



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.