

RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SAS

Deberes legales. Pérdidas, insolvencia y aseguramiento

Abel Veiga Copo



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Colección Textos de Jurisprudencia



UR

Responsabilidad de administradores SAS

Veiga Copo, Abel

Responsabilidad de administradores SAS. Deberes legales. Pérdidas, insolvencia y aseguramiento / Abel Veiga Copo. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2014. viii, 156 páginas.—(Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-492-5 (Rústica)

ISBN: 978-958-738-493-2 (Digital)

Derecho Privado / Derecho comercial / Empresas – Legislación / Quiebra / Deudor y acreedor / Responsabilidad civil / Concurso de acreedores // I. Título / II. Serie.

346.078

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

amv

Julio 15 de 2014

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

Responsabilidad de administradores SAS

**Deberes legales.
Pérdidas, insolvencia y aseguramiento**

Abel Veiga Copo



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2014 Editorial Universidad del Rosario
© 2014 Universidad del Rosario, Facultad de
Jurisprudencia
© 2014 Abel Veiga Copo

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

LIBRO RESULTADO DE INVESTIGACIÓN

Fecha de evaluación: 29 de mayo de 2014

Fecha de aceptación: 05 de junio de 2014

Las opiniones de los autores no comprometen la responsabilidad de la Universidad.

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Primera edición: Bogotá D.C., septiembre de 2014

ISBN: 978-958-738-492-5 (Rústica)

ISBN: 978-958-738-493-2 (Digital)

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo: Rodrigo Díaz Losada

Diseño de cubierta: Miguel Ramírez, Kilka DG

Diagramación: Martha Echeverry

Impresión: Estratégikamente Ltda.

Impreso y hecho en Colombia

Printed and made in Colombia

Contenido

I. Introducción.....	1
II. Deberes fiduciarios de los administradores.....	7
III. La responsabilidad de socios y administradores por pérdidas sociales. Respuestas societarias, respuestas concursales. Una visión desde el derecho societario español	35
3.1. El momento exacto de detección de las pérdidas y su magnitud	38
3.2. Naturaleza y extensión de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales	45
IV. El desplazamiento de la responsabilidad al seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos	53
4.1. Sujetos del seguro: sociedad tomadora, administrador asegurado y acumulación de posiciones subjetivas	65
4.2. El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de administradores	72
V. Administradores e insolvencia	79
5.1. Hacia la subordinación del crédito del administrador. El camino de la subordinación de socios y administradores por créditos respecto de la sociedad insolvente	92
5.2. La subordinación convencional	106
5.3. La subordinación legal. Las personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural	116
5.4. Las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica	121

El presente libro de investigación es resultado de las actividades del autor como investigador asociado de la Universidad Sergio Arboleda, en desarrollo del proyecto titulado “Escenarios de interpretación y aplicación de las instituciones jurídicas societarias introducidas por la Sociedad por Acciones Simplificada” que se realiza al interior de la Línea de Derecho Mercantil Internacional del Grupo de Investigación en Derecho Privado (Registro Colciencias COL0036339) de la misma Universidad.

I. Introducción

No dispensa la SAS una normativa propia y específica que regule el régimen de responsabilidad de los administradores. No precisa, no define, no delimita. Simplemente remite al régimen general. Así se entiende sin lugar a dudas el dictado del artículo 27 de la Ley 1258 cuando expresa, y directamente aduce, que las reglas relativas a la responsabilidad de los administradores, contenidas en la Ley 222 de 1995, serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere. Enigmática remisión “si los hubiere” que circunscribe sin duda al administrador de hecho. Figura ésta poliédrica y presente en la realidad práctica a quien administra de hecho y quien de hecho administra.¹ Ámbitos y significantes éstos que caben bajo la noción genérica de administrador de hecho.

Por un lado, administradores aparentes o notorios, por otro, administradores ocultos o paralelos, mas, ¿cómo se exige la responsabilidad civil en que éstos pueden incurrir y dañar tanto a la sociedad como a socios y a terceros? ¿Cómo se exige esa responsabilidad a quien permanece oculto pero imparte las instrucciones? Nada asevera sobre el cómo desempeñaran su cargo ni con qué diligencia los administradores de la sociedad, tampoco del deber de informarse diligentemente de la marcha de la sociedad. Del mismo modo, nada se dice sobre los requisitos subjetivos de quiénes serán y cómo administradores, como tampoco del estatuto de los administradores. Adviértase además que el artículo 22 de la Ley 222 no define ni conceptúa el término de administrador, simplemente se constriñe a ofrecer y enumerar las personas que o bien tienen

¹ Nos recuerda REYES VILLAMIZAR, *SAS La sociedad por acciones simplificada*, 3ª ed., Bogotá, 2013, p. 148, cómo la Ley 222 introdujo principios muy sólidos en materia de administradores. A pesar de su escasa aplicación práctica, en estatuto se definió el ámbito de aplicación de las normas pertinentes, por medio de una delimitación concreta de los funcionarios que se sujetan a la regulación. Se establecieron por vez primera los denominados “deberes fiduciarios de los administradores”, se crearon deberes específicos para quienes cumplen funciones de administración y se definieron los términos y las condiciones en que pueden cumplirse las acciones individuales y sociales de responsabilidad.

o bien revistan semejante cualidad.² No son pocas las legislaciones nacionales que silencian cualesquiera requisitos, cualidades, capacidades o conocimientos de cara a ser administrador de una sociedad. Lo que no precluye éstas. Pericias y conocimientos, diligencia y salvaguardia del interés social se entrecruzan permanentemente en el quehacer de la administración societaria.³ Y en ellos, la información y el deber de informarse, como el de actuar con diligencia, impregnan la actuación y la decisión de los administradores.

Qué es racional y qué es razonable en la actuación del administrador es un parámetro inexcusable y que ayudará sin duda tanto a medir como a coonestar la actuación diligente o no del administrador. Y ello amén del criterio erróneo y controvertido que durante mucho tiempo se postuló desde la Superintendencia Sociedades sobre si las funciones de los administradores debían o no constar en los estatutos sociales de la sociedad, más allá de la opción legal de no pocos ordenamientos de prescribimos y parametrarlos en sede legal.

La normativa de la SAS huye en este ámbito, aunque también en otros muchos, de dogmatismo, también de unidades conceptuales y de sistematicidad.⁴ Tributaria de cada legislación, pero sobre todo, de cada configuración

² Bien señala REYES VILLAMIZAR, *Derecho societario*, I, Bogotá, 2011, p. 565, cómo el punto de vista positivo determina los únicos funcionarios a quienes se les aplica el estatuto de los administradores; por exclusión implica, también, que quienes no están expresamente definidos como tales, escapan al estricto régimen de deberes y responsabilidades a que están sometidos aquellos.

³ Afirma GALLEGU, “Título VI La administración de la sociedad, artículo 212. Requisitos subjetivos”, *Comentario de la ley de sociedades de capital* [ROJO/BELTRÁN (Dirs.)], Cizur Menor, 2011, pp. 1502 y ss., p. 1503, que constituye un requisito de acceso al cargo ostentar la capacitación profesional y los conocimientos previos, técnicos o de otra índole adecuados a la actividad que en concreto vaya a desarrollarse, así como la pericia y la experiencia que razonablemente puedan exigirse a una persona que lleve a cabo las mismas funciones en el seno de la sociedad.

⁴ A la hora de configurar legalmente el régimen de deberes de los administradores, a propósito de la nueva ley de sociedades de capital española, RIBAS, “Título VI La administración de la sociedad, artículo 225. Deberes de diligente administración”, *Comentario de la ley de sociedades de capital* [ROJO/BELTRÁN (Dirs.)], Cizur Menor, 2011, pp. 1608 y ss., p. 1609, señala que el marco que permite ordenar los deberes de los administradores se construye mediante un régimen de círculos concéntricos presididos por el deber de buena fe que rige en todo el ordenamiento y, en particular, en el derecho privado. Bajo la categoría de la buena fe se encuentra el círculo más reducido del deber de diligencia que gobierna la posición jurídica del deudor en el ámbito de la contratación. PRADES CUTILLAS, *La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital*, Valencia, 2014, p. 269, se plantea si es diligente el administrador que contrató con un tercero contraparte sin comprobar su situación financiera, como también si lo es el administrador que sabe que la sociedad está en crisis o al borde mismo de la insolvencia. Así, sentencias del Supremo español llegan a ser contradictorias. Véase la STS de 17 de julio de 2001, RJ 2001, 5433, que considera negligente al administrador que estando él mismo en dificultades financieras, y no en crisis, contrató con

estatutaria interna, está la exigencia o no de revestir o investirse de la condición de socio, para ser administrador de la propia sociedad. Socios que pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas, o a los cuáles se les puede exigir un umbral de capital o una temporalidad mínima en su condición de socio como requisito de cara a ser administrador. Requisitos sin embargo que no prejuzgan ni capacidad ni preservación del interés societario, así como tampoco la diligencia debida y necesaria del ordenado y leal empresario. Estamos precisamente ante una noción –el interés social, el interés de la sociedad– cuyos perfiles y sus múltiples aristas no han permitido, hasta el momento, un concepto único, claro, concluso y categórico.

Sin duda, las regulaciones más modernas han optado sin ambages por un enfoque y modelo profesionalizador o profesionalizante de los administradores. Unos administradores que han de responder conductualmente en su comportamiento de un modo profesional, honesto, riguroso y leal.⁵ ¿Debe considerarse actuación negligente la actitud desplegada por el administrador que no comprueba el grado de insolvencia de la contraparte a la hora de realizar un negocio jurídico y que acaba generando pérdidas para la sociedad?, o ¿qué decir igualmente del administrador que consciente y conocedor de la insolvencia, realmente incapacidad absoluta de pago de la sociedad, contrata sin embargo con un tercero en nombre de la sociedad?, ¿está cumpliendo sus deberes fiduciarios y legales?, ¿qué consecuencias depara semejante actuar?, mas ¿es diligente el administrador que no paga las deudas de la sociedad cuando consciente de las dificultades de ésta no lo advierte a los potenciales acreedores?⁶

tercero: “... todos cuyos presupuestos se producen en este caso, habida cuenta de que, según se indica en la sentencia de instancia sobre la conducta de los Administradores, *las recurrentes no se opusieron a unos contratos, pese a la defectuosa situación económica de la compañía*” (énfasis añadido).

⁵ Como afirma REYES VILLAMIZAR, SAS, cit., p. 152, se trata de un patrón de conducta que trae consigo una evaluación informada de las principales opciones de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones.

⁶ Como botón de muestra véanse de cara a perimetrar un esbozo del concepto de diligencia, sentencias del Supremo español como la de 11 de junio de 2001, o la de 16 de febrero de 2004. Así, en la STS de 11-6-2001 (RJ 2001, 5673): “... En el supuesto de debate, concurren los presupuestos indicados, toda vez que don José Antonio F. C. no ha desempeñado su cargo con ‘la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal’ como dispone el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, y ha coadyuvado a la adopción y ejecución del acto lesivo, *al encargar la realización de diversos servicios de transporte y ocasionar un perjuicio a la sociedad actora por su falta de abono, con la consiguiente conexión entre su conducta y el daño, de manera que cabe reprocharle su despreocupación al no realizar el pago* por parte de la sociedad por él regida, en tanto que es el único Administrador de la misma y actuó en este caso

Cuándo entendemos que se produce una lesión a los intereses de la sociedad, y cuando toda lesión no atenta contra aquella, es un ámbito no exento de dificultades pero sí pródigo en teorizaciones y pronunciamientos jurisprudenciales. Lo cual implica saber a ciencia cierta qué es, cómo infiere, qué ataca esa lesión al interés, la lesión al interés social que, como dice la ya vieja sentencia del Tribunal Supremo español de 19 de febrero de 1991, no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social; situación que, en segundo lugar, lleva o puede llevar aparejado de forma inmediata, el beneficio de uno o varios accionistas o de un tercero. Corolario de lo mismo, irrumpe el nexo causal entre la lesión del interés social y el beneficio indicado. Tales presupuestos deben ser probados.

Y es esa exigencia de responsabilidad la que procederá, unas veces como responsabilidad por actos propios que persigue indemnizar el daño causado por el actuar ilícito de los administradores, ya sea a la sociedad o a los socios, ya a los terceros acreedores de aquélla, y que exige la prueba de los elementos típicos de toda acción de responsabilidad; esto es, además de la existencia de un daño patrimonial y de una conducta negligente, que, a diferencia de lo previsto en legislaciones societarias precedentes, no ha de ser necesariamente grave, sino que incluye también la culpa leve, desde el momento en que basta que los actos sean realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar

en su carácter de tal, es decir como órgano social y no como mero socio o como particular, por lo que ha generado la consiguiente responsabilidad” (énfasis añadido). Y en sentido exactamente contrario, el impago de facturas no es negligencia, como en la srs de 20-7-2001 (RJ2001, 6863): “...Y en cuanto a la negligencia del hoy recurrente, claro está que en un caso como el aquí examinado no basta con la pura y simple falta de pago parcial de las deudas sociales para acreditarla, porque si así fuera el administrador acabaría respondiendo siempre y en todo caso de las deudas sociales, incluso más allá de lo previsto en el art. 262.5 y la Disp. Transit. 3ª.3 LSA, y además esa responsabilidad sería retroactivamente exigible a todo administrador, siempre que no hubiera transcurrido el plazo del art. 949 ccom, aunque hubiera cumplido sus obligaciones legales y estatutarias y no se probara que hubiera faltado a la negligencia exigible según el art. 127 LSA. En suma, el solo hecho del impago de las deudas sociales no es por sí solo demostrativo de negligencia del administrador ni del nexo de causalidad directa exigido por el art. 135 LSA”. Podemos encontrar el criterio de que la falta de presentación de las cuentas anuales es negligencia y causa de daño, y por ello de condena, como sucede en la srs de 10-3-2003 (RJ 2003, 3755): “... La falta de presentación de cuentas anuales de la entidad en el Registro Mercantil respecto de las correspondientes al año 1993, en el cual se produce toda la actuación en el tráfico mercantil que origina el presente juicio; el daño –derivado del impago de la suma antes detallada por el incumplimiento del contrato, que ha sido reconocido por la propia sociedad codemandada–; y la relación directa entre aquélla y éste”.

el cargo; diligencia que no es otra que la de un ordenado empresario y de un representante leal, siendo preciso, igualmente, demostrar la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño causado.

De otra parte, a través de la exigencia, en su caso, de una responsabilidad solidaria de los administradores con la sociedad respecto de las deudas sociales, que no obedece a los mismos principios que la anterior, puesto que se trata de una responsabilidad por deuda ajena y no por actos propios, cuyo alcance no se identifica con el daño efectivamente causado sino con el importe de la prestación debida por la sociedad, que puede no ser coincidente con aquél, sin que, de otro lado, se exija la existencia de un nexo causal entre la acción del administrador y el impago del crédito al acreedor social.

Hablar de responsabilidad de los administradores implica partir de un presupuesto categórico, a saber, los deberes del administrador, los deberes fiduciarios, el desempeño de éstos. Y en este ámbito el análisis no se detiene, como tampoco lo hace la responsabilidad cuando estamos ante administradores de facto o de hecho. Un administrador que, como asevera la sentencia del Supremo español de 8 de febrero de 2008: “La característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino *la actuación en la condición de administrador* sin observar las formalidades esenciales que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición”.⁷

En el ámbito conceptual de administrador de hecho se eleva a elemento fundamental, una nota de habitualidad y permanencia del ejercicio efectivo de la función gestora, que no aparece taxativamente determinada en la ley pero que es implícita al término administrador. En este sentido, para ser considerado administrador de hecho es necesario que actúe habitual y continuadamente como tal. No puede bastar para ello una simple decisión ocasional por importante que ésta haya sido para el devenir social.

Noción esta novedosa en el derecho colombiano pero que no reguló la Ley 222 y sí introduce el artículo 27 de la SAS.⁸ Un desempeño profesional y

⁷ Énfasis añadido. Advierte LATORRE CHINER, “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”, RDM, 2004, n° 253, p. 868, que solo puede venir dado por una verdadera participación en la administración, por un ejercicio real, positivo y efectivo de la gestión. Para la autora, la condición de administrador de hecho pasa porque se produzca una verdadera actividad de gestión reiterada o de cierta permanencia.

⁸ Señala REYES VILLAMIZAR, SAS, cit., p. 169, que en el artículo 27 SAS se reguló de modo explícito esta figura, mediante una consagración general que le otorga al juez societario suficiente discrecionalidad

objetivo. Estamos ante una responsabilidad subjetiva o por culpa, no objetiva ni tampoco cuasiobjetiva, y estamos además en el marco de una responsabilidad legal o preceptiva que no puede modularse ni atemperarse a través de los estatutos sociales.⁹ Una responsabilidad que es dable y por tanto exigible a cualquier tipo de sociedad mercantil de capital, respetando eso sí las peculiaridades intrínsecas y propias de cada tipo social. Una responsabilidad resarcitoria o indemnitaria que ha de diferenciarse nítidamente de la responsabilidad por deudas.

Conviene no identificar bajo concepto ni criterio alguno la responsabilidad por daños de la responsabilidad por deudas. En ésta, la sociedad se ve afectada por la inacción o actuación no diligente del administrador que ante las pérdidas no redujo capital, no disolvió ésta, o no instó el concurso de acreedores o procedimiento de insolvencia. Así, la responsabilidad por deudas, como *infra* veremos, no busca una indemnización *per se*. Al contrario, trata de extender e imputar esa deuda, ese perjuicio patrimonial a quienes teniendo culpa o responsabilidad en éstas, las causaron: los administradores. Por lo que se imputan al patrimonio propio y personal de los administradores, si se prueba que infringieron o incumplieron obligaciones y deberes de actuación. Una responsabilidad que cobra una doble dimensión, a saber, si ésta se dirige por los estrictos cauces societarios, y por tanto, la respuesta es societaria, o por los cauces procedimentales de la insolvencia, que suele llevar o abocar a la sociedad a la disolución y liquidación no societaria, sino concursal.

para definir cuándo procede la calificación respectiva. Enfatiza ese carácter novedoso de esta institución en el derecho local. En la página 178 asevera que la introducción en el derecho colombiano responde a la circunstancia frecuente en la que individuos ajenos a la administración de la sociedad, amparados en la indemnidad que les da su carácter de “no administradores”, pueden controlar la administración de la sociedad y, en no pocas ocasiones, causarle perjuicios a esta, a los asociados y a terceros.

⁹ Si el ámbito fuere de una responsabilidad objetiva, como bien advierte FARRÁN FARRIOL, *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*, Barcelona, 2004, p. 161, entenderíamos como sistema de responsabilidad objetiva el que atribuye a una persona la obligación de indemnizar a otra, con independencia de que haya intervenido o no culpa o negligencia en el obrar de la obligada a indemnizar... el responsable solo puede exonerarse de la responsabilidad por culpa de la propia víctima, acto de tercero o fuerza mayor.