

PANÓPTICA

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

Francisco Reyes Villamizar

*Profesor de Derecho Comparado en Louisiana State University,
Stetson College of Law. Profesor de la Universidad de Lyon
Jean Moulin. Profesor de la Universidad Católica Argentina.
Profesor del Instituto Tecnológico Autónomo de México.
Exsuperintendente de Sociedades de Colombia. Autor del
proyecto que dio lugar a la Ley colombiana sobre las SAS.*

Abstract: In December of 2008, the Congress of the Republic of Colombia enacted a law (1258) creating a new form of hybrid-business entity referred to as the Simplified Stock Corporation (SAS). Following a liberalizing approach in corporate law, this act reduced all formalities for incorporation to a simple registration before a mercantile public registry. It also ameliorated expenses associated with the formation and operation of boards of directors, fiscal auditors, management structure and other formalistic requirements. This paper provides an analytical framework concerning the legal system of directors and officers provided for under Law 1258 of 2008 for the SAS. It focuses specifically on the duties applicable to managers and directors as well as the liabilities in which they may incur pursuant to the statutory provisions. Special attention is given also to the new regulation regarding shadow directors (managers *de facto*). According to this system, any person who is not a director or officer of the corporation, but interferes in its management or direction, shall incur in the same liabilities and penalties applicable to the latter. Such extrapolation of the legal regime applicable to directors and officers is intended to prevent third parties who intrude in the corporation's affairs from avoiding the liabilities that normally arise for those who have management responsibilities in the corporation.

Keywords: Concentrated ownership. Corporate Law. Closely held corporations. Duties of care and loyalty. Directors and officers. Hybrid business forms. Liability of directors and officers. Shadow directors. Simplified Stock Corporation.

INTRODUCCIÓN

Luego de cumplirse el primer año de vigencia de la ley que le dio origen a la sociedad por acciones simplificada en Colombia, los resultados no pueden ser más halagüeños. Más de 11.000 sociedades por acciones simplificadas creadas en todo el país son la muestra incontestable de un fenómeno sin precedentes en la historia de nuestras normas comerciales. Y no solo es la enorme cantidad de sociedades simplificadas lo que sorprende. Lo más interesante y sugestivo es observar el desvanecimiento de los tipos tradicionales de sociedad,

cuyo decaimiento demuestra la obsolescencia de un régimen defendido a ultranza por los más encarnizados defensores del anacrónico *statu quo*.

Por supuesto que los empresarios no hablan el lenguaje dogmático de complejos teoremas jurídicos, sino el más eficaz de la racionalidad económica. Así, cuando aparece una nueva tecnología, más práctica, más flexible y menos costosa como la de la nueva sociedad, la adoptan sin remilgos conceptuales. Sólo en el mes de noviembre de 2009, el número de SAS creadas o transformadas fue siete veces mayor que el de sociedades anónimas. La SAS también cuadruplicó el número de sociedades de responsabilidad limitada creadas en el mismo periodo.

Por lo demás, una figura como la SAS ha mejorado, sin duda, el clima de negocios, al tiempo que ha facilitado la inversión extranjera, de manera que el país puede seguir avanzando también en los índices que el Banco Mundial y otras entidades multilaterales preparan cada año.

En un país repleto de leyes que apenas se conocen por su inobservancia, no deja de sorprender la efectividad de una norma que, en tiempo record, ha permitido la formalización de miles de entidades empresariales, al facilitarles el acceso a una estructura societaria que se ajusta a las necesidades específicas de sus usuarios. El entusiasmo de los empresarios por la nueva forma de sociedad y su utilización masiva para acometer toda clase de emprendimientos no se restringe al ámbito de las pequeñas empresas. La versatilidad del nuevo tipo también ha despertado el interés de los grandes empresarios que han procedido masivamente a transformar sus compañías en sociedades por acciones simplificadas. Los más importantes grupos empresariales colombianos han migrado en los últimos meses hacia el régimen de la SAS, en lo que podría considerarse como el mayor plebiscito frente a una norma mercantil en varias décadas.

La SAS descuella en el sistema latinoamericano porque, en lugar de seguir las escuelas decimonónicas de pensamiento, se inscribe en tendencias contemporáneas. En ellas es fundamental una drástica reducción de costos de transacción, lo cual solo puede lograrse con una estructura leve, carente de arcaicos formalismos y cortapisas a la iniciativa privada.

Dentro de las innovaciones más relevantes que introdujo la Ley SAS debe resaltarse la posibilidad de creación por acto unipersonal, la constitución por documento privado, el carácter constitutivo de la inscripción en el registro mercantil, la limitación de responsabilidad por obligaciones sociales -incluidas las derivadas de impuestos y obligaciones laborales-, la posibilidad de desestimación de su personalidad jurídica en hipótesis de fraude o utilización

abusiva, la posibilidad de objeto indeterminado, término de duración indefinido, amplia libertad en la organización de la sociedad, abolición de la revisoría fiscal obligatoria, clasificación de acciones, voto múltiple, abolición de la pluralidad para quórum y mayorías decisorias –incluidas las reuniones de segunda convocatoria-, la posibilidad de renunciar al derecho a ser convocado a reuniones de la asamblea, regulación específica de la teoría del abuso del derecho en determinaciones de asamblea –incluidos los abusos de mayoría, minoría y paridad-, votación por principio de simple mayoría, libertad de proporción entre capital autorizado y suscrito, plazo amplio de dos años para el pago del capital sin sujeción a proporción definida de cuota inicial, amplia efectividad de acuerdos de accionistas –incluida la posibilidad de hacer valer la ejecución específica de las prestaciones pactadas-, supresión de prohibiciones a los administradores sociales y de los límites para la distribución de utilidades, posibilidad de arbitramento para resolver todos los asuntos, incluidas las acciones de impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva.

En contra de lo que suele afirmarse sobre la SAS, el nuevo tipo societario incluye mayores protecciones para los accionistas y los terceros que las formas asociativas tradicionales. La filosofía que subyace a esta nueva legislación se orienta al establecimiento de normas sustantivas y procesales que permitan cumplir el ideal de eficacia de que han carecido nuestras normas de Derecho Privado. Para lograr este propósito, el proyecto legislativo que dio origen a la sociedad por acciones simplificada se basó en dos premisas fundamentales. En primer lugar, se tuvo en cuenta la necesidad urgente de suprimir innumerables formalismos inútiles y elevados costos de transacción provenientes del régimen tradicional de sociedades. En segundo término, se intentó reemplazar este acervo de disposiciones anacrónicas por protecciones efectivas y acordes con las tendencias actuales del Derecho Societario.

Aparte de la consideración cierta y suficientemente difundida en el sentido de que las reglas de Derecho Societario vigentes antes de la reforma no estaban cumpliendo una finalidad de protección adecuada, el análisis empírico había demostrado la virtual inexistencia de litigio societario en Colombia¹. No sólo se verificó que los particulares rara vez ejercían

¹ Los análisis econométricos contemporáneos permiten medir la eficiencia real de un sistema jurídico a partir del ejercicio efectivo que los ciudadanos hacen de las normas legales en procesos judiciales y administrativos. Con base en los métodos del análisis económico del derecho se puede sostener la premisa obvia según la cual, las normas legales son tanto más eficientes cuanto mayor sea la amenaza de que su infracción dará lugar a sanciones para quienes las desobedezcan. Así, basta sumar condenas judiciales, conciliaciones extrajudiciales y multas impuestas por autoridades administrativas para saber qué tan eficiente es un sistema jurídico. John Coffee ha hecho el ejercicio para ciertos ámbitos del derecho privado norteamericano. Las cifras astronómicas obtenidas en sus estudios le permiten corroborar la innegable eficiencia de ese régimen. Como en ese sistema jurídico los

sus derechos ante las instancias jurisdiccionales, sino que, además, el número de procesos de arbitraje en esta materia era ínfimo en comparación con la cantidad de sociedades existentes en el país. Lo primero obedece, sin duda, a la escasa confianza que los particulares demuestran en la jurisdicción ordinaria, tanto por la lentitud de los procesos (que hace extremadamente costoso el litigio), como por la falta de especialización en materias de suyo complejas, como aquellas que forman parte del régimen societario. En cuanto a la reducida actividad en tribunales de arbitraje, la razón estriba, sin duda, en la obsoleta prohibición que impide someter a este medio alternativo las acciones de impugnación de determinaciones de asamblea y junta directiva. Esta última cortapisa al arbitraje, basada en el artículo 194 del Código de Comercio, ha sido defendida a ultranza por la jurisprudencia y doctrina locales². De ahí que los conflictos principales que se suscitan en las sociedades, cuya discusión se da en el foro natural de controversia que es la asamblea general de accionistas, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria.

Por ello, en el diseño del proyecto que dio origen a la Ley 1258 de 2008, se tuvo especial cuidado en dotar a esta estructura societaria de suficientes salvaguardias para evitar que, como ha ocurrido hasta ahora, los potenciales litigantes desistan anticipadamente de hacer valer sus derechos ante las instancias estatales encargadas de dirimirlos. Tal como lo afirma el profesor Robert Cooter, el acceso a la justicia depende también de los costos del litigio y estos están relacionados estrechamente con la mayor o menor celeridad en que los tribunales puede resolver un conflicto. En su opinión, “los costos del litigio incluyen, además

particulares confían en la efectividad práctica de las normas acuden masivamente al litigio. Las consecuencias de estos análisis no son para nada irrelevantes (John Coffee, “Law and the Market: The Impact of Enforcement”, *Working Paper* 304, The Center for Law and Economic Studies, Columbia University School of Law, April 4, 2007). Según Robert Cooter lo único que determina el grado de desarrollo financiero de un país es la efectividad de las normas de Derecho Privado. En su opinión, los potenciales infractores, al verse amenazados por sanciones inminentes, actuarán conforme a derecho. De ahí que “un sistema es efectivo cuando las obligaciones legales y contractuales se hacen cumplir en la práctica hasta tal punto que la mayoría de la gente las observa” (Robert Cooter y Hans-Bernd Schaefer, *Solomon’s Knot, How Law can End the Poverty of Nations*, fevereiro de 2009).

² En sentencia C-378 de 2008, la Corte Constitucional respaldó la vigencia del citado artículo 194 del Código de Comercio, que prohíbe someter a arbitraje las acciones de impugnación de decisiones de asamblea. Para ello se basó en la consideración un tanto anacrónica según la cual ciertas cuestiones no son susceptibles de someterse a arbitraje, aunque las partes tengan interés en ello. “A la luz de la perspectiva descrita, la Corte Constitucional ha admitido de modo constante cómo respecto del arbitramento existen límites materiales, esto es, que aún mediando la habilitación a las partes ‘no toda cuestión materia de controversia puede ser sometida genéricamente a la decisión de árbitros’. (Énfasis añadido). Ha entendido la Corte que la justicia arbitral únicamente puede operar cuando ‘los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular’, es decir, cuando respecto de ellos existe plena libertad de disposición’ (Énfasis añadido). Tal facultad de renuncia o disposición es precisamente la que ‘determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio’. Es, por tanto, la naturaleza misma del derecho la que fija los alcances de la libertad de renuncia. Le corresponde a la Ley establecer en qué casos opera la posibilidad de disposición. A partir de lo hasta aquí señalado, resulta factible distinguir algunas de las principales fronteras que fijan la Constitución y la Ley para el ejercicio de la justicia arbitral, tanto como los límites a los que debe ajustarse también la libertad de configuración de la ley” (Ibídem).

de los honorarios de abogado, las demoras del proceso. Al mantener controlados los costos del litigio, los jueces logran aumentar la credibilidad que los particulares le otorgan a la amenaza de demandas judiciales por parte de quienes han sido víctimas de transgresiones legales. El temor ante una justicia eficiente conduce a conciliaciones en condiciones adecuadas. Cuando los jueces resuelven conflictos económicos eficientemente, la mayoría de los litigios se concilian en términos favorables para la parte que ha actuado correctamente³.

Desde el punto de vista procesal también se avanza significativamente en la Ley 1258 de 2008. En el artículo 40 del nuevo estatuto se establece que todas las acciones que se relacionen con la sociedad por acciones simplificada (SAS) serán resueltas por la Superintendencia de Sociedades mediante el trámite del proceso "verbal sumario". Debido a que este trámite es de única instancia (artículo 435 del Código de Procedimiento Civil), no habrá inútiles audiencias de conciliación "obligatoria", ni recurso de apelación sobre las determinaciones finales que en este ámbito se profieran⁴. Por ello, a lo menos en el ámbito de las SAS, subsistirá una desjudicialización plena de los conflictos que se susciten entre sus accionistas, frente a la sociedad o con sus administradores y ejecutivos.

En las sociedades por acciones simplificadas no sólo será viable litigar conflictos ante la Superintendencia de Sociedades, sino que también lo será la inserción de la cláusula compromisoria para todos los asuntos, incluidas las acciones de impugnación de decisiones de asamblea y las de responsabilidad contra los administradores. El arbitraje podrá, por fin, estrenarse en el ámbito del Derecho de Sociedades. Se espera, pues, que a partir de estas normas se logre poner en marcha un vigoroso litigio societario que permita la efectividad de los derechos subjetivos conferidos a los accionistas. Solo así se logrará la creación de confianza en el régimen de las sociedades y la posible reducción de los costos de capital para los empresarios.

³ El mismo autor agrega que en muchos países pobres la ineficiencia de la justicia y la corrupción de los jueces disminuyen la credibilidad de las amenazas de litigio judicial, de modo que la parte que está del lado de la ley queda imposibilitada para obtener una conciliación en términos favorables frente a la parte que ha actuado incorrectamente (Robert Cooter, Op. Cit).

⁴ En el artículo 3° de la reciente ley de reforma al Estatuto de la Administración de Justicia (1285 de 2009) se expresa que, "contra las sentencias o decisiones definitivas que en asuntos judiciales adopten las autoridades administrativas excepcionalmente facultadas para ello, siempre procederán recursos ante los órganos de la Rama Jurisdiccional del Estado, en los términos y con las condiciones que determine la ley". Esta norma permitirá, seguramente, dejar sin mayor efecto la "desjudicialización" de muchos de los conflictos de Derecho Privado que normas anteriores habían trasladado a varias autoridades administrativas. Muchos de estos trámites quedarán sujetos a eternas apelaciones y otros recursos ante la jurisdicción. Gracias a la inclusión explícita del proceso verbal sumario para tramitar los litigios relacionados con la SAS, será factible promover un efectivo litigio societario, de única instancia, a lo menos en el ámbito de las sociedades por acciones simplificadas.

Las soluciones de derecho sustantivo aplicables a la SAS van desde la posibilidad de allanamiento de la personalidad jurídica, pasando por mecanismos para combatir el abuso del derecho hasta la consagración de un nuevo régimen de responsabilidad de administradores, que retoma el sistema previsto en la Ley 222 de 1995 y lo complementa con el concepto de administrador de hecho y nuevos mecanismos para hacerlo efectivo.

Es preciso reconocer que el régimen de responsabilidad de administradores contenido en la Ley 222 de 1995 ha tenido muy escasa aplicación práctica, no solo por la falta de una autoridad judicial eficiente, sino también por la escasa difusión que han tenido los preceptos contenidos en ese estatuto. Así, conceptos tales como el del *buen hombre de negocios*, han sido totalmente ignorados por la doctrina y jurisprudencia locales.

La Ley SAS pretende hacerle frente a este problema mediante un sistema de arbitraje comercial generalizado, si las partes así lo deciden, o, de modo supletorio, ante la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de facultades jurisdiccionales. Así mismo, el estatuto prevé que los conflictos deberán tramitarse mediante el proceso verbal sumario. Este es un trámite de única instancia que, si se cumple en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil, podría dar resultados muy eficientes en la aplicación de las normas de protección contenidas en las normas sustantivas vigentes.

1. PROBLEMAS TÍPICOS DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL CERRADA

En la literatura jurídica existe copiosa información sobre los problemas más frecuentes en las sociedades de capital cerradas. Robert Thompson analiza, en términos sencillos, la situación de iliquidez en que quedan incursos todos los asociados. El problema radica en que la carencia de un mercado abierto (*ready market*) para la negociación de las acciones restringe el número de potenciales adquirentes. En verdad, los únicos interesados en adquirir acciones en una sociedad cerrada son aquellos que detentan el control sobre ella. De ahí que, en casos de conflicto, las posibilidades de venderle a terceros se reduzcan de modo significativo⁵. Ello se debe al alto riesgo financiero que asumiría cualquier adquirente de un porcentaje minoritario en el capital de la sociedad. Este posible adquirente, en efecto, quedaría sometido a las determinaciones de quienes controlan, incluidos los asuntos principales del funcionamiento de la compañía, así como la disposición de sus activos y la definición en el

⁵ Los jueces norteamericanos han explorado, con detenimiento, el particular problema de iliquidez al que se ven expuestos los accionistas minoritarios. El importante caso de *Donahue v. Rodd Electrotipe Co.* (367 Mass. 578, 328 N.E. 2s 505 1975), resuelto por la Corte Suprema del Estado de Massachussets es uno de los primeros antecedentes sobre la materia, tal como se analizará en detalle más adelante.

reparto o retención de beneficios económicos tangibles e intangibles⁶. Esta situación implicará, de acuerdo con la ecuación fundamental de las inversiones de capital, una reducción en el precio de las acciones de los minoritarios que corresponde al riesgo que tendrá que aceptar quien adquiera la posición minoritaria y asuma las contingencias derivadas de la carencia del control⁷. En efecto, con fundamento en la teoría económica de los *problemas de agencia*, la información asimétrica de que disponen quienes controlan, sumada a su posición dominante, dará lugar a actuaciones oportunistas que podrían permitirles apropiarse de los beneficios privados del control (*private benefits of control*).

Ya en 1932, los profesores Adolph Berle y Gardiner Means identificaron la notoria disparidad entre el valor individual de las acciones pertenecientes a quienes detentan el control, frente al valor que alcanzan los títulos de participación pertenecientes a los accionistas mayoritarios⁸. Según estos autores, los derechos que confiere el control -que le otorgan a quienes lo detentan los poderes de decisión y disposición antes indicados-, generan una mayor rentabilidad que, sumada a un menor riesgo, debe reflejarse, naturalmente, en el mayor precio de las acciones de los accionistas controlantes. Así, a pesar de que tanto el valor nominal de las acciones, como el llamado precio de mercado se mantengan en cuantías homogéneas, en el momento de una negociación concreta, tal homogeneidad habrá de quebrarse debido a la denominada *prima de control*. A pesar de que el análisis de la prima de control ha tenido particular relevancia en el ámbito de las sociedades cotizadas, es claro que

⁶ Según Michael Jensen, tales beneficios intangibles abarcan “la posibilidad de determinar la organización de las oficinas de la sociedad, discrecionalidad sobre las cualidades de los posibles empleados, el mayor o menor grado de austeridad en la compañía, la naturaleza y cuantía de las donaciones que la sociedad efectúe (...), la compra de una computadora de categoría desproporcionada a las necesidades de la sociedad o la celebración de contratos con amigos para la adquisición de insumos” (Michael C. Jensen, *A Theory of the Firm: Governance, Residual Claims and Organizational Forms*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, p. 90).

⁷ En palabras de O’Kelley, al combinarse las normas legales que establecen un control centralizado sobre la sociedad, el efecto de la ley de las mayorías y la carencia de un mercado público para la venta de las acciones en una sociedad cerrada, la minoría quedará en situación vulnerable, en comparación con los riesgos de un inversionista de sociedades cotizadas. Luego de un conflicto entre quienes participan en una sociedad cerrada, el accionista minoritario quedará, durante un período indefinido, sometido a una situación en la que no obtiene rendimiento del capital inicialmente invertido o, incluso, podrá ser excluido injustamente por los accionistas mayoritarios (...). En las sociedades cerradas la inversión de los accionistas carece de liquidez. Tampoco se da el control que los mercados usualmente ejercen respecto de las sociedades inscritas en bolsa. La mayor parte de los accionistas en las sociedades cerradas esperan venderle sus acciones, en algún momento, a la propia sociedad o a los demás accionistas o, incluso, transferírselas, tal vez, a un hijo, quien podría eventualmente ocupar un cargo en la administración y operación de la sociedad” (Charles R. O’Kelley Jr. et al., *Corporations and Other Business Associations: Cases and Materials*, Second Edition, Boston, Little, Brown & Co., 1996, p. 499-501).

⁸ Como corolario de este concepto, los referidos autores llegaron a la conclusión *revolucionaria*, según la cual, el control representa un *activo social*. Las implicaciones de esta noción fueron, así mismo, de gran calado pues, desde entonces, se planteó la tesis de que cualquier “prima” recibida por un individuo a consecuencia de la venta del control, le pertenecía, en justicia, a todos los accionistas. Esta teoría sirvió, más adelante, de fundamento a la regulación de las llamadas ofertas públicas de adquisición, en el entendido de que todos los accionistas tendrían derecho a beneficiarse de la prima, cuando el control fuera transferido. (Cfr. Henry Manne, “Mergers and the Market for Corporate Control” in *The Journal of Political Economy*, Vol. 73, No. 2., 1965).

tal concepto también tiene incidencia en las compañías cerradas. En países con elevada concentración de capital, como es el caso de las naciones latinoamericanas, la posibilidad de extraer beneficios privados del control crea una clara dicotomía entre la posición económica de las minorías frente a quienes controlan⁹. El antagonismo referido suele prolongarse en el tiempo debido a lo que algunos llaman la dependencia del sendero recorrido (*path dependence*). Para Lucian A. Bebchuk, las circunstancias económicas bajo las cuales surge un sistema financiero tienden a perpetuarse tanto en su estructura, como en las normas jurídicas que lo rigen. Así, en países en los que se da una concentración de capital, quienes controlan las sociedades cuentan con incentivos económicos para mantener el *statu quo*. El accionista que detenta el control tendrá incentivos de *alto poder* para impedir que el capital de la sociedad se disperse. En verdad, la atomización de las participaciones de capital tendría por efecto la homogeneidad en el valor de todas las acciones, con la consecuente pérdida de la prima de control. Por ello, lo que suele ocurrir es una transferencia de bloques superiores al 50% del capital.

En el análisis moderno del Derecho de Sociedades, se procura dilucidar el impacto de los denominados problemas de agencia en las relaciones que surgen de la sociedad¹⁰. Las políticas legislativas en este ámbito pueden formularse con el propósito de atenuar la incidencia de tales problemas en un sistema económico específico. Es sabido que en países en los que existe alta dispersión de capital, el principal problema de agencia se da entre los miles o millones de accionistas dispersos en el mercado, por una parte, y los administradores

⁹ Las sociedades cerradas se caracterizan, normalmente, por las siguientes facetas: (1) Están integradas por un número reducido de asociados; (2) suele existir el derecho de preferencia en la negociación de acciones y no se da un mercado abierto para su enajenación y (3) un número significativo de asociados ocupa cargos en la administración u operación de la compañía.

¹⁰ “Aquellos que los economistas clasifican como ‘problemas de agencia’, en el sentido más genérico de la expresión, son aquellos que surgen cuando el bienestar de una de las partes, denominada el mandante (‘principal’), depende de las acciones adelantadas por un tercero, denominado el mandatario (‘agent’). El problema radica en motivar al mandatario para que actúe en beneficio del mandante, en lugar de obrar en su propio interés. [...] En especial, casi todas las relaciones contractuales en las que una de las partes (el mandatario) le promete a un tercero (el mandante) el cumplimiento de una prestación, están expuestas a un problema de mandato. El *quid* de este asunto reside en la circunstancia de que, por lo general, el mandatario está mejor informado que el mandante respecto de los principales hechos relevantes del negocio. El mandante no puede, sin incurrir en costos, garantizar que el cumplimiento del mandatario se ajuste con exactitud a lo estipulado. En consecuencia, el mandatario podría estar inclinado a actuar de manera oportunista, mediante una ejecución descuidada de la prestación o, incluso, mediante un aprovechamiento indebido de los beneficios del negocio. Tal conducta implicará, a su vez, una pérdida de valor en la prestación contratada por el mandante. El detrimento económico podría surgir de modo directo o también indirectamente, como en aquellos casos en que es preciso incurrir en altos costos de fiscalización para garantizar la ejecución cumplida de lo prometido por el mandatario. Mientras más compleja sea la labor encomendada al mandatario y mayor sea el grado de discrecionalidad que se le confiera para su actuación, mayor será también el ‘costo de mandato’ (‘agency cost’) en que deberá incurrirse” (Reinier R. Kraakman, *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, New York, Oxford University Press, 2004, Págs. 21-22, citado por Francisco Reyes, *Derecho Societario*, Segunda Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2006, Cap. I, p.7).

sociales, por la otra. En naciones con notoria concentración de capital, ese problema tiende a ser menos importante, en la medida en que los accionistas mayoritarios ejercen permanente supervisión sobre los gestores de la empresa social¹¹. Por el contrario, en tales sistemas, el antagonismo entre mayorías y minorías representa el principal problema de agencia¹². Según el Profesor Guillermo Cabanellas de las Cuevas, en el caso argentino -el cual también puede extrapolarse para los demás países latinoamericanos-, “no existen prácticamente sociedades en las que el capital esté de tal forma disperso que no pueda identificarse un accionista o un conjunto pequeño de accionistas que ejerzan el control efectivo de la sociedad. El control efectivo de la sociedad implica, en la práctica societaria argentina, la elección del directorio y de la sindicatura o consejo de vigilancia, y la determinación, con mayor o menor detalle de la composición de la gerencia. Frente a la estructura monolítica de control a que permite llegar la titularidad de la mayoría de las acciones de la sociedad, resulta poco lo que pueden hacer los administradores o los accionistas minoritarios; aquellos serán removidos si se oponen a los accionistas mayoritarios; y los demás accionistas tienen, como principal derecho político, el derecho a entablar demandas más o menos arbitrarias o abusivas contra los socios mayoritarios o la sociedad, a fin de que se compre sus acciones o que los socios mayoritarios modifiquen en algo su conducta”¹³.

Es por lo anterior por lo que, para proteger la posición de los accionistas minoritarios, no es suficiente legislar sobre deberes y responsabilidades de los administradores. En muchos casos, estos funcionarios no son sino un apéndice de los accionistas mayoritarios que los controlan, quienes, bajo las reglas tradicionales de Derecho Societario, quedan indemnes

¹¹ Es interesante consultar la opinión de Bainbridge, según la cual, “el reducido número de accionistas en las sociedades cerradas desvirtúa la justificación económica de consentir en la separación entre la titularidad del capital y el control administrativo de tales compañías. Ciertamente, a diferencia de como ocurre en las sociedades abiertas, los accionistas de compañías cerradas no suelen ser inversionistas pasivos (...). La propensión a participar de modo activo en los negocios sociales se deriva, precisamente, de la carencia de un mercado abierto para la negociación de sus acciones. Si los accionistas no pueden protegerse mediante la enajenación de sus acciones en tal mercado, lo más prudente para ellos sería procurar una participación directa en la gestión de los negocios sociales” (Stephen Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, New York, Foundation Press, 2002, p.798).

¹² El Profesor O’Kelley provee, como ejemplo, una situación en la que existen tres accionistas, con porcentajes iguales, que forman parte de una sociedad cerrada. De común acuerdo, los accionistas deciden no repartir utilidades, sino asignarse todos los recursos obtenidos en la explotación económica por medio del pago de salarios. Luego de presentarse un conflicto respecto de uno de los accionistas, que es despedido de su cargo en la sociedad, los dos restantes, por motivos oportunistas o de cualquier otra naturaleza, deciden mantener la política antes mencionada de no repartir dividendos. Ante la imposibilidad en que se encuentra el accionista excluido de la administración de venderle sus acciones a un tercero en condiciones razonables, aquél termina como rehén de quienes controlan la sociedad. Estos últimos, seguramente, no tendrán mayor incentivo para pagarle al disidente un precio justo por sus acciones (Cfr. a Charles R. O’Kelley, Jr., et al., *Corporations and Other Business Associations: Cases and Materials*, Second Edition, Boston, Little, Brown & Co., 1996, p. 501).

¹³ “Las Reglas de Gobierno Corporativo y su Aplicación en la Argentina y en los Estados Unidos” en *Dinámica Judicial y Acciones en las Sociedades y Concursos*, Córdoba, 2007, p. 755.

frente a cualquier responsabilidad que pudiera endilgárseles por sus actuaciones, muchas veces opresivas, en contra de los minoritarios¹⁴. Las legislaciones más modernas, desde hace tiempo, han reaccionado ante estas conductas por medio de la extensión a los accionistas mayoritarios de los deberes y responsabilidades inicialmente aplicables, con exclusividad, a los administradores sociales. La dificultad inherente a estas regulaciones radica en determinar en qué circunstancias puede considerarse apropiada la aplicación extensiva de tales deberes y responsabilidades. Para ello, suelen definirse criterios que facilitan el encuadramiento de conductas en las que puede justificarse tal extensión.

Ya en la década de los setenta se produjeron relevantes antecedentes jurisprudenciales en los que la tensión entre accionistas mayoritarios y minoritarios fue resuelta a partir de la extensión de deberes de conducta, otrora aplicables con exclusividad a los administradores sociales. Uno de tales casos, resuelto por la Corte Suprema del Estado de Massachussets, es el célebre antecedente de *Donahue contra Rodd Electrotype Co*¹⁵. En este litigio, la virtual expropiación a que la fue expuesto el accionista minoritario -mediante una operación de readquisición de acciones presuntamente ajustada a las normas societarias-, se resolvió por medio de la aplicación de un deber de buena fe, similar al que se les aplica a los socios de compañías de personas, tal como se analizará en detalle más adelante.

2. RÉGIMEN DE LOS ADMINISTRADORES EN LA LEY SAS

A pesar de la autonomía del tipo de la SAS, la Ley 1258 de 2008 deja ciertos ámbitos sujetos a la remisión hacia las normas de Derecho de Sociedades contenidas en el Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995. Se ha previsto, pues, un enlace con las disposiciones generales que permiten complementar aquellos aspectos no contenidos específicamente en la Ley SAS. Es así como en el artículo 45 de la Ley SAS se produce una remisión a las disposiciones que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, a las disposiciones que rigen a las sociedades en el Código de Comercio.

En el caso concreto del régimen aplicable a los administradores de la sociedad por acciones simplificada, existe una remisión específica en el artículo 27 de la Ley 1258, según

¹⁴ En criterio de Clark, es frecuente que la opresión de los accionistas minoritarios se produzca mediante “la realización de maniobras orientadas a reducir, en forma significativa, la porción de las utilidades que les corresponden o a entorpecer su participación en los diferentes órganos de la compañía”. Esta última conducta sólo es relevante en la medida en que los accionistas se hayan asociados con la expectativa de participar activamente en las decisiones sociales. Así, el entramamiento de los órganos respectivos implicará para los minoritarios una pérdida de valor (Robert C. Clark, *Corporate Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1986, p. 792).

¹⁵ 367 Mass. 578, 328 N.E. 2s 505 (1975).

la cual “las reglas relativas a la responsabilidad de administradores, contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere”. El párrafo del mismo artículo, que será analizado más adelante en detalle, introduce la figura del administrador de hecho.

1.1. Remisión al régimen general de los administradores previsto en la Ley 222 de 1995

A pesar de su escasa aplicación práctica, la Ley 222 de 1995 introdujo importantes principios en materia de responsabilidad de los administradores. Antes de la expedición de ese estatuto, la única regla aplicable a la materia era el artículo 200 del Código de Comercio. Esta escueta disposición, muy poco aplicada en la práctica, se limitaba a decir que los administradores responderían solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados a la sociedad, los asociados o terceros.

La Ley 222 de 1995, introdujo principios muy sólidos en materia de administradores. En ese estatuto se definió el ámbito de aplicación de las normas pertinentes por medio de una delimitación concreta de los funcionarios a los que se les aplica la regulación, se establecieron por primera vez los denominados “deberes fiduciarios de los administradores”, se crearon deberes específicos para quienes cumplen funciones de administración y se definieron los términos y condiciones en que pueden cumplirse las acciones individuales y sociales de responsabilidad. El carácter relativamente reciente de estas normas y su diseño en general apropiado a las condiciones actuales, hizo innecesario incluir una regulación nueva sobre la materia en la Ley 1258 de 2008. El alcance de la nueva legislación sobre la sociedad simplificada en esta materia es, sin embargo, muy significativo. No solo se pretende darle efectividad a las normas sustantivas previstas en la Ley 222 de 1995, mediante mecanismos de arbitraje y procesos jurisdiccionales ante la Superintendencia de Sociedades, sino que, además, se complementa y expande el régimen mencionado, con la novedosa figura del administrador de hecho. Se procura de esta forma que, al lado de la notoria simplificación de trámites y la supresión de formalismos y requisitos burocráticos inútiles, se establezca un sistema de control eficaz ante conductas ilícitas o abusivas.

1.2. Ámbito de aplicación del régimen contenido en la Ley 222 de 1995

El artículo 21 de la Ley 222 de 1995, delimitó el ámbito de aplicación de las reglas sobre administradores sociales, mediante una enumeración de los individuos sujetos a esa

normativa especial. Esta delimitación es plenamente aplicable en el ámbito de las sociedades por acciones simplificadas, de manera que siempre que se esté frente a alguna de las personas mencionadas en el referido artículo, el régimen pertinente será el de la Ley 222. Dentro de los individuos considerados como administradores, la citada norma alude explícitamente a los representantes legales, los miembros de juntas directivas, los liquidadores y los factores de establecimientos de comercio. Estos últimos, como se sabe, son mandatarios especiales que administran un establecimiento de comercio o una parte o ramo de la actividad de este (C. de Co., art. 1332).

El artículo 21 de la Ley 222 de 1995, también considera como administradores a “quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”. Esta previsión normativa permite extenderles la condición de administrador a otros funcionarios de la compañía mediante su señalamiento explícito en el contrato o acto unilateral que da origen a la SAS. Así, la denominación de *administrador* que se formule estatutariamente con respecto a cualquier funcionario de la sociedad simplificada o el señalamiento de facultades expresamente denominadas como *administrativas*, dará lugar a la aplicación del régimen consagrado en los artículos 21 y siguientes de la ley 222 de 1995¹⁶.

1.3. Principios de actuación de los administradores

La definición de un contexto axiológico de referencia para la conducta de los administradores fue uno de los avances más significativos –y también menos difundidos- del régimen de administradores contenido en la Ley 222 de 1995. Conforme al artículo 23 de esa ley, quienes se desempeñen como administradores estarán llamados a actuar dentro de específicos principios de conducta definidos legalmente. Según el inciso 1º de la norma citada, “los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”. Mediante estos principios, extrapolados del derecho societario extranjero, se obtiene un marco conceptual a partir del cual puede evaluarse la conducta de los administradores sociales bajo criterios relativamente definidos¹⁷. Este contorno normativo

¹⁶ La doctrina de la Superintendencia de sociedades señaló que los funcionarios de diversos grados que ejercen o detentan funciones de administración son considerados como administradores independientemente de si sus funciones son de hecho o de derecho. Esta doctrina parece hacer caso omiso de la necesidad de que las funciones contengan en los estatutos sociales, tal como lo exige el artículo 22 de la Ley 222 de 1995.

¹⁷ Los principios a que acaba de aludirse parten del deber de buena fe. La observancia irrestricta de él no implica tan solo la actuación diligente o libre de culpa, sino también la actitud leal en el desempeño de sus funciones. Según Ospina Fernández, todo acto jurídico debe ser cumplido “con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración” (Guillermo Ospina Fernández *et al.*, *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, Bogotá, 2ª ed., Ed. Temis, 1983. pág. 332).

tiene particular relevancia en el contexto de la sociedad simplificada, pues demarca claras pautas de actuación para el desempeño de las amplias funciones que pueden atribuírseles a los gestores de la empresa social.

1.4. Deberes fiduciarios de los administradores

La Ley 222 contiene un importante concepto que podría ser de gran utilidad cuando se trate de revisar mediante arbitraje o proceso jurisdiccional ante la Superintendencia de Sociedades la actuación de los administradores de la SAS. Se trata de los llamados *deberes fiduciarios* de los administradores, cuya consagración inicial por el derecho societario norteamericano ha sido imitada en varias legislaciones civilistas sobre la materia.

En el sistema anglosajón, donde se originó este concepto, se considera que existe una relación *fiduciaria* del administrador con la sociedad, por virtud de la cual esta deposita su confianza en el juicio y consejo de aquel. “En dicha relación, el derecho impone la regla de que ninguna de las partes puede aprovecharse de su encargo en forma egoísta o negociar con el objeto de su encargo para beneficio propio o perjudicar al otro, salvo en el ejercicio de la mejor buena fe y con conocimiento y consentimiento de la otra”¹⁸.

Por ello, tanto la legislación como la jurisprudencia anglosajonas han creado un detallado cuerpo de normas jurídicas y antecedentes judiciales, cuya aplicación origina un notable carácter profesional en la actividad de los administradores. Las responsabilidades de los administradores no son ilimitadas. Ellas tienen claros límites definidos por los citados deberes fiduciarios o de confianza (*fiduciary duties*). Estos deberes apuntan al señalamiento de ciertos principios de conducta sobre los administradores sociales.

El primero de los mencionados deberes de confianza es el de cuidado (*duty of care*), que envuelve, como su denominación lo sugiere, la obligación de actuar con diligencia en el manejo de los asuntos societarios. De acuerdo con la sección 8.30, (a), (2), de la nueva ley-tipo de sociedades de capital de los Estados Unidos (*revised model business corporation act*), un director debe cumplir sus deberes “con el mismo cuidado con el que actuaría una persona prudente puesta en una posición semejante y bajo las mismas circunstancias”.

En el régimen colombiano, el texto de la ley 222 dispone que los administradores deben actuar “con la diligencia de un buen hombre de negocios”. Esta última expresión, como es obvio, significa una alteración del patrón de conducta empleado en el Código Civil para

¹⁸ *Black's Law Dictionary*, citado por Marcela Castro, “La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, junio 1986, Bogotá, Universidad de los Andes, pág. 124.

evaluar los diversos grados de culpa. Dicho estatuto alude al conocido patrón del *buen padre de familia*¹⁹. La expresión buen hombre de negocios debería tener un efecto importante en el alcance de la responsabilidad de los administradores de la SAS²⁰.

Es claro, de una parte, que el enfoque de la ley 222 comprende un modelo *profesionalizante* para la evaluación de la conducta de los administradores. Así, las determinaciones que éstos adopten deben ser cumplidas con la acuciosa diligencia propia de las técnicas de administración. Se trata, pues, de un patrón de conducta que trae consigo una evaluación informada de las principales opciones de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones.

Sin embargo, el paradigma del *buen hombre de negocios*, implica también un mayor respeto judicial por la autonomía de decisión de que deben gozar los administradores sociales. Bajo este patrón de conducta, se espera que los administradores puedan aprovechar alternativas conducentes a la asunción de riesgos de negocios en forma consciente y razonada. Siendo el riesgo inherente al mundo de los negocios, no tiene sentido reprimir la conducta de los administradores por el solo hecho de asumirlos. La rentabilidad o “retorno de la inversión” suele relacionarse, en efecto, con el mayor o menor riesgo que los inversionistas estén dispuestos a asumir. Así, la “penalización” de las conductas que implican riesgo empresarial carece, en general, de racionalidad económica. No quiere esto decir que el administrador que asume irresponsablemente las contingencias de pérdida quede indemne ante las acciones de responsabilidad. La expresión “buen hombre de negocios” debe entenderse como aquella diligencia que pondría un comerciante normal en sus propios negocios.

Es por ello por lo que cuando se habla del deber de diligencia o cuidado no se pretende que, en virtud de su aplicación, las decisiones de negocios adoptadas por los administradores deban ser acertadas en términos de beneficios económicos para la compañía. Así, la interpretación de esta pauta de conducta debería conducir a considerar que si bien los administradores deben poner todo su empeño para lograr que las decisiones administrativas sean adoptadas con pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que se

¹⁹ De acuerdo con el art. 63 del C. C., “culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

”El que debe administrar un negocio como *buen padre de familia*, es responsable de esta especie de culpa” (se resalta).

²⁰ Mientras que la actividad empresarial está relacionada con la asunción de riesgos, las circunstancias de la vida familiar, a las que está expuesto el *padre de familia*, están más bien ligadas a la prevención del riesgo.

relacionan con ellas, los malos resultados de la gestión no tendrían porqué dar lugar a responsabilidad para quienes las adoptan.

En el sistema norteamericano, cuyos precedentes bien podrían servir de ilustración para nuestras normas de responsabilidad, los tribunales han preferido no inmiscuirse en el análisis económico de las decisiones administrativas de la sociedad. Por tanto, han adoptado la denominada *regla del juicio de negocios o de la discrecionalidad (business judgement rule)*, en virtud de la cual los administradores son autónomos en la toma de determinaciones, siempre y cuando que estas obedezcan a un juicio prudente de su parte. Así, por ejemplo, la nueva ley tipo de sociedades de capital (*revised model business corporation act*), es explícita en señalar que un miembro de junta tiene la facultad de basarse en información suministrada por funcionarios o empleados de la compañía, cuyo dominio del tema en examen sea suficiente a juicio del administrador [sec. 8.30, (b), (1)]. La misma norma le permite a este último tener por fundamento para la toma de decisiones, el concepto emitido por un abogado, contador público u otro profesional, que en criterio del miembro de junta sea experto en el tema de que trata la determinación [sec. 8.30, (b), (1)]. Finalmente, el mencionado estatuto modelo exonera de responsabilidad al miembro de junta cuando la decisión se adopta con base en una recomendación proferida por un comité elegido por la misma junta directiva, que sea confiable en criterio del director [8.30, (b), (3)]²¹.

“Muchas veces, en el desarrollo de la empresa social, resultan pérdidas o perjuicios para la sociedad como consecuencia directa o indirecta de decisiones tomadas por los administradores, pérdidas que son, finalmente, un riesgo inherente a la vida de los negocios. Si estas decisiones o medidas son adoptadas de buena fe y en uso de buen juicio por parte de los administradores, las cortes no entran a cuestionarlas como violatorias del deber de cuidado. Esta sana actitud de los tribunales bajo el *common law*, que respeta la independencia y criterio de los administradores en cumplimiento de su encargo, ha sido llamada la *regla de la discrecionalidad*”²².

²¹ De manera análoga, el Estatuto Societario del Estado de Delaware es claro en expresar que “un miembro de la junta directiva o de cualquier comité designado por la junta directiva, en el cumplimiento de sus deberes, quedará totalmente amparado de responsabilidad, si de buena fe se basa en la información contenida en los libros de la sociedad o en la información, opiniones, informes o declaraciones presentados a la sociedad por cualquiera de los directivos o empleados de la compañía, o por los comités nombrados por la junta directiva o por cualquier otra persona, en relación con asuntos respecto de los cuales el director crea razonablemente que están dentro de la experiencia profesional o el dominio técnico de tales personas...” (sec. 141 (e) de la Ley General de Sociedades del Estado de Delaware).

²² MARCELA CASTRO, *op. cit.*, pág. 126. En el célebre caso Aronson contra Lewis se afirma que la discrecionalidad es aquella regla según la cual cuando los directores de una sociedad adoptan una decisión de negocios “se presume que lo han hecho con pleno conocimiento e información. Los directores tienen el deber de

Como complemento necesario del deber de cuidado, la Ley 222 estableció también el denominado *deber de lealtad*. Este se refleja en una serie de obligaciones específicas de acción u omisión, que se orientan a la protección de secretos de la sociedad, la abstención de actuaciones que resulten conflictivas con las de la compañía, el respeto por las oportunidades de negocios en cabeza de la sociedad, etc²³.

El deber de lealtad implica, simplemente, la necesidad de que el administrador actúe en la forma que consulte “los mejores intereses de la sociedad”²⁴. Igual a como ocurre con otros desarrollos de la jurisprudencia del *common law*, no existe una clasificación precisa de situaciones que se consideren violatorias del deber de lealtad. Son los jueces quienes en su permanente quehacer interpretativo pueden determinar las circunstancias fácticas en las cuales se considera transgredido. CLARK afirma que “lo más importante acerca de este aspecto, es que el deber fiduciario de lealtad es un concepto residual que podría incluir situaciones fácticas que nadie ha previsto ni clasificado aún. El deber general de lealtad permite, y de hecho ha permitido, una continuada evolución del derecho societario. De igual forma, los jueces y legisladores estatales han desarrollado reglas más específicas o deberes fiduciarios particulares, para afrontar muchas situaciones recurrentes que implican conflictos de intereses”²⁵.

obtener, con anterioridad a la adopción de una determinación, toda la información relevante que razonablemente pueda estar a su disposición”. [Del. Supr., 437 A, 2d, 805 (1984)].

²³ Uno de los aspectos que con mayor frecuencia permite evaluar la aplicación del deber de lealtad es el relativo a las remuneraciones de miembros de junta directiva y ejecutivos de la sociedad. La tendencia a determinar beneficios económicos excesivos podría configurar violación de esta pauta de conducta. El escrutinio de este comportamiento implica una verificación de la conformidad de la determinación adoptada con los intereses de la sociedad, a la luz de criterios de proporcionalidad. En opinión de la Superintendencia de Sociedades, la fijación de honorarios y bonificaciones “debe cumplirse conforme a los principios de buena fe, lealtad y diligencia y cuidado del buen hombre de negocios, presupuestos que a juicio de este Despacho, dejan a salvo la posibilidad de demostrar judicialmente por quienes tengan interés jurídico, los perjuicios irrogados a la compañía por causa de las determinaciones salariales o prestaciones adoptadas por el gerente o por la junta directiva” (Cfr. Oficio 220-38140 del 17 septiembre 2001).

²⁴ R. M. B. C. A. S. 8.30, (a), (2). De acuerdo con la autorizada opinión de CLARK, “los miembros de junta directiva, los demás administradores y, en algunas situaciones, los accionistas controladores, deben a sus sociedades y en ocasiones a los socios e inversionistas, un deber fiduciario de lealtad. Este deber impide a los fiduciarios [administradores] tomar ventaja de sus beneficiarios, por medio de negocios fraudulentos o injustos. No deberán, por tanto, abusar de los beneficiarios en situaciones en las que tengan un conflicto de interés. Bajo ciertas circunstancias, podrían actuar indebidamente simplemente por mantener pasivamente un estado de negocios personales en el que existe conflicto de interés” (ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1986, pág. 141).

²⁵ ROBERT CHARLES CLARK, *op. cit.*, pág. 141. La legislación brasileña de sociedades, de la que se dice existir una gran influencia norteamericana, hace una detallada presentación del deber de lealtad e inclusive señala las hipótesis específicas en las que se considera transgredido. En efecto, el artículo 155 de la ley de sociedades anónimas dispone que “... el administrador debe servir con lealtad a la compañía y mantener reserva sobre sus negocios, de modo que le está vedado: I) usar, en beneficio propio o de otro, con o sin perjuicio para la compañía, las oportunidades comerciales de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo; II) dejar de ejercer las gestiones necesarias para proteger los derechos de la compañía o, con el propósito de obtener ventaja para sí o para otro, dejar de aprovechar oportunidades de negocios de interés para la compañía; III)

Si bien la ley colombiana no dispone explícitamente que el deber de lealtad se pregona también sobre la relación entre los administradores y los asociados, como ocurre en el sistema norteamericano, existe en la legislación vigente principios que permiten hacer esta asimilación. En efecto, la expresión contenida en el artículo 23 de la ley 222, en el sentido de que las actuaciones de los administradores “se cumplirán en interés de la sociedad, *teniendo en cuenta los intereses de sus asociados*” (se resalta), denota la intención legislativa de permitir que la norma se aplique a las situaciones que entrañen deslealtad con los asociados.

1.5. Deberes específicos de los administradores

El artículo 23 de la ley 222 de 1995 contempla algunas de las principales responsabilidades que se le atribuyen a los administradores sociales. Estos preceptos se orientan a la profesionalización de tales cargos. Como podrá apreciarse enseguida, las tres primeras funciones específicas contenidas en la norma pueden encuadrarse dentro del deber de diligencia o cuidado, mientras que las cinco últimas son consagración del deber de lealtad. La norma es de carácter enunciativo y sirve para ilustrar al intérprete y al propio administrador sobre el alcance de sus responsabilidades.

1.5.1. Desarrollo adecuado del objeto social

El numeral 1 del artículo 23 de la ley le exige al administrador “realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social”. El enunciado de este precepto corresponde al más elemental de los deberes de conducta que asumen los administradores. No por obvio, deja de ser muy importante y útil el deber de conducta contenido en esta norma. Aun desde el punto de vista probatorio, será más sencillo para quien salga perjudicado por esta omisión de conducta, argumentar que existe causalidad entre el daño sufrido y el incumplimiento de este deber legal, cuya prueba puede resultar más expedita.

El hecho de que la SAS pueda tener objeto social indeterminado, no afecta en absoluto la aplicación de este deber de conducta. Aún en la hipótesis de objeto amplio es evidente que puede hacerse un escrutinio de la conducta de los administradores ante la inactividad en el desarrollo de actividades de explotación económica. Este deber de conducta puede utilizarse en aquellos casos en que los administradores utilizan a la SAS como un simple vehículo para la realización de actividades ilícitas, como en las denominadas sociedades de fachada.

adquirir personalmente, con el propósito de revender con lucro, los bienes o derechos que sabe que la sociedad requiere o que la compañía está pensando en adquirir...”.

1.5.2. Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias

Los administradores tienen un deber positivo de conducta que se manifiesta en la obligación de poner todo su empeño en que se cumplan las normas legales y contractuales tanto en su actividad como en las de sus subalternos. Esta norma comprende, en cierta medida, la consagración de la tesis de la *culpa in vigilando*. Esta, como es sabido, acarrea también un deber de cuidado respecto de los funcionarios que trabajan bajo la dependencia de los administradores y que, por tanto, actúan frecuentemente con sujeción a las órdenes impartidas por aquellos²⁶.

1.5.3. Velar para que se permita el cumplimiento de las funciones del revisor fiscal

La revisoría fiscal en la SAS sólo se requiere en aquellos casos previstos en la Ley 43 de 1990, es decir cuando se cumplan los criterios *dimensionales* de activos e ingresos señalados en esa norma. Debido a que la revisoría fiscal suele carecer de verdadera independencia ante la administración de la sociedad, la Ley 222 enfatiza en la idea de que el revisor fiscal debe, por lo menos, contar con los recursos necesarios para cumplir sus funciones. Así, los administradores estarán obligados a suministrarle a aquel toda la información contable, financiera, administrativa o de otra índole que él considere indispensable para el cumplimiento de sus atribuciones legales o estatutarias.

1.5.4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad y abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada

Los numerales 4 y 5 del artículo 23, citado, consagran estos dos importantes deberes de lealtad, cuyo propósito esencial consiste en guardar la indispensable reserva sobre las informaciones tocantes a la sociedad. En el primer caso se trata, esencialmente, de informaciones de orden técnico que adquieren los administradores sociales con ocasión del ejercicio de sus cargos, sobre las fórmulas de procesos industriales o sobre algunas circunstancias que tienen aplicaciones económicas para la sociedad y que se mantienen en secreto, así como a la reserva sobre los libros y documentos de la sociedad (C. de Co., art. 61)²⁷. En el segundo caso, se refiere a información privilegiada, como la que existe, por

²⁶ Sobre este particular es interesante lo previsto en la legislación de Brasil, en la que se hace manifiesta la consagración de la *culpa in vigilando*. El parg. 2º del art. 155 de la ley de sociedades anónimas, dispone que “el administrador debe velar para que la violación a lo dispuesto en el num. 1 [usurpar las oportunidades societarias] no ocurra por conducto de subordinados o terceros de su confianza”.

²⁷ Dentro de los documentos sometidos a reserva, se encuentran los anexos a los estados financieros. Así, aunque estos últimos están disponibles para consulta de cualquier interesado, aquellos son documentos privados que

ejemplo, respecto de situaciones futuras de la compañía, v. gr., emisiones de acciones, solicitud de acuerdo de reestructuración, etc., cuya divulgación puede ser perjudicial para la compañía. La Superintendencia de Sociedades ha determinado, por vía doctrinaria, el alcance de la expresión *información privilegiada*, así como sus características y algunas de las hipótesis en las que, a juicio de la entidad, no se configura su uso indebido (circular externa 20, 4 noviembre 1997)²⁸.

Así mismo, se entiende por secreto industrial “todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener oculto”²⁹. Los artículos 260 a 266 de la decisión 486 de 2000, adoptada por la comisión para el Acuerdo de Cartagena, que regula el régimen común de propiedad industrial para los países de la denominada *Comunidad Andina*, reconoce explícitamente la protección a dichas informaciones confidenciales, que en esa regulación se denominan “secretos empresariales”.

1.5.5. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar su derecho de inspección

La difícil armonización de los intereses —a veces disímiles y hasta antagónicos— entre quienes detentan la mayoría y los demás, ha constituido factor de preocupación por parte de las legislaciones desde hace largo tiempo. Como afirma el autor español JUSTINO DUQUE, “... en definitiva se trata de establecer un ámbito en que los intereses del accionista se substraigan

contienen información procedente de libros sujetos a reserva. (Cfr. Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-87598 del 22 septiembre 1999).

²⁸ “*Concepto de información privilegiada*: por información privilegiada debe entenderse aquella a la cual solo tienen acceso directo ciertas personas (sujetos calificados) en razón de su profesión u oficio, la cual, por su carácter, está sujeta a reserva, ya que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero. *Características de la información privilegiada*: Es necesario que a ella solo tengan acceso determinadas personas, en razón al cargo o de sus funciones en el sector público o en el sector privado; debe tener la idoneidad suficiente para ser utilizada; debe versar sobre hechos concretos y referidos al entorno societario o al ámbito dentro del cual actúa la compañía. *Uso indebido de la información privilegiada*: se considera que hay uso indebido de la información privilegiada cuando quien la posee y está en la obligación de mantenerla en reserva, incurra en cualquiera de las siguientes conductas, independientemente de que su actuación le reporte o no beneficios: que se suministre a quienes no tienen derecho a acceder a ella; que se use con el fin de obtener provecho propio o de terceros; que la oculte maliciosamente en perjuicio de la sociedad o en beneficio propio o de terceros, lo cual supone usarla solo para sí y, por abstención, en perjuicio de la sociedad para estimular beneficio propio o de terceros; que se haga pública en un momento inapropiado. Igualmente habrá uso indebido de la información, cuando existiendo la obligación de darla a conocer no se haga pública y se la divulgue en un medio cerrado o no se le divulgue de manera alguna. Algunos casos en los cuales no se configura el uso indebido de la información privilegiada: Cuando el órgano competente de la sociedad autorice expresamente al administrador el levantamiento de la reserva; cuando la información se le suministre a las autoridades facultadas para solicitarla y previa su solicitud; cuando es puesta a disposición de los órganos que tienen derecho a conocerla, tales como la asamblea general de accionistas, la junta de socios, la junta directiva, el revisor fiscal, los asociados en ejercicio del derecho de inspección y los asesores externos, etc.” (Superintendencia de Sociedades, circular externa 20, 4 noviembre 1997).

²⁹ José Antpnio Gómez, citado por Manuel Pachón, *El régimen andino de la propiedad industrial*, Bogotá, Edic. Gustavo Ibáñez, 1995, pág. 181.

a la acción mayoritaria de los órganos sociales. No es solo una *exigencia técnica*, sino también una exigencia de carácter ético, lo que impone el reconocimiento de ciertos *límites al poder de la mayoría o de la minoría* organizada especialmente perceptible en las sociedades con acciones dispersas en el público para proteger a los accionistas. La mayoría tiene unos límites, fuera de los cuales la acción de la sociedad no es correcta. Entre estos límites se encuentran los *derechos propios, derechos individuales del accionista*³⁰.

La ley 222 de 1995 reafirma el principio, no por obvio menos vulnerado, de que los administradores deben tratar en igual forma a todos los asociados y garantizarles todos sus derechos. La norma hace especial hincapié, además, en el derecho de fiscalización individual, a cuya inviolabilidad apunta la norma que se comenta. Esta prerrogativa es fundamental para el asociado, como parte de los denominados *derechos instrumentales*³¹.

Este deber de conducta resulta particularmente relevante en el ámbito de la sociedad por acciones simplificada debido a las características que suelen estar presentes en los conflictos intrasocietarios de las sociedades cerradas. En muchas ocasiones, como se analizará en detalle más adelante, la ruptura de relaciones armónicas entre accionistas mayoritarios y las minorías, da lugar a maniobras opresivas, instrumentadas normalmente por los propios administradores.

1.5.6. Abstenerse de participar en actos que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad

El numeral 7 del artículo *sub examine* se refiere a un tema de particular importancia en el estado actual del derecho societario. Regula dos aspectos plenamente diferenciados: por una parte, se refiere a las situaciones de conflicto de interés de los administradores frente a la sociedad³², y por otra, alude a las situaciones de competencia de aquel, acerca de negocios a los que esta también se dedique. En uno y otro caso, la ley es explícita en señalar que no se requiere que el interés beneficiado con la actividad sea directamente el del administrador, sino que se abarcan también aquellos actos realizados en interés de terceros³³. Y además se indica,

³⁰ Justino F. Duque Domínguez, “La protección del accionista minoritario en la sociedad anónima”, en *Revista de sociedades*, Madrid, Editorial Civitas, págs. 6 y 62.

³¹ Joaquín Rodríguez, *Tratado de sociedades comerciales*, 2ª ed., México, Porrúa Hnos., 1971, pág. 394.

³² La Superintendencia de Sociedades ha definido el concepto de conflicto de interés como la situación en la que “no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero” (circular externa 20, 4 noviembre 1997).

³³ Tal sería el caso, por ejemplo, de una persona que ocupa simultáneamente un cargo de gerente en dos sociedades por acciones simplificadas que contratan entre sí. Aunque las determinaciones que tengan que ver con la celebración de tales contratos pueden no afectar directamente el interés del mencionado representante legal, es claro que existe una situación de conflicto porque el funcionario podría actuar para favorecer en mayor grado los intereses de una sociedad que de la otra.

con toda claridad, que la participación en las citadas actividades puede cumplirse bien directamente por el administrador o por interpuesta persona.

La norma citada parte de una prohibición de carácter general para ejecutar unos y otros actos, pero dispone que, sin embargo, podrán realizarse tales actividades, siempre que se cumpla un procedimiento previsto en el mismo precepto. Quiere esto decir que las operaciones conflictivas o de competencia con la sociedad no son necesariamente perjudiciales para ella³⁴. En efecto, bajo ciertas circunstancias, determinado negocio celebrado con algún administrador de la sociedad puede resultar útil para ambas partes. Por esa razón la ley 222 no impide definitivamente la realización de tales actos, sino que somete su celebración a un riguroso procedimiento mediante el cual se pretende, en lo esencial, proteger los intereses de la sociedad, sus asociados y los terceros interesados³⁵.

El procedimiento se ha regulado conforme al principio según el cual el acto puede realizarse si existe autorización del máximo órgano social y suministro de toda la información pertinente para adoptar la determinación³⁶. Por supuesto, el voto del administrador interesado debe excluirse si él es socio o accionista.

³⁴ Sobre este particular, y con el fin de aclarar el alcance de lo dispuesto en la norma, la Superintendencia de Sociedades, en la circular externa núm. 20, 4 noviembre 1997, afirmó lo siguiente: “Entiende este despacho que son ‘actos de competencia’ aquellos que implican una concurrencia entre el ente societario y el administrador, o un tercero en favor del cual este tenga la vocación de actuar, toda vez que cada uno de ellos persigue la obtención de un mismo resultado, tal como ocurre cuando varios pretenden la adquisición de unos productos o servicios, el posicionamiento en un mercado al que ellos concurren. Llama de manera especial la atención el despacho en el sentido de que esta disposición legal le prohíbe a las autoridades que participen en actividades que impliquen competencia con la sociedad, sin calificar la forma como se desarrolle esa competencia; es decir, sin precisar si es competencia desleal o competencia ilícita, porque para estos efectos lo que trasciende es el hecho de competir y nada más. En consecuencia, no puede el administrador argumentar en su favor que los actos de competencia no tienen el calificativo de desleales, pues tal condición no fue prevista por la ley. A fin de determinar si existen o no actos de competencia, será necesario establecer cuáles son las actividades que constituyen el objeto social de la compañía, cuáles son las líneas de productos o servicios, cuál es el mercado al cual se encuentran dirigidos, cuál es el ámbito de acción territorial, etc. La participación puede ser directa, cuando el administrador personalmente realiza los actos de competencia; o, indirecta, cuando el administrador a través de un tercero desarrolla la actividad de competencia, sin que sea evidente o notoria su presencia”.

³⁵ Esta es una de las normas que merecieron un ajuste importante respecto del texto que aparecía en el Proyecto de ley 119 de 1993. En el artículo 154 de dicha propuesta se expresaba, simplemente, que “nadie podrá actuar como administrador de dos o más compañías que sean competidoras entre sí, o cuando entre ellas, a juicio de los demás administradores, se presenten conflictos de interés”. La Superintendencia de Sociedades se pronunció a favor de la posibilidad de que un miembro de junta directiva, pueda prestar simultáneamente servicios profesionales a la sociedad en la que ejerce su cargo, siempre que se cumpla el procedimiento del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. (Cfr. Oficio 220-39036 del 7 mayo 1999).

³⁶ Sugerimos que se acogiera un sistema parecido al adoptado por varias legislaciones estatales norteamericanas sobre la materia. En ellas, como afirman HENN y ALEXANDER, “... muchas jurisdicciones han legislado sobre el problema de conflicto de interés de los administradores. Aunque las formulaciones varían, usualmente le ordenan al director interesado abstenerse de votar. Además, exigen el voto de los directores que no tienen interés personal en la operación o ratificación de la asamblea, así como la condición de que el negocio sea justo y razonable para la sociedad” (Harry Henn, *Laws of corporations*, St. Paul, Hornbook Series, West Publishing Co., 1983, pág. 640). En particular, se tuvo en cuenta la regulación prevista en la nueva ley-tipo de sociedades (R. M. B. C. A., subcapítulo f, secs. 8.60 y ss.).

El reciente decreto 1925 de 2009 reglamenta en detalle la aplicación del mencionado numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En particular, este decreto reglamentario define los procedimientos y sanciones aplicables a los accionistas y administradores que infrinjan el referido precepto. En su artículo 5° señala, en efecto, que “el proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 de la Ley 222 de 1995; sin perjuicio de otros mecanismos de solución de conflictos establecidos en los estatutos. Salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe, declarada la nulidad, se restituirán 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, sin perjuicio de las acciones de impugnación de las decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 y siguientes del Código de Comercio”. En la misma disposición se prevé que, “mediante este mismo trámite, el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios. El juez competente, según lo establecido en la ley, podrá sancionar a los administradores con multas y/o con la inhabilidad para ejercer el comercio, sin perjuicio de la responsabilidad penal que dicha conducta pudiese generar”. Por último, la norma introduce en su párrafo una precisión sobre el trámite arbitral y otra sobre el mismo régimen que ha de aplicársele a la SAS: En el caso de que la sociedad hubiese pactado cláusula compromisoria o compromiso, se estará a las normas respectivas. En el caso de la Sociedad por Acciones Simplificada se aplicará el artículo 44 de la *Ley 1258 de 2008*.

1.6. Responsabilidad de los administradores

El artículo 200 del Código de Comercio fue una de las disposiciones revisadas en su integridad por el legislador de 1995. La norma, en efecto, carecía de suficiente precisión y se limitaba a repetir los principios generales de responsabilidad por dolo o culpa, propios del derecho civil. La disposición vigente logra una mayor precisión del tema, al definir claramente cuál es el alcance de la responsabilidad que asumen los administradores, en qué casos se presume su responsabilidad y cuándo pueden exonerarse de ella.

La primera importante especificación de la ley 222 de 1995 está en señalar una responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los perjuicios que por dolo o culpa causen a la sociedad, los asociados o terceros. No puede existir, por tanto, duda alguna

sobre el alcance de la responsabilidad que asumen los administradores de las sociedades. Bastará, entonces que se compruebe que hubo culpabilidad, daño y relación de causalidad para que se imponga responsabilidad solidaria a todos los administradores que participaron en la toma de la decisión respectiva o que la ejecutaron. Por lo demás, es suficientemente claro que la responsabilidad imputable a los administradores puede ser de naturaleza contractual o extracontractual.

Además, debe tenerse en cuenta que la norma citada establece que “se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”³⁷. Esta norma no es sino la consagración del principio esencial de que no es posible condonar el dolo futuro. Con todo, no significa que los administradores no puedan ampararse contra futuras responsabilidades mediante la adquisición de pólizas de seguros que cubran el riesgo asociado con la actividad de ellos. Esta clase de pólizas, que son muy comunes en otras latitudes, no restringen, como es obvio, en todo caso, el carácter de la responsabilidad de los administradores que es, como se dijo, ilimitada.

A pesar de la importancia de la prohibición que acaba de reseñarse, es bueno advertir que en otros sistemas jurídicos se ha avanzado hacia soluciones opuestas a la indicada. Es así como, por ejemplo, bajo la Ley General de Sociedades del Estado de Delaware, se permite para las sociedades de capital cerrado obviar la aplicación de los deberes fiduciarios de los administradores. En efecto, la Sección 18-1101(e) de la ley de sociedades de capital cerradas (Limited Liability Companies o LLC) de ese Estado preceptúa que, “en los estatutos de una sociedad de capital cerrada podrá pactarse la limitación o eliminación de toda responsabilidad por incumplimiento de los estatutos o por violación de los deberes (incluidos los llamados deberes fiduciarios) de cualquier socio, administrador o cualquier otra persona que participe en una sociedad de capital cerrada (LLC) (...) siempre y cuando que en los estatutos no se elimine la responsabilidad por actos u omisiones que constituyan una violación del deber de buena fe...”.

2. EL ADMINISTRADOR DE HECHO EN LA SAS

Si bien, como se acaba de explicar, la Ley 222 de 1995 había regulado en detalle los deberes fiduciarios de los administradores, no existía en Colombia el concepto de administrador de facto. Este permitirá, seguramente, la aplicación de estándares de conducta

³⁷ Este principio ya se encontraba presente en el subrogado artículo 200 del Código de Comercio.

elevados a los accionistas que controlen una SAS, a pesar de que no participen de modo directo en la administración de la compañía.

El sistema de administradores de hecho, tomado del Derecho Comparado de sociedades, apunta a hacerles extensivas las responsabilidades legales aplicables a los administradores a otros individuos que, sin ocupar cargos formales dentro de la compañía, cumplan actividades positivas de administración o gestión. En el artículo 27 de la Ley SAS se reguló, de modo explícito, esta figura, mediante una consagración general que le otorga al juez societario suficiente discrecionalidad para definir cuándo procede la calificación respectiva. El carácter novedoso de esta institución en el derecho local justifica una breve mención de los antecedentes de derecho comparado que se tuvieron en cuenta para el diseño de esta figura.

2.1. Antecedentes en el derecho norteamericano

El derecho norteamericano, tal como suele ocurrir en materia del régimen societario, fue uno de los primeros en referirse al problema de los abusos de mayoría en sociedades cerradas. La jurisprudencia del *Common Law* introdujo reglas de derecho, hoy suficientemente decantadas, que permiten extenderle los deberes fiduciarios de los administradores a personas que no tengan formalmente el carácter de tales. Estos desarrollos jurisprudenciales, aplicables en el contexto de sociedades de capital cerradas (*Closely Held Corporations*), han tenido significativa influencia en otros sistemas jurídicos. En alguna medida estas sentencias judiciales se relacionan con el concepto del administrador de hecho, debido a que permiten imponerles sanciones a ciertos individuos, aunque no detenten cargos de administración en la sociedad. Los precedentes judiciales que se mencionan a continuación, demuestran como algunas actuaciones ilegítimas de accionistas mayoritarios son equiparadas a una violación de deberes fiduciarios y, consecuentemente, sancionadas por los tribunales.

Uno de los primeros casos conocidos en los Estados Unidos es el ya mencionado de Donahue contra Rodd Electrotype Co, resuelto por la Corte Suprema del Estado de Massachussets³⁸. En este antecedente jurisprudencial la demandante Euphemia Donahue, accionista minoritaria de la sociedad Rodd Electrotype presentó demanda judicial en contra de la compañía, sus administradores y accionistas mayoritarios, con fundamento en el tratamiento injustificado de que había sido víctima durante un proceso de readquisición de acciones. En opinión de la demandante, la conducta de las mayorías constituía una violación de deberes fiduciarios que les resultarían aplicables por tratarse de una sociedad cerrada. En

³⁸ 367 Mass. 578, 328 N.E. 2s 505 (1975).

los hechos de este caso se puso de presente que Rodd Electrotpe Co. había efectuado, en tiempos diversos, ofertas para la readquisición de sus propias acciones, en condiciones de precio asimétricas para el mayoritario y los accionistas minoritarios. En efecto, el precio de la oferta que había dado lugar a la readquisición de las acciones de propiedad del señor Harry Rodd, accionista mayoritario de la compañía, había sido significativamente mayor que el contenido en la oferta formulada a los minoritarios³⁹. Estos últimos manifestaron su inconformidad por la actitud de los mayoritarios y le exigieron a la sociedad que procediera a readquirir sus acciones en condiciones y términos idénticos a los utilizados para la recompra a los accionistas mayoritarios.

En este caso, el criterio utilizado por la Corte Suprema del Estado de Massachussets consistió en la extrapolación de principios otrora aplicables solamente a las sociedades de personas (*partnership*), hacia una sociedad de capitales cerrada. En palabras del tribunal, “los accionistas en una sociedad de capitales cerrada deben ejecutar las responsabilidades que les atañen como administradores y asociados, conforme a un estricto canon de buena fe calificada. No pueden, por lo tanto, comportarse en forma codiciosa o negligente, ni actuar exclusivamente en procura de sus propios intereses, por cuanto ello produciría una ruptura de su deber de lealtad respecto de los demás accionistas y de la sociedad”⁴⁰.

Antes de efectuar la asimilación mencionada, el tribunal formuló una tajante división entre sociedades abiertas y cerradas, por medio del señalamiento de elementos que permiten distinguirlas con claridad. En su criterio, las sociedades de capital cerradas presentan las siguientes características: (i) La concurrencia de un número reducido de accionistas, (ii) la inexistencia de un mercado abierto para negociar las acciones en que divide su capital y, (iii) la participación de la mayoría de sus accionistas en los órganos de administración de la compañía⁴¹.

³⁹ Mientras que en el año 1970 la compañía readquirió sus acciones a un precio de 8.000 dólares cada una, en los años 1965 y 1969 Rodd Electrotpe Co. ofreció la compra de las acciones que los minoritarios detentaban por precios que fluctuaron entre los cuarenta y los 200 dólares por acción. Cfr. A William L. Cary, *et al.*, *Corporations, Cases and Materials*, 6a ed., New York, The Foundation Press, 1988, p. 332.

⁴⁰ En el caso analizado, la Corte Suprema de Massachussets se refiere a algunas de las actuaciones que usualmente se llevan a cabo con el propósito de oprimir a los accionistas minoritarios: “las mayorías pueden rehusarse a repartir dividendos; apropiarse de las utilidades de la compañía, mediante la asignación de salarios y bonificaciones exorbitantes a favor de los accionistas mayoritarios que formen parte de la administración o incluso en beneficio de sus familiares; pueden extraer valor por medio de la estipulación de cánones excesivos en contratos de arrendamiento celebrados con las mayorías; o pueden, de igual modo, excluir a los accionistas minoritarios de la administración y negarles la posibilidad de trabajar para la compañía” (Cfr. a William L. Cary *et al.*, *op. Cit.*, p. 334).

⁴¹ *Ibíd.*, p. 333.

El tribunal puso de presente que, ante el surgimiento de un conflicto, “la desgracia del minoritario se hace evidente, en la medida en que éste no puede obtener el reembolso anticipado de su capital. En sociedades cotizadas de gran dimensión, el accionista minoritario disidente o que ha sido oprimido puede vender sus acciones a fin de recuperar a lo menos parte del capital invertido. Es claro que un mercado de esta naturaleza no existe para las sociedades cerradas. En una sociedad de hecho (*partnership*) el socio que siente que ha sido tratado abusivamente por los demás asociados puede ocasionar la liquidación forzada de la compañía en cualquier momento y recuperar la parte que le corresponda en los activos sociales, así como las utilidades acumuladas. En contraste, el accionista de la sociedad cerrada (*incorporated partnership*) sólo podrá obtener el reembolso de su participación en la compañía en la medida que se cumplan los rigurosos términos previstos en las Leyes Generales de Sociedades. Por tanto, en la sociedad cerrada, el asociado minoritario puede terminar atrapado en una situación desventajosa. Ningún tercero asumiría la posición en que se encuentra el minoritario oprimido. Ello se debe a que aquél tendría que asumir las mismas dificultades. Para reducir sus pérdidas, el minoritario podría verse obligado a iniciar negociaciones con los mayoritarios. Este constituiría el golpe de gracia en la estrategia del mayoritario. La opresión de las minorías (conocida en la terminología anglosajona como *freeze-out*), frecuentemente caracterizada por la renuencia a repartir dividendos, está diseñada para forzar a la minoría a ceder sus acciones a precios inadecuados. Cuando el accionista minoritario decide finalmente vender sus acciones a un precio inferior al valor de mercado, el mayoritario habrá ganado la partida”.

La Corte Suprema del Estado de Massachussets sostuvo que las relaciones de los accionistas de las sociedades cerradas deben orientarse en todo momento por estrictos criterios de lealtad y confianza, de modo de evitar actuaciones que propendan a satisfacer el interés de los mayoritarios, su conveniencia personal o su propia avaricia⁴². El tribunal señaló, así mismo, lo siguiente: “tanto en la emisión y colocación de acciones, como en su readquisición, los órganos administrativos están sujetos a estrictos deberes fiduciarios, por virtud de los cuales surge para ellos la obligación de procurar que se satisfagan los intereses de la sociedad. A la luz de estos deberes, no son admisibles actuaciones oportunistas ni aquellas que se cumplan en beneficio exclusivo de intereses personales”⁴³.

⁴² *Ibidem*, p. 335.

⁴³ Harry G. Henn and John R. alexander, *Laws of Corporations and other Business Enterprises*, Tercera Edición, Minnesota, West Publishing Co., 1983, p. 436.

En este caso el tribunal concluyó que los accionistas mayoritarios de Rodd Electrottype Co. habían omitido el cumplimiento de sus deberes fiduciarios e incurrido en una conducta abusiva, al negarle a la señora Donahue la oportunidad de venderle sus acciones a la sociedad en las mismas condiciones en que lo había hecho el accionista mayoritario. La minoría había quedado, por lo tanto, expuesta a una evidente disparidad en relación con el grupo controlante.

La Corte Suprema del Estado de Massachussets decidió, por lo tanto, que dichas actuaciones podían rescindirse, es decir, que sus efectos eran susceptibles de retrotraerse al estado anterior al momento en que se había producido el abuso. Para el efecto, el tribunal adoptó órdenes alternativas. En primer lugar propuso la posibilidad del reembolso del valor de la readquisición por parte del accionista mayoritario a cambio de la restitución de sus acciones por la compañía. En caso de no adoptarse esta medida, se impondría, de modo alternativo, la orden según la cual Rodd Electrottype Co. readquiriría las acciones de la minoría, en las mismas condiciones de precio en que la compañía había readquirido las de la mayoría. Cualquiera de las dos determinaciones permitiría, en el criterio judicial, subsanar la disparidad observada.

El precedente judicial mencionado ha tenido desarrollos posteriores que muestran la propensión de la jurisprudencia norteamericana a establecer una aplicación extensiva de los deberes fiduciarios de los administradores a los accionistas mayoritarios, cuando actúan en contra de los intereses de las minorías. En el caso de Wilkes contra Springside Nursing Home, Inc., resuelto en 1976 por la Corte Suprema del Estado de Massachussets se mantuvo la regla de derecho sentada en Donahue contra Rodd Electrottype Co.⁴⁴.

En los hechos de este caso puede apreciarse como en el año de 1951, la sociedad Springside Nursing Home, Inc., se había constituido en el Estado de Massachussets por cuatro individuos. Cada uno de los accionistas, entre ellos el señor Wilkes, suscribieron diez acciones de valor nominal de 100 dólares cada una, para un valor total de 1000 dólares de aporte. Los accionistas habían acordado administrar conjuntamente la sociedad y percibir iguales beneficios económicos de la compañía⁴⁵. Wilkes demandó a los otros tres accionistas cuando éstos adoptaron la determinación de expulsarlo de su posición de administrador y empleado de la compañía⁴⁶. En opinión del demandante, los accionistas mayoritarios habían

⁴⁴ 370 Mass. 842, 353 N.E.2d. 657.

⁴⁵ Crf. a Charles R. O'Kelley, Jr., et al., op.cit., p. 553.

⁴⁶ El bloque controlante se conforma cuando los otros tres asociados de Wilkes hacen frente común para excluirlo de la administración de Springside Nursing Home, Inc. (Ibídem).

violado los deberes fiduciarios a que estaban sujetos, al privarlo de los beneficios económicos derivados de su trabajo en Springside Nursing Home, Inc.⁴⁷.

Este caso resulta particularmente relevante, pues, aunque ratifica el precedente sentado en Donahue contra Rodd Electrotipe, formula ciertas salvedades que permiten establecer una regla de derecho más clara que la sentada en el antecedente inicial. En efecto, la Corte Suprema del Estado de Massachussets pone de presente, en primer lugar, que la aplicación generalizada de deberes fiduciarios a los accionistas mayoritarios, puede atentar contra la discrecionalidad que le corresponde a la mayoría para permitir la eficiente toma de decisiones en beneficio de la compañía⁴⁸. Es por ello por lo que el tribunal estima que la extrapolación de deberes fiduciarios es pertinente solo en aquellas circunstancias en que, como ocurrió en el caso de Wilkes contra Springside Nurgng Home Inc., la mayoría ha actuado bajo móviles ilegítimos. Evidentemente, el hecho de excluir a Wilkes de la compañía no consultaba el interés social sino, más bien, el propósito inconfesable de perjudicar al accionista minoritario de Springside Nursing Home Inc.⁴⁹.

En razón de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema del Estado de Massachussets consideró que la actuación de los accionistas mayoritarios había violado los deberes fiduciarios, al actuar sin sujeción a estrictos cánones de buena fe, lealtad y confianza. De igual manera, condenó a los accionistas mayoritarios a indemnizar los perjuicios causados a Wilkes por su actuación injustificada.

Los antecedentes judiciales mencionados se asemejan en gran medida al concepto de administrador de hecho. Las determinaciones adoptadas por la Corte Suprema de Massachussets, al asimilar el régimen jurídico aplicable a las sociedades de personas con las reglas que han de regir en las sociedades de capital cerradas, pone de presente cómo los socios de aquellas y los accionistas mayoritarios de estas detentan la administración directa y conjunta la compañía. La delegación de estas actuaciones de administración en ambos casos, implica un alto grado de confianza tanto en la lealtad, como en las habilidades de quienes las ejercen⁵⁰.

⁴⁷ Springside Nursing Home, Inc. nunca decretó ni repartió dividendos a sus accionistas durante los dieciséis años en que Wilkes estuvo como administrador y empleado de la compañía. Las ganancias se distribuían por medio de salarios iguales a los socios que trabajaban dentro de Springside Nursing Home, Inc. (Ibídem, p. 555).

⁴⁸ Dentro de las facultades que los accionistas mayoritarios deben tener para el manejo eficiente de la compañía se encuentran las relativas al reparto de los dividendos, la determinación de contratar o despedir administradores y la de establecer sus salarios (Ibídem, p. 554).

⁴⁹ Ibídem.

⁵⁰ Ibídem, p. 547.

2.2. La doctrina y jurisprudencia francesas

Según la doctrina francesa, los administradores de hecho (*dirigeants de fait*) son aquellas personas físicas o jurídicas que, a pesar de estar desprovistas de un mandato social, se inmiscuyen en el funcionamiento de la sociedad para ejercer, con soberanía e independencia, una actividad positiva de gestión, de administración y de dirección. “Esta calificación permite aplicarle a una situación de hecho la consecuencia de derecho correspondiente (sanciones civiles y penales previstas para los mandatarios sociales, etc.)”⁵¹. Françoise Pérochon afirma que el administrador de hecho actúa, interviene activamente en la dirección de los asuntos sociales. “Su actuación no se limita a prestarle dinero a la sociedad, dar consejo (aunque más que consejos parecen órdenes), o a vigilar celosamente las operaciones efectuadas por los administradores de derecho. Acaba por reemplazarlos en el proceso de toma de decisiones. Se trata de una *inmixión* efectiva en la gestión social”. Y más adelante agrega que “los administradores de hecho tienen orígenes diversos: asociados, especialmente mayoritarios (p. ej., asociado único en empresas unipersonales), proveedores de liquidez (banqueros, concedentes, franquiciantes o entidades financieras...), parientes o amigos de un administrador de derecho, asalariados, etc. Poco importa la forma más o menos abierta de la intervención. Tampoco es relevante la fuente de donde deriva la autoridad el administrador de facto”⁵².

La figura del administrador de hecho tiene importancia en los procesos concursales debido a la llamada “acción judicial para completar el activo insuficiente” (*action en comblement de l’insuffisance d’activ*). Esta acción judicial puede interponerse por los acreedores cuando en un proceso concursal se presenta déficit patrimonial de la sociedad concursada. Mediante la acción mencionada se intenta que el juez les exija a los administradores sociales que han actuado indebidamente, suministrar los recursos faltantes

⁵¹ Alexis Constantin, *Droit des sociétés, droit commun et droit spécial des sociétés*, 2^e. éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 52.

⁵² Françoise Pérochon; Régine Bonhomme, *Enterprises en difficulté. Instruments de crédit et paiement*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., pp. 459-460. En sentido análogo afirma Dominique Vidal que, le resulta muy fácil al administrador de hecho cometer faltas, irregularidades e infracciones al actuar bajo el ropaje de una persona jurídica, de manera que, “como ocurre con el titiritero, se conformará con manejar los hilos desde la sombra” (Dominique Vidal, *Droit des Sociétés*, 5e edition, Paris, L.G.D.J., 2006, P. 217). En términos más concretos la misma autora señala como la calidad de administrador de hecho surge del ejercicio de poderes de gestión o bien de l realización de ciertas actividades financieras. “En el primer caso se trata de una inmixión en la administración; el juez constata, por ejemplo, que el interesado es quien ha tenido contactos con la clientela, los proveedores, el personal, etc. En cuanto al ejercicio de poderes financieros, podría tratarse de ‘aportes en cuenta corriente’ o al afianzamiento constante de obligaciones de la sociedad” (Ibídem, p. 449). Como ejemplo se cita la posibilidad de declara como administrador de hecho a aquel banquero que subordine el otorgamiento de créditos a la sociedad a modificaciones en la estructura de la compañía o en la organización de la empresa social, definidas por él mismo (Id.).

para completar el activo, en forma tal que puedan satisfacerse las deudas que, de otro modo, resultarían insolutas. Normalmente, la acción puede intentarse contra aquellos individuos que ejercen funciones de administración o representación legal en la sociedad. Sin embargo, es viable solicitar también que se proceda a efectuar la misma declaración judicial en relación con personas que no tengan esa calidad. Con base en el artículo L- 624-3 del Código de Comercio francés, el juez pueda proceder a efectuar la calificación de administrador de hecho en relación con personas naturales o jurídicas que, “a pesar de estar desprovistas de un mandato social, se inmiscuyeren en la gestión, dirección o administración de una sociedad o que, en forma independiente, hubieren ejercido una actividad positiva de gestión o de dirección”⁵³.

Por supuesto que la jurisprudencia francesa ha sido cuidadosa en definir una noción restrictiva del concepto. En otras palabras no cualquier actuación de un individuo que no desempeñe cargos de administración en la sociedad puede dar lugar a considerarlo administrador de facto. Se requiere la realización de actos positivos que trascienden la mera titularidad de porcentajes de control en el capital de la sociedad. Sobre este particular es relevante, por ejemplo, la determinación del tribunal de comercio de París, adoptada en febrero de 2001, en el sentido de desestimar la existencia de una situación de administrador de hecho en un caso en que la sociedad matriz detentaba el 95% de las acciones de otra sociedad. En el mismo caso, dos de los empleados de la matriz ocupaban puestos a título personal en la junta directiva de la filial. Tampoco esta última circunstancia fue suficiente para darle aplicación a la mencionada doctrina. La doctrina también ha sido cuidadosa en restringir el alcance del concepto de administrador de hecho, al distinguirlo claramente al ejercicio del poder de las mayorías en el seno de la asamblea. Por ello se ha afirmado que, “el poder de definir el sentido de las decisiones de la asamblea no es característico de la calidad de administrador de facto. El control que un asociado mayoritario [aún extremadamente mayoritario] ejerce sobre la sociedad en razón de las facultades que por ministerio de la ley o los estatutos se le otorgan al accionista, no es suficiente para caracterizar la dirección de facto”⁵⁴.

La propia Corte de Casación francesa a puesto de presente que la calificación de administrador de hecho “reposa sobre un acervo de indicios que demuestran la realización de actos positivos de gestión llevados a cabo con total independencia”⁵⁵.

⁵³ Dominique Vidal, Op. cit., P. 217.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Sentencia del 22 de enero de 2002, citada por DOMINIQUE VIDAL, op. cit., P. 208.

Es importante anotar que la declaración del administrador de hecho y la aplicación que se le hace de posibles sanciones civiles y penales, no excluye, en forma alguna, la responsabilidad que les corresponde a los administradores de derecho. Según la jurisprudencia vigente, “debe tenerse en cuenta que la declaración del administrador de hecho no implica, en principio, la exoneración del ‘administrador de derecho’ ante las responsabilidades que le incumben en virtud de tal calidad. Por lo tanto, un administrador de derecho no podría, a fin de sustraerse del proceso de extensión, alegar haber abandonado el ejercicio efectivo de su gestión a favor de un administrador de hecho”⁵⁶.

2.3. El administrador de hecho en la SAS

La figura del administrador de hecho se introdujo en la Ley 1258 de 2009, debido a la circunstancia frecuente en la que individuos ajenos a la administración de la sociedad, amparados en la indemnidad que les da su carácter de “no administradores”, pueden controlar la administración de la sociedad y, en no pocas ocasiones, causarle perjuicios a la sociedad, los asociados y terceros. A pesar de que el ejercicio de una administración “a la sombra” constituye una práctica relativamente frecuente en las sociedades cerradas, la legislación colombiana era silenciosa sobre las consecuencias, muchas veces nocivas, de esta clase de interferencia en la gestión de la empresa social.

Con fundamento en los antecedentes jurisprudenciales tomados del derecho extranjero que acaban de reseñarse, se redactó el texto del párrafo del artículo 27 de la Ley SAS. En esta norma se expresa que, “las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores”.

Las pautas ya reseñadas bien pueden servir de base para la adecuada interpretación de esta norma. Así, es fundamental, en primer término, tener en cuenta que no toda actividad desplegada por terceros no administradores puede dar lugar a la declaratoria de administrador de hecho. Así, la actividad de asesores, consultores, profesionales externos contratados por la sociedad e incluso accionistas mayoritarios o sociedades matrices, no deben constituir *per se* administradores de facto, aunque deban adoptar determinaciones de dirección o gestión de ciertos asuntos en razón de los derechos que les confiere su posición frente a la sociedad.

⁵⁶ Casación Comercial, 9 de mayo de 1995, *Revue des Sociétés*, 1995, 766.

Debe tratarse, por lo tanto, de actos que han de trascender esas funciones legítimas, para asumir un carácter de verdadera intromisión en los asuntos de la sociedad. El “control de los hilos” de la administración que se cumple tras bambalinas, pero que implica una pérdida en la autonomía de gestión de los representantes legales y miembros de junta directiva, es la conducta que puede configurar al administrador de hecho.

La definición del administrador de hecho por parte del tribunal de arbitramento que se designe o de la Superintendencia de Sociedades en caso de haberse pactado la cláusula compromisoria, tendrá por efecto la aplicación de las reglas que en materia de administradores consagra la Ley 222 de 1995. Vale decir, que la violación de los deberes fiduciarios de cuidado o lealtad, o la omisión en el cumplimiento de las obligaciones específicas contenidas en el artículo 23 de la precitada ley, dará lugar a la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores de hecho por los perjuicios que se causen a la sociedad, los accionistas o terceros.

Igual a como ocurre en el sistema francés, es pertinente considerar que el reconocimiento de administradores de facto no dará lugar a la exoneración de responsabilidad de los representantes legales y miembros de la junta directiva formalmente inscritos. Desde el punto de vista legal, éstos siguen vinculados a los deberes y responsabilidades previstos en la Ley 222 de 1995.

El proceso correspondiente podrá intentarse por medio de acciones individuales o de acciones sociales de responsabilidad. A diferencia del sistema francés, en el régimen de la Ley 1258 de 2008, no exige que la sociedad esté sujeta a un proceso concursal. Claro que es factible que el proceso para intentar la responsabilidad de los administradores de hecho puede concurrir con el trámite de un proceso de insolvencia en los términos de la ley 1116 de 2006.