

NOTA EDITORIAL
UNA MIRADA ACTUAL A
LA RESPONSABILIDAD DE
ADMINISTRADORES

José Nicolás Mora Alvarado
Vocal - Consejo Directivo ICDC

2-3

1 REVISITANDO LA
RESPONSABILIDAD DE
ADMINISTRADORES EN
LA INSOLVENCIA

Por: Jose Miguel Mendoza

4-12

2 LA DISOLUCIÓN DE UNA
SOCIEDAD POR EL NO
CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS
DE NEGOCIO EN MARCHA: UN
CAMBIO DE FONDO HACIA LA
MATERIALIDAD DE LA
SITUACIÓN
PATRIMONIAL

Por: Fabio Andrés Bonilla Sanabria

13-19

3 APLICACIÓN DE
LAS REGLAS DE LA
DISCRECIONALIDAD
EN ASUNTOS DE
RESPONSABILIDAD CIVIL
SOCIETARIA.

Por: Hector Julio Prieto Cely

20-27

4 LA PARTICIPACIÓN DEL
ADMINISTRADOR EN LA
ACCIÓN
DE NULIDAD DERIVADA DEL
CONFLICTO DE INTERESES Y LA
CLÁUSULA COMPROMISORIA
APLICABLE

Por: Francisco Hernando Ochoa Liévano

27-29

5 MECANISMO DE PAGO
DIRECTO Y LA INSOLVENCIA
DE LA PERSONA NATURAL NO
COMERCIANTE

Por: Diana Lucia Talero Castro

29-32

REVISTA ACTUALIDAD CONCURSAL

CONSEJO DIRECTIVO



Luis Guillermo Vèlez Cabrera

PRESIDENTE

Diana Lucía Talero Castro

VICE-PRESIDENTA

Martha Ruth Ardila Herrera

SECRETARIA

Laura Ramírez Bastidas

TESORERA

Nicolás Mora Alvarado

VOCAL

Antonio Castillo Becerra

VOCAL

David Sandoval Sandoval

VOCAL

ELIANA MONTOYA ACHURY

EDITORA

ALVARO ORTIZ QUIROZ

DISEÑO GRÁFICO

AVITZAR CREATIVE SOLUTIONS

AGENCIA DE PUBLICIDAD

www.derechoconcursal.org

**REVISTA ACTUALIDAD CONCURSAL
CAPÍTULO COLOMBIANO**

Año 3, número 4

Fecha de publicación 12 - 2021

Revista editada y publicada por

El Instituto Colombiano de Derecho Concursal

Calle 67 # 4a -71 / 57(1) 2495080

Los textos publicados son propiedad intelectual de la revista.

Se prohíbe la utilización de los textos en sitios *web* o la copia y reproducción total o parcial de la revista.

Todos los derechos reservados



NOTA EDITORIAL

UNA MIRADA ACTUAL A LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES

Una de las inquietudes que dejó el 15º Congreso Colombiano de Derecho Concursal fue el actual estado en materia de jurisprudencia y doctrina sobre la responsabilidad de los administradores. Este “cliffhanger” llevó al Consejo Directivo del Instituto a tomar la decisión de impulsar una cuarta edición de la Revista Actualidad Concursal, enfocada exclusivamente en este tema.

Sin perjuicio de las competencias de la jurisdicción ordinaria y arbitral, tenemos que la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades es el juez natural de las acciones societarias a nivel nacional donde, según informe presentado al Congreso de la República recientemente, en un periodo comprendido entre 7 de agosto de 2018 hasta 30 de junio de 2021, las acciones de responsabilidad de administradores en sociedades “solventes”, corresponde al 21,50% de las acciones que

conoce dicha Delegatura, siendo la acción más ejercida por el ciudadano en el mencionado periodo, y marcando una distancia considerable con otras acciones igualmente reconocidas, como la impugnación de decisiones sociales (15,38%) o la ineficacia de decisiones sociales (14,16%).

Tal popularidad de la acción de responsabilidad de administrador no se refleja de la misma manera en escenarios de insolvencia. En efecto, la acción de responsabilidad contra socios, administradores, revisores fiscales y empleados a que se refiere el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, tan solo representa el 0,26% de los procesos ante la Delegatura en el periodo ya referido. Lo mismo ocurre, por hablar de otra acción ligeramente relacionada con el presente asunto, con las acciones de responsabilidad subsidiaria de controlantes a que se refiere el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, la cual implica tan solo el 1,14% de las acciones instauradas en idéntico periodo. Esto último también obedece a que, en escenarios de insolvencia, los acreedores y liquidadores optan por atacar el acto, más no a quienes lo ejecutaron, dando como resultado que la acción revocatoria o de simulación sea la predilecta por los mencionados actores.

Las anteriores cifras en todo caso reflejan la importancia del asunto central de esta edición, a lo cual se suma la posibilidad -ya conocida y expectante en el medio- de reforma al régimen societario, donde cobra relevancia la “acción derivada” que busca simplificar los filtros que debe superar aquél accionista que pretender demandar al administrador por su actuar sin necesidad de someterse a las mayorías del máximo órgano social.

En esta edición contaremos con la conferencia dictada por el doctor Jose Miguel Mendoza en el marco del 15º Congreso Colombiano de Derecho Concursal denominada “Revisitando la responsabilidad de administradores en insolvencia”, donde se revisa la regla de discrecionalidad tanto en escenarios de solvencia, como de pre-insolvencia e insolvencia.

Seguiremos con el artículo del doctor Fabio Andrés Bonilla, quien hace un análisis de la disolución de una sociedad por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha y su relación con la responsabilidad de administradores con ocasión de la expedición de la ley de emprendimiento (Ley 2069 de 2020).

En tercer lugar, tendremos el artículo del doctor Héctor Julio Prieto quien comparte una visión global sobre la regla de discrecionalidad y el deber de lealtad; después contamos con el análisis del doctor Francisco Hernando Ochoa quien emprende un breve análisis sobre la participación del administrador en la acción de nulidad derivada del conflicto de intereses y la cláusula compromisaria aplicable en estos casos y finalizamos con el artículo de Diana Talero sobre el Mecanismo de pago directo y la insolvencia de la persona natural no comerciante.

Esperamos que última edición del año 2021 sea de su completo interés y utilidad.

JOSE NICOLÁS MORA ALVARADO

Vocal – Consejo Directivo
Instituto Colombiano de Derecho Concursal





REVISITANDO LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN LA INSOLVENCIA

Por: Jose Miguel Mendoza¹

Comienzo por decirles algo que de pronto no todos conocen: una de las actividades más peligrosas del planeta es la de ocupar el cargo de administrador de una compañía colombiana. Esto está casi en el mismo rango de los recolectores de desechos tóxicos en Chernobyl o la dirección de contratos del Ministerio de Comunicaciones. Esto es una actividad de altísimo riesgo, muy pocas personas se atreven a ocupar estos cargos y para que vean que no estoy siendo deliberadamente exagerado, les traje algunos números y espero que no haya muchos administradores en el público. Primer dato importante, Colombia, increíblemente, es el lugar, el país en América Latina con la más alta litigiosidad en contra de los administradores. No hay otro país en América Latina en el que año a año se presenten tantas demandas en contra de administradores, ¿sabían eso?

En los últimos nueve años la Delegatura de Procedimientos Mercantiles ha proferido alrededor de mil sentencias y de esas mil sentencias

aproximadamente entre el 20 y el 25% surgieron de demandas en contra de administradores. De las demandas que llegan día a día, mes a mes ante la delegatura, ante la justicia ordinaria, ante la justicia arbitral, entre el 20 y el 25% son demandas en contra de los administradores. Le sigue muy de cerca la impugnación de decisiones sociales y otras cosas menores, pero lo cierto es que en Colombia el asunto más litigado en derecho de sociedades es el régimen de responsabilidad de los administradores sociales; una actividad de altísimo riesgo sobre todo por esto que ven ahora en la pantalla, ese árbol venenoso, ponzoñoso que está ahí les muestra el régimen especial de responsabilidades que cae como un yunque encima de cualquier persona que se atreva aceptar el cargo de administrador en una compañía colombiana.

Está la responsabilidad solidaria, ilimitada del Artículo 200 del Código de Comercio, que tiene además envuelta una presunción de culpa, que recientemente interpretó la Corte Suprema de Justicia como ya veremos; está por supuesto la responsabilidad infinita, mucho más allá de solidaria que aparece consignada en el Estatuto Tributario y que la DIAN impone sin ningún reparo semanalmente; están las causales de responsabilidad que ustedes bien conocen de la Ley 1116 de 2006 en las que el administrador puede terminar respondiendo por el faltante del pasivo externo, imagínense ustedes este despropósito, estos no son los dueños de la compañía, no es el gran fundador del grupo empresarial, desde su apartamento en Nueva York respondiendo por el faltante de pasivo externo, no, es el gerente que tomó algunas decisiones y ahora debe pagar subsidiariamente el pasivo externo de la sociedad.

Como si todo esto fuera poco la ley colombiana se encarga de ponerle el último clavo en el ataúd de los administradores con esos agravantes: la presunción de culpa del Artículo 200, la imposibilidad de exonerar anticipadamente a los administradores de responsabilidad del mismo artículo 200, es decir, ni siquiera si el cien por ciento de los accionistas están de acuerdo en darle una exoneración anticipada de responsabilidad, ni siquiera en ese caso el administrador puede dormir tranquilo y para colmo de sus males, las pólizas de

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, con Maestría en Derecho Societario de la Universidad de Oxford, Reino Unido y Doctorado en Derecho y Finanzas de la misma Universidad. LL.M. en Derecho de la Universidad de Tilburg, Doctorado. Ex Superintendente de Servicios Públicos. Ex Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles y actualmente Socio de la firma DLP Piper Martínez Beltrán.

seguro que emiten las aseguradoras no siempre están diseñadas para cubrir los riesgos a los que se exponen estos funcionarios, entonces, un buen día se despierta el presidente de una compañía con dieciocho demandas encima, sin posibilidad anticipada de exoneración, con pólizas que no lo cubren y por supuesto despedido fulminantemente por el accionista controlante. Los administradores en Colombia son víctimas de un régimen oprobioso y absolutamente injustificado. Tenemos entonces:

Primero: El foro más litigioso, más beligerante, más hostil en contra de los administradores de toda América latina.

Segundo: El árbol ponzoñoso de responsabilidades.

Tercero: Estamos en la mitad de una crisis económica desatada por la pandemia.

Históricamente siempre que hay una crisis económica se quintuplican los números de las demandas contra los administradores. Las que les mostré son anteriores a la pandemia, esto va a incrementar en los años venideros ¿por qué? Pues cuando hay una crisis económica se reducen las utilidades, hay pérdidas, no podemos enjuagarlas, de pronto estamos rayando contra la hipótesis de negocio en marcha, sobre la cual hablaremos más adelante, entonces los accionistas preguntan: ¿qué pasó?, los acreedores, los bancos dicen: ¿cómo llegamos a esto? La respuesta no es: “mire, es que como hay una pandemia, está recorriendo el mundo y está afectando el Producto Interno Bruto Nacional”, noo, la respuesta es: “los administradores lo hicieron mal, no se prepararon a tiempo, no tomaron las medidas requeridas, mire que descubrí que hace tres años antes de la pandemia los inventarios estaban mal calculados y ahora toca hacer una corrección a los estados financieros”; todos estos casos son de la vida real, sin nombres por supuesto, y así vienen entonces las demandas, la avalancha de demandas que se avecina va a cubrir a nuestros administradores sociales, que espero tengan pólizas bien diseñadas.

En el pasado, esto ha ocurrido en las principales crisis financieras alrededor del planeta, más recientemente la del 2008 en Estados Unidos,

donde se incrementó en un quinientos por ciento las demandas en contra de administradores. Ante este panorama desolador para nuestros administradores, hay una pequeña salvación, una luz de esperanza que brilla todavía, gracias en buena medida a un pronunciamiento reciente de la Corte Suprema de Justicia y esa esperanza se llama la Regla de la Discrecionalidad, la única protección que tiene estos pobres administradores en contra de las frutas venenosas de ese árbol de responsabilidades y de todo lo que les acabo de contar.

La Regla de Discrecionalidad

Voy a comenzar mi conferencia explicando nuevamente qué es la regla de la discrecionalidad, por qué es importante y cómo puede ella cubrir la responsabilidad a los administradores en hipótesis de insolvencia; luego voy a hacer una crítica corta, muy respetuosa a un par de problemas con esto de la hipótesis de negocio en marcha, que entiendo ya lo han discutido con mucho detalle en este congreso y, finalmente, en vez de conclusiones o apuntes finales, una propuesta para ver si empezamos a corregir estos problemas que todos ustedes bien conocen.

La regla de la discrecionalidad, tal vez una de las figuras societarias más difíciles de entender, diría yo que la segunda, la primera, es el levantamiento del velo que ni siquiera el Tribunal Administrativo de Cundinamarca logra digerir, como pueden ver ustedes en ese auto reciente. (Por cierto, sé que la Superintendencia recibió, porque así lo ordenó el Tribunal, la orden de levantar el velo, me gustaría saber ¿qué hace uno con esa orden?).

La segunda institución de menor comprensión en la historia del derecho societario es esta regla de la discrecionalidad, y no la entendemos porque no la queremos entender, porque en Colombia tenemos una cultura fetichista construida a partir de una obsesión con la culpa. (Mis hijos de cinco años resuelven sus diferencias a partir de imputaciones de culpa, se rompió un florero, “yo no tuve la culpa, él es el culpable”). Así pasa también en el régimen de administradores, como lo veremos a continuación. Voy a hablar sobre qué es la regla y luego les cuento unas excepciones, todo esto

se aplica de manera irrestricta en tiempos de normalidad o en la aproximación a la insolvencia.

¿Qué es la regla de la discrecionalidad? Si les doy la definición legal o jurisprudencial los aburro, entonces les voy a contar un caso que vi el año pasado en mayo del año 2020; estábamos arrancando la pandemia, no había vacunas, lo único que había era un pánico general, no sabíamos que iba a ocurrir, estaba deteniéndose el tráfico internacional de mercancías, estábamos sumidos en una situación apocalíptica, por esa época salió la noticia que ven en la pantalla; en la revista británica The Economist el titular era una compañía de la India, empezó a producir una vacuna, no probada, invirtieron, imagínense esto, oigan esta cifra, treinta millones de dólares en comprar una vacuna que no estaba probada, una vacuna que todavía no saben ustedes de donde vino, ni quienes son estos señores, pero el titular dice: le invirtieron treinta millones de dólares en una vacuna que no tenía autorización, que no tenía las pruebas requeridas para sustentar su funcionamiento en un producto no probado en el mercado. Y le preguntan al presidente de esta compañía, anónima aún: “¿oiga usted por qué hizo esta locura?” y la respuesta está en el lado inferior de la pantalla, no, “mi instinto de negocios me dijo que esta era una buena puesta y yo además tengo un compromiso con la salud pública y por eso voy a hacer esta puesta tan arriesgada”. ¿Ustedes creen que si esta puesta sale mal y la compañía pierde treinta millones de dólares y llega a un proceso de insolvencia, este administrador debe responder por su conducta culposa? Los veo muy callados, no, ¿quién cree que sí? Hombre, pónganse en los zapatos de los accionistas de esta compañía, el administrador fue al casino dijo: “de pronto esta es la vacuna, vamos adelante”, no le preguntó a la junta, no fue a la asamblea, no hizo estudios, no hizo absolutamente nada, le metió treinta millones de dólares a la vacuna, ¿responde? y yo les voy a confesar algo, yo leí esto y dije: sí responde; después me equivoqué, afortunadamente me retracté, me di cuenta de la equivocación, pero mi primer instinto fue decir: claro que responde; cuando uno empieza a leer la noticia y a entender quien está detrás de esto, van a entender ustedes por que esa primera intuición, ese palpito inicial puede ser equivocado. Esta no era una compañía

de garaje, apostándole a alguna vacuna hechiza, algún brebaje misterioso que hicieron unos amigos del presidente, no, esta compañía se llama el Instituto Serum de la India y los que se leyeron El Tiempo de hoy reconocerán ese nombre, esta es la compañía farmacéutica con mayor experiencia en la producción y distribución masiva de vacunas, no hay nadie que se le acerque a esta compañía en esa experiencia que ella tiene, no es entonces una compañía recién constituida, haciendo una puesta arriesgada, sino el principal productor de vacunas, apostando con conocimiento de causa, con ese famoso ojo de buen cubero que se menciona en todas las conferencias, una puesta muy inteligente y no fue tampoco en cualquier vacuna, estos señores fueron los primeros en invertir en la vacuna que hizo la Universidad de Oxford con AstraZeneca, que después tuvo algunos problemas, pero por esa época, esta era la vacuna más avanzada en las pruebas clínicas, era la que nos ofrecía la mayor posibilidad de salir de la pandemia, esta no fue una puesta alocada, fue una decisión de negocios que buscaba no solo ese compromiso con la salud pública que nos dijo el presidente del Instituto Serum, buscaba mucho más allá que eso, buscaba ser el primero en llegar al mercado con una vacuna.

Recuerden como estábamos hace un año, si en mayo de 2020 yo les digo a ustedes: tengo una vacuna, ¿qué no darían ustedes por tener acceso a esa vacuna?

Eso es lo que quería capturar el presidente de esta compañía al hacer esa apuesta tan arriesgada, una oportunidad incomparable de ganancia y la cosa le salió tan bien, aquí está el titular de El Tiempo que les conté hoy, que el Ministro de Salud de Colombia fue a pedir clemencia ante el presidente del Instituto Serum y se logró firmar un acuerdo para que nos mandaran unas de esas vacunas que se compraron con los treinta millones de dólares que el año pasado parecían estar atados a una decisión irresponsable. ¿Por qué les traje este caso? Afortunadamente esta decisión de negocios se tomó en una compañía de la India, a donde esta regla de la discrecionalidad funciona adecuadamente. Imagínense ustedes que el Instituto Serum fuera una SAS, se presenta la demanda, qué pregunta el juez: ¿señor presidente,

en cuántas reuniones internas se discutió la compra de esas vacunas, cuántas reuniones de junta directiva o asamblea se celebraron, cuántos asesores externos dieron su opinión, qué datos empíricos de experiencias comparables hay para poder sustentar esa decisión? Y si no hay respuestas adecuadas podrá caer nuestro presidente en esos estándares increíblemente bien escritos, bellísimos del Código Civil de Andrés Bello, pero que en la práctica nos llevan a situaciones un poco injustas.

La culpa levísima, la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes, que maravilla de definición, ¿será que el presidente del Instituto Serum al hacer esta apuesta se comportó con esa diligencia esmerada? No, y un juez colombiano le habría dicho: “responde” y habríamos matado la vacuna de AstraZeneca.

Voy a recapitular, si el Instituto Serum hubiera sido una SAS habríamos matado la vacuna de AstraZeneca o por lo menos habríamos demorado su producción porque no habrían tenido ellos esta financiación tan importante. De ahí la relevancia de la regla de la discrecionalidad, ¿qué dice la regla? Hombre, no mate la vacuna de AstraZeneca, señor juez, por favor, no interfiera con las decisiones de negocios de los administradores, no revise el contenido, a usted no le importa si se compró la vacuna X, Y o Z, no revise el procedimiento, el presidente del Instituto Serum tuvo una epifanía nocturna y al día siguiente decidió hacer esa inversión, eso no es problema del juez, olvídense usted de esa tema formalista que necesitamos siete reuniones, cuatro dictámenes y la opinión de tres abogados para poder tomar una decisión inteligente, señor juez, eso no le corresponde a usted hacerlo.

Aquí hay toda una justificación económica de la regla de la discrecionalidad, pero la voy a hacer un lado para decirles solo una cosa, esta idea de la culpa, nuestra obsesión con revisar todas las actuaciones de la humanidad a partir de esos estándares de culpa, bellísimamente escritos en el Artículo 63 del Código Civil, eso es innecesario, ¿por qué los administradores en Colombia suelen portarse bien? ¿Por la amenaza

de un juez que los va a condenar? ¿Será que el presidente del Banco de Bogotá se porta bien porque él teme que lo demanden ante la justicia ordinaria o ante la Super? ¿Será que el presidente de Bancolombia o del grupo Argos o de cualquier otra compañía se porta bien porque cree que le van a hacer aplicable ese Artículo 200 del Código de Comercio? No. ¿Por qué se porta bien el presidente del Banco de Bogotá? ¿Qué le pasa si empieza a tomar decisiones equivocadas o empieza tomar decisiones que lo beneficien a él, en detrimento de la compañía? ¿Quién lo despide inmediatamente? El accionista controlante se da cuenta de inmediato de que hay decisiones equivocadas, de que hay decisiones desleales y despide fulminantemente al administrador que se porta mal. Con ese sistema de control, con ese gran hermano vigilando de cerca lo que hace el administrador, ¿para qué nos vamos a meter con la esmerada diligencia y esas cosas; maravilloso en otros contextos, aquí no, y ese es el consenso casi que unánime de la doctrina societaria en el Siglo XXI, esta es una buena regla para tener en los códigos y en la jurisprudencia de un país.

En Colombia la regla viene más o menos funcionando desde el año 2013, aquí el ejemplo relacionado con la insolvencia: el gerente de una pequeña compañía farmacéutica en Bogotá, decidió un buen día introducir una política de descuentos, para incrementar la participación de esta compañía Pharma Broker en el mercado Colombiano y de esa manera aumentar las utilidades de los accionistas, una decisión de negocios que se tomó en el curso del giro ordinario de la actividad de la compañía.

La política de descuentos no dio resultados y sacaron a esta compañía del mercado, entró luego en un proceso de liquidación privada. Los accionistas demandan al gerente, oiga: “usted no actuó con suficiente diligencia al momento de diseñar e introducir esa política”, ¿qué dijo la Super? Eso no es problema del juez y esto les puede parecer un poco agresivo y no quiero provocarles una indigestión antes de que almuercen, pero la Super dijo en una sentencia de dos páginas: “si quiere controvertir la responsabilidad del administrador, tráigame, una violación del deber de lealtad, una violación de la ley o una actuación

de mala fe que justifique una intervención judicial”. Si estamos hablando de una decisión de negocios que salió mal, el juez no tiene por qué inmiscuirse ahí, ¿cómo le vamos a empezar a pedir a los administradores que se reúnan cinco veces o que traigan cuatro o cinco dictámenes, o tres o cinco o seis opiniones de abogados, antes de tomar decisiones? ¿Por qué vamos a inyectarle una dosis nociva de burocracia a la actividad empresarial? No, para eso está el administrador, para eso lo contratan, vaya y tome decisiones, si salió mal, se las tendrá que ver con el accionista controlante y antes de que salga mal el controlante va a estar ahí revisando que está ocurriendo y si no lo hizo, pues habrá unas consecuencias, pero en principio los jueces no deben inmiscuirse en las decisiones de negocios de los administradores por una razón muy sencilla, de todas las que podemos tener, esta interferencia mata la vacuna de AstraZeneca, esta interferencia puede entorpecer el funcionamiento de una compañía a tal punto que se reducen o se deprimen las utilidades.

Desde el año 2013 hasta el 2021 no se dijo mucho sobre la regla de la discrecionalidad, en tres o cuatro proyectos de ley consecutivos, que por supuesto fueron aborrecidos y archivados en el Congreso sin fórmula de juicio, se intentó consagrar en el ordenamiento positivo la regla de la discrecionalidad, recuerdo que un congresista cuyo nombre no les voy a contar, pero era del Partido Liberal, dijo que esto de la regla de la discrecionalidad era una cosa cantinflasca, que a quién se le había ocurrido; no pasó entonces por el Congreso el proyecto, ni el primero, ni el segundo, ni el tercero.

Afortunadamente la Corte Suprema de Justicia en una decisión del 7 de julio de este año, muy reciente, recién salida del horno, reconoció la vigencia en Colombia de la regla de la discrecionalidad, para mi gusto lo hizo mal, pero ya a estas alturas del partido yo me contento con cualquier noticia positiva que lea en la prensa y aquí hay una, la Corte dijo: “se aplica en Colombia, tiene plena vigencia la regla de la discrecionalidad”, lo hizo interdictum, no forma parte de la resolución, no era ni siquiera relevante para resolver el caso, pero se dijo, se dijo con base exclusivamente en la doctrina española, que no... a veces no tiene muy claros

los alcances de esto, no se hizo ninguna referencia ni a textos nacionales ni a la jurisprudencia de la Superintendencia, ni a nada por el estilo, se trajo de los doctrinantes españoles la idea de que esto podría funcionar y ahí hay un problema y es que la Corte dice: “las decisiones de negocios están protegidas siempre que se tomen...”, ojo con esto, “...con arreglo a un procedimiento idóneo” y comienza otra vez el problema, señor presidente del Instituto Serum ¿en cuántas reuniones discutió usted la compra de esas vacunas? ¿con cuántos expertos habló? Nos están obligando con eso del procedimiento idóneo a tener entonces actas en las que se diga siempre: “se tuvo suficiente información, se presentó ante la junta directiva el procedimiento idóneo” y vamos a terminar de nuevo haciéndole honor a formalismos, en lugar de ocupar nuestro tiempo de mejor manera.

A pesar de este problema lo cierto es que la Corte reconoció la regla de la discrecionalidad y hoy tiene ella, para mi gusto, absoluta y plena vigencia en el país. ¿Cómo llega uno a esa protección maravillosa de la regla de la discrecionalidad?

Primero: Esto cubre solo decisiones. Si a mi se me olvidó tomar una decisión y pues cercar la finca y se fueron las vacas, pues esa no es una decisión de negocios, tiene que haber una decisión.

En segundo lugar, y aquí viene el debate, la decisión debe provenir de un juicio suficientemente informado, pero ahí está mi reparo, ¿quién sabe cuál es el grado de información que se requiere para tomar una decisión? Pues solo el administrador, o ¿por qué habría el juez de suplantar también ahí el criterio del administrador?.

Y, finalmente, –y aquí aterrizo en las excepciones– no puede haber una violación de la ley, ni de los estatutos, ni lo más importante aún, el deber de lealtad. Voy a pasar muy rápido por acá para llegar a la parte de insolvencia que es la que en realidad les interesa a ustedes: ¿cuándo no se aplica la regla de la discrecionalidad? Cuando hay una violación de la ley; el caso, Morocota Gold, año 2015, el presidente de una compañía decide hacer una carretera para sacar oro de una mina y se le olvida pedir la licencia ambiental para construir la carretera y destruir la montaña, condenado, claro,

por supuesto que sí, no se aplica la regla de la discrecionalidad cuando la decisión comporta una violación de la ley, como es apenas obvio.

Omisión, imagínense ustedes el siguiente caso, una compañía decide participar en una licitación para llevar internet al sur del país, la junta directiva de esta compañía no se da cuenta de que el representante legal, presuntamente por supuesto, falsificó una póliza de seguro y ahora todos se van para la cárcel, la Contraloría llega, el Tribunal Administrativo, levanta, descorre, perfora velos, ¿será que la junta es responsable por no haberse dado cuenta de la falsificación de las pólizas en este caso hipotético? Según la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el caso de Confecol, sí, cuando el representante legal comete un delito, la junta tenía que saber y tenía que enterarse y si no lo hizo, posiblemente va a responder. Esta es una excepción con la que yo no comulgo, evidentemente, pero ahí está, entonces hay que tener mucho cuidado en las reuniones de la junta directiva de todas las compañías, para por lo menos dejar constancia de que se está llevando a cabo una labor de fiscalización activa sobre lo que hace el gerente, no vaya a ser que les metan el gol de las pólizas presuntamente chimbas.

La violación más importante y recurrente que da lugar a que no se aplique la regla de la discrecionalidad: el deber de lealtad, ¿qué es esto? Es como una relación de pareja, los descuidos menores son inconsecuentes, la deslealtad se paga con sangre y divorcio; cuando el administrador toma una decisión negligente y se equivoca, lo cubre la regla de la discrecionalidad, hombre, yo pensé que ese pozo, según la información que teníamos iba a producir cien barriles al día, salió con setenta, hice lo mejor que pude, está bien no pasa nada, pero si ese pozo es del mejor amigo del administrador o de la esposa del administrador o del papá del administrador, ahí estamos en un mundo muy diferente, estamos en la violación del deber de lealtad que tiene varias manifestaciones, la más relevante es por supuesto las de los conflictos de interés, esta ha sido la materia de mayor desarrollo en Colombia en los últimos diez años y todavía nos queda mucho camino por recorrer. De todas estas manifestaciones les menciono una que es bien relevante y que

todavía por alguna razón varias personas se rehúsan a entender que esto es así y antes de contarles cual es, déjenme usar una pequeña falacia de autoridad, no hay un solo profesor de sociedades en el planeta, no hay un solo comité, organización multilateral que desconozca lo que les voy a decir ahora, pero aquí no le dan crédito a sus oídos cuando se dice lo siguiente: en una operación entre el administrador y el controlante hay un conflicto de interés; eso no significa que la operación sea mala para la compañía, ni que aquí estemos frente a unos criminales, unos malvados, no, simplemente hay un conflicto de interés, porque adivinen, el controlante puede despedir al administrador en cualquier momento, para todos los efectos prácticos el controlante es el empleador del administrador y el administrador es el empleado, hay una subordinación similar a la que ocurre en un contrato de trabajo, ¿cuál es la consecuencia? Es muy sencilla, vaya y pida la autorización, siga el procedimiento que tiene la ley para que los minoritarios se den cuenta de lo que está ocurriendo y los acreedores también y puedan tomar las medidas que corresponden; pero negar la existencia del conflicto de interés suele llevar una demanda exitosa en contra del administrador y usualmente del controlante.

Hasta ahí la explicación sobre la regla de la discrecionalidad, esta es una protección entonces que cubre los administradores en contra de este régimen draconiano que les expliqué al comienzo.

Desafortunadamente la Ley 2069 nos dejó a todos sumidos en una situación de confusión absoluta en torno al régimen de responsabilidad de los administradores; para explicar por que creo yo que la hipótesis de negocios en marcha... nos agrava el panorama de responsabilidad de administradores, miren esa imagen que está en la pantalla, cuando hay una compañía solvente, es decir, una compañía cuyos activos superan a sus pasivos y que tiene vocación de seguir operando, los administradores se deben a los accionistas, porque los accionistas son los que tienen la titularidad residual del patrimonio de la compañía, si le pagamos a todo el mundo queda un remanente que a título de cuota social de liquidación habrá de entregárseles a estos accionistas.

Escenario de Pre-Insolvencia

En el otro extremo si la compañía está insolvente, los pasivos son superiores a los activos, no hay vocación de seguir operando, los acreedores son los dueños de la compañía y los administradores se deben a los acreedores, porque si se van a pagar todos los pasivos, esos accionistas no van a recibir un solo centavo y los acreedores por supuesto proporcionalmente según los activos que tenga la compañía.

¿Qué pasa sin embargo en esa zona gris enorme que ven en la pantalla? ¿A quién se le deben los administradores en la aproximación a la insolvencia, en esa zona oscura, gris, entre la solvencia y la insolvencia? Yo siento que esto fue lo que trató de responder en parte la Ley 2069, pero lo hizo para mi gusto, de forma equivocada, en lugar de abordar el problema de una manera juiciosa, ¿qué hicimos? Caímos en el viejo vicio de darle latigazos al administrador; entonces el administrador responde si no pone en conocimiento de la asamblea, el administrador responde solidaria, ilimitadamente con su patrimonio, la fórmula de siempre del Artículo 200, que viene desde el año 71 y mucho antes en nuestra legislación, el administrador responde, responde y responde, ¿por qué? Pues por hipótesis que todavía no hemos logrado digerir adecuadamente y aquí empieza la confusión, ¿cuándo debo llamar a la asamblea? A mi me han llamado ya varios clientes a decirme: “oiga, es que tenemos una pérdida, ¿será que me toca llamar a la asamblea o respondo solidaria e ilimitadamente con todo mi patrimonio?”

¿Qué va pasar el próximo año en las reuniones ordinarias cuando se debata si aquí por una estrechez de caja temporal hay una afectación a la hipótesis del negocio en marcha? Yo estoy seguro que el gobierno va a lograr aclarar antes de las reuniones ordinarias del próximo año, porque si no vamos a tener problemas en esas sesiones asamblearias. Pero la respuesta de la Ley 2069 al problema de la zona de la insolvencia, es decir, responde el administrador si no hace ciertas cosas para que el accionista se entere de lo que está ocurriendo; mejor dicho, toca colgarle otra rama más a ese árbol venenoso de la responsabilidad de los administradores al que ya no le cabe

absolutamente nada, es casi que imposible mapear la geografía de este árbol, porque todas las semanas le vamos colgando una rama adicional, una flor venenosa, que lo único que hace es asustar a nuestros administradores y aumentar el costo de funcionamiento de las compañías, sin que en la práctica esto tenga ninguna repercusión, sin que haya una protección real a favor de nadie.

Para rematar esta confusión, el Decreto 854 de este año, tiene en sus considerandos un par de frases que seguramente ustedes ya detectaron, miren esa que aparece ahí resaltada en rojo, “bajo el paradigma del buen hombre de negocios”, dice la parte considerativa del decreto: “los deberes fiduciarios del administrador...” ahí comenzamos mal, porque eso de deberes fiduciarios es un anglicismo, aquí...eso tal vez en las sociedades fiduciarias, pero no en las sociedades de capital; los deberes fiduciarios del administrador societario surgen en una etapa previa, no solo para con los accionistas, sino frente a los acreedores y terceros, ¿qué significa esto? Que antes de la insolvencia en esa zona gris, el administrador también tiene que velar por los deberes de los acreedores y eso ustedes se han preguntado ¿qué significa en la práctica?, como puede uno presentarse ante un juez y decir: oiga es que yo tenía en mente, en forma simultánea los intereses de los accionistas, acreedores internos y los de los acreedores externos de la sociedad.

Me encantaría ver como nuestros jueces van a interpretar este propósito del Decreto 854, porque yo no logro descifrar como puede articularse en esa zona anterior a la insolvencia esto que aparece en la pantalla y, para colmo de males, se menciona también la frase “buen hombre de negocios”, que es en Colombia el fundamento de la regla de la discrecionalidad, entonces yo creo que ahí puede haber una salida: señor juez no se meta antes de la insolvencia, las decisiones que tome el administrador siempre que cumpla con los supuestos de la regla de la discrecionalidad, están a salvo de cualquier escrutinio judicial; no se meta señor juez porque, antes cuando la compañía no estaba en crisis, se ameritaba esta protección, ahora que está en crisis se justifica aún más para que el administrador pueda tomar las decisiones que se requieren para sacar adelante

a la compañía, son decisiones audaces que requieren de tomarse en poco tiempo y tal vez con información incompleta, pero que si no se toman, tal vez la compañía no sale adelante.

Por supuesto que aquí no hay verdades absolutas. En la medida en que se acerca la insolvencia de pronto esas decisiones audaces ya no van a ir en línea con los mejores intereses de los acreedores.

Los verdaderos responsables

Y mi gran objeción frente al régimen de la hipótesis de negocio en marcha, no tiene que ver tanto con la definición de la hipótesis como tal, ni con los cálculos contables. Tiene que ver con que estamos cayendo de nuevo en la idea de castigar, de usar como chivos expiatorios a los administradores, ellos no son los verdaderos responsables acá, a ellos no nos sirve de mucho llamarlos a responder, ¿ustedes conocen algún administrador en la historia del país que pueda pagar una indemnización multimillonaria en un proceso de estos?, nadie, ¿ustedes conocen algún administrador en el país que se mande solo, sin reportarle a alguien detrás? Estamos llamando a juicio a las personas equivocadas.

El accionista controlante, que por su propia naturaleza es el que imparte instrucciones, el que fiscaliza de cerca lo que hace el administrador, el que de pronto en una situación de insolvencia empieza a tomar decisiones que lo benefician por encima de los intereses de los acreedores, ese es el lugar en el que debemos poner la lupa. Si la compañía es solvente, está funcionando de manera normal, lo que hay un problema entre el controlante y el minoritario. No voy a extenderme acá porque ese es mi tema favorito, si empiezo a hablar de eso se pierden ustedes todo el almuerzo, en la medida en que nos aproximamos a la insolvencia, ese problema entre el controlante y los minoritarios tiene un ingrediente adicional, ahora es un problema entre el controlante, los minoritarios y los acreedores y cuando la compañía está insolvente, sus pasivos superan sus activos por ejemplo, el problema, el conflicto se presenta entre el controlante y los acreedores.

Miren este caso, una compañía está en situación de insolvencia, pero no ha sido admitida aún, ni ha solicitado siquiera ingreso a algunos de los trámites de la Ley 1116, sigue operando normalmente a pesar de que ya se sabe que están maltrechos. De pronto sale una oportunidad de negocios, en la que, si la cosa funciona adecuadamente, claramente se recupera la compañía y el controlante gana, porque recuperó una compañía que estaba quebrada. Pero si sale mal la decisión de negocios se va a acentuar la insolvencia, es decir, pierden los acreedores, ¿qué creen ustedes que va a hacer el accionista controlante en una situación de esta naturaleza? Si toma la decisión y sale bien gana el controlante, si sale mal pierde el acreedor. En esta situación, evidentemente, los incentivos del controlante están alineados hacia la decisión que lo favorece, sin exponer absolutamente un centavo de su patrimonio, porque ya la compañía no va a devolverle a él una cuota social de liquidación, ni va a producir utilidades en el futuro y el puede jugar con el patrimonio de los acreedores.

Este es un caso extremo, que no ocurre mucho en la práctica, lo que sí ocurre en la práctica es que veces el controlante saca algunos activos para ponerlos a salvo de esos voraces acreedores y eso está mal, por supuesto, pero las herramientas que tenemos en Colombia para censurar y castigar esa conducta son insuficientes, no funcionan adecuadamente, entonces mire lo que estamos haciendo, hay un problema económico grave, sí, cuando nos aproximamos a la insolvencia se desarticulan los incentivos de administradores, acreedores y accionistas controlantes, pero la respuesta del legislado es responsabilizar al administrador quien no aguanta un latigazo más. En lugar de poner el ojo en donde debería estar, en el accionista controlante –que es realmente quien imparte las instrucciones y quien tiene los incentivos para tomar esas decisiones equivocadas– recae sobre el administrador. Miren esta diapositiva otra vez, ¿qué gana el administrador ahí? Preserva su trabajo, a lo sumo, pero el no está exponiendo su patrimonio, a menos que sea el mismo controlante, el administrador profesional que está ahí sentado no tiene incentivos para jugarse el pellejo, exponiendo el patrimonio de los acreedores, el controlante en cambio si tiene todos los incentivos para hacerlo.

Conclusiones

Nos quedan catorce minutos, en tres voy a proponerles mi propuesta y cerramos, ¿listo? Y discúlpeme por haberme extendido tanto en estas cosas tan aburridas a estas horas de la mañana. ¿Cuál es la propuesta? Muy sencillo:

Primero: ¿Qué tal si en vez de crear problemas, vamos a darle la protección de la regla de la discrecionalidad al administrador, incluso dentro de la zona de la insolvencia. La Superintendencia de Sociedades me parece a mí, si no estoy leyendo mal una sentencia reciente, trató de hacer esto, la doctora María Victoria Peña de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, me parece que pudo haber dicho: “oiga, regla de la discrecionalidad, incluso acercándonos a la insolvencia”, ¿por qué? En ese momento necesitamos es que los administradores puedan tomar decisiones rápidamente en esta protección les va a dar el ímpetu que necesitan para salvar a las compañías maltrechas por la pandemia. Primera propuesta, que se extiendan, como quieran, por vía jurisprudencial, en notas al pie en libros de sociedades o mi selección favorita, en un decreto reglamentario, pero que se extienda la regla de la discrecionalidad a esa zona antes de la insolvencia. De ahí para adelante estamos en otro mundo.

Segundo: ¿Por qué no atacamos el problema real, ¿qué pasa cuando el controlante saca activos porque sabe que está abocado a la insolvencia? La jurisprudencia sobre acciones revocatorias desafortunadamente ha sido errática, yo confieso que soy un poco culpable de un pedazo de ese problema, porque en algún momento me tocó decidir acciones revocatorias y tal vez en esa época no tenía tan clara la importancia que tienen ellas para evitar un fraude pauliano; como la ley 1116 habla de una presunción de buena fe y otras cosas que para mi gusto se han interpretado mal, es casi que imposible salir victorioso en una acción revocatoria, yo creo que esto hay que cambiarlo, yo creo que cuando hay una operación con un vinculado en el período de sospecha, debería haber una inversión de la carga de la prueba y le corresponde al controlante y al administrador probar que esto se hizo en condiciones de mercado o de lo

contrario vamos a tener un problema, esto hay que fortalecerlo y ponerlo a funcionar, miren que esto es una solución mucho más elegante, mucho más razonable que ese infame levantamiento del velo del que tanto se habla hoy en día. No debemos a desestimar la personalidad jurídica para extender de responsabilidad de nadie, no, usted se llevó un activo que era de los acreedores, lo devuelve.

Tercero: Por último y esto más que una propuesta legislativa, es una propuesta para discusión. En algunos países el que tiene el deber frente a los acreedores no es el pobre administrador, que es apenas un funcionario de ejecución en la mayoría de los casos. El que tiene ese deber es el accionista controlante. Antes de la insolvencia el deber se le adeuda al minoritario, cuando se llega a la insolvencia y a veces un poco antes, el controlante tiene un deber frente a los acreedores y ese deber, vienen varias cosas ya no solamente la revocatoria y la nulidad de una operación, de pronto una indemnización de perjuicios cuando sea imposible salir victorioso por cualquier razón en una acción revocatoria.

Yo quisiera terminar por decirles que aquí hay una invitación para los que les interese esa tema de empezar a escribir, hay muy poca literatura en Colombia y en América Latina sobre la responsabilidad de administradores en la fase anterior a la insolvencia y mientras no exista esa literatura nuestros jueces no van a poder leer para entender como resolver esos problemas tan complejos, mientras no exista esa literatura no vamos a poder tener debates serios, con base en fundamentos empíricos reales sobre como resolver esto. Muchas gracias.



LA DISOLUCIÓN DE UNA SOCIEDAD POR EL NO CUMPLIMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE NEGOCIO EN MARCHA: UN CAMBIO DE FONDO HACIA LA MATERIALIDAD DE LA SITUACIÓN PATRIMONIAL

Por: **Fabio Andrés Bonilla Sanabria**¹

Introducción

Con la Ley 2069 de 2020 (Ley de Emprendimiento) se presentaron algunos cambios relacionados con el derecho societario colombiano. Tal vez el más relevante está relacionado precisamente con la introducción en nuestro ordenamiento de una nueva causal de disolución de las sociedades, la cual entrará a reemplazar la ahora derogada causal de disolución por pérdidas y que se fundamenta en un principio contable existente en nuestro ordenamiento desde hace años: la hipótesis de negocio en marcha.

A continuación, se comentan algunas de las deficiencias que venía presentando la derogada causal de disolución por pérdidas, el alcance de la nueva causal de disolución y la consagración de un nuevo deber de informar a los asociados sobre la existencia de pérdidas o riesgos de solvencia. En la revisión del alcance de la nueva causal, se identificarán de forma particular las implicaciones que esta tiene para los administradores y su responsabilidad y, finalmente, se harán unas consideraciones sobre la vigencia de la nueva causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha. Como se espera que quede claro al final, los cambios planteados por el legislador van en la dirección correcta al pasar de la aplicación de un criterio formal a uno material en el análisis sobre la realidad financiera y patrimonial de las compañías como una alerta



sobre su funcionamiento de forma previa a la insolvencia.

1. Las deficiencias de la causal de disolución por pérdidas

La previsión de que una sociedad comercial debía disolverse por la ocurrencia de pérdidas patrimoniales existía en nuestro ordenamiento al menos desde el “Nuevo Código de Comercio”. Se trataba de una de esas instituciones que había permanecido intacta desde el 71 y sólo a partir de las modificaciones que tuvo en el 2010 había sido objeto de algunos cuestionamientos sobre su funcionamiento.

En su diseño inicial, parecía claro que la idea era considerar que una sociedad que enfrentara alguna magnitud determinada de pérdidas patrimoniales² no debería seguir funcionando de forma regular, y esa situación debería tenerse en cuenta como una alerta para proteger el patrimonio social y los grupos de interés de la sociedad, principalmente sus acreedores.

Sin detenerme demasiado sobre la misma, lo cierto es que en su funcionamiento empezaron a darse situaciones que limitaron su propósito inicial y que terminaron afectando su utilidad práctica. Así, en la medida que la causal de disolución por pérdidas realizaba una comparación entre la cifra de capital social declarado frente a su patrimonio

¹ Abogado y especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. LLM del University College, London (UCL). Profesor del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y desde el 2017 trabaja en la Superintendencia de Sociedades.

² Por consideraciones del tipo de responsabilidad de los socios, este monto de las pérdidas variaba según el tipo societario. Al respecto, creo que la posibilidad de cuestionar la razonabilidad de mantener ese criterio de diferenciación era evidente por las mismas consideraciones que se hacen al determinar la inutilidad de un monto de capital mínimo como instrumento de protección de terceros.

(al corte de los estados financieros), existía una referencia a un parámetro fijo y a otro variable que facilitaba su funcionamiento.

De esta forma, si las pérdidas significaban que el concepto variable (el patrimonio) disminuía al punto de llegar a la tercera parte o a la mitad del valor del concepto fijo (el capital suscrito), se configuraba la alerta diseñada por el legislador, con las consecuencias propias de cualquier causal de disolución, concretamente, el inicio de un proceso de liquidación y la consecuente limitación de la capacidad de la persona jurídica societaria.

Analizada de esa manera, la cláusula colocaba una importancia considerable sobre el concepto de capital social, concepto que, más allá del impuesto de registro, no es muy relevante para los grupos de interés de una compañía al decidir si entran o no en operaciones con esta y en realidad sería extraño que un acreedor decidiera suscribir por ejemplo un contrato con una sociedad con fundamento en el monto declarado de su capital suscrito.

Esa importancia que se otorgaba al concepto de capital social como elemento fundamental de la causal de disolución por pérdidas empezaba también a chocar con la idea de flexibilización que sobre el mismo viene adoptando nuestro derecho societario, como lo demuestra la evolución de conceptos como las proporciones del capital social suscrito, el monto de capital mínimo que se debe suscribir o el plazo para su pago.

Sin embargo, más allá de estos temas conceptuales, la principal dificultad de esa causal se presentó con la modificación del plazo para subsanarla contenido en la Ley 1429 de 2010, y la forma en que esa modificación se había interpretado por parte de la Superintendencia de Sociedades.

En la medida que la Ley 1429 de 2010 amplió el plazo para poder subsanar las causales de disolución (con la evidente excepción del vencimiento del término de duración), en el caso de la causal relacionada con las pérdidas patrimoniales, la forma en que quedó redactada la norma (art. 24) se entendió en el sentido de que la conducta que debía desplegarse dentro

del término de 18 meses allí señalados, era la de registrar un acta en la que el máximo órgano social tomara decisiones encaminadas a superar las pérdidas sin que tuviera que hacerlo de forma efectiva. De alguna manera, y así lo entendió la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, lo que se hizo fue darle un carácter formal a la conducta necesaria para subsanar la causal (tomar decisiones), en lugar de rescatar la materialidad de la situación subyacente (mejorar el estado patrimonial de la compañía) (Superintendencia de Sociedades, 2013).

Por esta vía podría ocurrir, y en efecto ocurrió, que en muchos casos en los que el monto de las pérdidas activaron el supuesto de hecho de la causal de disolución comentada, la administración de una sociedad proponía, de buena fe, la adopción de planes de negocio de mediano y largo plazo para superarla³. Sin embargo, podía pasar algún tiempo sin que la situación patrimonial de la sociedad mejorara para superar los umbrales de pérdidas definidos por el legislador. Esto por supuesto podría tener importantes implicaciones para la insolvencia, no solo porque el vencimiento del término para subsanar impedía el acceso a una reorganización, sino por el posible impacto patrimonial frente a sus acreedores, situación esta última que dependía entonces de un juicio sobre la responsabilidad del administrador como posible causante de la crisis o su empeoramiento.

2. El alcance pretendido por el artículo 4 de la Ley 2069 de 2020

En ese estado de cosas, la Ley 2069 de 2020 optó por una forma específica de abordar esa problemática. Sin embargo, antes de explicar el alcance del artículo 4 de dicha ley, a ese panorama regulatorio habría que agregar otro aspecto relevante para el tema, relacionado precisamente con las normas de contabilidad.

En primer lugar, debe señalarse que la hipótesis de negocio en marcha corresponde a un principio de preparación de la información financiera que existe en nuestro ordenamiento casi desde la vigencia misma del Código de Comercio.

³ En un concepto en particular la Superintendencia advirtió lo siguiente: “- En este orden de ideas es dable afirmar que no existe un plazo legal para que las medidas adoptadas efectivamente subsanen las pérdidas, aunque no hay duda alguna, que ello debe ser dentro del tiempo estrictamente necesario. De ahí que no puede entonces calcularse si son 1 o 2 años para que los correctivos lleguen a buen puerto, y es entonces una labor por la que le corresponde velar a los administradores, determinando ellos, con la responsabilidad que les incumbe a la luz del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y teniendo como soporte las directrices trazadas por los asociados, la forma pronta para lograr el objetivo o en su defecto, proceder a la liquidación del patrimonio.” (se subraya). (Superintendencia de Sociedades, 2016)

Conforme al mismo, los encargados de preparar una información contable deben hacerlo bajo la consideración de que esta corresponde a un negocio en funcionamiento, pues se reconoce implícitamente que si una empresa no funciona as a going concern, el valor de sus activos no podría ser el mismo (Consejo Técnico de la Contaduría Pública, 2016).

Este principio adquirió particular relevancia con la entrada en vigencia en nuestro país de las Normas Internacionales de Información Financiera, y específicamente con la expedición del Decreto 2101 de 2016 que es el marco normativo a tener en cuenta en la preparación de información de sociedades en liquidación y de aquellas que, precisamente, no cumplen con la hipótesis de ser un negocio en marcha. En dicho decreto se define en términos generales en que consiste la hipótesis pero de forma más relevante, se señala el proceso de evaluación y un listado bastante amplio de factores que pueden tener en cuenta los encargados de preparar la información financiera al determinar si la misma se puede predicar de la empresa específica de que se trate (Superintendencia de Sociedades, 2021).

De modo entonces que, hasta antes de la Ley de Emprendimientos en nuestro ordenamiento societario una situación muy particular pues por un lado, se exigía a los administradores que al preparar la información financiera de fin de ejercicio hicieran un juicio acerca de la capacidad de la compañía de continuar operando de forma ordinaria en el futuro cercano, pero en caso de que llegaran a la conclusión de que dicha hipótesis no se cumplía, esto no significaba nada respecto al negocio jurídico subyacente y la continuidad de la persona jurídica.

Esa situación, en la que parecía que la realidad contable era una muy diferente a la societaria, es la que precisamente busca ser alineada por el artículo 4º de la Ley 2069 de 2020. A decir verdad, el entendimiento de dicha norma se debe dar empezando por su tercer inciso y no por los dos primeros.

En la medida en que las crisis empresariales no suelen ocurrir de forma intempestiva, es razonable asumir que en su configuración se presentan señales de alerta que sirven a los interesados para tomar decisiones oportunas. Por lo tanto, cuando un administrador identifica la existencia de deterioros patrimoniales o riesgos de insolvencia debe informar esta situación al máximo órgano social para evitar que posteriormente resulten sorprendidos con una situación consolidada o más avanzada, tal como ocurría con la causal de disolución por pérdidas⁴.

Así, lo primero que busca la norma es crear una alerta temprana respecto al riesgo patrimonial de una compañía involucrando a dos órganos de la sociedad, la administración y el máximo órgano social, de modo que mientras uno de ellos debe verificar de forma permanente el estado del patrimonio social, los socios van a poder contar con más tiempo para acompañar a la administración en la gestión de esta situación antes de que se configure la causal de disolución.

Esta alerta supone que como parte de la diligencia que le es propia, un administrador deba estar al tanto de la situación patrimonial de la sociedad. Esto por supuesto no debe restringirse al momento en que se preparen los estados financieros, sean estos de fin de ejercicio o de propósito especial, sino que se debería cumplir de forma permanente y para estar al tanto, se requiere de mecanismos de gestión o acceso a la información como la aplicación de razones financieras a los indicadores de la compañía.

Precisamente, el artículo 2.2.1.18.2. del Decreto 1074 de 2015, modificado recientemente por el Decreto 1378 de 2021 señala que el administrador deberá aplicar los indicadores financieros que sean pertinentes según las circunstancias que resulten aplicables al sector o modelo de negocio de cada sociedad⁵.

Así entonces, si al aplicar tales indicadores se identifican situaciones de deterioro patrimonial y riesgos de insolvencia, el administrador deberá poner esta situación en conocimiento del máximo

⁴ El artículo 458 del Código de Comercio precisamente apuntaba a que las pérdidas solo se informarían a los asociados cuando su entidad fuera tal que la sociedad ya estuviera en la causal de disolución.

⁵ A modo de simple referencia en el decreto se mencionan tres indicadores que de ser pertinentes podrían ser aplicables a cada sociedad. Estos son: i) la posición patrimonial negativa (indicador de deterioro patrimonial), ii) dos periodos consecutivos de cierre con utilidad negativa en el resultado del ejercicio (indicador de deterioro patrimonial) y, iii) dos periodos consecutivos de cierre con razón corriente inferior a 1,0 (indicador de riesgo de insolvencia). Las fórmulas de cada uno de estos indicadores está definida en el Decreto 1378 de 2021.

órgano social. En eso consiste este primer deber del administrador pero por supuesto no debería limitarse a ello, siendo previsible que además deba adoptar las acciones que dentro de su ámbito de competencias estén a su alcance, como podrían ser planes de negocios especiales o cualquiera otra medida de administración en general.

Ese deber de información cumple el propósito de permitir que los socios controlantes adviertan la eventual necesidad de fortalecer patrimonialmente a la sociedad o adoptar cualquier otra decisión que consideren adecuada, también dentro del espectro de sus competencias.

Si estando todos enterados y en capacidad de tomar decisiones la situación patrimonial de la compañía se empeora o razonablemente pasa a ser claro que su única alternativa es la liquidación, al cierre del ejercicio es donde debe entenderse aplicable lo previsto por el primer y segundo inciso del artículo 4 de la Ley 2069 de 2020, pues en ese momento es que corresponde hacer el juicio de solvencia de la sociedad que sustente la decisión de afirmar si será posible continuar con el desarrollo del objeto social en el futuro cercano⁶.

Vista en conjunto, la norma dispone un deber de información en cabeza del administrador ante la identificación de pérdidas patrimoniales. Esto supone que se puedan tomar decisiones de negocio por parte de la administración que serán seguidas de cerca por los asociados. Ahora bien, para evitar que esta situación se extienda de forma indefinida, al cierre de cada ejercicio se deberá tomar una decisión sobre el panorama de la sociedad en los siguientes doce meses, lo que puede llevar a que se configure la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha cuando el juicio del administrador lo lleve a concluir que la única opción de la sociedad es su liquidación inminente.

3. La nueva causal y la responsabilidad de los administradores

Indudablemente, con esta norma la decisión del cumplimiento o no de la hipótesis ha adquirido un

valor sustancial desde el punto de vista societario, de modo que ese párrafo que usualmente se incluye en las notas de los estados financieros dejará de ser una declaración formal a la que solamente ponen cuidado los contadores. No obstante, desde el punto de vista societario los cambios si bien importantes, no son sustanciales frente a lo que ya ocurría y tampoco van en desmedro de la responsabilidad de los administradores. Por el contrario, les permiten contar con elementos suficientes para evidenciar la diligencia con la que se actúa al abordar este riesgo patrimonial.

Así las cosas, los administradores conocían desde hace años el principio contable del negocio en marcha como determinante de la forma en que se habrá de preparar la información financiera. Esto no se ha modificado. Ahora, según lo dispuesto en el artículo 458 del Código de Comercio (derogado por la Ley 2069 de 2020), una vez se identificaban las pérdidas, el administrador debía abstenerse de iniciar nuevas operaciones y debía convocar a la asamblea para informarle la identificación de las pérdidas patrimoniales. Este deber de conducta tampoco cambió sustancialmente.

En efecto, bajo la nueva norma, una vez se decide que será necesario preparar los estados financieros como un negocio en liquidación, los administradores no podrán realizar operaciones por fuera del giro ordinario de los negocios (restricción más razonable con la dinámica empresarial) y tendrá igualmente que informar al máximo órgano social.

Ahora, tal como ocurre con cualquier otro estado financiero, este será puesto a consideración de los asociados, quienes durante el periodo para el ejercicio del derecho de inspección podrán conocer las razones que motivaron la decisión de prepararlos bajo un valor neto de liquidación. Por lo tanto, si llegada la reunión ordinaria la mayoría los aprueba, será en ese momento que se configura la causal de disolución con lo que de ello se desprende. Es por esta razón que, no sin ser un asunto discutible, la doctrina de la Superintendencia de Sociedades ha considerado que la nueva causal no es susceptible de subsanarse ex post facto, en

⁶ Es esperable que cuando menos los encargados de preparar la información financiera, esto es el contador y la administración, discutan los elementos del cumplimiento de esa hipótesis. Es posible además que antes de que se llegue a una decisión definitiva se involucre a los mismos socios. Lo que en todo caso es claro es que el administrador deberá tomar una decisión al respecto para poder cumplir con los tiempos que exigen poner a consideración de los asociados de los documentos propios de la reunión ordinaria durante el tiempo necesario para el ejercicio del derecho de inspección.

los términos que se podía hacer bajo de la Ley 1429 de 2010 (Superintendencia de Sociedades, 2021).

Podría ocurrir también que llegada la fecha de la reunión ordinaria la mayoría de los socios no aprueben los estados financieros al no estar de acuerdo con el razonamiento del administrador. Acá tal vez es donde la situación podría ser de mayor interés para los involucrados pues lo cierto es que, para que el administrador pueda justificar la presentación de un nuevo estado financiero con una base de preparación diferente, lo esperable es que se presente alguna variación en la situación material de la compañía que justifique dicha modificación, no de otra forma se entendería el cambio de decisión de la administración⁷.

Si se configura la causal en los términos señalados, ya no se discutirá en un proceso de reorganización si han transcurrido 18 meses para subsanar la causal, pues la nueva causal supone que la sociedad habrá entrado directamente a un proceso de liquidación (Superintendencia de Sociedades, 2021). Ahora bien, esto no quiere decir que dejará de ser posible suscribir un acuerdo de reorganización dentro de un proceso de liquidación judicial, o solicitar la autorización para que la compañía pueda continuar con el desarrollo de su objeto social durante la liquidación (Arts. 50 numeral 4 y 66 de la Ley 1116 de 2006) o que se haga uso de la facultad de reactivar una sociedad en liquidación (Art. 29 de la Ley 1429 de 2010) de reactivar.

Finalmente, es válida la pregunta acerca de si se podrían causar perjuicios a la sociedad, los socios o terceros (art. 200 C.Co.), derivados de la decisión

de un administrador de preparar los estados financieros como los de un negocio en liquidación. Para abordar esa cuestión, debe considerarse el desarrollo de la aplicación de los deberes de los administradores, en particular la del deber de diligencia y el reconocimiento del respeto a la discrecionalidad de los administradores⁸. Así, en la medida en la que el administrador haya actuado con información suficiente, libre de conflictos de interés y su razonamiento se encuentre evidenciado en el estado financiero de liquidación, esa decisión no debería poder ser la causa de algún perjuicio indemnizable. Si se dan esos supuestos, un juez no debería pensar que está en mejores condiciones para determinar ex post si el administrador tenía la razón al determinar que la única alternativa cierta de una sociedad era su liquidación. Esa es en sí misma es una decisión de negocios⁹ por naturaleza. La discusión eventualmente podrá estar enfocada en la suficiencia de la información con la que disponía ese administrador, o en el incumplimiento de la ley¹⁰, como por ejemplo, cuando no se informó oportunamente a los socios o en las notas a los estados financieros no se justifica la decisión tomada.

4. La entrada en vigencia de la causal

Un aspecto adicional relevante para este tema tan reciente está relacionado con la fecha a partir de la cual entrará en vigencia la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha.

Al respecto, este tema quedó inicialmente condicionado a la vigencia de las modificaciones al régimen de insolvencia que se dieron en el 2020 durante la emergencia económica y

⁷ También podrán presentarse discusiones entre los socios y la administración sobre la configuración o no de la causal. En estos casos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 221 del Código de Comercio, en concordancia con el numeral 8 del artículo 218 del mismo código la Superintendencia de Sociedades podrá decidir la existencia de conflictos sobre la existencia de esta nueva causal de disolución. Esa decisión se tomará en sede administrativa en virtud del procedimiento señalado en el artículo 138 de la Ley 446 de 1998 o por vía judicial, al tratarse de un conflicto derivado del contrato social (literal b del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso).

⁸ Si bien indudablemente el mayor desarrollo judicial de los deberes de los administradores ha estado a cargo de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, su reconocimiento empieza a abrirse pasos finalmente en el juez de cierre de la jurisdicción ordinaria. Este entre otras cosas sería un ejemplo de cómo los jueces de inferior jerarquía influyen de forma determinante en el desarrollo de la doctrina en una materia específica.

⁹ Casi tan clara como la encontrada en el ya conocido caso de la Comercializadora Internacional Pharmabroker ante la Delegatura de Procedimientos Mercantiles en donde se cuestionó a un administrador el precio de venta de unos productos (Aldemar Tarazona Monter y otros contra Alexander Ilich León, 2013). Una muy completa visión del alcance de la regla de la discrecionalidad en nuestro ordenamiento se encuentra en (Londoño González, 2016)

¹⁰ Al resolver un conflicto relacionado con la liquidación de una sociedad (Apolinar Martínez Barrantes contra Ferreteria Álvaro Martínez B. S.A. en Liquidación, 2013), la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades introdujo un elemento de materialidad a la condición de legalidad que se ha entendido implícita para reconocer la aplicación de la regla de respeto a la discrecionalidad de los administradores. En efecto, en dicho caso se alegó, y a decir verdad, se demostró el incumplimiento del artículo 230 del Código de Comercio, sin embargo, el juez, con un buen criterio consideró que en la medida en que se había evidenciado una mayoría abrumadora al aprobar la cuenta final de liquidación (evento posterior al de lo dispuesto en el art. 230 C.Co.), en realidad se estaba disfrazando ese supuesto incumplimiento de una formalidad como una excusa para atacar una decisión con la que no se estaba de acuerdo.

Lo que queda claro es que el supuesto de que un juez no se inmiscuye en las decisiones internas de una compañía salvo la presencia de eventos de ilegalidad, supone que no se debe tratar de cualquier incumplimiento normativo. En el caso comentado era claro que el administrador liquidador tenía sus manos limpias, sin embargo, en futuras controversias sería posible abrir la puerta a consideraciones sobre la materialidad de un incumplimiento normativo o estatutario para determinar si hay lugar o no a la aplicación de la regla de la discrecionalidad de los administradores.

¹¹ En virtud de la lógica aplicable a cualquier otro contrato, si en los estatutos de una sociedad se incorporó voluntariamente como causal de disolución la de las pérdidas, en virtud de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 218 del Código de Comercio (con su equivalente en el numeral 4 del artículo 34 de la Ley 1258 de 2008), esa causal mantendrá su vigencia hasta tanto no se modifiquen los estatutos (Superintendencia de Sociedades, 2021). Esto entre otras cosas resalta la importancia de una adecuada redacción de los estatutos sociales.

social causada por la pandemia del COVID-19 por cuanto en los Decretos 560 y 772 del año pasado, el Gobierno nacional optó por suspender temporalmente la entonces vigente causal de disolución por pérdidas, pues para ese momento era esperable que un número importante de empresas enfrentaran pérdidas que los pudieran ver avocados a un proceso de insolvencia.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley de Emprendimiento ocurrieron varias cosas. De un lado, se derogaron expresamente los artículos del Código de Comercio que hacían referencia a la causal de disolución por pérdidas¹¹ pero además se hizo una sustitución entre las causales al señalar el legislador en el parágrafo primero del artículo 4º que cualquier norma referida a la causal derogada, debía entenderse como una referencia a la nueva causal por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha. Lo así dispuesto en dicho parágrafo primero permitió a la Superintendencia de Sociedades entender que la nueva causal aún no ha entrado en vigencia, como quiera que los Decretos 560 y 772 de 2020, contienen normas que, referidas a la anterior causal, la habían suspendido (Superintendencia de Sociedades, 2021).

Lo que si debe ser claro es que, si bien la posición de la suspensión de la nueva causal es casi unánime¹², lo que ya se encuentra plenamente vigente es lo dispuesto en el inciso 3º de la norma consistente en el deber de informar la existencia de pérdidas al máximo órgano social y la Superintendencia de Sociedades ya ha empezado a realizar ejercicios de supervisión en donde verifica, entre muchos otros aspectos, su cumplimiento.

De regreso al punto de la vigencia de la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, hasta hace apenas unos días la interpretación era la de entender que a partir del mes de abril de 2022, cuando terminaban los 2 años de vigencia de las medidas extraordinarias de insolvencia, entraría a regir con plena validez la causal. Así mismo, se venía discutiendo en algunos foros especializados si además de prorrogar las medidas extraordinarias de insolvencia adoptadas

durante la pandemia, debía también extenderse la norma de suspensión de la causal de disolución. Esa propuesta de prórroga, que inicialmente se iba a incorporar en una propuesta de reforma al régimen general de sociedades, fue finalmente incluido en la recientemente aprobada Ley del Presupuesto (Ley 2159 de 2021), sin que en el artículo 136 de dicha ley se hubiera hecho una salvedad con respecto a la suspensión de la causal de disolución¹³. En ese sentido esta seguirá en suspenso por unos meses más, hasta el 31 de diciembre de 2022 y, por lo pronto, será en el primer trimestre de 2023, cuando la administración de una sociedad se disponga a preparar la información financiera que llevará a la reunión ordinaria, cuando deberá eventualmente considerar la nueva causal de disolución.

Conclusión

Más allá de que ya estamos ante una norma vinculante, como se pretendió señalar en este comentario, el cambio que trae la Ley de Emprendimiento en este aspecto es un avance en la dirección correcta. Por supuesto se trata de un cambio de paradigma en el rol de los administradores, pero lo cierto es que nuestro derecho societario pasa de un juicio formal a uno material acerca de la importancia de la situación patrimonial de una compañía al determinar si se debe iniciar un proceso de liquidación.

La nueva causal le da una relevancia al juicio que haga la administración en relación con la inminencia de una liquidación¹⁴. En adelante, la identificación de pérdidas en sí mismas no será la alerta a tener en cuenta sino que, sin consideración a su magnitud, serán el primer paso de un proceso de gestión del riesgo patrimonial de una sociedad y lo que determine una alteración respecto de la posibilidad de continuar el negocio jurídico societario será el juicio razonado del administrador de conformidad con los parámetros que para ello tiene previsto el Decreto 2101 de 2016.

En últimas, con la Ley de Emprendimiento, las normas de derecho societario le dieron un alcance particular a un deber de conducta ya regulado por las normas contables que ya señalaban cuando

¹² Ni siquiera se mencionan los efectos contables del cumplimiento de la hipótesis pues las NIIF no estuvieron afectadas por la suspensión temporal de los Decretos 560 y 772 de 2020 (Superintendencia de Sociedades, 2021).

¹³ Lastimosamente las salvedades se dan respecto de los aspectos tributarios de las normas extraordinarias que en todo nada afectaban la posición privilegiada del Estado como acreedor de los impuestos incluso en detrimento de la posibilidad de dar un respiro a las empresas viables. Al respecto recientemente se ha comentado la inconveniencia de esa posición (Sotomonte Mújica, 2021).

¹⁴ Ya no será el legislador de forma general y abstracta quien haga un juicio que determine la continuidad de la sociedad, sino quienes conocen de primera mano sus vicisitudes.

se podía entender que una sociedad no cumple con la hipótesis de ser un negocio en marcha. Una vez entre en vigencia la causal de disolución mencionada se alinearán finalmente los efectos contables y societarios de reconocer que una empresa enfrenta una liquidación inminente y tanto su información financiera como su capacidad jurídica deberán reflejar esa situación.

Bibliografía

- Aldemar Tarazona Monter y otros contra Alexander Ilich León, 2013-801-082 (Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Superintendencia de Sociedades 11 de Diciembre de 2013). Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Pharmabroker_11_12_2013.pdf
 - Apolinar Martínez Barrantes contra Ferretería Álvaro Martínez B. S.A. en Liquidación, 2013-801-055 (Delegatura de Procedimientos Mercantiles 4 de Diciembre de 2013). Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_Ferreteria_04_12_2013.pdf
 - Consejo Técnico de la Contaduría Pública. (19 de Febrero de 2016). Consulta 2016-160. Obtenido de <https://www.ctcp.gov.co/CMSPages/GetFile.aspx?guid=0ffdba5d-18a3-4d2f-b984-7c9124683750>
 - Londoño González, S. (Ene-Dic de 2016). Administrador blindado, juez amordazado: ¿se justifica adoptar la business judgment rule en el ordenamiento jurídico colombiano? *Revista de Derecho Privado*(55). doi:<http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.06>
 - Sotomonte Mújica, D. R. (27 de Octubre de 2021). El “eterno acreedor” en el Decreto 939 del 2021. *Ámbito Jurídico*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/el-eterno-acreedor-en-el-decreto-939-del-2021>
 - Superintendencia de Sociedades. (4 de Enero de 2013). Oficio 220-000203. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/32899.pdf
 - Superintendencia de Sociedades. (3 de Mayo de 2016). Oficio 220-074485. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-074485.pdf
 - Superintendencia de Sociedades. (8 de Marzo de 2021). Algunos aspectos relacionados con el artículo 4 de la Ley 2069 de 2020. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-022112_DE_2021.pdf
 - Superintendencia de Sociedades. (8 de Marzo de 2021). Oficio 220-022112. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-022112_DE_2021.pdf
 - Superintendencia de Sociedades. (25 de Marzo de 2021). Oficio 220-033122. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-033122_DE_2021.pdf
 - Superintendencia de Sociedades. (28 de Marzo de 2021). Oficio 220-034919 . Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-034919_DE_2021.pdf
 - Superintendencia de Sociedades. (9 de Abril de 2021). Oficio 220-037726. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-037726_DE_2021.pdf
 - Superintendencia de Sociedades. (12 de Mayo de 2021). Oficio 220-056371. Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-056371_DE_2021.pdf
-



APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA DISCRECIONALIDAD EN ASUNTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL SOCIETARIA.

Por: Hector Julio Prieto Cely¹

La responsabilidad civil entendida como deber de reparar, se ha convertido desde hace algún tiempo en protagonista del derecho; de una forma u otra, todo gira en torno a asuntos de responsabilidad civil, pues en todos ellos, un sujeto imputa a otro una lesión patrimonial causada por un incumplimiento obligacional, por su cumplimiento imperfecto, por el retardo en el cumplimiento, por la inejecución o ejecución de un hecho, de un acto o de una conducta, que ha generado daño; en todos estos casos, se pretende un resarcimiento que involucra tanto perjuicios materiales como inmateriales, padecidos por la víctima.

En materia societaria ocurre otro tanto, en este especial negocio jurídico, podríamos distinguir tres y hasta cuatro esferas de responsabilidad; la primera de ellas se encuentra referida a la esfera contractual y a las relaciones contractuales que existen entre los socios como socios; la segunda, hace referencia a las relaciones que existente entre los socios y la misma sociedad como ente jurídico distinto de los socios individualmente considerados; la tercera, hace referencia a la responsabilidad de la sociedad frente a aquellos con quienes tiene alguna relación en desarrollo de su objeto social, sean personas naturales o jurídicas y, finalmente, otra esfera de responsabilidad se

encuentra circunscrita a la responsabilidad de los administradores, de la sociedad mercantil respecto de la misma sociedad, los socios y terceros.

El interés y objeto de este escrito se circunscribe en revisar la conducta del administrador de la sociedad, cuando causa un daño en ejercicio de sus funciones dentro del marco de su actividad profesional, con el fin de establecer cómo debe ser juzgado tal comportamiento para determinar si estamos en presencia de un daño jurídico o de un daño antijurídico que deba ser resarcido.

La actividad que realiza el administrador de una sociedad debe ejercerse y valorarse como una actividad profesional de medio y no de resultado, de donde se concluye que el análisis de responsabilidad civil de su comportamiento deberá estudiarse en un terreno subjetivo pues se funda en la diligencia, prudencia, cuidado y la buena fe empleados para la gestión de los negocios².

Para declarar o no la responsabilidad civil de los administradores, se han establecido algunas pautas o reglas de comportamiento deseables en su gestión tan potentes, que pueden romper el nexo causal entre el hecho dañoso y el daño imputado al administrador, tal cosa ocurre con

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Socio de la firma PRIETO PUENTES & ASOCIADOS

² Corte Constitucional Sentencia C-123 de 2006 de febrero 22 de 2006 M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

las reglas de la discrecionalidad, “The business judgment rule”, construidas, hace ya algún tiempo, por el Tribunal de Delaware.

En Colombia, el artículo 23 de la ley 222 de 1995 consagra también pautas de comportamiento al prescribir que: “Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.”, éstas se convierten en reglas de comportamiento para un buen administrador y por ende, en parámetro de valoración subjetiva, de comportamientos deseables que a la postre se utilizarán para enjuiciar el comportamiento de los administradores en un escenario de responsabilidad civil.

QUIENES OSTENTAN LA CALIDAD DE ADMINISTRADORES.

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 prescribe que es administrador el representante legal de la sociedad sin importar la denominación que a éste se le asigne, como la de gerente o presidente de la compañía; también es administrador el liquidador, que es la persona nombrada para adelantar las labores de liquidación de la empresa comercial y quien tiene la calidad de representante legal de la misma para efectos de la liquidación;³ también es administrador el factor, que corresponde a un mandatario que administra un establecimiento de comercio o una parte o un ramo de la actividad de dicho establecimiento en nombre del mandante, en este caso, se habla de contrato de preposición;⁴ al lado de todos los anteriores, se encuentran también los miembros de las juntas directivas o consejos directivos que también ostentan la calidad de administradores y cuyas típicas funciones se

circunscriben a la administración y dirección de la compañía; además de todos los anteriores, tienen dicha calidad las personas que de conformidad con los estatutos realicen estas funciones, lo importante, en últimas, para ser poseedor de la calidad de administrador de una sociedad es que la persona ejerza o detente tales funciones⁵.

El artículo 27 de la ley 1258 de 2008 consagró, respecto de la sociedad por acciones simplificadas: “Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada se incluyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.”.

DEL REPRESENTANTE LEGAL Y DE LA ADMINISTRACIÓN COMO ORGANO SOCIAL.

Muchas teorías se han construido para explicar la naturaleza jurídica de la representación, desde aquella contractual, pasando por la del mandato, hasta llegar a la de una simple prestación de servicios, sin embargo, a nuestro juicio, la más aceptada es aquella que considera al representante legal como un órgano social, en donde la capacidad y las facultades del representante legal emanan de los estatutos y de la ley; George Ripert, para el caso francés, sostiene que “Tradicionalmente, se consideró a los administradores como mandatarios de los accionistas, esencialmente revocables. Hoy se consideran verdaderos órganos de la sociedad, aunque sigue vigente la posibilidad de revocar.”⁶

El artículo 196 del Código de Comercio establece que la representación de la sociedad así como la administración de la totalidad de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones hechas

³ El artículo 238 del Código de Comercio consagra cuáles son las funciones de los liquidadores dentro de las cuales se observan las siguientes: 1) A continuar y concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la disolución; 2) A exigir la cuenta de su gestión a los administradores anteriores, o a cualquiera que haya manejado intereses de la sociedad, siempre que tales cuentas no hayan sido aprobadas de conformidad con la ley o el contrato social; 3) A cobrar los créditos activos de la sociedad, incluyendo los que correspondan a capital suscrito y no pagado en su integridad; 4) A obtener la restitución de los bienes sociales que estén en poder de los asociados o de terceros, a medida que se haga exigible su entrega, lo mismo que a restituir las cosas de que la sociedad no sea propietaria; 5) A vender los bienes sociales, cualesquiera que sean estos, con excepción de aquellos que por razón del contrato social o de disposición expresa de los asociados deban ser distribuidos en especie; 6) A llevar y custodiar los libros y correspondencia de la sociedad y velar por la integridad de su patrimonio; 7) A liquidar y cancelar las cuentas de los terceros y de los socios como se dispone en los artículos siguientes, y 8) A rendir cuentas o presentar estados de la liquidación, cuando lo considere conveniente o se lo exijan los asociados.

⁴ El contrato de preposición debe constar por escrito y deberá inscribirse en el registro mercantil para que tenga plenos efectos frente a terceros. En cuanto a las atribuciones que se confieren a los factores se debe resaltar que pueden celebrar y ejecutar absolutamente todos los actos que quieran siempre y cuando tengan relación con el giro ordinario de los negocios del establecimiento que se encuentre administrando a menos que el proponente de manera expresa haya establecido alguna restricción, pero, para que tal cosa tenga efecto frente a terceros deberá, también, inscribirse la correspondiente limitación en el registro mercantil.

⁵ Fenómeno análogo se presenta con las personas que por razón de las responsabilidades propias de sus cargos, actúan en nombre de la sociedad, como sucede con los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros, administrativos, de producción y de recursos humanos, entre otros, quienes pueden tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o legales serán administradores si ejercen funciones administrativas o si las detentan, de donde resulta que es administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de facultades administrativas...

La ley también confiere el carácter de administrador a aquellas personas que si bien no actúan permanentemente como representantes legales de la misma, si tienen esa posibilidad, tal como acontece con los representantes legales y con los directores suplentes cuya actuación se encuentra supeditada a la ausencia temporal o definitiva del principal”. Superintendencia de Sociedades Circular Externa Número 09 de Julio 18 de 1.997.

⁶ RIPERT, George. “Tratado elemental de derecho comercial”. Tomo II. Sociedades. Tipografía Ed. Argentina, Buenos Aires 1.954. Pag.398.

en el contrato de sociedad, teniendo en cuenta los parámetros consagrados en la misma ley para cada uno de los tipos sociales y que a falta de dichas estipulaciones se entenderá que las personas que representan la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad; sin embargo, si los demás órganos sociales quieren limitar o restringir tales facultades deberán expresarlo en el contrato social o documento privado de constitución el cual deberá inscribirse en el registro mercantil so pena de ser inoponibles a terceros; una vez hecho lo anterior, el representante legal quedará obligado al tenor de tales limitaciones y facultades y a su vez, no podrá usar, en principio, la firma social sino para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas dentro del marco establecido so pena de involucrar su propia y personal responsabilidad por los actos y negocios jurídicos que sobrepasen dichas fronteras.⁷

PRINCIPIOS QUE SE FUSIONAN EN LOS DEBERES QUE RIGE LA ACTIVIDAD DE ADMINISTRACIÓN.

En general, los administradores actúan como gestores de negocios ajenos, es decir, actúan en interés y en nombre de los socios, por lo que el comportamiento y las conductas desarrolladas en su gestión deben estar siempre revestidas por el deber de diligencia, así lo sostiene Joaquín Rodríguez⁸ al considerar que la gestión del administrador y de los consejeros está en función del cumplimiento del deber general de buena gestión, en consecuencia, a un administrador no se le puede cuestionar el mal resultado de ésta si antes no se ha determinado la falta de prudencia, diligencia y cuidado requeridos para conseguir el beneficio o éxito esperado y no

conseguido, en otras palabras, la obligación que asume un administrador, a menos que se estipule excepcionalmente otra cosa, es una obligación de medio y no de resultado, lo deseable es que el administrador se maneje como un buen hombre de negocios, es decir, obre de buena fe, con lealtad y con la diligencia debida.⁹ Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

Al ser imposible establecer reglas generales y de contenido concreto que contengan la conducta esperada de los administradores es preciso, en cada caso, tener en cuenta las circunstancias especiales de modo, tiempo y lugar, como la naturaleza jurídica de los negocios sociales, la clase de empresa, su objeto y finalidad, así como los instrumentos técnicos y jurídicos que se encontraban al alcance de los administradores para el buen ejercicio de sus funciones.

OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES.

Los administradores tienen, sin lugar a dudas, una gran responsabilidad sobre sus hombros pues, desde el punto de vista económico, son ellos quienes tienen la misión de mantener en el mercado a la compañía, velar por su crecimiento continuo y lograr las tan esperadas utilidades; para conseguir todo lo anterior, los administradores deben obrar, como obran en el derecho civil los buenos padres de familia concepto que se amalgama para el ámbito mercantil como el buen hombre de negocios, bajo los principios de la buena fe, diligencia, lealtad, prontitud, honestidad siempre, colocando todos estos valores y otros más, al servicio y a favor de la sociedad teniendo como norte en todo momento y para cada actuación, nada más que los intereses de los socios y de la persona jurídica que ellos conforman.

⁷ El artículo 640 del Código Civil, en tratándose de personas jurídicas considera que "Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites sólo obligan personalmente al representante."

Por su parte, el derogado artículo 2120 del Código Civil consagraba que "El socio que contrata a su propio nombre, y no en el de la sociedad, no la obliga respecto de terceros, ni aún en razón del beneficio que ella reporta del contrato; el acreedor podrá sólo intentar contra la sociedad las acciones del socio deudor. No se entenderá que el socio contrata a nombre de la sociedad, sino cuando lo exprese en el contrato, o las circunstancias lo manifiesten de un modo inequívoco. En caso de duda se entenderá que contrata en su nombre privado. Si el socio contrata a nombre de la sociedad, pero sin poder suficiente, no la obliga a terceros sino en subsidio, y hasta concurrencia del beneficio que ella hubiere reportado del negocio. Las disposiciones de este artículo comprenden aún al socio exclusivamente encargado de la administración". Este artículo fue expresamente derogado por el artículo 242 de la ley 222 de 2005.

⁸ RODRIGUEZ, RODRIGUEZ. Joaquín. Derecho Mercantil. Tomo I. Editorial Porrúa México 1.975. pág. 127.

⁹ La regla de actuación del buen hombre de negocios debe ser hecha partiendo del sentido de la Ley mercantil societaria, cual es la de reglar la actuación de sujetos de comercio con una estructura compleja y especializada en él; por ello este concepto, en lo que hace a los administradores de las sociedades debe ser entendido con el alcance de un avezado hombre de negocios y no con el de un simple comerciante minorista. No obstante, lo anterior en modo alguno implica condicionar el cumplimiento de ese deber de diligencia, cuidado y prudencia al resultado económico de la gestión, este es un aspecto independiente de la cuestión y a cuyo respecto se considera admisible la comisión de errores en tanto se haya obrado de buena fe y con razonable previsión; lo inadmisibles es el desapego o el desconocimiento del marco legal en el que se desenvuelve la actuación societaria.

¹⁰ Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. Ley 222 de 1.995 artículo 23.

Es por eso que el legislador de 1995¹⁰ consideró que los administradores se encuentran comprometidos para con la sociedad a (i) colocar su esfuerzo con la finalidad de cumplir el objeto social de la manera esperada y de forma adecuada; (ii) a ser los guardianes y cumplidores de la ley y de los estatutos sociales, que implica también, el cumplimiento de las decisiones de los órganos sociales; (iii) a permitir la realización del trabajo del Revisor Fiscal; (iv) guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la misma sociedad comercial, especialmente los secretos industriales; (v) a no utilizar de manera indebida información secreta o privilegiada, indudablemente es un comportamiento de lealtad y honradez para con la sociedad pues los administradores manejan información especializada y privilegiada de vital importancia para competir en el mercado; (vi) a respetar a todos los socios otorgándoles un trato equitativo y respetando su derecho a ejercer la inspección de libros y papeles de la sociedad en las condiciones y bajo los parámetros establecidos en los estatutos y la ley; y (vii) a no ejercer ni directa ni indirectamente actividades de competencia desleal o intervenir en actos respecto de los cuales se pueda presentar un conflicto de interés¹¹ con la sociedad que administra, a menos que la asamblea general o la junta de socios¹² se lo hayan autorizado expresamente y siempre y cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad, de la manera como lo ratifica el inciso segundo del artículo 2 del Decreto 1925 de 2009 al establecer que en todo caso, de conformidad con la Ley 222 de 1995, la autorización de la Junta de Socios o Asamblea General de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.

Cuando el administrador pretenda el aval de la sociedad para actuar en actividades que involucren competencia o en actos que generen conflicto de interés debe, adjunto a la petición, allegar toda la información que sea suficiente, pertinente y

relevante para que el órgano máximo pueda tomar una decisión; pues el administrador de una sociedad se encuentra imposibilitado para realizar actividades cuando existe conflicto de interés.

Por actos de competencia¹⁴ debe tenerse aquellos que implican una concurrencia entre el ente societario y el administrador, o un tercero, en favor del cual éste tenga la vocación de actuar. El conflicto de intereses, por su parte, existe cuando 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.

Pensemos, a manera de ejemplo, que el administrador de una sociedad tiene la intención de formar parte de otra empresa que es competencia para la primera, en este caso, es su deber poner en conocimiento del máximo órgano social su intención, con el propósito de obtener su autorización previa. Ese es el comportamiento que se espera del administrador, que practique la lealtad, obre con honestidad, buena fe y se comporte como un buen hombre de negocios.¹⁵

Es preciso indicar que los administradores de las compañías, deben ser creativos, dinámicos, arriesgados responsablemente, así como visionarios, no se les puede recortar ese ímpetu y la tenacidad que hace que las empresas crezcan y se mantengan en el mercado. No obstante, deberán hacerlo de manera controlada dentro del marco constitucional, legal y convencional, respetando el derecho ajeno sin abusar del propio, y sin que exista algún interés ilegítimo. A los administradores no se les puede sancionar ni reprochar por no tener el éxito esperado en su gestión pero si se les puede y debe exigir un comportamiento profesional idóneo en el ejercicio de su actividad, es precisamente esto último lo que justifica la aparición de las reglas de la discrecionalidad de los negocios como una obligación de medio y no de resultado.

¹¹ De conformidad con el numeral 3.9.4. de la Circular Externa 006 del 25 de marzo de 2008, la Superintendencia de Sociedades puede entrar a pronunciarse en relación con la existencia de conflictos de interés, de acuerdo a los términos y condiciones consagrados en el mencionado numeral.

¹² De lo previsto en el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se infiere que quien cuenta con facultades para verificar si en determinado evento se presenta un conflicto de intereses, es el máximo órgano social y no la junta directiva, pues es la asamblea de accionistas o la junta de socios la que puede autorizar al administrador para que participe en el acto correspondiente.

¹³ El artículo 2 del decreto 1925 de 2009 consagra que "...en caso de conflicto de interés o competencia con la sociedad, el administrador ordenará la convocatoria o convocará a la Asamblea General o Junta de Socios, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que le representa conflicto de interés o competencia con la sociedad. Durante la reunión de la Asamblea o Junta de Socios, el administrador suministrará toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio..."

¹⁴ 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, cual es el mercado al cual se encuentran dirigidos, cual 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.

¹⁵ Es oportuno recordar igualmente los deberes de conducta que atañen a los administradores de las sociedades, cuales son, obrar de buena fe, con lealtad y la diligencia del buen hombre de negocios, en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los asociados. (Primer inciso del artículo 23 de la Ley 222 de 1995).

LA REGLA DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS NEGOCIOS O “THE BUSINESS JUDGMENT RULE”.

Lo que se pretende, al aplicar esta regla, es identificar si al administrador se le puede o no imputar responsabilidad o si, imputándole responsabilidad, existe o no fundamento para reparar, esto es, si existe alguna causal de exoneración de responsabilidad que le permita excusar, por así decirlo, el resultado negativo de su gestión, porque, obvio es, que cuando no ha existido daño por la gestión del administrador, sino beneficio, es poco probable que se impute alguna clase de reproche a su gestión.

Las reglas de la discrecionalidad, se encuentran sustentadas en algunos deberes que deben observar los administradores como el de cuidado (duty of care), lealtad (duty of loyalty) así como con el deber de información o divulgación a los socios (duty of disclosure) agregando nosotros el de buena fe (duty of bona fides).

DEBER DE CUIDADO (“DUTY OF CARE”)

Respecto al deber de cuidado, entendido como la obligación que se impone a los administradores de manejar los negocios de la sociedad en la mejor forma posible, los directores deben conducir los asuntos de la sociedad con el grado de cuidado que tendría una persona al conducir sus propios asuntos incluyéndolo en este concepto el deber de mantenerse informado de los asuntos de la sociedad.

Respecto al deber de cuidado, la jurisprudencia del estado de Delaware, en los Estados Unidos, ha establecido una importante presunción a favor de los directores de las sociedades conocida como la regla del juicio de negocios para la libre administración de la sociedad, o Business Judgment Rule, en virtud de la cual se presume que al tomar una decisión de negocios, los administradores actuaron de forma informada, de buena fe y en la creencia que la

decisión fue tomada en interés de la sociedad, convirtiéndose en un mecanismo que dinamiza la actividad económica y genera confianza a los administradores quienes ven en esta regla un respaldo seguro a su gestión, independientemente de su éxito o fracaso; esta regla se tiene como una protección para el administrador que puede evitar acciones de responsabilidad injustas contra los administradores por el hecho de su gestión.

DEBER DE LEALTAD – DUTY OF LOYALTY.

Hace referencia a la obligación de los administradores de no realizar actos en su propio interés o de personas relacionadas a éste, o de usar su posición para satisfacer sus intereses personales por sobre los de la sociedad.

Sobre este punto consideramos que el administrador debe abstenerse de usar información privilegiada, realizar actos de competencia o estar incurrido en conflicto de interés en perjuicio de la sociedad.

DEBER DE INFORMACIÓN A LOS SOCIOS – DUTY OF DISCLOSURE.

Es la obligación que tienen los administradores respecto de dar a conocer a los accionistas todos aquellos hechos que sean por éstos conocidos y que puedan ser relevantes para aprobar o rechazar una determinada transacción o para tomar una decisión respecto de los negocios sociales.

“BONA FIDES” DUTY.

La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada.¹⁶

¹⁶ Sentencia N° 800-52 del 1o de septiembre de 2014 la SuperSociedades expresó que ‘las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión. Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad (‘business judgment rule’), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, a posteriori, por los resultados negativos de sus decisiones. [...] En síntesis, pues, los administradores no podrían actuar como un “buen hombre de negocios” si las cortes deciden escudriñar todas las decisiones que estos sujetos adopten en desarrollo de la empresa social.’

REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE DISCRECIONALIDAD EN LA TOMA DE DECISIONES .

Cuando el administrador toma una decisión sobre determinado negocio social, si respecto de tal negocio tiene un deber de cuidado, es aplicable la regla de la discrecionalidad de los negocios. Para que la regla sea efectiva y sirva de protección al administrador, se requiere que se de cumplimiento a los siguientes cuatro requisitos, inmersos, en nuestra legislación, en el artículo 23 de la ley 222 de 1.995¹⁷ según el cual, los administradores, como hemos dicho, deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios:

1) La decisión debe tomarse buena fe.

Es un principio de Derecho incorporado en el artículo 83 de la Constitución Política, en el artículo 1603 del Código Civil y en el artículo 871 del Código de Comercio, recogido en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, el cual presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio. Se entiende como el obrar con la conciencia recta, con honradez y lealtad de acuerdo con un estándar aceptado de usos sociales y buenas costumbres.

Esto quiere decir que el administrador debe comportarse con lealtad, con intención recta y positiva para que sus actos alcancen la finalidad social y privada que persiguen. El administrador debe comportarse de buena fe no sólo para con la sociedad en la que se desempeña y para con los asociados de la misma, sino para con los terceros.

2) EL administrador no debe tener un interés personal en el objeto de la decisión.

La razón de este requisito es evitar un conflicto de interés entre administrador y la sociedad en la toma de una decisión de negocios. Cómo es lógico, el interés personal del administrador debe ser de tal entidad que genere efectivamente dicho conflicto, poniendo en entredicho su imparcialidad y dando lugar a que los intereses de la sociedad se vean sacrificados por los propios del administrador.

3) El administrador debe informarse sobre el objeto de decisión en la medida en que sea razonables según las circunstancias del asunto.

Este requisito hace referencia a la diligencia que debe observar el administrador como un buen hombre de negocios, le corresponde al administrador, previamente a tomar una decisión razonable, buscar, ubicar, estudiar, y analizar toda la información necesaria y suficiente.

4) El administrador debe tener la convicción racional de que la decisión es en el mejor interés de la sociedad.

Al respecto se debe precisar que el administrador al tomar la decisión debe poseer una convicción racional del asunto, no es suficiente edificar su decisión sobre razones subjetivas y arbitrarias, sobre pálpitos o corazonadas para que la regla lo proteja. La convicción racional demanda un esfuerzo argumentativo que permita llegar a una decisión lógica y coherente y que ofrezca para ésta última “buenas razones”.¹⁸

ELEMENTOS DE LA REGLA

La regla de la discrecionalidad de los negocios proporciona a los administradores la seguridad que pueden protegerse de todo tipo de responsabilidad cuando sus decisiones y sus juicios satisfacen los requisitos de ley. La aplicación de la regla les asegura a los buenos administradores que sus decisiones y los resultados que de ellas se sigan no serán objeto de revisión por parte de los tribunales y que de serlo, no tendrán que responder por el no éxito de la decisión. Para que la regla sea aplicable se ha propuesto que, en el caso concreto, respecto de la decisión, el administrador haya debido tener cierto grado de cuidado. Haya debido realizar un juicio y haya cumplido con los cuatro requisitos de la regla vistos anteriormente. El modus operandi de la regla pueden esquematizarse de la siguiente manera:

1º Paso: ¿Hay un deber de cuidado? Sí o No. Si no hay deber de cuidado, no aplica.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil – Sentencia SC2749 -2021 de siete (7) de Julio de 2021. M.P. Dr. ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

¹⁸ Superintendencia de sociedades Sentencia de 2 de mayo de 2017 Proceso verbal sumario de José Gerardo Díaz Ardila y Orlando Jaime Landazábal contra Ana Yolanda Villamizar Bermúdez.

2° Paso: ¿Ha hecho el administrador un juicio de negocios? Sí o No. Si no hubo un juicio de negocios no hay protección.

3° Paso: ¿Se han cumplido los cuatro requisitos de la regla? Sí o No. Si no se han cumplido los requisitos de la regla, no hay protección.

Finalmente, en la jurisprudencia norteamericana, en el caso *Shlenky v. Wrigley*, se consagraron unas pautas para que los Jueces las tengan en cuenta al momento de aplicar las reglas de la discrecionalidad. Estas son:

1. Los jueces no podrán intervenir en el manejo interno de una compañía, aunque las decisiones adoptadas por sus administradores no hubieren sido muy acertadas. Este principio es aplicable aun en aquellos casos en que un manejo diferente hubiera podido mejorar la situación financiera de la compañía.

2. Los jueces no podrán establecer o modificar las políticas internas de una sociedad por medio de las sentencias que profieran. Ello obedece a la concepción según la cual sus administradores han sido elegidos para adoptar tales decisiones, de manera que su criterio debe prevalecer, a menos que medie una actuación fraudulenta.

3. Los jueces no están facultados para imponer su criterio en contra de los administradores sociales que hubieran actuado conforme a la ley en la toma de sus decisiones.¹⁹

Así las cosas, podemos concluir que la responsabilidad de los administradores se puede originar como consecuencia de la toma de decisiones que causen daño a la sociedad, a los socios o a terceros, cuando se pruebe que éstos obraron de manera descuidada, cuando tomaron decisiones en su propio interés, no se informaron debidamente u obraron de mala fe, por fuera de todo parámetro esperado en un buen hombre de negocios. En estos casos, al administrador, se le imputará el daño causado, se cuantificará y se le declarará responsable y por ende, será obligado a reparar los perjuicios causados.

Bibliografía

- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil. Ed. Imprenta Universal. Santiago de Chile. 1.981.
- BETTI, Emilio. "Teoría General de las Obligaciones". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid España. 1.969.
- BOLAFFIO – ROCCO – VIVANTE. "Derecho comercial" Tomo I. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1.947.
- BROSETA PONT, Manuel. "Manual de Derecho Mercantil". Undécima Edición Volumen I, Editorial Tecnos Madrid España. 2.002.
- DIEZ-PICAZO Luis. Prologo al libro "El principio general de la buena fe".
- GARRIGUES Joaquín. "Curso de derecho mercantil" Tomo II. Sétima edición. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1.987.
- GEORGES, Ripert. "Tratado elemental de derecho comercial" Tomo I Editorial TEA Argentina. 1.954.
- GROSSO Giuseppe. "Las Obligaciones contenido y requisitos de la prestación". Traducción Dr. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 1.981.
- HENAO Juan Carlos. "El daño" Editorial Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2004.
- HINESTROSA, Fernando. "Obligaciones" primera y segunda Parte. Conferencias de clase. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 1.991.
- REYES VILLAMIZAR. Francisco, Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea.
- RIPERT Georges "Tratado elemental de derecho comercial" 1.954
- RODRIGUEZ, AZUERO Sergio. Contratos Bancarios. Ed. Felaban. 1.990.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. Tomo I. Editorial Porrúa México 1.975.
- SANÍN BERNAL Ignacio. Un Nuevo Derecho Societario. El Propuesto desde el Estatuto Tributario. Primera edición. Coedición Biblioteca Jurídica Dike, Universidad Pontificia Bolivariana. Bogotá D.C. – Colombia. Año 1.999.
- SCOGNAMIGLIO Renato. Teoría General del Contrato. Traducción Dr. Fernando Hinestrosa Universidad Externado de Colombia. Año 1.991.
- SUPERSOCIEDADES, Circular Externa 100-006 del 23 de mayo de 2008.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Sentencia de 2 de mayo de 2017 Proceso verbal sumario de José Gerardo Díaz Ardila y Orlando Jaime Landazábal contra Ana Yolanda Villamizar Bermúdez.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-123 de 2006 M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, Febrero 22 de 2006.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia SC-2749 – 2021 Expediente 08001310300520120010901 Sala de Casación Civil M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

¹⁹ Reyes Villamizar, Francisco, Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea, 4 ed., op.cit., p.224.



LA PARTICIPACIÓN DEL ADMINISTRADOR EN LA ACCIÓN DE NULIDAD DERIVADA DEL CONFLICTO DE INTERESES Y LA CLÁUSULA COMPROMISORIA APLICABLE

Por: **Francisco Hernando Ochoa Liévano**¹

La celebración de actos jurídicos por parte de un administrador que se encuentra inmerso en un conflicto de intereses permite a los afectados iniciar diversas acciones, mediante las cuales se pretenda la reparación de los perjuicios generados con la conducta y/o la nulidad de los actos jurídicos respectivos. En algunos casos puntuales, también es viable que se persiga exclusivamente la declaración del incumplimiento de los deberes, sin ninguna consecuencia legal o, eventualmente, simplemente la imposición de sanciones legales al administrador, bien una multa o la inhabilidad para ejercer el comercio, supuestos, todos estos, de escasa ocurrencia.

A. La acción de responsabilidad

En aquellos eventos en los que se pretenda la reparación integral de los perjuicios ocasionados, debe enfocarse el análisis en el actor, para de esa forma establecer si se trata de la sociedad respectiva, en ejercicio de la Acción Social de Responsabilidad, o de un tercero, en la que se ha denominado Acción Individual de Responsabilidad.

La primera pretende que la sociedad en la cual el administrador desleal ejerció sus funciones, sea reparada, para lo cual requerirá de la aprobación del máximo órgano social. La segunda, por el contrario, pretende que los socios o, eventualmente, los terceros perjudicados, demanden la reparación de sus propios daños, tema que se ha debatido reiteradamente en los trámites jurisdiccionales ante la Superintendencia de Sociedades, donde se ha afirmado en repetidas ocasiones que los socios no pueden reclamar aquellos perjuicios que corresponden a la sociedad porque, finalmente, le pueden “rebotar” a ellos.

Si bien esta posición podría llevar a un típico caso de impunidad del administrador que a su turno es accionista mayoritario o vinculado a éste, no es menos cierto que una interpretación contraria podría llevar a una situación aún más perversa, como puede ser el doble resarcimiento de un daño, donde, luego de reconocerse al socio perjuicios indirectos, la sociedad podría demandar sus propios perjuicios, duplicándose su resarcimiento, al menos en teoría, en lo que tiene que ver con la parte del socio demandante. Por ello, es fundamental que el demandante en acción individual de responsabilidad pretenda únicamente aquellos perjuicios que le son directamente irrogados, situación que prospera en pocas o nulas ocasiones, cuando de socios demandantes se trata.

Me disculpo por traer tan discutido asunto a colación sin entrar más a fondo en el debate, pero otro es el objeto de este breve estudio. En todo caso, es importante mencionar, que el socio minoritario bien podría obtener, al menos en algunos casos, solución a su problema, a través de otros mecanismos que incluyan, por ejemplo, la acción de abuso del derecho de voto por no aprobación la acción social de responsabilidad.

No obstante, independientemente de si se trata de una acción social de responsabilidad o de la individual, en ambos casos, el sujeto pasivo (demandado) de la acción tiene que ser el administrador desleal.

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana y especialista en Derecho de Seguros de la misma universidad. Abogado Litigante por más de 25 años, actualmente se desempeña como Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles en la Superintendencia de Sociedades. Ha sido profesor en varias Universidades del país incluidas la Pontificia Universidad Javeriana, La Universidad de la Sabana y la Universidad Libre, así como conferencista en diversas materias de derecho privado. Actualmente es profesor titular de Contratos en la Pontificia Universidad Javeriana y del Módulo de Contratos de Intermediación Mercantil en la especialización de Derecho y Empresa en la Universidad de la Sabana.

B. La acción de nulidad

El incumplimiento de los deberes del administrador, al actuar mientras se encuentra afectado por un conflicto de intereses, no solamente genera la posibilidad de buscar la indemnización de los perjuicios generados por dicha actuación, sino que, adicionalmente, el decreto 1925 de 2009 permite que se decrete la nulidad absoluta de los actos así celebrados.

Al margen de la discusión que puede tener la consagración de esta nulidad absoluta a través de un decreto reglamentario, así como el extenso alcance en cuando a las restituciones derivadas de ella, otro aspecto muy relevante detiene nuestra atención en este escrito: ¿Es necesaria la presencia del administrador como parte pasiva de una demanda en la cual se pretende declarar solo la nulidad de actos jurídicos celebrados por aquel, actuando en un conflicto de intereses?

Esta pregunta ha sido objeto de debate y de diversas posiciones al interior de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedad. Inicialmente, este aspecto no presentó conflicto y era resuelto en forma clara y precisa, entendiendo que la declaratoria de nulidad del acto o contrato requería, por una parte, de la presencia de todas las partes del contrato y, por otra, del administrador mismo, teniendo en cuenta que la nulidad necesitaba una previa declaración en torno al incumplimiento por éste de su deber de lealtad y, por ello, se hacía necesario que pudiera defenderse en el proceso, adquiriendo la calidad de litisconsorte necesario.

Esta posición partía de un fundamento claro: El incumplimiento de los deberes por parte del administrador es una declaración que debe hacerse en sentencia. No obstante, con la llegada del suscrito a la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, se planteó una nueva discusión sobre el particular que presentó algunos interrogantes sobre la figura del litisconsorcio necesario frente al administrador desleal: Si la nulidad del contrato por él celebrado fuera causada por dolo del administrador para engañar al tercero y llevarlo a suscribir un contrato, ¿se vería obligado el tercero a demandar al administrador y a la sociedad para poder decretar la nulidad del contrato? Sería algo así como pretender que, en los procesos de

acción directa de la víctima contra la aseguradora en los amparos de responsabilidad civil, se exija la participación como litisconsorte necesario del asegurado, pues previamente a condenar a la aseguradora a pagar se requeriría la declaración de responsabilidad contra aquel.

Cabría preguntarse ¿por qué en los dos últimos casos no se exige la presencia del causante del problema, pero en los casos de conflicto de intereses sí? La respuesta para el suscrito es que ello no debería ser así, que en el primero de los casos se está confundiendo un hecho, que se le demuestra al juez para llegar a su decisión final, con la pretensión misma.

Al juez deben dársele los hechos, que en el caso de la nulidad por conflicto de intereses es el incumplimiento del deber de lealtad por el administrador, en la nulidad por dolo serán las maquinaciones fraudulentas del mismo y, en el seguro de responsabilidad civil será la combinación de tres factores, el hecho imputable, el daño y la relación de causalidad del asegurado, sumados a la existencia de la póliza. Teniendo todos estos hechos demostrados, las pretensiones de la demanda deberían solicitar, únicamente, que se declare la nulidad y se ordene la restitución, para los dos primeros eventos, y que se declare, ante la ocurrencia del siniestro, que la aseguradora está obligada a pagar la indemnización de perjuicios respectiva, en el tercero².

Este planteamiento tiene una aplicación muy importante en los eventos en que, por ejemplo, se debata cuál cláusula compromisoria debe aplicar al conflicto. En las acciones de responsabilidad por conflicto de intereses, es claro que sería la de los estatutos sociales, en caso de estar pactada y aceptada respecto del administrador, mientras que, en los procesos de nulidad, sería la del contrato cuya nulidad se pretende declarar, pues mal haría el juez en aplicarle a las partes del contrato una cláusula compromisoria ajena al mismo.

Si bien este punto final fue inicialmente resuelto en sentido contrario (aplicando la cláusula de los estatutos), dicha tesis está siendo recogida con las más recientes decisiones judiciales sobre la materia en la Superintendencia de Sociedades.³ Resta ahora ver el desarrollo que tendrá en las futuras decisiones.



MECANISMO DE PAGO DIRECTO Y LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA NATURAL NO COMERCIANTE

Por: **Diana Lucia Talero Castro**¹

La presente nota se refiere a algunas reflexiones derivadas de recientes fallos del juez constitucional en materia de insolvencia de la persona natural no comerciante y los mecanismos extrajudiciales de ejecución previstos en la Ley 1676 de 2013.

1. El Pago Directo

El pago directo se introdujo en la Ley 1676 de 2013² con ocasión de la derogatoria del pacto pignoraticio o pacto comisorio, dando la oportunidad al deudor y al acreedor de pactar en su contrato de garantía y en desarrollo del principio de libertad de

estipulación contractual que rige los contratos de garantía mobiliaria, que, ante la ocurrencia de un evento de incumplimiento, el acreedor garantizado pudiera apropiarse en pago el bien dado en garantía.

El artículo 60 de la ley 1676 de 2013 establece el mecanismo de pago directo y dispone:

*“El acreedor podrá satisfacer su crédito **directamente** con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará de conformidad con lo previsto en el parágrafo 3º del presente artículo, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía”.*

El evento de incumplimiento es la condición que genera para el acreedor el derecho a la apropiación del bien dado en garantía en pago de la obligación garantizada.

Es importante señalar que el acreedor garantizado de manera directa y sin intervención judicial se paga adquiriendo la propiedad del bien mueble objeto de la garantía siguiendo los pasos previstos en el contrato y en la ley.

Ocurrida la condición de incumplimiento, se da publicidad al deudor y a terceros acerca del incumplimiento y de la decisión del acreedor garantizado de optar por el pago directo, a través de:

- a) La inscripción del formulario de ejecución en el Registro de garantías mobiliarias,
- b) El aviso de la ejecución al deudor garante, y
- c) La remisión del formulario registral de ejecución a los demás acreedores garantizados inscritos de haber lugar a ello.

Es relevante para el pago del acreedor garantizado, si el bien dado en garantía es corporal o incorporeal y si el acreedor garantizado tiene o no la tenencia de este.

PÁGINA 28

² La posición anterior ha sido sostenida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles en los siguientes autos proferidos en el año 2021: 2021-01-082023 del 16 de marzo, 2021-01-325495 del 14 de mayo, 2021-01-568316 del 21 de septiembre y 2021-01-612586 del 12 de octubre.

³ En reciente auto 2021-01-625123 de 21 de octubre de 2021, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles ratificó su postura a la distinción entre las distintas acciones derivadas del conflicto de intereses y señaló que, tratándose de la declaratoria de nulidad del contrato, la cláusula compromisoria a analizar debía ser la del contrato respectivo, no la de los estatutos sociales.

PÁGINA 29

¹ Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y es Fellow en Insolvencia Transfronteriza de INSOL International. Fue asesora legal senior de la Superintendencia de Sociedades de Colombia (2006-2014) y anteriormente se desempeñó como coordinadora del Grupo de Liquidaciones Corporativas en la Superintendencia de Sociedades.

² Artículo 60 de la Ley 1676 de 2013 y Art. 2.2.2.4.2.3, Decreto 1835 de 2015.

Si el bien dado en garantía es corporal, el acreedor garantizado no tiene la tenencia material del bien y si el deudor garante es renuente a la entrega voluntaria del bien, la ley prevé herramientas de protección del derecho a la tenencia y control del bien dado en garantía previsto en el artículo 75 de la Ley 1676 de 2013 y el artículo 2.2.2.4.2.68 del Decreto 1074 de 2015 para el acreedor garantizado.

Esas herramientas son (i) la diligencia de aprehensión y entrega de carácter judicial ante la justicia ordinaria y la Superintendencia de Sociedades y (ii) el procedimiento de restitución de tenencia por mora, de carácter extrajudicial ante las cámaras de comercio.

2. De la actuación jurisdiccional para la aprehensión y entrega del bien dado en garantía

El Parágrafo 2º del artículo 60 de la Ley 1676 de 2013 establece la actuación jurisdiccional relacionada con la aprehensión y entrega del bien que opera a solicitud del acreedor garantizado, la disposición señala:

“Parágrafo 2o. Si no se realizare la entrega voluntaria de los bienes en poder del garante objeto de la garantía, el acreedor garantizado podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libre orden de aprehensión y entrega del bien, con la simple petición del acreedor garantizado.”

La Corte Suprema de Justicia, se ha referido a la diligencia de aprehensión como “...la acción declarativa de aprehensión y entrega de la garantía mobiliaria”³, no se trata de un proceso judicial y ha precisado que “...la solicitud de aprehensión y entrega entraña el ejercicio del derecho real de prenda (artículo 665 del C.C.)⁴” constituida por el deudor en favor del acreedor, “...a efecto de poder el acreedor satisfacer su crédito sin necesidad de acudir a los jueces, salvo, claro está, para que se retenga y entregue el bien pignorado y del cual reclama la tenencia.(...)”, haciendo inclusive referencia a la liberalidad del acreedor

para solicitar la aprehensión y entrega del bien, en múltiples circunscripciones cuando el bien puede estar ubicado en cualquier lugar en el territorio de la República de Colombia.

El trámite de la diligencia de aprehensión y entrega está previsto en el artículo 2.2.2.4.2.70 del Decreto 1835 de 2015 que dispone:

Artículo 2.2.2.4.2.70. Diligencia de aprehensión y entrega. El acreedor garantizado podrá solicitar la práctica de la diligencia de aprehensión y entrega de los bienes en garantía en los siguientes eventos:

1. Cuando iniciada la ejecución individual o en el marco de un proceso de insolvencia, y habiéndose dado la autorización del juez del concurso, el garante sea renuente a la entrega voluntaria del bien en garantía al acreedor garantizado que así lo solicite, en ejercicio del derecho previsto en el artículo 75 de la Ley 1676 de 2013, a efecto de ejercer su derecho de control y tenencia.

El acreedor garantizado deberá presentar una solicitud ante la autoridad jurisdiccional competente de que trata el artículo 57 de la Ley 1676 de 2013, acreditando el inicio de la ejecución, en donde manifieste la renuencia del garante a la entrega del bien en garantía, la cual deberá ocurrir dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud o en el término pactado en el contrato de garantía. (...)

3. Cuando en los términos del parágrafo 2 del artículo 60 de la Ley 1676 de 2013, el acreedor garantizado hubiera iniciado el mecanismo de ejecución por pago directo, y el garante no hubiera accedido a la entrega del bien en garantía en el término establecido en el numeral 2 del artículo 2.2.2.4.2.3.

El acreedor garantizado deberá presentar la solicitud ante la autoridad jurisdiccional competente anexando el contrato de garantía.

Recibida la solicitud por parte de la autoridad jurisdiccional competente, esta ordenará la aprehensión y entrega del bien en garantía al acreedor o a un tercero a solicitud del acreedor

³ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, AC5169-2021 Radicación n.º 11001-02-03-000-2021-00524-00 Bogotá, D. C., cinco (5) de noviembre de dos mil veintiuno (2021). Magistrado Francisco Ternera Barrios.

⁴ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, AC2218-2019, Radicación No. 11001-02-03-000-2019-01769-00 Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil diecinueve (2019). Magistrado Alvaro Fernando García Restrepo.

garantizado o al tercero adquirente del bien según corresponda, anexando el contrato de garantía o el requerimiento para la entrega del bien.

La orden de aprehensión y entrega del bien en garantía se ejecutará por el funcionario comisionado o por la autoridad de policía, quienes no podrán admitir oposición. (...)

La actuación inicia con una solicitud voluntaria de entrega del bien al deudor garante por el acreedor garantizado, pasado el término otorgado sin que se logre la entrega voluntaria, procede para ejercer el derecho a la tenencia y control del bien dado en garantía, solicitar a la autoridad jurisdiccional, la aprehensión y entrega del bien, advirtiendo que no media proceso o trámite diferente al contemplado en la norma reglamentaria antes señalada.

El trámite de aprehensión y entrega culmina con la admisión de la solicitud y la orden de aprehensión y entrega en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 2.2.2.4.2.70 del Decreto 1835 de 2015 y se agota con la expedición de la orden a la autoridad de policía sin que proceda ningún trámite o proceso adicionales según lo prescribe el mencionado artículo 2.2.2.4.2.3.

Los pasos subsiguientes del mecanismo de pago directo competen exclusivamente a la autoridad de policía y al acreedor garantizado.

3. Inicio de un procedimiento de negociación de deudas

Los efectos del inicio de un procedimiento de negociación de deudas previstos en el numeral 1 del artículo 545 del Código General del Proceso, no se generan respecto de una diligencia de aprehensión y entrega por cuanto no tiene esta última la naturaleza de corresponder a un proceso ejecutivo ni de jurisdicción coactiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, no resulta aplicable la suspensión de que trata el numeral 1 del artículo 545 del C.G.P. pues aquel se refiere a los procedimientos judiciales de carácter ejecutivo, de restitución por mora en los cánones de arrendamiento y de jurisdicción coactiva adelantados contra el deudor, la diligencia de aprehensión y entrega no tiene esa naturaleza.

El pago directo tampoco corresponde a un procedimiento judicial de carácter ejecutivo de los que trata el numeral 1 del artículo 545 del C.G.P, es un trámite eminentemente contractual, limitándose la actuación del juez a verificar los presupuestos normativos y librar la orden de aprehensión sobre el bien en caso de que el deudor garante se rehusa a la entrega voluntaria del mismo, para hacer efectivo el derecho a la tenencia y el control del bien previsto en el artículo 75 de la Ley 1676 de 2013 que se generó por efecto del incumplimiento de la obligación garantizada.

Iniciado el mecanismo de pago directo, el acreedor garantizado está ejerciendo sus facultades derivadas del contrato de garantía que constituye, por efecto del cumplimiento de la condición, un justo título traslativo de dominio respecto del bien dado en garantía, mismo título que es inscrito en el registro de propiedad que corresponda una vez cumplidos los pasos previstos en el artículo 60 de la Ley 1676 de 2013 y en el decreto reglamentario.

Así lo reconoció el juez constitucional en reciente decisión⁵ del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, cuando sostuvo:

“(...) el trámite de aprehensión y entrega para hacer efectiva la garantía mobiliaria, no es propiamente un proceso ejecutivo y, por ende, su tramitación no se afecta por el inicio de la negociación de deudas en el juicio de insolvencia de persona natural no comerciante (...)”

Y adicionalmente citó decisión de la Honorable Corte Suprema de Justicia⁶ en donde esta última sostuvo:

“(...) las presentes diligencias tratan de [un] pago directo (...) [regido] por el Decreto 1835 de 2015 y [la] ley 1676 de 2013, lo que no supone el planteamiento de un [litigio] (...), sino una diligencia (...) asignad[a] (...) a los jueces civiles municipales, para [surtirla conforme a los derroteros] del artículo 17, numeral 7º del Código General del Proceso (...).

Lo discurrido por la autoridad demandada no merece reproche, porque la Ley 1676 de 2013 se adoptó para permitir a las personas adquirir capital dando en garantía bienes muebles con los

cuales, el acreedor, sin necesidad de acudir a una ejecución, puede satisfacer su crédito a través del 'pago directo' previsto en el canon 60 de dicha normatividad. (...)"

Pero tal vez lo más interesante de la decisión resaltada por parte del Tribunal Superior es que refiere a la decisión de la Corte Suprema de Justicia, quien hace referencia a la sentencia C-145 de 2018 de la H. Corte Constitucional, en particular cuando esta se refiere al pago directo así:

"(...) [L]a Ley 1676 de 2013, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias, introdujo la modalidad del pago directo, consistente en la posibilidad que tiene el acreedor de satisfacer la prestación debida con el bien mueble gravado en su favor (...). (...) Para esa finalidad, en su artículo 60 parágrafo segundo previó que '[s]i no se realizare la entrega voluntaria de los bienes en poder del garante objeto de la garantía, el acreedor garantizado podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libre orden de aprehensión y entrega del bien, con la simple petición del acreedor garantizado', lo que corresponde armonizar con el artículo 57 ejusdem, según el cual [p]ara los efectos de esta ley, la autoridad jurisdiccional será el Juez Civil competente y el numeral 7 del artículo 17 del Código General del Proceso según el cual los Jueces Civiles Municipales conocen en única instancia de todos los requerimientos y diligencias varias, sin consideración a la calidad de las personas interesadas (...)' (se destaca). Es claro que la petición Scotiabank Colpatria S.A. encaminada a la aprehensión y retención del automotor dado en garantía por el suplicante, no es un proceso ni una ejecución y, por tanto, no se predica su suspensión por el hecho de haber iniciado el gestor diligencias notariales para obtener su 'insolvencia como persona natural no comerciante'. Adicionalmente, el inicialista no demostró que fuese deudor de un crédito privilegiado de carácter laboral o de alimentos como para anteponerlo al pago deprecado por la referida entidad financiera"



⁵ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Quinta de Decisión Civil, Rad: 11001-3103-022-2021-00432-01.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC1807-2021. Ref. Acción de tutela de JUAN CARLOS RUBIANO ZÚNIGA contra el JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ y otro. (Impugnación). Rad: 11001-3103-022-2021-00432-01.