

## OFICIO 220-135454 DEL 4 DE SEPTIEMBRE DE 2018

### REF: ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN LA SAS- CUANDO EL ADMINISTRADOR ES SOCIO.

Aviso recibo de su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual se remite entre otros al Oficio 220-142204 de 15 julio de 2016, y solicita el concepto de esta Entidad sobre el tema de la referencia; de manera puntual consulta:

¿En los casos de sociedades por acciones como la SAS, cuando se va a someter a votación en la asamblea de accionistas el ejercicio de la acción social de responsabilidad consagrada por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, se debe excluir el voto a que tiene derecho el accionista que a su vez es administrador de la sociedad y que quedará removido del cargo si la decisión en mención es aprobada?

Aunque es sabido, no está demás observar que los conceptos emitidos en esta instancia, solo expresan una opinión general y abstracta de la Entidad sobre las materias a su cargo, que en los términos de los Artículos 14 y 28 del C.C.A. no tienen carácter vinculante ni comprometen su responsabilidad.

Bajo ese presupuesto procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas de orden normativo y doctrinal:

En primer lugar ha de tenerse en cuenta la premisa general establecida en el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, según la cual en lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio.

Igualmente el artículo 27 de la ley mencionada dispone que las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.

Por su parte el artículo 43 ibidem, dispone que los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía, por lo cual se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. En tal virtud, quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio

que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.

Hechas las precisiones anteriores, es oportuno traer los apartes pertinentes del Oficio No. 220-205096 del 9 de noviembre de 2016, que expone el criterio vigente aun de esta Superintendencia, sobre las reglas en materia de votación frente a la acción de responsabilidad de los administradores:

“(…) De la lectura del artículo 25 de la Ley 222 de 1995 y conforme con las características mencionadas, tenemos cómo al administrador que se le aplique la acción social de responsabilidad, que de manera concomitante tenga la calidad de socio de la persona jurídica objeto de la misma, no sufre menoscabo alguno en lo relacionado con el derecho al voto que le otorga la ley, por el sólo hecho de tener la calidad mencionada.

Lo anterior encuentra su sustento legal, no sólo en el hecho cierto de que el administrador—socio, queda sometido en un todo a la situación que le fue planteada por un tercero y debe ser considerada por el máximo órgano social, lo que debe conllevar en sana justicia a permitirle ejercer a cabalidad su derecho de voto, sino que además la norma legal que consagra la acción, bajo ningún punto de vista, permite excluir el voto del asociado contra quien se ejercitó la acción social de responsabilidad.”

Bien se afirma, que al ser la norma invocada, una disposición de contenido prohibitivo y restrictivo, no es factible por vía de analogía hacerla extensiva a situaciones que no están expresamente consagradas en la misma.

“En este orden de ideas y siendo consecuentes con lo expuesto, debemos afirmar que al administrador-socio contra quien se ejercita la acción social de responsabilidad, a que hace referencia el artículo 25 de la ley 222 de 1995, no puede excluirse la posibilidad de ejercer su derecho al voto, al no existir norma alguna que lo consagre.(…)”<sup>1</sup>

1 Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220—220-205096 (9 de noviembre de 2016). Remoción de Administradores - participación del socio que es administrador, en la votación de la acción social de Responsabilidad en su contra, y otros.. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO%20220-205096.pdf#search=votacion%20accion%20social%20de%20los%20administradores](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-205096.pdf#search=votacion%20accion%20social%20de%20los%20administradores). 2 REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. 3ª Edición. Tomo I. Editorial TEMIS S.A.. 2017. 727 p. ISBN 978-958-35-1096-0.

Dicha posición ampliamente examinada en la doctrina, también ha sido compartida por el profesor y actual Superintendente Reyes Villamizar:

“Para efectos de calcular esta mayoría, no se excluye el voto de los administradores si estos fueren asociados. Ellos obedece a la inexistencia de una prohibición legal explícita (cfr. Superintendencia de Sociedades, oficio 220-8852 del 9 de marzo de 2004). Según la misma entidad, el art. 25 de la Ley 222 de 1995, contiene un régimen excepcional que desplaza las disposiciones generales sobre mayorías decisorias, tales como la contenida en el artículo 359 del C. de

Co., en el cual se exige pluralidad para adoptar decisiones en la junta de socios de las limitadas. "Este régimen excepcional cobija también al número de asociados requeridos para tomar esta decisión. Porque si bien el art. 359 es el régimen general por el cual se señala la mayoría decisoria en el caso de sociedades de responsabilidad limitada debe conformarse con un número plural de socios, la del art. 25 de la ley 222 de 1995 no contempla este requisito adicional y en tal medida, en criterio de este Despacho, la voluntad de uno sólo de los socios que represente la mayoría absoluta de las cuotas representadas en la reunión, bastará para que la sociedad deba iniciar la acción social de responsabilidad". (oficio 220-13628 del 15 de febrero de 2000)."<sup>2</sup>.

En el mismo sentido la jurisprudencia emitida por la entidad en función de sus facultades jurisdiccionales, ha señalado:

" (...) En línea con lo anterior, esta Superintendencia ha intervenido decididamente, hasta en las esferas más íntimas de una compañía, para proteger los derechos de minoritarios oprimidos. En el contexto del abuso del derecho de voto, por ejemplo, este Despacho ha reprobado la conducta indebida de accionistas en la remoción de administradores, la emisión primaria de acciones, la retención de utilidades, la capitalización de dividendos, la enajenación global de activos y la creación de juntas directivas. En todos estos casos, a partir de vigorosos debates probatorios, pudo desentrañarse la intención lesiva detrás de determinaciones sociales en apariencia legítimas.(...)"<sup>3</sup>.

3 Delegatura de Procedimientos Mercantiles - Superintendencia de Sociedades, Libro de Jurisprudencia Societaria III - 2017 Sentencia 800-052 (8 de junio de 2016). Protección de asociados minoritarios ante la expropiación concertada entre el controlante y los administradores / Soluciones a los problemas de la acción social de responsabilidad. 171 y 172 p. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/Libro-Jurisprudencia-Societaria-III-2017.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/Libro-Jurisprudencia-Societaria-III-2017.pdf)

"(...) Unas de las principales medidas judiciales que puede intentarse para remediar expropiaciones como la descrita consiste en controvertir la conducta del mayoritario que bloqueó, en el máximo órgano social, la posibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad. Según lo expresado por este Despacho en el ya citado caso de Sares Ltda., podrá configurarse un abuso del derecho de voto 'cuando se hubiere negado la posibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad para encubrir las actuaciones irregulares de un administrador o proteger la desviación de recursos sociales a favor del accionista mayoritario. En estos casos, la decisión de rechazar la acción social correspondería a una finalidad que no es tolerada por el ordenamiento colombiano. Debe reiterarse, en este sentido, que el derecho de voto no puede convertirse en un instrumento para provocar daños, ni para que un accionista se adjudique prerrogativas especiales a expensas de los demás asociados'. En el caso estudiado, este Despacho concluyó que efectivamente se había producido una actuación abusiva, tal y como puede apreciarse en el siguiente extracto de la sentencia n.º 800-54 del 15 de mayo de 2015: 'El Despacho no encontró una justificación legítima para que Construcciones Orbi S.A. hubiera rechazado la acción social propuesta por Jovalco S.A.S. en abril de 2013.

Por el contrario, los elementos de juicio disponibles apuntan a que Construcciones Orbi S.A. se valió de su derecho de voto para encubrir la distracción de activos de Sares Ltda., a favor de personas vinculadas a aquella compañía, mediante actuaciones que infringieron el régimen colombiano en materia de conflictos de interés. Así, al hacer imposible la aprobación de la acción social propuesta por Jovalco S.A.S., Construcciones Orbi S.A. obstruyó, para beneficio de sus propios accionistas y administradores, la única vía judicial disponible en nuestro ordenamiento para reclamar los perjuicios posiblemente sufridos por Sares Ltda. Esta actuación, a todas luces censurable, encaja dentro de los presupuestos contemplados en la Ley 1258 de 2008 para la configuración del abuso del derecho de voto [...]. De probarse el ejercicio abusivo del derecho de voto, un accionista minoritario podría exigirle a los mayoritarios la indemnización de los perjuicios derivados de la imposibilidad de iniciar una acción social de responsabilidad.(...)”<sup>4</sup>

Lo anterior sirve de fundamento para reiterar la conclusión a que se ha hecho referencia, en el sentido de que no es viable jurídicamente excluir al accionista administrador de una sociedad por acciones como la SAS, para que ejerza efectivamente su derecho al voto en la reunión de asamblea donde pretenda decidirse sobre el inicio o no de la acción social de responsabilidad, por lo cual quedará a disposición de los accionistas la decisión respectiva, y las acciones que se puedan encaminar con la conducta pertinente, en caso de ser perjudicial para la compañía o para los otros accionistas en los términos de la legislación nacional.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los alcances previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, siendo oportuno en esta instancia recoger de manera expresa el concepto contenido en el Oficio 220-142204 de 15 julio de 2016, como todos aquellos que expresen posiciones contrarias en torno al tema objeto del presente oficio.

<sup>4</sup> Delegatura de Procedimientos Mercantiles - Superintendencia de Sociedades, Libro de Jurisprudencia Societaria III - 2017 Sentencia 800-026 (13 de abril de 2016). Ratificación de operaciones viciadas por conflictos de interés / problemas de la acción social de responsabilidad. 120 p. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/Libro-Jurisprudencia-Societaria-III-2017.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/Libro-Jurisprudencia-Societaria-III-2017.pdf)