

**RESPONSABILIDAD CIVIL, CONTROL Y ADMINISTRACIÓN DE LA
EMPRESA EN CRISIS**

Trabajo para obtener el título de
Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros

MAXIMILIANO LONDOÑO ARANGO

Asesor

ALVARO LONDOÑO RESTREPO

Abogado

MEDELLÍN

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

2007

RESPONSABILIDAD CIVIL, CONTROL Y ADMINISTRACIÓN DE LA EMPRESA EN CRISIS

Sumario. El legislador colombiano ha introducido en los últimos años desarrollos especiales de la responsabilidad civil por la dirección y administración de sociedades y empresas unipersonales. Dentro de esta disciplina, tiene gran relevancia práctica la responsabilidad en el contexto de la crisis empresarial, ya que este es un escenario propicio para la litigiosidad. El Régimen de Insolvencia Empresarial, incorporado mediante la ley 1.116 de 2006, introdujo algunas normas especiales en materia de responsabilidad. Resulta conveniente entonces analizar el panorama general de la responsabilidad aplicable a cada uno de los supuestos de responsabilidad civil por la dirección y administración en el contexto de la crisis empresarial.

RESPONSABILIDAD CIVIL, CONTROL Y ADMINISTRACIÓN DE LA EMPRESA EN CRISIS

1. Introducción
 - 1.1. Noción de responsabilidad civil.
 - 1.2. Reparación y prevención.
 - 1.3. Los límites.
 - 1.4. Desarrollos especiales de la responsabilidad civil en materia de dirección y administración empresarial.
 - 1.5. Plan
2. Responsabilidad por la situación de insolvencia o crisis empresarial
 - 2.1. Responsabilidad de los administradores por la situación insolvencia de la sociedad
 - 2.1.1. Aspectos generales de la responsabilidad civil de los administradores
 - 2.1.2. Personas sujetas al régimen de responsabilidad
 - 2.1.3. Pautas de conducta de los administradores
 - 2.1.4. La responsabilidad por la crisis empresarial
 - 2.1.5. Las acciones de responsabilidad contra los administradores de sociedades
 - 2.2. Responsabilidad de las matrices o controlantes
 - 2.3. Responsabilidad por la administración y control de la empresa unipersonal
 - 2.3.1. Responsabilidad de los administradores
 - 2.3.2. Responsabilidad del titular de las cuotas y del administrador por utilización de la empresa en fraude a la ley
3. Responsabilidad de los administradores por el manejo inadecuado de la situación de crisis o insolvencia empresarial
 - 3.1. La disolución de la sociedad por pérdidas
 - 3.2. Deberes de los administradores de las sociedades en crisis
 - 3.3. Limitaciones jurídicas para afrontar la crisis
 - 3.4. Daño y causalidad
4. Responsabilidad por los daños causados durante los procesos de reorganización y de liquidación judicial
 - 4.1. Responsabilidad solidaria de los administradores que actúan en contravención de los mandatos previstos en el artículo 17 de la ley 1.116
 - 4.2. Responsabilidad solidaria de los administradores, contadores públicos y revisores fiscales
 - 4.3. Responsabilidad subsidiaria de los administradores, socios o controlantes
 - 4.4. Responsabilidad de socios, administradores y revisores fiscales por el faltante del pasivo externo
 - 4.5. Balance general de la regulación introducida por la ley 1.116 de 2006 en materia de responsabilidad civil

1. Introducción

En este escrito se analizarán algunos aspectos especiales de la responsabilidad civil en el ámbito de la crisis empresarial, así como las instituciones y desarrollos especiales que en materia de responsabilidad civil incorporó el Régimen de Insolvencia empresarial.

A manera de introducción, haré una breve referencia a algunas premisas de la teoría general de la responsabilidad que resultan útiles para el desarrollo del objeto de este capítulo.

1.1. Noción de responsabilidad civil. La responsabilidad civil, en sentido estricto, designa la obligación a cargo del responsable de reparar el daño causado a otro¹. La disciplina de la responsabilidad civil comprende y sistematiza una serie de supuestos jurídicos generadores de obligaciones a cargo del responsable del daño. Esta institución constituye un remedio de alcance general, previsto por el ordenamiento para la protección de los derechos subjetivos que resultan lesionados por el actuar imputable a un tercero. A falta de normas especiales o de instituciones particulares que prevean la forma de reparar el daño sufrido, la responsabilidad otorga mecanismos a la víctima para obtener la indemnización del perjuicio, siempre que resulte posible imputarlo a la conducta de un sujeto responsable.

1.2. Reparación y prevención. La responsabilidad civil en nuestro sistema tiene como finalidad principal la reparación del daño causado. En esta medida, la responsabilidad civil se ocupa primordialmente por restablecer, reparando *in natura* o mediante un equivalente monetario, la afectación causada por el hecho dañoso. Por lo tanto, es apenas natural que las reglas de esta disciplina entren en juego para atribuir al responsable de la situación de crisis empresarial, al responsable del manejo inadecuado de la crisis o a quien ha realizado conductas indebidas en el desarrollo de los procesos de reorganización o liquidación judicial, la indemnización de los perjuicios causados. En los casos de empresas y sociedades en crisis económica, la responsabilidad civil de sujetos distintos al empresario tiene una especial relevancia práctica. En el régimen de responsabilidad civil colombiano, las personas jurídicas son directamente responsables de los daños causados a terceros por sus órganos en el ejercicio de sus funciones². En la práctica,

¹ El sistema de la responsabilidad civil utiliza distintos criterios para la imputación del daño y la designación del responsable. Un criterio subjetivo, que constituye la regla general de nuestro ordenamiento, exige que la conducta del causante del daño sea culposa para dar lugar al surgimiento de la responsabilidad. Sin embargo, en algunas instituciones de la responsabilidad, el ordenamiento o la jurisprudencia, orientados por una finalidad de protección de las víctimas prescinden de la culpa como elemento para la atribución de daños al responsable; en estas formas de responsabilidad, el derecho a la reparación se fundamenta en criterios objetivos, como el riesgo o la garantía. No existe entonces un único sistema para la designación del responsable y la imputación de los daños: en nuestro sistema jurídico coexisten formas de responsabilidad subjetiva y objetiva.

² En materia de responsabilidad civil extracontractual, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia tiene pacíficamente establecido desde el año 1962 que la responsabilidad civil de la persona jurídica por el hecho de sus órganos, sean estos funcionarios directivos o dependientes de rango

resulta usual que la víctima formule sus pretensiones indemnizatorias exclusivamente frente a la persona jurídica, ya que ésta en la mayoría de los casos presenta una mayor fortaleza económica que el órgano directamente causante del daño. Sin embargo, la responsabilidad de la persona jurídica no descarta la responsabilidad personal del órgano. Este principio adquiere especial importancia en los casos de sociedades en crisis económica. Teniendo en cuenta que la obtención de una reparación efectiva del daño de parte de la persona jurídica en situación económica crítica puede resultar dudosa o en algunos casos imposible, la persona afectada se orientará muy seguramente por formular sus pretensiones indemnizatorias contra los órganos o contra personas vinculadas a la empresa, que puedan ser responsables del daño a título personal y que estén en condiciones económicas de indemnizarlo³. En consecuencia, el deterioro patrimonial de la empresa, de manera automática, llama la atención sobre la conducta desplegada por los sujetos que tenían a cargo la dirección, administración, representación o asesoramiento de la misma, ya que la designación de otros responsables distintos al sujeto insolvente abre al perjudicado una posibilidad de satisfacción económica efectiva.

Adicionalmente, la responsabilidad cumple una importante función preventiva. La responsabilidad civil crea en los sujetos la conciencia de estar expuestos a una sanción pecuniaria en caso de causar daños a terceros. En esta medida, la responsabilidad constituye un importante incentivo para la realización de conductas preventivas, así como un medio de disuasión de conductas que entrañan la posibilidad de causar daños⁴. Teniendo en cuenta esta función secundaria de la responsabilidad, el legislador y la jurisprudencia se han orientado en muchos casos por el endurecimiento de las reglas de la

inferior, es directa. Esto significa, que una vez verificado que la conducta dañina realizada por el órgano en conexión con sus funciones genera responsabilidad, resulta vinculada la responsabilidad civil de las personas jurídicas, sin que esta pueda exonerarse alegando la debida diligencia en la elección y vigilancia del órgano. Por tal motivo, se ha concluido que en materia de responsabilidad civil extrcontractual de las personas jurídicas no son aplicables los artículos 2347 y 2349 del C. Civil, sino que se aplican las demás formas de responsabilidad directamente. En este sentido pueden consultarse las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: sentencia de junio 30 de 1962, M.P. José J. Gómez R.; sentencia de julio 6 de 2006, expediente No. 04733-01, M.P. César Julio Valencia Copete. En materia de responsabilidad contractual la solución es similar. Si el incumplimiento de la obligación contractual resulta imputable a un órgano directivo o de un dependiente de la persona jurídica, la obligación a cargo de la sociedad no se modifica y, por tanto, resulta vinculada directamente la responsabilidad contractual de la persona jurídica por el daño causado, sin que pueda justificarse el incumplimiento demostrando una adecuada vigilancia y dirección del órgano.

³ Este interés práctico se ha visto reforzado gracias a la difusión de las pólizas de Responsabilidad Civil de Directores y Administradores (denominadas también por mercado asegurador pólizas D&O).

⁴ La doctrina reconoce que el desarrollo del aseguramiento de la responsabilidad ha debilitado en cierta medida la función preventiva la responsabilidad, toda vez que el eventual responsable ha desplazado dentro de ciertos límites el riesgo de la responsabilidad al patrimonio del asegurador. Sin embargo, este aserto no es absoluto. En la actualidad, no es posible asegurarse de manera ilimitada por todas las actividades potencialmente causantes de daños; adicionalmente los deducibles, las garantías, los límites indemnizables y las limitaciones de tipo temporal a las coberturas de los seguros de responsabilidad constituyen mecanismos que ordinariamente promueven conductas preventivas por parte del asegurado. Igualmente, el estudio de la siniestralidad que presenta el potencial del asegurado es un hecho determinante para la obtención de una cobertura. Por tal motivo, aun en el estado actual de desarrollo del seguro, la responsabilidad civil conserva un importante papel preventivo.

responsabilidad para desincentivar conductas que entrañan mayores riesgos de daño.

Esta función preventiva influye de manera determinante en la dirección y administración empresarial en general y en el manejo de la crisis económica en particular. La doctrina ha constatado que la responsabilidad civil constituye un importante instrumento de gobierno corporativo⁵. El legislador ha advertido que el endurecimiento del régimen de la responsabilidad civil es un mecanismo eficaz para la profesionalización de la actividad empresarial. La agravación del régimen de la responsabilidad civil de los administradores no solo tiende a excluir de la administración empresarial a aquellas personas que no cuentan con la preparación y los conocimientos suficientes, y que por ello resultan renuentes a asumir el riesgo de responsabilidad civil que representaría aceptar la gestión, sino que garantiza que los administradores profesionales velen porque su gestión se vea orientada por los deberes de diligencia y lealtad que su cargo les impone. Adicionalmente, el desarrollo de la responsabilidad por los actos de control de las sociedades subordinadas representa un riesgo no despreciable, que en muchos casos condiciona y orienta la conducta de la matriz o controlante.

Por este motivo, no es casual que las distintas legislaciones a nivel mundial hayan adoptado en los últimos años desarrollos especiales de la responsabilidad civil por el control, administración y representación de empresas y de sociedades, así como instituciones especiales de responsabilidad civil para las situaciones de crisis o insolvencia empresarial y societaria. Se ha acudido a la responsabilidad civil, institución del derecho privado, para la satisfacción del interés general que reside en la adecuada dirección y administración de la empresa. Así, mediante estos nuevos desarrollos se propende porque la empresa sea conducida y administrada conforme a su función social y atendiendo al interés general que le asigna la Carta Política (art. 333).

1.3. Los límites. La evolución de la responsabilidad civil ha estado marcada por un proceso de endurecimiento progresivo de los criterios normativos y jurisprudenciales que permiten designar a un responsable y atribuirle responsabilidad por un daño. Este proceso de endurecimiento se ha

⁵ PAZ-ARES, Cándido. La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. Working paper No. 162, publicado en ; última visita al sitio febrero 7 de 2007. El autor hace referencia a los instrumentos de gobierno corporativo que considera más relevantes y destaca entre ellos a los siguientes: (i) establecimiento de juntas directivas o consejos con alta capacidad de supervisión sobre la instancia ejecutiva de la sociedad, (ii) implementación de un sistema de OPAS y mecanismos de lucha por el control de la sociedad, (iii) incorporación de sistemas de incentivos y de remuneración que hagan compatibles los intereses de la administración y de los inversionistas, (iv) concentración de la propiedad accionaria en uno o varios inversionistas con capacidad de control sobre la administración, (v) presencia de inversionistas institucionales como fuerza activa en los foros de accionistas y (vi) la "implementación de un sistema efectivo de responsabilidad de los administradores con una adecuada definición de sus deberes fiduciarios". Más adelante, el autor reconoce que la incorporación de un sistema de responsabilidad civil eficaz de los administradores ha jugado un papel estelar en los desarrollos más recientes de los mecanismos de control de gobierno corporativo en el derecho continental.

instrumentado, con distinta intensidad en diferentes campos de la responsabilidad civil, mediante varios mecanismos. Resulta conveniente destacar los siguientes: (i) algunas normas jurídicas y líneas jurisprudenciales⁶ han establecido supuestos de responsabilidad sin culpa del causante del daño. (ii) En el derecho comparado, un sector importante de la doctrina propugna por la “objetivación”⁷ del concepto de culpa: según esta corriente, la culpa no debe concebirse como un reproche moral o psicológico de tipo subjetivo a la conducta del causante del daño; los partidarios de esta corriente sostienen que una vez se ha verificado la trasgresión de un deber jurídico (abstracto o concreto) se está en presencia de una culpa, sin que sea necesario en este caso indagar por el aspecto interno del agente⁸. (iii) Se multiplicaron las presunciones de culpa. (iv) Por vía jurisprudencial se ha generalizado una interpretación estricta de los requisitos que configuran la causa extraña⁹ y que permiten la exoneración del demandado por esta vía.

La responsabilidad civil de los administradores y de las sociedades matrices por el control de las subordinadas no ha sido ajena a este fenómeno de endurecimiento. En esta materia, se han dictado normas que precisan los deberes de conducta de los sujetos y disposiciones que tienen por finalidad establecer presunciones de culpa en ciertos supuestos. Sin embargo, es preciso advertir que la responsabilidad en el ámbito de las decisiones empresariales no debe llevarse por vía legislativa o jurisprudencial a situaciones extremas, ya que ello podría tener consecuencias nefastas para la economía, para la propia empresa y para sus acreedores.

⁶ Este es el caso de la institución de la responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas en Colombia. Aunque la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil ha mantenido de manera constante una terminología propia de la responsabilidad fundamentada en la culpa, al afirmar que en esta forma de responsabilidad la culpa se presume; si se analiza la dinámica propia de la responsabilidad por actividades peligrosas se concluye que en este caso, se prescinde de la idea de culpa para atribuir responsabilidad al guardián. En efecto, al demandante no se le exige la prueba de la culpa y el demandado no se exonera demostrando su ausencia de culpa, sino acreditando que el daño se debió a una causa extraña.

⁷ La expresión “objetivación de la culpa” puede resultar a primera vista contradictoria. Sin embargo, con ella se pretende ilustrar una tendencia doctrinal que ve estructurada la culpa mediante la verificación de una desviación de la conducta de unos cánones abstractos o concretos preestablecidos y no un reproche concreto al aspecto interno del sujeto que realizó la conducta.

⁸ Sobre esta discusión puede consultarse: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice, *Traité de Droit Civil, Les Conditions de la Responsabilité*, p. 323, 2ª Ed, L.G.D.J, Paris, 1998. En nuestro medio, Javier TAMAYO JARAMILLO, si bien defiende una noción de culpa que implica el análisis interno de la conducta del causante del daño, considera que existe una culpa debidamente probada cuando se verifica que el demandado ha violado una norma jurídica o reglamento. A esta modalidad de culpa, se refiere como “culpa normativa”. Sobre el particular puede consultarse Javier TAMAYO JARAMILLO: *De la responsabilidad civil*, T. I, Bogotá, Ed. Temis. Núm. 220, p. 203; Núm. 222, p. 204. Jorge SANTOS BALLESTEROS, acoge la definición propuesta por MAZEAUD, según la cual, la culpa es un “error de conducta tal que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas condiciones externas del autor del daño”. Precisamente MAZEAUD, se ubica dentro de la corriente doctrinal que aboga por abandonar el análisis subjetivo e interno del causante del daño. SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de Responsabilidad Civil*, t. I, p. 22, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1996. En consecuencia, sin que sea posible afirmar de manera categórica que la doctrina colombiana ha adherido a la tendencia doctrinal que se ha comentado, es indiscutible que las nociones de culpa antes planteadas conducen en gran medida al abandono del estudio del estado subjetivo del causante del daño.

⁹ Me refiero de forma genérica a los distintos factores que permiten la exoneración del demandado debido a la ruptura del nexo causal, es decir, a la fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero y culpa exclusiva de la víctima

No puede perderse de vista que la dirección y administración empresarial se encuentran sometidas a variables especiales que deben ser consideradas al momento de evaluar la conducta del agente para efectos de juzgar su responsabilidad; dentro de estos factores particulares se destacan los siguientes: (i) la dirección y administración empresarial están vinculadas de manera fatal a la asunción consciente y ponderada de riesgos. El riesgo no solo es inherente a la actividad, sino también necesario para la obtención de provechos económicos; (ii) la oportunidad -y en muchos casos la celeridad- en la toma de decisiones es fundamental para la obtención de un provecho económico; (iii) las decisiones empresariales deben considerar variables y proyecciones que no obstante haber sido juiciosamente evaluados suelen presentar márgenes naturales de desviación o variaciones atípicas¹⁰. Por lo tanto, es preciso observar que el éxito empresarial depende en gran medida de la adopción consciente de riesgos, de la adopción de decisiones en un margen temporal limitado y de la evaluación de variables que pueden o no cumplirse, dependiendo de factores exógenos que están por fuera del control del empresario.

Estos factores imponen, a mi juicio, un límite lógico al legislador y al juez al momento de determinar los supuestos en que nace responsabilidad en cabeza del administrador por violación de sus deberes de diligencia. Resultaría sumamente inconveniente la implantación por vía legislativa de sistemas de responsabilidad civil que prescindan por completo del elemento culpa para determinar la responsabilidad en materia de decisiones empresariales. Esta opción implicaría, por ejemplo, que el director o administrador de una sociedad responda siempre que la decisión cause daños a la sociedad, a los socios o a terceros, así su conducta no haya transgredido un deber general o determinado de conducta. Por esta vía el régimen de responsabilidad civil de los administradores se convertiría en un mecanismo de cobertura ante el riesgo y, seguramente, generaría un ambiente propicio para el desaparecimiento de la actividad administrativa, a su encarecimiento exagerado o a la parálisis de la empresa. Por otra parte, resultaría igualmente inconveniente que por vía jurisprudencial se desborden los límites al momento de juzgar la conducta observada por el administrador. El juez de la conducta del administrador debe tener en cuenta los datos que éste tenía al momento de adoptar la decisión y no simplemente los hechos cumplidos; así mismo debe considerar que en materia de dirección empresarial es necesario asumir riesgos de manera consciente y que la oportunidad de la decisión en muchas ocasiones no permite realizar consultas o exámenes más exhaustivos. Además, es

¹⁰ Teniendo en cuenta esta particularidad, los jueces deben tener en cuenta al momento de juzgar la conducta del administrador el entorno que lo rodeaba al momento de tomar la decisión: en ese momento muchas variables eran inciertas; el paso del tiempo y los hechos cumplidos al momento de dictar la sentencia no pueden desviar el juicio del juez, pues una apreciación inadecuada podría llevar a calificar como culpa lo que simplemente fue mala suerte o la materialización de un riesgo inherente a la decisión.

conveniente reconocer al empresario y administrador un margen de discrecionalidad en la toma de decisiones inherentes a su negocio¹¹.

En consecuencia, endurecer al extremo los criterios de diligencia o previsión exigibles a los administradores puede generar impactos nocivos para la empresa y de contragolpe para la economía, los trabajadores, acreedores e inversionistas en general. Un régimen que juzgue con rigor excesivo las decisiones empresariales genera de manera inmediata la existencia de controles exagerados que pueden representar altísimos costos para la estructura empresarial. Así mismo, esta situación puede motivar lentitud en la adopción de decisiones y una aversión exagerada al riesgo, con las consecuentes pérdidas de valor que esto puede representar para la empresa. En consecuencia, no obstante las bondades de la agravación de los raseros de diligencia y profesionalidad para la determinación de la responsabilidad en materia de decisiones empresariales, este fenómeno no debe ser llevado al extremo. Así mismo, es importante llamar la atención de las personas encargadas de juzgar la responsabilidad de los directores, administradores y asesores de la empresa en crisis, acerca de la necesidad de existencia de unos sanos límites en la apreciación de la decisión.

Sin embargo, es fundamental anotar que la regulación en materia de deberes de lealtad y transparencia en el manejo de la información por parte del administrador no obedece a la misma lógica antes anotada. Mediante la formulación de estos mandatos, se pretende que la contraposición de intereses que puede llegar a existir entre la sociedad y el administrador no afecte el juicio de éste y lo conduzca a realizar de manera consciente transacciones que no están en el mejor interés de la compañía¹²; se busca también que la información que llegue a manos del administrador sea utilizada exclusivamente en beneficio de la empresa y con la finalidad de generar valor para ésta. En este tipo de supuestos, resulta sencillo para el administrador identificar si se encuentra en una situación que represente un conflicto de interés, que afecte su juicio por motivos de interés personal o que ponga en duda la lealtad debida a la empresa. Es entonces mucho más sencillo para el administrador valorar

¹¹ En el derecho societario norteamericano, al lado de los deberes fiduciarios (buena fe, mejores intereses de la compañía y razonable cuidado) se ha decantado la denominada *business judgement rule*, que ampara bajo una presunción de buena fe y acierto el comportamiento de los administradores. El derecho empresarial norteamericano ha entendido, dentro de su pragmatismo, que es necesario generar un ambiente propicio para la toma de decisiones y la asunción razonada de riesgos, aspectos fundamentales para el éxito comercial de la compañía. En esta medida, los tribunales han respetado la discrecionalidad de los administradores y han cobijado su actuación por una presunción de justificación comercial.

¹² PAZ-ARES en el ensayo citado, realiza un análisis muy interesante de las distintas proyecciones que tienen los deberes de diligencia y lealtad en materia económica. El autor pregona, de un lado, la necesidad de implantar un régimen severo con las infracciones al deber de lealtad, demostrando que ello no trae consecuencias nocivas para la economía de la sociedad y, del otro, un régimen indulgente en materia de responsabilidad por negligencia. El autor afirma que “el régimen de la responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracciones al deber de lealtad como indulgente con las infracciones al deber de diligencia” (cfr. Ob. Cit., pág. 5) y soporta esta tesis en consideraciones de tipo económico y lógico bastante sugestivas. Particularmente no creo que la responsabilidad por negligencia deba llevarse a niveles de indulgencia o tolerancia, pero sí resalto la necesidad de considerar de manera muy especial las variantes que rodean la decisión empresarial al momento de valorar la conducta del agente.

las situaciones que podrían implicar violaciones al deber de lealtad debido a la sociedad y actuar de conformidad con este mandato. Extremar la exigencia en esta materia no presenta altos costos de transacción; además, al contrario de lo que sucede en materia de decisiones empresariales, cuando se juzga al administrador por infracciones al deber de lealtad nos encontramos en un plano valorativo que resulta de fácil manejo para el juez¹³.

1.4. Desarrollos especiales de la responsabilidad civil en materia de dirección y administración empresarial. El desarrollo de la responsabilidad civil va de la mano de la evolución económica y social: en la medida en que surgen o se intensifican las actividades y supuestos en los que se pueden producir daños a las personas, el derecho crea nuevos mecanismos o desarrolla instituciones ya existentes para permitir la reparación de las víctimas de una forma más eficiente. Por lo tanto, es fácil comprender por qué razón en la actualidad la responsabilidad civil juega un papel bastante preponderante tanto en la planeación como en el desarrollo de las actividades empresariales¹⁴.

El dinamismo de la actividad empresarial y las numerosas relaciones jurídicas y patrimoniales que se tejen en el desarrollo de una actividad económica organizada ponen en contacto al empresario con un gran número de sujetos que pueden resultar afectados en sus derechos, como consecuencia de conductas imputables al empresario o a sus dependientes.

La dirección y administración de la empresa han sido objeto de desarrollos especiales en materia de responsabilidad. Estos desarrollos han sido especialmente trascendentales en el caso de las empresas en crisis, toda vez que las dificultades económicas de la empresa amenazan de manera grave la subsistencia de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, el derecho de crédito y los intereses de quienes han realizado aportes al fondo económico que sustenta la actividad.

El derecho colombiano no ha sido ajeno a este fenómeno. La ley 222 de 1995 modificó la regulación del Código de Comercio e incorporó normas especiales con la finalidad hacer más eficaz el régimen de la responsabilidad de los administradores de sociedades¹⁵. Esta misma ley introdujo normas relativas a la responsabilidad del administrador de la empresa unipersonal¹⁶, supuestos especiales de levantamiento del velo corporativo o *disregard* en esta forma de

¹³ Teniendo en cuenta estas particularidades, se entiende fácilmente por qué razones la regulación del mercado público de valores en materia se ha concentrado básicamente en desarrollar normas relativas a los deberes de lealtad, al manejo de conflictos de interés y a la transparencia de la información.

¹⁴ Los ordenamientos jurídicos han incorporado desarrollos normativos o jurisprudenciales especiales en materia de responsabilidad civil que tienen gran influencia en la dinámica empresarial. Este es el caso de los desarrollos en materia de responsabilidad por productos defectuosos, por contaminación ambiental, por accidentes de circulación, por la utilización de maquinaria, por accidentes de trabajo y por competencia desleal. Las erogaciones por estas formas de responsabilidad y las primas por su correspondiente aseguramiento hacen parte importante de la estructura de costos de la empresa contemporánea.

¹⁵ Cfr. Artículos 22 a 25, 42 y 45 de la ley 222 de 1995.

¹⁶ Cfr. Artículo 73 de la ley 222 de 1995.

organización empresarial¹⁷, preceptos sobre la responsabilidad del liquidador¹⁸, de los administradores¹⁹ y de los socios²⁰ por la realización de ciertas conductas en el ámbito de la liquidación obligatoria, así como un supuesto de responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz por las deudas de la controlada, cuando la situación de concordato o liquidación obligatoria de ésta fuese producida por causa o con ocasión de las actuaciones de aquélla²¹.

Siguiendo la tradición de la ley 222 de 1995, la ley 1.116 de 2006 incorporó a la normatividad concursal en Colombia algunas normas especiales relativas a la responsabilidad civil de los sujetos vinculados a la empresa en crisis y a los procesos de reorganización y liquidación judicial.

1.5. Plan. Para efectos de una adecuada comprensión del régimen de responsabilidad civil en el contexto de una situación de insolvencia o crisis empresarial, deben considerarse tres supuestos distintos: (i) las causas de la crisis empresarial pueden ser imputables a la conducta de los administradores, de los socios o de las matrices o controlantes; (ii) adicionalmente, es posible que el empresario o los administradores no reaccionen de manera oportuna y adecuada ante la situación de crisis empresarial, generando con estas conductas daños a quienes sostienen relaciones con la empresa; (iii) finalmente, es posible que dentro de los procedimientos que se han previsto por la ley para afrontar la situación de insolvencia y crisis empresarial, los sujetos intervinientes realicen conductas lesivas de intereses particulares. En las secciones siguientes trataré cada uno de los supuestos anunciados.

2. Responsabilidad por la situación de insolvencia o crisis empresarial.

Es posible que la situación de crisis o insolvencia empresarial haya sido ocasionada por conductas activas u omisivas de los administradores de la sociedad (2.1.), de las personas o sociedades que ostentan la calidad de matrices de la sociedad en crisis (2.2.) o del administrador o controlante de la empresa unipersonal (2.3.). En estas hipótesis, se trata de fallas en la gestión empresarial determinantes de la situación de crisis.

Veamos a continuación cuál es el régimen de responsabilidad aplicable en cada caso al causante de la crisis empresarial.

¹⁷ Cfr. Parágrafo del artículo 71 de la ley 222 de 1995

¹⁸ Cfr. Artículo 167.

¹⁹ Cfr. Artículo 206.

²⁰ Cfr. Artículo 297.

²¹ Cfr. Parágrafo del artículo 148.

2.1. Responsabilidad de los administradores por la situación insolvencia de la sociedad²².

La ley 1.116 de 2006 no estableció reglas especiales de responsabilidad civil de los administradores que por acción u omisión conduzcan a la sociedad a una situación de crisis o insolvencia. Por lo tanto, en esta materia resulta aplicable el régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades previsto en el Código de Comercio y en la ley 222 de 1995.

2.1.1. Aspectos generales de la responsabilidad civil de los administradores. De este régimen vale la pena destacar para los efectos de este estudio los siguientes aspectos generales que se consignan a continuación²³:

Profesionalidad. Uno de los rasgos más especiales de la administración societaria y, consecuentemente, del régimen de responsabilidad civil por daños causados en ese contexto es su carácter profesional. La normatividad sobre responsabilidad civil de administradores está orientada a mantener la profesionalidad en el ejercicio de la administración societaria, con la protección de intereses superiores que esto permite; la profesionalidad también explica por qué razón la ley incorpora un régimen unitario de responsabilidad para los daños causados por el administrador a la sociedad, a los asociados y a los terceros.

Orden público. El régimen de la responsabilidad de los administradores es de orden público. Por lo tanto, se encuentra limitada la autonomía privada de los socios, sociedades y administradores al momento de entrar a aligerar los distintos aspectos de este régimen. En este punto, la normatividad comercial se aleja en gran medida del Código Civil, que en su régimen de responsabilidad contractual establece un margen más o menos amplio de libertad a los contratantes para prever los límites de las obligaciones contraídas y las consecuencias económicas de su incumplimiento.

²² Teniendo en cuenta que en la actualidad las empresas mercantiles se realizan en la gran mayoría de los casos a través de esquemas societarios, se dedicará especial atención al régimen de responsabilidad civil de los administradores de sociedades.

²³ Para un análisis integral de la responsabilidad civil de los administradores pueden consultarse las siguientes fuentes: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis; GARCÍA-PITA PAEMÁN, Daniel y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Antonio. J. & A. Garrigues Abogados. Responsabilidad de Consejeros y Altos Cargos de Sociedades de Capital. Madrid. McGraw – Hill. 1996; GAGLIARDO, Mariano. Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas. Buenos Aires. 2ª edición. Abeledo – Perrot. 1994; GARRETA SUCH, José María. La Responsabilidad Civil, Fiscal, y Penal de los Administradores de las Sociedades. Madrid. 4ª edición. Marcial Pons. 1997; PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. El buen hombre de negocios y la crisis empresarial. Nuevos Retos del Derecho Comercial (autores varios). Medellín. Diké. 2000; PORTELLANO DÍEZ, Pedro. Deber de Fidelidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles y Oportunidades de Negocio. Madrid. Civitas. 1996; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel y HUERTA VIESCA, María Isabel. La Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital. Pamplona. Arazandi. 1998; REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma Al Régimen De Sociedades y Concursos. Bogotá. Temis 1999.; LONDOÑO ARANGO, Maximiliano. La Responsabilidad Civil de los Administradores, Trabajo de Grado. Universidad Pontificia Bolivariana – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín. 2002.

En el caso de la responsabilidad civil de los administradores, encontramos una norma especial que introduce la limitación a la autonomía contractual de las partes. El inciso final del artículo 200 del Código de Comercio, parte integrante de tal norma incluso desde antes de la reforma de 1995 señala que “*se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer su cargo*”. En este caso se presenta la sanción de ineficacia de cualquier estipulación en tal sentido en los estatutos sociales. Adicionalmente, las cláusulas del contrato que se utilice para instrumentar el vínculo del administrador con la sociedad (trabajo, mandato, preposición o cualquier acuerdo otro acuerdo de voluntades típico o atípico) estarán viciadas de nulidad absoluta por contrariar dicha norma (objeto ilícito) y tendrán a su vez causa ilícita por su finalidad de sustraerse de las sanciones legales. El alcance de la norma es bastante amplio, pues no sólo implica la imposibilidad de condonar el dolo futuro en los términos previstos en el artículo 1522 del Código Civil, sino la imposibilidad de condonar la culpa futura, de aligerar las obligaciones a cargo del administrador, de limitar el monto de las indemnizaciones, excluir la solidaridad, etc. En otras palabras, esta disposición consagra de manera expresa el carácter de orden público de toda la reglamentación, lo que implica que las disposiciones de las partes que pretendan suavizar o excluir responsabilidades, sus aspectos estructurales o probatorios serán ineficaces o estarán viciadas de nulidad absoluta.

Uniformidad de la regulación. En nuestro sistema jurídico existen algunas diferencias puntuales, de mayor o menor relevancia, en la regulación particular de la responsabilidad contractual y extracontractual²⁴. Resulta entonces fundamental determinar el tipo responsabilidad civil aplicable en cada caso concreto, porque la diversidad de regulación en algunos aspectos, impone establecer con precisión en qué supuesto se encuentra el acto ilícito para saber cuáles consecuencias jurídicas deben ser aplicadas. Esta diversidad de regímenes, con supuestos jurídicos y consecuencias en ciertos puntos diversas, implica por otra parte que el afectado por el hecho dañoso no podrá

²⁴ Javier TAMAYO JARAMILLO explica que en nuestro ordenamiento pueden encontrarse diferencias en cuanto a la prescripción, la capacidad para cometer el hecho ilícito, la solidaridad cuando el daño ha sido causado por varias personas, la extensión del monto indemnizable, la jurisdicción y competencia y el régimen de la prueba y la graduación de la culpa. TAMAYO JARAMILLO: De la responsabilidad civil, T. I, Bogotá, Ed. Temis. Núm. 45 – 71, Pág. 40-66. Para ilustrar este tema, pueden tenerse en cuenta dos puntos en los cuales se presentan diferencias relevantes: (i) Extensión del daño indemnizable: en la responsabilidad extracontractual son indemnizables todos los daños causados por el agente; por el contrario, si la responsabilidad es de tipo contractual el deudor es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, salvo que el incumplimiento sea doloso o gravemente culposo, evento en el cual el deudor es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia del incumplimiento; (ii) Prescripción: en algunas hipótesis el tratamiento de la prescripción es diferente. Para ilustrar el tema, puede tomarse como ejemplo los accidentes sufridos en ejecución de un contrato de transporte. El artículo 993 del C. de Comercio establece un plazo de prescripción de dos años para el ejercicio de las acciones derivadas del contrato de transporte. Si la responsabilidad del transportador es de tipo contractual, se aplicará indefectiblemente este plazo prescriptivo; si por el contrario, la responsabilidad del transportador es de naturaleza extracontractual, se aplica el término general de prescripción de diez años previsto en el C. Civil.

optar para cobrar el daño al responsable por el régimen de responsabilidad que más beneficioso le resulte²⁵.

Sin embargo, en materia de responsabilidad civil de los administradores, el carácter profesional y de orden público de la normatividad ha unificado en gran medida el tratamiento aplicable a los casos de daños causados a la sociedad, a los asociados y a terceros. Tenemos, entonces, que bajo una misma regulación sustancial el Código de Comercio sanciona los daños causados por el administrador a la sociedad, frente a la cual es clarísimo el vínculo contractual de aquél; a los asociados, con quienes el administrador no ha celebrado ningún contrato y a los terceros, que usualmente están vinculados contractualmente con la sociedad, mas no con sus administradores y representantes. En todos estos casos, independientemente de la existencia o inexistencia de un contrato entre el administrador y el afectado, la regulación del régimen de responsabilidad es idéntica. Esta uniformidad de regulación resta relevancia teórica y práctica a la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad del administrador.

Considero que en este caso se justifica plenamente la decisión del legislador de unificar los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual de los administradores, pues atendiendo a las especiales implicaciones de la actividad que éstos desempeñan, es preferible suprimir en gran medida la facultad creadora de normas de los particulares, para garantizar la seguridad de los derechos de la sociedad, los asociados y terceros²⁶. En este caso, puede hablarse más bien de un régimen único de responsabilidad de tipo profesional, que toma como eje fundamental de la regulación la actividad desarrollada por el sujeto y no la existencia o no de un vínculo contractual que rijan las relaciones con el perjudicado.

En conclusión, debido a la regulación unitaria o uniforme de la responsabilidad civil de los administradores, al carácter de orden público de las normas y a la consecuente imposibilidad de establecer cláusulas que disminuyan la responsabilidad contractual, se desplaza a un segundo plano el problema de si existe una relación contractual o no entre el administrador causante del daño y la víctima.

²⁵ Sobre el problema que plantea la prohibición de acumular u optar entre la responsabilidad contractual y extracontractual en el derecho colombiano pueden consultarse las siguientes fuentes: TAMAYO JARAMILLO, Javier, Ob. Cit. t. I, p. 116 a 168. Sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: sentencia de abril 19 de 1993, M. P. Pedro LAFONT PIANETTA; sentencia de febrero 19 de 1999, exp. 5099, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; sentencia de julio 29 de 2002, exp. 6129. M. P. Nicolás BECHARA SIMANCAS.

²⁶ La doctrina ha considerado que la unificación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual significaría suprimir la capacidad normativa de los particulares (autonomía de la voluntad) al establecer moldes legales inmodificables; por tal motivo sostiene la necesidad de mantener la diferencia de regulaciones. Sin embargo, por las características que presenta la actividad de los administradores y su trascendencia social, considero que en este caso se justifica la unificación. Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Ob. Cit., T. I, Núm. 178-183, Pág. 165-168.

Sin embargo, no pretendo establecer el anterior como un principio absoluto, pues aún se pueden encontrar ciertas diferencias en cuanto a la responsabilidad de los administradores como consecuencia del incumplimiento del vínculo obligatorio que lo liga con la sociedad, frente a los asociados, con respecto a los cuales hay obligaciones preexistentes (lo cual implicaría para algunos autores la existencia de responsabilidad contractual) y frente a los que denominamos terceros, es decir aquellas personas ajenas al contrato social. Las diferencias a las que hago referencia pueden surgir, por ejemplo, del establecimiento de cláusulas que hagan aún más estricta la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad o los asociados.

2.1.2. Personas sujetas al régimen de responsabilidad. Una de las principales innovaciones al régimen de responsabilidad civil de los administradores por parte de la ley 222 de 1995, fue haber incluido una enunciación de las personas que ostentan la calidad de administradores. El artículo 22²⁷ de esta ley señala que son administradores el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y las personas que de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten estas funciones. Esta enumeración tiene como efecto jurídico principal determinar quiénes son los únicos sujetos destinatarios del régimen de responsabilidad civil de los administradores, pues siguiendo los principios en materia de interpretación de la ley, esta normatividad de carácter sancionador no puede ser aplicada de forma extensiva ni analógica.

Es importante destacar que el inciso final del artículo 22 se aleja del sistema de enumeración casuístico y concreto e introduce una expresión genérica y de alcances dudosos. De conformidad con esta disposición se considera administradores a todas aquellas personas que “*de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones*”. La norma se refiere a las personas que de acuerdo con los estatutos detenten las funciones de quienes han sido enumerados previamente. Sin vulnerar los principios interpretativos en materia de normas restrictivas se puede concluir que esta norma busca responder a la práctica societaria, en la cual se dan diferentes denominaciones a los administradores relacionados en el listado del artículo 22²⁸. Las personas que deriven sus facultades de administración de reglamentos internos de la sociedad y no de los estatutos no estarán sujetos al régimen de responsabilidad de los administradores²⁹.

La Superintendencia de Sociedades propuso una interpretación extensiva del artículo 22 de la ley 222 de 1995 en la circular externa 9 de 1997. Allí se

²⁷ “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.”

²⁸ Por ejemplo, es usual que al factor que tiene a su cargo una sucursal se le denomine estatutariamente gerente. Enrique GAVIRIA GUTIÉRREZ, opina que tienen la calidad de administradores los funcionarios enumerados en la norma, “así como cualquier otro que desempeñe o detente funciones equivalentes, porque lo que importa para estos efectos es la realidad del cargo y no la denominación que se le dé”. GAVIRIA, Enrique, Nuevo Régimen de Sociedades – Comentario General, Pág. 91.

²⁹ Cfr. REYES VILLAMIZAR, Francisco: Disolución y Liquidación de Sociedades, Pág. 191.

plantea que es “administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de funciones administrativas”; sostiene además la entidad que ostentan la calidad de administradores 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”. Esta interpretación amplia defendida por la Superintendencia de Sociedades desconoce el principio hermenéutico que prohíbe dar un alcance extensivo a las normas de tipo sancionatorio; por lo tanto, considero que el artículo 22 de la ley 222 de 1995, quiere significar que son administradores aquéllas personas enunciadas en la disposición y quienes de acuerdo con los estatutos detentan las funciones que la ley les atribuye a aquéllos. Esta línea interpretativa restrictiva es la adoptada por la Sala de Casación Laboral³⁰.

Lo anterior no implica, en ningún momento, la irresponsabilidad de los funcionarios de la empresa que no están cobijados por este régimen especial de responsabilidad. Éstos por su parte deberán responder ante la sociedad (contractualmente), los asociados y frente a terceros (frente ambos extracontractualmente) por los perjuicios que les causen como consecuencia de sus hechos ilícitos atendiendo a la teoría general de la responsabilidad civil.

Finalmente, es preciso observar que las personas jurídicas pueden y suelen ejercer las funciones de administración de una sociedad; bien sea por ostentar la calidad de socio en los tipos en que estas funciones corresponde a éstos o por haber sido elegida como miembro de la junta directiva, representante legal u otro de los cargos que según hemos estudiado se considera administrativo. Ante esta realidad, podrían presentarse casos en los cuales, a través de la delegación de la administración o representación de las sociedades en cabeza

³⁰ La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se orienta por una interpretación restrictiva del concepto de administrador. En un caso en que el empleador demandado alegó en casación que el reintegro ordenado por el Tribunal de Segunda instancia era improcedente a la luz del artículo 232 de la ley 222 de 1995, porque el trabajador que tenía el cargo de gerente bancario ostentaba según el casacionista la calidad de administrador, la Sala de Casación Laboral precisó: “Para la Corte el término ‘administradores’ no se utiliza en un sentido amplio sino en uno específico. No fueron excluidos de la acción de reintegro todos los que ejerzan actos de administración en una sociedad, sino únicamente los que ostenten esa condición según la ley. Y cumple aquí recordar un principio elemental de interpretación del artículo 28 del Código Civil: ‘Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador la s haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal’. Pues bien, el artículo 22 de la misma Ley 222 de 1995 definió el término administradores: ‘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 detentan esas funciones’. En gracia de discusión y bajo el supuesto de que la entidad recurrente haya asumido que el demandante, por ser gerente bancario, es su representante legal, la Corte debe observar que esa apreciación, no está en este caso probado. Dentro del esquema jerárquico de las sociedades un gerente de banca no es, necesariamente, un representante legal, ya que el criterio legislativo para definir quien ostenta la representación de la sociedad y la administración de sus bienes está en el contrato social, en sus estatutos, como lo dice expresamente el artículo 196 del Código de Comercio, que se relaciona con el 110-6 ibídem y con el 111 que impone el registro mercantil para la constitución y prueba de la sociedad comercial y su representación.” Sentencia de noviembre 22 de 2005, rad. 25141, M. P. José GENECCO MENDOZA.

de personas jurídicas, se buscará la irresponsabilidad patrimonial de las personas naturales. Para evitar esta situación, la ley 222 de 1995 en su artículo 24 adicionó el artículo 200 del Código de Comercio y señaló que cuando el administrador sea una persona jurídica, la responsabilidad recaerá sobre ella y sobre la persona que actúe como su representante legal. La norma con muy buen sentido evita que se presenten situaciones de abuso de la personalidad jurídica de la sociedad administradora. Esta fórmula legislativa refuerza el carácter preventivo que orienta la responsabilidad de los administradores, toda vez que la vinculación personal del representante legal de la sociedad que actúa como administradora seguramente desincentivará la adopción por parte de éste de decisiones que puedan comprometer su patrimonio.

2.1.3. Pautas de conducta de los administradores. El Código de Comercio, a lo largo de su libro segundo, trae normas que se refieren a la actividad de los administradores y en algunas ocasiones les imponen deberes y obligaciones fundamentales de actuación. La existencia de estos deberes presenta especial relevancia al momento de analizar la responsabilidad de los administradores por la crisis de la sociedad, ya que existen unos parámetros objetivos preestablecidos por el legislador que permiten fundamentar las bases para decantar una *lex artis*; en consecuencia, el juez cuenta en múltiples ocasiones con un derrotero al momento de analizar la conducta del administrador a quien se imputa la situación de crisis.

El artículo 23³¹ de la ley 222 de 1995 introdujo una modificación relevante, al señalar de forma expresa los principios llamados a regir la conducta de los administradores e introducir una lista de deberes que deben ser observados en el cumplimiento de sus funciones. El legislador en muchas ocasiones decide imponer a los sujetos de manera expresa determinados comportamientos. De esta forma, el ordenamiento jurídico señala *a priori* cuáles son las pautas de conducta que deben regir determinada actividad. En el caso de la actuación de los administradores el legislador optó, con buen sentido, por esta metodología. Algunos autores han considerado superfluo que una norma

³¹ “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.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.
4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.
5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.
7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.”

jurídica se limite a enunciar principios generales³². Aunque debe reconocerse que en estricta lógica les asiste razón a quienes razonan de esta manera, no puede pasarse por alto que hacer claridad en cuanto a los parámetros normativos para juzgar la conducta de los administradores refuerza la efectividad de dicha normatividad y sirve de fundamento para el desarrollo de pautas jurisprudenciales.

La administración societaria se concibe actualmente como una actividad especializada que debe desarrollarse dentro de estrictos parámetros normativos. La codificación de los principales deberes de los administradores en un solo cuerpo normativo propende precisamente por la profesionalización de la actividad, pues los destinatarios de la ley, que usualmente no tienen la calidad de abogados, conocen previamente los valores y normas a los que debe orientarse su actuación.

Para ilustrar de manera sintética este punto, me limitaré a enunciar los deberes de conducta de los administradores y a hacer algunas anotaciones en cuanto a su forma de sistematización.

En primer término, es preciso observar que el artículo 23 de la ley 222 de 1995 estableció unos deberes generales de conducta (buena fe, lealtad y diligencia), los cuales están orientados por principios generales del derecho. Sobre estos deberes generales resultan útiles las siguientes anotaciones:

Buena fe. Este principio fundamental del derecho privado ha sido introducido de manera expresa en el ordenamiento societario, como pauta de conducta de los administradores. Tradicionalmente la doctrina ha reconocido la llamada buena fe probidad, la cual es propia del ámbito contractual e impone a los contratantes la obligación de comportarse lealmente, con probidad, a lo largo de las distintas etapas del negocio jurídico. Los contratantes deben entonces obrar de buena fe en la celebración, perfeccionamiento y ejecución del contrato. Este es un mandato de conducta que orienta el comportamiento³³.

Los administradores, como ejecutores del contrato social, aunque no son parte necesaria de éste sí se encuentran vinculados por el deber de observar un comportamiento leal y justo. Los lineamientos trazados por el artículo 871 del Código de Comercio se aplican plenamente a la conducta de los administradores, quienes en esa medida están obligados más allá de la literalidad de las obligaciones pactadas.

³² El profesor Enrique GAVIRIA sostiene que “En palabras y reglas de sentido obvio, no totalmente necesarias porque podrían deducirse de principios generales, la nueva ley expresa y detalla las obligaciones de los administradores; ella comienza por decir que éstos deberán actuar de buena fe, con lealtad y con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, prescripciones todas estas que, por lo elementales, evidentes y justas, deben exigirse de todas las personas y no solamente de los administradores de las sociedades”. Cfr. Nuevo Régimen de Sociedades – Comentario General, Pág. 92

³³ Cfr. Art. 1602 del C. Civil y 871 del C. de Co.

Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado la tesis de la buena fe como conciencia de actuar conforme a derecho, a partir del concepto que trae el Código Civil en materia de adquisición de la propiedad, al señalar en el artículo 768 que ésta consiste en “la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio”.

En materia de administración societaria, se conjugan ambos aspectos de la buena fe, que como principio del derecho es uno solo. En tal medida, ésta impone a los administradores el deber de comportarse de forma leal y honrada, a ir más allá de las obligaciones expresamente contraídas y siempre con la conciencia de estar cumpliendo la ley, los estatutos y las directrices de la asamblea o junta de asociados, utilizando medios legítimos.

Lealtad. Como acabamos de precisar, el deber de buena fe implica la obligación de actuar con lealtad. Pero el legislador decidió incluir de forma expresa este principio de conducta, que debe orientar necesariamente el comportamiento de todas las personas que gestionan bienes y negocios ajenos. La facultad de administrar los bienes y negocios sociales impone al administrador un deber de fidelidad con la compañía. Quienes ocupan los cargos administrativos deberán consultar en su actuación el interés de la compañía, guardar reserva sobre la información confidencial y abstenerse de realizar actos en interés propio y no de la sociedad. Algunas de las pautas de conducta y las prohibiciones del artículo 23 de la ley 222 de 1995 son un claro desarrollo de este principio.

Como depositarios de la confianza de los socios y de la sociedad, los administradores deben corresponder a ellos con una conducta fiel.

Diligencia. Como lo señala Reyes Villamizar, “la ley introduce un concepto que resultará, sin duda, de gran utilidad cuando se trate de revisar judicialmente la acción de los administradores”³⁴. Este autor sostiene que mediante esta prescripción se introducen los llamados deberes fiduciarios de los administradores en nuestro ordenamiento³⁵.

³⁴ REYES VILLAMIZAR, Francisco Reforma el Régimen de Sociedades y Concursos, ob. cit. Pág. 134

³⁵ Los deberes fiduciarios, conceptos del derecho societario norteamericano, han inspirado la normatividad vigente en materia de principios de actuación de los administradores y por ende el régimen de la responsabilidad civil. Estos deberes, conocidos como *fiduciary duties*, son el fundamento del derecho empresarial norteamericano y consisten básicamente en deberes de confianza debidos por los controlantes de las sociedades. Estas pautas de conducta imponen obligaciones estrictas a los directores, administradores y accionistas mayoritarios de las sociedades. Estos deberes consisten básicamente en la obligación de no actuar en contra de los mejores intereses de la sociedad y están establecidos en beneficio de los asociados. Como su nombre lo indica, entre el administrador y la sociedad existe una relación fiduciaria, o lo que es lo mismo, de confianza; en virtud de la cual se delega el manejo de la compañía y se impone la prohibición de utilizar ese cargo en beneficio de un sujeto distinto a la sociedad. Estos deberes fiduciarios componen un conjunto de normas que son a su vez el parámetro de la revisión judicial de la conducta de los administradores. El deber de cuidado (*duty of care*), que orienta la conducta de los administradores dentro de conductas diligentes, es complementado con la presunción de que los administradores han cumplido sus funciones de buena fe, con conocimiento suficiente y con justificación (esta es la denominada *business judgement rule* o “norma de discrecionalidad empresarial). En el derecho

Es importante mencionar que el legislador califica el grado de diligencia exigible a los administradores y señala que ésta es la propia de un buen hombre de negocios, concepto al que me referiré a continuación. Es indudable que esta prescripción está exigiendo grados de profesionalidad e idoneidad en la actuación de los administradores, que superan las normales exigencias de conducta de las personas.

La idea de la ley 222 de 1995 fue la de alejarse de los parámetros propios del derecho civil, pues el ámbito de la administración societaria presenta ciertas particularidades que ameritan un tratamiento especial. En este caso no es aplicable el concepto de diligencia y cuidado propio del derecho civil, pues la idea del legislador era la de introducir un modelo de conducta independiente que se ajustara a la realidad de la actuación de los administradores.

El buen hombre de negocios. La ley 222 de 1995 introdujo en nuestro ordenamiento un nuevo patrón para la valoración de la conducta de las personas que se ocupan de la administración societaria. Siguiendo el modelo del Código Civil, que tiene como patrón de conducta al buen padre de familia, el ordenamiento societario acude a la noción de un buen hombre de negocios.

El buen padre de familia no es otra cosa que un tipo abstracto de conducta, que sirve al juez para determinar en qué caso el deudor no ha observado la diligencia que le es exigible, según los parámetros del artículo 63 del Código Civil. El concepto del buen padre de familia se relaciona íntimamente con la graduación de las culpas y por ende con la responsabilidad contractual. Este modelo abstracto de conducta presentaría grandes dificultades al ser transplantado al contexto de la administración societaria. Sería muy traumático analizar la conducta de los administradores a partir de un criterio que exige el cuidado propio del patrimonio familiar, la prevención de riesgos y ante todo suma prudencia y reflexión al momento de tomar decisiones.

La administración es una actividad que tiene como elemento central la toma de decisiones³⁶, las cuales deberán ser oportunas y en gran medida implicarán la

norteamericano se ha señalado que este deber de cuidado comprende tres aspectos: a) buena fe: esta se formula en términos muy similares a los estudiados anteriormente; Mejores intereses de la sociedad. Este es un criterio finalista para la evaluación de la conducta del administrador, pues sus acciones deben propender por obtener beneficios para la sociedad. b) Razonable cuidado: se asimila en gran medida al concepto objetivo del buen hombre de negocios, pues un administrador debe actuar contando con información suficiente y con el cuidado que desplegaría una persona diligente en una circunstancia análoga.. C) Deber de lealtad: por su parte, este deber se refiere a la fidelidad que deben observar los administradores con la sociedad. Este deber entraña la prohibición de actuar en interés propio y en perjuicio de la compañía. A partir de los fundamentos del deber de lealtad se ha elaborado toda una teoría para estudiar los conflictos de intereses. La anterior exposición sigue muy de cerca la ponencia presentada por Alan R. PALMITER en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial de 1996. DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS EN LOS ESTADOS UNIDOS, se encuentra publicada en el tomo III de: El Derecho Societario Contemporáneo, Bogotá, Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, Pág. 55 y siguientes.

³⁶ En este sentido PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge, Ob. Cit., Pág. 39.

asunción de riesgos de “forma consciente y razonada”³⁷. La conducta de un buen administrador podría bajo el parámetro propio del derecho civil ser considerada culposa.

El buen hombre de negocios constituye entonces un nuevo patrón objetivo para la valoración de la conducta de los administradores, en el cual deben tenerse en cuenta elementos especiales como la asunción consciente de riesgos, la necesidad de actuar oportunamente frente a determinadas coyunturas comerciales, el ánimo de lucro propio del ejercicio del comercio y la profesionalidad y especialidad de la administración societaria.

La doctrina coincide al señalar que las obligaciones que contraen los administradores en el ejercicio de sus funciones son de medio y no de resultados, lo que implica que aunque sean destinatarios de un régimen más bien estricto de diligencia y cuidado en el desarrollo de sus gestiones, no se les exige que obtengan los resultados que se han propuesto.

Los deberes específicos de los administradores. Además de los deberes o principios generales de conducta, el artículo 23 de la ley 222 de 1995 y otras normas del régimen societario imponen a los administradores deberes específicos de conducta. Estos deberes son en gran medida desarrollo de los principios generales de conducta antes mencionados.

Estos deberes específicos, pueden agruparse en dos grandes grupos: (i) deberes de lealtad y (ii) deberes de diligencia. Dentro del primer grupo, se incluyen el deber de actuar en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados; el deber de guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad, el de abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada y, finalmente, el deber de abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, sin autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. Dentro del segundo grupo de mandatos, se encuentran el deber de realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social y el de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. Finalmente, existen algunas disposiciones encaminadas a que los administradores den un trato equitativo a los asociados, permitan el ejercicio de los derechos de inspección por parte de ellos y el ejercicio de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal³⁸.

Otros deberes de los administradores. La enunciación de principios de conducta y deberes de los administradores introducida por la ley 222 de 1995

³⁷ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Reforma el Régimen de Sociedades y Concursos, ob. cit, Pág. 136.

³⁸ Para un análisis detallado del contenido y características de estos mandatos, pueden consultarse las siguientes fuentes: REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario, p. 450 y ss., t. I, Temis, 2002; LONDOÑO ARANGO, Maximiliano, La Responsabilidad Civil de los Administradores, Trabajo de Grado. Universidad Pontificia Bolivariana – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín. 2002.

no es taxativa, pues a lo largo del ordenamiento societario y de las demás normas jurídicas encontramos múltiples pautas de conducta y mandatos dirigidos a los administradores³⁹. Adicionalmente, los Códigos de Buen Gobierno y los Códigos de Conducta Empresarial incorporan deberes para los administradores y desarrollan de manera más precisa algunos mandatos legales⁴⁰. Estos códigos de comportamiento pueden estar motivados por la propia preocupación de los empresarios o pueden ser expedidos por éstos en virtud de las exigencias que el Estado les impone en algunos eventos particulares⁴¹. Los Códigos de Conducta y de Buen Gobierno, crean verdaderas normas jurídicas vinculantes para los administradores; por lo tanto, la trasgresión por parte de aquéllos de los mandatos allí contenidos dará lugar a reprochar a título de culpa su conducta.

2.1.4. La responsabilidad por la crisis empresarial. El artículo 200⁴² del Código de Comercio, con las modificaciones introducidas por el artículo 24 de la ley 222 de 1995 constituye el eje central de la regulación en materia sustancial del régimen de responsabilidad civil de los administradores. A continuación me ocuparé de exponer de manera sintética cómo opera la responsabilidad de los administradores causantes de la crisis empresarial⁴³. El hilo rector de este análisis es el siguiente: se trata de supuestos en los cuales el administrador o administradores se han alejado de los parámetros de conducta antes mencionados o de las reglas de la *lex artis*, generando con ello una situación crítica para la sociedad, en perjuicio de ésta, de los socios y de terceros que resultan afectados en su patrimonio como consecuencia de la insolvencia de la compañía.

³⁹ Pueden citarse los siguientes ejemplos: la obligación de rendir cuentas y presentar informe de su gestión (art. 45 de la ley 222 de 1995); obligaciones especiales al comienzo de la vida de la sociedad (art. 116, 373 del C. de Co.); deberes y obligaciones con ocasión de la disolución de la sociedad (art. 458 del C. de Co.)

⁴⁰ Son bastante usuales las regulaciones especiales relativas al manejo de conflictos de interés.

⁴¹ El artículo 78 de la ley 1116 de 2006, siguiendo la tradición establecida por el artículo 54 de la ley 550 de 1999, establece la obligación de incluir en los acuerdos de reorganización un Código de Gestión Ética Empresarial y de responsabilidad en el cual se deben incluir las reglas a las que debe sujetarse la administración del deudor, en relación con varios puntos señalados en dicha disposición. Así, el conjunto de normas de conducta exigibles al administrador se amplía e integra con los mandatos establecidos en esta codificación.

⁴² “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 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 o reparto 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 antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer su cargo.”

⁴³ Para un análisis completo de las reglas de responsabilidad: LONDOÑO ARANGO, Maximiliano, ob. cit., capítulo IV.

En primer lugar, la enunciación general del artículo 200 del Código de Comercio (modificado por la ley 222 de 1995, artículo 24), señala que “los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por culpa o dolo ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.” Como lo consigna el profesor Enrique GAVIRIA, a “pesar de las palabras incorrectamente amplias de la norma, no se trata de que **todos** los administradores de **todas** las épocas respondan por **todas** las actuaciones de unos y otros, en forma solidaria e ilimitada”⁴⁴. Esta anotación, que comparto plenamente, exige entre otras cosas, hacer un análisis en cuanto al ámbito temporal⁴⁵ de la vinculación del administrador, la determinación de los administradores al momento en que se presentó la acción u omisión que causó la crisis empresarial y los poderes del mismo. No puede perderse de vista el carácter personal de la responsabilidad de los administradores. A pesar de la enunciación que hacen las normas y las consideraciones doctrinarias, que en la mayoría de las ocasiones se refieren a este tipo de responsabilidad como aplicable a los administradores colectivamente considerados, el carácter personal de la sanción civil no se pierde.

No se pueden aplicar las sanciones propias de la responsabilidad civil a aquellas personas que con su conducta activa u omisiva no hayan contribuido a la causación del daño, especialmente tratándose de un tipo de responsabilidad fundamentado en la culpa. El hecho de ser administrador, no es por sí solo factor de atribución de responsabilidad civil.

Debido al carácter personal de la responsabilidad civil de los administradores, no es posible sostener que el factor que tiene a su cargo una sucursal es responsable por los daños que se causen con ocasión de cierta decisión adoptada por los miembros de la junta directiva y que en ninguna medida se relaciona con la actividad de la sucursal o la agencia. Podrá serlo, en el

⁴⁴ GAVIRIA GUTIÉRREZ, Nuevo Régimen de Sociedades – Comentario General, ob. cit. p. 94.

⁴⁵ La Corte Constitucional en sentencia C-621 de 2003 estudió la constitucionalidad de los artículos 164 y 422 del C. de Co., normas que establecen que las personas que aparezcan inscritas en el registro mercantil como representantes legales o como revisor fiscal, conservarán para todos los efectos legales esta calidad hasta que no se cancele su inscripción mediante un nuevo nombramiento. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de estos preceptos, bajo el entendido que dicha responsabilidad no puede carecer de límites temporales y materiales. Según la Corte, estos límites son los siguientes: (i) Existe un derecho del representante legal o del revisor a obtener la cancelación de la inscripción; (ii) para el nombramiento y remoción se aplicarán las disposiciones estatutarias; (iii) a falta de regulación estatutaria, la Corte dispuso que el órgano competente deberá proceder al nuevo nombramiento en un plazo de 30 días, durante los cuales los funcionarios conservarán todas sus responsabilidades; (iv) vencido este término sin que se produzca el reemplazo, siempre que el funcionario comunique a la Cámara de Comercio, cesarán sus responsabilidades; (v) una vez enviada la comunicación, el funcionario solo seguirá figurando en el registro mercantil para efectos procesales, judiciales o administrativos, sin perjuicio de las acciones que pueda formular en contra de la sociedad por los daños que esta situación le ocasiona; y finalmente, (vi) la falta de publicidad de la causa que da origen a la terminación de la representación legal o de la revisoría fiscal, hace inoponible el acto o hecho frente a terceros, ante quienes el representante legal o revisor fiscal que figure registrado como tal continuará respondiendo para todos los efectos legales.” Esta decisión tiene gran relevancia para la responsabilidad del representante legal, pues si éste se encuentra interesado en alejarse de manera definitiva de sus funciones, deberá observar las cargas que precisa esta sentencia.

evento en que ejecute una decisión ilegal o contraria a los estatutos o se abstenga de actuar estando obligado y con ello contribuya causalmente al daño; pero si con su conducta no causó el daño o si no omitió realizar determinada actividad que lo podría evitar, no puede surgir la obligación indemnizatoria en cabeza suya.

En este contexto, se impone la necesidad de analizar la competencia propia de cada uno de los administradores, pues ésta en gran medida indica cuándo el daño está relacionado con su conducta o podría haberse evitado con la actuación debida.

Debemos resaltar que en materia de administradores tienen gran significación las conductas omisivas, pues existiendo un catálogo amplio de deberes de acción y obligaciones de supervisión y control de la actuación de los demás administradores, pueden concurrir la conducta activa del causante del daño y la omisiva de aquel que estando obligado y en posibilidad de evitarlo no lo hizo. En este caso, habría responsabilidad personal de algunos administradores por acción y de otros por omisión.

En materia de responsabilidad por situaciones de crisis empresarial, atendiendo a la distribución de los poderes en las sociedades, lo usual es que la responsabilidad recaiga sobre aquellos administradores encargados de tomar decisiones estratégicas, determinar políticas de endeudamiento y de gasto. En consecuencia, la responsabilidad por las situaciones de crisis empresarial suele concentrarse en los miembros de la junta directiva, en el máximo órgano ejecutivo y en los administradores con poderes de decisión en materia financiera.

La responsabilidad de los administradores es solidaria. Uno de los aspectos más importantes de la reforma introducida al esquema general de la responsabilidad por la ley 222 de 1995, fue la consagración expresa de la solidaridad de los administradores. Como es apenas lógico, son solidariamente responsables los administradores que sean personalmente responsables de un mismo daño, por acción o por omisión, pues esta previsión no puede desconocer los principios estructurales de la responsabilidad civil. En este caso, la normatividad de la ley 222 de 1995 unificó el tratamiento de la responsabilidad contractual y extracontractual de un mismo daño causado por varios administradores, previendo como norma general inmodificable la solidaridad de éstos frente a la víctima, sin importar si existe o no entre ésta y los administradores causantes del daño un contrato que regule sus relaciones⁴⁶. En consecuencia, el afectado está facultado para exigir a cualquiera de los responsables la totalidad de la obligación.

⁴⁶ En materia de responsabilidad civil extracontractual, el artículo 2344 del C. Civil establece la solidaridad cuando hay varios responsables de un mismo daño. En cambio, la regulación en materia contractual no es uniforme. En materia civil el principio general es el de la divisibilidad de las deudas cuando existen varios deudores; la solidaridad debe ser pactada expresamente, provenir de la convención o de la ley (art. 1568 del C. Civil). El artículo 825 del C. de Co. dispone que en los negocios mercantiles cuando fueren varios los deudores se presume la solidad.

Al incorporar como principio general la solidaridad de los causantes del daño, el régimen de la responsabilidad civil de los administradores adelgaza las fronteras entre la responsabilidad contractual y extracontractual en que incurren los administradores⁴⁷. La solidaridad también propende en gran medida por la profesionalización de la actividad administrativa, pues cada uno de los administradores no solo deberá cuidarse de incurrir en conductas dañinas, sino que vigilará atentamente la actuación de los demás funcionarios; porque de lo contrario, puede fácilmente terminar obligado solidariamente con éstos por su inactividad y falta de gestión crítica frente a la conducta de los demás. En otras palabras, el peso que supone la solidaridad, conduce en gran medida a la motivación de conductas fiscalizadoras de la actuación de los otros administradores y desmotiva la inactividad o unanimidad sin sentido crítico en la toma de decisiones.

En conclusión: la sociedad, el asociado o cualquier tercero que haya sufrido perjuicios como consecuencia de la conducta ilícita de varios administradores podrá dirigir la demanda contra todos éstos, contra algunos o contra uno, a su elección⁴⁸. Además, una vez obtenida la sentencia de condena podrá exigir la totalidad de la indemnización a cualquiera de los administradores que hayan sido declarados responsables y el pago que haga éste, extinguirá la obligación frente a todos.

Efectos de la solidaridad entre los administradores corresponsables de la crisis. No puede perderse de vista el efecto de la solidaridad entre corresponsables⁴⁹. El artículo 1579 del Código Civil establece que el deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por cualquier otro medio, queda subrogado en la acción del acreedor, pero limitada a la parte o cuota que tenga cada uno de los demás deudores en la deuda. Por su parte, el artículo 1668 numeral 2º incluye a éste dentro de los casos de subrogación legal.

Una vez extinguida la obligación por uno de los administradores responsables, éste se subroga por ministerio de la ley en los derechos del acreedor y está

⁴⁷ A la luz de la normatividad anterior era necesario realizar una serie de distinciones para dilucidar el asunto: si se trataba de responsabilidad contractual o extracontractual; qué tipo de negocio jurídico vinculaba a los administradores con la sociedad, si su naturaleza era civil o mercantil; si se podía predicar la solidaridad de personas vinculadas por negocios jurídicos independientes entre sí con la sociedad por ser causantes de un mismo daño, etc., lo cual demuestra la problemática que se generaba al respecto. Por tanto, la consagración expresa de la solidaridad está plenamente justificada desde el punto de vista axiológico y práctico. De una parte, representa un gran avance en la protección de los intereses de la sociedad, los asociados y los terceros, pues la solidaridad ofrece mayores posibilidades para el ejercicio eficaz de las acciones de responsabilidad civil. Además, teniendo en cuenta que la actuación de los administradores es usualmente colegiada, es muy probable que en la causación de un daño concorra la conducta de varios de éstos, situación frente a la cual la solidaridad ofrece grandes ventajas, con lo cual se amplían considerablemente las posibilidades de ejercicio de las acciones, pues la víctima podrá dirigirse contra todos los responsables, contra algunos o contra uno de éstos, a su elección.

⁴⁸ Cfr. Código Civil artículo 1571.

⁴⁹ Sobre este punto, el estatuto mercantil no introduce ninguna reglamentación especial, lo que necesariamente obliga una remisión al régimen general de las obligaciones solidarias (Título IX del libro 4º del Código Civil).

facultado para exigir a los demás responsables la cuota o parte que le corresponda a cada uno en la indemnización⁵⁰.

Finalmente, es importante reconocer que el o los administradores que indemnicen a la víctima muy seguramente deberán ejercer la acción de subrogación frente a los demás corresponsables mediante un proceso judicial. En efecto, una vez hayan pagado pueden adelantar un proceso de conocimiento para demostrar la responsabilidad del otro u otros administradores y subrogarse en la cuantía que corresponda. La acción subrogatoria también podrán ejercerla en el mismo proceso en que hayan sido demandados, pues los efectos de la solidaridad pasiva permiten formular el llamamiento en garantía a los demás administradores⁵¹, para que el juez en la misma sentencia determine las relaciones patrimoniales entre éstos y la cuantía por la que puede repetir el administrador que paga.

Los elementos de la responsabilidad. La responsabilidad de los administradores se estructura sobre los mismos elementos esenciales de la responsabilidad civil. En consecuencia, es necesario verificar una conducta culposa o dolosa⁵² del administrador, el daño y la relación de causalidad entre la conducta y el daño.

El régimen de responsabilidad aplicable no introduce modificaciones especiales frente a la teoría general de la responsabilidad en cuanto a la conducta, al nexo de causalidad y al daño. Por lo tanto, se debe acudir a la teoría general.

La prueba de la culpa. Mención aparte merece el tema de la culpa. La ley 222 de 1995 se ocupó de hacer una referencia expresa en cuanto al régimen de la prueba de la culpa en los procesos por responsabilidad civil de los administradores.

Uno de los principales problemas prácticos que comporta la responsabilidad civil es el de la prueba de la culpa y la determinación del régimen aplicable en cada caso concreto. Como es apenas obvio, en las formas de responsabilidad objetiva esta discusión tiene un interés secundario, pues la culpa no es

⁵⁰ Se plantea en este caso el problema de determinar la cuantía de la repetición. Es claro que en este caso deberá determinarse qué porcentaje corresponde a cada administrador en la deuda indemnizatoria. A mi juicio, el interés en la deuda en este tipo de supuestos, en los cuales no existe un contrato entre los distintos administradores que determine previamente el interés que le cabe a cada uno en la deuda, debe determinarse según la participación causal de cada uno de los corresponsables en el daño; de no ser posible determinar el grado de participación causal, la equidad impone una división por partes iguales entre todos los corresponsables. Me parece que la causalidad otorga un criterio objetivo, que permite conocer cuál de los corresponsables tuvo una mayor incidencia en el resultado. El profesor TAMAYO JARAMILLO, propone que la división de la deuda se haga teniendo en cuenta la gravedad de las culpas de los distintos responsables o en subsidio, por partes iguales. Cfr. , Ob. Cit., T. I, Núm. 63, Pág. 56 y 57.

⁵¹ En este caso, la subrogación es el fundamento legal para pretender parcialmente el reembolso de lo que se tuviere que pagar en virtud de la sentencia, lo cual habilita al administrador para formular el llamamiento en garantía (cfr. Art. 57 del C. de P. C.)

⁵² En el régimen colombiano, la responsabilidad de los administradores es de carácter subjetivo, pues supone la existencia de una culpa en cabeza del administrador.

elemento de la responsabilidad y el supuesto responsable deberá probar una causa extraña para exonerarse⁵³.

En los casos de responsabilidad con culpa, nuestro ordenamiento presenta dos regímenes probatorios: uno en el cual corresponde al demandante probar que el demandado se ha comportado dolosa o culposamente para que sea declarado responsable y algunos casos especiales en los que el legislador a partir de determinados supuestos presume la culpa del que materialmente ha causado un daño; en este evento, corresponde a éste demostrar que ha actuado sin culpa para no ser declarado civilmente responsable⁵⁴.

La regla general en nuestro ordenamiento procesal indica que a cada una de las partes incumbe probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; por tanto, en los casos de responsabilidad con culpa, el principio de la carga de la prueba enunciado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil señala que al demandante corresponde acreditar este elemento. Esta disposición es plenamente coincidente con lo establecido en el artículo 1757 del Código Civil, según el cual corresponde probar las obligaciones al que las alega. Sin embargo, en materia de responsabilidad contractual y extracontractual es usual que el legislador establezca una serie de presunciones legales en beneficio de las víctimas y, a partir de la prueba de unos hechos, presuma la culpa del demandado.

La determinación del régimen probatorio aplicable es de suma importancia para los litigios sobre responsabilidad civil y es un asunto que ha generado arduas polémicas, especialmente en aquellos casos en que las normas no son lo suficientemente claras o hay duda de su aplicación como regla general o excepción. El caso de la responsabilidad civil de los administradores muy seguramente estaría dentro de aquellas formas de responsabilidad en la que habría grandes discusiones en cuanto a la prueba de la culpa, lo que a su vez representaría un problema de inseguridad jurídica considerable.

La reforma de la ley 222 de 1995. En virtud de la reforma introducida al régimen de responsabilidad de los administradores sociales, se establecieron unos supuestos en los cuales la ley presume la culpa de los administradores. Esta medida representa el endurecimiento del régimen de responsabilidad de ellos, pues cuando se realiza alguno de los supuestos previstos en la ley, se exonera a la víctima de la prueba de la culpa y corresponde al administrador

⁵³ La causa extraña supone que el demandado no haya cometido una culpa al momento de prever o resistir el hecho. Por lo tanto, aun en las responsabilidades que fundamentadas en factores de imputación objetivos, resulta relevante el análisis de eventuales culpas del demandado.

⁵⁴ Estos dos extremos probatorios se presentan tanto en materia de responsabilidad contractual como extracontractual. Y como es apenas lógico, el demandante estará en una posición mucho más favorable a sus intereses en aquellos casos en que la presunción esté en su favor y se vea eximido de la prueba de este elemento, pues en este caso corresponde al demandado demostrar que ha actuado con diligencia y cuidado.

demostrar que su conducta estuvo exenta de ésta, para no ser declarado responsable de los daños causados.

Presunciones de culpa. Las presunciones legales son los mecanismos jurídicos mediante los cuales el legislador a partir de la prueba de un hecho considera como cierto otro determinado en la ley. En este caso, la ley establece los hechos que deberán ser probados para aplicar la consecuencia jurídica en ella prevista, es decir tener como cierto otro hecho. En este evento, nos encontramos ante normas jurídicas en virtud de las cuales, probado un hecho determinado se hace innecesaria la prueba de la culpa.

El artículo 66 del Código Civil es claro al establecer que la presunción descansa sobre “ciertos antecedentes o circunstancias conocidas” que son determinados por la ley, con lo cual se indica con toda claridad que el hecho a partir del cual se presume otro debe estar plenamente acreditado. En otras palabras, para poder beneficiarse o aplicar determinada presunción, debe estar debidamente acreditado el hecho a partir del cual la ley presume otro. Si no se acredita el supuesto de hecho, no puede darse aplicación a la consecuencia jurídica (hecho presumido).

*Supuestos de hecho de las presunciones*⁵⁵. Los incisos tercero y cuarto del artículo 200 del Código de Comercio señalan los casos en que se presume la culpa de los administradores. En primer lugar, esto ocurre en los eventos de incumplimiento o extralimitación de las funciones, violación de la ley o de los estatutos (inciso tercero). Por otra parte, la culpa se presume cuando los administradores han propuesto o ejecutado una decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo dispuesto en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia.

La doctrina, con buen sentido, reconoce que todos los supuestos de hecho se encuentran comprendidos en el de violación de la ley⁵⁶. Debe tenerse en cuenta que es la ley la que señala en gran medida las funciones de los administradores, sus límites, sus deberes de conducta, la obligación de observar y hacer cumplir los estatutos, las prohibiciones y las normas generales sobre distribución de utilidades.

¿Son realmente presunciones? En los numerales anteriores se ha hecho referencia a las características principales de las “presunciones” de culpa introducidas por la ley 222 de 1995 artículo 24. Sin embargo, considero que en estricto sentido la reforma no introdujo presunciones de culpa en materia de responsabilidad civil de los administradores. Si se analizan con detenimiento los supuestos de hecho previstos en la norma, se encuentra que éstos son típicos casos de violación de deberes de conducta concretos: violar la ley, los

⁵⁵ Para un análisis más detallado de cada uno de los supuestos puede consultarse: Maximiliano Londoño, Ob. Cit., capítulo IV.

⁵⁶ Cfr. GAVIRIA, Enrique, Nuevo Régimen de Sociedades – Comentario General, ob. cit., Pág. 97; REYES VILLAMIZAR, Francisco, Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos, ob. cit. Pág. 149.

estatutos, exceder las funciones o incumplirlas, violar las normas sobre reparto de utilidades. En estricto sentido, quien prueba que el administrador que ha causado un daño lo hizo violando la ley, los estatutos, incumpliendo o excediendo las funciones ha demostrado que su conducta es reprochable por comportar la contravención de deberes jurídicos preexistentes; así se presenta la dinámica probatoria en cualquier régimen de responsabilidad con conducta probada. Una sentencia reciente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia avala esta interpretación⁵⁷.

Es preciso observar que en cualquier caso de culpa probada existen circunstancias que permiten justificar la trasgresión de una norma jurídica obligatoria⁵⁸. Es posible, de una parte, demostrar que el agente debido a una causa extraña se encontró en imposibilidad de actuar o que por este mismo motivo se vio compelido a actuar en lugar de abstenerse; además, es factible demostrar que la conducta del agente es justificada por el ordenamiento⁵⁹. Por lo tanto, en algunos casos específicos se puede considerar que aun cuando se haya acreditado la contravención de una norma obligatoria, la conducta del administrador no puede dar lugar a que surja su responsabilidad.

Aunque la norma ha sido entendida de manera generalizada como muestra del endurecimiento del régimen de responsabilidad, en estricta lógica al exigir que se pruebe el supuesto de hecho de la presunción se está exigiendo la prueba de una conducta violatoria de un deber preexistente, lo cual implicaría la verificación de una culpa aun en un sistema de culpa probada.

Si se analiza la norma como una verdadera presunción de culpa podría presentarse una situación bastante contradictoria: se debería admitir la prueba de diligencia y cuidado del administrador que ha violado la ley o los estatutos, cuestión que resulta inaceptable.

Régimen general de la prueba de la culpa en materia de responsabilidad civil de los administradores. La norma general en materia de responsabilidad civil de los administradores indica que al demandante corresponde probar el dolo o la culpa del administrador para obtener la declaración de responsabilidad. Lo

⁵⁷ En el caso se debatía la responsabilidad civil de los administradores de una sociedad a la luz del régimen del C. de Comercio. Luego de afirmar que la culpa del administrador no había sido probada y que no era posible presumirla a la luz de la regulación original del estatuto mercantil, la Sala hace las siguientes consideraciones: (...) “y tal elemento -la culpabilidad de su obrar, no puede presumirse con apoyo en lo prescrito por el artículo 24 inciso 3o de la ley 222 de 1995, modificatorio de aquél precepto, en el cual se consagran algunas presunciones de culpa para los administradores, como ocurre en los casos de incumplimiento de sus funciones, fundamentalmente porque la vigencia de tal estatuto es posterior a la del acaecimiento de los hechos discutidos, **amén de que si quien invoca el abandono de esas funciones como fuente de responsabilidad del administrador, debe en todo caso demostrarla, y por lo mismo, no se trataría de una verdadera presunción de culpa, como la doctrina lo discute hoy**, la pretensión indemnizatoria deducida en su contra no podía de ningún modo fructificar (...)”. Sentencia de casación civil del 30 de marzo de 2005, exp. 9879, M.P. Jaime ARRUBLA PAUCAR.

⁵⁸ VINEY y JOURDAIN, ob. cit. p. 491.

⁵⁹ En este caso, el derecho civil se ha orientado por los desarrollos del derecho penal en cuanto a los hechos que justifican la conducta (cumplimiento de la ley, orden de autoridad legítima, legítima defensa o estado de necesidad).

anterior tiene apoyo en el principio de la carga de la prueba establecido en el Código de Procedimiento Civil. Además, si se acepta, en gracia de discusión, que la ley 222 de 1995 estableció verdaderas presunciones de culpa, debemos precisar que en las demás situaciones no contempladas en los incisos 2º y 3º del artículo 200 del Código de Comercio se dispuso lo contrario, es decir, que la culpa del administrador deberá ser probada por el demandante.

Uniformidad en caso de daños a la sociedad, asociados y terceros. Finalmente, es importante reconocer que el régimen de la carga de la prueba de la culpa en materia de responsabilidad civil de administradores es uniforme y no establece distinción alguna en caso de daños causados a la sociedad, a los asociados y terceros. En esta materia no se aplican las distinciones propias de la teoría general de la responsabilidad contractual y extracontractual.

Exoneración de responsabilidad. En el régimen de responsabilidad civil de los administradores son procedentes las causales de exoneración de responsabilidad, de justificación de la conducta y demás defensas que de conformidad con la teoría general de la responsabilidad civil puede proponer el demandado.

Causa especial de exoneración. El inciso segundo del artículo 200 del Código de Comercio (introducido por la Ley 222 de 1995) establece un supuesto especial de liberación del administrador⁶⁰. Según esta norma, no están sujetos a la responsabilidad quienes no tuvieron conocimiento de la acción u omisión, o quienes hayan votado en contra de la decisión, siempre que no la ejecuten.

Esta disposición es una consecuencia lógica del carácter personal de la responsabilidad civil de los administradores, pues de su lectura se desprende que el administrador que no haya participado ni por acción ni por omisión no podrá ser declarado responsable⁶¹. La norma es exigente, pues contempla la responsabilidad del administrador que simplemente se limite a observar la conducta ilícita de los demás y del que haya ejecutado la decisión ajena. Sólo estarán exentos de la responsabilidad el administrador que no haya tenido conocimiento de la conducta ilícita de otro u otros administradores; también aquellos administradores que voten en contra de las decisiones y además se abstengan de ejecutarlas.

José María GARRETA SUCH analiza el artículo 133 de la Ley española de Sociedades Anónimas de 1989 que contiene el mismo principio que estamos estudiando y explica que la “prueba del conocimiento o ignorancia queda al arbitrio judicial, pero, en todo caso, el ‘desconocimiento’ que exonera de responsabilidad no puede consistir, o no puede fundamentarse, en el

⁶⁰ “No estarán sujetos a dicha responsabilidad (solidaria), quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.”

⁶¹ Esto no significa que el administrador tenga que causar directamente el daño para resultar obligado a su reparación. Es posible que la responsabilidad provenga del incumplimiento de los deberes de dirección y vigilancia de los funcionarios a su cargo.

incumplimiento de sus obligaciones o ignorancia de los deberes inherentes al cargo. El desconocimiento exime cuando no ha sido buscado de propósito, cuando no es producto de un incumplimiento, cuando no es la dejación de un deber”⁶².

En el caso de las votaciones, que se refiere específicamente a la actividad de los órganos colegiados de administración como las juntas directivas, el administrador debe verificar que en la correspondiente acta se tome nota de su oposición, pues de lo contrario no podrá acreditar satisfactoriamente la carga que le es exigida.

Por último, vale la pena señalar que esta forma de exoneración se entiende sin perjuicio de las demás defensas que de acuerdo a la teoría general de la responsabilidad civil se puedan proponer al demandante.

El daño. Es importante destacar que sólo habrá responsabilidad del causante de la crisis o insolvencia empresarial cuando esta situación ocasione daños a un tercero. Con esta afirmación, que resulta obvia a la luz de las reglas de la responsabilidad civil -porque no hay responsabilidad sin daño-, quiero destacar que la situación de crisis o insolvencia no puede equipararse en todos los casos, ni de manera automática, con la existencia de un daño indemnizable. Es posible que dicha situación constituya apenas una amenaza o eventualidad de daño; en estos casos, la simple amenaza o temor acerca de la posibilidad de daño no confiere el derecho a obtener una indemnización de manos del causante del daño⁶³. La determinación del daño es uno de los puntos que presenta un mayor nivel de dificultad en el análisis de la responsabilidad civil en el ámbito de la crisis empresarial. Dejando a un lado los casos en que ha sido verificada de manera fehaciente la imposibilidad de pago de las obligaciones por parte de la empresa en crisis, la determinación del daño indemnizable presenta dificultades, pues en muchos casos el derecho de crédito amenazado por la situación de crisis se ve satisfecho finalmente, luego de haber experimentado ciertas vicisitudes⁶⁴.

2.1.5. Las acciones de responsabilidad contra los administradores de sociedades. La ley comercial establece una regulación que en gran medida es unitaria en materia de responsabilidad civil de los administradores. Sin

⁶² GARRETA SUCH, José María Ob. Cit., Pág. 116.

⁶³ Sin embargo, es importante destacar que los principios y reglas de la responsabilidad civil no son indiferentes a la supresión de situaciones ilícitas que de perpetuarse causarán daños. En nuestro ordenamiento, el Código Civil colombiano previó mecanismos para evitar la continuidad de situaciones de hecho que conducirían a la producción de un daño. El artículo 2359 del C. Civil establece: “*Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.*”. En este mismo sentido se orienta la ley 472 de 1998, que al regular de manera general las acciones populares, establece como finalidad principal la de evitar el daño contingente y hacer cesar las situaciones de hecho que amenazan los derechos colectivos.

⁶⁴ Este sería el caso de la ampliación de los plazos, modificación de las tasas de interés inicialmente pactadas o plazos de gracia en virtud de un acuerdo de reorganización empresarial.

embargo, al ocuparse de las reglas correspondientes a la reclamación de los perjuicios por parte de los afectados, la ley 222 de 1995 estableció una distinción muy importante: la legislación comercial prevé dos mecanismos distintos para la reclamación de los perjuicios a los administradores. Por un lado, encontramos las acciones individuales de responsabilidad, mediante las cuales los socios y otras personas que hayan resultado perjudicados por la actuación de los administradores, pueden obtener su declaratoria de responsabilidad y la correspondiente indemnización. Por otra parte, se establece la *acción social de responsabilidad*, mediante la cual se persigue a favor de la sociedad la declaratoria de responsabilidad del administrador y la reparación de los daños sufridos por ésta.

Deberá acudirse a una u otra acción, dependiendo de si el daño ha sido sufrido por la sociedad o por una persona distinta a ésta, sea un asociado o un tercero. Este criterio diferenciador que en principio parece de simple manejo, puede ofrecer dificultades en la práctica. La valoración económica de los derechos de los socios o accionistas depende del estado patrimonial de la sociedad; una afectación al patrimonio de la sociedad afecta de manera refleja el derecho alícuota del socio o accionista. Existe entonces una relación de dependencia entre la valoración del patrimonio social y la valoración de la participación del socio o accionista. La valoración de los derechos de crédito de los acreedores sociales también se realiza en función del estado patrimonial de la sociedad. Por lo tanto, el accionista o tercero podría pensar en ejercer la acción personal por un daño causado por el administrador al patrimonio social, argumentando que, como consecuencia, sus derechos se han visto afectados. En este punto, se plantea el problema de determinar si realmente la conducta culpable del administrador causó un daño al tercero, en cuyo caso resultaría exitosa la acción individual. La procedencia de la acción individual depende de la verificación de la existencia de un daño particular en cabeza del demandante, que sea causalmente consecuencia de la conducta del administrador⁶⁵.

⁶⁵ En el derecho español, María Ángeles PARRA LUCÁN, con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo sostiene que "cuando se trata de una actuación del administrador que causa daño al patrimonio social e indirectamente, al patrimonio de los socios, la única vía de que éstos disponen para exigir responsabilidad al administrador es el ejercicio de la acción social (...). Responsabilidad Civil de los Administradores de Sociedades, estudio integrante del Tratado de la Responsabilidad Civil, L. Fernando REGLERO CAMPOS (Coordinador), p. 1295, Ed. Aranzadi, 2002.

La acción social de responsabilidad. El artículo 25⁶⁶ de la Ley 222 de 1995 se ocupó de regular de forma expresa la que denominó *acción social de responsabilidad*, incorporando a nuestro ordenamiento este mecanismo especial previsto en otras legislaciones⁶⁷. La finalidad de esta acción es la de obtener la reparación de los daños causados por el administrador a la propia sociedad, a pesar de que como consecuencia de estos daños, por la naturaleza de las relaciones societarias internas y externas, las disminuciones del patrimonio social afectan igualmente a los asociados y acreedores de la sociedad.

El ejercicio de la acción social de responsabilidad. El artículo 25 de la Ley 222 de 1995 traza unas pautas importantes para el ejercicio de la acción por parte de la compañía, pues por la importancia del asunto se justifica una normatividad especial. Veamos a continuación los principales aspectos:

1. La decisión de ejercitar la acción corresponde a la asamblea general o junta de socios privativamente y teniendo en cuenta el carácter de orden público de la normatividad sobre responsabilidad de administradores, no será lícito desplazar esta función a la junta directiva en los estatutos sociales.
2. La decisión podrá adoptarse así el tema no conste en el orden del día de la reunión. Esta disposición está claramente justificada, pues la importancia de la acción social de responsabilidad para la compañía amerita que se eliminen los obstáculos que podrían impedir su ejercicio
3. La norma citada introduce una regla especial para la convocatoria de la asamblea o junta de asociados, pues prevé que un número de socios que represente el 20% de las acciones, cuotas o partes de interés podrá convocar válidamente a la reunión.

Esto significa, que además de las personas que normalmente están facultadas para convocar directamente a la asamblea o junta de

⁶⁶ “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 parte 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, esta 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 podrá 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.”

⁶⁷ La regulación de la acción social de responsabilidad introducida por la Ley 222 de 1995 es muy similar a la de la ley española de sociedades anónimas.

asociados los socios que representen la proporción indicada para hacer **directamente** la convocatoria. En este aspecto hay una diferencia con respecto a la regla general prevista en el inciso final del artículo 183 del Código de Comercio, donde se contempla la posibilidad de que los socios que representen la cuarta parte del capital social, **soliciten** a los administradores, revisor fiscal o entidad que ejerza el control sobre la sociedad que realicen la convocatoria⁶⁸.

Esta excepción sigue la tendencia observada en el sentido de facilitar los mecanismos para la toma de la decisión correspondiente por parte de la asamblea o junta de asociados. Dentro de la estructura actual de distribución de poderes en las sociedades, en la que se observa un fortalecimiento por parte de los administradores, se justifica la inclusión de mecanismos que permitan a los asociados velar por el bienestar de la compañía y mantener una relación directa con el control de la gestión de los negocios.

4. En cuanto a la mayoría, la ley señala que la decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión. Esta norma, atendiendo al carácter de orden público de la regulación sobre responsabilidad civil de administradores no podrá ser modificada por los estatutos para exigir mayorías especiales o calificadas.

Resulta entonces importante establecer si el administrador que a su vez es socio de la sociedad podrá votar en la correspondiente reunión para determinar si se ejerce o no la acción social de responsabilidad. Considero que dentro de la estructura societaria es improcedente limitar el derecho al voto en este caso, pues no hay ninguna norma expresa que justifique esta solución, como sucede por ejemplo en el caso de la autorización para realizar actos que impliquen competencia respecto de los cuales exista conflicto de interés con la sociedad⁶⁹.

Finalmente, es muy importante que en el acta de la reunión se especifique con claridad los administradores en contra de los cuales se pretende ejercitar la acción y algunos elementos que permitan determinar las causas que han motivado tal decisión, pues de lo contrario se podría presentar inconvenientes o graves injusticias al momento de presentar la correspondiente demanda.

Efecto de la decisión de ejercitar la acción social de responsabilidad. La adopción de la decisión por parte de la sociedad de ejercer la acción social de responsabilidad implicará la remoción del administrador que vaya a ser

⁶⁸ El inciso tercero del artículo 182 del C. de Co. señala: "Quienes conforme al artículo anterior puedan convocar a la junta de socios o a la asamblea, deberán hacerlo también cuando lo solicite un número de asociados representantes de la cuarta parte o más del capital social."

⁶⁹ Cfr. artículo 22, Ley 222 de 1995, inciso final.

demandado. Esta norma es drástica, pero dentro de la estructura del funcionamiento societario se encuentra plenamente justificada.

Legitimación para ejercer la acción. Una vez se ha adoptado la decisión de ejercer la acción, la principal llamada a presentar una demanda o a hacer las reclamaciones respectivas es la propia sociedad, como directamente afectada por la conducta dolosa o culposa del administrador. En este caso, el representante legal de la sociedad deberá realizar las gestiones correspondientes para presentar la reclamación o demanda en contra de los administradores a los cuales se les imputa la actuación ilícita.

Legitimación extraordinaria. El daño causado por el administrador directamente a la sociedad, repercute sobre el patrimonio de los socios, quienes pueden ver disminuidas sus utilidades o dividendos y el valor intrínseco de sus acciones, cuotas o partes de interés. Por su parte, los acreedores están muy interesados en el buen manejo de los negocios sociales y en que los daños que se causen al patrimonio de la sociedad sean indemnizados, pues ese conjunto de bienes es la prenda general que respalda sus créditos.

Teniendo en cuenta la amplitud de las relaciones económicas que se crean con ocasión de la constitución y actividad de una sociedad, la ley 222 de 1995 reguló un supuesto especial en el cual personas que no son las directamente afectadas pueden reclamar en beneficio de la sociedad la indemnización correspondiente.

Por tal motivo el inciso tercero del artículo 25 de la citada ley establece que si una vez adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicia la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, esta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso, también 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 créditos⁷⁰.

Como se aprecia, la ley legitima de manera expresa a personas distintas a la sociedad para ejercitar la acción en beneficio de ésta. El demandante, a pesar de no ser sujeto de la relación sustancial que se va a discutir en el proceso, se encuentra facultado o legitimado en la causa para presentar la demanda en interés de la sociedad. La doctrina ha explicado que en este caso los efectos

⁷⁰ GARRETA SUCH explica que “entre los administradores, los accionistas y los acreedores se interpone la persona jurídica sociedad, y técnicamente será ella la primera interesada en demandar dichas responsabilidades. Primera interesada, pero no única, puesto que – como se ha dicho – también aquellas actuaciones podrían afectar a los intereses de los accionistas y los acreedores. La LSA, concedora de que dichos intereses podrían verse burlados en el supuesto de que la propia sociedad no actuase en defensa de sus derechos, bien porque no los considere dignos de tutela, bien porque –y este es el supuesto más frecuente- la actuación de los accionistas mayoritarios hiciese fracasar cualquier intento de exigir responsabilidades, situó junto a ésta a los socios y a los acreedores para entablar la misma acción social de responsabilidad que la sociedad no quiso perseguir.” Cfr. ob. cit., p. 129

de la sentencia “en cuanto a su fuerza vinculativa y al valor de la cosa juzgada” recaen sobre el sujeto titular de la relación jurídica debatida en el proceso y no sobre la persona que lo sustituye, “porque es el derecho de aquél y no el de éste lo que constituye el objeto de la decisión”⁷¹.

Requisitos para que surja la legitimación extraordinaria. La norma, con toda razón, establece un plazo razonable para que la sociedad inicie la acción social de responsabilidad. Si después de tres meses de adoptada la decisión por la asamblea o junta la sociedad no ha realizado tal gestión, cualquier administrador, el revisor fiscal, los socios o los acreedores podrán ejercer dicha acción. Es muy importante tener en cuenta que este plazo sólo tiene el efecto de legitimar a estas personas distintas de la sociedad, pues su vencimiento no implica que la sociedad ya no pueda iniciar la acción social de responsabilidad. Este no es un plazo de prescripción ni de caducidad de la acción social de responsabilidad, simplemente es un período de espera en el que se entiende que sólo la sociedad puede perseguir la indemnización correspondiente.

La acción se ejerce en beneficio de la sociedad. Así la acción sea ejercida por una persona distinta de la sociedad, la actuación de esta será en beneficio de aquélla. Las reclamaciones o pretensiones deben formularse en interés de la sociedad y no en interés de la persona que ocupe su lugar en el ejercicio de la acción.

Acciones individuales de responsabilidad. El inciso final del artículo 25 de la Ley 222 de 1995 establece que la acción social de responsabilidad se “entiende sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.” Esta norma recuerda que existen las acciones individuales de responsabilidad, mediante las cuales los socios, los acreedores de la sociedad o cualquier persona que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de la conducta culposa o dolosa del administrador pueden obtener su reparación. En este caso, como es apenas obvio, la acción se ejerce para obtener la reparación de los daños que el administrador haya causado a la víctima y no a la sociedad. La doctrina ha señalado que esta acción “descansa por consiguiente en el perjuicio directo ocasionado al socio o tercero por los administradores en el ejercicio de su cargo y a resultados de la actuación ilícita de los mismos”⁷². En este evento, los legitimados para ejercer la acción serán quienes hayan sufrido el daño como consecuencia de la conducta ilícita de los administradores o sus herederos, según las normas generales de la responsabilidad civil.

Aspectos procesales especiales. El Título III de la Ley 222 de 1995, denominado disposiciones finales, se ocupó de regular algunos temas dentro

⁷¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal. Tomo I, Núm. 155, pág. 227, Bogotá. 2ª edición. ABC. 1972.

⁷² FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y otros, Ob. Cit., Pág. 26

de las cuales se destaca el procedimiento aplicable en materia societaria y la prescripción de las relacionadas con ella.

Procedimiento. Es importante analizar qué procedimiento debe adelantarse para el trámite de las demandas relativas a la responsabilidad civil de los administradores. El artículo 233 de la ley 222 de 1995 establece la procedencia del proceso verbal sumario para ventilar conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición.

Esta norma ha sido interpretada por la doctrina como aplicable tanto al trámite de las acciones individuales como sociales. Se ha advertido igualmente acerca de las limitaciones procesales que existen en este caso. Es claro que a la luz de nuestra legislación societaria, las sociedades tienen origen en un contrato que se ha caracterizado como de colaboración, pero es de anotar que las consecuencias jurídicas y económicas de las sociedades trascienden el ámbito simplemente contractual. Si bien la sociedad tiene origen en un contrato, su actividad desborda los límites de éste.

En el caso de la responsabilidad civil de los administradores encontramos algunos aspectos que merecen ciertas consideraciones: en primer lugar, es necesario anotar que la sociedad no es parte del contrato social, éste es su origen pero las partes son los asociados. Por otro lado, debemos recordar que no todos los administradores hacen parte del contrato social, pues en las sociedades anónimas y los otros tipos que adopten la administración por gestores temporales y revocables es usual que actúen como administradores personas que no tienen la calidad de asociados y que en consecuencia no hacen parte del contrato social. Además, los terceros que pueden verse perjudicados por la conducta dolosa o culposa de los administradores se denominan así, precisamente, por no ser partes del contrato social. La norma señala además que se tramitarán por el procedimiento verbal sumario los conflictos que tienen origen en la ley que rige *el contrato social*. Sin embargo, es necesario reconocer que la actividad de las sociedades y las normas que las regulan exceden los límites del contrato social, como es el caso de la responsabilidad de los administradores. Por lo anterior, existen serias dudas en cuanto la aplicación general de esta norma procesal para el trámite de todas las acciones de responsabilidad de administradores.

Encontramos sumamente inconveniente y desafortunada esta norma, pues como anotamos genera un amplio margen de incertidumbre en cuanto al procedimiento aplicable. Un tema tan complejo como el de la responsabilidad civil de los administradores amerita un trámite que ofrezca mayores posibilidades de discusión. Por lo tanto, me oriento por una interpretación que excluya la aplicación del procedimiento verbal sumario para la discusión de la responsabilidad de los administradores, con fundamento, principalmente, en que los hechos que dan lugar a la acción de responsabilidad no tienen en

sentido estricto origen en el contrato social, sino en la actividad desplegada por el administrador en desarrollo de funciones que trascienden el ámbito de aquél.

Las acciones de grupo. Es importante hacer una muy breve referencia en cuanto a la posibilidad de acudir al trámite de las acciones de grupo consagradas en la ley 472 de 1998, pues este puede ser un mecanismo expedito para un grupo de deudores o de terceros que reúnan condiciones uniformes respecto de la causa que les originó perjuicios individuales⁷³, es decir respecto a la actuación dolosa o culposa de uno o varios administradores. En los casos de responsabilidad por la crisis empresarial, lo usual es que un número plural de socios o accionistas y de acreedores que reúnen unas condiciones uniformes respecto de los elementos que configuran la responsabilidad, experimenten daños. Por lo tanto, es posible tramitar por este procedimiento la reclamación de los perjuicios individuales que hayan sufrido. Quiero resaltar que existe la posibilidad de acudir a estas acciones siempre y cuando se presenten los requisitos que exige la Ley 472 de 1998⁷⁴.

Prescripción. El artículo 235 de la Ley 222 de 1995 introdujo igualmente una norma general sobre prescripción de las acciones en materia societaria. Esta norma señala que las “acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa.”

Las obligaciones de los administradores y la estructura general de su responsabilidad se encuentra regulada en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995. En la medida en que los administradores están sujetos a esta normatividad especial en lo relativo a la responsabilidad civil, resulta aplicable este término prescriptivo.

2.2. Responsabilidad de las matrices o controlantes.

Es posible que la situación de crisis societaria sea imputable a los actos realizados por la persona que ostenta la calidad de matriz o controlante. Teniendo en cuenta que la situación de control o subordinación se tipifica por el sometimiento de la capacidad decisoria de la sociedad a la voluntad de otra u otras personas⁷⁵, es apenas entendible que los actos del controlante puedan dar lugar a la situación de insolvencia de la controlada y, con repercusiones que puedan afectar a terceros que sufren daños como consecuencia de dicha situación. No es extraño pensar en una matriz utilizando su poder de decisión

⁷³ Cfr. Ley 472 de 1998 artículos 3 y 46.

⁷⁴ Tiene especial relevancia el plazo de caducidad de dos años previsto en el artículo 47 de la ley 472 de 1998. En cuanto a los requisitos de procedibilidad de la acción de grupo, puede consultarse la sentencia C-594 de 2004 de la Corte Constitucional.

⁷⁵ Cfr. C. de Comercio artículo 262, subrogado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995. Adicionalmente, el artículo 27 de la ley 222 señala trae unos supuestos en los cuales se presume que la autonomía de decisión de una compañía se encuentra supeditada al dominio de otra u otras personas.

sobre la sociedad subordinada, en beneficio propio pero con perjuicio de los socios de esta última y de terceros.

Atendiendo a esta posibilidad, en el párrafo del artículo 148 de la ley 222 se estableció la responsabilidad subsidiaria de la matriz por las deudas de la controlada, en los casos de concordato o liquidación obligatoria, cuando la insolvencia de la controlada se obedeciera a la actuación de la controlante⁷⁶. La ley de 1.116 de 2006 reprodujo casi textualmente esta disposición en su artículo 61. Para su análisis, es necesario tener en cuenta las siguientes premisas.

Presupuestos de aplicación de la norma. Los presupuestos de aplicación de la norma son los siguientes:

a) Existencia de una situación de control. Como se mencionó, la situación de control se caracteriza por el sometimiento de la capacidad decisoria de la sociedad a la voluntad de otra u otras personas. El artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la ley 222 de 1995, introdujo una serie de supuestos en los cuales se presume que se presenta una situación de subordinación. No obstante esta enunciación, la doctrina ha aceptado que no se trata de una lista taxativa y, por tal motivo, se admite que pueden existir otras situaciones que dan lugar al sometimiento de la voluntad de la sociedad a la de terceros.

Debe tenerse en cuenta que los artículos 260 y 261 del Código de Comercio no establecen limitación alguna en cuanto a la naturaleza jurídica de la matriz o controlante⁷⁷. En consecuencia, es posible que la matriz o controlante sea una persona natural o una persona moral de naturaleza no societaria. En consecuencia, es preciso advertir que el artículo 61 de la ley 1.116 de 2006 no puede ser aplicado en todas las situaciones de control. En efecto, esta norma exige que se esté en presencia de actos realizados por “la **sociedad** matriz o controlante”; por lo tanto, no puede aplicarse la presunción prevista en la norma cuando se esté en presencia de matrices o controlantes que no tengan la calidad de sociedades (este sería el caso del controlante persona natural, empresa unipersonal, corporación o fundación). En estos supuestos, no puede aplicarse la institución prevista en el artículo 61 de la ley 1.116 de 2006, no solo porque se estaría desconociendo su tenor literal, sino también porque una

⁷⁶ El texto completo del párrafo es el siguiente: “Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente.”

⁷⁷ El párrafo primero del artículo 261 establece que “para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales estas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerza influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad”

interpretación de tipo extensivo resulta inaceptable en materia de normas de tipo sancionatorio.

En conclusión, si se trata de controlantes de naturaleza no societaria, esta norma especial de responsabilidad civil resulta inaplicable. Esto no implica la irresponsabilidad del controlante de naturaleza no societaria. Por tanto, en estos supuestos, deben aplicarse las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual y, en consecuencia, el demandante deberá probar (i) que el controlante ejerció su poder de control de manera culposa o dolosa, (ii) que estos actos fueron la causa de la de insolvencia de la sociedad subordinada y, finalmente, (iii) que la situación de insolvencia ocasionó un daño cierto al accionante. Como es apenas obvio, en este caso no se aplican las disposiciones especiales que incorpora el artículo 61 de la ley 1.116 de 2006 en materia de caducidad y procedimiento. Deberá entonces acudir al proceso ordinario. Pero es claro que en este supuesto es aplicable el plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 235 de la ley 222 de 1995, por tratarse de una pretensión fundamentada en el ejercicio culposo de las prerrogativas que en materia societaria ostenta el controlante.

Finalmente, es importante mencionar que para la aplicación del artículo 61 de la ley 1.116 de 2006 no es necesario que la situación de control haya sido inscrita previamente en el registro mercantil. Si bien el artículo 30 de la ley 222 de 1995 ordena esta inscripción, este acto tiene por finalidad dar publicidad a una situación de control societario ya existente; en otras palabras, la inscripción de la situación de control no es una formalidad de tipo constitutivo. Es indiscutible que la situación de subordinación se tipifica una vez que se han verificado los supuestos previstos en los artículos 261 y 262 del Código de Comercio. Cuando no se haya inscrito previamente la situación de control, el demandante deberá acreditar que la sociedad demandada como matriz efectivamente ostenta esta calidad.

b) El sometimiento de la filial o la controlada a una situación de insolvencia o liquidación judicial. No obstante la generalidad de la norma, es preciso observar que no toda situación de insolvencia o de liquidación judicial da lugar a aplicar la responsabilidad subsidiaria de la matriz. Como se explica con mayor detenimiento más adelante al analizar el concepto de “daño” en esta institución, es necesario, adicionalmente, que como consecuencia de estas dos situaciones se verifique la imposibilidad de satisfacción del crédito por parte de la controlada, ya que la matriz solo responde en subsidio de ésta.

c) Que la situación de insolvencia o liquidación judicial se hayan producido por causa o con ocasión de actuaciones de la matriz en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de sus subordinadas y en contra de la sociedad en reorganización o en liquidación judicial. De este requisito de la norma vale la pena resaltar dos puntos:

- (1) Se exige, para que haya responsabilidad, que se trate de actuaciones realizadas en virtud de la subordinación. Por lo tanto, la norma prevé esta forma de responsabilidad para aquellos supuestos en los cuales la matriz realizó actos mediante los cuales determinó las decisiones de la controlada. Así, por ejemplo, si la situación de insolvencia se debe a que la matriz persigue judicialmente una obligación válidamente contraída por la controlada, no estamos ante el supuesto previsto en la norma, porque se trata de un acto ajeno a la situación de control.
- (2) Adicionalmente es necesario verificar, según lo dispone el texto de la norma, si se presentaron conductas de la matriz en interés suyo o de una subordinada y en contra del interés de la sociedad en reorganización o liquidación. En consecuencia, no cualquier acto de control tiene la virtud de vincular la responsabilidad subsidiaria de la controlante, pues se debe verificar que efectivamente haya existido una contraposición de intereses entre matriz y controlada, como fruto de la cual se dio prevalencia al interés de la primera (o de una subsidiaria suya) y se perjudicó a la segunda.

d) El legislador presume que la sociedad está en situación concursal por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz demuestre que ésta fue originada por otra causa. En este punto, verificada la situación de insolvencia, la ley presume la causalidad y tiene por probado que a ella se llegó por causa de la situación de control.

La redacción de la norma, que reproduce en este punto textualmente el párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, resulta oscura. En el literal anterior, se consignó cómo el artículo 61 exige, de una parte, que la insolvencia se deba a los actos de control y, de la otra, que estos actos hayan sido realizados actuando la matriz en contra del interés de la controlada. Sin embargo, la presunción establecida en el inciso segundo del artículo 61 cubre sólo el primero de los requisitos, es decir, que la situación de crisis se deba a la conducta de la matriz y guarda absoluto silencio acerca de la cuestión relativa a la contraposición de intereses que debe presentarse para que haya responsabilidad.

En consecuencia, surge el siguiente interrogante: ¿el inciso segundo del artículo 61 también presume que los actos fueron realizados en interés de la matriz (o de sus subordinadas) y en contra de la sociedad en reorganización o liquidación? Creo que la respuesta a este interrogante es negativa. La presunción que venimos comentando se refiere solo a la causalidad del acto de control con la situación de insolvencia y, por ello, no puede extenderse por vía analógica y contemplar el punto relativo a presumir la contraposición de intereses que debe presentar el acto. Esta interpretación extensiva, en materia de presunciones no es de recibo.

En consecuencia, atendiendo a la literalidad de la norma, el demandante está liberado de probar que los actos de control son la causa de la crisis; sin embargo, deberá acreditar que existieron actos en contra del interés de la subordinada. Y de su parte, la matriz demandada podría tomar la iniciativa y demostrar que no realizó actos de control en contra del interés de la subordinada, con lo cual descartaría la presencia de uno de los requisitos esenciales para que surja responsabilidad subsidiaria en cabeza suya; por otra parte, como lo prevé expresamente la norma, la matriz puede demostrar que la situación concursal no obedeció a la situación de control. La oscuridad de la norma, en gran medida, implica la ineficacia de la presunción; en materia de responsabilidad, una presunción técnicamente redactada debería comprender ambos requisitos, es decir, la causalidad de los actos de control y la contraposición de intereses.

e) El daño. La norma no menciona expresamente este elemento, pero es innegable que en su estructura se encuentra implícito. El artículo 61 establece una responsabilidad “*subsidiaria*” de la sociedad matriz o controlante; con esta expresión precisa que la obligación a cargo de la controlante consiste en pagar aquella porción del pasivo que no haya sido satisfecha por la subordinada. Se entiende en este caso, que la responsabilidad de la matriz sólo se vincula en la medida en que se verifique la incapacidad de la subordinada para la cancelación total de sus pasivos, pues en caso contrario, no se puede afectar el patrimonio de quien solo responde a falta del deudor principal.

En este evento, la obligación a cargo de la matriz declarada responsable estará representada en el crédito que resultó insatisfecho. Aplicando a esta institución los principios generales de la responsabilidad civil, es forzoso concluir que surge responsabilidad en cabeza de la matriz siempre y cuando se verifique que el daño alegado por el demandante, en este caso el acreedor de la subordinada, es cierto. Como el daño debe ser cierto, se exige que se pueda determinar su real ocurrencia presente o futura.

En este caso, el daño para cada acreedor estará representado por la porción del crédito que resultó impagada. Debe probarse entonces: (i) la calidad de acreedor, (ii) el monto del crédito y (iii) el valor que se dejó o se dejará de pagar por la controlada. Esta es, evidentemente, la forma de entender la subsidiaridad que en materia de responsabilidad establece la norma: lo que no pague el obligado principal, lo paga la matriz.

Es importante tener en cuenta que con fundamento en esta institución no puede pretenderse el pago de un objeto distinto a la porción del crédito no pagado, pues la misma norma limita la responsabilidad allí regulada a la satisfacción del crédito en forma subsidiaria. En consecuencia si el acreedor de la controlada considera que existió una conducta dolosa o culposa de la matriz en el ejercicio de sus actos de control y que esta conducta le causó perjuicios adicionales al no pago del crédito, deberá interponer una demanda independiente que se rige por las reglas generales de la responsabilidad civil,

pues el artículo 61 de la ley 1.116 de 2006 es claro al limitar la institución a la responsabilidad subsidiaria por deudas. Esta norma, no puede ser interpretada de manera extensiva para el cobro de cualquier otro perjuicio.

Al entrar en el análisis de este elemento, surgen dos interrogantes problemáticos: (i) ¿Es posible aplicar la norma que establece la responsabilidad subsidiaria en todas las situaciones de insolvencia? y (ii) ¿Es necesario esperar a que termine el proceso de liquidación judicial para el ejercicio de la pretensión de responsabilidad subsidiaria en contra de la sociedad matriz? A mi juicio, la respuesta que debe darse a estos interrogantes es la siguiente:

(i) El primer inciso del artículo establece que la norma tiene aplicación sólo en los casos de “situación de insolvencia”. Sin embargo, interpretada esta expresión en el contexto general de la institución allí regulada debe concluirse que la responsabilidad subsidiaria prevista en el citado artículo 61 sólo puede declararse cuando la situación de insolvencia conduzca posteriormente a que resulte impagado total o parcialmente un crédito a un acreedor. No puede perderse de vista que la responsabilidad de la matriz en el supuesto que se analiza es subsidiaria, lo cual supone que exista al menos una porción insatisfecha del crédito. En consecuencia, si la situación de insolvencia da lugar a un proceso de reorganización que termina con un acuerdo que permite normalizar las relaciones crediticias de la subordinada, con la consecuente reestructuración de sus pasivos, no es posible pretender la responsabilidad de la matriz toda vez que de cumplirse normalmente el acuerdo se espera la satisfacción de los crédito en los términos allí previstos.

Por lo tanto, no obstante la generalidad del término utilizado en la norma, al señalar que habrá responsabilidad de la sociedad matriz cuando la situación de “insolvencia” haya sido producida por causa o con ocasión de la situación de control, esta institución supone que resulten créditos impagados y que en tal medida, deba vincularse de forma subsidiaria el patrimonio de la controlante. Interpretando integralmente la institución, debe entenderse que habrá responsabilidad de la matriz en los supuestos contemplados en la norma, siempre que la situación de insolvencia de la controlada determine posteriormente que resulten créditos total o parcialmente impagados. Esta hipótesis se presentaría, por ejemplo, si luego de la situación de insolvencia generada por la matriz no se logra celebrar el acuerdo de reorganización y debe procederse a un acuerdo de adjudicación en el cual no se cancele la totalidad del pasivo o si se declara el incumplimiento del acuerdo de reorganización y se adelanta un proceso de liquidación judicial, en el cual no se satisfagan todas las obligaciones.

(ii) Pasando al segundo interrogante planteado, que resulta más problemático, es importante tener en cuenta como parámetro el requisito de certeza del daño. Cuando el daño es actual, el análisis de la certeza no ofrece tantas dificultades; el juez determinará con fundamento en las pruebas que obran en el expediente si efectivamente se produjo una afectación o menoscabo en los derechos del

demandante o si por el contrario, los perjuicios demandados se edifican sobre simples conjeturas o hipótesis. Es evidente que una vez terminado el proceso de liquidación judicial se podrá conocer, con certeza absoluta, si alguno o algunos créditos resultaron insatisfechos y en qué cuantía. Por lo tanto, en esta hipótesis existe certeza acerca de la existencia o inexistencia de un daño en cabeza del acreedor.

Antes de la culminación del proceso de liquidación judicial la situación es bastante problemática. Conviene analizar entonces cómo debe proceder el juez cuando se pretende la declaratoria de responsabilidad subsidiaria de la matriz y aun no se ha terminado el proceso de liquidación judicial. Cuando no es posible establecer si los activos resultarán insuficientes para la cancelación de los pasivos y en qué cuantía, nos encontramos ante un daño puramente hipotético que no puede ser indemnizado. En consecuencia, las pretensiones del demandante están llamadas al fracaso debido a la inexistencia del daño, elemento central de la responsabilidad (el simple temor del no pago por parte de la controlada, no da lugar a predicar la responsabilidad subsidiaria de la matriz).

Por el contrario, en teoría es posible admitir la existencia de un daño cierto en los casos que el demandante logre acreditar en el proceso de responsabilidad, que aun sin que haya culminado la liquidación judicial existen elementos de juicio que permiten demostrar suficientemente que su crédito resultará insatisfecho y en qué medida. Se trata de un problema de índole puramente probatoria, que consiste en determinar si se puede considerar como virtual el hecho de la insatisfacción del crédito en determinada cuantía⁷⁸. Esta posibilidad, que resulta admisible en el campo teórico, puede ofrecer grandes dificultades prácticas al demandante pues lo usual es que la existencia del daño, representado por la porción impagada del crédito, esté sujeta a una serie de variables que lo tornen hipotético⁷⁹.

Legitimación. Continuando con el análisis de la estructura de la norma importa ahora hacer claridad acerca de quién es el legitimado para acudir a la jurisdicción a invocar en su favor la aplicación, cuestión que debe dilucidarse a partir de las relaciones entre acreedores y deudor.

Como en este caso lo que busca la norma es establecer una responsabilidad subsidiaria, esto es, afectar al pago de las acreencias de la empresa sometida a concurso uno o varios patrimonios distintos al del deudor principal, es obvio que son los acreedores quienes se encuentran legitimados por el precepto para recabar en su favor la referida responsabilidad subsidiaria. En otros términos:

⁷⁸ En esta hipótesis la prueba pericial sería el medio más adecuado para establecer los supuestos del daño futuro.

⁷⁹ Este es el caso de los siguientes factores: valores de enajenación de los activos a liquidar, cuantía y calificación de los créditos a cargo de la sociedad controlada, exclusión de activos de la masa a liquidar, incorporación de activos la masa en virtud de acciones revocatorias o de simulación, etc.

que un tercero pague por el deudor beneficia a los acreedores no a aquél que, en virtud de la subrogación, seguirá siendo responsable.

Durante la vigencia del párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 se presentaron demandas por parte del liquidador de la controlada, pretendiendo que la matriz fuera declarada responsable subsidiariamente del pago de los pasivos. Sin embargo, con razón la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia negó los argumentos del demandante y prohijó la interpretación del Tribunal de segunda instancia, que negaba al liquidador la legitimación para el ejercicio de esta acción⁸⁰. Esta doctrina es plenamente aplicable al artículo 61 de la ley 1116 de 2006, toda vez que el texto de la norma no ha variado en el aspecto sustancial de la institución.

Como la acción consagrada en el artículo 61 de la ley 1116 no tiene el carácter de reintegradora del patrimonio de la concursada –como si lo tienen la revocatoria y la de simulación- sino que es de responsabilidad, el interés de parte corresponde sólo a los terceros afectados por la insolvencia que son los acreedores y, por lo tanto, el liquidador no está legitimado para actuar en nombre de ellos, pues no los representa.

Caducidad. El artículo 61 de la ley 1.116 de 2006 dispuso que la acción analizada tiene un plazo de caducidad de cuatro años. La norma no precisa desde qué momento deberá computarse dicho plazo y por ello es preciso acudir a los principios generales sobre la materia. Tratándose de caducidad en asuntos de responsabilidad, la doctrina y la jurisprudencia se orientan porque el cómputo de dicho plazo comience desde el momento en que el daño se hace evidente. Por lo tanto, en este caso considero que el término de caducidad empieza a correr desde el momento en que termina el proceso de liquidación judicial y se conoce con absoluta certeza cuáles créditos resultaron insatisfechos y en qué cuantía.

Procedimiento. El inciso final del artículo 61 de la ley 1116 estableció que la demanda deberá ser tramitada por el Juez del Concurso mediante el proceso abreviado.

2.3. Responsabilidad por la administración y control de la empresa unipersonal.

Pueden ser responsables por la situación de crisis en la empresa unipersonal, tanto los administradores como el titular de las cuotas.

2.3.1. Responsabilidad de los administradores. Según lo dispuesto en el artículo 73 de la ley 222 de 1995, la responsabilidad de los administradores de la empresa unipersonal está sujeta al régimen general de las sociedades, al que ya se hizo referencia en la sección 2.1.

⁸⁰ Sentencia de casación civil del 3 de agosto de 2006, exp. 2002-0364-01, M. P. Manuel Isidro ARDILA VELÁSQUEZ.

2.3.2. *Responsabilidad del titular de las cuotas y del administrador por utilización de la empresa en fraude a la ley.* El párrafo del artículo 71⁸¹ de la ley 222 de 1995, estableció una institución de responsabilidad orientada sobre los desarrollos de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica o *disregard*. Dentro del estudio de la responsabilidad en el contexto de la actuación societaria y de la empresa unipersonal es necesario tener en cuenta la doctrina del *disregard*⁸² o allanamiento de la personalidad jurídica, que si bien no ha sido prevista por la legislación colombiana de una manera general, es la fuente inspiradora de algunas disposiciones⁸³.

La doctrina ha señalado que “en ciertos supuestos puede prescindirse de la concepción de la sociedad como una persona jurídica independiente, y prestarse adecuada atención a los reales titulares o a los reales intereses que se actúan a través de la forma societaria”⁸⁴. Esta teoría es una creación jurisprudencial norteamericana a partir de consideraciones de equidad.

Orientado por estos principios, el párrafo del artículo 71 de la ley 222 de 1995⁸⁵ establece una responsabilidad solidaria del titular de las cuotas y de los administradores. Esta responsabilidad obedece a los siguientes principios:

1. El supuesto de aplicación lo constituyen actos en fraude a la ley o en perjuicio a terceros sean realizados con culpa.
2. La norma compromete la responsabilidad tanto del titular de las cuotas como la de los administradores, aceptando expresamente que éstos últimos pueden abusar de la personalidad jurídica.
3. El principio no se limita a obligar a resarcir los perjuicios causados, que sería el efecto propio de la responsabilidad civil tradicional; sino que expresamente señala que quienes hayan realizado, participado o facilitado en el acto defraudatorio responden solidariamente de las obligaciones nacidas de tales actos. Esto significa, que la obligación que en principio se habría de radicar en cabeza de la persona jurídica que conforma la empresa unipersonal, termina vinculando a

⁸¹ “Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.”

⁸² Juan M. DOBSON define este fenómeno en los siguientes términos: “Se trata de un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se haya revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derechos frente a una situación particular.” Cfr., de dicho autor, *El Abuso de la Personalidad Jurídica*. Núm. 3, Pág. 11. Buenos Aires. 2ª edición. Ediciones Depalma. 1991.

⁸³ Así lo reconoce la sentencia del 3 de agosto de 2006 de Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia a la cual hice referencia en el párrafo anterior.

⁸⁴ LE PERA, Sergio, *Cuestiones de Derecho Mercantil Moderno*, Buenos Aires, Ed. Astrea, Pág. 137.

⁸⁵ Expresa: “Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”

- los partícipes del fraude, pues la ley realmente desestima o hace caso omiso de la personería jurídica en ese caso concreto.
4. La norma tiene una enunciación general y es aplicable a una serie muy amplia de situaciones en materia de empresas unipersonales.

3. Responsabilidad de los administradores por el manejo inadecuado de la situación de crisis o insolvencia empresarial

Los administradores son los principales llamados a afrontar la situación de crisis económica. En efecto, la administración es una función especializada, que se ocupa de la particularidad de los asuntos sociales y se refiere concretamente al manejo de los bienes y negocios sociales. En consecuencia, el manejo de la crisis es un fenómeno que corresponde primordialmente a la administración de la sociedad y por esta razón en esta sección me limitaré a analizar los rasgos principales de la responsabilidad de los administradores por el manejo inadecuado de la situación de crisis empresarial.

Es usual que la conducta de los administradores no sea la causa de la crisis o insolvencia empresarial, la cual puede ser generada por coyunturas y riesgos económicos del mercado insalvables para el administrador. Sin embargo, es preciso observar que una vez se presenta la situación de crisis, el administrador está obligado a adoptar diligente y oportunamente medidas económicas y jurídicas para la protección de la empresa, pues una conducta omisiva, inoportuna o imperita puede causar graves daños a la sociedad, socios y terceros. En este punto, me remito a lo expuesto en cuanto al régimen de la responsabilidad de los administradores expuesto en la sección 2.1. de este escrito. Además de las cuestiones generales allí tratadas, es importante tener en cuenta las siguientes particularidades en cuanto a la responsabilidad por manejo inadecuado de la situación de crisis empresarial:

3.1. La disolución de la sociedad por pérdidas. El artículo 458 del Código de Comercio impone a los administradores de las sociedades anónimas la obligación de abstenerse de iniciar nuevas operaciones y de convocar de manera inmediata a la asamblea general de accionistas una vez se presente la causal de disolución prevista en el ordinal 2º) del artículo 457; es decir, cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del 50% del capital suscrito. La inobservancia de este precepto hará solidariamente responsables a los administradores, de los perjuicios que se causen a los accionistas y a terceros por las operaciones que se lleven a cabo con posterioridad al acaecimiento de la causal. Esta norma es aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada en virtud de los artículos 370 y 372 del Código de Comercio y a las sociedades en comandita por acciones en virtud del artículo 352 del mismo estatuto.

La norma introduce de forma explícita dos obligaciones muy claras en cabeza de los administradores: la de abstenerse de iniciar nuevas operaciones y la de

convocar a la asamblea de accionistas para informarle la ocurrencia de la causal de disolución. Como es apenas natural, los administradores podrán observar cabalmente estos mandatos en la medida en que estén realizando un atento seguimiento de la situación patrimonial y contable de la compañía.

REYES VILLAMIZAR señala que la causal de disolución mencionada, denota “claramente la intención de proteger la integridad del capital” y la prenda común de los acreedores. Este autor anota que se trata “de un mecanismo *preconcurso*, porque la notoria desproporción entre el capital y el patrimonio puede conducir a la liquidación obligatoria de la sociedad, por causa de imposibilidad para el cumplimiento de las obligaciones sociales”⁸⁶.

Es importante anotar que el artículo 23 de la ley 1.116 de 2006 dispone, como se explicó, que durante el trámite del proceso de reorganización queda suspendido de pleno derecho el plazo dentro del cual pueden adoptarse las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio social con el objeto de enervar la causal de disolución por pérdidas. Esta misma norma ordena que en el acuerdo deberán pactarse los términos y condiciones en que se subsanará esta situación.

3.2. Deberes de los administradores de las sociedades en crisis. El artículo 224 del Código de Comercio, incluido dentro del capítulo de disolución de las sociedades, introduce un principio general aplicable a todos los tipos sociales. Esta norma impone a los administradores de las sociedades que se encuentren en estado de cesación de pagos la obligación de abstenerse de iniciar nuevas operaciones y convocar de inmediato a los asociados, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que se causen a los asociados o a terceros por la infracción de este precepto.

La justificación económica de esta norma es evidente: de una parte, pretende evitar que la situación de insolvencia se agrave en perjuicio de la sociedad, de los asociados y especialmente de los acreedores; igualmente, facilita la adopción de medidas oportunas para impedir la extinción de la empresa.

Además de las obligaciones concretas que el artículo 224 del Código impone a los administradores de la sociedad que ha cesado en sus pagos, los administradores tienen el deber de realizar todos los esfuerzos tendientes a la reactivación de la empresa y a la superación de los motivos que la han llevado a una situación crítica. Esto se desprende del mandato que indica a los administradores que deben realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social, pues de no afrontar adecuadamente la crisis empresarial es evidente que será imposible seguir desarrollando las actividades propias de la compañía.

⁸⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Disolución y Liquidación de Sociedades*, ob. cit. Pág. 111.

Pesa pues sobre los administradores una típica obligación de medio, que consiste en acudir a los distintos mecanismos jurídicos y económicos que le faciliten a la sociedad el restablecimiento de su capacidad de pago y de generación de recursos. Atendiendo a las particulares condiciones de la compañía, los administradores deberán optar por la adopción de medidas administrativas y de reconducción empresarial, buscar una reestructuración de sus pasivos a través de negociaciones privadas con sus acreedores o adelantar el trámite de un acuerdo de reorganización.

Los administradores no pueden olvidar que su gestión debe ser oportuna y ágil en los momentos de crisis, pues la omisión de las medidas tendientes a la superación de la misma, constituye una conducta culposa y puede dar lugar a que surja la obligación de indemnizar los daños causados.

Por otra parte, si la crisis es de tal magnitud que determine la inviabilidad de la empresa, los administradores tienen el deber de proceder a tomar medidas oportunas para la liquidación judicial del patrimonio, de forma tal que se optimicen los recursos para la satisfacción del crédito.

Este es un punto sobre el cual debe llamarse la atención de los administradores, pues usualmente la capacitación profesional de los mismos se limita a contemplar las situaciones de éxito empresarial quedando un gran vacío para afrontar el oscuro y difícil panorama de la crisis, del que pueden salir muy mal librados si actúan de manera imperita.

3.3. Limitaciones jurídicas para afrontar la crisis. En los párrafos anteriores se enfatizó en el deber de adoptar medidas jurídicas para la protección de la empresa en crisis. En este punto es preciso advertir que la regulación de los supuestos de admisibilidad al trámite de un proceso de reorganización previstos en el artículo 9 de la ley 1.116 de 2006⁸⁷, pueden constituirse en un obstáculo para que el administrador acuda a la protección jurídica de la empresa establecida en el Régimen de Insolvencia Empresarial.

⁸⁷ "ARTÍCULO 9o. SUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD. El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente.

1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando:

Incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley.

2. Incapacidad de pago inminente. El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.

PARÁGRAFO. En el caso de las personas naturales comerciantes, no procederá la causal de incapacidad de pago inminente. Para efectos de la cesación de pagos no contarán las obligaciones alimentarias, ni los procesos ejecutivos correspondientes a las mismas."

En efecto, en el numeral primero de esta norma se optó por establecer de forma taxativa los casos en que el deudor se encuentra en cesación de pagos. Esta regulación puede implicar en ciertos casos para el administrador un obstáculo considerable para acudir a los mecanismos jurídicos de protección de la empresa.

Si bien el numeral segundo del artículo 9 parece ampliar las posibilidades para acceder a la negociación de un acuerdo de reorganización, al establecer como supuesto de admisibilidad la verificación de una situación de incapacidad de pago inminente, esta norma tiene igualmente algunos limitantes.

Como es apenas obvio, no podrá formularse reproche alguno al administrador que ha verificado la situación de crisis y no solicita la apertura de un proceso de reorganización por no reunirse los requisitos para ello. No obstante, cuando no se reúnan los requisitos legales para optar a la protección jurídica que ofrece el Régimen de Insolvencia, el administrador deberá buscar mecanismos económicos y jurídicos alternativos que le permitan dar un manejo adecuado a la situación de crisis. En esta hipótesis, el deber principal del administrador consiste en acudir a una asesoría oportuna y adecuada a las necesidades de la empresa; adicionalmente, el administrador deberá desplegar medidas encaminadas a la conclusión de acuerdos privados de reestructuración de pasivos y a la reconducción de las actividades sociales con la finalidad de atemperar la situación de crisis.

Es preciso observar que no deberá predicarse la responsabilidad del administrador que no obstante haber adoptado medidas oportunas y compatibles con la situación económica de la sociedad, no logre afrontar de manera exitosa la situación de crisis.

3.4. Daño y causalidad. Finalmente, el daño y la relación de causalidad merecen especial atención al momento de analizar la responsabilidad de los administradores por el manejo inadecuado de la crisis. Para que haya responsabilidad del administrador por el manejo de la crisis no basta con que se establezca que éste omitió culposamente sus funciones o que las medidas se adoptaron tardíamente o en forma inadecuada. Solo habrá responsabilidad del administrador, en la medida en que se pueda establecer que de haberse adoptado oportunamente los mecanismos que se echan de menos, la afectación de la sociedad, socios o terceros no se hubiera producido. En consecuencia, es posible que de crisis o insolvencia que sobrevino sin culpa del administrador sea de tal magnitud, que aun si éste hubiese reaccionado oportunamente habría sido imposible salvar la empresa y proteger los derechos de los accionistas y acreedores. En este supuesto, no hay responsabilidad del administrador por el manejo inadecuado de la crisis, porque no existe relación de causalidad entre su conducta y el daño experimentado por la sociedad, los asociados y los acreedores⁸⁸.

⁸⁸ Ma. Ángeles PARRA LUCÁN se refiere a este fenómeno en los siguientes términos: "Así, se ha entendido que, pese a concurrir negligencia grave por no haber procedido a la liquidación del patrimonio social a

4. Responsabilidad por los daños causados durante los procesos de reorganización y de liquidación judicial

La ley 1.116 de 2006 incorporó algunas normas especiales sobre responsabilidad de los sujetos que intervienen en los procesos de reorganización y de liquidación judicial o que se encuentran vinculados a la empresa que los tramita. Se trata de casos de responsabilidad por conductas realizadas en el marco de un acuerdo de reorganización o de liquidación judicial. Adicionalmente, en otras normas se establecen regulaciones que tienen una influencia directa en el régimen de la responsabilidad en el contexto de la empresa en crisis. En esta sección, se analizarán exclusivamente estos desarrollos especiales. La regulación general de la responsabilidad de los administradores, ya analizada en la sección 2.1., sigue siendo aplicable a quienes ostenten durante los procesos de reorganización tal calidad y al liquidador en el trámite de la liquidación judicial, ya que éste ostenta la calidad de administrador.

4.1. Responsabilidad solidaria de los administradores que actúan en contravención de los mandatos previstos en el artículo 17 de la ley 1116. En el artículo 17 de la ley se establece una serie de limitaciones a los actos de administración, disposición y enajenación de bienes del deudor a partir de la presentación de la solicitud de inicio de un proceso de reorganización

El párrafo primero del artículo citado, además de otras sanciones, prevé la responsabilidad solidaria de los administradores por los daños causados a la sociedad, a los socios y a los acreedores por estas conductas. Esta norma dispone igualmente que el trámite de las sanciones allí consagradas se adelantará de acuerdo a lo previsto en el artículo 8 de la ley, es decir, como incidente.

Resultan relevantes los siguientes aspectos:

(i) La declaratoria de responsabilidad supone que el administrador haya contribuido por acción o por omisión a la realización del acto prohibido por la norma. Según se consignó en este mismo capítulo, la responsabilidad de los administradores es personal y supone que el daño les sea imputable por acción u omisión al administrador. En este orden de ideas, si el representante legal de la sociedad procede a constituir una garantía sobre los bienes del deudor, no puede predicarse que por este acto respondan solidariamente los miembros de la junta directiva que no tuvieron injerencia alguna en la transacción.

través del cauce legalmente establecido, no hay relación de causalidad entre el daño producido y el incumplimiento de aquel deber en la Sentencia de 4 de noviembre de 1991. En el caso, parece relevante el dato de que la sociedad no tenía patrimonio suficiente para que los acreedores hubieran cobrado aun de seguir el procedimiento legal de liquidación". Ob. Cit., p. 1323.

(ii) Adicionalmente, es preciso observar que el párrafo segundo del artículo 17 de la ley establece la ineficacia de pleno derecho de los actos allí contemplados. En consecuencia, como el acto no produce efectos jurídicos se disminuye en gran medida la posibilidad de que se causen daños a la sociedad o a los socios. Como el acto no produce efectos, los perjuicios para la sociedad se contraerían a los costos en que incurrió la sociedad para la celebración del acto ineficaz (gastos notariales, registro, asesoría, etc.). Por otra parte, parece bastante remoto que el acto ineficaz cause perjuicios a los socios o a los acreedores de la sociedad que ha solicitado la admisión al proceso de reorganización, pues la ineficacia implica la ausencia de efectos jurídicos del mismo.

(iii) Finalmente, es preciso observar que esta norma no contempla la responsabilidad del administrador frente a la otra parte en el acto ineficaz. Por lo tanto, esta eventual responsabilidad, que puede tener alcances importantes, debe analizarse a la luz de las normas generales de la responsabilidad de los administradores y tramitarse por el cauce de un proceso ordinario separado.

4.2. Responsabilidad solidaria de los administrados, contadores públicos y revisores fiscales. Cuando no se relacionen, a sabiendas, en el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos obligaciones que no estuvieren registradas en la contabilidad, el artículo 26 de la ley 1.116 de 2006 contempla la responsabilidad solidaria de los administradores, contadores y revisores por los perjuicios ocasionados al acreedor afectado.

Esta norma merece los siguientes comentarios:

(i) Al igual que en todos los casos de responsabilidad, es necesario que la omisión sea imputable al administrador, contador o revisor demandado. No basta con que el sujeto al que se atribuye ostente el cargo que menciona la norma.

(ii) Si el acreedor cuyo crédito fue omitido en las circunstancias contempladas en la norma, formula oportunamente objeciones al proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y obtiene una decisión favorable, se descarta la posibilidad de la existencia de un daño cabeza suya y, por ello, no se podrá vincular la responsabilidad de los administradores, contador o revisor, pues el daño sólo surgiría en tanto el crédito resulte a la postre impagado, caso en el cual la hipótesis es distinta y su tratamiento ya fue analizado. En idéntico sentido, se descartará el daño cuando los demás acreedores en el acuerdo expresamente acepten la inclusión del acreedor no relacionado en el proyecto de calificación y graduación.

(iii) El daño al que hace referencia la norma supone que el acreedor no haya formulado oportunamente una objeción y por tal motivo no deba someterse a hacer efectivo su derecho persiguiendo los bienes que quedan al deudor una vez el acuerdo termine por cumplimiento o por incumplimiento.

(iv) En este caso, al contrario de lo que ocurre en el párrafo del artículo 17, la norma no establece expresamente que la reclamación deba tramitarse como incidente. Sin embargo me parece que no es este trámite incidental el adecuado, pues si bien el litigio es asunto relacionado con el proceso de insolvencia no puede calificarse como accesorio a éste. Además, teniendo en cuenta que ni los administradores, ni el contador, ni el revisor fiscal son partes del proceso, resultaría a todas luces inconveniente que se decida su responsabilidad mediante un simple incidente. Por lo tanto, deberán aplicarse las reglas generales en materia de competencia y procedimiento.

4.3. Responsabilidad subsidiaria de los administradores, socios o controlantes. El artículo 49 de la ley 1.116 de 2006 establece que cuando el juez del concurso verifique que el deudor no cumple con sus deberes legales, especialmente el de llevar la contabilidad de sus negocios de forma regular, podrá ordenar la disolución y liquidación del ente de conformidad con las reglas del Código de Comercio; dispone además la norma que en este evento los acreedores podrán demandar la responsabilidad subsidiaria de los administradores, socios o controlantes.

La redacción y el contenido de esta norma resultan a todas luces desafortunados. La disposición merece los siguientes comentarios:

(i) En primer término, resulta manifiestamente inconveniente la amplitud con la cual se ha redactado la disposición. Es criticable que ante la verificación por parte del juez del incumplimiento de los “deberes legales” del deudor se pueda ordenar la disolución y liquidación de la persona jurídica y que esto permita posteriormente perseguir la responsabilidad subsidiaria de administradores, socios y controlantes. Unas consecuencias de tal gravedad deben estar vinculadas al incumplimiento grave de deberes de especial relevancia y que tengan relación causal con el perjuicio sufrido por el acreedor. Por lo tanto, resulta dudosa la constitucionalidad de la norma, pues el principio de proporcionalidad indica que una sanción de tal gravedad debe estar aparejada a supuestos de hecho de igual gravedad. En cualquier caso, el intérprete de una norma sancionatoria tan vaga, deberá limitar sus efectos a los casos que se compadezcan con la magnitud de la sanción jurídica.

(ii) Por otra parte, resulta aún más grave que por el incumplimiento del deudor de sus “deberes legales, especialmente en cuanto a llevar contabilidad regular” se pueda, en consecuencia, perseguir la responsabilidad subsidiaria de los socios o controlantes. En el esquema normal del funcionamiento societario, el socio o controlante no tiene la posibilidad de fiscalizar día a día el cumplimiento de los “deberes legales” por parte de la sociedad, ni de verificar de manera continua que la contabilidad se lleve debidamente. No puede perderse de vista, de una parte, que el socio en algunos tipos sociales tiene limitado su derecho de inspección temporalmente y, de la otra, que no existe un mandato legal que imponga u obligue al socio o controlante a fiscalizar la actividad de la sociedad.

Por lo tanto, resulta muy inconveniente que se pueda derivar la sanción de responsabilidad subsidiaria en un supuesto en el cual el sujeto pasivo de la sanción no se encuentra, normalmente, en condiciones de fiscalizar de manera constante a la sociedad.

Para verificar la inconveniencia de la disposición, basta con imaginar el caso de una sociedad anónima abierta que tenga un número considerable de accionistas que ejercen su derecho de inspección una vez al año, por el término de 15 días. ¿Resultará proporcionado hacer responsables subsidiariamente a los accionistas, si se ordena la disolución y liquidación de la sociedad al verificar que la contabilidad no se lleva regularmente? Como máximo, sería proporcional predicar la aplicación de esta sanción al administrador, siempre que se trate de uno de aquellos administradores que tienen poderes y obligaciones relativos al manejo contable de la sociedad.

No puede perderse de vista que la limitación de la responsabilidad de los socios en los tipos sociales que la contemplan, debe excepcionarse únicamente en eventos de especial gravedad, pues de lo contrario se está generando un ambiente poco propicio para el desarrollo empresarial, con las consecuencias nocivas que esto puede tener para la economía nacional.

Por lo tanto, creemos que una interpretación racional de la norma, debe conducir a predicar responsabilidad únicamente en los casos en que socio o controlante hayan cometido alguna conducta culposa determinante del incumplimiento al cual se refiere el artículo 49 de Régimen de Insolvencia. La solución contraria implicaría la implantación de una responsabilidad típicamente objetiva, que resultaría no solo injustificada sino inconveniente. En primer lugar, la implantación de una responsabilidad objetiva se justifica teóricamente en los casos en que el responsable se encuentra en una situación fáctica o jurídica que le confiere poderes para evitar un daño, situación que no se presenta en todos los casos en la hipótesis que se viene analizando. Por otra parte, la implantación o la generalización de responsabilidades objetivas en materia de dirección y administración societaria puede generar resultados nefastos para la economía en general, ya que por esta vía se convertiría al controlante o accionista en un garante automático de la sociedad y se rompería el principio de limitación del riesgo que ofrecen ciertos tipos sociales, como incentivo a la actividad empresarial.

Por otra parte, debe destacarse que la responsabilidad que se contempla en la norma es subsidiaria. Por eso aplican a su análisis las consideraciones planteadas en sección en la cual se trató la responsabilidad de las matrices por las obligaciones de las controladas.

La norma no establece expresamente un procedimiento especial para el trámite de esta demanda indemnizatoria. Pero creo que no debe tramitarse la solicitud mediante un incidente, pues si bien el litigio es asunto relacionado con el proceso de insolvencia no puede calificarse como accesorio a éste. Además,

teniendo en cuenta la magnitud del asunto a decidir, resultaría desproporcionado su trámite mediante un simple incidente. Por lo tanto, deberán aplicarse las reglas generales en materia de competencia y procedimiento.

4.4. Responsabilidad de socios, administradores y revisores fiscales por el faltante del pasivo externo. El artículo 82 de la ley 1.116 de 2006 establece la responsabilidad de los socios, administradores y revisores por el pago del faltante del pasivo externo cuando su conducta dolosa o culposa haya desmejorado la prenda de los acreedores. Esta norma contiene elementos comunes a otras figuras de la responsabilidad que ya han sido comentadas en este capítulo, motivo por el cual me limitaré en este caso a hacer unas breves anotaciones y a remitir al lector al aparte correspondiente.

(i) La norma establece una responsabilidad de tipo subsidiario, al señalar que la responsabilidad se contrae al pago del faltante del pasivo externo. Para el análisis de este punto, remito al lector a las consideraciones expuestas en la sección 2.2. de este escrito.

(ii) Dispone la exoneración de los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o que hayan votado en contra, siempre que no la ejecuten. Esta causal de exoneración es idéntica a la prevista para el régimen de la responsabilidad de los administradores por el inciso segundo del artículo 200 del Código de Comercio, ya estudiado.

Sin embargo, vale la pena observar que resulta curioso que además de la oposición del socio a la decisión se le exija que no la ejecute. En los tipos societarios en los que la administración no corresponde por disposición legal a los socios, no son ellos los llamados a ejecutar las decisiones adoptadas por la asamblea, razón por la cual este requisito no estaría justificado⁸⁹, o sólo tendría sentido cuando el socio ejerciera al mismo tiempo la administración de la sociedad.

(iii) Establece la ley⁹⁰, igualmente, que en los casos de extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos se presume la culpa de quien intervino. En este caso, se adoptó una regulación casi idéntica a la prevista en los incisos segundo y tercero del artículo 200 del Código de Comercio para el régimen de responsabilidad civil de los administradores, cuestión ya estudiada.

(iii) El texto del artículo es claro al indicar que la regulación allí contenida es de orden público. Por lo tanto, se tienen por no escritas las cláusulas contractuales que tengan por finalidad morigerar o limitar la responsabilidad allí prevista.

(iv) Por otra parte, el inciso final de la norma reitera la disposición contenida en el artículo 24 de la 222 de 1995 (que adicionó el artículo 200 del Código de

⁹⁰ Artículo 82 de la ley 1.116 de 2006.

Comercio). Estas normas disponen que cuando el administrador sea una persona jurídica, la responsabilidad recaerá sobre ella y sobre la persona que actúe como su representante legal.

(v) La norma señala expresamente que corresponde al Juez del Concurso conocer de la demanda promovida por el acreedor por el trámite del proceso abreviado, el cual será adelantado de forma independiente al trámite de la insolvencia.

4.5. Extensión del régimen de la responsabilidad civil de los administradores a todas las formas de organización empresarial. El Régimen de insolvencia ordena⁹¹ que los acuerdos de reorganización incluyan un Código de Gestión y Ética empresarial.

Adicionalmente, establece que los administradores de todas las empresas de naturaleza no asociativa, estarán sujetos, en forma acorde con su organización, al régimen de deberes y responsabilidad de los administradores consagrado en los artículos 23 y 24 de la ley 222 de 1995. En consecuencia, el régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades tiene vocación de convertirse en un régimen general de responsabilidad del administrador de empresas.

4.6. Balance general de la regulación introducida por la ley 1.116 de 2006 en materia de responsabilidad civil. Como puede advertirse de la lectura de los párrafos anteriores y de los comentarios formulados al artículo 61 del Régimen de Insolvencia (cfr. 2.2), la regulación introducida por la ley 1.116 en materia de responsabilidad civil por la administración y dirección empresarial en el contexto de la crisis presenta algunas inconsistencias. En varias ocasiones, estas deficiencias obedecen a la falta de técnica para concebir los supuestos que deben dar lugar a la responsabilidad del administrador, socio o controlante; en otros casos, en el afán de introducir un régimen severo y eficaz, se introdujeron normas que interpretadas aisladamente pueden conducir a resultados ilógicos.

En esta oportunidad, conviene retomar una idea planteada en la sección introductora de este escrito: es deseable que la responsabilidad por la adopción de decisiones en materia de control y administración sea eficaz y propenda por la profesionalización de la actividad. Sin embargo, la legislación debe consultar las particularidades de la dirección y administración societaria, ya que un régimen severo en exceso conducirá tanto a la adopción de decisiones injustas frente a quien tomó la decisión, como a resultados nocivos para la economía, los acreedores, trabajadores e inversionistas de la organización empresarial.

⁹¹ Artículo 78 de la ley 1.116 de 2006.

BIBLIOGRAFIA

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. 2ª edición. ABC. 1972.
- DOBSON, Juan M. El Abuso de la Personalidad Jurídica. Buenos Aires. 2ª edición. Ediciones Depalma. 1991.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis; GARCÍA-PITA PAEMÁN, Daniel Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Antonio. J. & A. Garrigues Abogados. Responsabilidad de Consejeros y Altos Cargos de Sociedades de Capital. Madrid. McGraw – Hill. 1996.
- GARRETA SUCH, José María. La Responsabilidad Civil, Fiscal, y Penal de los Administradores de las Sociedades. Madrid. 4ª edición. Marcial Pons. 1997
- GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique, Nuevo Régimen de Sociedades – Comentario General. Medellín. 1996.
- LE PERA, Sergio. Cuestiones de Derecho Mercantil Moderno, Buenos Aires, Ed. Astrea. 1999.
- LONDOÑO ARANGO, Maximiliano. La Responsabilidad Civil de los Administradores, Trabajo de Grado. Universidad Pontificia Bolivariana – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín. 2002.
- PALMITER, Alan R. Deberes Fiduciarios de los Administradores de Empresas en los Estados Unidos. Conferencia dictada en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial. El Derecho Societario Contemporáneo. Bogotá. Cámara de Comercio de Bogotá. 1996.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles Responsabilidad Civil de los Administradores de Sociedades. Tratado de la Responsabilidad Civil, L. Fernando REGLERO CAMPOS (Coordinador). Aranzadi. 2002.
- PAZ-ARES, Cándido. La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. Working paper No. 162, publicado en . Última visita al sitio febrero 7 de 2007.
- PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. El buen hombre de negocios y la crisis empresarial. Nuevos Retos del Derecho Comercial (autores varios). Medellín. Diké. 2000
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma Al Régimen De Sociedades y Concursos. Bogotá. Temis 1999.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. Disolución y Liquidación de Sociedades. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1998.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. T. I. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1996

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, T. I, Bogotá, Ed. Temis. 1999.

VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice, Traité de Droit Civil, Les Conditions de la Responsabilité. 2^a Ed. L.G.D.J. Paris. 1998.