

UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

**IDONEIDAD DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN
COLOMBIA COMO MECANISMO DE RECOMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO
SOCIAL Y PROTECCIÓN A LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS**

TANNIA ANDREA VALENZUELA RODRIGUEZ

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO - ÁREA DE PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO
PRIVADO ECONÓMICO
BOGOTÁ, COLOMBIA
2021

**IDONEIDAD DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN
COLOMBIA COMO MECANISMO DE RECOMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO
SOCIAL Y PROTECCIÓN A LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS**

TANNIA ANDREA VALENZUELA RODRIGUEZ

Tesis final de maestría para optar por el título de:
MAGISTER EN DERECHO

Director

Dr. Mauricio Osorio Moreno

Codirector:

Dr. Sebastián Salazar Castillo

Línea de investigación

Derecho privado económico

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO - ÁREA DE PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO
PRIVADO ECONOMICO
BOGOTA, COLOMBIA
2021

A mis padres y hermanos

Declaración de obra original

Yo declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto).

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.



TANNIA ANDREA VALENZUELA RODRIGUEZ
12/11/2021

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, a Dios por darme nuevamente la salud física y mental para asumir el reto de ser magister en derecho. Soy consciente de los esfuerzos y sacrificios y por eso me celebro y valoro tener la vida para continuar haciendo las cosas que más me apasionan, leer, escribir, investigar y estudiar.

Al profesor Mauricio Osorio por inspirarme a asumir este reto a través de sus clases de derecho societario, por asumir con completa responsabilidad y pasión el rol de ser un director impecable. Sus exigencias y correcciones sobre este trabajo final me llevaron a esforzarme y alcanzar este resultado, el cual confío sea de provecho para la investigación académica dentro del análisis económico del derecho societario.

A la Universidad Nacional de Colombia por ser mi casa de estudios por adopción, permitirme estudiar una especialización en derecho comercial y abrirme nuevamente las puertas para ser magister en derecho y auxiliar de investigación.

Por último, pero no menos importante, a mi familia por creer en mí y comprender que las horas dedicadas a este trabajo final, iba a superarnos e iba a exigir que el tiempo para y por ellos, sería cedido como un préstamo a la academia.

Espero con esta tesis contribuir un tanto a la investigación actual en Colombia sobre las reformas que nuestro sistema societario requiere, en especial en torno al régimen de administradores.

RESUMEN

IDONEIDAD DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN COLOMBIA COMO MECANISMO DE RECOMPOSICIÓN DEL PATRIMONIO SOCIAL Y PROTECCIÓN A LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS

La acción social de responsabilidad en Colombia es el mecanismo para la protección y recomposición del patrimonio social cuando este se ve deteriorado por las acciones u omisiones de los administradores. No obstante, este mecanismo no es suficientemente idóneo por su sistema de aprobación que exige la anuencia del 50% + 1 del máximo órgano social.

En los casos donde existe un accionista mayoritario que tenga influencia sobre el administrador, será virtualmente imposible aprobar dicha acción. En estas situaciones se plantea un enfoque bajo el cual el administrador social puede ser visto no necesariamente como un infractor, sino como un actor de mercado sujeto a un dilema del prisionero.

A través del presente trabajo se realizará un análisis económico del derecho para otorgar mecanismos transitorios y permanentes para la que la sociedad pueda proteger directamente su patrimonio, tales como la reducción de asimetría de información, la limitación de los beneficios privados de control, la creación de incentivos legales, las buenas prácticas que trae el gobierno corporativo, la creación de disuasivos legales modelo para implementar medidas de protección suficiente al patrimonio social en Colombia o alternativas como la implementación de la acción derivada complementaria a la acción social de responsabilidad.

Palabras clave: Acción social de responsabilidad, análisis económico del derecho, administrador, teoría de juegos, patrimonio social.

ABSTRACT

APPROPRIATENESS OF THE CORPORATE LIABILITY ACTION IN COLOMBIA AS A MECHANISM FOR REBUILDING THE SOCIAL EQUITY AND THE PROTECTION OF MINORITY SHAREHOLDERS

The corporate liability action in Colombia is the mechanism for the protection and rebuilding the social equity when it is impaired by the actions or omissions of the administrators. However, this mechanism is not sufficiently appropriate due to its approval system that requires the consent of 50% + 1 from the highest corporate body.

In cases where there is a majority shareholder with influence over the administrator, it will be virtually impossible to approve such action. For these situations it is proposed an approach, whereby the administrator can be considered not necessarily as a law breaker, but a market player subject to a prisoner's dilemma.

Through this work, an economic analysis of the law will be carried out to grant provisional and permanent mechanisms for which the company can directly protect its equity, such as the reduction of information asymmetry, the limitation of private control benefits, the creation of legal incentives, good practices from corporate governance, the creation of model legal disincentives to implement sufficient protection measures for social equity in Colombia, or alternatives such as the implementation of the derivative action, complementary to the corporate liability action.

Keywords: corporate liability action, economic analysis of law, administrator, game theory, social equity.

TABLA DE CONTENIDO

I. LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN COLOMBIA

1. Limitaciones de la acción social de responsabilidad que le impiden ser un remedio idóneo en el ordenamiento jurídico colombiano.

2. Concepto y características de la acción social de responsabilidad

2.1. Elementos y requisitos de la acción social de responsabilidad

2.1.1. Legitimación en la causa por activa

2.1.2. Legitimación en la causa por pasiva

2.1.3. El patrimonio social

3. Deberes de los administradores

3.1. Deber de lealtad

3.2. Deber de diligencia

3.3. Deber de Buena fe

4. Antecedentes legales de la responsabilidad de los administradores en Colombia

4.1. Exposición de motivos de la Ley 222 de 1995 como norma regulatoria de la acción social de responsabilidad

4.2. La frustrada reforma al régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia

5. Ejercicio de la acción social de responsabilidad en el caso colombiano

6. Mecanismos alternativos dispuestos en el ordenamiento colombiano

6.1. Acción individual

6.2. Abuso derecho de voto

6.3. Nulidad de las actuaciones

II. ANÁLISIS DE LA FALTA DE IDONEIDAD DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN COLOMBIA

- 1. Análisis de la falta de idoneidad de la acción social de responsabilidad en Colombia como mecanismo de recomposición del patrimonio social y protección a los accionistas minoritarios**
- 2. Problemas de agencia de los administradores**
- 3. Eficacia de los sistemas judiciales para la protección del patrimonio social**

3.1. Tradición jurídica para la implementación de herramientas de recomposición de patrimonio social y protección de accionistas

III. REMEDIOS A LA FALTA DE IDONEIDAD DE LA ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD BAJO LA PERSPECTIVA DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO SOCIETARIO

- 1. Equilibrio entre el cumplimiento de los deberes del administrador y la regla de discrecionalidad**
- 2. Economía conductual de los administradores frente a la acción social de responsabilidad**
- 3. Teoría de juegos y los incentivos económicos en las actuaciones de los administradores**
- 4. Estrategias del análisis económico del derecho societario para mitigar los problemas de agencia**
 - 4.1. Divulgación de información *ex ante*
 - 4.2. Límite a los beneficios privados de control
 - 4.3. Control de la asimetría de información entre administradores y accionistas
 - 4.4. Revisión *ex post*

IV. REMEDIOS LEGALES A LA FALTA DE IDONEIDAD DE LA ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

- 1. Gobierno corporativo**
- 2. Incentivos económicos como herramienta de optimización de la gestión de los empresarios**
- 3. Disuasivos legales para prevenir las conductas que afectan el patrimonio social a causa de la gestión de los administradores**

4. Mecanismos legales dispuestos en el derecho comparado para proteger el patrimonio de la sociedad.

5. Propuesta de reforma al régimen de administradores por la Superintendencia de sociedades año 2021

5.1. Mecanismos ex ante dentro del proyecto de ley de la Superintendencia de sociedades del año 2021

5.2. Mecanismos ex post dentro del proyecto de ley de la Superintendencia de sociedades del año 2021

V. CONCLUSIONES

VI. BIBLIOGRAFIA

I. LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN COLOMBIA

“El desarrollo de un sistema legal no se logra a partir de diatribas fulminantes contra el irrespeto por el estado de derecho, ni con sermones elocuentes sobre la necesidad de obedecer la ley, sino, más bien, mediante el diseño de reglas de juego que se ajusten en tal grado a las condiciones locales que sean de fácil uso por las personas llamadas a hacerlo”
R Proud (1910)

En Colombia, las sociedades comerciales están expuestas a múltiples riesgos económicos, entre ellos, las actuaciones que se generan al interior de la sociedad con intenciones lesivas detrás de apariencias de legalidad. Para desarrollar mejor esta idea, se dirá que uno de estos riesgos son los asociados a la indebida gestión de los administradores con o sin anuencia de los accionistas controlantes, con actuaciones vestidas de legitimidad, pero que realmente están afectando el patrimonio de la sociedad y consecuentemente a los accionistas minoritarios.

Alrededor de este riesgo, existe una problemática en Colombia frente a los controles judiciales que protejan el patrimonio social y a su vez sancionen las conductas reprochables de los administradores cuando incumplen sus deberes.

Actualmente dentro del ordenamiento jurídico colombiano existe la acción individual de responsabilidad, la nulidad de los actos defraudatorios y el mecanismo principal denominado acción social de responsabilidad consagrado en el artículo 25 de la ley 222 de 1995, a través de la cual se puede sancionar la conducta de los administradores cuando ocasionan perjuicios directos contra el patrimonio social, siendo esta última acción la que permite reclamar los perjuicios directamente por la sociedad.

Sin embargo, el principal problema de este mecanismo en nuestro país tal y como está planteada en la ley 222 de 1995 es la dificultad para promoverla. Si bien sus efectos buscan la remoción del administrador y la recomposición del patrimonio social, en la práctica es casi inviable ejercerla debido a su sistema de aprobación para invocarla y así lo demuestra la Superintendencia de sociedades (2014):

La regla del artículo del artículo 25 ha hecho inviable, en la práctica, el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad en hipótesis de expropiación de minoritarios. Ello obedece a que, cuando el controlante se ha apropiado de recursos de la compañía en su calidad de administrador o con el concurso de los administradores, será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad en la asamblea general o junta de socios. En verdad, conforme a la ley de las mayorías, la decisión de presentar la acción social dependerá del voto del mismo controlante que se lucró por la actuación desleal reprochada. Parece entonces poco probable que el controlante decida tramitar un proceso judicial en contra de sí mismo o de las personas que le permitieron apropiarse de recursos sociales en forma irregular (p.9)

Tal y como se evidencia en líneas anteriores, la Superintendencia de Sociedades detectó esta problemática que ostenta la acción social de responsabilidad e hizo un gran énfasis de la misma en el icónico caso de Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil, Alejandro Hakim Dow, José Alejandro Samper Carreño, Jaime Cano Fernández y José Mauricio Rodríguez Morales, por la gestión de negocios dentro de la sociedad Gyptec S.A. Sentencia que fuera generada en el año 2014 y que aun para el año 2021 subsiste el problema sin una reforma a la ya identificada y poco idónea acción social de responsabilidad, pese a los intentos fallidos de reformas legales que han cursado en el congreso de la Republica, entre ellas por ausencia voluntad del gobierno y cambios de legislatura que no han salido avante, los cuales se expondrán más adelantes.

En este caso emblemático de la sociedad Gyptec S.A, se demandó el incumplimiento a los deberes de administrador al realizar préstamos, pago de honorarios y anticipos injustificados, conflicto de intereses (entre tantos, por el hecho de ser una sociedad familiar), lucro indebido por la valorización de inmuebles de la sociedad, disputa por la compra de inmuebles que se realizaron con giro de dineros del padre del demandante y demandado y por lo tanto la expropiación de los intereses como accionista minoritario.

En este caso, el demandante no pudo ejercer la acción social de responsabilidad, debido a que este era un minoritario que no contaba con la anuencia de votos necesaria para ejercer la acción en contra del administrador y accionistas controlantes, que además son sus familiares y no iban a votar para invocar una acción en contra de sí mismos. Es así y en palabras de la Superintendencia de Sociedades, que el principal mecanismo previsto en nuestro ordenamiento para hacer efectiva la responsabilidad de los administradores es la denominada acción social consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995:

“Al invocar esta vía judicial, una compañía puede reclamarles a sus administradores los perjuicios derivados de la violación de los deberes legales a cargo de estos funcionarios. Para tales efectos, bajo la regla prevista en el citado artículo 25, la decisión de iniciar una acción social de responsabilidad debe ser aprobada con el voto positivo de la mayoría de las acciones o cuotas sociales representadas en la respectiva reunión. Este sistema de autorización previa permite que los asociados puedan deliberar acerca de la conveniencia de controvertir la responsabilidad de los administradores, de modo que la demanda correspondiente se interponga tan sólo cuando obedezca a los mejores intereses de la sociedad.” (Superintendencia de Sociedades, 2014)

En este fallo se declaró el incumplimiento de los deberes a cargo de los administradores de Gyptec S.A., al participar en operaciones viciadas por conflictos de interés sin contar con la autorización exigida, así mismo se declaró la nulidad absoluta de todos los actos y contratos donde los administradores y controlantes recibieron de la sociedad cuantiosas sumas a título de préstamos y anticipos.

En suma de lo anterior, lo más importante de este emblemático fallo, no fue solo que se decretara la responsabilidad de los administradores, sino el análisis tal y como se presentará a lo largo de este escrito, que inicialmente y para el año 2014 detectó a través de este caso la Superintendencia de Sociedades, evidenciando la falta de idoneidad que tienen la acción social de responsabilidad debido a su sistema de aprobación por la legitimación en la causa que está únicamente en cabeza de la sociedad quien sufre los perjuicios directos.

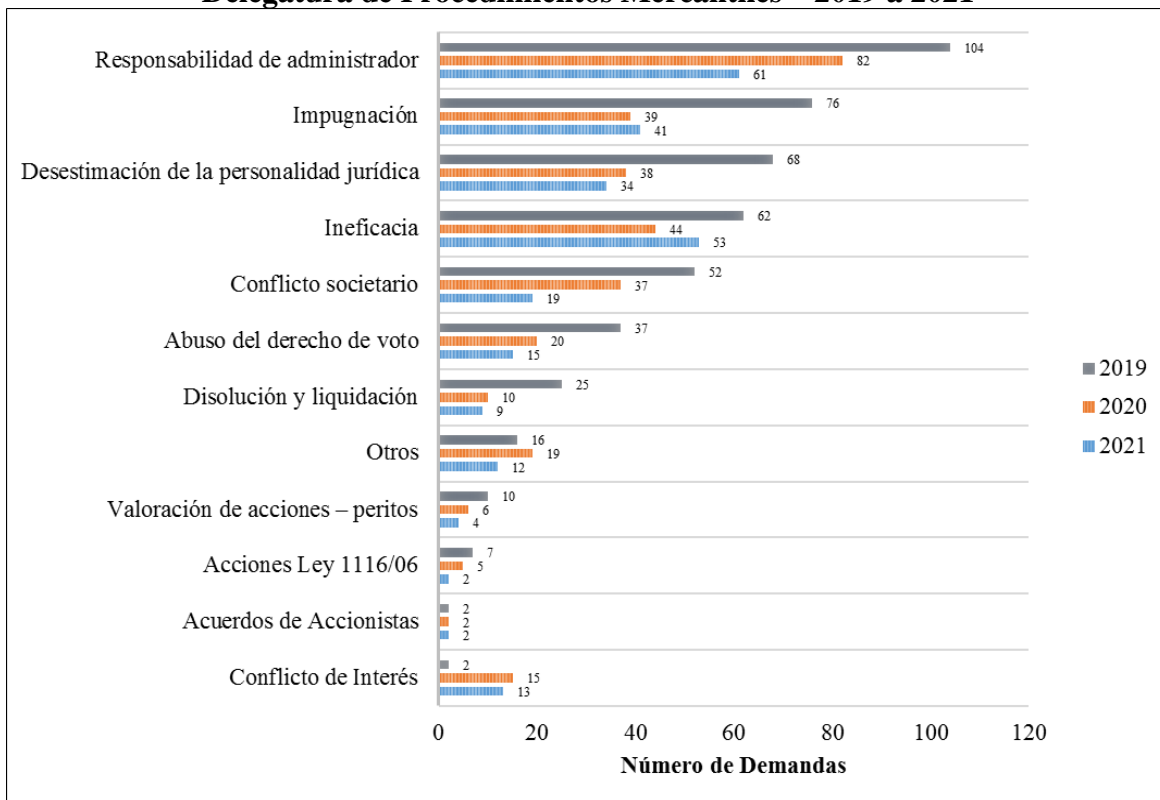
Así mismo dentro de esta sentencia se analizaron los mecanismos alternos que tienen los accionistas minoritarios perjudicados y que no cuentan con la anuencia de los votos para ejercer la acción social de responsabilidad, pero tienen acciones como la individual de responsabilidad y la declaratoria de nulidad de las actuaciones. Por lo tanto, dentro de este importante fallo se pone de presente la importancia que representa para Colombia el hecho de que “organizaciones supranacionales tales como la OCDE y el Banco Mundial suelen medir el grado de desarrollo de las instituciones de un país a partir de su capacidad para precaver o remediar la expropiación de minorías” (Superintendencia de Sociedades, 2014, p. 7)

Derivado de esto y gracias a este fallo, la Superintendencia de Sociedades puso en evidencia los problemas que tiene la acción social de responsabilidad tal y como está planteada en Colombia, por lo cual exploró alternativas dispuestas en el derecho comparado, generando propuestas de

valor para reformar al sistema de aprobación de dicha acción y que se desarrollarán líneas adelante.

Por lo tanto y de conformidad con la problemática ya identificada que presenta la acción social de responsabilidad, a continuación se mostrará el panorama actual de las acciones que se presentan y tramitan ante la Superintendencia de Sociedades por medio de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, cifras que indican la importancia de esta acción en Colombia ya que durante los años 2019 a 2021 fue la acción que más se presentó ante esta delegatura en Colombia, dando cuenta que al ser la acción más invocada, debería ser la más idónea para las sociedades que buscan la recomposición del patrimonio social y la remoción de los administradores que actúan en perjuicio de la misma:

CARACTERIZACIÓN DE DEMANDAS Delegatura de Procedimientos Mercantiles – 2019 a 2021



Tomado de: Peña, M. (23 y 24 de agosto De 2021) *El futuro del Derecho Societario en Colombia*. Universidad de los Andes, Bogotá.

Durante el año 2019 la Delegatura de Asuntos Mercantiles conoció de 104 acciones sociales de responsabilidad en Colombia, a su vez en el año 2020 de 82 acciones y para lo transcurrido hasta el mes de agosto del año 2021 ha conocido de 61 de estas mismas acciones, siendo la mayor cada año en comparativa con otro tipo de acciones como la impugnación, desestimación de la personalidad jurídica o conflictos societarios. De este modo, se evidencia la importancia de esta acción en Colombia, pues es la más presentada por las sociedades y a la que más se recurre para la recomposición del patrimonio y remoción de los administradores.

Es por lo tanto de suma importancia, lograr que la acción social de responsabilidad sea lo suficientemente idónea, pues es el principal mecanismo en Colombia llamado a proteger y recomponer el patrimonio empresarial a causa de acciones u omisiones de los administradores, de manera que a lo largo del presente texto se analizarán las limitaciones tal y como está planteado este mecanismo dispuesto en el artículo 25 de la ley 222 de 1995.

1. Limitaciones de la acción social de responsabilidad que le impiden ser un remedio idóneo en el ordenamiento jurídico colombiano

Desde el año 2012, la Superintendencia de Sociedades creó un foro especializado de resolución de disputas societarias que ha resuelto numerosos casos relacionados con la responsabilidad de los administradores, los cuales se conocían previamente y escasamente por las Cortes que no eran especializadas en el análisis societario y económico del derecho sobre los mismo. Es la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, quien a través del conocimiento de las situaciones en contra de los administradores, ha permitido a la doctrina dar un nuevo enfoque especializado y técnico sobre las vicisitudes que se presentan dentro del análisis de conflictos en contra de administradores y sus responsabilidades, de manera que ha creado informes que permiten revisar

los casos más emblemáticos por especialidad y para la revisión que nos ocupa, sobre la acción social de responsabilidad.

Es por lo tanto y gracias a estos informes, que se analizarán algunos fallos de la Superintendencia de Sociedades donde la acción social de responsabilidad fue un mecanismo idóneo para sancionar la conducta de administrador y recomponer el patrimonio social, pero así mismo y de forma paralela aquellos casos donde no fue una acción idónea y abre la posibilidad de replantear una reforma a la misma.

Uno de estos casos, es la disputa presentada entre Loyalty Marketing contra la señora Shirley Natalia Ávila Barrios resuelto en fallo 2013-801-076 donde esta última en calidad de administradora celebró múltiples operaciones respecto de las cuales tenía un conflicto de interés en su calidad de administradora: suscribió contratos con su cónyuge, realizó préstamos a nombre propio y ejecutó gastos personales como viajes y compras sin ningún tipo de relación con el objeto social de la empresa, evidentemente sin autorización de la asamblea general de accionistas, donde se pudo declarar las múltiples violaciones a los deberes como administradora, razón por la cual la Superintendencia de Sociedades indicó:

El sistema previsto en el ordenamiento societario colombiano combina la obligación de surtir un trámite de autorización, con la posibilidad de solicitar la revisión judicial de operaciones viciadas por un conflicto (...) cuando no se cuente con una autorización impartida válidamente por la asamblea general de accionistas, será posible comprometer, ante las instancias judiciales, la responsabilidad de los administradores sociales. Bajo esta hipótesis, los administradores se verán obligados a resarcir los perjuicios sufridos por la compañía o sus

accionistas por virtud de la celebración de negocios jurídicos respecto de los cuales existió un conflicto de interés (Superintendencia de sociedades, 2013)

Si bien el objeto principal de este caso fue la revisión de un conflicto de intereses, derivó en el análisis si los “negocios jurídicos viciados por conflictos de interés pueden usarse para defraudar recursos sociales, es perfectamente posible que tales operaciones le reporten importantes beneficios a la compañía” (Superintendencia de Sociedades, 2013, p. 7), sin embargo en el caso en concreto, estas operaciones no dieron cuenta de un beneficio a la sociedad que no cumplieron con los deberes de diligencia, buena fe y se envolvían en un contexto de conflicto de interés que dio lugar al inicio de la acción social de responsabilidad.

Con lo anterior se evidencia, que potencialmente los procedimientos para detectar si una operación es o no conflictiva, pueden derivar en el inicio de una acción social de responsabilidad y estas efectivamente prosperan cuando el administrador no se ve influenciado por algún accionista controlante.

También esta acción prospera cuando los accionistas mayoritarios no ostentan la calidad de gerentes y sobre todo prospera cuando se cuenta con el consenso de la junta y accionistas para iniciar acciones contra el administrador, el cual actúa bajo su propio cargo de manera separada de los accionistas y buscando beneficios privados, tal y como en el caso antes descrito donde la señora Shirley Natalia Barrios obtuvo beneficios económicos privados en razón a su cargo de administradora, realizando operaciones sin la venia del máximo órgano social, es decir sin solicitar la autorización a que se alude en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

No pasa lo mismo en caso como el de Jovalco S.A.S. contra Construcciones Orbi S.A. en sentencia No. 2014-801-166 de la Superintendencia de Sociedades. Este fallo abordó el estudio del abuso del derecho de voto, donde Construcciones Orbi S.A. quiso evitar una aprobación de acción social de responsabilidad en contra del administrador.

En este caso se analizó cómo un accionista controlante se beneficiaba de las actuaciones del administrador ejerciendo influencia, control y mando sobre este último, por lo cual al momento en el que los demás accionistas minoritarios afectados quisieron invocar la acción social de responsabilidad en contra del administrador, no pudieron debido a que no contaron con el voto necesario del accionista mayoritario para ejercerla.

En estos casos donde claramente se evidencia que el accionista mayoritario ejerce influencia sobre el administrador para extraer beneficios y provecho propio, será nugatoria la posibilidad de recurrir a la acción social de responsabilidad, en el mismo sentido expresó la Superintendencia (2014):

Debe advertirse, sin embargo, que la regla del artículo 25 de la Ley 222 ha hecho inviable, en la práctica, el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad. En compañías cerradas, la gestión de la empresa social suele estar a cargo del accionista controlante, quien podrá ocupar cargos en la administración o delegarles tal función a personas de su confianza. En estos casos, será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad bajo el sistema de autorización previsto en el citado artículo 25. En verdad, la decisión de presentar la acción respectiva dependerá del voto del accionista controlante, vale decir, la persona que tiene a su cargo, en forma directa o indirecta, la administración de la sociedad. Es

entonces poco probable que el controlante decida tramitar un proceso judicial en contra de sí mismo o, incluso, en contra de las personas que ha designado para ocupar cargos en la administración. La probabilidad de que se inicie una acción social de responsabilidad es aún menor si los perjuicios que justifican la demanda provienen de una operación que favoreció en forma exclusiva al asociado controlante (p. 4)

En consecuencia, es evidente la falta de idoneidad de la acción social de responsabilidad cuando se presentan situaciones de control sobre los administradores, el hecho de no poder iniciarla por ausencia de mayoría de votos no permite activar el mecanismo principal previsto en Colombia para recomponer el patrimonio afectado por una sociedad como consecuencia de la violación de los deberes de los administradores.

Así las cosas, la Superintendencia de Sociedades declaró la nulidad de voto de Construcciones Orbi S.A. contra la propuesta de iniciar una acción social de responsabilidad, pero esto no resolvió de fondo los problemas derivados de la falta de cumplimiento de los deberes del administrador ni de la afectación patrimonial a causa de dichas actuaciones, por el contrario solo resolvió sobre la nulidad de un voto paritario que no afectara a los minoritario, pero no fue un fallo que sancionara la conducta del administrador o buscara la recomposición patrimonial.

Es por lo tanto, que esta sentencia planteó una posibilidad que ya existía en la Circular Externa No. 20 de 1997, donde se trazó la posibilidad de excluir el voto del administrador cuando tenga la calidad de accionista, no obstante y tal como lo plantea el tratadista Gil Echeverry (2015) de la simple redacción del artículo 25 de la Ley 222 se puede inferir que nuestra legislación no

restringe el derecho al voto del socio administrador, puesto que la decisión se toma por mayoría de los votos presentes en la reunión, sin que se haya hecho ninguna otra especificación (p. 694)

Dicho esto, la primera dificultad para lograr el inicio de la acción social de responsabilidad radica en el requisito exigido por la ley 222 de 1995 frente al porcentaje necesario para adoptar la decisión (sistema de aprobación), la cual se debe aprobar por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés, que tal y como se había indicado para las situaciones donde el controlante ejerce influencia sobre el administrador, será nugatoria la posibilidad de ejercerla, dado que “el voto del accionista mayoritario, en la mayoría de los casos será negativo porque lo común es que las actuaciones del administrador hayan sido influenciadas por el mayoritario que normalmente son los controlantes” (Tamayo, 2018, p. 106) y en caso de que el administrador no se sujete a sus directrices, potencialmente puede ser removido de su cargo.

Es por lo tanto que esta acción en la práctica se hace inviable en los casos donde “los accionistas controlantes influyen en los actos del administrador, cuando se intenta ejercer la acción, los mayoritarios nunca votarán a favor pues podrían verse perjudicados por las órdenes impartidas y sin este requisito, es imposible ejercerla, perjudicando el capital social y expropiando accionistas minoritarios” (Superintendencia de Sociedades, 2014, p.8).

Así mismo, dentro de la estructura interna de las sociedades pueden existir situaciones que sean las causantes para impedir que la acción social de responsabilidad sea un mecanismo idóneo, por ejemplo cuando los accionistas mayoritarios con mayor porcentaje de voto imponen la designación del administrador social (Zuluaga, 2010, p.59), superponiendo su estatus sobre los

accionistas minoritarios, imposibilitando no solo el inicio de una acción sino abriendo la posibilidad a un potencial abuso de derecho al voto.

Dentro de este obstáculo para el inicio de la acción social de responsabilidad se evidencia la imposibilidad de ejercer la misma en los casos donde: (i) el administrador, sea al mismo tiempo accionista controlante mayoritario y por lo tanto no ejerza en contra de sí mismo una acción de esta índole que lo afecte, razón por la cual nunca votará a favor del inicio de la misma, y por otro lado cuando (ii) el administrador haya sido delegado y nombrado por los accionistas controlantes y este primero se encuentre supeditado y deba acatar las órdenes del segundo, por lo tanto los mayoritarios con el fin de seguir extrayendo beneficios privados, no votarán a favor del inicio de esta acción. En ambos casos, no se cumple el requisito de mayoría de votos imposibilitando la aprobación del inicio de la acción social de responsabilidad.

Otro caso relevante fallado por la Superintendencia de Sociedades es el suscitado entre Sebastián Martínez Vs. María Carolina Martínez, dos hermanos donde cada uno tenía el 50% de participación accionaria dentro de una sociedad familiar, el señor Sebastián solicitó la declaratoria de su hermana Maria Carolina como administradora de hecho, con el fin de acreditar la falta a los deberes como administradora por desviar los recursos sociales, omisión de reparto de utilidades y administración arbitraria de la sociedad sin generar ninguna rendición de cuentas.

Sin embargo, al contar cada uno con el 50% de participación accionaria imposibilita el inicio de una acción social de responsabilidad porque no contaba con la mayoría de votos el cual debería del 50% + 1, aprobación que en efecto no se daría puesto que la demandada en su calidad de administradora con el 50% de capital restante no aprobaría el inicio de una acción en contra de sí misma.

Lo anterior es un claro ejemplo de la imposibilidad del demandante de buscar a través de esta acción la recomposición patrimonial, dado que “la única vía prevista en la ley para tales efectos es la acción social de responsabilidad, sujeta en todos los casos a su aprobación por parte del máximo órgano social (Superintendencia de sociedades, p. 16) y en el caso de estos hermanos era imposible cumplir con este requisito legal del sistema de aprobación.

Sin embargo, aunque en este caso si se acreditó la calidad de administradora de hecho y la falta al deber de lealtad, se desestimó la pretensión del pago de perjuicios a favor de la sociedad por medio de la acción social de responsabilidad, puesto que el demandante carecía de legitimación en la causa para invocarla:

Los asociados oprimidos no podrían solicitar una indemnización a título personal con base en el daño irrogado al patrimonio social, puesto que se trataría de perjuicios indirectos, cuya reclamación es inviable en nuestro sistema (Superintendencia de Sociedades, 2018, p. 16)

En el mismo caso, la Superintendencia de Sociedades explicó la falta de idoneidad de la acción social de responsabilidad tal y como está plantada en Colombia cuando el administrador afecta el patrimonio social y esto consecucionalmente damnifica al accionista minoritario que no puede ejercer ninguna acción alternativa, pues el daño directo es contra la sociedad:

Si se produjo un daño a la sociedad afectando directamente su patrimonio y esta afectación golpeó consecucionalmente al accionista, sólo habrá una acción social y no podrá ejercerse ninguna acción individual por parte de los accionistas, pues la acción sólo corresponde a la persona jurídica que es la que ha sufrido el perjuicio, debiendo ejercer esa acción a través de sus representantes. En efecto, el accionista, por el solo hecho de serlo, no tiene facultad de representar a la sociedad y las acciones sociales han de ser

ejercidas por los mandatarios de la persona jurídica (Suescun Melo Citado en Superintendencia de Sociedades, 2018, p. 16)

Otro caso para resaltar es el de Metroagua Vs. Distrito de Santa Marta conocido por la Superintendencia de Sociedades en el año 2019, en este se intentó dar inicio a una acción social de responsabilidad la cual no fue posible dado que el máximo órgano aprobó esta solo con el 35,86% de las acciones, por lo tanto no se cumplió el requisito de votos exigidos, desestimando la demanda y cerrando la oportunidad de proteger los intereses en nombre de la empresa, pues “se ha dicho que la acción social de responsabilidad es la única vía disponible en Colombia para reclamar los perjuicios derivados de malas conductas de administradores” (Superintendencia de sociedades, 2019, p. 33)

Tal y como se mencionó anteriormente, en el ordenamiento jurídico Colombiano no existe la posibilidad de reclamar perjuicios indirectos, razón por la cual si la sociedad es la directamente afectada, es la misma sociedad quien debe reclamar directamente la reparación por perjuicios al patrimonio, entendido como “uno de los atributos de la persona jurídica de la sociedad, el cual es creado en el momento en que los socios transfieren la titularidad de sus aportes con los que se crea el fondo social con el que ha de operar la sociedad” (Narvaez, 1998, p. 28).

Es precisamente la acción que busca la recomposición del patrimonio social donde “los accionistas no tienen la capacidad de representar la sociedad y el actuar en nombre propio solo le permite una acción individual para resarcir perjuicios personales y no sociales” (Suescun, 1996, p. 320), lo cual se desarrollará a continuación explicando en detalle los elementos necesarios para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en Colombia.

2. Concepto y características de la acción social de responsabilidad

La acción social de responsabilidad es una acción legal que recae contra los administradores cuando estos obran defraudando sus deberes (en la doctrina anglosajona conocidos como deberes fiduciarios) y consecuentemente afectan el patrimonio social de la empresa. Esta disposición consagrada en el artículo 25 de la ley 222 de 1995 y expresa:

La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada, aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social. La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador. (Ley 222,1995)

Dicha acción le permite a la sociedad invocarla “en el evento en que su patrimonio sufra perjuicios como consecuencia de una mala gestión de su administrador. La persona jurídica quien ejercerá la acción, previa aprobación de la asamblea general de accionistas, buscando recomponer el patrimonio social afectado” (Tamayo, 2018, p. 100), este dispositivo permite que “los administradores que sean declarados culpables (i) indemnicen a quienes hayan causado perjuicios, y (ii) vuelvan a conformar el patrimonio de la sociedad en caso de que este se haya visto desmejorado (Mendoza, 2014, Párr. 18).

La figura tiene como propósito “la reintegración del patrimonio de la sociedad y no el de los asociados. Por eso, el principal legitimado para ejercer la acción es la sociedad” (Peña, 2017, p. 441). En palabras del maestro Reyes (1996) citado por Arbeláez (2013, p. 6). Así las cosas, la

principal función de esta acción es “reconstruir el patrimonio de la sociedad, cuando éste ha sido diezmado por la acción u omisión de sus administradores”, de manera que se pueda determinar la responsabilidad y sean destituidos.

Es por lo tanto, que esta acción se considera como una actuación “dirigida contra los administradores de la sociedad como consecuencia de su actuación negligente o culpable, productora de un daño a los intereses de la sociedad, siendo su finalidad la reparación del daño causado por aquellos administradores” (Garreta, 1997, p. 132). Para desarrollar mejor esta idea, se deben conocer los elementos que integran esta acción en Colombia, la cual se expondrá a continuación.

2.1. Elementos y requisitos de la acción social de responsabilidad

2.1.1. Legitimación en la causa por activa

Tener la legitimidad en la causa conforme lo explica Ordoñez (2017) “es equiparable con la titularidad del derecho sustancial” (p.154), así mismo el Consejo de Estado (2016) “hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes del proceso y el interés sustancial del litigio, de tal manera que aquella persona que ostenta la titularidad de la relación jurídica material es a quien habilita la ley para actuar procesalmente”.

Es precisamente el primer inconveniente que se presentó en el caso de Gyptec S.A., antes descrito, donde se el demandante Carlos Hakim no pudo reclamar para sí mismo, ni para la sociedad los perjuicios derivados del incumplimiento de los administradores, dado que al no existir legitimación en la causa por parte del accionista minoritario “no puede solicitar una indemnización individual de perjuicios derivados de los que sufrió la compañía” (Superintendencia de Sociedades, 2014, p. 16).

Dentro de este mismo fallo se evidenció que si bien la problemática de la acción social de responsabilidad recae en el sistema de aprobación de la misma, el hecho de que sea el único mecanismo dispuesto en Colombia para reclamar los perjuicios directos que sufre la sociedad podría expropiar a aquellos accionistas que como ya se mencionó, no son los legitimados en la causa para invocarla:

Ciertamente, como la desviación de recursos sociales sólo lesiona en forma directa a la compañía, se ha dicho que la acción social de responsabilidad es la única vía disponible en Colombia para reclamar los perjuicios derivados de esa conducta. En este sentido, los asociados oprimidos no podrían solicitar una indemnización a título personal con base en el daño irrogado al patrimonio social, puesto que se trataría de perjuicios indirectos, cuya reclamación es inviable en nuestro sistema. Es así como, ‘si se produjo un daño a la sociedad afectando directamente su patrimonio y esta afectación golpeó consecuentemente al accionista, sólo habrá una acción social y no podrá ejercerse ninguna acción individual por parte de los accionistas, pues la acción sólo corresponde a la persona jurídica que es la que ha sufrido el perjuicio, debiendo ejercer esa acción a través de sus representantes. En efecto, el accionista, por el solo hecho de serlo, no tiene facultad de representar a la sociedad y las acciones sociales han de ser ejercidas por los mandatarios de la persona jurídica y tampoco puede el accionista actuar en su propio nombre, pues se trataría del ejercicio de una acción individual que sólo se le otorga cuando el perjuicio que ha experimentado es personal, particular y no social (Superintendencia de Sociedades, 2014, p. 9)

Con lo anterior, la legitimación en la causa, es decir la titularidad que impone el ejercicio de esta acción, únicamente “la ostenta la sociedad, una vez haya sido adoptada la decisión en el seno de su órgano supremo. De esta manera, se requiere de un porcentaje determinado para llevar a cabo la e igualmente se requiere una mayoría especial para tomar la decisión en la reunión del máximo órgano social” (Escobar & Molina, 2017, p. 24)

Es por lo tanto y conforme la ley 222 de 1995 que la única facultada para iniciar la acción social de responsabilidad en Colombia, es la sociedad directamente la cual “por el hecho de existir, se beneficia del atributo de la capacidad de goce, por ende, puede ser titular de derechos y sujeto de obligaciones” (Martinez, 2014, p. 178). En efecto, es la sociedad la legitimada en la causa porque es aquella que recibe los perjuicios directos en razón al incumplimiento de deberes de los administradores.

Como ya se mencionó, en Colombia solo pueden reclamarse perjuicios directos, en este caso los directos contra la sociedad y que indirectamente afectan a los accionistas, en palabras de Pinzón (1982) perjudicar a los socios es lesionar a la sociedad, por tanto toda reclamación debe realizarse a título de esta última (p. 223), lo cual no implica que automáticamente y por los perjuicios indirectos, los accionistas afectados puedan tener la legitimación para iniciar la acción social de responsabilidad, pues como se verá más adelante, estos tienen alternativas distintas.

Conforme lo anterior y al ser la sociedad la única habilitada y legitimada para el inicio de la acción, se le atribuye la característica de la personalidad justificada en el campo de la realidad jurídica, de esa manera el maestro Narváez lo ha expresado y a lo cual llama teoría de la realidad, diferente a la teoría de la ficción donde excluye la posibilidad que la sociedad actúe con

independencia de sus accionistas, diferente a lo que actualmente se entiende por la personería jurídica de la sociedad:

La teoría de la realidad fue un avance en la ciencia jurídica, por cuanto reputó a la sociedad como un ser autónomo dotado de personalidad propia, con lo cual dio respuesta a necesidades de orden económico, verbigracia, la de explicar la separación patrimonial de la sociedad y los socios, en especial en las que implican para estos un riesgo limitado (Narvaez, Teoría general de las sociedades, 2002, p. 22)

En el mismo sentido lo ha expresado el maestro Pinzón (1980) al indicar que la sociedad adquiere en el campo del derecho una serie de obligaciones distinta de los socios individualmente considerados, subordinada al espíritu de colaboración de los socios, lo que hace que la sociedad adquiera deberes, derechos y responsabilidad (p. 17). Es pues esto, la personificación jurídica de la sociedad donde directamente la sociedad es la titular de derechos y deberes, razón por la cual es la única llamada a solicitar a través de la acción social de responsabilidad la protección de su propio patrimonio por los daños directos que a esta se le causen.

Por otro lado, es menester indicar que en Colombia no está prevista tácitamente la legitimación extraordinaria en la causa a los minoritarios sin contar con el voto favorable del máximo órgano, no obstante la acción “podrían ejercerla los socios, acreedores, directores, administradores e incluso el revisor fiscal” (Escobar & Molina, 2017) únicamente cuando pasados 3 meses después de la aprobación, esta no ha sido presentada, sería la única opción y de manera extraordinaria, que sujetos diferentes a la sociedad, quien es la que sufre perjuicios directos, sean quienes presenten esta acción.

2.1.2. Legitimación en la causa por pasiva

Frente al sujeto pasivo contra el cual se inicia la acción social de responsabilidad es el administrador, los artículos 22 al 25 de la ley 222 de 1995 describen las funciones, los deberes, las sanciones, si bien no emite un concepto sobre el administrador, si realiza un listado de las personas que dentro de la sociedad ostentan la calidad y se sujetan al régimen de administradores.

El “administrador es aquel que desarrolla actos de gestión que se cumplen al interior de la sociedad para el desenvolvimiento de las actividades sociales, además de actos que impliquen representación que se relacionan con el desarrollo de actividades hacia el exterior de la sociedad” (Escobar & Molina, 2017, p. 16), todo lo anterior a través de los deberes y principios que conforme la ley 222 de 1995 se les imponen de carácter general y se desarrollarán en capítulos subsiguientes.

Es de aclarar que conforme lo expresa el maestro Reyes Villamizar (2014) “por tratarse de una norma de carácter restrictivo, su aplicación no puede hacerse extensiva por vía de analogía a las personas que no estén señaladas en forma expresa como sujetos de dicha regulación” (p. 566), por lo tanto, el régimen de administradores se enmarca en quienes cumplan estas características:

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

confiere el carácter de administrador a aquellas personas que, si bien no actúan permanentemente como administradores del ente societario, sí tienen esa posibilidad, tal como acontece con los representantes legales y con los miembros de Junta Directiva, suplentes, cuya actuación se encuentra supeditada a la ausencia temporal o definitiva del principal. (Superintendencia de Sociedades, Circular externa 006 de 2008)

Esta extensión del mandato exige de los administradores estar “llamados a obrar en todo tiempo con arreglo a la naturaleza de su encargo, dentro de los límites de sus facultades, de buena fe y con estricto apego a un deber de lealtad que emana de la relación *intuitio personae* propia” (Martínez, 2014, 196), los cuales son sujetos pasivos de la acción social de responsabilidad.

Por la posición legal que ostentan y la confianza depositada por la junta directiva de una sociedad sobre los administradores, estos tienen a su cargo las responsabilidades del artículo 24 de la ley 222 de 1995 la cual subrogó el artículo 200 del código de comercio. En esta nueva ley se indica que los administradores deben responder por perjuicios cuando actúen con dolo o culpa, la limitación de responsabilidad o concurrencia cuando varios ostenten el cargo, la exención de responsabilidad cuando no tuvieron conocimiento de la acción u omisión, la presunción de culpa entre otros.

Así mismo dentro de la precitada ley se establecen algunos deberes y principios de conducta que se desarrollarán más adelante, tales como el deber de lealtad, buena fe y actuar con diligencia como un buen hombre de negocios.

Es precisamente por incumplimiento de los deberes y responsabilidades que el artículo 25 de la ley 222 de 1995 adscribió al órgano máximo de la sociedad la decisión de ordenar que se promueva la acción social de responsabilidad contra los administradores que han ocasionado perjuicios a la sociedad, tendiente a obtener el resarcimiento de estos. Sin embargo, la ley deja

abierta la vía para las acciones judiciales que individualmente quieran ejercer los demás perjudicados, sean o no asociados. El inciso final del citado artículo 24 prevé que los dispuesto en ese precepto se entiende sin desmedro de los derechos que individualmente correspondan a los socios y a terceros (Narvaez, 2002, p. 348)

2.1.3. El patrimonio social

Como se dijo anteriormente, el objetivo de la acción social de responsabilidad es la recomposición del patrimonio social, entendido como todos los bienes susceptibles de ser estimados económicamente; el patrimonio se forma con el capital, las reservas y utilidades no distribuidas, el incremento del valor de los bienes, el *good will*, los créditos activos, y en general, con todas las adquisiciones (Narvález, p. 35)

Dentro de la sentencia icónica de Gyptec S.A. que da inicio a este escrito, se destaca la importancia de la separación patrimonial que debe existir entre ese conjunto de estimaciones económicas de la sociedad directamente y los aportes en capital que realizan los accionistas:

Cuando se aportan activos al fondo social, los aportantes dejan de ser propietarios de tales bienes para convertirse en titulares de derechos políticos, incluidos los de voto e inspección, así como de derechos económicos sobre la plusvalía generada por la actividad de la sociedad. De suerte que, una vez constituida una compañía, se produce una separación total entre el patrimonio social y el de los asociados individualmente considerados. En la continuada vigencia de este principio de separación patrimonial, conocido en la doctrina especializada como *affirmative asset partitioning*, se funda la existencia de las sociedades de capital con limitación de responsabilidad (Superintendencia de Sociedades, 2014, p.26)

Con lo anterior indica la Superintendencia dos aspectos dentro del mismo fallo frente al patrimonio: primero, que no es plausible que los accionistas realicen apropiación de recursos sociales arguyendo que los activos que aportaron a la sociedad fueron en principio suyos. En segundo lugar y como ya se ha mencionado, al ser el patrimonio de la empresa el directamente afectado y no el de los accionistas, solo puede la sociedad al ser la afectada, quien se encuentre legitimada para reclamar la recomposición de su propio patrimonio.

3. Deberes de los administradores

Los deberes de los administradores se analizan bajo dos perspectivas, primero como una obligación previa que tienen los administradores y deben cumplir en su gestión como buen hombre de negocios y segundo análisis, bajo la posibilidad de ejercer acciones en contra de los administradores cuando sus conductas soslayan los deberes establecidos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Estos deberes tienen como propósito conminar al administrador para que actúen como un buen hombre de negocios que gestione de manera óptima los recursos de la sociedad y pueda llevarse a cabo el objeto social, de manera que actúen “respetando el interés social, protegiendo los intereses de sus accionistas y de la sociedad en general” (Suescun, 2015, p.4), buscando así el máximo bienestar posible.

Sin embargo y aunque la ley y los estatutos de una sociedad establecen los límites, autorizaciones y deberes de un administrador, este último puede aprovechar de manera oportunista diferentes situaciones, entre ellas las asimetrías de información sobre los accionistas, donde se pueden tomar decisiones aparentemente cubiertas de legalidad, pero que en efecto no se enmarcan dentro de los deberes que tal y como lo expresó la Superintendencia de sociedades (2010) buscan que,

si bien el administrador pueda actuar discrecionalmente para conducir la sociedad, esto no implique un desbordamiento legal o estatutario (Párr. 55), por lo cual debe actuar bajo los principios de buena fe, lealtad y diligencia.

Los deberes de los administradores como principios de conducta no han sido desarrollados legalmente, pero si a través de la doctrina y jurisprudencia, tal y como en reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso de Ladrillera SA contra Pedro Juan Navarro. Este último en calidad de administrador no rendía informes de su gestión administrativa, contables ni financieras, dejó de asistir a la oficina, dejó de pagar obligaciones a la seguridad social y salarios de los empleados, omitió el pago de deudas y excedió el límite estatutario de cuantía autorizado para su gestión, razón por la cual la asamblea de accionistas inició la acción social de responsabilidad contra este.

En este caso se estableció en primera medida la importancia del cumplimiento de los deberes de los administradores los cuales se deben cumplir pese a no estar incluidos en los estatutos sociales, pues hacen parte inherente de las gestiones de un administrador. En el mismo fallo se desarrollan conceptualmente la forma de aplicar dicho deberes a las acciones u omisiones de los administradores catalogando la responsabilidad subjetiva del administrador, la graduación de la culpa y por lo tanto la carga de la prueba.

En el fallo en comento y de conformidad con el artículo 24 de la ley 22 de 1995 establece la responsabilidad de los administradores a título de dolo o culpa, esto último implica acreditar los presupuestos tradicionales tales como:

- (i) La acción u omisión de un administrador contraria a los deberes legales, estatutario o contractuales de su cargo, imputable a título de dolo o negligencia; (ii) un daño, (iii)

el nexo causal que enlaza la conducta reprochada del administrador y el daño concreto provocado (Corte Suprema de Justicia, 2021)

Lo anterior dispone la obligación del demandante frente a la acreditación de los presupuestos de la culpa sobre el administrador, es decir el deber de demostrar que las acciones u omisiones fueron las causantes del deterioro patrimonial, sin embargo, dentro del mismo artículo 24 antes citado, se establece la presunción de culpa subjetiva, donde se invierte la carga de la prueba y son los administradores quienes deben desvirtuar la presunción de culpa, conminándolos a demostrar que actuaron cumpliendo con los deberes legales y estatutarios, pero más allá de eso, con los deberes generales (fiduciarios) los cuales no necesariamente deben estar consagrados en un documento o contrato, en ese mismo sentido lo expreso la Corte Suprema de Justicia (2021):

Las cargas que ha de satisfacer un “*buen hombre de negocios*” que debe ser administrador, sin perjuicio claro está de los compromisos estatutarios y contractuales, no es necesario que esos dictados establecidos directamente por el legislador se repliquen en estatutos o contratos para poder exigir su cumplimiento, verbigracia, a un representante legal aun gerente, ya que está dentro del estándar propio del idóneo profesional, así como en el de cualquier ciudadano conocer la ley, y por supuesto, las sanciones que apareja su desconocimiento (p. 34).

El incumplimiento de los deberes de los administradores permite en Colombia el inicio de dos acciones diferentes, en primer lugar, la acción individual de responsabilidad “que busca el resarcimiento individual del demandante (acreedor, accionista) y la acción social de responsabilidad, que tiene por objeto el resarcimiento del patrimonio social. Esta última, en otros términos, opera cuando el obrar ilícito del administrador ha perjudicado de manera directa a la

sociedad, produciendo un quebrantamiento en su patrimonio”. (Corte Suprema de Justicia, 202, p. 31)

Es por lo tanto el incumplimiento de los deberes de los administradores da lugar al legitimado en la causa (la sociedad) a iniciar la acción social de responsabilidad, sin embargo, se generan dos reflexiones sobre esto, primero que la sociedad no debe acreditar la culpabilidad del administrador.

Como ya indicó la Corte Suprema de Justicia, la culpa se presume de manera subjetiva y es el administrador quien debe desvirtuarla, pero esta presunción no puede ser el inicio de acciones temerarias o infundadas en contra del administrador, quien está revestido de la regla de discrecionalidad para gestionar los negocios. Por lo tanto, para que esta discrecionalidad no sea óbice para exonerarlo de culpa, se debe acreditar el incumplimiento a sus deberes, los cuales se analizarán a continuación.

3.1. Deber de lealtad

Puede considerarse que uno de los mayores problemas de los administradores es dejar de lado su deber de lealtad con la sociedad, atentar contra el patrimonio social y obtener provecho personal a través del cargo de administrador, lo que puede desencadenar en el inicio de una acción social de responsabilidad. Este deber lo ha catalogado la Superintendencia de Sociedades, como una conducta exigible a los administradores para “evitar situaciones en las que se presenta un conflicto de sus intereses y que esos se beneficien injustamente a expensas de la compañía o de sus socios” (Superintendencia de Sociedades, 2008).

Con base en lo anterior, este deber es “la adopción de todas aquellas medidas indispensables para que no se den situaciones estructurantes de conflictos de intereses” (Corte Suprema de Justicia, 2021, p. 21), pues este deber pretende no incurrir en dichos conflictos al obtener beneficios propios a expensas de la sociedad, pues su objetivo debería ser buscar siempre los mejores intereses para la sociedad, más no los personales.

Ante la Superintendencia de Sociedades se han presentado casos como el de Martha Salcedo Vs Myriam Pineda de Salcedo, donde las infracciones al deber de lealtad se dieron por la apropiación de dineros de canones de arrendamiento por parte de la administradora y obtención de beneficios personales, así como usufructos sin autorización de la junta de socios y no rendición de cuentas al máximo órgano social, de este deber se desprende la exigibilidad de “lealtad a los administradores sociales e incluso a los accionistas controlantes en hipótesis de apropiación irregular de recursos sociales” (Superintendencia de Sociedades, 2019).

El incumplimiento de este deber tiene origen en la relación que tiene el administrador con la sociedad (problemas de agencia anteriormente descritos) y que según García (2015) el incumplimiento del mismo ocurre cuando:

En cabeza del administrador se radiquen dos intereses (el interés de la sociedad y un interés personal o extrasocial) que se contrapongan y este privilegie el interés extrasocial.

Una de las circunstancias que puede llevar a esa contraposición de intereses se produce respecto de la información privilegiada de la sociedad y su uso indebido. (p. 113)

El deber de lealtad se viola cuando “los administradores detentan intereses contrarios a los de la compañía, por lo que el deber de lealtad no consiste en una obligación de no hacer, la de evitar los conflictos de interés, sino que cuando se presente el administrador debe abstenerse de obtener

un provecho propio o ajeno en caso de que se contraponga su interés con el de la sociedad.
(García, 2015, p.117)

3.2. Deber de diligencia

Este deber fiduciario en Colombia conforme la ley 222 de 1995 le impone una responsabilidad al administrador en el momento de ejecutar decisiones de negocios, según Sabogal (2012):

Se trata pues de una diligencia con connotaciones especiales respecto de la tradicional del derecho civil, en la medida que usa un patrón de conducta que corresponde a la diligencia que un comerciante común despliega en sus propios negocios. En consecuencia, el administrador debe actuar de forma oportuna, cuidadosa y verificando que la misma se ajuste a los Estatutos ya (sic) la ley, todo lo cual lleva implícitos los siguientes deberes (i) informarse adecuadamente, (ii) discutir las decisiones si es un órgano colegiado; y (iii) vigilar el cumplimiento de las decisiones y directrices adoptadas por los órganos (p. 127)

La Superintendencia de Sociedades a través de la revisión del régimen de administradores ha sancionado la falta de diligencia de los mismos, como en el caso de Husqvarna Colombia S.A. contra Raúl Navarro Belalcázar. Este último a nombre de la empresa asumió préstamos bancarios para el pago de importaciones sin guardar soporte de las mismas para registro contable, asumiendo préstamos en exceso de sus facultades estatutarias, obligando a la compañía por montos superiores a los que estaba autorizado, sin cumplir con el requisito de doble firma previsto en el artículo 21 de los estatutos sociales. En este fallo se declaró que el administrador violó los deberes de lealtad y cuidado en su condición de administrador (Superintendencia de Sociedades, 2019)

Esta exigencia de actuar como un buen hombre de negocios “supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa” (Sociedades, Circular Externa 100-006, 2008) y que en palabras de la Corte suprema de Justicia (2021) convierte al administrador “en un deudor de carácter cualificado, cuya diligencia ha de ir más allá que la empleada de ordinario por una persona promedio en sus negocios, porque se trata un deber de diligencia profesional” (p. 23-24), lo que los tratadistas indican:

Consistirá en una mayor previsión y prudencia en la sactuaciones, al igual que una actitud distinta ante las situaciones planteadas, una actitud que manifiesta una superior iniciativa y capacidad técnica (Ramos, 2006. P. 200)

Es deber de los administradores es perseguir el interés social” (Villegas, 2001, p. 775), sin embargo la satisfaccion de este deber “no exige una conducta concreta, sino la adecuación de las tareas o compromisos propios del administrador, con arreglo a un estándar o modelo de comportamiento específico como un buen hombre de negocios” (Corte Suprema de Justicia, 2021, p. 22), así entonces no existe un listado taxtivo de conductas, pero si es menester que este cumpla con los deberes mínimos, como en el caso concreto, realizando la debida diligencia y que sus labores sean tendientes a optimizar los recursos de la sociedad.

3.3. **Deber de Buena fe**

Como principio residual y deber secundario de conducta, el concepto de buena fe “no hace referencia a una percepción íntima que deba ser desentrañada de la conciencia de cada sujeto, sino que, por el contrario, la buena fe es susceptible de ser objetivada, de tal manera que el modelo de conducta ideal corresponda a unos parámetros socialmente aceptados” (Solarte A., 2004, p.287), razón por la cual se zanja la diferencia entre la buena fe subjetiva como una

creencia del sujeto y la buena fe objetiva como un concepto jurídico frente a un parámetro de comportamiento, situación que en el caso de los administradores, se exige tal conducta a través del concepto de buen hombre de negocios.

La Superintendencia de Sociedades ha desarrollado este deber a la luz de acciones contra administradores y conflictos de interés, este último en casos como en la sentencia de Eric Alexander Britton contra Pleasant Place SAS y otros, donde el administrador suscribió contratos de arrendamiento con conflicto de interés al celebrarlos con su madre y hermano obteniendo beneficios personales a costa de los pagos de la sociedad, faltando así al deber de buena fe, por cuanto conocía sus restricciones en torno a dicho conflicto de interés. No obstante, en este caso, no prosperó la acción por prescripción, más no por falta de acreditación de la falta a los deberes del administrador.

Así mismo, en circular Externa de la Superintendencia de sociedades se expone “los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad, y de los negocios que ésta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande” (Superintendencia de Sociedades, 2008), de manera que esta imposición supera los requerimientos legales y se exigen comportamientos honestos y correctos libre de engaños ante los accionistas, de manera que se “condensa en la conciencia de que han de obrar de manera recta y honrada ante los socios y ante los terceros que se relacionan con la sociedad en el giro cotidiano de los negocios” (Corte Suprema de Justicia, 2021, p. 20)

En síntesis, este deber es un modelo de conducta basado en valores y en la conciencia del administrador en su actuar, este deber es inherente a sus funciones.

6. Antecedentes legales de la responsabilidad de los administradores en Colombia

Inicialmente el régimen de responsabilidad se remite al código de comercio en su artículo 200 el cual indica “Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros” (Código de Comercio), esta cláusula de responsabilidad en el código de comercio antes de la reforma societaria introducida por la Ley 222 de 1995, la cual se apoyaba en el código civil con la graduación de la culpa en su artículo 63, era una cláusula abierta:

“remitía necesariamente a los principios generales de la responsabilidad civil contractual o extracontractual insertos en el código civil, según fuere el caso, donde, por ejemplo, el estándar de conducta para evaluar la culpa era el de un buen padre de familia, y la carga de demostrar la negligencia o descuido del administrador en los asuntos a su cargo, era de quien la alegaba, esto es, en todos los casos, del demandante” (Corte Suprema de Justicia, 2021, p. 13)

No obstante, es precisamente con la entrada en vigor de la ley antes precitada, que se ajusta esta cláusula bajo una perspectiva cerrada que elimina ambigüedades sobre el régimen de responsabilidad, la cual se analizará a continuación a través de la motivación que tuvo este proyecto legislativo.

a. Exposición de motivos de la Ley 222 de 1995 como norma regulatoria de la acción social de responsabilidad

Antes de la promulgación de la Ley 222 de 1995 “cuando los administradores irrogaban perjuicios a la sociedad, los asociados y los acreedores, indirectamente perjudicados por la actuación, no tenían forma de intentar el resarcimiento de tales perjuicios” (Reyes, 2006, p. 607)

Para el año 1993 se presentó ante la Cámara de Representantes el proyecto de ley 119 de 1993 por el cual se modificaba el código de comercio y se expedía el régimen general de sociedades y procesos concursales, este fue el origen entre otros, para la reforma al Libro II del Código de Comercio que consecuentemente trajo la expedición de la ley 222 de 1995.

El paradigma de la libertad de empresa consagrado en el artículo 333 de la constitución política, así como la reforma al código de comercio y posterior introducción de la ley 222 de 1995 pretendían la eliminación de formalidades, autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos comerciales, adecuación legal frente a las circunstancias económicas del, razón por la cual esta última ley incrementó la responsabilidad de los administradores para la conservación de la empresa a través de su debida gestión (Congreso de la República, 1993, p. 47)

Así mismo, uno de los primeros y mayores cambios que trajo consigo esta ley, fue la concepción de la responsabilidad de “padre de familia” a “buen hombre de negocios, admitiendo que:

Una mejor protección del crédito, del público, de los trabajadores y de los mismos socios hace indispensable detallar y precisar las funciones y responsabilidades de los administradores así como las consecuentes acciones de responsabilidad, puesto que es claro que tales funcionarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones sociales, que como es de esperar deben ceñirse a un estricto código de conducta, que resulta concordante con las normas de rendición de cuentas previstas en el capítulo de estados financieros. (...)

Confiamos que con estas nuevas disposiciones no sea difícil, como hasta ahora, establecer las responsabilidades de los administradores y lograr el reconocimiento de las respectivas indemnizaciones. (Congreso de la República, 1995, p. 46)

En un informe del año 2015, la Superintendencia de Sociedades indicó algunos de los propósitos que dieron cuenta de la expedición de la ley 222 de 1995:

Las reglas de la Ley 222 introdujeron en nuestro sistema necesarias modificaciones de las normas que habían estado vigentes desde la expedición del Código de Comercio en 1971. Entre las novedades que trajo esa ley pueden mencionarse, a manera de ejemplo, el criterio del buen hombre de negocios que bajo el sistema aún vigente debe guiar las actuaciones de los administradores, las reglas de autorización de operaciones viciadas por conflictos de interés y la acciones de responsabilidad que permiten reclamar los perjuicios derivados de la inadecuada gestión de los negocios sociales. (Superintendencia de sociedades, 2015, p. 43)

Así mismo, es de resaltar las discusiones que se dieron en torno al artículo 25 de la ley 222 de 1995 que regula como tal la acción social de responsabilidad, la cual tenía el propósito de:

Imponer a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenía, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad. (Corte Constitucional, 2006, párr 220)

Una de las ponencias presentadas al proyecto ante la cámara de representantes, indicó que dentro los aspectos de la reforma se introducía el régimen de los administradores “se define quienes son administradores, se establecen inhabilidades para los administradores, se introduce un régimen de responsabilidad reglamentando detalladamente, estableciendo acciones en favor de la sociedad, de los socios y de tercero” (Cámara de Representantes, 1994)

Así mismo, dentro de la ponencia para segundo debate a los proyectos de ley que pretendían reformar el Libro II del código de comercio se estableció la necesidad de adoptar un acápite solo para regular el régimen de los administradores dado el cambio de paradigma frente a la responsabilidad considerada como un buen padre de familia, ahora como un buen hombre de negocios:

Una mejor protección del crédito, del público, de los trabajadores y de los mismos socios hace indispensable detallar y precisar las funciones y responsabilidades de los administradores, así como las consecuentes acciones de responsabilidad, puesto que es claro que tales funcionarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones sociales, que como es de esperar bien deben ceñirse a un estricto código de conducta (Cámara de Representantes, 1994, p. 1)

Este proyecto pretendía determinar la responsabilidad de los administradores “con la seguridad que a los buenos administradores el régimen no les impondrá obligaciones distintas a las que ya tienen” (Cámara de Representantes, 1994, p. 3), ya que si bien la corrección a la falta de idoneidad de la acción no necesariamente requiere una intromisión del Estado sobre la libre competencia y desarrollo de las empresas, es deseable garantizar una idónea aplicación de los regímenes de responsabilidad sobre los administradores cuando sus conductas tienen a defraudar el patrimonio y accionistas minoritarios, lo cual implicaría una intervención Estatal frente a los requisitos legales para interponer las acciones, así como lograr una mayor eficiencia en los procesos jurisdiccionales y efectividad sobre los mismo.

Previo a la sanción definitiva de la Ley 222 de 1995, el último pliego de modificaciones al proyecto de Ley 1119 de 1993 por parte del Senado de la República del 13 de junio de 1995, en

ningún aparte realizó comentarios frente a la forma, requisitos y fundamentos de la acción social de responsabilidad en el capítulo de responsabilidad de los administradores, es decir, el legislativo consideró suficiente y completa la acción, sustentando la misma en la protección a la libertad de empresa como principio constitucional eliminando el régimen de intervención Estatal.

El texto definitivo aprobado por la plenaria de la cámara de representantes eliminó por completo una potencial acción derivada que como se estudiará adelante, fue promovida nuevamente mediante proyecto de Ley 070 de 2015 y posteriormente proyecto de Ley 02 de 2017.

b. La frustrada reforma al régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia

Para el año 2015 cursó un proyecto de ley en el congreso con el número 070 el cual intentaba modificar el régimen de responsabilidad de los administradores. Este fue retirado de la agenda legislativa, pero es menester analizarlo por las importantes novedades que traía para potencialmente modificar el régimen de administradores:

Buscaba adicionar una acción más al ordenamiento de sociedades. Se trataba de la denominada acción derivada, que se caracterizaba porque podía ser impetrada por cualquiera de los asociados de la compañía en nombre de ésta, con el fin de que los administradores repararan los perjuicios ocasionados en razón a su gestión, teniendo en cuenta que se podría acudir a ella siempre y cuando no se hubiese iniciado la acción social de responsabilidad. (Londoño & Riaño, 2016, p. 129)

Existieron muchas críticas al proyecto de ley, entre ellas la de mitigar la responsabilidad de los administradores, sin embargo el mismo traía novedosos mecanismos de protección de accionistas, tales como “la acción derivada, el principio de deferencia al criterio empresarial, el concepto de

conflicto de interés, la introducción de la regla de discrecionalidad” (Londoño & Riaño, 2016, p. 131), entre otros que permitían alternativas de protección, cuando el sistema de votación de la acción social de responsabilidad no fuera idóneo para cumplir con el propósito de recomposición patrimonial.

Dentro de la exposición de motivos del proyecto de Ley 070 de 2015 se pretendía introducir tendencias contemporáneas sobre el régimen de administración:

La propuesta de reforma a la responsabilidad de los administradores se fundamenta en los siguientes cuatro presupuestos: 1. La introducción del principio de deferencia al criterio empresarial. 2. Una nueva forma de definir y aplicar el deber de cuidado. 3 el fortalecimiento del deber de lealtad y 4. La aplicación del postulado de la autonomía contractual en la regulación privada de la responsabilidad de los administradores. (Congreso de la Republica, 2015, p. 9)

Este proyecto de ley aunque no tuvo la respuesta esperada en el Congreso, entendía que el régimen de deberes y responsabilidades del administrador ya existente no cumplía con el propósito para la cual fue creado, el sistema de autorización de inicio de la acción social de este régimen es precisamente el problema que la hace poco idónea para ser un mecanismo que logre recomponer el patrimonio ante las indebidas acciones u omisiones del administrador:

Debe advertirse, sin embargo, que la aludida regla del artículo 25 ha hecho inviable, en la práctica, el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad. En compañías cerradas, la gestión de la empresa social suele estar a cargo del accionista controlante, quien podrá ocupar cargos en la administración o delegarles tal función a personas de su confianza. En estos casos, será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad bajo el sistema de autorización regulado en la Ley 222. En efecto, la decisión de presentar la

acción respectiva dependerá del voto del accionista controlante, vale decir, la persona que tiene a su cargo, en forma directa o indirecta, la administración de la sociedad. Es entonces poco probable que el controlante decida tramitar un proceso judicial en contra de sí mismo o, incluso, en contra de las personas que ha designado para ocupar cargos en la administración. La probabilidad de que se inicie una acción social de responsabilidad es aún menor si los perjuicios que justifican la demanda provienen de una operación que favoreció en forma exclusiva al asociado controlante (Superintendencia de sociedades, 2015, p. 65)

La intención inicial de reformar el régimen de administradores “buscaba importar varias instituciones extranjeras en materia societaria que habrían probado ser exitosas en sus jurisdicciones de origen” (Superintendencia de sociedades, 2015, pp. 68), tales como la acción derivada:

De frecuente uso en el derecho societario comparado, habilitan a cualquier asociado para reclamar, en nombre de la compañía, los perjuicios que ésta ha sufrido como consecuencia de la violación de los deberes de los administradores. Tal actuación judicial se justifica en la medida en que la sociedad no hubiere presentado las acciones tendentes a restablecer su patrimonio o simplemente no tuviere la intención de hacerlo (Superintendencia de sociedades, 2015, pp. 66)

Sin embargo es de aclarar que esta nueva vía de acción judicial propuesta y ya establecida en el derecho comparado que permite a los accionistas minoritarios proteger su inversión en la sociedad, también le establece un límite en tanto les prohíbe el inicio de acciones temerarias. Es decir, si bien se busca la diversificación de la gama de mecanismos que protejan a los accionistas, esto no puede convertirse en un abuso del aparato judicial, ni el escenario de actuaciones que

amedranten al administrador y este último deba preocuparse más por ejercer su defensa, que las gestiones para las cuales fue nombrado.

Con la introducción de este sistema se espera que las acciones derivadas sirvan para hacer efectivo e idóneo el régimen de deberes y responsabilidades de los administradores, sin que los accionistas minoritarios puedan abusar de esa nueva figura en detrimento de los intereses de la compañía (Superintendencia de sociedades, 2015, pp. 67), bajo el entendido que si se busca que el administrador se encargue de una buena gestión con el patrimonio societario, no pueden ser las acciones persuasivas un instrumento de distracción y entorpecimiento de la labor de este último, pues sus esfuerzos deben estar enfocados en la maximización del patrimonio social y no enfocados en las acciones de defensa por cada acción que se inicie en su contra.

No obstante, frente a la coyuntura del país para el año 2016 donde se presentaba uno de los hechos más importantes con el fin del conflicto armado por más de 50 años de guerra con las Farc a través de la firma del acuerdo de paz, entre el entonces presidente el presidente Juan Manuel Santos y el máximo representante de las Farc Rodrigo Londoño, el país tenía una algida situación y por lo tanto se concluyó con el retiro de este proyecto el 5 de abril del año 2016.

Así las cosas tanto el proyecto de Ley 070 de 2015 y posteriormente proyecto de Ley 02 de 2017 que contenían reformas persiguiendo los mismos fines, no prosperaron ante el congreso de la República y se convirtieron en importantes, pero fallidas reformas al régimen de administradores.

7. Ejercicio de la acción social de responsabilidad en el caso colombiano

Con la expedición de la ley que regula la acción social de responsabilidad, la responsabilidad muta de la concepción del código civil definiendo al administrador como un buen padre de familia, ahora en el ámbito empresarial y comercial, debe tener deberes fiduciarios como un buen hombre de negocios.

En el mismo sentido indicó el profesor Reyes (1996) donde “el nuevo enfoque establece un modelo más exigente desde el punto de vista profesional. Así, las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben ser cumplidas con una particular diligencia que implica una forma de actuar propia de personas conocedoras de las técnicas de administración” (p. 204). No en vano la corte constitucional (2006) indicó que:

Puede concluir la Corte, que en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia (2011) frente al régimen especial de los administradores que se implementó con la ley 222 de 1995 indicó que esta disposición:

Estableció un régimen particular de responsabilidad en relación con sus administradores, que opera sólo respecto de ellos, nada más que en su condición de tales, y como

consecuencia de las acciones u omisiones en que, mediando dolo o culpa, incurran al desempeñar dicha función, en razón del cual aquéllos deben responder por los perjuicios que ocasionen a la sociedad, sus socios o terceros.

Para el caso colombiano, la Superintendencia de Sociedades (2020) frente a la responsabilidad de los administradores en Colombia expuso que:

El motivo más frecuente para la imposición de multas a los administradores sociales es el incumplimiento al deber que tienen de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias que rigen a su administrada, en los términos del numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. La Superintendencia de Sociedades recordó que las disposiciones legales que rigen a las sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras abarcan muchos temas que resultan del resorte societario, por lo que el incumplimiento puede derivarse de temas tan variados como los relacionados con el ejercicio del derecho de inspección de los asociados, libros de comercio, actas, informes de gestión, reparto de utilidades, entre otros. La responsabilidad de los administradores es personal e indelegable, los estatutos pueden disponer de manera específica los campos de acción de un representante legal si así se prefiere y este responderá únicamente respecto de sus actos u omisiones. En cuanto a los administradores suplentes, estos solo se reputan administradores cuando deban actuar como tal por la ausencia del titular.

Es por lo tanto que las pautas de la acción social de responsabilidad en Colombia son que “el órgano social supremo puede ser convocado por asociados que representen no menos del 20 por ciento de las acciones en que esté fraccionado el capital, la decisión de demandar al administrador se aprueba con los votos de la mayoría relativa, la aprobación de la acción social trae consigo la remisión del administrador” (Narvaez, 2002, p. 348), sin embargo la ley dispone

mecanismos que pese a no buscar la recomposición del patrimonio, si funcionan como herramientas para los accionistas afectados por la gestión de los administradores.

8. Mecanismos alternativos dispuestos en el ordenamiento jurídico colombiano

Nuestro ordenamiento establece diversos mecanismos que pueden ser utilizados de alguna manera para suplir las deficiencias del sistema de aprobación de la acción social de responsabilidad mediante alternativas que implican un sistema de aprobación diferente o permiten a los accionistas demostrar la afectación directa a su patrimonio. Entre estos se encuentran la acción individual, el abuso del derecho de voto y la nulidad de las actuaciones, los cuales han sido utilizados por los empresarios colombianos para hacer frente de alguna manera a los inconvenientes que presenta la acción social de responsabilidad en Colombia tal y como está planteada en la ley 222 de 1995.

6.1. Acción individual

Uno de los mecanismos alternos que tienen los accionistas afectados por las gestiones de los administradores en Colombia se denomina la acción individual, la cual “no pretende, como es natural, que se indemnicen perjuicios irrogados a la compañía, sino la compensación por los daños causados al patrimonio personal del asociados o tercero afectado por el hecho” (Reyes F., 2014, p. 725), es decir, el legitimado en este caso no es la sociedad, sino los accionistas directamente afectados.

Por lo anterior, en casos de deterioro patrimonial, la acción individual no es el mecanismo idóneo para recomponerlo, pues conmina al accionista a “demostrar que las acciones del administrador están perjudicando directamente su patrimonio, supuesto complejo de probar ya que las actuaciones de los administradores por lo general afectan de manera directa el patrimonio social y

solo de manera indirecta o derivada el de los socios individualmente” (Tamayo, 2018, p. 107), haciendo que no sea la acción más eficaz para lograr la recomposición social del patrimonio empresarial, situación que si se debe resolver mediante la acción social de responsabilidad, la cual “tiene orígenes en países que siguen la corriente del *common law*, donde se conocen como acciones derivadas y permiten de alguna manera reconstruir el patrimonio de la sociedad, cuando éste se ha visto menguado por la acción u omisión del gerente” (Reyes, 2014, p. 607).

Dentro de la sentencia de Gyptec SA se identificó este problema donde el “minoritario tampoco podría reclamar una indemnización de los daños sufridos a título personal, puesto que tales perjuicios se derivarían de la lesión al patrimonio social. Al no poderse iniciar acciones sociales ni individuales, los asociados minoritarios carecerían de medios legales para hacerle frente a la expropiación de sus intereses económicos en la sociedad” (Superintendencia de Sociedades, 2014, p. 9)

Por lo anterior, un accionista afectado puede recurrir a la acción individual cuando no tenga la anuencia del órgano mayor para iniciar la acción social, pero solo si puede y logra demostrar que en efecto las conductas del administrador afectaron directamente su patrimonio.

6.2. Abuso derecho de voto

El abuso del derecho de voto dentro de una sociedad “consiste en la toma de decisiones contrarias al interés general, constituyendo su elemento esencial la ruptura intencional de la igualdad entre los accionistas. Esa ruptura, por lo tanto, bien puede ser a favor de las mayorías o de las minorías” (Martinez, 2014, p. 498), convirtiéndose en un mecanismo para proteger a aquellos accionistas expropiados por decisiones de mayorías.

El ejercicio de este mecanismo permite “concretar los supuestos que configuran el ejercicio irregular del voto, contrario al interés de la sociedad, y en beneficio exclusivo de quien lo ejerce y perjudicar a los accionistas minoritarios y favorecer injustificadamente a quienes ejercen el control de la sociedad.” (Medellín, 2011, p. 11), pero este control no es en calidad de administrador, sino de accionista controlante y su influencia sobre los administradores o cuando estos últimos ostenta a la vez la calidad de accionistas. La consecuencia de utilizar esta herramienta es la anulación del voto del accionista que abusa del mismo, por lo tanto, el acto aprobado por ese voto es nulo y no existiría a la vida jurídica el acto que lo produjo.

La acción de abuso de voto se consolida por la creación previa de acuerdos entre accionistas “surgen, como producto de estos acuerdos, diferentes tipos de decisiones, que pueden ser contrarias al negocio ejercido por la sociedad o traer consigo la intención de provocar un daño u obtener una ventaja injustificada para determinados accionistas, lo que provoca el ejercicio abusivo del derecho” (Ochoa, 2017, p. 7)

Para aclarar lo anterior, se debe distinguir claramente el rol en el que se actúa en caso de abuso de derecho de voto. Tal y como sucedió en el caso de Gyptec S.A. ya descrito, donde el accionista controlante es quien tiene influencia directa sobre el administrador, por lo tanto, el accionista minoritario “que acuda a la asamblea para proponer que se tramite una acción social de responsabilidad contra tales administradores se enfrentará al obstáculo infranqueable del voto negativo emitido por el mayoritario” (Superintendencia de Sociedades, 2014, p. 9)

Es por lo tanto y como indicó la Superintendencia de Sociedades (2014) que “una primera vía de acción para el minoritario oprimido puede encontrarse en aquellos casos en los que el controlante hubiera bloqueado la aprobación de una acción social de responsabilidad, con el propósito de

encubrir la desviación irregular de recursos de la compañía. Cuando ello ocurra, el minoritario podrá invocar la protección de la figura del abuso del derecho de voto para obtener una indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta reprochable del controlante (p. 12)

No obstante, esta acción es contra del controlante mayoritario que ejerció abusivamente el voto y por lo tanto no resuelve el problema de falta de idoneidad de la acción social de responsabilidad la cual va dirigida contra el administrador, por lo tanto, el abuso de derecho de voto no sería una acción idónea para reemplazar la acción social de responsabilidad, dado que la primera se inicia por perjuicios directos como accionista en razón al abuso de voto, más no por los perjuicios ocasionados a la sociedad en razón del administrador, sea por cuenta propia o con la influencia del controlante.

El abuso del derecho de voto es una sanción a aquellos accionistas mayoritarios que se aprovechan de su posición dominante “sea que actúen individual o colectivamente, tienen una responsabilidad fiduciaria hacia la minoría y hacía la compañía que debe conducirlo a ejercer su control sobre la compañía de manera justa y equitativa” (Cubrerros, 2012, p. 83). Esta acción es enfática sobre la responsabilidad de los accionistas, más no la de los administradores como se pretende en la acción social de responsabilidad. Esto no implica, dejar de lado la obligación de los accionistas de ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía, para el caso particular, ejercerlo para aprobar la acción social de responsabilidad cuando sea evidente la indebida gestión del administrador.

6.3. Nulidad de las actuaciones

En Colombia una de las formas de revisar de manera previa las actuaciones de los administradores es a través del procedimiento por medio del cual se revisa el conflicto de intereses, con el propósito de detectar si una operación es o no conflictiva o representa extracción de beneficios privados por parte del administrador.

Para lo anterior el Decreto 1925 de 2009 establece la obligación de los administradores de poner a consideración y autorización *ex ante* de la asamblea general de accionistas conductas que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad, de lo contrario responderán por perjuicios. Es importante aclarar que aquellos administradores que ostenten a su vez la condición de accionista, no tendrán posibilidad de votar.

De acuerdo con el Decreto antes citado, es plausible generar la nulidad de las actuaciones que se vieron afectadas por un conflicto de interés, restituyendo así las cosas a su estado anterior, “lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada” (Superintendencia de Sociedades, 2014, p. 19)

En un conflicto de intereses los administradores deben suministrar toda la información previamente antes de la aprobación de cualquier decisión, de manera que no afecte el correcto uso de los recursos de la sociedad. Así mismo la responsabilidad que les genera el hecho de entregar información falsa o incompleta.

Esta responsabilidad se predica no solo de los administradores, sino también de los accionistas que autoricen operaciones que afecten los intereses de la sociedad “sin perjuicio de la declaratoria de nulidad que pudiese resultar de los actos amparados en tales decisiones por violación de la ley.” (Decreto 1925 de 2009)

Este procedimiento genera la posibilidad no solo de obligar al administrador a indemnizar los perjuicios y recomponer el patrimonio, sino la opción de declarar la nulidad absoluta de los actos generando la restitución de las cosas a su estado anterior. A su vez, con el Decreto 1925 de 2009 se generan disuasivos legales como las multas o inhabilidades del cargo.

Es de aclarar que las operaciones conflictivas pueden desencadenar en el inicio de una acción social de responsabilidad incluso habiéndose aprobado previamente por el máximo órgano, pero este procedimiento no es un remedio contra la falta de idoneidad de la acción social de responsabilidad, pues algunos doctrinantes como Gaviria (2017) argumenta que las normas societarias que regulan los conflictos de intereses tienen los siguientes inconvenientes:

Primero, que deba ser el máximo órgano social quien siempre autorice una transacción entre la sociedad y sus administradores o accionistas controlantes. Segundo, que tal autorización no sirva cuando el contrato es perjudicial para la sociedad. Tercero, que la sanción a las transacciones celebradas sin dicha autorización sea siempre la nulidad absoluta (p.322)

Estas razones antes expuestas tienen el mismo común denominador con la acción social de responsabilidad y esto es, la aprobación bien sea del inicio de la acción o por otro lado la autorización de la transacción, ambos por el máximo órgano social.

II. ANÁLISIS DE LA FALTA DE IDONEIDAD DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN COLOMBIA

*Si quien controla el pasado, controla el futuro,
¿Quién controla el presente, controla el pasado?*

George Orwell

Identificado el problema legal de la acción social de responsabilidad por su sistema de aprobación, es necesario analizar la misma bajo las relaciones que existen entre los accionistas mayoritarios, minoritarios y los administradores, los incentivos que estos últimos tienen para actuar en beneficio de la empresa y que pueden dar atisbos de las potenciales soluciones para hacer de la misma, un mecanismo idóneo para la recomposición del patrimonio social en Colombia.

El propósito de la acción social de responsabilidad es la recomposición del patrimonio social cuando este se ve afectado por las gestiones del administrador, sujeto último que debería buscar el beneficio empresarial, lo que consecuentemente favorecería su labor y el patrimonio de los accionistas, de manera que se genere una justicia de Pareto donde el hecho de generar utilidad en al menos un individuo, no implique la reducción de utilidad de al menos otro individuo (Kitzberger, 2008, p. 36).

En mérito de lo anterior, se analizarán los incentivos que llevan a los administradores a buscar beneficios privados de su control sobre la gestión del patrimonio social, cuáles son las situaciones externas que los motivan a elegir sobreponer la maximización de utilidad personal sobre la sociedad.

Así las cosas, es menester tomar medidas en contra de estos los aprovechamientos personales de los administradores que debilitan el desarrollo empresarial. Explicado en palabras de Hansmann y Kraakman (2000):

Los propios intereses de los gerentes a menudo llegarán a tener una prominencia desproporcionada en su toma de decisiones, con costos para algunos grupos de interés como accionistas, clientes y posibles nuevos empleados y acreedores que superen cualquier ganancia para las partes interesadas que se benefician. Además, los tribunales son evidentemente incapaces de formular y hacer cumplir deberes fiduciarios de suficiente refinamiento para asegurar que los gerentes se comportan de manera más eficiente y justa.

(p. 9)

Esto da una visión utilitarista del administrador sobre la gestión empresarial cuando busca aprovecharse los beneficios del control para sacar ventaja propia, este utilitarismo en la filosofía del derecho y de la economía se expresa en dos exponentes de estas corrientes; primero en la cual Bentham indica que los sujetos racionales buscan siempre la maximización de la utilidad, pero “no sólo el objetivo individual es la propia felicidad, sino que la felicidad individual también es el medio para alcanzar la mayor felicidad social. En esta medida, el utilitarismo concilia el interés personal con el deber y el objetivo social” (Rivera, 2011, p. 5) de manera que la búsqueda del interés social y personal del administrador no sean excluyentes.

La segunda corriente se describe a través de Rawls donde “el bienestar social depende de los niveles de satisfacción e insatisfacción de los individuos, el equilibrio mayor de satisfacción no importa sobre qué son los deseos, sino únicamente cómo su satisfacción afectaría el nivel de bienestar, primero de los individuos y luego de la sociedad como una suma de la satisfacción de los individuos” (Rawls, 1971, p. 32).

Las anteriores consideraciones se tienen de presente en el análisis de la conducta de los administradores y los incentivos que lo llevan a desviar o comprometer el patrimonio de la sociedad buscando la maximización de sus beneficios personales.

Esta descripción evidencia que siempre existirán intereses de los administradores (negativos o positivos) sobre la sociedad ya que “pueden seleccionar la inversión de proyectos que maximizan sus propios rendimientos privados sobre los rendimientos de la empresa precisamente porque ofrece oportunidades para lucrativos negocios por cuenta propia” (Hansmann & Kraakman, 2000, p. 23).

Para analizar los intereses detrás del aprovechamiento del patrimonio social se deben indicar los roles que permiten esto dentro de la sociedad, en primer lugar, cuando el administrador es designado indirectamente por el controlante y este ejerce influencia absoluta sobre él. En segundo lugar cuando el administrado actúa de manera independiente y sin influencia de los accionistas, pero sus acciones no son supervisadas y ejecuta negocios en beneficio propio defraudando la sociedad como en el caso ya estudiado de Loyalty Marketing.

Bajo los roles antes descritos se estudiarán los motivos por los cuales la acción social de responsabilidad no cumple con los fines de recuperación patrimonial, pero las razones además por las cuales los vinculados (o agentes como se desarrollará más adelante) actúan en provecho personal afectando el patrimonio empresarial.

1. Análisis de la falta de idoneidad de la acción social de responsabilidad en Colombia como mecanismo de recomposición del patrimonio social y protección a los accionistas minoritarios

Como se ilustró anteriormente uno de los requisitos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad es el voto mayoritario y es precisamente ese sistema de aprobación la dificultad para invocarla.

Por lo anterior, en los casos donde los administradores actúan con el concurso de los accionistas mayoritarios para afectar el capital social o los minoritarios “será virtualmente imposible que se apruebe una acción social de responsabilidad en la asamblea general de accionistas” (Superintendencia de Sociedades, 2016, p. 12). Cuando el controlante influencia al administrador para sacar provecho del patrimonio social afectando así a los accionistas minoritarios “sólo habrá una acción social y no podrá ejercerse ninguna acción individual por parte de los accionistas, pues la acción sólo corresponde a la persona jurídica que es la que ha sufrido el perjuicio, debiendo ejercer esa acción a través de sus representantes” (Suescún, 1996, p. 320)

En el caso de control antes descrito, el fallido proyecto de ley 070 de 2015 proponía la implementación de un régimen de protección en caso de opresión de accionistas minoritarios afectados por el administrador y accionista controlante, este proyecto se inspiró en la figura británica del *unfair prejudice*, de manera que los expropiados tenían la facultad de:

Acudir a la Superintendencia de Sociedades, para que la entidad, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, adopte las medidas que correspondan a partir de un catálogo de determinaciones previsto en el proyecto. Dentro de estas medidas se incluye,

evidentemente, el reembolso de la participación del asociado y, en casos extremos, la disolución y liquidación de la sociedad. (Congreso de la Republica, 2015, p. 18)

Ahora bien y como ya se explicó anteriormente, no puede limitarse al administrador que ostente al mismo tiempo la calidad de accionista mayoritario, pero en circular externa de la Superintendencia de Sociedades y en aras de corregir esta potencial vulneración para iniciar la acción social de responsabilidad indicó que “Cuando el administrador tenga la calidad de asociado, deberá abstenerse de participar en la respectiva decisión y, en consecuencia, sus partes de interés, cuotas o acciones no podrán ser tomadas en cuenta para determinar el quórum, ni mucho menos la mayoría decisoria” (Superintendencia de Sociedades, 1997), sin embargo no hay una norma expresa que limite el voto del accionista con calidad de administrador:

De la simple redacción del artículo 25 de la Ley 222 se puede inferir que nuestra legislación no restringe el derecho al voto del socio administrador, puesto que la decisión se toma por mayoría de los votos presentes en la reunión, sin que se haya hecho ninguna otra especificación. (Gil, 2015, p. 694)

Es por lo tanto que la afectación del patrimonio social es el daño en sí mismo de los accionistas, tal como lo indica el profesor Gil (2015) “lo que acontece es que las pérdidas sufridas por la sociedad, de manera correlativa y cierta, implican una disminución real y consecencial en el patrimonio societario de cada uno de los accionistas, en proporción al capital social que posean en la compañía, puesto que en ese mismo porcentaje se disminuye el valor de su participación social” (p.537).

Concretamente, la inoperancia de la acción social de responsabilidad se analizó por el Congreso de la República en el año 2015 con uno de los intentos de reforma al régimen de administradores:

En los 20 años de vigencia de ese estatuto no se conoce de ninguna acción de esta naturaleza que haya concluido en sentencia definitiva. Uno de los problemas que ha podido identificarse para la escasa eficacia de este procedimiento está dado, sin lugar a duda, por la dependencia de la ley de las mayorías en la asamblea como presupuesto para que la acción sea procedente. En un contexto de marcada concentración de capital es evidente que quienes detentan esas mayorías son, normalmente, las mismas personas que controlan la administración de las sociedades. En muchas ocasiones son, incluso, los mismos individuos que ocupan las curules en la junta directiva y los cargos de representación legal en la sociedad. De ahí que se presente un claro conflicto en el momento de someterse a consideración del máximo órgano social la aprobación de una acción social de responsabilidad en contra de los administradores. Conforme a la conocida teoría económica de los problemas de agencia, no es razonable esperar una votación para que se lleve a cabo un procedimiento judicial en contra de las mismas personas que aprueban su iniciación. De ahí que no haya sido procedente la acción social durante la vigencia de la Ley 222 de 1995 (p. 13)

2. Problemas de agencia de los administradores

Los problemas de agencia en el análisis económico del derecho consisten en las dificultades que surgen debido a las relaciones de monitoreo entre los vinculados dentro de una sociedad cuando “el bienestar de una de las partes denominada el mandante (principal) depende de las acciones adelantadas por un tercero, denominado el mandatario o agente. El problema radica en motivar al

mandatario para que actúe en beneficio del mandante, en lugar de que aquel obre en su propio interés” (Reyes, 2012, p. 65)

Dentro del análisis económico del derecho societario “existen tres problemas de agencia: entre el administrador y los accionistas, entre el accionista mayoritario y el accionista minoritario, y por último entre los accionistas y terceros” (Armour, Hansmann, & Kraakman, 2017, p. 35).

La acción social de responsabilidad en Colombia, es precisamente una herramienta para controlar los problemas de agencia que existen entre el administrador y la sociedad (relación vertical), pero que no es idónea como ya se ha repetido de conformidad a sus sistema de autorización, pero así mismo frente a los incentivos que esta acción logra crear sobre los agentes o administradores, de manera que sea un disuasivo para que no actúen de forma oportunista en sus intereses perjudicando el patrimonio social, sino que por el contrario se vean estimulados o motivados a la búsqueda del bienestar económico general.

Sin embargo, para mitigar este problema de agencia se deben monitorear los actos del administrador, vigilancia que genera gastos adicionales para la compañía o para el accionista interesado en supervisar su gestión, es precisamente esto último lo que en la doctrina del análisis económico del derecho se lo que se conoce como costo de agencia, es decir, el rubro o gasto social que asumen quienes quieran auditar la gestión.

En definitiva y en palabras del profesor Kraakman (2017) “cuanto mayor sea la complejidad de las tareas realizadas por el agente, y cuanto mayor sea la discrecionalidad que se le otorgue, mayores serán estos costes de agencia” (p. 29), haciendo que la empresa deba incurrir en gastos

adicionales no contemplados, focalizados a la supervisión y control del administrador, es decir, son gastos de monitoreo.

Es por lo tanto que las sociedades deben analizar los gastos que están dispuestas a asumir para monitorear las conductas del administrador o la discrecionalidad que se le dará al mismo para llevar el curso de los negocios, sin afectar el incentivo que tiene el agente para actuar en favor de la compañía, pues en palabras de Hansmann (2000) cuando a los gerentes se les da una gran discreción sobre las políticas de inversión, en su mayoría terminan sirviéndose a sí mismos, por muy bienintencionados que pueden ser. El precio pagado por no supervisar las operaciones puede ser demasiado costoso. (pp. 7-8)

Sin embargo “los problemas de agencia existirán siempre que los accionistas inviertan en una empresa que no controlan” (Schwartz & Gilson, 2012, p. 11), es decir, será inevitable no tener problemas en la delegación de dirección de una empresa, pero sus costos se pueden mitigar haciendo más eficiente la supervisión de las actuaciones de los administradores, las cuales pueden ser a través de incentivos, potenciando los deberes fiduciarios, manteniendo un equilibrio entre la discrecionalidad del administrador y las restricciones y control que sobre él se tiene, haciendo más eficiente la fiscalización sobre sus actuaciones.

Estas formas de mitigar los problemas de agencia son efectivos cuando los administradores no son influenciados por los accionistas controlantes. Es allí donde los accionistas mayoritarios son generalmente quienes supervisan con mayor especialidad y experiencia en los negocios las gestiones de los administradores, en tanto los accionistas minoritarios carecen de la experiencia para supervisar el rendimiento de los gestores especializados; los minoritarios no se ven

motivados a ejercer la supervisión ya que sus participaciones individuales son demasiado pequeñas para justificar el esfuerzo. (Schwartz & Gilson, 2012, p. 11)

Así las cosas, el accionista mayoritario tiene el incentivo de controlar al administrador con el fin de que los proyectos corporativos sean más éxitos y por lo tanto lo beneficien a él, entre mejor desempeño del administrador, se pueden considerar mejores resultados para la empresa, por lo tanto, beneficios para los accionistas. Esto se reafirma en que “un accionista de control suele tener la capacidad, la oportunidad y el incentivo de supervisar la diligencia y el rendimiento de los directivos en la empresa. El accionista de control suele ser un experto en el sector; en cuanto participa en el negocio de forma continua” (Schwartz & Gilson, 2012, p. 14)

Si bien la supervisión sobre las conductas de los administradores puede darse por terceros (tales como auditores, peritos o revisores fiscales) aumentando los costos de agencia, también se pueden disminuir cuando un accionista mayoritario ejerce esta supervisión y genera beneficios duales, por un lado mitigación de costos de agencia y por el otro, la protección de accionistas minoritarios, incrementando la vigilancia sobre el cumplimiento de los deberes fiduciarios de un administrador.

3. Eficacia de los sistemas judiciales para la protección del patrimonio social

Parte de la idoneidad de las acciones que pretenden recomponer el patrimonio social y consecuentemente proteger a los accionistas, no dependen únicamente de factores visibles como la dificultad en completar el requisito legal de las mayorías para que como en Colombia y se pueda iniciar una acción social de responsabilidad contra los administradores, sino tienen un

trasfondo inobservado y esto es, la eficacia de los sistemas judiciales, bien sea por la idoneidad de los tribunales o por el correcto enfoque de la tradición jurídica de cada país.

Conviene subrayar que los sistemas judiciales son eficaces cuando “están dotados de jueces con experiencia en derecho mercantil complejo, independientemente de que el tribunal aplique una norma jurídica obligatoria o un contrato explícito adoptado bajo un enfoque de norma por defecto” (Schwartz & Gilson, 2012, p. 26), quiere decir que más allá de la idoneidad de las normas, está la eficacia de los sistemas judiciales.

La eficacia de los sistemas jurídicos presume dos requisitos previos, en primer lugar, que los tribunales sean especializados y apliquen de manera correcta la ley, tal y como lo aclara Schwartz y Gilson (2012):

“Es la capacidad de los de los tribunales comerciales experimentados para aplicar las normas incluso cuando aumenta la incertidumbre. Ya sea aplicando los deberes fiduciarios obligatorios o interpretando las cláusulas contractuales y, especialmente, las normas contractuales adoptadas en respuesta a incertidumbre, los tribunales comerciales sofisticados, junto con la aplicación oportuna” (p. 30)

Pero en segundo lugar y asociado a lo anterior, es necesario que las instituciones de control judicial sean realmente eficientes y eficaces, “las estrategias reguladoras particulares se complementan y se apoyan en diferentes instituciones de aplicación. Las normas requieren un regulador sofisticado y receptivo para para promulgarlas, si no quieren acabar imponiendo más obstáculos que beneficios a las partes.” (Armour, Hansmann, & Kraakman, 2017, p. 46)

Si bien las normas pueden ser óptimas, sin un operador judicial que realice una aplicación correcta y eficiente, no podrán ser idóneas para reducir un problema de agencia entre los administradores y la sociedad, es así como tratadistas como Djankov (2008) sugieren que:

La facilidad de litigio por parte de los accionistas agraviados también beneficia el desarrollo del mercado de valores. En este caso, las reformas podrían ser más difíciles, ya que su éxito dependería de la estructura y la eficacia más generales de los sistemas jurídicos de los distintos países. No obstante, los resultados sugieren que dar a los accionistas perjudicados la capacidad de demandar el acceso a la información para examinar la autogestión y una baja carga de la prueba disuadirían la expropiación de los inversores y promovería el desarrollo del mercado de valores (p. 463)

Acerca de los sistemas judiciales efectivos que protejan los accionistas minoritarios, dentro del caso Gyptec S.A. que se discurre en el presente escrito, se dio la importancia a esta problemática, identificando que “la necesidad de salvaguardar los derechos de asociados minoritarios se basa en consideraciones económicas que han sido objeto de contundentes verificaciones empíricas. Puede incluso afirmarse que en ese objetivo yace uno de los postulados centrales del derecho societario contemporáneo” (Superintendencia de Sociedades, 2014, p. 6)

Facilitar el acceso a los accionistas minoritarios para el inicio de litigios contra los administradores puede ser considerado un atractivo de inversiones a potenciales accionistas que busquen la protección de los recursos y la correcta administración del patrimonio social. Sin embargo, los mecanismos actuales en Colombia no son suficientes; como ya se indicó de manera precedente, no basta solo con realizar ajustes normativos, sino que los operadores judiciales tengan sistemas eficientes:

La eficacia de la revisión judicial tanto la calidad de los jueces y la estructura institucional que proporciona un resultado imparcial en un plazo de tiempo comercialmente razonable es más importante que el detalle de la norma legal que adopte un país (Schwartz & Gilson, 2012, p. 9)

Las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de la ley desempeñarán probablemente un papel más importante a la hora de garantizar el cumplimiento de los agentes (Armour, Hansmann, & Kraakman, 2017, p. 46), y el hecho de tener sistemas judiciales eficaces para la protección del patrimonio social y revisión de operaciones realizadas por administradores, logra mitigar los problemas de agencia.

3.1. Tradición jurídica para la implementación de herramientas de recomposición de patrimonio social y protección de accionistas

Algunos estudios intentan demostrar que parte de estos problemas de agencia donde no se controla las actuaciones de los administradores, parten también de la tradición jurídica donde se intenten implementar normas de protección patrimonial y supervisión sobre las conductas de los administradores.

Es así, como presuponen la idea de que países con regulaciones más proteccionistas a los accionistas y entre ellas al patrimonio social “determinan la confianza de los inversores en los mercados y, en consecuencia, el desarrollo del mercado (Djankov, La Porta, Lopez, & Shleifer, 2008, p. 431). Con lo anterior los accionistas se ven motivados a invertir en países que cuenten con herramientas legales que les permitan acudir a los tribunales para la recomposición o protección del patrimonio social cuando se vean expropiados o afectados por los actos de un accionista controlante o administrador.

Dentro del análisis de la tradición jurídica Djankov (2008) pone en comparación dos diferentes sistemas “los países de derecho consuetudinario suelen exigir tanto divulgaciones exhaustivas como aprobación de la transacción por accionistas desinteresados y, por el contrario, los países de derecho civil suelen tener menos requisitos de divulgación y confían aprobación de transacciones por cuenta propia al director general o al consejo de administración” (p. 440), este ultimo caso aplicable en Colombia de tradición jurídica francesa con sistema jurídico del *civil law*.

Los países de derecho consuetudinario someten sus operaciones con mayores requisitos de divulgación (*ex ante*), así como a más aprobaciones en condiciones de plena competencia, a diferencia de países con tradición civil como en Latinoamérica donde es bastante difícil para los accionistas recuperar los daños en razón a las exigencias legales para revisiones *ex post*, ejemplo de lo anterior es la acción social de responsabilidad en Colombia la cual tiene un sistema de aprobación que dificulta el inicio de la misma, cuando no se cuenta con la anuencia de votos necesaria.

Las estrategias para mitigar los problemas de agencia deben ser revisadas según el sistema legal y la tradición jurídica de cada país, pues el propósito no radica en hacer trasplantes jurídicos de normas, ya que no se puede afirmar que únicamente reformando el sistema de votación para el inicio de la acción social de responsabilidad se eliminan los problemas de agencia entre sociedad y administrador, pues el hecho de implementar reformas basadas en la experiencia de otros países, no implica que el mismo resultado se tendrá en Colombia:

La eficacia de las reglas y las normas depende en gran medida del vigor con el que se apliquen. En principio, las normas pueden aplicarse mecánicamente, pero requieren que los organismos que elaboran las normas inviertan un esfuerzo previo para asegurarse de que están bien redactadas (Armour, Hansmann, & Kraakman, 2017, p. 33)

No en vano autores como La Porta, López de Silanes, Scleiffer y Vichny afirman que las características propias de las diversas tradiciones jurídicas tienen un efecto sustancial en el desarrollo financiero de los países. De hecho, algunas calificadoras de riesgo evalúan a las sociedades y países como zona de alto riesgo para invertir, cuando no existen los mecanismos apropiados para proteger los intereses del nuevo accionista.

Por lo anterior, en Colombia debe replantearse el mecanismo de aprobación de la acción social de responsabilidad y hacerla más idónea, no solo para recomponer el patrimonio social, sino para proteger a aquellos accionistas minoritarios que puedan verse expropiados por la gestión de un administrador o un controlante, pero que no necesariamente implica la adopción de mecanismos dispuestos en el derecho comparado, sino un análisis de la eficacia del sistema jurídico para resolver problemas de agencia.

III. REMEDIOS A LA FALTA DE IDONEIDAD DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD BAJO LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

“Las mentiras y sinsentidos de los que está plagada la ley forman una niebla tan espesa que un hombre común, e incluso un hombre educado que no sea abogado, no pueden ver a través de ella”.
Jeremy Bentham.

Planteado el escenario con las dificultades que presenta el inicio de la acción social de responsabilidad en Colombia y la ausencia de mecanismos que permitan proteger el patrimonio social o en su defecto recomponerlo, se abordarán diferentes remedios bajo perspectivas alternas que permitirían hacer más idónea dicha acción, cumpliendo así su propósito de recomposición, y protección a los accionistas minoritarios afectados por la gestión del administrador o en beneficio únicamente del accionista controlante que influye sobre la gestión del administrador.

1. Equilibrio entre el cumplimiento de los deberes del administrador y la regla de discrecionalidad

El análisis del derecho económico se alimenta de las dinámicas del mercado, de las situaciones que se presentan en las sociedades y cómo estas repercuten en la economía, también en las decisiones que al interior de las compañías se suscitan y sobre las dinámicas que requieren regulación, vigilancia y supervisión.

Es por lo tanto, que estas dinámicas de supervisión sobre los administradores deben tener un equilibrio entre el cumplimiento de sus deberes y la discrecionalidad con la que actúan para desarrollar los negocios bajo la exposición de riesgos, de manera que esta discrecionalidad tenga un contrapeso con los deberes de los administradores y sus restricciones.

La prerrogativa en beneficio de los administradores para que puedan actuar con discrecionalidad en el curso de los negocios se le conoce como la regla de discrecionalidad (*Business Judgment Rule*), de manera que no existan controles de supervisión a sus gestiones como administrador, ni tampoco los tribunales deban revisar si actuaron o no bajo el cumplimiento de sus deberes, pues “la labor de los administradores sociales como una función rigurosamente económica, consistente en la asunción razonada de riesgos que puede conducir a la innovación empresarial y a la creación de riqueza” (Reyes F., 2012, p. 24)

Sin embargo, debe existir un equilibrio entre las exigencias que tienen los administradores a través de los deberes y la posibilidad de ejercer con discreción el curso de los negocios dentro de una sociedad. Así lo ha expresado la Superintendencia de Sociedades (2017):

Las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión. Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad (*'business judgment rule'*), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, a posteriori, por los resultados negativos de sus decisiones. En síntesis, pues, los administradores no podrían actuar como un “buen hombre de negocios” si las cortes deciden escudriñar todas las decisiones que estos sujetos adopten en desarrollo de la empresa social (p.76)

Si bien esta regla no presume que las actuaciones de los administradores estén exentas de controles legales, si deben considerarse dos espectros importantes como el equilibrio entre la discrecionalidad y control legal y estatutario, de manera que existan acciones que si bien garanticen la libertad negocial del administrador, también propenda por la protección del patrimonio y consecuentemente de los accionistas minoritarios.

Basado en lo anterior, la Superintendencia de Sociedades (2016) dentro del fallo Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. contra Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas, resaltó la importancia que la regla de la discrecionalidad puede cumplir al ser aplicada sobre las actuaciones de los administradores, los cuales deben enfocarse en desempeñar su labor como un buen hombre de negocios, sin preocuparse porque todas sus decisiones sean revisadas judicialmente al administrar el objeto social de la empresa “esto no significa, por supuesto, que la conducta de tales sujetos esté exenta de controles legales, pues la deferencia de los jueces no cobija actuaciones contrarias a sus deberes ni omisiones negligentes.” (p. 6)

Con lo anterior, es donde precisamente debe existir un equilibrio entre las herramientas para ejercer control sobre los administradores, sin que esto afecte su gestión como buen hombre de negocios, el cual debe estar enfocado en la optimización de recursos sociales y no trabajando por defenderse de todas las acciones que contra él ejerzan.

Así las cosas, se analizarán todos aquellos incentivos que pueden tener los administradores para gestionar eficientemente el patrimonio social, pero así mismo los disuasivos que pueden tener en caso de deteriorarlo.

2. Economía conductual de los administradores frente a la acción social de responsabilidad

La economía conductual es un estudio interdisciplinar que analiza comportamientos de los individuos o como los denominaba Bentham “agentes racionales” y la forma como toman decisiones económicas, para el caso particular, es una perspectiva para analizar los comportamientos de los administradores con todos los factores que pueden influenciarlos para tomar decisiones óptimas para la empresa o de provecho propio y personal: “Las personas se comportan como capaces de valorar (la utilidad), basadas en los resultados potenciales y sus respectivas probabilidades y, entonces, escogen la alternativa que tenga la mayor utilidad” (Kahneman, 2003, p. 163)

Es importante revisar las influencias que existen sobre el comportamiento de los administradores llamados incentivos y que son determinantes para regular en debida forma mecanismos que permitan hacer de la acción social de responsabilidad un instrumento idóneo o la posibilidad de incluir revisiones *ex ante* y que cumplan el objetivo de proteger el patrimonio de la sociedad.

El propósito de crear incentivos en la relación de los agentes en una sociedad, es que se sientan motivados y estimulados a través de diferentes beneficios, para que no tengan comportamientos oportunistas y por el contrario, busquen maximizar las utilidades de la sociedad.

El papel de los incentivos en una legislación como la Colombiana, debe promover por orientar la conducta de los individuos en nuestro caso sobre los administradores, para ello autores extranjeros explican la importancia de analizar los incentivos para prevenir riesgos o pérdidas:

Los individuos se enfrentan a situaciones de incertidumbre, en las que se destacan las ganancias de las opciones, tienden generalmente a evitar las elecciones riesgosas. Por otro lado, las personas confrontadas con la misma situación de incertidumbre, pero con una formulación donde se destacan las pérdidas, tienden a asumir riesgos. Este efecto para la toma de riesgos desaparece si las ganancias o las pérdidas son pequeñas y; en general, la aversión por las pérdidas es más potente que la atracción por las ganancias (Kahneman & Tversky, 2000, p. 32)

Todas las situaciones a las que se enfrentan los administradores no pueden estar reguladas taxativamente en la ley porque las dinámicas de mercado son cambiantes, y aunque estuvieran reguladas, no por el hecho de estar en la ley o los estatutos los administradores se sentirán obligados a cumplirlas, pues siempre existirá la disyuntiva de tomar una decisión en favor de la sociedad o en provecho propio por fuera de la ley.

Es precisamente esta interacción entre las normas y el comportamiento humano una de las primeras revisiones ex ante de los incentivos que tienen los administradores y que se define mejor en palabras de Kornhauser (2002):

Las normas jurídicas influyen en el cálculo racional del agente, pero la influencia difícilmente puede identificarse con la causa que motiva sus elecciones, la ley no tiene fuerza normativa intrínseca, la manera como la norma jurídica influye en el comportamiento, no difiere de la manera como lo hace el precio o una amenaza. (p. 39)

Es por lo tanto que las restricciones que implican el ejercicio de la acción social de responsabilidad en Colombia son un incentivo de carácter negativo para los administradores que desvían los recursos, máxime si estos tienen la complicidad e influencia de los accionistas

controlantes, de manera que estos últimos no iniciarán ninguna acción contra los administradores, razón por la cual la acción social de responsabilidad puede crear “situaciones socialmente ineficientes y paradójicamente injustas” (Coase, 1992, p. 102)

3. Teoría de juegos y los incentivos económicos en las actuaciones de los administradores

Para los años 40 los teóricos Von Neumann, Morgenstern y John Nash establecieron el enfoque de la teoría de juegos para analizar las interacciones humanas a través de los llamados incentivos: “Su principal aplicación la encontramos en las ciencias económicas porque intenta encontrar estrategias racionales en situaciones donde el resultado depende no solamente de la estrategia de un participante y de las condiciones del mercado, sino también de las estrategias elegidas por otros jugadores, con objetivos distintos o coincidentes” (Anzil, 2021).

Esta teoría de juegos tiene como principal ejemplo “el dilema del prisionero” como un juego de policías y ladrones, donde estos últimos al ser capturados y están como prisioneros, se les interroga por separado para confesar o delatar a sus cómplices, de manera que se analizan sus potenciales decisiones, bien sea para culparse entre sí, liberarse o cooperar.

Uno de los enfoques de la teoría de juegos es el análisis de las estrategias que los “jugadores” o agentes, pueden tener al momento de tomar decisiones, bien se afirma:

Un concepto fundamental de esta teoría es el de estrategia y puede interpretarse de la forma siguiente: una persona que tiene que adoptar una decisión en el transcurso de un juego debe efectuarla en función de circunstancias específicas, es conveniente que se

identifique el concepto de circunstancias, a partir de las cuales la persona adopta una decisión con la totalidad de información que posee de la experiencia anterior que, de acuerdo a las normas o reglas establecidas en el juego, tiene a su disposición en el instante en que tiene que tomar una decisión particular” (Doblado, Nieto, & Santos, 2003, p. 18)

La aplicación de la teoría de juegos tiene como objetivo principal “el estudio de acciones multipersonales, y como tal es aplicable en economía, cuando los diferentes agentes toman decisiones para actuar y dominar los mercados; pero también en el derecho, al establecer términos contractuales o al estructurar normas que afectan o limitan la actuación de otros individuos” (Sierralta, 2009, p. 186) razón por la cual se debe analizar si la acción social de responsabilidad en Colombia, es un mecanismo idóneo para incentivar a los administradores a optimizar su gestión en pro del crecimiento económico de la empresa así como evitar afectar el patrimonio de la misma, so pena de sanciones y remociones en caso de incumplir dicha labor a la luz de los deberes fiduciarios.

Dentro del caso ya precitado de Gyptec S.A., se deja en evidencia el dilema que el prisionero, en este caso el administrador tiene, cuando el controlante tiene influencia sobre éste. En dicha sentencia se estableció que:

Este despacho se ha pronunciado ya acerca de la necesidad de fiscalizar rigurosamente las operaciones celebradas entre una compañía y aquellas personas que, como en el caso de los accionistas controlantes, puedan tener alguna influencia sobre la gestión de los negocios sociales (*related party transactions*). Este especial escrutinio se justifica por la posibilidad de que tales personas, conocidas en la doctrina comparada como ‘partes vinculadas’, se valgan de su ascendencia sobre la sociedad para extraer prerrogativas económicas inmerecidas en el curso de una relación contractual (...) a potestad que suele

tener el controlante de remover a los administradores en cualquier momento hace que tales funcionarios se muestren dispuestos a acatar las órdenes del asociado mayoritario (Superintendencia de Sociedades, 2014, p. 14-15)

Esta forma de analizar la acción social de responsabilidad a través de la teoría de juegos permitirá analizar si esta acción debe estar encaminada no solo a recomponer el patrimonio social, sino a sancionar la conducta de los administradores, o está acción contempla las aristas que existen en las sociedades cuando los administradores son influenciados por los accionistas controlantes. Lo anterior, es una situación que permite analizar el enfoque económico que requiere cualquier intento de forma al régimen de administradores en Colombia.

Dilema del prisionero aplicado a la acción social de responsabilidad cuando el accionista controlante ejerce influencia sobre el administrador

	Administrador obedece ordenes de controlante	Administrador NO obedece ordenes de controlante
Accionista mayoritario ejerce influencia sobre administrador	Ambos afectan el patrimonio social, sacan provecho personal – Administrador conserva cargo con el riesgo de ser demandado por incumplimiento de deberes.	Administrador removido del cargo por no cumplir las exigencias del administrador para extraer beneficios privados de control.

Fuente: Elaboración propia

El anterior dilema del prisionero aplicado a la acción social de responsabilidad se presenta cuando el accionista controlante ejerce influencia sobre el administrador y este último queda en un papel de prisionero frente las decisiones que pueda tomar cuando:

(i) En provecho de su posición de administrador y con influencia del controlante extrae beneficios privados de control afectando el patrimonio social, pero con el latente riesgo de ser demandado a través de la acción social de responsabilidad, acción individual o bajo las potenciales acciones que se han propuesto en las diferentes reformas presentadas al régimen de administradores.

(ii) Por otro lado, cuando el accionista controlante ejerce presión sobre este para sacar provecho a costa de la administración sobre el patrimonio, pero el administrador se niega a hacerlo y por lo tanto puede ser removido de su cargo por no acatar las órdenes de aquel que tiene control y poder de decisión sobre la sociedad.

Es así que en esa trampa del accionista controlante, el administrador puede ser considerado un prisionero y hasta una víctima del controlante, debiendo escoger la opción menos desfavorable para sí, aunque las dos sean negativas eventualmente lo perjudiquen. Así mismo en este dilema del prisionero, el patrimonio social en ambos casos se ve reducido, “si cada uno actúa racionalmente y persigue su propio interés, el resultado social será peor del que se habría obtenido actuando cooperativamente” (Reyes, 2012, p. 107)

Lo anterior muestra que, la falta de idoneidad de la acción social de responsabilidad no recae únicamente en su sistema de aprobación, sino en el enfoque económico, legal y de economía conductual con el cual se analiza.

Tal y como está planteada esta acción en Colombia, no contempla aquellos casos en los cuales el detrimento patrimonial no solo disminuye a causa del incumplimiento de los deberes

fiduciarios, sino a causa de los intereses escondidos de los accionistas controlantes que sacan provecho de su influencia sobre el administrador y este ultimo bajo la trampa del controlante, es un prisionero.

Así las cosas, modificar el sistema de aprobación de la acción social de responsabilidad no soluciona el problema de la falta de idoneidad de este mecanismo en Colombia, pues ajustar el porcentaje de aprobación por parte del máximo órgano no soluciona los problemas del régimen de administradores cuando estos se ven influenciados por los accionistas mayoritarios que quieren defraudar el patrimonio social y expropiar accionistas minoritarios.

Por lo tanto se deben analizar los incentivos que tienen los administradores para tomar decisiones, bien sean de optimización o de provecho propio, pero también los incentivos y disuasivos creados sobre aquellos que controlan las decisiones del administrador.

Bajo un enfoque económico de maximización de riqueza, los incentivos tanto de los administradores como de los accionistas mayoritarios deben ser alterados para que adopten ciertos patrones de conducta social y económicamente deseable (Posner, 1992, p. 842).

Así las cosas, en los casos antes descritos como el de Loyalty Marketing la acción social de responsabilidad si es efectiva, porque el administrador actúa por cuenta propia, saca provecho del beneficio patrimonial y los accionistas suman esfuerzos para cumplir con el porcentaje de aprobación iniciar una acción que busca recomponer el patrimonio y destituir al administrador. Pero en los casos como el de Gyptec S.A. donde el mayoritario ejerce control sobre el administrador (que es un prisionero del controlante) y extraen beneficios privados de control, será

virtualmente imposible que la acción social prospere, razón por la cual en ese caso se tuvo que acudir al abuso de derecho de voto.

Dicho de esta manera y con el propósito de cambiar el enfoque de análisis de la falta de idoneidad de la acción social de responsabilidad más allá de un sistema de aprobación, se deben analizar las perspectivas alternas que surgen por las aristas que tiene el régimen de administradores, donde se deben evaluar todas aquellas estrategias que alteran los incentivos que tienen los agentes dentro de una sociedad (accionistas y administradores) para actuar en provecho personal o para maximizar las utilidades del patrimonio social.

4. Estrategias del análisis económico del derecho societario para mitigar los problemas de agencia

Previo a plantear algunas estrategias para mitigar los problemas de agencia que se suscitan en la sociedad, se debe establecer primero el modelo de capital de la sociedad al cual se pretenden aplicar estas alternativas. Los modelos de capital pueden ser disperso o concentrado, este último común a las sociedades colombianas y latinoamericanas.

Los modelos de dispersión del capital societario tienen la característica de tener un sistema de capital desarrollado y con alta liquidez:

Las compañías que participan en estos sistemas se caracterizan porque sus socios son titulares de una pequeña porción de capital, lo cual da lugar a una separación entre la titularidad del capital y el control de la sociedad. En otras palabras, en estos sistemas el control del capital está distribuido en titularidades accionarias pequeñas que impiden la toma directa de decisiones por parte de un bloque controlante (Reyes, 2012, p. 54)

Estos modelos se encuentran normalmente en sistemas de derecho anglosajón donde existe separación entre la titularidad del capital y el control, haciendo más transparentes las operaciones entre asociados y la gestión del patrimonio social. En el modelo de capital disperso al existir un gran número de accionistas, se crean múltiples mecanismos de protección a los accionistas minoritarios frente al oportunismo de los controlantes.

Diferente a lo anterior en los modelos de capital concentrado como en Colombia “se caracterizan por ser compañías en las que existe un único bloque, titular de la mayoría de las acciones en circulación, el cual detenta la titularidad del capital de la sociedad, así como su control” y aquí los problemas de agencia son diferentes “en cuanto al control y administración, estos los ejercen los accionistas mayoritarios, los cuales son unos pocos accionistas con derecho de dominio sobre el 50 % o más de las acciones en circulación (Reyes, 2012, p. 43)

A través del análisis económico del derecho, se plantean algunas soluciones para mitigar los problemas de agencia que surgen en modelos de capital concentrado, bien sea los que se dan (i) entre accionistas minoritarios y mayoritarios, (ii) entre accionistas y administradores, y (iii) entre la sociedad y terceros.

En la acción social de responsabilidad se debe controlar el primer problema de agencia en la cual “el mandante o principal encomienda la realización de un encargo a un mandatario o agente, pues en este tipo de relaciones el bienestar del principal queda sujeto a las acciones del agente. Son varias las causas de los problemas de agencia, pero entre ellas se destacan dos: la diferencia de intereses entre las partes y la asimetría de información existente a favor del agente” (Reyes, 2012, p. 56), razón por la cual se estudiarán diferentes remedios para mitigar este problema de agencia.

4.1. Divulgación de información ex ante

Una forma de mitigar el problema de agencia entre sociedad y administrador, es la oportunidad de revisar las decisiones por parte de los accionistas o máximo órgano, de todas las operaciones que puedan implicar situación de control o estén viciadas de conflicto e interés, esto por lo tanto implica una disminución en la discrecionalidad otorgada al administrador pues “la regla del juicio empresarial inmuniza la mayor parte del comportamiento de los directivos del escrutinio judicial” (Schwartz & Gilson, 2012, p. 13)

Sin embargo las situaciones conflictivas que se revisan previamente, también se someten al escrutinio de la asamblea, si se detentan como conflictivas generan nulidad, pero si no se consideran conflictivas y sin embargo afectan el patrimonio social, tal como lo describe el Decreto 1925 de 2009 pueden generar responsabilidad en el accionista que aprobó dicha operación, pero nuevamente el administrador entra en el dilema de obedecer o no los mandatos del controlante, a sabiendas del perjuicio patrimonial que puede ocasionar.

En palabra de Djankov (2008) frente a las regulaciones *ex ante* “la ley puede tratar de regular el proceso de aprobación exigiendo una amplia divulgación por parte de la empresa y la parte relacionada sobre el principio de que “la luz del sol es el mejor desinfectante”” (p. 437) y de este modo la divulgación antes de la transacción, con revisión de terceros independientes como auditores o peritos, así como los actores involucrados, puede hacer más transparente la negociación o puede prevenir riesgos económicos que afecten el patrimonio social.

Pese a que esta estrategia de mitigación de problemas de agencia es más funcional para sociedades con modelos de capital disperso diferente al colombiano, es importante analizarlas para ambientar las diferentes perspectivas con los cuales se debe analizar el cambio de paradigma

de la falta de idoneidad de la acción social de responsabilidad. Autores como Djankov (2008) confirman esta revisión previa al indicar:

No se sugiere que la divulgación *ex ante* y el voto de los accionistas sean controles efectivos debido a la sofisticación de los pequeños accionistas. En cambio, estas prácticas podrían funcionar porque, cuando los acuerdos problemáticos son divulgados públicamente, son criticadas en la prensa (Dyck y Zingales, 2004) o estimulan el activismo de grandes accionistas externos (Shleifer y Vishny, 1986).

En el mismo sentido Coffe (2002) indica que “los estándares más altos de divulgación y gobernanza son claramente el producto de un deseo competitivo de atraer listados. Además, la legislación reciente adoptada en América Latina parece claramente intencionada mejorar la gobernanza corporativa local con el fin de detener la migración de comercio y cotización en el extranjero” (p.182)

Es precisamente este enfoque hacia la alta divulgación *ex ante*, lo que permite mayor transparencia en las negociaciones, de manera que será un incentivo a los administradores para obrar bajo los mejores intereses de la sociedad, pero también para los potenciales inversionistas extranjeros o nacionales, de manera que confíen que con esta estrategia la administración del patrimonio se hará de forma transparente y eficiente, a su vez podrán confiar que estas medidas pueden prevenir la vulneración o expropiación, siempre y cuando exista reducción en las asimetrías de información.

4.2. Limite a los beneficios privados de control

Los beneficios privados de control “son ganancias pecuniarias o no pecuniarias que un accionista adquiere por medio de su posición de control” (Schwartz & Gilson, 2012, p. 3), pues es gracias a su posición de controlantes y administradores que pueden aprovecharse del patrimonio social de una compañía.

Estos beneficios privados de control se logran por “tener la oportunidad de hacer las cosas a su manera” (Nowak & Ehrhardt, 2001, p. 4) y es allí donde los administradores en su posición de privilegio pueden extraer beneficios privados de su mandato, pero también los accionistas controlantes cuando ejercen influencia sobre el administrador para sacar provecho de esta posición.

Los beneficios privados de control “pueden ser transferencia de recursos, ya sea de activos o de flujo de caja, de la compañía a las manos de la persona que la controla” (Johnson, La Porta, Lopez, & Shleifer, 2000, p. 22) que también son conocidos en la doctrina internacional como *Tunneling*, los cuales tienen tres subclases según lo explica el maestro Mendoza (2013):

- *Equity tunneling*: Consideradas como transacciones tendientes a diluir la participación accionaria del accionista minoritario (p. 84)
- *Cash flow tunneling*: Cuando los controlantes se apropian del flujo de caja realizando “operaciones como los precios de transferencia, los préstamos internos y las altas compensaciones a los ejecutivos de la sociedad” (Mendoza, 2013, p. 84). Son estas precisamente las que se pueden evidenciar como una directa afectación al patrimonio social, elemento principal en Colombia para invocar la acción social de responsabilidad.

- *Asset tunneling*: “definidas como auto-transacciones en las cuales la compañía vende activos a un menor o mayor precio de su valor de mercado en beneficio del accionista mayoritario, pero en detrimento de la sociedad. En esta sub-clase también encontramos la ejecución de inversiones desfavorables entre filiales y matrices” (Mendoza, 2013, p. 84)

Es así como una forma de limitar los beneficios privados de control que potencialmente pueden afectar el patrimonio social es a través de mecanismos reguladores previos (*ex ante*) donde “los accionistas controladores puedan comprometerse de forma creíble a limitar el consumo de beneficios privados a niveles eficientes, en los que los beneficios de una mejor supervisión y gestión superen el consumo de beneficios privados para los accionistas minoritarios” (Schwartz & Gilson, 2012, p. 7)

Tal y como se ha venido desarrollando, la forma de mitigar la extracción de beneficios privados de control es alinear los incentivos donde los administradores o accionistas controlantes se vean motivados a buscar un beneficio común y este les genere más ganancias de lo que el aprovechamiento privado y personal por su posición puede otorgarles.

En otras palabras, que los agentes tengan mayores ganancias por el hecho de proteger y maximizar los recursos sociales, por encima de las potenciales ganancias que tendrían minimizando el patrimonio social. Uno de esos incentivos no necesariamente debe ser económico, sino la posibilidad de no ser supervisados en todas sus actuaciones, permitiéndoles que actúen bajo libertad de llevar el curso de los negocios.

4.3. Control de la asimetría de información entre administradores y accionistas

Una de las principales ventajas de los administradores para la desviación de recursos sociales está en la amplitud de información que poseen sobre el mercado o balances financieros de la empresa. Sin embargo, el problema de asimetría de información se presenta en los siguientes eventos: (i) Cuando alguno de los agentes no entrega información, (ii) Cuando pese a que se presenta la información completa, alguno de los agentes no tenga la capacidad de procesarla por su falta de experticia en los negocios, (iii) Cuando se entrega información incompleta o falsa.

Los anteriores eventos crean un desequilibrio en los agentes para la toma de decisiones óptimas que puedan garantizar el crecimiento empresarial o que eviten el aprovechamiento de los recursos sociales indiscriminadamente.

Para mitigar este problema de agencia creado por la asimetría de información, se proponen estrategias que reduzcan los abismos que existen entre los administradores y los accionistas para tomar decisiones óptimas de negocio. Así mismo, eliminar esta brecha reduce las posibilidades de defraudar el patrimonio social por la falta de conocimiento en las transacciones de la empresa, los recursos disponibles, los balances y estados financieros.

Acciones como la publicidad en los estados financieros a todos los accionistas o la divulgación de la información financiera importante antes de cualquier asamblea son herramientas que le permitan a los accionistas sean mayoritarios o minoritarios reducir la asimetría de información.

A su vez, la posibilidad de auditar las gestiones financieras de los administradores para evitar la información falsa o la capacitación y educación financiera de los accionistas para que puedan

comprender la información económica de la empresa, evitan el aprovechamiento personal del administrador que actúa sin que el accionista afectado tenga conocimiento.

4.4. Revisión de información *ex post*

Las revisiones *ex post* consisten en la verificación subsiguiente que surge después de que el administrador ha realizado transacciones y operaciones, y que por acción u omisión han ocasionado un detrimento patrimonial a la sociedad.

Al realizar un escrutinio de las acciones u omisiones del administrador y encontrar que las mismas afectaron el patrimonio social, se deben buscar mecanismos de recomposición, pero también de reproche judicial contra el mismo, tales como las sanciones contra los administradores, la nulidad de los actos que llevaron a la desviación de recursos sociales y la indemnización de perjuicios ocasionada a la sociedad.

Tal y como lo expone Kraakman (2017) “La imposición de sanciones a los individuos asociados a la empresa puede aumentar la eficacia de las estrategias legales pertinentes” (p. 43). De manera que contar con mecanismos de revisión judicial de sus acciones, cree un disuasivo sobre los administradores que menguan el patrimonio social a costa de su beneficio propio.

Las revisiones *ex post* implican un mandato consagrado en la ley para realizar escrutinios a aquellas operaciones que impliquen riesgos, en caso de encontrar actuaciones defraudatorias “la ley puede disuadir las irregularidades mediante sanciones como multas y penas de prisión contra el accionista controlador y quienes aprobaron la transacción. Las sanciones penales se aplican a comportamientos que van desde la intención delictiva para obtener ganancias ilícitas hasta las infracciones de deberes de cuidado y lealtad” (Djankov, La Porta, Lopez, & Shleifer, 2008, p.

437) y esto realmente es un disuasivo para que el administrador o accionista controlante se abstenga de realizar transacciones que perjudiquen el patrimonio social.

Diferente a las revisiones *ex ante* que sugieren ciertas reglas de comportamiento al momento de realizar alguna transacción o toma de decisión con implicaciones económicas, las revisiones *ex post* prevén que toda decisión del administrador será puesta a prueba, auditada y sometida a control judicial.

Lo anterior implica que “la revisión judicial a posteriori bajo un estándar obligatorio requiere que los tribunales determinen si el consumo de beneficios privados de control asociado a una determinada transacción interesada está dentro de la zona de razonabilidad.” (Schwartz & Gilson, 2012, p. 26), de manera que se determine la responsabilidad del administrador o por el contrario, se exonere en caso de que a pesar de actuar como buen hombre de negocios, el resultado de sus gestiones no fue el esperado.

Sin embargo estas revisiones judiciales posteriores presentan algunas dificultades para ser consideradas herramientas idóneas de disuasión, en primer lugar el nivel probatorio exigido para demostrar *ex post* que una transacción tiene carácter defraudatorio analizando los elementos de culpabilidad o dolo, pero seguidamente y tal como sucede en Colombia, la imposibilidad de accionar un mecanismo *ex post* como la acción social de responsabilidad, la cual no es idónea cuando no se cuenta con el porcentaje requerido de votos de los accionistas para iniciarla.

Sin embargo, los controles *ex post* no pueden convertirse en actuaciones temerarias contra los administradores quienes sentirían amenaza porque todas sus gestiones sean sometidas a auditoria sin considerar siquiera los riesgos propios de la actividad comercial.

Es por lo tanto que las revisiones posteriores pueden limitar la discrecionalidad de los administradores generándoles una aversión al riesgo, lo cual puede convertirse en un exceso de disuasión sobre los administradores. Por lo cual se debe realizar una ponderación entre el poder sancionatorio derivado de las acciones *ex post* versus la discrecionalidad de los administradores en el curso de los negocios y los riesgos que de por sí tiene la actividad económica y de administración empresarial.

Así las cosas y analizadas las estrategias para mitigar los problemas de agencia, se ahondará en el estudio de aquellos incentivos a nivel legal y económico por medio de mecanismos *ex ante* y *ex post*, para hacer de la acción social de responsabilidad en Colombia un mecanismo realmente eficiente.

IV. REMEDIOS LEGALES A LA FALTA DE IDONEIDAD DE LA ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

*No hay nada más destructivo del respeto por
el gobierno y la ley del país que aprobar
leyes que no pueden hacerse cumplir”
Albert Einstein*

Tal y como se estableció de forma precedente, la reforma al sistema de aprobación de la acción social de responsabilidad no soluciona completamente sus problemas de falta de idoneidad. Por lo anterior, se analizarán la creación de incentivos legales que potencialmente cambiaría el enfoque sobre el régimen de administradores.

De conformidad con el análisis económico del derecho “1. Los individuos son racionales en tanto buscan maximizar su utilidad en todos los escenarios; 2. Los individuos responden a incentivos legales o precios y 3. El impacto del sistema jurídico y su principal objetivo es el criterio de eficacia o eficiencia” (Doménech, 2012, p. 103), siendo este el punto de partida para entender las formas de creación de incentivos legales de manera que los administradores no incurran en conductas perjudiciales al patrimonio de la sociedad y contrario a esto, sean motivados a optimizar los recursos.

Ahora bien “dentro del análisis económico del derecho, es relevante considerar a las normas jurídicas como un conjunto de incentivos para sus destinatarios. El precio del incumplimiento de una norma es, por tanto, la sanción jurídica prevista en el ordenamiento para el trasgresor. Un precio alto, vale decir una sanción jurídica significativa, creará un incentivo económico para su acatamiento” (Reyes, 2012, p. 123)

Con lo anterior, crear instrumentos auxiliares que complementen el régimen legal de la acción social de responsabilidad y la exigencia de reportes de gestión a través de la creación de incentivos legales pueden suplementar las ineficiencias que presentan los mecanismos legales actuales en Colombia que buscan la recomposición patrimonial.

1. Gobierno corporativo

Como un mecanismo previo de control, el gobierno corporativo busca implementar buenas practicas al interior de las sociedades y tiene como objeto “facilitar la creación de un ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad de los negocios. Todo ello contribuirá a un crecimiento más sólido y al desarrollo de sociedades más inclusivas” (OCDE, 2021).

La Superintendencia de Sociedades a través de la guía de buenas practicas de gobierno corporativo, estableció algunas estrategias que pueden ser útiles para que los administradores y accionistas controlantes no incurran en malversación de los recursos sociales y por lo tanto no exista la necesidad de acudir a acciones para la remoción del administrador y la recomposición del patrimonio social afectado, entre ellas, se proponen la creación de reglas reglas claras que permitan al máximo órgano social tomar decisiones adecuadas, asegurando la participación de todos los propietarios o asociados, la protección de sus intereses y la toma de decisiones en provecho de la empresa (Superintendencia de Sociedades, 2020, p. 45)

Así mismo, se plantean algunas estrategias como la creación de esquemas de evaluación tanto de la operación como de sus miembros, con el fin de promover una cultura de rendición de cuentas y mejoramiento continuo en la empresa de manera que se reduzcan las asimetrías de información.

La creación de mecanismos internos de supervisión y control de riesgos frente a posibles escenarios de detrimento patrimonial a causa de malas decisiones de los administradores o influencia de los controlantes, son herramientas de control previo e incentivos de conducta enmarcados en manuales de gobierno corporativo al interior de las sociedades para asegurar las mejores prácticas en la toma de decisiones, generando “estructuras, principios, políticas y procesos (buenas prácticas empresariales) para la dirección, administración y supervisión de cualquier empresa, cuyo propósito es mejorar su desempeño, generar valor y garantizar su competitividad, productividad y perdurabilidad.” (Superintendencia de Sociedades, 2020, p. 11)

A través del nuevo paradigma denominado gobierno corporativo se pueden establecer ciertos lineamientos que orienten la gestión de los administradores, marcando pautas de comportamiento que contribuyan al cumplimiento de los objetivos y desarrollo económico de la sociedad.

Con lo anterior precisamente se busca que a través del gobierno corporativo se mitiguen los problemas de agencia que surgen entre el administrador y la sociedad, de manera que si se le conmina al cumplimiento de ciertos principios, donde según Kraakman (2017)

Las estrategias legales para el control de los administradores pueden clasificarse de forma general en dos subconjuntos, que denominamos, respectivamente, "estrategias reguladoras" y "estrategias de gobernanza". Las estrategias reguladoras son prescriptivas: dictan términos sustantivos que rigen el contenido de la relación principal-agente, que tienden a restringir el comportamiento del agente directamente. Por el contrario, las estrategias de gobernanza tratan de facilitar el control del principal sobre el comportamiento de su agente (p. 31)

Es así como el hecho de elaborar mejores estrategias de gobernanza pueden ser una herramienta de protección patrimonial y por lo tanto de accionistas afectados, pues “varios estudios han demostrado que las empresas con una gobernanza de mayor calidad tienen valores de mercado más altos” (Coffe, 2002, p. 1811).

Indiscutiblemente una visible protección de accionistas genera un incentivo sobre quienes quieran adherirse y depositar su capital en una empresa, aunque como también lo indica Coffe (2002) en “mercados emergentes las empresas están menos dispuestas a optar por una reforma sustancial de la gobernanza” (p. 1808), por lo cual debe existir un equilibrio entre las acciones legales de protección patrimonial junto en las estrategias y principios que se definen a través del gobierno corporativo.

Es por lo tanto que en Colombia y como ya se estableció, la falta de idoneidad de la acción social de responsabilidad no se corrige necesariamente con una reforma al sistema de votación y aprobación de esta, sino con medidas complementarias que pueden hacer eficiente la gestión del administradores previo a tener que recurrir a mecanismos sancionatorios. Una de estas medidas complementarias que puede cambiar el enfoque del régimen de administradores, es la creación de políticas corporativas que establezcan lineamientos de conducta sobre los administradores.

El hecho de desarrollar mejores prácticas corporativas enriquece los procesos estratégicos de una empresa y permiten que los administradores tengan pautas de conducta para actuar siempre en provecho y bienestar de la sociedad por encima de sus intereses particulares. Por lo tanto y a través del gobierno corporativo, se sugiere la adopción de algunas políticas que suplementan el propósito de proteger el patrimonio social:

- Política de gobierno corporativo: Por medio del cual se fijan reglas de conducta esperadas de los administradores respecto de su relacionamiento con accionistas, tales como la revelación de información, rendición de cuentas y auditoría a sus operaciones.
- Política de control interno: Donde se implementen lineamientos que permitan identificar, mitigar y prevenir los potenciales riesgos de fraude y corrupción al interior de la Sociedad y por cualquiera de los agentes. Así mismo la designación de auditores que realicen un balance de la gestión de los administradores, pero que estos sean nombrados con transparencia y evitando que los accionistas controlantes tengan injerencia en estos.
- Política de gestión de riesgos: A través del cual se blinde la actuación de los administradores por medio de seguros. En caso de pérdidas patrimoniales de la sociedad a causa de las gestiones del administrador, la cobertura del seguro puede recomponer y/o proteger el patrimonio social.
- Política de seguridad de la información: De modo que se proteja toda información sensible del negocio, de manera que esta sea conocida solo al interior de la sociedad y sea divulgada de manera correcta para la mejor toma de decisiones.

2. Incentivos económicos como herramienta de optimización de la gestión de los empresarios

Como se ha mencionado el problema de agencia a resolver en la acción social de responsabilidad tiene que ver con la conducta de los administradores, la forma en la que los accionistas pueden

asegurar que el agente (administrador) lleve a cabo la gestión del patrimonio en beneficio de la sociedad.

Una de las estrategias para mitigar este problema de agencia es la creación de incentivos económicos dispuestos en los estatutos sociales o a través de políticas corporativas de compensación tales como:

- Retribución económica a los administradores de acuerdo a los resultados y desempeño sobresaliente sobre las gestiones que lleven a maximizar las utilidades de la sociedad.
- Paquetes de compensación competitivos en el mercado que ofrezcan al administrador un beneficio por su desempeño y su potencial, de manera que los beneficios se expresen económicamente y también por medio de retribuciones que generen bienestar, tales como formación académica o aseguramiento en salud.
- Primas de éxito por la apreciable gestión de los administradores cuando se establezcan metas en favor de la sociedad y estas sean cumplidas.

3. Disuasivos legales para prevenir las conductas que afectan el patrimonio social a causa de la gestión de los administradores

Así como se han desarrollado diferentes incentivos para prevenir conductas que afecten el patrimonio empresarial, también es menester indicar todos aquellos disuasivos para prevenir las actuaciones incorrectas de los administradores y para sancionar aquellas conductas reprochables que afecten el patrimonio social.

Como ya se había descrito, en Colombia a través del Decreto 1925 de 2009 en su artículo 5 existen sanciones, indemnizaciones e inhabilidades en contra de los administradores que a causa de sus gestiones deterioren el patrimonio social.

Las estrategias a través de los disuasivos permiten mitigar los problemas de agencia, de manera que los administradores antes de cometer alguna operación en contra de la sociedad, deben evaluar los riesgos y consecuencias a las cuales se someten por defraudar el patrimonio social.

Es importante resaltar que no solo se requieren los disuasivos correctos en la ley, sino que estos sean implementados de manera eficaz por las autoridades administradoras de justicia, de manera que “la correcta administración de justicia es de vital importancia para determinar la inhibición de futuras conductas ilícitas, dicho de otro modo, el agente que de antemano evalúa las escasas posibilidades de castigo que presentaría su conducta en caso de resultar detenido, cobra coraje para delinquir” (Garavano, 2015, p.2)

Por lo anterior, unos fuertes disuasivos legales hacen que el administrador que pretenda defraudar el patrimonio social tenga que evaluar la equivalencia entre los beneficios privados que puede extraer versus las sanciones y reproches a los cuales puede verse sometido.

Esta situación se discutió líneas arriba sobre todo en el análisis del dilema del prisionero, en especial en los casos donde el administrador no actúa de manera independiente sino con influencia de un accionista controlante que lo somete a cumplir sus órdenes, de lo contrario el

administrador se ve en riesgo de perder su cargo. En este caso hay consecuencias negativas para el administrador independientemente de la decisión que tome.

Por lo tanto, los disuasivos son eficaces en los casos donde el administrador actúa con independencia y bajo su responsabilidad se afecta el patrimonio social, pero no es una estrategia ideal en los casos donde se encuentra conminado por un accionista controlante.

4. Mecanismos legales dispuestos en el derecho comparado para proteger el patrimonio de la sociedad.

Bastante se ha discutido a través de la filosofía del derecho, la conveniencia entre trasplante jurídico, híbrido o tergiversación, es decir, las formas como la normativa de otras jurisdicciones pueden adoptarse en Colombia, la forma como se implementan y si su planteamiento es aplicable en nuestra escuela jurídica.

Aunque no se ahondará en esta discusión de la filosofía jurídica, es importante resaltar los mecanismos alternativos que en otras jurisdicciones se ofrecen para proteger el patrimonio social por causa de acciones dolosas o negligentes de los administradores, las cuales pueden ser potenciales ejemplos para modificar la acción social de responsabilidad.

En Francia estableció la acción denominada “*action sociale ut singuli*” donde “los accionistas podrán, bien individualmente, bien por medio de una asociación que reúna un 5% de participación social según lo establecido en el artículo L.225-120, entablar una acción social de

resarcimiento por responsabilidad civil contra los administradores sociales. Los demandantes estarán habilitados para reclamar la reparación integral del daño causado a la sociedad, a la cual se le abonará, en su caso, una indemnización por daños y perjuicios” (Tamayo, 2018, p. 103), lo cual puede servir de ejemplo a Colombia, frente a la potencial modificación de la anuencia de votos y porcentaje necesario para iniciar una acción social de responsabilidad.

En este mecanismo es preciso contar con la anuencia de la junta directiva y del máximo órgano social para poder celebrar operaciones en las que un administrador o un accionista de la compañía tengan un interés “De realizarse una operación sin la autorización requerida para el efecto, podrá solicitarse la nulidad de los negocios jurídicos correspondientes, siempre que se demuestre que la compañía resultó perjudicada por el acto o contrato celebrado” (Conac & Gelter, 2007, P.498)

En Estados Unidos el mecanismo dispuesto es la acción derivada (Derivative Actions), esta acción se invoca cuando “una minoría de los miembros o accionistas de una empresa interpone una acción en su propio nombre en nombre de la empresa. Se aplica en situaciones de "control del infractor" y puede presentarse contra la propia empresa o para perseguir derechos contra terceros cuando los directores no están dispuestos o tienen conflictos.” (Reisberg, 2009)

Esta acción “ha sido concebida como la acción por medio de la cual un accionista puede buscar, como representante de una sociedad, una compensación por un daño a la corporación, y nunca para buscar una compensación causada personalmente a él.” (Ferrara, Gansler, & Abikoff, 2005, p.10). Por el contrario en Colombia para reclamar perjuicios personales está la acción individual, pero es la acción social de responsabilidad la que permite reclamar por perjuicios contra el patrimonio social. La diferencia es que EEUU esta acción está destinada para que “uno de los

socios solicite la protección de la corporación, en nombre de esta, por un daño generado por la misma” (Ferrara, Gansler, & Abikoff, 2005), independiente de la anuencia o no de votos.

En Inglaterra el caso *Foss v Harbottle*, establecía que solo la empresa era la única legitimada para interponer acciones por perjuicios que sufriera esta misma, entonces los accionistas no tenían legitimación porque se entendían como terceros ajenos, situación que cambió con la expedición de la ley *Companies Act* la cual permitió “que los accionistas comenzaran a interponer recursos en representación de la sociedad con el fin de reclamar por los daños que por negligencia, abuso de confianza o contravención de sus obligaciones los administradores le hubieran podido generar a la compañía” (Hacking, 2001, p.151)

Derivado de lo anterior, se permitió a los accionistas ejercer un *derivate claim*, es decir una reclamación en nombre de la empresa, pero “el principal problema e impedimento que existía para el inicio de un *Derivative Claim* en el *Common Law* era que se requería de la ratificación de la conducta de los directores por parte de los accionistas mayoritarios de la sociedad, ratificación que muy raramente sucedía en la práctica” (Hacking, p. 152) de la misma manera como sucede en Colombia donde:

El principal problema de esta acción es que para ser ejercida debe contar con la aprobación de una mayoría simple en la asamblea de accionistas, pero en un contexto como el colombiano, donde las sociedades son cerradas, cumplir con este requisito es complicado. Puesto que, un accionista controlante no votará a favor de iniciar un juicio de responsabilidad al administrador nombrado por el. Por lo tanto, el accionista minoritario no tiene ningún mecanismo para proteger la sociedad, el patrimonio de esta y sus intereses económicos de las acciones adelantadas por el administrador y el accionista controlante, pues la acción social de responsabilidad ha resultado inviable en la práctica

(Superintendencia de sociedades, 2015, P.14), la cual posteriormente intentó ser subsanada con el proyecto de ley 70 de 2015 donde se incluían las acciones derivadas.

Con el cambio normativo en el Reino Unido, los “accionistas comenzaron a interponer recursos en representación de la sociedad con el fin de reclamar por los daños que por negligencia, abuso de confianza o contravención de sus obligaciones los administradores le hubieran podido generar a la compañía” (Hacking, p. 151), con lo cual se creó el *Derivative Suit*, aclarando que esta acción tiene un control previo donde el tribunal analiza los motivos de interposición de la acción, de manera que no se incurra en control excesivo o temerario sobre los administradores:

Sin embargo, creemos que el Companies Act dispone de mecanismos suficientes para salvaguardar los intereses de los directores y protegerlos de reclamos infundados, proponiendo figuras tales como el agotamiento de la vía previa compuesta por la fase inicial previa al proceso judicial en virtud del cual los accionistas necesitan obtener el consentimiento de los tribunales para continuar con su reclamo a nivel judicial demostrando que tienen un caso prima facie (Hacking, 2011, p. 145-158)

En Ecuador a partir del año 2021 y con la implementación de la ley de modernización “se le confiere a los minoritarios una importantísima prerrogativa que no está disponible en ningún otro país latinoamericano: la legitimación extraordinaria para promover la acción social de responsabilidad, en nombre y por cuenta de la compañía, cuando los administradores han violado su deber de lealtad” (Mendoza, 2021), poniendo de presente grandes elementos junto con los anteriormente expuestos, para hacer de la acción social de responsabilidad en Colombia, un mecanismo verdaderamente idóneo para garantizar la protección del patrimonio de una sociedad y consecuentemente a los accionistas minoritarios.

5. Propuesta de reforma al régimen de administradores por la Superintendencia de sociedades año 2021

Para el mes de agosto del año 2021 la Superintendencia de Sociedades publicó la exposición de motivos al proyecto de ley que pretende reformar el régimen general de sociedades en la cual se exponen las principales reformas al régimen de administradores y la necesidad urgente de ajustar la acción social de responsabilidad en Colombia, la cual no es idónea como se ha explicado en el transcurso del documento, para recomponer el patrimonio de una sociedad cuando es afectado a causa de las gestiones de un administrador que busca el beneficio propio.

En primera medida, el proyecto reconoce la necesidad de brindar instrumentos efectivos a los accionistas en especial cuando son minoritarios, de manera que estén en la capacidad de proteger sus intereses y mejorar la transparencia en la información brindada por los administradores (Superintendencia de Sociedades, 2021, p. 3), es decir, que existan mecanismos legales que permitan generar seguridad jurídica frente a los riesgos asociados por una indebida gestión cuando se invierte en sociedades donde no se tiene el control, por lo cual y discriminando las revisiones previas o posteriores de control sobre los administradores, se crean las siguientes propuestas:

5.1. Mecanismos ex ante dentro del proyecto de ley de la Superintendencia de sociedades del año 2021

- Claridad sobre quienes son administradores y ampliar el concepto de administrador de hecho a todos los tipos societarios, de manera que el régimen sea aplicado sobre las figuras ya constituidas en la ley 222 de 1995 pero adicionalmente sobre quien tener la titularidad, ejercen funciones de administración.

- Creación de obligaciones legales sobre los administradores, conminándolos a presentar informe de gestión ante la junta directiva, la cual puede objetarse a través de la creación de una acción de rendición de cuentas.
- Desarrollo legal de los deberes de los administradores, conceptualizando los principios de manera clara, para eliminar vacíos legales o lagunas jurídicas.

5.2. Mecanismos ex post dentro del proyecto de ley de la Superintendencia de sociedades del año 2021

- Eliminación de la graduación de la culpa sobre los administradores, por lo tanto, se reitera legalmente el criterio de la deferencia empresarial “Esta regla de conducta se basa en la concepción que ve en la labor de los administradores sociales una función rigurosamente económica, consistente en la asunción razonada de riesgos que puede conducir a la innovación empresarial y a la creación de riqueza. Esta regla implica que los jueces y las autoridades administrativas, en principio, no han de inmiscuirse en las decisiones de negocios adoptadas por los administradores, conforme que se presume que estas fueron tomadas de buena fe y que corresponden a un juicio llevado a cabo en el mejor interés de la sociedad y suficientemente informado” (Superintendencia de Sociedades, 2021, p. 9)
- La creación de la acción derivada con el propósito de proteger accionistas minoritarios la cual “va a permitir que la legitimación para demandar en beneficio de una sociedad se extienda a otras personas interesadas en el resarcimiento de los perjuicios que le sean causados a ésta, tanto por sus administradores como por su asociado controlante, en este último evento cuando este se haya encontrado en una situación de conflicto de interés al autorizar determinada operación en perjuicio de la sociedad y no lo haya revelado al máximo órgano social” (Superintendencia de

Sociedades, 2021, p. 9), esta acción como principal complemento de la acción social de responsabilidad. El proyecto exige que se agote la acción de responsabilidad para invocar la acción derivada.

- Imposición de multas a los accionistas que ejerzan acciones temerarias y creen un escenario de excesiva litigiosidad “para ello, resulta indispensable evitar que los administradores sean el blanco de demandas infundadas que busquen cuestionar decisiones de negocios propias de su rol como administradores, y siempre y cuando ello no implique un desconocimiento de la ley o de sus deberes frente a la sociedad tal como se explica más adelante. Precisamente, una de las opciones más equilibradas en el Derecho Comparado es la creación de una regla de respeto al criterio empresarial”, creando el escenario antes planteado sobre el equilibrio entre responsabilidad del administrador y discrecionalidad del mismo.
- Responsabilidad de los administradores aun en procesos de insolvencia empresarial, desarrollando así lo expresado en la sentencia de Multinversiones Bolívar S.A.S. y Seguros Comerciales Bolívar S.A contra Mauricio Cuervo Ocampo en su calidad de administrador por una transferencia bancaria de recursos efectuada por error en dólares y no en pesos colombianos, donde se desarrollan los deberes a cargo de los administradores sociales y de su alcance frente a terceros en situaciones cercanas a la insolvencia “cuando la compañía atraviesa por una situación financiera difícil, de tal forma que el administrador conoce sobre la existencia de un riesgo de incumplimiento considerable, o le es posible prever una incapacidad de pago inminente, le resulta exigible a dicho funcionario un mayor grado de diligencia, destreza y transparencia al obligar a la sociedad con otros sujetos. De lo contrario, podría incurrir en una expropiación injustificada de los

intereses económicos de estos últimos (expropriation of creditor value).”

(Superintendencia de sociedades, 2021, p. 6)

Con todo lo anterior, la Superintendencia de Sociedades desarrolla esta propuesta bajo la premisa que “países con fuertes mecanismos de protección, tienden a crecer más rápido que aquellos con una protección de la inversión pobre. Los resultados de análisis de sensibilidad refuerzan la importancia de la protección de la inversión para obtener crecimiento económico sostenido en todos los países, con independencia de su entorno legal o económico, especialmente teniendo en consideración las dimensiones de revelación y transparencia del gobierno corporativo” (Haidar, 2008, p. 4)

V. CONCLUSIONES

El principal mecanismo en Colombia para lograr la recomposición del patrimonio social afectado por causa de las acciones u omisiones del administrador es la acción social de responsabilidad, mecanismo creado a partir de la ley 222 de 1995. Sin embargo y a través de la sentencia de la Superintendencia de Sociedades en el caso de Gyptec S.A., se identificó la falta de idoneidad que este mecanismo presenta frente al sistema de aprobación para invocarla, el cual requiere la aprobación del máximo órgano social con un porcentaje de aprobación de la mayoría (50%+1).

Esta acción cumple con los fines para la cual fue creada cuando los administradores actúan con independencia de los accionistas y bajo su administración incumplen con los deberes de lealtad, diligencia y buena fe afectando así el patrimonio, permitiéndole a la sociedad iniciar la acción social de responsabilidad para recomponer el patrimonio y destituir al administrador.

Así mismo y en este caso, es posible acudir simultáneamente a los procedimientos de conflicto de interés que pueden derivar en una acción social de responsabilidad y también a la nulidad de las decisiones establecida en el Decreto 1925 de 2009 que permiten restituir las cosas a su estado inicial.

No obstante, en los casos donde existe un accionista controlante y mayoritario que influencia directamente al administrador para extraer beneficios privados de su control, la acción es completamente inocua en tanto será virtualmente imposible que el mayoritario apruebe una acción que lo afecte así mismo. En estas situaciones el sistema de aprobación es inoperante y no le permite a esta acción ser un mecanismo idóneo de protección patrimonial en Colombia.

Por medio de esta tesis no se pretende realizar una propuesta de reforma al sistema de aprobación de la acción social de responsabilidad, pues las reformas legales son medidas simples a problemas que requieren un análisis mayor y profundo, en este caso se realizó a través del análisis económico del derecho societario.

La idoneidad de la acción social en Colombia se debe revisar bajo un enfoque económico que permita cambiar el paradigma sobre la responsabilidad de los administradores. A través del análisis de los incentivos y motivaciones que llevan a los administradores también llamados agentes, a tomar decisiones que afecten el patrimonio social y busquen su aprovechamiento, de manera que el estudio de una economía conductual pueda alterar las motivaciones de estos, creando estímulos por medio de estrategias alternas que permitan modificar los intereses de los administradores y busquen siempre maximizar las utilidades de la sociedad.

Así mismo, se propone un escenario de teoría de juegos en los casos donde los administradores son influenciados por los accionistas controlantes y los primeros se convierten en víctimas de una trampa que siempre los perjudicará tanto a ellos como a la sociedad, de manera que si obedecen las ordenes de extracción de beneficios privados actuarán contrario a los deberes, pero si no obedecen potencialmente serán removidos del cargo.

Bajo el dilema del prisionero se proponen estrategias para que el accionista mayoritario no se aproveche de su control e influencia. La creación de alternativas como la revisión y divulgación de la información para todos los accionistas, la auditoría por parte de terceros de la información financiera, la limitación de los beneficios privados de control o las revisiones de las gestiones de los administradores a través de las autoridades judiciales, pueden limitar el aprovechamiento que los accionistas realizan por medio de los administradores, dado que la información es

transparente y conocida por quienes pueden ejercer supervisión y que a su vez les permite tomar decisiones con la mayor cantidad de información posible.

En primera medida se proponen incentivos legales a través de la implementación de buenas prácticas que trae el gobierno corporativo, la creación de disuasivos legales que limiten las acciones de provecho personal y defraudatorias contra el patrimonio social y la revisión de mecanismos traídos de la doctrina extranjera que pueden ser un modelo para implementar medidas de protección suficiente al patrimonio social en Colombia.

En segundo lugar, se proponen incentivos económicos que motiven a los administradores y accionistas controlantes a optimizar los recursos sociales por encima de sus intereses personales, entre ellos está la creación de paquetes de compensación, primas de éxito por la apreciable gestión de los administradores cuando se establezcan metas en favor de la sociedad y retribuciones económicas apreciables en dinero y beneficios.

Las anteriores estrategias son medidas alternativas y transitorias que sirven para estudiar con un enfoque diferente el análisis de idoneidad de la acción social de Colombia. Sin embargo, es necesario establecer una medida definitiva que solucione los problemas del sistema de aprobación de acciones contra los administradores y logre la recomposición patrimonial de la sociedad, mitigando así los problemas de agencia que existen entre el administrador y la sociedad.

En Colombia ya han cursado dos intentos fallidos de reforma legal al régimen de administradores y uno actualmente en curso que procura solucionar la falta de idoneidad de la acción social de

responsabilidad. El común denominador de estas reformas es la creación e implementación de la acción derivada dentro del régimen societario en Colombia.

No se sugiere modificar el sistema de aprobación para el inicio de la acción social de responsabilidad para hacerla más idónea pues esto podría desnaturalizar la misma, por el contrario y en el mismo sentido de los proyectos de ley antes descritos, se sugiere implementar la acción derivada como una medida alternativa que puede ser impetrada por cualquiera de los accionistas en nombre de la compañía, con el fin de que los administradores repararan los perjuicios ocasionados en razón a su gestión, acudiendo a esta acción siempre y cuando no se hubiese iniciado la acción social de responsabilidad.

Las acciones derivadas sirven para hacer efectivo e idóneo el régimen de deberes y responsabilidades de los administradores sin que los accionistas minoritarios puedan abusar de esa nueva figura en detrimento de los intereses de la compañía, sino que por el contrario tengan una medida alternativa y complementaria cuando la acción social de responsabilidad no puede ser virtualmente ejercida.

VI. BIBLIOGRAFIA

- Anzil, F. (2021, Julio 1). Zona económica. Retrieved from <https://www.zonaeconomica.com/teoriadejuegos/teoriadejuegos>
- Arbeláez, C. (2013). Análisis jurisprudencial de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia. Universidad ICESI. Recuperado de: https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/76499/1/arbel%c3%a1ez_analisis_jurisprudencial_2013.pdf
- Armour, J., Hansmann, H., & Kraakman, R. (2017). Agency Problems and Legal Strategies. En R. Kraakman, *The anatomy of corporate law* (págs. 28-48). Reino Unido: Oxford University.
- Cámara de Representantes (22 de Junio de 1994) Informe de Ponencia a los proyectos de Ley 119 y 163 de 1993
- Cámara de Representantes (25 de abril de 1995) Informe de Ponencia para segundo debate a los proyectos de Ley 119 y 163 de 1993
- Coase, R. (1992). El problema del costo social. Estudios públicos
- Coffe, J. (2002). Racing Towards the Top?: The Impact Cross-Listing and Stock Market Competition on International Corporate Governance. *Columbia Law School* , 1757-1831.
- Colombia informa. (28 de 08 de 2021). Obtenido de <https://www.informacolombia.com/informacion-empresarial/informacion-nacional/>
- Conac, E., & Gelter, M. (2007). *The legal framework in France, Germany and Italy*. EFCR.
- Congreso de la Republica de Colombia. (20 de diciembre de 1995) Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones [Ley 222 de 1995]. DO: 42.156.
- Congreso de la Republica de Colombia. (4 de diciembre de 1993) Exposición de motivos Ley 222 de 1995. Gaceta del Congreso.
- Congreso de la Republica. (2015). *Proyecto de ley 070 de 2015 por la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones*. Recuperado el 25 de octubre de 2020, de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2017%20-%202018/PL%20002-17%20Regimen%20Societario.pdf>

- Congreso de la República. (25 de Abril de 1995). Ponencia para segundo debate a los Proyectos de ley número 119-93. *por la cual se modifica el Código de Comercio, respecto al Régimen General de Sociedades, Revisoría Fiscal y Procesos concursales*. Bogotá: Gaceta del Congreso.
- Consejo de Estado, 25000-23-36-000-2014-01491-01 (55635) (Consejo de Estado 28 de marzo de 2016).
- Corte Constitucional, Sentencia C-123 de 2006. Exp. D-5936 (22 de febrero de 2006).
- Corte Constitucional. (22 de febrero de 2006) Sentencia C-123/06, expediente D-5936. [MP. Clara Inés Vargas].
- Corte Suprema de Justicia, Exp.: 05001-3103-016-2001-00007-01 (Sala de casación civil 26 de agosto de 2011).
- Corte Suprema de Justicia. Ladrillera SA Vs Pedro Juan Navarro , SC2749-2021 (Sala de casación civil 07 de Julio de 2021).
- Cuberos, F. (2012). *Sociedades por acciones simplificadas novedades, aciertos y desaciertos*. Bogotá: Ibañez.
- Djankov, S., La Porta, R., Lopez, F., & Shleifer, A. (2008). The law and economics of self-dealing. *Journal of Financial Economics*, 88, 430-465.
- Doblado, J., Nieto, C., & Santos, J. (2003). Juegos de estrategia: una revolución silenciosa en la economía y en la empresa. México: UNAM.
- Doménech, G. (2012). Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho. *Revista de administración pública*, 99-133.
- Escobar, M. C., & Molina, S. (2017). Regimen de responsabilidad civil de los administradores de sociedades previsto en la ley 222 de 19965, comparación con el régimen de otros países y su aseguramiento. Medellín: Universidad Eafit.
- Ferrara, R., Gansler, L., & Abikoff, K. (2005). *Shareholder Derivative Litigation: Besieging the Board*. New York: Law Journal Press.
- García, M. (2015). Los conflictos de intereses de los administradores y su aplicación en el manejo de la información privilegiada. *Revista e-mercatoria*, 113-138.
- Garreta, J. (1997). La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores. Editorial Marcial Pons.
- Gaviria, J.A. (2017). *Una crítica al régimen sobre conflictos de intereses en el derecho societario colombiano*. *Revista de Derecho Privado*. 32, 317–350

- Garavano, G. (2015). *El Rol disuasivo de la justicia*. Biblioteca Cejamericas. Obtenido de <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4995/garavano-rol-disuasivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gil, J. (2015). *La especial responsabilidad del administrador societario*. Bogotá: Temis.
- Gilson, R., & Gordon, J. (2003). *Controlling Controlling Shareholders*. New York: Columbia Law School. Obtenido de [t: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1292](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1292)
- Hacking, M. (145-158). La pretensión de responsabilidad: Análisis comparativo entre el comanies act 2006 inglés y la ley general de sociedades peruana. *Themis No. 59*, 2011.
- Haidar, J. I. (14 de Diciembre de 2008). *Investor protections and economic growth*. (H. University, Ed.) Obtenido de https://scholar.harvard.edu/files/haidar/files/investor_protections_and_economic_growth.pdf
- Hansmann, H., & Kraakman, R. (1 de abril de 2000). *The end of history for corporate law*. Cambridge: Harvard Law School. Obtenido de http://law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/280.pdf
- Hansmann, H., & Kraakman, R. (2004). Agency Problems and Legal Strategies. En P. Armour, H. Hansmann, & R. Kraakman, *The anatomy of corporate law: A comparative and functional approach*. Oxford University. Obtenido de Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=616003>
- Henao, L. (2014). Hacia un nuevo modelo de capital social. *Revista de derecho privado*, 237-273.
- Johnson, S., La Porta, R., Lopez, F., & Shleifer, A. (2000). Tunneling. *The American Economic Review*, págs. 22-27.
- Kahneman, D. (s.f.). A psychological perspective on economics. *American Economic Review*, págs. 162-168.
- Kahneman, D., & Tversky, A. (2000). *Choices, Values and Frames*. New York: Cambridge University.
- Kitzberger, P. (s.f.). Eficiencia, justicia y política en el sentido de pareto. *Revista Saap*, 33-48.
- Kornhauser, L. (2002). El Nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos. México: Fondo de la cultura económica
- Kraakman, R. (2017). *The Anatomy of Corporate Law*. Oxford University Press. Recuperado de: <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198739630.001.0001/acprof-9780198739630>

- Londoño, D., Riaño, J. (2016). De la fallida reforma al régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia. *Criterio Jurídico*, pp. 107-133.
- López, M. & Toro, L. (2015). Responsabilidad sin culpabilidad para los administradores societarios. Medellín: Universidad EAFIT.
- Martinez, N. H. (2014). *Catedra de derecho societario contractual*. Bogotá: Legis .
- McChesney, F. (1999). *Manne, Mergers, and the Market for Corporate Control*. Case W. Rsrv. Obtenido de <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol50/iss2/6>
- Medellín, S. (2011). Lecciones para la aplicación del régimen a opresión de minoritarios en Colombia. Universidad de los andes. Santiago Medellín León. Recuperado de: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/18919/u729048.pdf?sequence=1#:~:text=Como%20se%20B1ala%20Murdock%20los%20accionistas,afectaci%C3%B3n%20de%20su%20relaci%C3%B3n%20inicial24>.
- Mendoza, J. (2013). *Transitional Strategies for Institutional Reform in Latin America (Tesis doctoral)*. Obtenido de University of Oxford: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid%3A0f328cba-8a44-4775-889f-ff12a13b8148>
- Mendoza, J. (2014). Artículos de Prietocarrizosa. Revista Philippi Prietocarrizosa & Uría. Recuperado de: <https://app-vlex-com.ezproxy.unal.edu.co/#/search/jurisdiction:CO/accion+social+de+responsabilidad/W/vid/485992019>
- Mendoza, J. M. (25 de febrero de 2021). Retroceso. *Ambito jurídico*. Recuperado el 27 de Junio de 2021, de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/sociedades-y-economia-solidaria/retroceso>
- Narvaez, J. (1998). *Tipos de Sociedad*. Bogotá: Legis.
- Narvaez, J. I. (2002). *Teoria general de las sociedades*. Bogotá: Legis.
- Narvaez, J. I. (2002). *Derecho mercantil Colombiano*. Bogotá: Legis Editores.
- Nowak, E., & Ehrhardt, O. (2001). *Private benefits and minority shareholder expropriation: empirical evidence from IPOs of German family-owned firms*. Frankfurt am Main.
- OCDE. (28 de 08 de 2021). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. Obtenido de <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>
- Ordoñez, A. (2017). Sobre la legitimación en la causa. (Unaula, Ed.) *Ratio Juris*, 12(25), 151-164.
- Peña, L. (2017). De las sociedades comerciales. ECOE Ediciones.

- Peña, M. (2015). Gobierno corporativo, oportunismo y abuso del derecho en sociedades mercantiles. *Revista de derecho privado*, 1-49.
- Pinzón, G. (1980). La personificación jurídica de las sociedades. Editorial Temis.
- Pinzón, G. (1982). *Sociedades Comerciales* 4ª ed., vol. 1. Editorial Temis.
- Posner, R. (1992). *Economic analysis of law*. Boston: Little Brown.
- Ramos, I. (2006). El estandar mercantil de diligencia: el ordenado empresario. *Dialnet*, 195-226.
Obtenido de www.boe.es
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. Mexico: Fondo de la cultura economica.
- Reisberg, A. (2009). *Derivative Actions and Corporate Governance*. Oxford Scholarship Online.
- Reyes, F. (2006). *Derecho Societario* 2.ª ed. Bogotá: Temis.
- Reyes, F. (2010). *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Legis.
- Reyes, F. (2012). *Análisis económico del derecho societario*. Bogotá: Ibañez.
- Reyes, F. (2014). *Derecho Societario*. Bogotá: Temis.
- Rivera, A. (2011). El utilitarismo de Jeremy Bentham. *Cuadernos de economía*, Vol 30 No. 55.
Obtenido de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47722011000200003
- Sabogal, L. (2012). El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿es aplicable la "regla del buen juicio empresarial" en el ámbito de su deber de diligencia? *Revista e-mercatoria*, 102-163.
- Schwartz, A., & Gilson, R. (2 de Agosto de 2012). *Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms Versus Ex Post Transaction Review*. Obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2129502
- Sierralta, A. (2009). *Negociaciones y teoría de juegos*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Solarte, A. (2004). *la buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. Bogotá: Vniversitas.
- Suescún, F. (2015). Deberes de los administradores y adquisiciones: la versión colombiana de la "píldora venenosa". *Revista de Derecho Privado* No. 53. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.53.2015.04>
- Suescún, J. (1996). *Derecho privado: Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes.
- Superintendencia de sociedades. (25 de marzo de 2008). Circular externa 006 de 2008. Bogotá.

Superintendencia de sociedades. (2015). *Proyecto de reforma al regimen societario*. Obtenido de <https://www.supersociedades.gov.co/Historial%20de%20Noticias/2015/Septiembre/Libro%20proyecto%20de%20reforma.pdf>

Superintendencia de Sociedades, 2017-800-00281 (Husqvarna Colombia S.A. Vs Raúl Navarro Belalcázar 31 de Octubre de 2019).

Superintendencia de Sociedades, Carlos Hakim Vs Jorge Hakim y otros (Caso Gyptec 08 de Junio de 2014).

Superintendencia de Sociedades, Martha Salcedo Vs Myriam Pineda de Salcedo, 2018-800-00431 (28 de agosto de 2019).

Superintendencia de Sociedades , Multinversiones Bolívar S.A.S. y Seguros Comerciales Bolívar S.A. Vs Mauricio Cuervo Ocampo, Radicado 2021-01-465545 (26 de julio de 2021).

Superintendencia de Sociedades, Sebastián Agustín Martínez Arango Vs María Carolina Martínez Flórez (22 de Marzo de 2018).

Superintendencia de sociedades (26 de Marzo de 2018). Circular Externa 100-006.

Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-196360 (30 de septiembre de 2020).

Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-197081 (2 de octubre de 2020).

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-173750 (21 de octubre de 2014).

Superintendencia de Sociedades, Jorge Eduardo Terrero Vs. Rafel Uribe, Radicado 800-052 (8 de Junio de 2016)

Superintendencia de Sociedades, Jovalco S.A.S. contra Construcciones Orbi S.A.)18 de Septiembre de 2014)

Superintendencia de Sociedades. (2017). *Jurisprudencia Societaria 2017*. Bogotá.

Superintendencia de Sociedades. (2020). *Guía de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo para empresas competitivas, productivas y perdurables*. Bogotá.

Superintendencia de Sociedades. (2021). *Exposición de motivos proyecto de reforma al regimen general de sociedades y de incorporación como legislación permanente de las normas extraordinarias de insolvencia empresarial*. Bogotá.

Superintendencia de sociedades. (03 de octubre de 2017). Rad: 2016-01-105496

Superintendencia de sociedades. (22 de febrero de 2017). Radicado 2016-800-66 Sentencia n.º 800

Superintendencia de sociedades. (22 de Junio de 2010). Concepto jurídico No. 220-037841

Superintendencia de sociedades. (25 de marzo de 2008). Circular externa 006 de 2008. Bogotá.

Superintendencia de sociedades. (26 de marzo de 2019). Radicado 26-03-2019

- Superintendencia de Sociedades. (4 de Noviembre de 1997). Circular externa No. 20. *Información privilegiada, actos de competencia y conflictos de interés*. Bogotá. Recuperado el 25 de octubre de 2020. Bogotá
- Superintendencia de sociedades. (8 de Junio de 2016). Radicado 2014-801-50 Exp.: 55580
- Superintendencia de sociedades. Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. contra Shirley Natalia Ávila Barrios, Radicado 2013-801-076 (14 de may de 2014)
- Tamayo, V. (2018). Acción social de responsabilidad: Efectividad en la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios frente al abuso de los accionistas mayoritarios. *Revista Universitas Estudiantes* N° 18, pp. 99-116. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10554/43789>
- Villegas, M. (2001). El "corporate governace", los "deberes fiduciarios" de los administradores y el principio de "creación de valor para los accionistas". La "Regla del juicio de los negocios". IV Congreso iberoamericano de derecho societarios y de la empresa, (pp. 773-788). Argentina.
- Zuluaga, F. Lotero, M. (2010). Los problemas de agencia en materia societaria: análisis comparado. Universidad EAFIT. Recuperado de: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/442/Felipe_ZuluagaIsaza_2010.pdf;jsessionid=557E5C2F51B0AB89698148DDD162A9CC?sequence=1