta conducta, los responsables deben indemnizar a las víctimas por los daños ocasionados, sin que esto excluya de alguna manera la responsabilidad en otros ambitos, penal, civil, laboral, etc.

Esta acción social de responsabilidad se sustenta en algunas particularidades específicas que vale la pena destacar como lo hace (Medina Vergara, 2015, pág. 3) cuando señala:

“En materia civil y comercial, en el ilícito que da lugar a la sanción, la culpa es un elemento estructural, aunque en algunos casos específicos se prescinde de este elemento subjetivo para darle importancia a la responsabilidad por resultado y objetiva”, en este caso se analizan los perjuicios y se verifican las consecuencias, con aspectos tangibles, visibles, derivados generalmente del detrimento patrimonial o la disminución en las expectativas y proyecciones esperadas en ventas o en servicios.

“La intencionalidad como elementos de responsabilidad debe observarse en la mayoría de las situaciones civiles y comerciales”, lo anterior por cuanto la responsabilidad derivada de la actuaciones que van en contravía de los mandatos y gestiones encomendadas, deben estar sustentadas en conductas prohibidas por la ley 222 de 1995 (Art. 23) y el Código del Comercio (Art. 195) para el administrador.

“La responsabilidad civil o comercial no requiere violación del orden público”, en sentido estricto puede corresponder al incumplimiento de un contrato o un accidente, para los que no habría una sanción a la conducta causante del daño, pero se buscaría la reparación por el incumplimiento del contrato o ante un hecho desafortunado.

En ese sentido la Corte Constitucional ha referido:

En el orden jurídico colombiano es clara la existencia de una concepción dualista de la responsabilidad civil, por lo que no se puede confundir el tratamiento de una y otra responsabilidad, las cuales están reguladas de manera autónoma e independiente en capítulos distintos del Código Civil, se originan en causas o fuentes diversas y sus prescripciones en materia de reparación no son coincidentes. (Sentencia C1008, 2010).

“En cuanto a la sanción, respuesta jurídica en materia civil y mercantil se expresa en la obligación de volver las cosas al estado en que se encontraban antes del ilícito (composición) o en el pago de una suma de dinero a la víctima por los daños causados (compensación)”. No se pretende con la acción entonces disuadir a quien ocasionó el daño sino recuperar el equilibrio perdido entre las partes, aunque en cuanto a la acción social de responsabilidad las multas, se convierten en ese

elemento intimidatorio de prevención especial para evitar precisamente la proliferación de actuaciones que perjudiquen a un conglomerado específico, si la responsabilidad entre los particulares afecta económicamente sus intereses, un ejemplo de ello puede ser el artículo 722 del Código de Comercio.

En ese estado de las cosas, se enmarca la acción de responsabilidad civil como una medida específica diseñada para castigar las conductas reprochables de los administradores quienes son las personas encargadas de la gestión, dirección o representación de la persona jurídica. Su papel es determinante dentro de una sociedad comercial o mercantil, ya que por medio de ellas la empresa expresa interna y externamente su voluntad y desarrolla los actos encaminados al cumplimiento de su objeto social.

Y asume su responsabilidad de manera personal, desde el momento de la inscripción de su nombramiento, y termina una vez cancelado su nombramiento en el registro mercantil, límite temporal en el cual sus decisiones cobran fuerza jurídica.

3.2. Legitimización por activa, decisiones y consecuencias inmediatas

La legitimación por activa para incoar la acción social en contra de los administradores se encuentra en cabeza de la sociedad, una vez se cumplan las formalidades previstas en la ley. Formalidades que están contenidas en el artículo 25 de la ley 222 de 1995 que establece:

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.

La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.

Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los

acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.

Es necesario entonces, que la asamblea general o la junta directiva o junta de socios, tome la decisión de comenzar con esta acción, que podrá llevarse a cabo aunque no conste en el orden del día, e implica consecuentemente la remoción del administrador. (Medina Vergara, 2015, pág. 141)

Al respecto es preciso de una parte, traer a colación lo expresado por la Superintendencia de Sociedades en oficio 220-039037 del 9 de agosto de 2007, al señalar que "..., el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 contempla una excepción al facultar a los asociados para efectos de **la acción social de responsabilidad**, observándose que la convocatoria a la reunión en donde se adopte tal determinación puede ser realizada 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, sin que se exija para el efecto la pluralidad, de donde se colige que nada impide que tal decisión sea adoptada en cualquier reunión del máximo órgano social, por uno o varios asociados representantes de tal porcentaje, por ejemplo en reunión por derecho propio, o en una extraordinaria, sin que en su convocatoria se hubiere especificado en el orden del día, bastando para el efecto que la determinación sea adoptada por la mayoría prevista sobre el particular.", y de otra, y en relación a como sería el procedimiento, es el mismo indicado en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

Como quiera que la finalidad del el ejercicio del derecho de acción en el procedimiento de responsabilidad social de los administradores en las sociedades comerciales es la de recomponer el patrimonio de la sociedad, la legitimación activa como ya se señaló le corresponde en primera instancia a la sociedad, esta organización (dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que ocurrió la junta o la asamblea) debe llevar al conocimiento de los jueces civiles legislación ordinaria,

las pretensiones de condena que buscan el resarcimiento del patrimonio de la sociedad.

Según los comentarios de la Superintendencia de Sociedades visibles en el Oficio 220-049329 del 10 de octubre de 2007 esta acción:

(...) que por tratarse de un proceso que busca resarcir los perjuicios ocasionados a la sociedad, el trámite (Tanto de las ACCIONES SOCIALES DE RESPONSABILIDAD “ASR” así como de las ACCIONES INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD “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.

En ese sentido, las decisiones que se pueden adoptar como consecuencia de la acción social de responsabilidad pueden tener efectos inmediatos, por ejemplo, la remoción del administrador como ya se señaló, acción que se despliega no como consecuencia de la declaración de responsabilidad, ya que esta le compete al juez civil, sino como resultado de la pérdida de la confianza depositada en este servidor en atención a sus acciones y omisiones que derivaron en el perjuicio que se pretende demostrar.

Además en torno a la decisión de juez como respuesta a la controversia jurídica derivada de la afectación aludida, puede concretarse según el *petitum* de la demanda en los siguientes aspectos como lo destaca (Pino y otros, 2009):

- 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. (Pino Lozano, Henao Beltran, Arias Barrera, & Cubillos Garzon, 2009).

Es decir, el reconocimiento del incumplimiento al deber que legalmente le era exigible mientras se desempeñaba como representante de una determinada

empresa, la declaratoria de responsabilidad civil por los daños ocasionados a la sociedad y a sus accionistas o socios, y la condena en el pago de dichos perjuicios, utilizado para la contabilización por su puesto, la respectiva indexación a valor actual, lucro cesante y daño emergente e intereses de mora correspondientes.

3.3. Presupuestos para la atribución y exclusión de responsabilidad del administrador

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia M.P. Fernando Ramírez Gómez. Sentencia 24 de agosto de 1998. Ha identificado tres presupuestos que se deben verificar para atribuirle responsabilidad al administrador en el desempeño de sus funciones, primero un incumplimiento por acción u omisión, segundo que dicho incumplimiento genere un daño o perjuicio y tercero que exista una relación de causalidad.

Y es que si bien es cierto los administradores no están obligados a asegurar el éxito económico de la actividad que dirigen o gestionan si deben cumplir el deber general de diligencia, lealtad, honradez, señalados en los obligaciones efectivas diseñadas por el legislador (art.23 ley 222 de 1999), en ese sentido la acción como criterio de responsabilidad está dirigida al flagrante vulneración de un deber, por ejemplo la violación de la reserva.

Por lo anterior, la responsabilidad de la persona en cuya cabeza se encuentra la administración de la organización, se basa en el concepto civil de la culpa, misma que exige que el perjuicio o daño haya sido desarrollado precisamente por el representante legal o gestor, resaltando que se trata de un hecho eminentemente personal, aunque es probable la responsabilidad patrimonial conjunta si se determina sumariamente que fueron varios los encargados de ocasionar la afectación cuya pretensión se resuelve a través de la acción de responsabilidad.

Teniendo por supuesto una relación de causalidad entre la acción u omisión y el perjuicio que con ella se atribuye, ya que si la afectación surge como consecuencia de un hecho derivado o conexo, el ámbito de responsabilidad se puede diseminar a la sociedad como un riesgo de la operación, ya que el gerente también puede escudar su responsabilidad en el desconocimiento u oposición a la decisión que se tomó en junta de socios sin su presencia o aquiescencia.

Posición que fue resaltada por (Pino y otros, 2009) cuando en su artículo señalaron:

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 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. (Pino Lozano, Henao Beltran, Arias Barrera, & Cubillos Garzon, 2009)

Esto indica que es posible exonerarse de responsabilidad generalmente en dos casos particulares, el primero cuando el administrador no conocía de la acción u omisión cuya responsabilidad se atribuye, y la segunda cuando surjan los salvamentos de voto frente a las decisiones que se surten en la asamblea general de socios o con mayoría calificada de la junta de accionistas, además señala (Medina Vergara, 2015, pág. 138), no será responsable el administrador cuando este no ha asistido a la reunión en la que se adoptó el acuerdo antijurídico y dañino, o que se haya votado en contra en el entendido de que tampoco tomo parte en la ejecución posterior de lo decidido irregularmente.

No obstante lo anterior, la responsabilidad del administrador está ligada a los perjuicios ocasionados con una ineficiente gestión, la cual que puede ser sancionada mediante la desvinculación de la organización en decisión de junta directiva ante el flagrante y evidente incumplimiento de los estatutos de la organización y/o mediante sanciones económicas que debe suplir una vez es vencido en juicio.

Actuación irregular por parte de los administradores.

El régimen jurídico colombiano señala un instrumento que permite resarcir los perjuicios derivados de la inadecuada gestión de los administradores en las sociedades comerciales : la acción social de responsabilidad, tanto la ley como los estatutos son el marco jurídico y conceptual aplicable, bajo el cual deben ser analizadas las conductas dentro de la organización para tener en consideración los especiales deberes que le asisten, allí surge el reproche, el cual busca ser declarado en la jurisdicción ordinaria.

No obstante, es imperioso resaltar que pese a que exista el aludido régimen, el mismo adolece de las acciones con las que eventualmente podrían contar los demás socios u accionistas, es decir, los socios minoritarios, o los terceros en general afectados por la acción u omisión de los administradores, pues en ese escenario se está ante una responsabilidad extracontractual y no la contractual, que sería lo suyo, toda vez que a éste régimen de responsabilidad le es indispensable la existencia de un daño para su configuración, sin daño no hay responsabilidad, evento en el cual los acreedores no podrán acudir a la administración de justicia salvo que sea con la finalidad de prevenir el daño futuro, y no los presentes que surgen con ocasión del actuar del administrador, razón por la cual se desnaturaliza la esencia del régimen de la responsabilidad contractual, que es la que permea la ley 222/1995.

Interés social de la persona jurídica

El ordenamiento jurídico colombiano hace una clara diferenciación entre el interés social, es decir, aquel que le pertenece a la persona jurídica en el entendido de ser la guía que se debe seguir al interior de la sociedad, y el interés particular de los socios y de los terceros respecto del modelo societario del que se pretenda tratar.

Aunado a lo anterior, sería impreciso predicar que con anterioridad a la promulgación y entrada en vigencia de la ley 222/1995 existía una total desprotección, habida cuenta de que el escenario cambió a tal punto que se optó por hacer más explícita la acción de la sociedad a efectos de ejercer y obtener, el resarcimiento del daño que de forma eventual se le causó al ente societario por parte de los administradores.

Así mismo otra de las propuestas altruistas e innovadoras de la mencionada ley, es la instauración de una protección expresa a favor de la sociedad, de tal manera que le entregó a la sociedad cierta autonomía y especialidades de las cuales carecía previamente, lo cual fortaleció de una manera más ejemplarizante la diferenciación entre la responsabilidad de los administradores hacia la sociedad y respecto de los asociados y terceros, siendo un logro bastante importante toda vez que no adjudica la mismas reglas a cada una de estas clases de responsabilidad, e igualmente dispuso sobre los requisitos de la naturaleza societaria, sustantivos y formales, para el ejercicio de esta acción, lo cual implica el otorgamiento de una clara transparencia a los interesados para saber cómo actuar en determinados eventos.

Abuso de mayorías al interior de las sociedades comerciales

El hecho de que se hayan adoptado cambios y medidas diferentes a la legislación preexistente, pretendiendo que el ente ofendido lograra perseguir al administrador, no traduce en el hecho de que necesariamente se hable de un fortalecimiento de la posición de la sociedad, pues en determinados casos no se busca el interés social sino el del socio o socios mayoritarios; la fundamentación de lo expresado radica en que se hace referencia a la convocatoria del máximo órgano social y el quórum para convocar, habida cuenta que es esto lo que dificulta o hace engañosa la finalidad de la instauración de la acción mencionada, toda vez que la decisión de la asamblea o junta de socios pueden ser concordantes o no con el interés del objeto social, pero muchas veces la decisión es consecuencia de egoísmos o de la defensa de posiciones estrictas de los accionistas o socios mayoritarios, lo cual conlleva a que

de forma imperiosa se examine la legalidad de dicha decisión social, y que deba señalarse que existía una mayor amplitud en el régimen mercantil pues no había la exigencia de un sinnúmero de requisitos societarios, lo que para ese momento la tornaba posiblemente menos concreta y confusa, pero si más fácil de que prosperara tanto en la realidad como en la práctica.

Trayendo a colación la deliberación y la adopción de la decisión, como presupuestos esenciales del ejercicio de la acción aludida que trajo a ley 222/1995, si bien es cierto el legislador en su momento entregó esos dos presupuestos a efectos de facilitar la viabilidad o hacer procedente la instauración del procedimiento, esto en la actualidad no opera en ninguno de los modelos societarios que se quiera analizar, toda vez que por el tejido societario y/o la conformación administrativa al interior de la empresa, es menester la existencia de una disociación entre el accionista u socio mayoritario y el administrador para que puede emerger a la vida jurídica una sentencia de carácter declarativa.

Proyecto de ley N° 70 del año 2015

Teniendo en cuenta los vacíos jurídicos que la norma trae en materia comercial, en cuanto al tema en mención se encontró necesario e imperioso implementar un proyecto de ley, de reforma de sociedades, mediante el cual se pretendía retornar al sistema ordinario de responsabilidad, en el sentido de que se partiera de la defensa del interés social como un principio y deber imperativo a administradores, y/o persistir en una acción especial, siempre que fuese un verdadero instrumento para prevenir y sancionar los excesos en el gobierno societario.

Fue así como el Superintendente de sociedades, el Dr. Francisco Reyes Villamizar, en data del 12 de agosto del año 2015, a través del proyecto de ley N° 70 del año 2015 *“por medio del cual se reforma el régimen de sociedades en Colombia”* proyecto que fue retirado del que se esperaba un proceso de flexibilización y modernización del régimen de sociedades, el cual propuso la introducción de

acciones derivadas para acompañar a las ya conocidas acciones sociales e individuales de responsabilidad¹. Estas acciones derivadas, de frecuente uso en el derecho societario comparado, habilitan a cualquier asociado para reclamar, en nombre de la compañía, los perjuicios que ésta ha sufrido como consecuencia de la violación de los deberes de los administradores.

Tal actuación judicial se justifica en la medida en que la sociedad no hubiere presentado las acciones tendentes a restablecer su patrimonio o, por las razones explicadas en los párrafos anteriores, simplemente no tuviere la intención de hacerlo. Como se ha reconocido en la doctrina comparada², esta clase de acciones suele ser de incalculable utilidad en el contexto de sociedades con accionistas controlantes.

Así las cosas, y a través de la propuesta enunciada como la acción derivada regulada en el artículo 27 del proyecto de reforma de sociedades, los asociados podrían presentar una demanda para que se le resarzan a la sociedad los perjuicios sufridos por virtud de la gestión cumplida por los administradores sociales. En palabras de la Superintendencia:

Esta nueva vía de acción judicial permitirá que los minoritarios cuenten con un mecanismo para proteger su inversión en la compañía, ante la verosímil posibilidad de que el controlante se rehúse a aprobar una acción social en la asamblea general o junta de socios. Por supuesto que, para evitar que se abuse de la acción derivada—lo cual ocurriría, por ejemplo, si se emplea como un simple mecanismo para intimidar a los administradores o entorpecer la gestión de los negocios sociales—en los artículos 29 y 30 del proyecto se han introducido reglas que buscan enderezar los incentivos económicos de posibles demandantes. Fuente especificada no válida.

¹ Proyecto de reforma al régimen de sociedades 2015 ley N° 70 de 2015, capítulo 4, p.31

² A Palmiter y F Partnoy (2010) 503.

Si se presenta una acción de esta naturaleza sin una justificación razonable o con un propósito ilegítimo, el juez podrá ordenar que el accionista demandante les reembolse a los administradores los gastos en que hubieren incurrido para defenderse en el respectivo proceso, incluidos los honorarios de sus abogados. Además, para atenuar la posibilidad de que se inicien procesos con fines extorsivos, cualquier desistimiento de las pretensiones o conciliación entre las partes debe ser aprobado por el juez.

Con la introducción de este sistema se esperó por parte de la Superintendencia de Sociedades que las acciones derivadas sirvieran para hacer efectivo el nuevo régimen de deberes y responsabilidades de los administradores, sin que los accionistas minoritarios pudieran abusar de esa nueva figura en detrimento de los intereses de la compañía.

Lo cual sin duda pretendía reanudar en una mejor forma de control para aquellos que tienen el poder y monopolio de la organización, un mejor desarrollo del objeto social en procura del bienestar de la colectividad de que representan, y la reducción significativa de las falencias detectadas durante el mandato delegado a quienes tiene el monopolio de la sociedad y pueden con ello afectar bienes jurídicos de términos o lesionar gravemente el patrimonio económico de los socios. Siendo más que lamentable el hecho de que el proyecto de ley N° 70 del año 2015, que propendía una reforma al régimen mercantil vigente, no hubiese sido aprobado por la cámara de representantes y/o el senado, ni mucho sancionado por el congreso, como corporación, netamente por intereses de orden particular, sean entendidos como de orden políticos y económicos, si se quiere.

CONCLUSIONES

La acción social de responsabilidad está destinada a salvaguardar las actuaciones irregulares del administrador en determinada organización, especialmente cuando de sus acciones surgen prejuicios ya sea, para los accionistas, para el buen nombre de la sociedad misma o para la comunidad en general por ejemplo mediante el orden económico y social o la moralidad administrativa.

A nuestro juicio la acción social de responsabilidad, en el fondo está diseñada más para proteger el interés de los accionistas o socios que el interés social, lo cual se confirma cuando constatamos que la acción que desea interponer la sociedad contra su administrador requiere de la decisión de la mayoría, lo que obstaculiza que los acreedores, administradores y terceros en general que tienen vínculos con la sociedad, ejerzan la mencionada acción en la defensa del interés social. Existe así una contradicción entre la aseveración legal en el sentido de que la acción se

ejerce en interés de la sociedad con los condicionamientos que, en la vida real existen para que de manera cierta la acción social de responsabilidad sea un instrumento para la protección del interés social, especialmente cuando no se cuenta con la aprobación del accionista mayoritario que ostenta la función de administrador sea de manera oficial o de facto. El ordenamiento jurídico debe preocuparse en esta materia por el interés social.

La instauración de los presupuestos de la acción social en el ejercicio no tienen el efecto que se busca, que es la de facilitar la protección del interés social, pues ésta se convierte en una herramienta para ejercer el abuso de mayorías.

Con esta acción se pretende esclarecer la diferencia entre la responsabilidad de los administradores hacia la sociedad, frente a los asociados y terceros, logro bastante importante toda vez que no adjudica la mismas reglas a cada una de estas clases de responsabilidad. Igualmente, se dispone más claramente sobre los requisitos de naturaleza societaria, sustantivos y formales, para el ejercicio de dicha acción, conllevando el efecto de otorgar transparencia a los interesados para saber cómo actuar en determinados eventos.

Si bien es cierto, el legislador de 1995 intento llenar el vacío con dicha acción, es de anotar que en el ordenamiento mercantil hace falta un adecuado régimen que permita operar la responsabilidad de los administradores hacia la sociedad, pues con la ley 222 de 1995 lo que acaeció fue que se hizo más compleja la posibilidad de obtener un resarcimiento del interés social ante el infracción del administrador.

Con el proyecto de ley 70 de 2015, se pretendía dar era una garantía, primordialmente a esos socios o accionistas minoritarios, en el entendido que generalmente son los socios mayoritarios quienes detentan la función de administrador o son delegados por estos, por cuanto actúan en interés de los mayoritarios, ya sea para defraudar a la sociedad o para el beneficio propio, por tanto la acción social de responsabilidad de la que nos habla el art 25 de la ley 222 del 1995, es completamente inaplicable, excepcionando los casos en que el

administrador no tenga una relación directa con esos mayoritarios y estos puedan verse afectados por dicha gestión, pero realmente es muy nulo que esto suceda.

Por medio de esta reforma se planteaba dar una solución para llenar los vacíos jurídicos que trae la norma en cuanto a la acción social de responsabilidad, problema en que se encuentra al interior de las sociedades comerciales cuando se presentan conflictos de interés, y abusos de poder por parte de los socios mayoritarios, dicha solución está contemplada en el artículo 27 de la reforma: la “acción derivada”, esta acción habilitaría a cualquier socio para proteger su inversión dentro de la compañía, interponiendo así una demanda para que se le resarzan a la sociedad los perjuicios sufridos por virtud de la inadecuada gestión impetrada por los administradores; una oportunidad para que quienes sean socios minoritarios pudieran entrar actuar en nombre de la sociedad en caso de presentarse algún perjuicio por parte de ese administrador

Según las estadísticas dadas por la Superintendencia de Sociedades desde que se encuentra en vigencia la ley 222 de 1995 no se conoce ninguna acción social de responsabilidad que haya concluido en sentencia definitiva, es por lo anterior que esta acción ha sido considerada como inoperante.

BIBLIOGRAFÍA

- Barbosa Castillo, G. (2002). *Lecciones del derecho penal*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Cardona Acosta, P. A. (2014). *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*: Universidad Externado de Colombia.
- Casacion Civil y Agraria 40538, 40538 (Corte Suprema de Justicia 24 de Agosto de 1998).
- Crear Empresas*. (16 de abril de 2014). Obtenido de <http://www.crear-empresas.com/responsabilidad-administradores>
- Gerscovich , C. A. (2006). *Derecho Económico, Cambiario y Penal*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las Obligaciones* (Vol. II). Bogota: Universidad Externado.
- Medina Vergara, J. (2015). *Responsabilidad Comercial de las sociedades y de sus vinculados*. Bogotá: Temis S.A.
- Natera Hidalgo, R. D. (2007). *Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles* (Tercera ed.). Bilbao: Wolters Kluwer España S.A.
- Nur, J. G. (13 de Enero de 2014). Accion de Responsabilidad Social. *La República*. Obtenido de http://www.larepublica.co/consultorios/la-acci%C3%B3n-de-responsabilidad-social_99376
- Pino Lozano, M. M., Henao Beltran, L. F., Arias Barrera, L., & Cubillos Garzon, C. (2009). DIRECTRICES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. *Mercatoria*, 8(1), 25. Obtenido de <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen8/pdf01/directrices.pdf>
- Morgestein Sánchez, W. I. (2011) EL CONCEPTO DE INTERES SOCIAL Y SU IMPACTO EN EL DERECHO DE SOCIEDADES. *Mercatoria*. Obtenido de <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/PDF02/123.pdf>
- Puelma Accorsi, A. (1988). *Curso Práctico Sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada* (Segunda Edición ed.). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

- Richard, E. H. (2005). *Responsabilidad de administradores y socios por pagos en negro y trabajo clandestino*. Cordova: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba .
- Ruiz de Velasco y del Valle, A. (2007). *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Ruiz López, H. (25 de marzo de 2008). Circular externa 100 -006. *Superintendencia de Sociedades*. Bogota D.C.
- Sánchez Sánchez, R. E. (2005). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Bogota: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Sentencia C090, 090 (Corte Constitucional 19 de Febrero de 2014).
- Sentencia C224, 224 (Corte Constitucional 30 de Marzo de 2009).
- Sentencia C263, 263 (Corte Constitucional 06 de Abril de 2011).
- Sentencia C384, 384 (Corte Constitucional 23 de abril de 2008).
- Sentencia C452 , 452 (Corte Constitucional 03 de Junio de 2003).
- Sentencia C865, 865 (Corte Constitucional 7 de Septiembre de 2004).
- Sentencia Consejo de Estado 00109002040, 110010306000201000109002040 (Consejo de Estado 29 de Noviembre de 2010).
- Setencia C1008, 1008 (Corte Constitucional 9 de Diciembre de 2010).
- Setencia C210, 210 (Corte Constitucional 01 de Marzo de 2000).
- Superintendencia, S. (2015). Proyecto de Reforma al Regimen Societario. Recuperado el 27 de 05 de 2016, de <http://www.supersociedades.gov.co/noticias/Documents/2015/Septiembre/Libro%20proyecto%20de%20reforma.pdf>
- Velasquez Restrepo, C. A. (8 de 12 de 2011). *Cámara de Comercio de Medellín*. Obtenido de Derecho economico: <http://www.camaramedellin.com.co/site/portals/0/documentos/memorias/2011/7sas.pdf>
- Villegas, C. G. (1995). *Tratado de las Sociedades* (Primera ed.). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

