



**ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD:
EFECTIVIDAD EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS
DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS FRENTE
AL ABUSO DE LOS ACCIONISTAS MAYORITARIOS**

***LIABILITY ACTION AS A CONSEQUENCE
OF HARMFUL MANAGEMENT: THE MINORITY
SHAREHOLDERS EFFECTIVENESS IN THE
PROTECTION OF THEIR RIGHTS AGAINST
THE ABUSE AND POWER OF THE MAJORITY
SHAREHOLDERS***

VALENTINA TAMAYO CARDONA*

*Fecha de recepción: 22 de agosto de 2018
Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2018
Disponible en línea: 30 de diciembre de 2018*

RESUMEN

La acción social de responsabilidad es una herramienta que le brinda el ordenamiento jurídico colombiano a una sociedad en el evento en que su patrimonio sufra perjuicios como consecuencia de una mala gestión de su administrador. Es pues la persona jurídica quien ejercerá la acción, previa aprobación de la asamblea general de accionistas, buscando recomponer el patrimonio social que se ha visto afectado. No obstante, el requisito de contar con la aprobación de la asamblea general de accionistas antes de ejercer la acción ha puesto de presente uno de los problemas de agencia más frecuentes en el derecho societario entre accionistas mayoritarios y

* Estudiante de décimo semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: tamayov@javeriana.edu.co

accionistas minoritarios. El propósito de este artículo es explicar y analizar el problema que está haciendo de la acción social de responsabilidad derecho muerto en un buen número de casos.

Palabras clave: Acción social de responsabilidad; accionistas mayoritarios; accionistas minoritarios; administrador social; asamblea general de accionistas; problemas de agencia.

ABSTRACT

The liability social action or as it is known in the Anglo-Saxon law as “derivative action” provides the Colombian legal system the possibility to protect a company’s patrimony against corporate officers and directors, in the event of a degradation of its monetary integrity because of a harmful administration. Therefore, if there is an affectation to the company patrimony integrity, it will be the legal entity the one in charge of applying the measure, as long as the general assembly of shareholders gives its approval. Nonetheless, the previous requirement has brought to light some of the most relevant agency problems in corporate law, which is the confrontation between majority and minority shareholders. The purpose of this article is to analyze and explain the problem contained within the liability action, which makes it ineffective and not useful to corporate law in a variety of cases.

Keywords: Liability action; derivative action; majority shareholders; minority shareholders; corporate officer and directors; agency problem.

INTRODUCCIÓN

En este ensayo me propongo analizar el problema que trae para los accionistas minoritarios el no poder ejercer la acción social de responsabilidad en nombre de la sociedad por la necesidad de contar con la aprobación previa del máximo órgano social. La dificultad se evidencia, cuando se parte del supuesto de una sociedad cerrada, en la cual hay un socio mayoritario que tiene más de la mitad de las acciones de la sociedad y por su condición de tal casi siempre tiene poder sobre las decisiones de la asamblea de accionistas y/o sobre las decisiones del administrador, si es que no funge él mismo como tal. En el supuesto descrito, será prácticamente imposible para los minoritarios conseguir la aprobación de la asamblea general para interponer una acción social de responsabilidad, ya que se necesitará el voto favorable del socio mayoritario y éste no votará a

favor de una acción judicial en su contra o en contra de un administrador que ha administrado favoreciendo sus intereses e incluso le ha ayudado a diluir la participación de los minoritarios. Por lo tanto, la cuestión que me planteo es si es necesario y útil permitirle a un accionista ejercer la acción social de responsabilidad en nombre de la sociedad sin autorización previa del máximo órgano social, sólo teniendo que demostrar un interés para ello, como lo sería el tener cualquier participación en la sociedad.

Para resolver esta pregunta inicialmente mencionaré dónde está consagrada normativamente esta acción, luego, procederé a desarrollar 3 argumentos los cuales ayudarán a dar respuesta al planteamiento en cuestión, el primero se basará en un estudio de derecho comparado con el fin de tener una idea de cómo funciona este mecanismo judicial en otros países que permiten la figura; el segundo consistirá en estudiar con qué otros mecanismos de defensa podría contar el accionista minoritario en la hipótesis planteada y qué tan eficaces son en vista de la imposibilidad de ejercer la acción social; y el tercero desarrollará dos posibles consecuencias positivas de permitir esta prerrogativa a los accionistas, por último daré una conclusión con base en lo expuesto a lo largo del escrito.

1. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

La acción social de responsabilidad es “aquella acción que de manera directa le corresponde ejercer a la sociedad contra sus administradores, cuando quiera que por sus actuaciones y en violación a la ley o los estatutos se causen perjuicios”¹. Es entonces, un mecanismo consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 encaminado a hacer responder a los administradores sociales cuando estos actúan fuera de los intereses sociales, provocando como consecuencia de sus acciones detrimento directo al patrimonio social, el artículo 25 dispone:

“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

1 Jorge Hernán Gil Echeverry. La especial responsabilidad del administrador societario. Pág. 647. Ed., Temis. (2015).

de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador [...].

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros²². (Negrita por fuera del texto).

Este artículo, en su inciso final consagra adicionalmente la llamada acción individual de responsabilidad, la cual tiene la misma función que la acción social en cuanto a que los administradores respondan por sus actuaciones, pero quien tiene legitimación para ejercerla no es la sociedad sino el socio o tercero acreedor que demuestre un perjuicio directo en su patrimonio como consecuencia del actuar del administrador, esta acción será analizada más adelante junto con otras posibles acciones que eventualmente podrían ejercer los accionistas de manera individual en vista de no contar con el voto favorable de la asamblea general para adelantar la acción social.

2. ANÁLISIS DERECHO COMPARADO

Para resolver la pregunta de si es deseable que los accionistas tengan la posibilidad de ejercer la acción social en nombre de la sociedad sin contar con la aprobación del máximo órgano social, describiré primero cómo funciona esta acción a nivel de derecho comparado.

a) Estados Unidos

En Estados Unidos existen varias acciones que permiten exigir la responsabilidad de los administradores, como por ejemplo las acciones directas (Direct Actions), las acciones de clase (class actions) o las acciones derivadas (Derivative Actions). La acción que se asimila a la acción social de responsabilidad colombiana es la acción derivada (Derivative action). Para ejercer esta acción tienen legitimación cualquiera de los accionistas de la sociedad afectada, es decir, quienes fueron afectados también pero de manera indirecta por el actuar del administrador, por eso se le llama derivada. En otras palabras, el daño directo lo sufrió la sociedad y ese daño es el que determinará la acción, más no, el daño correlativo al patrimonio de los accionistas, en verdad, es la sociedad la víctima

2 Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. 20 de diciembre de 1995. DO. N° 42.156.

y por tanto es la sociedad como persona jurídica diferente a los socios quien debe recibir la indemnización correspondiente.

Los requisitos que establece la legislación estadounidense para poder ser el demandante de una acción derivada es que se haya sido accionista o miembro de la sociedad al tiempo de la celebración de la transacción que originó la responsabilidad del administrador de la sociedad interviniente, o bien que su participación en la sociedad, si fue adquirida subsecuentemente, lo haya sido por ministerio de la ley. Lo que sucede entonces, es que cualquier accionista que cumpla las condiciones anteriormente descritas, reguladas en la regla 23.1 de las reglas federales del procedimiento civil “*Rule 23.1 Federal Rules of Civil Procedure*”³, puede intentar, en nombre de la sociedad, una demanda en contra de los administradores, con el fin de que estos resarzan los perjuicios sufridos por ésta. Efectivamente, es una acción que abre la posibilidad a cualquier accionista sin importar su porcentaje de participación a interponer la aludida acción. Es ilustrativa una de las conclusiones a las que llega el Dr. Héctor José Miguens después de un detallado análisis de las diversas acciones judiciales existentes en EE.UU para exigir la responsabilidad de los administradores sociales, él asegura que “Las diversas clases de demandas judiciales con sus procedimientos específicos para cada una constituyen, en líneas generales, un sistema normativo eficaz y razonable en orden a la protección de los accionantes y los demandados respecto de la responsabilidad de directores de sociedades”⁴.

b) Francia

El Artículo 225-252 del Código de Comercio francés consagra la denominada “*action sociale ut singuli*” la cual establece que

“además de la acción de reparación del perjuicio sufrido personalmente, los accionistas podrán, bien individualmente, bien por medio de una asociación que reúna un 5% de participación social según lo establecido en el artículo L.225-120, entablar una acción social de resarcimiento por responsabilidad civil contra los administradores sociales. Los demandantes estarán habilitados para reclamar la reparación íntegra del daño causado a la sociedad, a la cual se le abonará, en su caso, una indemnización por daños y perjuicios”⁵.

3 Law of 1938. Federal Rules of Civil Procedure. 16 September 1938.

4 Héctor José Miguens. Responsabilidad de directores de sociedades en Estados Unidos: Aspectos procesales. DIKAIION Universidad de la Sabana. Abril de 2015. At. 86.

5 Ley no 2001-420 de 15 de mayo de 2001. Diario Oficial de 16 de mayo de 2001.

Adicional a lo anterior, el Código Civil francés en el artículo 1843-5 establece que está prohibido pactar cláusulas que tengan por objeto el condicionamiento del ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de un socio (ya sea de manera individual o colectiva) al voto favorable de la asamblea general de accionistas, señala que todo pacto que implique la renuncia del ejercicio de la acción social reconocida a los socios, se entenderá por no escrita. Dice el aludido artículo que

“además de la acción en reparación del perjuicio sufrido personalmente, uno o varios socios pueden iniciar la acción social de responsabilidad civil contra los gerentes. Los demandantes están facultados para perseguir la reparación del perjuicio sufrido por la sociedad; en caso de condena los daños y perjuicios serán adjudicados a la sociedad. Se considerará no escrita toda cláusula de los estatutos que tenga por objeto subordinar el ejercicio de la acción social al dictamen previo o a la autorización de la junta o que conlleve por adelantado la renuncia al ejercicio de esta acción. Ninguna decisión de la junta de socios podrá tener por efecto extinguir una acción de responsabilidad civil contra los gerentes por la falta cometida en el cumplimiento de su mandato”⁶.

Como se puede ver el legislador francés estableció mecanismos mediante los cuales cualquier socio independientemente de su porcentaje de participación en la sociedad, de manera colectiva o individual, pudiese ejercer libremente acciones encaminadas a proteger sus derechos como miembro de la sociedad sin necesidad de estar sujeto a la decisión de la asamblea general, buscando evitar el abuso del derecho por parte de las mayorías.

c) México

El artículo 156 de la Ley de Sociedades Mercantiles (L.S.M) establece que “los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen”⁷. Consecuencia de lo anterior, a los socios se les reconoce el poder legítimo de ejercer acciones en contra de los administradores por el incumplimiento de sus deberes, un ejemplo de ello sería la acción descrita en el artículo 76 de la misma ley “La acción de responsabilidad en interés de la sociedad contra los gerentes, para el reintegro del patrimonio social, pertenece a la asamblea y a los socios individualmente considerados; pero estos no podrán ejercitarla cuando la asamblea, con un

6 Ley N° 88-15 de 5 de enero de 1988. Diario Oficial de 6 de enero de 1988.

7 Ley general de sociedades mercantiles. 4 de agosto de 1934.

voto favorable de las tres cuartas partes del capital social, haya absuelto a los gerentes de su responsabilidad”⁸. Siguiendo literalmente lo que describe este artículo, en principio se pensaría que el ejercicio de la acción social de responsabilidad está sujeto totalmente a la decisión del órgano supremo, sin embargo, existen excepciones a esta regla que permiten al minoritario ejercer la acción libremente.

La primera excepción es la que se establece en el artículo 163 de la ley en mención, en el que se consagra que los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, por lo menos, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los Administradores, siempre que se satisfagan los requisitos siguientes: Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los proponentes, y que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la Asamblea General de Accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los administradores demandados. Los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación serán percibidos por la sociedad⁹. así, independientemente de la decisión del órgano supremo, podrá este conglomerado, hacer exigibles sus derechos como accionistas a través de un porcentaje que es evidentemente minoritario en comparación del que exige la legislación colombiana.

La segunda excepción es que si se decide por el órgano máximo absolver de responsabilidad a los administradores y en dicha votación participó el administrador, el minoritario podrá de forma individual impugnar la nulidad de esa decisión, tal como afirma el profesor Roberto L. Mantilla Molina, “Sí se considera que la acción prevista y regulada en los mencionados precepto de la L.S.M, es compatible con las acciones de nulidad del derecho común, (...) nada impide que un accionista, cualquiera que sea su participación en el capital social, haga valer la nulidad”¹⁰. La nulidad de la que habla el profesor Mantilla Molina es la nulidad en virtud del artículo 197 de la L.S.M el cual prohíbe que el administrador participe en la votación que decide sobre su responsabilidad, la cual establece que “Los administradores y los comisarios no podrán votar en las deliberaciones relativas a su responsabilidad. En caso de contravención a esta disposición, la resolución será nula cuando sin el voto del Administrador o Comisario no se habría logrado la mayoría requerida”¹¹. De lo cual se concluye,

8 Ley general de sociedades mercantiles. 4 de agosto de 1934.

9 *Ibidem*.

10 Roberto L. Mantilla Molina. La responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Anónimas. Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México. Agosto de 1954. At. 43.

11 Ley general de sociedades mercantiles. 4 de agosto de 1934.

que en el caso de que el mayoritario sea el mismo administrador este no podrá votar sobre su propia responsabilidad y por consiguiente no se logrará la mayoría requerida para aceptar su absolución de responsabilidad, y en conclusión cualquier socio de manera individual podrá entonces, interponer la acción. Cosa que no sucede en el ordenamiento colombiano porque como lo explicaremos más adelante el artículo que consagra la acción social de responsabilidad no excluye el voto del administrador que también es socio. Es interesante como en México aun cuando no hay un tipo de acción como por ejemplo lo es la acción derivada en EE.UU, si se previeron ciertos problemas en el ejercicio de la acción social y se buscó consagrarla con ciertas características que la harían útil y eficaz en la protección de los minoritarios.

3. ACCIONES ALTERNATIVAS

El ordenamiento jurídico colombiano tratando de corregir la gravedad del problema presente en la acción social de responsabilidad y las injusticias que implica contra los accionistas minoritarios, que, en este caso, son junto a la sociedad los más perjudicados al no poder ejercer la acción, ha abierto la posibilidad para que con otro tipo de acciones se llegue al mismo fin, el cual es que el accionista minoritario pueda exigir la responsabilidad del administrador, y así mismo defenderse del poder del mayoritario, quien como ya lo mencioné con su voto negativo vuelve imposible iniciar una acción social. Pero que como lo explicaré a continuación han sido insuficientes.

En este punto es necesario tener en cuenta que el voto del accionista mayoritario en la mayoría de los casos será negativo porque lo común es que las actuaciones del administrador hayan sido influenciadas por él, debido a que por el mismo poder de decisión que tiene como controlante si no se acatan sus órdenes fácilmente podrá remover un administrador y nombrar otro que cumpla sus mandatos¹², en verdad, es apenas lógico que este accionista usará su poder de decisión y no votará en favor de una acción judicial en contra de un administrador que ha seguido sus instrucciones, y en la misma línea, es claro que si es él mismo quien funge como administrador menos aún se obtendrá su voto positivo. Así entonces, me refiero a las siguientes acciones: la acción individual de responsabilidad (artículo 25 Ley 222), la acción de abuso del derecho de voto por el bloqueo de la acción social de responsabilidad (artículo 43 Ley 1258 del

12 “Under the great weight of Delaware precedent, senior corporate officers generally lack independence for purposes of evaluating matters that implicate the interests of a controller”. Court of Chancery of the State of Delaware. In Re Ezc Corp Inc. consulting agreement derivative litigation. C.A. No. 9962-vcl. January 25, 2016.

2008 y artículo 830 del Código de Comercio), la acción por violación del deber de lealtad en cabeza del controlante (artículo 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio) y la acción por violación del régimen de conflictos de intereses (numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009). Lo que acontece, es que estas acciones aparentemente podrían remediar el no poder ejercer la acción social de manera libre, sin embargo pueden no ser tan efectivas y directas como aquella.

a) Acción individual de responsabilidad

Empezaré por la acción individual, como ya lo describí anteriormente, esta acción se encuentra consagrada en el mismo artículo de la acción social, pero la diferencia con aquella es que ésta “no pretende, como es natural, que se indemnicen perjuicios irrogados a la compañía, sino la compensación por los daños causados al patrimonio personal del asociados o tercero afectado por el hecho”¹³. Como se advierte, un accionista al interponer una acción individual debe demostrar que las acciones del administrador están perjudicando directamente su patrimonio, supuesto complejo de probar ya que las actuaciones de los administradores por lo general afectan de manera directa el patrimonio social y solo de manera indirecta o derivada el de los socios individualmente, “lo que acontece es que las pérdidas sufridas por la sociedad, de manera correlativa y cierta, implican una disminución real y consecencial en el patrimonio societario de cada uno de los socios, en proporción al capital social que posean en la compañía, puesto que en ese mismo porcentaje se disminuye el valor de su participación social”¹⁴. Esto traduce, que no es posible por esta vía recomponer el patrimonio social afectado pero tampoco el patrimonio individual, puesto que el problema que se hace evidente en este punto, es que en la mayoría de los casos el accionista solo podrá demostrar perjuicios indirectos, derivados o correlativos de los perjuicios causados al patrimonio social. Será consecuencia lógica entonces, que una acción individual en sede judicial no prosperará al no poderse demostrar perjuicios directos.

b) Acción de abuso del derecho de voto

Mi análisis continua con la acción de abuso del derecho de voto por el bloqueo de la acción social de responsabilidad consagrada en el artículo 43 de la ley 1258 del 2008 si es SAS o artículo 830 del Código de Comercio si es otro tipo

13 Francisco Reyes Villamizar. Derecho societario. Pág. 725. Ed., Temis. (2017).

14 Jorge Hernán Gil. La especial responsabilidad del administrador societario. Pág. 537. Ed., Temis. (2015).

de sociedad; en este supuesto, el accionista debe demostrar que el controlante bloqueó la aprobación de la acción social con el único propósito de conseguir un beneficio personal. Con sano criterio, La Superintendencia de Sociedades ha aceptado esta posibilidad, por ejemplo, en el caso de Sares Ltda. aseguró que:

“Ahora bien, otra de las posibles soluciones al problema explicado puede encontrarse en la acción judicial por el ejercicio abusivo del derecho de voto. Esta alternativa sería procedente cuando se hubiere negado la posibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad para encubrir las actuaciones irregulares de un administrador o proteger la desviación de recursos sociales a favor del accionista mayoritario. En estos casos, la decisión de rechazar la acción social correspondería a una finalidad que no es tolerada por el ordenamiento colombiano. Debe reiterarse, en este sentido, que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para provocar daños, ni para que un accionista se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados”¹⁵

En dicho caso, la Superintendencia descubrió que “el controlante obstruyó, en beneficio propio, la única vía judicial disponible en nuestro ordenamiento para reclamar los perjuicios posiblemente sufridos por la compañía”¹⁶. Bien pareciera entonces, que en este supuesto se deberá demostrar tanto que las acciones del administrador perjudicaron el patrimonio social como que el voto del mayoritario se realizó en forma abusiva, y solo así lograr obtener una indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta reprochable del accionista controlante.

c) Acción por violación del deber de lealtad del accionista controlante

Pasaré ahora a la tercera acción a la que haré referencia, pero antes conviene mencionar, que en Colombia el postulado de la buena fe es uno de los principios rectores que gobierna la actuación de las personas en sus relaciones jurídicas, es por esto que la siguiente acción a analizar es por violación del deber de lealtad del controlante consagrada en el artículo 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. Esta podría eventualmente ser una de las posibilidades con las que cuenta el accionista minoritario, bajo el entendido de que el principio de buena fe está íntimamente ligado al deber de lealtad, como dice la Corte Constitucional.

15 Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Proceso 2014-801-166. Superintendente delegado José Miguel Mendoza: 14 de mayo de 2015.

16 *Ibidem*.

“El principio de buena fe no puede reemplazar el derecho aplicable, aunque sí debe ser una guía en la lectura, interpretación y aplicación del mismo, puesto que los deberes de lealtad, claridad, equilibrio, solidaridad y colaboración, entre otros, están implícitos en cualquier relación contractual —aunque con un contenido específico de acuerdo a la naturaleza de la misma—, de manera que aunque las partes no los mencionen en las cláusulas contractuales, sus actuaciones deben realizarse y ser valoradas teniendo en cuenta dichos postulados”¹⁷.

En el mismo sentido la Superintendencia de Sociedades ha dicho que

“Por virtud del postulado de la buena fe, los asociados tienen el deber de comportarse con lealtad frente a las personas que detentan esa misma calidad en una compañía. Parece entonces indiscutible que el mayoritario que se apropia irregularmente de recursos sociales actúa en forma desleal frente a los demás asociados. [...] Al extraer bienes del patrimonio social, el controlante puede frustrar las expectativas económicas de los minoritarios, quienes verán menguado —o, incluso, suprimido— el retorno esperado por su inversión en la compañía”¹⁸.

Considero que es innegable que esta acción pueda ser una forma de hacer efectivos los derechos del minoritario, sin embargo, esto implica una carga probatoria mayor, porque que el mayoritario haya influenciado las decisiones del administrador será apenas una sospecha, es decir se deberá probar: el detrimento en el patrimonio social, la responsabilidad del administrador por ese detrimento y además que las actuaciones del administrador que derivaron en su responsabilidad fueron fruto de seguir las indicaciones **desleales** del mayoritario, y solo una vez probados esos supuestos el controlante estará obligado a indemnizar los perjuicios derivados de su actuación.

d) Acción por violación del régimen de conflictos de intereses

Finalmente, la acción por violación del régimen de conflictos de intereses, consiste en adelantar una acción de nulidad bajo el régimen de conflictos de intereses consagrado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley de 1995 y el Decreto 1925 de 2009. Se debe precisar que, para esta acción se parte del supuesto en el

17 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-537 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 6 de agosto de 2009).

18 Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Proceso 2014-801-50. Superintendente Delegado José Miguel Mendoza: 8 de junio de 2016.

que se han celebrado negocios jurídicos entre la sociedad con el controlante o con los administradores directamente o con personas vinculadas a éstos o cualquier otro tipo de negocios que podrían contribuir a que el proceder de los administradores no sea siempre el de velar por los intereses de la sociedad. Esos negocios entonces, podrían llegar a carecer de validez. Ahora bien, no controvierto que es bastante usual que estos contratos se den y que de esta manera los mayoritarios y/o los administradores logren apropiarse en forma irregular de activos de propiedad de la sociedad, sin embargo, no es una regla general, el apropiarse de recursos de la sociedad por parte del mayoritario puede tomar una forma diferente al conflicto de interés, y por otro lado, podría preverse que como lo permite el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 haya autorización expresa de la asamblea general de accionistas para la realización de dichos contratos viciados de conflictos de interés y en resumidas cuentas que el accionista mayoritario de la misma manera como niega la acción social pueda llegar a subsanar cualquier conflicto de interés¹⁹. Sin embargo, debo aclarar que esa aprobación de realizar un contrato viciado de conflictos de interés solo se daría en el evento en que el administrador esté unido al socio controlante, porque claramente el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 consagra la exclusión del voto del administrador que es socio también en la votación que tiene como fin poner a consideración un conflicto de interés, pero ninguna norma impide que el controlante quien no es administrador pero asumiremos tiene interés en el negocio vote y como establece Gil Echeverry “toda inhabilidad o restricción al voto, no puede surgir como consecuencia de la analogía, sino que requiere disposición expresa”²⁰.

Fijémonos ahora, y solo porque me parece útil la mención, que es bastante ilustrativo lo que dice el Dr. Martínez Neira, él asegura que “uno de los clásicos ejemplos del conflicto de interés es el que se presenta para el socio que a la vez es administrador de la sociedad y enfrenta una acción social de responsabilidad. [...] A pesar del evidente conflicto de interés que se observa frente a esta hipótesis, lo cierto es que el art. 25 de la ley 222 de 1995 nada dice al respecto”²¹.

19 En este caso las posibilidades del minoritario serían: impugnar la decisión social por abuso de mayorías, demostrar que la operación aprobada realmente perjudica los intereses de la sociedad, o alegar el deber de lealtad que se deben los accionistas entre sí. Así lo describe la Superintendencia en sentencia de Loyalty Marketing Services Colombia contra Shirley Natalia Ávila Barrios de mayo de 2014, lo cual significa una carga probatoria muy exigente. Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Proceso 2013-801-076. Superintendente delegado José Miguel Mendoza: 14 de mayo de 2014.

20 Jorge Hernán Gil. La especial responsabilidad del administrador societario. Pág. 697. Ed., Temis. (2015).

21 Néstor Humberto Martínez Neira. Cátedra de derecho contractual societario regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios. Pág. 203. Ed., Legis Editores. (2014).

Nótese que si se sigue este planteamiento un verdadero conflicto de interés sería el de un accionista quien es también administrador y debe votar una acción social de responsabilidad, sin embargo, y volviendo a citar a Gil Echeverry “de la simple redacción del artículo 25 de la Ley 222 se puede inferir que nuestra legislación no restringe el derecho al voto del socio administrador, puesto que la decisión se toma por mayoría de los votos presentes en la reunión, sin que se haya hecho ninguna otra especificación”²². No es mi intención profundizar mucho en esta última cuestión sin embargo es interesante que si se llegase a establecer dicho escenario como un conflicto de interés tal vez muchos de los inconvenientes que rodean la acción social de responsabilidad se verían aminorados y operaría entonces como lo describe el Dr. Laguado Giraldo “Para el cómputo de mayorías y en los eventos en que los administradores inculpados tengan a su vez el estatus de socio deberán deducirse previamente las acciones, cuotas o partes de interés que les correspondan. Aunque nada dice la ley al respecto, esto se infiere de las normas que regulan las situaciones de conflicto de intereses”²³.

Dicho esto, se puede afirmar que en vista de la imposibilidad de ejercer la acción social el ordenamiento colombiano ha ido abriendo la posibilidad de que con otro tipo de acciones se pueda llegar al mismo fin, pero se evidencia que, incluso siendo estas acciones útiles, tienen varios requisitos que podrían llegar a frustrar las expectativas del minoritario en cuanto al éxito de sus pretensiones.

4. CONSECUENCIAS DE PERMITIR LA ACCIÓN SOCIAL SIN APROBACIÓN PREVIA DEL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL

Para cerrar, debo hacer mención del Proyecto de Ley Número 02 de 2017 que está tramitándose en el Congreso de la República y que en su artículo 18²⁴ precisamente busca aliviar el problema que hemos venido describiendo durante todo

22 Jorge Hernán Gil. La especial responsabilidad del administrador societario. Pág. 694. Ed., Temis. (2015).

23 Darío Laguado Giraldo. la responsabilidad de los administradores. Vniversitas: Pontificia Universidad Javeriana. Octubre de 2004. At. 225.

24 “**Artículo 18. Acción derivada.** Cuando se trate de resarcir los perjuicios sufridos por la sociedad como consecuencia de las actuaciones de los administradores, uno o más asociados podrán demandar, mediante una acción derivada, la responsabilidad de aquellos, conforme a lo previsto en el artículo 14 de esta ley. En estos casos, la acción se presentará por el demandante a nombre de la sociedad. Los asociados podrán interponer la misma acción cuando se trate de evitar el acaecimiento de un perjuicio inminente para la sociedad.” Proyecto de Ley 02 de 2017, por la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones. 20 de julio de 2017.

el artículo. Considero que las consecuencias positivas que acarrearía aprobar esta iniciativa y permitir que un accionista ejerza la acción social de responsabilidad en nombre de la sociedad libremente serían dos: Primero, la solución del problema de agencia que se presenta en este caso entre accionista controlante y accionista minoritario y segundo, que al ser más fácil exigir la responsabilidad del administrador esto será un incentivo más para que este actúe acorde a sus deberes fiduciarios.

a) Solucionaría el problema de agencia entre accionista controlante y minoritario

El problema de agencia es aquel en el cual una persona “agente” asume un mandato de otra persona “principal”, en donde las ganancias del principal dependerán de las actuaciones cuidadosas y esmeradas del agente, quien usualmente está en mejores condiciones de cumplir con el mandato porque por ejemplo posee más conocimiento, y aunque sus intereses no son opuestos no están perfectamente alineados²⁵. Este esquema es útil para describir el problema que planteo, ya que el administrador es el agente a quien los accionistas confían los intereses de la sociedad y de su esfuerzo dependerá el éxito de los negocios, pero el problema se presenta cuando los intereses del administrador empiezan a divergir de los de los accionistas y es ahí cuando se deben dar los incentivos adecuados para que el esfuerzo del administrador sea el máximo y esté dirigido siempre al beneficio de la sociedad. Sin embargo, debo precisar que aunque debería verse como un problema entre el administrador (agente) y los accionistas (principales), en este caso es necesario partir del hecho de que el problema de agencia que se presenta realmente es entre socio mayoritario (agente) y el socio minoritario (principal), ya que, gracias a la concentración accionaria del sistema societario colombiano²⁶ y por las razones dadas a lo largo de este ensayo quien en verdad toma las decisiones no es el administrador sino el socio controlante; en conclusión como el problema de agencia en “jurisdicciones de control cerrado como Colombia típicamente se traduce en realidad en un problema de agencia entre el accionista mayoritario y el accionista minoritario”²⁷ y teniendo en cuenta que “la función del derecho es proteger al principal de

25 Eric A. Posner. Agency Models in Law and Economics. University of Chicago Law School. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 92, p. 5 (2000).

26 Felipe Suescún Roa, deberes de los administradores en fusiones y adquisiciones: la versión colombiana de la “pildora venenosa” Revista de derecho privado (Universidad de las Andes), enero-junio de 2015. At. 1 Pg. 31.

27 Darío Laguado Giraldo & Tomás Holguín Mora. La regulación de los conflictos de interés de los administradores sociales en el derecho societario colombiano. Instituto Iberoamericano de Derecho y Fianzas. Working Paper Series 4/7.

la vulnerabilidad que genera toda relación de agencia por cuanto el principal expone su propiedad o sus intereses al riesgo de acciones oportunistas o motivadas por el interés exclusivo del agente²⁸, el exigir la aprobación de la asamblea para interponer la acción social lo que hace es profundizar la vulnerabilidad del minoritario y acentuar el problema de agencia, en vez de mitigarlo, contrario a lo que ocurriría de habilitar este mecanismo permitiendo su procedencia sin necesidad de dicho requisito previo.

b) Incentivo para que el administrador actúe acorde a sus deberes fiduciarios

Siguiendo el problema de agencia descrito anteriormente, es claro que muchas veces los intereses del administrador se apartan de los intereses de los accionistas, y esto supone costos para los accionistas al por ejemplo tener que hacer un monitoreo contante de la actividad de los administradores. Al permitirse ejercer la acción social libremente esos costos se disminuirían ya que la posible acción funcionaria como un incentivo más para que el administrador actúe acorde a sus deberes fiduciarios²⁹ puesto que será más fácil exigir su responsabilidad, por consiguiente, seguramente pensará dos veces el violar alguno de sus deberes o en unirse con el controlante buscando el desmedro del minoritario. Sin embargo, pese a que nada impide que este escenario se siga presentando, y que el mayoritario gracias a su poder de decisión eventualmente siga influenciando las actuaciones del administrador para su beneficio personal, por lo menos si será más fácil para el minoritario hacer frente a esa situación.

CONCLUSIONES

Con lo expuesto a lo largo de este escrito se pueden hacer las siguientes afirmaciones:

1. Existe un problema evidente con el requisito que impone el artículo 25 de la ley 222 de 1995 para interponer una acción social de responsabilidad. El exigir la aprobación previa del máximo órgano social para poder ejercer la aludida acción hace imposible que un accionista minoritario pueda

28 Ibidem.

29 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. Artículo 23, Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. 20 de diciembre de 1995. D.O. No 42.156.

exigir la responsabilidad del administrador por el detrimento causado al patrimonio social, puesto que como lo estudié en este artículo este requisito conlleva que para interponer la aludida acción se necesite el voto favorable del accionista mayoritario, quien obstruirá en la mayoría de los casos esta posibilidad, quedando el accionista minoritario en la imposibilidad de velar por el patrimonio social, pues carecerá de legitimación por activa.

2. En países como Estados Unidos y Francia este problema no se presenta, ya que, en sus ordenamientos jurídicos el legislador consagró la posibilidad de que los accionistas sin necesidad de aprobación previa de la asamblea general o junta de socios pudiesen interponer la acción social individualmente y que pudieran exigir la responsabilidad del administrador por el detrimento causado directamente a la sociedad, exigiéndose otro tipo de requisitos como por ejemplo ser socios al momento en que se celebró la transacción que generó la responsabilidad del administrador, resultando estas acciones eficaces y útiles en la protección tanto de los socios como de la sociedad.
3. Es cierto, que el ordenamiento jurídico colombiano brinda a los accionistas otro tipo de acciones que podrían suplir la imposibilidad de ejercer la acción social, sin embargo, aun cuando con esas acciones aparentemente podría llegarse al mismo fin de hacer responder a los administradores por el detrimento causado al patrimonio social estas resultan ser engorrosas, pues cada una de ellas tiene diferentes supuestos que podrían llegar a hacer mucho más dispendioso el proceso judicial en cuanto a la carga de la prueba, a la duración del proceso y otros factores específicos dependiendo de cada acción estudiada.
4. Así las cosas, una vez analizados los problemas que trae el no poder ejercer la acción social, hice alusión a dos posibles beneficios que eventualmente se percibirían como consecuencia de permitirse ejercer esta acción sin la aprobación previa del máximo órganos social, los cuales fueron, primero, que se resolvería el problema de agencia que se presenta entre accionista controlante y accionista minoritario y segundo, que serviría como un incentivo más para que el administrador actué acorde a sus deberes fiduciarios.
5. Estoy totalmente de acuerdo con la eventual aprobación del Proyecto de Ley Número 02 de 2017, cuyo artículo 18 reformaría el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 para permitir el ejercicio de la acción social sin contar con la aprobación previa del órgano social.

REFERENCIAS

1. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-537 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: 6 de agosto de 2009).
2. Darío Laguado Giraldo. La responsabilidad de los administradores. Vniversitas: Pontificia Universidad Javeriana. Octubre de 2004. At. 225.
3. Darío Laguado Giraldo & Tomás Holguín Mora. La regulación de los conflictos de interés de los administradores sociales en el derecho societario colombiano. Instituto Iberoamericano de Derecho y Fianzas. Working Paper Series 4/7.
4. Eric A. Posner. Agency Models in Law and Economics. University of Chicago Law School. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 92, p. 5 (2000).
5. Francisco Reyes Villamizar. Derecho societario. Ed., Temis. (2017).
6. Héctor José Miguens. Responsabilidad de directores de sociedades en Estados Unidos: Aspectos procesales. DIKAION Universidad de la Sabana. Abril de 2015. At. 86.
7. Jorge Hernán Gil Echeverry. La especial responsabilidad del administrador societario. Ed., Temis. (2015).
8. Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. 20 de diciembre de 1995. DO. No42.156.
9. Néstor Humberto Martínez Neira. Cátedra de derecho contractual societario regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios. Ed., Legis Editores. (2014).
10. Roberto L. Mantilla Molina. La responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Anónimas. Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México. Agosto de 1954. At. 43.
11. Sentencia emitida por la Corte de Cancillería de Delaware en el caso de In Re. EZCORP INC. Consulting Agreement Derivative Litigation, C.A. No. 9962-VCL.
12. Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Proceso 2014-801-166. Superintendente delegado José Miguel Mendoza: 14 de mayo de 2015.
13. Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Proceso 2014-801-50. Superintendente Delegado José Miguel Mendoza: 8 de junio de 2016.
14. Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Proceso 2013-801-076. Superintendente delegado José Miguel Mendoza: 14 de mayo de 2014.