



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada Ponente

SC1364-2024

Radicación n° 11001-31-99-002-2019-00452-01

(Aprobado en sesión de 30 de mayo de dos mil veinticuatro)

Bogotá D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Corte el recurso de casación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso verbal promovido por Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. – INASSA- contra Edmundo Rodríguez Sobrino.

I. ANTECEDENTES

1.- La promotora formuló acción social de responsabilidad contra Edmundo Rodríguez Sobrino y solicitud de declaratoria de nulidad de actos celebrados y decisiones tomadas en conflicto de interés.

Las pretensiones se formularon en varios grupos, así:

1.1.- Pretensiones «*relativas al pago sin sustento alguno ordenado por Edmundo Rodríguez y a la comisión ilícitamente recibida por Edmundo Rodríguez a raíz de la compra de Emissão S.A.*». De manera principal se pidió declarar que Edmundo Rodríguez Sobrino, en su condición de administrador de la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A., violó e incumplió el régimen de deberes y prohibiciones de los administradores sociales, al tiempo que violó la ley y los estatutos de la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. En consecuencia, declararlo responsable de todos los daños y perjuicios que haya sufrido o que pueda sufrir la demandante por tales conductas y condenarlo a resarcir los daños y perjuicios generados por \$950.000.000; USD\$5.400.000; así como 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes por daños inmateriales o lo que resulte probado en el proceso.

1.2.- Pretensiones «*relativas a los golden parachutes que Edmundo Rodríguez aprobó en favor de Diego García y Germán Sarabia*», declarar que Edmundo Rodríguez Sobrino estaba incurso en un conflicto de interés cuando en la reunión de la Junta Directiva de Interamericana de Aguas y Servicios S.A. del 2 de diciembre de 2015, votó a favor la aprobación de «*incorporar a la nómina de INASSA al Gerente de Gestión Corporativa, Diego García Arias, partir (sic) del año 2016 y confiéranse a los gerentes de INASSA, Germán Sarabia Huyke y Diego García Arias, un beneficio laboral equivalente a doce (12) meses da (sic) salario adicionales, al momento de su desvinculación laboral con la compañía*»; además, se declare que el convocado no surtió el procedimiento regulado en el artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015 y, en

consecuencia, se ordenen las restituciones mutuas a las que haya lugar.

En forma subsidiaria, se pidió declarar que el demandado violó e incumplió el régimen de deberes y prohibiciones de los administradores sociales y, consecuentemente, declarar que, «*en caso de que la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. se vea obligada a pagar a Diego Fernando García Arias y/o a Germán Sarabia Huyke los beneficios extralegales que les fueron concedidos en la reunión de Junta Directiva del 2 de diciembre de 2015*», tiene derecho a repetir en contra del accionado.

1.3.- Pretensiones «*relativas al golden parachute que le fue concedido a Edmundo Rodríguez*». Declarar que el demandado y, por ende, la Sociedad Rodríguez Sobrino Abogados Asociados, estaban incursos en un conflicto de interés cuando el 22 de enero de 2014, el primero celebró con la demandante la Adenda No. 3 al contrato de asistencia técnica suscrito entre la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. Inassa y Rodríguez Sobrino Asociados S.L., y declarar que, a pesar de lo anterior, Edmundo Rodríguez Sobrino y la Sociedad Rodríguez Sobrino Abogados Asociados no surtieron el procedimiento regulado en el artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015. En consecuencia, declarar que esa Adenda es absolutamente nula y se ordenen las restituciones mutuas.

En subsidio, declarar que el demandado violó e incumplió el régimen de deberes y prohibiciones de los

administradores sociales, y que la demandante no está obligada a pagarle los beneficios extralegales que le fueron concedidos en virtud de la referida Adenda.

2.- Como fundamentos fácticos de sus aspiraciones, expuso la accionante:

2.1.- Inassa hace parte del Grupo Canal Isabel II, cuya actividad principal es *«la gestión del ciclo integral del agua y el fortalecimiento de los procesos comerciales, con la aplicación continua de nuevos desarrollos, avances tecnológicos y conocimiento, adecuándose a las necesidades de las sociedades en las que participa para ofrecer su mejor servicio a más de 24 millones de personas diariamente en Latinoamérica».*

2.2.- El 20 de abril de 2009, se celebró un contrato de asistencia técnica suscrito entre la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. Inassa y Rodríguez Sobrino Abogados Asociados S.L., por medio del cual esta sociedad se comprometía a prestar los servicios de asistencia técnica para el gerenciamiento y/o asesoría en las diferentes áreas de Inassa, para lo cual, *«le suministrará personal suficiente, idóneo y calificado»*, y entre sus tareas estaban:

2.1. Orientar la gestión integral de INASSA, para lo cual destinará un profesional que ocupará la Presidencia Ejecutiva de esta sociedad.

2.2. Dirigir y gestionar, a través de la Presidencia Ejecutiva de INASSA, las compañías que forman el Grupo Empresarial, las cuales son, entre otras: Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P. (Colombia), Metroagua S.A. E.S.P. (Colombia); Gestión Integral de Suministros GIS Ltda. (Colombia); Recaudos y Tributos S.A. R&T S.A. (Colombia), y AAA Atlántico S.A. E.S.P. (Colombia), AAA Servicios de Venezuela S.A. Lassa

(Venezuela), AAA Ecuador S.A. (Ecuador), Amagua C.E.M. (Ecuador), AAA Dominicana S.A. (República Dominicana), Inforesa S.A. (República Dominicana), Watco S.A. (República Dominicana), Interamericana de Aguas de México S.A. de C.V. (México), y Mexaqua S.A. de C.V. (México).

Rodríguez Sobrino Abogados Asociados S.L. para ocupar el cargo de Presidente Ejecutivo de Inassa, designó a Edmundo Rodríguez, con funciones de administración, representación legal y representación judicial y extrajudicial y «ejecutar todos los actos u operaciones comprendidas dentro del objeto social de conformidad con lo previsto en las leyes y en estos estatutos»¹. Adicionalmente, entre el 30 de julio de 2004 y el 28 de abril de 2016 fue miembro de la Junta Directiva de Inassa, según consta en acta de Asamblea General de Accionistas No. 47.

2.3.- En el informe de auditoría que por solicitud de la demandante emitió Grant Thornton S.L.P., se indicó que el 2 de junio de 2015, Diego García en representación de INASSA, y Germán Sarabia como director general de Interamericana de Aguas de México S.A. – INAMEX y al mismo tiempo administrador de INASSA, suscribieron un contrato por USD\$455.500.

El 10 de agosto de 2015, Inassa emitió un cheque a su propio nombre por un valor de COP\$950.000.000, como «[a]nticipo pago en dólares proyecto de sostenibilidad», no obstante, apenas el 15 de septiembre siguiente INAMEX emitió la respectiva factura. Sobre esa transacción, Germán Sarabia, quien en ese momento era tanto Director General de Inamex como administrador de Inassa, «le manifestó a GT que,

¹ Artículos 34 y 36 de los estatutos

por instrucción de Edmundo Rodríguez, acudió a Bancolombia para cobrar el cheque al que se hizo referencia. Una vez recibió el efectivo, Germán Sarabia lo llevó a la oficina de Ramón Navarro, en ese momento Gerente General de Triple A S.A. E.S.P., otra empresa del Grupo».

En dicho informe se afirmó: *«(...) no hemos identificado ningún elemento que nos permita acreditar prestación alguna del servicio entre Inassa e Inamex y, por tanto, justificar la entrega del efectivo - que ascendía a 950.000.000 COP - por parte de D. Germán Sarabia a D. Ramón Navarro»,* lo que constituye una actuación de Edmundo Rodríguez contraria a la diligencia, lealtad, probidad y honestidad que se espera del administrador de una compañía.

2.4.- Respecto de los *«golden parachutes»* que Edmundo Rodríguez aprobó en favor de Diego García y Germán Sarabia, se evidenció también una práctica violatoria de los deberes de los administradores por cuanto, estos últimos aprobaron como miembros de la Junta Directiva de Inassa beneficios adicionales *«en favor de la sociedad de la que Edmundo Rodríguez Sobrino es representante legal, de la que lleva su mismo nombre y de la que es presumiblemente dueño, los cuales se materializaron en adendas celebradas por Germán Sarabia en nombre de Inassa en virtud de las cuales se aumentó sustancialmente el monto del Golden Parachute de 12 a 18 meses».*

En el Acta de la Junta celebrada el 2 de diciembre de 2015, se plasmó la proposición de Edmundo Rodríguez Sobrino que fue aprobada en Resolución 008-130-2015, así:

Retoma la palabra Edmundo Rodríguez Sobrino, quien informa a los directivos de la compañía que, a partir del año siguiente se

procederá a vincular laboralmente a la compañía a Diego García Arias, Gerente de Gestión Corporativa y co-representante legal suplente, porque, a la fecha, todavía se encuentra bajo la nómina de Metroagua.

Además expone que considera conveniente conceder, a los gerentes y representantes legales suplentes de INASSA, Germán Sarabia Huyke y Diego García Arias, un beneficio laboral consistente en doce (12) meses de salario, al momento de la eventual terminación de sus respectivos contratos de trabajo. (Subraya intencional)

Lo anterior da cuenta de una práctica violatoria de los deberes de los administradores y de un arreglo corrupto, pues, «*de una parte, Germán Sarabia y Diego García aprobaron al interior de la Junta Directiva de Inassa otorgar un beneficio a Edmundo Rodríguez a través de la sociedad Rodríguez Sobrino Asociados S.L., y en retribución, Edmundo Rodríguez aprobó, dentro de la misma Junta Directiva, beneficios a Diego García y Germán Sarabia*», de modo que se pagó un favor, tomándose una decisión «*en interés personal y de terceros y en perjuicio de la Compañía de la cual eran administradores*». Esas prebendas fueron aprobadas a favor de los señores García y Sarabia en conflicto de interés, que no fue informado a la Asamblea General de Accionistas.

2.5.- La comisión ilícitamente recibida por Edmundo Rodríguez por la compra de Emissão S.A., se deriva de que varios antiguos administradores de Inassa aprobaron que la empresa comprara una compañía brasileña por un valor mayor al justo del mercado. Esto con el propósito de repartirse ese mayor valor entre ellos a través de unas «*comisiones*» que les serían entregadas por el propietario de la empresa objeto de la compra, y ese exceso pagado no correspondía únicamente a las comisiones repartidas entre los ex administradores de Inassa y otros, sino que obedecía a distintas «*actuaciones y omisiones del señor Edmundo Rodríguez*

Sobrino», en el proceso de adquisición de acciones de Emissao, que dan cuenta de que éste no veló por los intereses de la sociedad sino por los «*suyos propios y de los vendedores*».

2.6.- La Asamblea General de Accionistas de Inassa en reunión del 28 de noviembre de 2018, decidió iniciar una acción social de responsabilidad en contra del demandado, que fue ratificada en la Asamblea del 29 de mayo de 2020.

3.- Réplica

El convocado se opuso al éxito de las pretensiones, y como excepciones de mérito alegó: «*inexistencia de afectación o perjuicio a Inassa derivado de la operación celebrada entre Inassa e Inamex e inexistencia de una supuesta orden por parte de Edmundo Rodríguez para cobrar cheque o entrega de dinero*», «*ausencia de prueba del hecho e inexistencia de la afectación o perjuicio a Inassa derivado de la compra de Emissão*», «*inexistencia de daños extrapatrimoniales por afectación a intereses jurídicos constitucionalmente protegidos*», «*prescripción de las pretensiones del capítulo 3.1 de las pretensiones de la reforma de la demanda integrada*», «*prescripción de las pretensiones contenidas en los capítulos 3.4 y 3.5 de las pretensiones de la reforma de la demanda integrada*» y «*mala fe y abuso del derecho a demandar*».

4.- La Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, el 14 de febrero de 2022² emitió sentencia anticipada parcial, en la cual resolvió «*[d]eclarar la prescripción de los hechos relacionados con las comisiones otorgadas por la compra de la sociedad Emissão; Engenharia e Construccoes Ltda.*», en consecuencia, «*[d]esestimar las pretensiones*

² Consecutivos 224 y 225, cuaderno principal, Superintendencia de Sociedades, Parte 1.

de la demanda relacionadas con la compra de Emissão Engenharia e Construccoes Ltda.»; igualmente, «[d]eclarar la prescripción de los hechos relacionados con el Golden Parachute aprobado a favor de Edmundo Rodríguez Sobrino» y «[d]esestimar las pretensiones formuladas mediante los numerales 3.4. y 3.5. del acápite de pretensiones del texto integrado de la reforma de la demandada subsanada».

Posteriormente, en sentencia del 8 de marzo de 2022, resolvió desestimar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la promotora.

5.- El Juzgador de segunda instancia, al resolver de manera conjunta los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante contra ambas determinaciones, resolvió modificar los numerales 1 y 3 de la sentencia anticipada parcial, en el sentido de *«DECLARAR de oficio probada la falta de legitimación en la causa por activa de la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A., en relación a las pretensiones enunciadas en el numeral 3.1, por las conductas relativas a la compra de la compañía Emissão Engenharia e Constuccoes Ltda., y a la presunta apropiación de la comisión por dicho negocio jurídico. A su vez, declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva en cuanto a la pretensión dirigida contra el hecho hipotético de ‘participación’ y “autorización en el cobro de un cheque por valor de \$950.000.000,00».*

Además, declaró *«falta de legitimación en la causa por activa en relación a los hechos relacionados con el Golden Parachute aprobado a favor de Edmundo Rodríguez Sobrino y a su vez, de los Golden Parachute relacionados en los numerales 3.4 y 3.5.»*, y confirmó en todo lo demás *«tanto la sentencia anticipada parcial como la negativa*

de las pretensiones del fallo definitivo, pero por las razones aquí expuestas».

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Para decidir de ese modo, en síntesis, expuso el Tribunal:

1.- El conflicto se enmarca en la responsabilidad civil de quien fungió como administrador, consagrada en el artículo 200 del Estatuto Mercantil, reformado por el canon 24 de la Ley 222 de 1995, en virtud del cual *“los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”*. Las obligaciones de los administradores han sido ampliamente desarrolladas por la normativa comercial y el régimen especial contenido en la Ley 222 de 1995, compendio normativo que prevé, entre otras cosas, quienes ostentan la calidad de administradores (art. 22), sus deberes (art. 23), responsabilidades (art. 24) y las acciones judiciales con las que se cuenta en caso de comprobarse la falta a sus compromisos por parte de aquellos.

Del artículo 25 de la normatividad en cita, se infiere que la acción social de responsabilidad está dirigida contra los administradores que, con su conducta en contravía de la ley o de los estatutos, hayan causado perjuicios a la sociedad y por corresponder a la persona jurídica debe ser ejercida por la sociedad, *«sin pasar por alto que para ello es menester contar con una aprobación previa por mayoría simple de la asamblea o junta*

general de socios, adoptada con el voto favorable de la mitad más una de las cuotas, acciones o partes de interés representadas en la reunión» y, conforme a la jurisprudencia, el fin de ese proceso es la solución a los problemas propios de la administración de una sociedad y procurar el cese de las decisiones arbitrarias de los dirigentes, quienes deben actuar con lealtad y buena fe, de no hacerlo así, les corresponde resarcir los perjuicios que se hubieren causado a la empresa y a sus asociados.

Se destaca que la responsabilidad que deviene del directivo es de carácter contractual, por cuanto tiene sustento en la convención social a la que llegaron los asociados al constituir la empresa, a la que se acogió el gerente cuando aceptó el cargo y la naturaleza del proceso se define *«por los hechos que invocados en la demanda conlleven a determinar si lo reprochado es la desatención del llamado a juicio a sus deberes como administrador, su supuesto actuar negligente, la anteposición de sus intereses sobre los de la empresa y en últimas, el perjuicio irrogado a la sociedad mercantil como resultado de ese actuar»*.

2.- La demandante afirmó que la empresa sufrió un detrimento económico, a causa de las inapropiadas conductas del administrador. En ese sentido, lo intentado *«es la acción social de responsabilidad del entonces administrador, porque si bien con la interposición de la demanda se pretende obtener un reconocimiento económico, las actuaciones que le endilga a Edmundo Rodríguez Sobrino se dirigen, concretamente, a la reparación de los daños irrogados a la sociedad mercantil»*.

Cabe advertir que, por regla general, la judicatura no está facultada para resolver por fuera de los límites que le

imponen los fundamentos, el *petitum* de la demanda y las consiguientes objeciones de su contestación, so pena de emitir fallos «*ultra petita* “superar tales límites”, *extra petita* “actuar por fuera de ellos” o *citra petita* “dejar sin resolver algún aspecto de la controversia”», en desarrollo del principio de congruencia contenido en el artículo 281 de la normatividad adjetiva, con las excepciones previstas el canon 282 *ibidem*.

3.- Resulta procedente realizar el estudio de la legitimación en la causa por activa para impetrar la acción social de responsabilidad del administrador. Parámetro que el fallador puede auscultar aún de oficio, por tratarse de un presupuesto de la acción que define quién puede demandar y contra quién es dable impetrar las pretensiones y como la legitimación en la causa es una cuestión sustancial que atañe a la acción, su ausencia, conduce inexorablemente a un fallo adverso al demandante.

4.- De acuerdo con el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, “[l]a acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día”. Es decir, el interés para actuar se reputa en la misma sociedad, decisión que se toma por su máximo órgano con el *quórum* señalado, de modo que «la determinación de la asamblea opera como requisito *sine qua non* de procedencia de la acción social».

En el caso *sub examine*, la asamblea referida por la actora como presupuesto para promover la demanda fue la consignada en el acta número 55 del 28 de noviembre de 2018, Resolución n.º 01-55-2018, en la cual se estipuló:

«Artículo primero: Ordénese a la Junta Directiva y al representante legal de la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios INASSA, iniciar Acción Social de Responsabilidad contra las personas que aparecen en el resumen presentado, en su calidad de administradores y/o exadministradores de la sociedad, de acuerdo a lo normado en la legislación mercantil y según lo explicado por los abogados externos de la Compañía. Artículo segundo: Facúltese a la Junta Directiva y a la representación legal de la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios, Sigla INASSA, para realizar todos los actos necesarios para cumplir con lo ordenado en el artículo anterior».

5.- En el acápite de la demanda titulado *«análisis eventuales acciones de responsabilidad en contra de ex administradores de INASSA»*, se denota el cuadro de las posibles acciones sociales de responsabilidad que la sociedad interpondría: *«Frente a Edmundo Rodríguez Sobrino, por su actuar ante la sociedad Inamex, en tanto “habría autorizado el cobro de cheque en efectivo de Inassa y autorizado la entrega de efectivo a Ramón Navarro sin contrato o causa alguna”.*

La decisión respecto de la posibilidad de adelantar acciones sociales frente a Edmundo Rodríguez Sobrino, consistió *«de manera exclusiva, en demandarlo por la presunta participación con la negociación que celebró la compañía demandante con la empresa Inamex, de donde, en su criterio, derivó una aprobación del cobro de un dinero, el cual hace parte de la pretensión 3.1 “relativa al pago sin sustento alguno ordenado por Edmundo Rodríguez” y a su vez, del pedimento tendiente a condenarlo por perjuicios dado su actuar en tal acuerdo».*

En esa reunión de la asamblea general no se trataron los demás tópicos que integraron el total de pretensiones en

las que se cuestionaron conductas como la adquisición de una comisión por la compra de Emissão S.A. y la aprobación de golden parachutes –como prestación extralegal- concedido no solo a Edmundo Rodríguez Sobrino, sino también a favor de Diego García y Germán Sarabia, y un presunto conflicto de intereses a la hora de tomar decisiones por cuenta del órgano societario.

Pese a que la parte actora en la reforma de demanda afirmó que mediante el Acta No. 63 del 29 de mayo de 2020, se ratificó la continuación de la acción social contra Edmundo Rodríguez, con base en los señalamientos de la demanda y que, a su vez, allí se autorizó a presentar *«las reformas que tuviera lugar»*, su dicho no puede ser acogido, comoquiera que, revisada la documentación que anexó como soporte, se echa de menos el manuscrito en mención.

Aunque se observa un escrito semejante, esto es, la *«Certificación de parte pertinente del Acta de Asamblea de Accionistas No. 63 de Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. Inassa»*, allí no se identificaron los accionistas con su correspondiente porcentaje de participación, para poder constatar que la aprobación no fuera inferior al 20% de las acciones societarias, tal como lo prevé el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. Por lo anterior,

(...) no es posible acoger una presunta Acta que incorporó una decisión de manera genérica que dé paso a que un tercero demande como vocero de la sociedad, sin contar con la fiel voluntad de la misma, expresada por medio de la asamblea general. En otras palabras, no era suficiente consignar en el acta suscrita con posterioridad a la presentación de la demanda, un consentimiento

de continuar con la acción social frente a los hechos relatados en el escrito introductor “o cualquier reforma adicional que se llegare a presentar”, no sólo porque no están demarcadas las conductas, ni correctamente individualizadas, sino que además la norma prevé que el litigio no puede adelantarse sin el acuerdo “previo” de la Asamblea, con el quórum representativo legalmente tipificado.

En conclusión, al no existir prueba inequívoca y fehaciente de que en la asamblea general se acordó la iniciación de la acción social por las mencionadas conductas, resulta inviable dar paso a esta causa, dado que la demandante no está habilitada para llamar a juicio al demandado, en tanto, «no cuenta con el aval del máximo órgano social»; por lo que no habría lugar a realizar las declaraciones y condenas que se solicitan; ni es procedente entrar al estudio de fondo de los motivos de censura, pues no se comprobó la legitimación por activa en los términos del artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

6.- Las pretensiones por la «participación en el contrato entre Inamex e Inassa», así como los «pagos sin sustento alguno ordenados por Edmundo Rodríguez y autorización de cobro de cheque», no corren la misma suerte que las demás actuaciones endilgadas al administrador, toda vez que en el Acta 55 de 28 de noviembre de 2018, sí se consignó la posibilidad de demandarlo por su actuar ante la sociedad Inamex, en tanto «habría autorizado el cobro de cheque en efectivo de Inassa y autorizado la entrega de efectivo a Ramón Navarro sin contrato o causa alguna».

En lo tocante a este tópico, el estudio de la prescripción extintiva declarada por el *a quo*, no logra salir avante, pues de la demanda se evidenciaba la falta de legitimación por

pasiva frente a esa conducta. Tan es así, que en el mismo escrito de subsanación de la reforma de aquella, la actora afirmó que en la asamblea general se permitió la posibilidad de adelantar la acción social por una presunta «*autorización de cobro de un cheque por valor de \$950.000.000,00*», aseveración que no se acreditó en el proceso, pues es la misma demandante quien citó un informe particular de auditoría en el cual, «*se señala que el señor Germán Sarabia -quien fungía como Director General de Inamex, y Administrador de Inassa-, fue quien acudió a Bancolombia para cobrar el cheque al que se hizo referencia y que una vez, esta persona en mención recibió el efectivo, lo llevó a la oficina de Ramón Navarro, en ese momento Gerente General de Triple A S.A. E.S.P., -otra empresa del Grupo-*».

Aunque la apelante insiste en que, sí existió una participación del demandado en el negocio celebrado entre Inamex e Inassa, no aparece una declaración expresa que confirmara su dicho y la mencionada auditoría señala textualmente en el informe del 6 de agosto de 2018 que: «*Con fecha 2 de junio de 2015, D. Diego García -en representación legal de Inassa- y D. Germán Sarabia -como Director General de Inamex - suscribieron un contrato para El diagnóstico del estado del sistema de sostenibilidad empresarial aplicable a Inassa, la consolidación de sus actuales sistemas de sostenibilidad empresarial, y la elaboración de un memorándum de observaciones, estipulando un precio de USD\$455.500. (...) Inamex emitía una factura a Inassa por el importe estipulado según el contrato. (...) en base a la información proporcionada por Bancolombia a Inassa, el cheque fue cobrado en efectivo por D. Germán Sarabia*», sin que, de ese texto, «*se perciba que en algún momento el convocado haya suscrito tal acuerdo contractual o hubiere quedado demostrado el retiro del dinero por cuenta propia. Así que, ante la orfandad probatoria, no queda más remedio que desestimar su alegato*».

Entonces, con independencia de la fecha tomada para contabilizar el término prescriptivo, la demandante no estaba facultada para impetrar la acción social de responsabilidad, «*dada la falta de aprobación clara y certera por parte de la asamblea general como máximo órgano social*», y como lo que en esta instancia se examinó es el interés en la causa de la parte activa -respecto de gran parte de las pretensiones-, así como el interés en la causa por pasiva –en cuanto al último reparo que en esta providencia se analizó-, habrá de mantenerse la desestimación de la totalidad de las pretensiones, pero por las razones expuestas, esto es, por la falta de legitimación.

III.- DEMANDA DE CASACIÓN

Se formularon cinco cargos, los dos iniciales con soporte en la causal primera del artículo 336 del Código General del Proceso y los restantes en la segunda. Teniendo en cuenta la afinidad de sus argumentos, se analizarán en forma conjunta los cargos primero y segundo; así como el tercero y el cuarto; el quinto se estudiará por separado.

IV. PRIMER CARGO

Se acusa la sentencia de afrenta directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, y por falta de aplicación de los cánones 23 de la Ley 222 de 1995; 200 (subrogado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995) del Código de Comercio y 2341 del Código Civil, así como del principio de acceso a la justicia.

Para sustentarlo, en resumen, adujo la inconforme:

El Tribunal arribó a la conclusión de que en el sub lite no se comprobó la legitimidad por parte del extremo activo respecto de las pretensiones que se encontraron relacionadas con los Golden Parachutes y la compra de Emissão. Su yerro fundamental radica en *«confundir el concepto de la acción social de responsabilidad, con las pretensiones y la causa petendi de la demanda por medio de la cual se materializa el ejercicio de dicha acción»*, que lo conllevó a aplicar de forma indebida el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, disposición llamada a regular este tipo de acciones, por cuanto estableció una serie de *«exóticos requisitos que, en su opinión, deben satisfacerse para ejercitar la acción social de responsabilidad»*, que carecen de sustento jurídico pues no se desprenden de dicho artículo o de otra disposición, ni de los lineamientos trazados por la jurisprudencia en esa materia.

Al deducir que la acción social de responsabilidad puede ser ejercitada en un proceso *«únicamente en relación con aquellos hechos que hayan sido discutidos expresamente en la asamblea o junta de socios en la que fue aprobada»*, el juzgador terminó introduciendo un requisito para el ejercicio de esa acción consistente en que, *«al momento de su aprobación, la Sociedad deberá especificar cada uno de los hechos por los que perseguirá en sede judicial la responsabilidad del administrador, sin que sea posible posteriormente en la demanda incluir pretensiones basadas en hechos diferentes»*. Ello significa trasladar a los asociados la carga de estructurar la *causa petendi* y las pretensiones de la demanda desde el momento mismo de la aprobación del ejercicio de la acción, lo cual es contrario al espíritu de la norma, por cuanto este tipo de acciones parten de la *«asimetría*

de la información que existe, fruto del clásico problema de agencia entre administrador y asociados, que impide que estos conozcan en detalle el alcance de la responsabilidad del administrador, así como el sustento fáctico y probatorio de la misma, precisamente hasta que el mismo sea removido del cargo y se inicien las labores tendientes a presentar la demanda de responsabilidad».

En el canon 25 en mención únicamente se instituyen como condiciones *sine qua non* para impetrar la acción social de responsabilidad contra los administradores que «*exista una decisión previa por parte de la asamblea general o la junta de socios consistente en la aprobación del ejercicio de la acción*» y que «*la decisión de ejercer la acción social de responsabilidad sea tomada por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes del interés representadas en la reunión*», de modo que, verificados esos requerimientos, la sociedad se encontrará legitimada para ejercitarla. Sin embargo, el Tribunal en lugar de centrar su atención en la aprobación de la acción social de responsabilidad, en general, consideró que lo que resultaba relevante era que dicha aprobación recayera sobre cada uno de los hechos por los que se perseguiría judicialmente al administrador, quedando en evidencia la confusión «*entre el derecho de “acción” y la materialización de dicho derecho mediante la estructuración de una demanda y la delimitación de unas pretensiones*».

Al proceder de este modo, el juzgador vulneró la norma en mención, pues, en abierta desatención de su diáfano contenido, «*abstrae una exigencia que no es propia de la norma, y termina por edificarla como una especie de requisito de indefectible cumplimiento para el ejercicio de la acción social de responsabilidad*», entendimiento que no consulta el contenido de la norma.

La Corte Suprema de Justicia en SC 6 nov. 2018, refirió que el requisito concerniente a la aprobación de la acción social de responsabilidad se decanta en el aval que debe otorgar el ente social frente a su ejercicio, pero nunca ha mencionado la necesidad de especificar en ese mismo momento los hechos concretos en virtud de los cuales se perseguirá judicialmente la responsabilidad del administrador, de modo que otorgado dicho aval, será la sociedad por medio de sus nuevos administradores y apoderados, *«quien deberá incoar el juicio correspondiente, o subsidiariamente los administradores, el revisor fiscal o los socios si no se hace dentro de los 3 meses siguientes»*.

El Tribunal no podía equiparar el ejercicio de la acción social de responsabilidad con la estructuración de la demanda porque se trata de dos figuras claramente diferenciadas con exigencias y requerimientos propios que no deben confundirse. Al respecto, la doctrina especializada propugna por la distinción de los conceptos de acción, demanda y pretensión, con el propósito de evitar que se atribuyan requisitos para el ejercicio de una acción que sean propios de la presentación de la demanda o de la formulación de las pretensiones.

La exigencia a la que alude el Tribunal se contrapone a la *«teleología y la dinámica funcional»* del ejercicio de la acción social de responsabilidad en particular, pues conforme a la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, su propósito *«es que “se interponga tan sólo cuando obedezca a los mejores intereses de la sociedad”*», si la norma habilita la persecución de la

responsabilidad de un administrador con esa finalidad, cercenarla por hechos que no fueron detalladamente discutidos en la junta o asamblea que aprobó tal acción, no parece concordar con los legítimos intereses de la sociedad que es la directamente afectada por la violación de los deberes del administrador e *«inhibe la posibilidad de que, al perseguir judicialmente la responsabilidad de un administrador, se incluyan en la demanda hechos o irregularidades que pudieron haber sido descubiertos con posterioridad de que fuera aprobada la acción social de responsabilidad y removido de su cargo el respectivo administrador»* y al verse limitado ese derecho favorecería *«la impunidad del administrador frente a ciertas conductas irregulares que adelantó y mantuvo ocultas de los asociados»*.

En la decisión cuestionada, se dejó de aplicar el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 que consagra los deberes de los administradores (lealtad, diligencia y buena fe) y el precepto que les ordena actuar siempre en interés de la sociedad. Igualmente, se dejó de aplicar el artículo 200 del Código de Comercio que consagra la responsabilidad solidaria de los administradores por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad y la presunción de dicha culpa en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones; así como el canon 2341 del Código Civil.

De no haber incurrido en estos yerros, el sentenciador *«habría tenido que descender a aplicar al caso concreto las anteriores normas de eminente carácter sustancial sobre responsabilidad de los administradores. Al no hacerlo, desconoció el principio general del acceso a la administración de justicia de mi representada, quien no pudo*

siquiera obtener una resolución de fondo a las controversias sobre la responsabilidad de su antiguo administrador».

V.- SEGUNDO CARGO

Por el primer motivo de casación, se acusa la sentencia de violar directamente el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, por aplicación indebida, y por falta de aplicación los artículos cánones 23 *ibídem*; 200 y 427 del Código de Comercio; 2341 del Código Civil, así como el principio de acceso a la justicia.

En sustento de este reproche, adujo el inconforme:

Para el juzgador de segunda instancia la ratificación de la acción social de responsabilidad aprobada en la asamblea del 29 de mayo de 2020, tampoco legitimaba a la demandante respecto de todas las pretensiones impetradas, por cuanto no era posible individualizar a los accionistas que participaron en dicha reunión, lo cual impide corroborar la fiel voluntad de la sociedad; y, además, la aprobación de dicha acción debía ser previa al inicio del litigio. En esas condiciones, aplicó el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 en un escenario jurídico que no estaba llamado a regular, pues como lo reconoce en su fallo, *«la decisión que fue aprobada en la segunda reunión de la asamblea corresponde a una ratificación de la acción social de responsabilidad y a la aprobación de una futura reforma de la demanda; no fue una aprobación de la acción social de responsabilidad, la cual había sido ya aprobada previamente».*

Ni siquiera era necesario entrar a analizar la validez de dicha decisión para determinar la legitimación de la accionante porque el ejercicio de la acción ya había sido aprobado; incluso, si así fuese, no debían verificarse los requisitos que establece el artículo 25 de la Ley 222, pues solo debía cumplir con aquellos generales del artículo 427 del Código de Comercio en cuanto a la mayoría necesaria para adoptar las decisiones de la asamblea de accionistas.

Ninguna de las expresiones empleadas por el legislador mercantil para regular la aprobación de las decisiones de los órganos sociales, permite entender que, para demostrar su aprobación, sea necesaria la identificación de cada uno de los accionistas que haya participado en la deliberación, lo que cobra especial relevancia en sociedades de capital, como son las anónimas, en las cuales la identidad de los accionistas es un elemento accidental y lo relevante es el porcentaje de acciones que representan en el capital social para efectos de demostrar que las decisiones fueron aprobadas con las mayorías exigidas legalmente. Es el voto mayoritario de las acciones y no la identificación de los votantes lo que tiene relevancia para efectos de evaluar la aprobación de una decisión.

La vulneración en que incurrió el Tribunal se advierte con nitidez, pues *«exigió el cumplimiento de un requerimiento que resulta extraño a los artículos 427 del Código de Comercio y 25 de la Ley 222. Lo cual lleva a que este terminase aplicando indebidamente esta última disposición, y que, por lo demás, haya dejado de aplicar la primera al caso concreto»*.

VI.- CONSIDERACIONES

1.- Teniendo en cuenta que estos cargos acusan quebrantamiento directo de normas de contenido material, ello significa que el desacuerdo de la recurrente no atañe a aspectos de carácter fáctico o probatorio, sino que su inconformidad se refiere de manera exclusiva al contenido jurídico de la decisión, de allí que el análisis se circunscribirá a verificar si se presentó yerro respecto de los textos legales que la recurrente considera indebidamente aplicados o de los que considera fueron inaplicados por el Tribunal pese a que eran los llamados a ser considerados para resolver la cuestión litigiosa.

El tratadista Jaime Guasp al precisar los eventos en que puede configurarse el error *in judicando*, hace referencia al denominado silogismo judicial y a las operaciones mentales que normalmente desarrolla el juez al decidir las controversias sometidas a su conocimiento, al efecto, indica que, la primera de ellas «*se encuentra en la determinación de las bases jurídicas a las que el fallo tiene que ajustarse, esto es, en la fijación de las normas que han de ser aplicadas sobre la base de una exacta elección e interpretación de las mismas, puesto que solo si se eligen e interpretan adecuadamente se podrá entender que se ha conseguido una actuación ajustada a derecho, como enseñan las reglas de aplicación de las normas jurídicas*»³, y asegura que el juez puede incurrir en infracciones de fondo en esa primera etapa tanto por indebida selección como por mala interpretación de la norma

³ GUASP JAIME. Derecho Procesal Civil - Tomo II. Parte Especial. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 826.

jurídica «*originándose de este modo correspondientes motivos de la casación que se reclama*»⁴.

Murcia Ballén, a propósito de la modalidad de yerro *in judicando* por «*aplicación indebida*», precisa:

Otro tipo de concepto de infracción que recoge la doctrina universal del Derecho, y que los doctrinantes separan y distinguen tanto de la falta de aplicación como de la interpretación errónea, es la aplicación indebida. En este caso, el error in judicando no se encuentra en la premisa mayor del silogismo, o sea al seleccionar la norma aplicable y determinar su validez, sino en la premisa menor, porque es al subsumir los hechos establecidos dentro de la hipótesis de la norma elegida cuando el error puede cometerse.

*Este concepto o especie de violación se presenta cuando, entendida rectamente la norma de derecho en su alcance y significado, se la aplica a un caso que no es el que ella contempla. Emanada, pues, la indebida aplicación, no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica*⁵.

El mismo autor reseña lo sostenido por la Corte en SC 24 oct. de 1975, referente a que «*el quebranto de una norma sustancial por **aplicación indebida** ocurre cuando, sin embargo, de interpretarle al juez en su verdadera inteligencia, la aplica a un caso que ella no regula; es decir, **cuando se aplica al asunto que es materia de la decisión una ley impertinente**. Lo cual supone, como es apenas obvio, que esta especie de quebranto ni remotamente puede darse cuando el precepto sustancial no se aplica*»⁶ (Negrilla intencional).

Por otra parte, esta Sala ha precisado que cuando se acude la vía directa para alegar la violación de la ley sustancial, se debe, «*limitar la formulación del ataque a establecer la*

⁴ *Ibidem*, pág. 827

⁵ MURCIA BALLÉN, Humberto. Recurso de Casación Civil. 4° ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1996. Págs. 321-322.

⁶ *Ibidem*, págs. 322-323.

*existencia de falsos juicios sobre las normas materiales que gobiernan el caso, ya sea por falta de aplicación, al no haberlas tenido en cuenta; **por aplicación indebida, al incurrir en un error de selección que deriva en asumirles efectos para situaciones no contempladas**; o cuando se acierta en su escogencia pero se concluye de las mismas un alcance que no tienen, presentándose una interpretación errónea»⁷ (Negrilla intencional).*

2.- De la responsabilidad del administrador

El artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el canon 24 de la Ley 222 de 1995, regula la responsabilidad de los administradores, al señalar, que estos «*responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros*». La norma consagra, además, una presunción de culpa en contra del administrador, en los casos de «*incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos*», y precisa que, de igual manera se presumirá la culpa «*cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar*».

La acción jurisdiccional prevista para debatir la responsabilidad social del administrador está consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, en los siguientes términos:

⁷ Cfr. Entre otras, CSJ SC 01 nov. 2011, exp. 2006-00092-01, y SC 17 nov. 2005 exp. 7567.

La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.

La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.

Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.

3.- En el primer cargo la casacionista adujo que se violó directamente el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 por **aplicación indebida**, así como los artículos 23 de la misma ley, 200 del Código de Comercio y 2341 del Código Civil, por falta de aplicación.

3.1.- Dada la naturaleza de la acción que dio origen a este proceso no llama a duda que las disposiciones de la Ley 222 de 1995 eran las llamadas a disciplinar la resolución de la controversia, y ciertamente fueron las consideradas por el tribunal como referente normativo, al acotar: «[b]ajo los parámetros ya fijados se tiene que el conflicto en mención se enmarca en la responsabilidad civil de quien fungió como administrador, consagrada en el artículo 200 del Estatuto Mercantil, reformado por el canon 24 de la Ley 222 de 1995, en virtud del cual “los administradores responderán

solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”».

Por lo que atañe a la **aplicación indebida** del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, en esencia, en el cargo primero se enfatiza que, de acuerdo con el raciocinio del Tribunal, la sociedad no aprobó en su asamblea del 28 de noviembre del 2018 la acción social de responsabilidad en contra de Edmundo Rodríguez, respecto a los hechos específicos que se relacionaron en las pretensiones de la demanda referentes a la compra de la Brasileira Emissão S.A. y con el golden parachute aprobado para Edmundo Gutiérrez a través de la firma de abogados de la que era socio.

Desde el punto de vista de la recurrente, la indebida aplicación del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, consiste en que el Tribunal estableció una serie de requisitos que debían satisfacerse para ejercitar la acción que no se desprenden del contenido literal o de la finalidad de la mencionada norma, de otras semejantes, o de la jurisprudencia.

Obsérvese que en la sentencia impugnada el juzgador, luego de justificar por qué entraría a analizar aspectos relacionados con la legitimación en la causa por activa precisó:

En el asunto materia de reclamación, de acuerdo con la Ley pluricitada, para impetrar la referida acción social, se debe acatar lo dispuesto en su canon 25 que, a la postre, prevé lo siguiente: “[l]a acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día” –subraya para destacar-.

Es decir, que el interés para actuar se reputa en la misma sociedad, decisión que como viene de verse se toma por el máximo órgano social con el quórum señalado. En otras palabras, la determinación de la asamblea opera como requisito sine qua non de procedencia de la acción social.

(...)

De cara a lo anterior, para la Sala es evidente que existió únicamente una decisión respecto de la posibilidad de adelantar acciones sociales frente a Edmundo Rodríguez Sobrino, la que consistió, de manera exclusiva, en demandarlo por la presunta participación con la negociación que celebró la compañía demandante con la empresa Inamex, de donde, en su criterio, derivó una aprobación del cobro de un dinero, el cual hace parte de la pretensión 3.1 “relativa al pago sin sustento alguno ordenado por Edmundo Rodríguez” y a su vez, del pedimento tendiente a condenarlo por perjuicios dado su actuar en tal acuerdo.

Lo dicho, para relievar que en la reunión de la asamblea general que viene de comentarse, no se trataron los demás tópicos que integraron el total de pretensiones enfiladas por la parte actora, en las que se cuestionaron conductas como la adquisición de una comisión por la compra de la compañía Brasileña Emissão S.A. 17 y la aprobación de Golden parachutes –como prestación extralegal– concedido no solo a Edmundo Rodríguez Sobrino, sino también a favor de Diego García y Germán Sarabia¹⁸, y un presunto conflicto de intereses a la hora de tomar decisiones por cuenta del órgano societario.

Como puede apreciarse, el *ad quem* fue enfático en que a partir de la lectura del artículo 25 de la Ley 222 la decisión de promover la acción social de responsabilidad en contra de los administradores tenía la naturaleza de ser previa y además tomada en la asamblea general de la junta de socios por la mayoría indicada en dicha norma, y a partir del estudio de las pruebas aportadas estimó que en este caso no se satisfacían esas dos exigencias respecto de algunas de las conductas que sirvieron de base a la formulación de la demanda, en ese sentido, señaló:

Lo dicho, para relievar que en la reunión de la asamblea general que viene de comentarse, no se trataron los demás tópicos que

*integraron el total de pretensiones enfiladas por la parte actora, en las que se cuestionaron conductas como la adquisición de una comisión por la compra de la compañía Brasileña Emissão S.A. 17 y la aprobación de Golden parachutes –como prestación extralegal– concedido no solo a Edmundo Rodríguez Sobrino, sino también a favor de Diego García y Germán Sarabia¹⁸, y un presunto conflicto de intereses a la hora de tomar decisiones por cuenta del órgano societario.
(...)*

Dicho esto, resulta importante destacar que al no existir prueba inequívoca y fehaciente que demuestre que en la asamblea general se acordó la iniciación de la acción social por las conductas atrás detalladas y especificadas, para la Sala es inviable dar paso a esta causa, dado que la persona jurídica demandante no está habilitada para llamar a juicio al demandado, en tanto como ya se dijo, no cuenta con el aval del máximo órgano social. (subraya intencional).

En conclusión, como en el caso analizado, no se comprobó el legítimo actuar por parte de la demandante, toda vez que dio inicio a este asunto sin acreditar con el Acta de Asamblea que la decisión se hubiera tomado en una reunión de ese órgano y con respeto al porcentaje de aprobación; no habría lugar a realizar las declaraciones y condenas que se solicitan, ni siquiera, es procedente entrar al estudio de fondo de los motivos de su censura, pues no se comprobó la legitimación por activa en los precisos términos del artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

Pese a que la inconforme enfiló este reproche aduciendo error *in judicando* por «*indebida aplicación*» del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, lo cierto es que en sus argumentos no cuestiona que esa disposición efectivamente fuera la llamada a regular el asunto litigioso, particularmente, en lo que respecta al marco de referencia para verificar la satisfacción de los requisitos legales que viabilizan el ejercicio de la acción social promovida. En efecto, aunque cuestionó la inteligencia o hermenéutica ofrecida por el juzgador de segunda instancia a la norma en mención, omitió explicar, por qué, desde su punto de vista, esa disposición se tuvo en cuenta en un caso ajeno a la materia que ella regula, es decir, a un asunto para el cual resultaba impertinente.

Es más, si la censura consideró que esta deducción del tribunal era contraria a la finalidad de la acción social de responsabilidad, al concluir que la misma puede ser ejercitada en un proceso únicamente en relación con aquellos hechos que hayan sido discutidos expresamente en la asamblea o junta de socios en la que fue aprobada, ha debido orientar sus reparos en demostrar que el yerro endilgado se originó en una errada interpretación de la ley sustancial, cosa que no hizo.

Bastan las anteriores apreciaciones para deducir lo infundado que resulta el ataque desde la hipótesis de indebida aplicación del artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

3.2.- Por otra parte, el argumento relacionado con la **falta de aplicación** del artículo 200 del Código de Comercio resulta por completo descontextualizado puesto que, como se reseñó en precedencia, dicho precepto sí fue tenido en cuenta por el tribunal como marco teórico normativo para resolver la controversia.

En cuanto a la alegada falta de aplicación del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 que consagra los deberes de los administradores, si bien es cierto en la sentencia impugnada esta disposición solo se menciona de manera general, también lo es que, en la forma como fue resuelto el litigio, no era menester que el tribunal incursionara en mayores disertaciones acerca de los fundamentos fácticos de la demanda relacionados con las conductas endilgadas al demandado como constitutivas de incumplimiento de sus

deberes. Si la frustración de las aspiraciones de la parte convocante se edificó a partir de la ausencia de legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva y, precisamente, por no superarse ese presupuesto, el superior refrendó lo resuelto en la primera instancia, resultaba innecesario detenerse en el estudio de las premisas fácticas aducidas como violatorias de los deberes del administrador plasmadas en la mencionada disposición.

En esa medida, carece de relevancia el reparo que pone de presente la casacionista en los dos cargos en estudio acerca de la falta de aplicación del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

A la misma conclusión se arriba frente a la aducida falta de aplicación del artículo 2341 del Código Civil, conforme al cual, *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*, pues ante la definición del asunto a partir de la ausencia de legitimación en la causa por activa y por pasiva, al margen de que las pretensiones de la demanda estuvieran orientadas a obtener una indemnización de perjuicios, nada puede reprocharse al juzgador por no haber hecho actuar esta norma en la sentencia de segundo grado.

De ahí que los argumentos que soportan el cargo relacionados específicamente con la falta de aplicación de los artículos 23 de la Ley 222 de 1995, 200 del Código de Comercio y 2341 del Código Civil, caen en el vacío, por lo

mismo, no pueden soportar con probabilidad de éxito la causal primera de casación esgrimida con soporte en ellos.

4.- En el segundo cargo se acusó también falta de aplicación del artículo 427 del Código de Comercio. Este cuestionamiento se dirigió contra el argumento del fallo combatido relacionado con la **falta de legitimación por activa** de la demandante en cuanto a las pretensiones relacionadas con los golden parachutes y la compra de Emissão.

Para la censura el yerro del Tribunal consistió en que aplicó el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 «*a un escenario jurídico que no estaba llamado a regular*», pues la decisión aprobada en esa segunda reunión de la asamblea corresponde a una «*ratificación de la acción social de responsabilidad y a la aprobación de una futura reforma de la demanda*», por lo que no se trataba, en sí, de la aprobación de la acción de responsabilidad social, pues aquella había ocurrido con anterioridad. Por lo tanto, la segunda decisión no se regía por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, sino que debía cumplir los requisitos generales del artículo 427 del Código de Comercio.

Sobre el particular, se dice en la sentencia:

Ahora, pese a que la parte actora enuncia en su escrito de reforma de demanda subsanada, que mediante el Acta No. 63 del 29 de mayo de 2020, se ratificó la continuación de la acción social contra Edmundo Rodríguez Sobrino, con base en los señalamientos de la demanda y que a su vez, allí se autorizó a presentar “las reformas que tuviera lugar”, lo cierto es que en esta instancia, su dicho no puede ser acogido, comoquiera que revisada la documentación que

anexó como soporte de su manifestación, se echó de menos el manuscrito en mención.

En todo caso, aunque se observa un escrito semejante, esto es, la «Certificación de parte pertinente del Acta de Asamblea de Accionistas No. 63 de Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. Inassa», es claro que pese a que el documento cuenta con mérito probatorio suficiente, en la misiva no se identificaron a los accionistas junto con su correspondiente porcentaje de participación, con el fin de constatar el fiel cumplimiento de contar con una aprobación no inferior al 20% de las acciones societarias, tal como lo prevé el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

En suma, debe indicarse que no es posible acoger una presunta Acta que incorporó una decisión de manera genérica que dé paso a que un tercero demande como vocero de la sociedad, sin contar con la fiel voluntad de la misma, expresada por medio de la asamblea general.

En otras palabras, no era suficiente consignar en el acta suscrita con posterioridad a la presentación de la demanda, un consentimiento de continuar con la acción social frente a los hechos relatados en el escrito introductor “o cualquier reforma adicional que se llegare a presentar”, no sólo porque no están demarcadas las conductas, ni correctamente individualizadas, sino que además la norma prevé que el litigio no puede adelantarse sin el acuerdo “previo” de la Asamblea, con el quórum representativo legalmente tipificado.

La censura cuestiona que el juzgador haya edificado este segmento del fallo en la constatación del cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, pese a que por tratarse de la «*ratificación*» de la acción social de responsabilidad y aprobación de una futura reforma de la demanda, la norma que debía aplicar era el artículo 427 del Código de Comercio, conforme al cual: «*[l]a asamblea deliberará con un número plural de personas que represente, por lo menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se exija un quórum diferente. Las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes, a menos que la ley o los estatutos requieran para determinados actos una mayoría especial*».

Tal reproche es a todas luces desacertado por cuanto, de la literalidad del mismo artículo 427 del Código de Comercio, emerge con nitidez que esa disposición constituye una regla general respecto del *quorum* para deliberación y toma de decisiones de la asamblea general de accionistas o junta de socios, cuya aplicación, en todo caso, está supeditada a que la ley o los estatutos de la respectiva sociedad no exijan mayorías especiales para ciertos eventos.

Desde esa perspectiva, es claro que si el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, norma de carácter especial, exige como requisito para promover la acción de responsabilidad del administrador, que su ejercicio sea aprobado previamente por la asamblea general o la junta de socios, y que la decisión en ese sentido sea tomada «*por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión*», ningún yerro pudo haber cometido el tribunal al aplicar este precepto en la solución del caso, pues dado su carácter especial sin duda alguna era el llamado a disciplinarlo.

Para la recurrente, la indebida aplicación del artículo 25 de la Ley 222 de 1995 deviene de que, en la asamblea de accionistas de Inassa reunida el 29 de mayo de 2020 que consta en el acta número 63 del libro de actas, solo se dispuso la ratificación de la acción de responsabilidad y la posibilidad de reformar la demanda ya presentada. Estima la Sala que ningún desafuero puede predicarse de la aplicación de dicha norma para revisar la viabilidad de la anunciada «*ratificación*», por el contrario, ese raciocinio

resulta ajustado a derecho, toda vez que si para promover la referida acción se exige su aprobación previa y por mayoría especial emanada del máximo órgano de deliberación de la sociedad, no es extraño que la misma lógica se aplique en un evento como el presente en el que, por vía de «*ratificación*» de dicha acción, se propendió por subsanar algunas falencias de la demanda inicial y por reformarla, de manera que ese mecanismo no podía ser utilizado para obviar o desconocer las mencionadas exigencias dado su carácter *sine qua non* en este tipo de actuaciones jurisdiccionales.

En suma, existiendo una norma de carácter especial que regula el requisito de procedibilidad de la acción de responsabilidad del administrador -que exige una decisión en ese sentido, previa a su ejercicio-, ningún asidero puede tener el motivo de inconformidad relacionado con que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 427 del Código de Comercio cuya naturaleza es general y, en cierta forma, supletiva si la ley o los estatutos no disponen algo distinto, lo que no ocurre en este caso.

Por lo expuesto, fracasan los dos primeros cargos.

VII.- TERCER CARGO

Se acusa la sentencia por violación indirecta del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, por aplicación indebida, y por falta de aplicación de los artículos 23 de la misma ley; 200 del Código de Comercio (subrogado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995); 2341 del Código Civil, así como el principio

fundamental al acceso a la justicia, por error de hecho derivado de la indebida apreciación de la prueba documental denominada «Acta 55-56 libro de accionistas (1)» y su anexo.

En síntesis, expone la recurrente:

El yerro fáctico en que incurre el Tribunal es palmario, por cuanto la objetividad del Acta 55 permitía comprobar que la aprobación de la acción de responsabilidad social impetrada en contra de Edmundo Rodríguez sí contaba con todos los elementos que exige la ley para legitimar todas las pretensiones incorporadas en la demanda y en su reforma; y porque la postura del fallador, según la cual, el ejercicio de dicha acción se circunscribe a aquello que fue discutido por la asamblea al momento de aprobarla, se contrapone a los lineamientos que rigen la materia.

En contra de lo que objetivamente se deduce de la referida acta, el Tribunal consideró que con ella solo se acreditó la aprobación de adelantar la acción contra Edmundo Rodríguez por su participación en la negociación con Inamex, por lo que la sociedad no estaba legitimada por activa para formular las pretensiones relacionadas con los golden parachutes y la compra de Emissão.

Aunque el juzgador apreció el Acta 55, ignoró que la decisión tomada por la asamblea sí cumplía todos los requisitos del artículo 25 de la Ley 222 para sustentar una acción social de responsabilidad respecto de todas las pretensiones, referentes a la existencia de una decisión

previa por parte de la asamblea general o la junta de socios, que fue tomada por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes del interés representadas en la reunión.

De la referida documental, se desprende: **i)** que el 28 de noviembre de 2018, la asamblea general de accionistas de la Sociedad se reunió, entre otros motivos, para tomar una decisión respecto al ejercicio de acciones sociales de responsabilidad en contra de algunos de sus administradores; **ii)** que a través de la Resolución No. 01-55-18, se aprobó dar inicio a la acción social de responsabilidad en contra de algunos administradores, incluido Edmundo Rodríguez, y, **iii)** la decisión fue tomada por unanimidad del 99,9% de las acciones que se encontraban presentes en la reunión.

Para el Tribunal, dicha acción puede ser ejercitada en un proceso *«únicamente en relación con aquellos hechos que hayan sido discutidos expresamente en la asamblea o junta en la que fue aprobada»*, creando así una exigencia que resulta ajena al artículo 25 de la Ley 222, pues *«introduce una carga probatoria que no se ajusta a los lineamientos y exigencias legales y jurisprudenciales que rigen en nuestro ordenamiento para efectos de ejercitar la acción de responsabilidad social»*, al tiempo que desconoce la evidente diferencia *«entre el derecho de acción y la demanda y las pretensiones por medio de las cuales se materializa dicho derecho»*..

El error es evidente, pues del simple cotejo del contenido del Acta 55 se establece que la aprobación de la

acción de responsabilidad social en contra de Edmundo Rodríguez sí contaba con todos los elementos legales. Su trascendencia radica en que, si el Tribunal no hubiese incurrido en ese error, habría deducido que la promotora se encontraba legitimada por activa respecto a todas las pretensiones, por lo tanto, habría aplicado al caso las normas sustanciales del régimen de responsabilidad de los administradores y proferido sentencia de fondo, que garantizara el acceso efectivo a la administración de justicia.

VIII.- CUARTO CARGO

Se acusa afrenta indirecta de los mismos preceptos indicados en los cargos anteriores como consecuencia de los errores de hecho en que incurrió el Tribunal por indebida apreciación del Acta 55-56 libro de accionistas (1); del «*CERTIF AGA EXT No 63 parte pertinente*» o certificado del Acta, y por error de derecho al haber incumplido su deber de decretar una prueba de oficio considerándola necesaria. Por lo siguiente:

Para sustentar la falta de legitimación por activa respecto de las pretensiones relacionadas con los golden parachutes y la compra de Emissão, el juzgador determinó que la ratificación de la acción social de responsabilidad aprobada en la asamblea del 29 de mayo de 2020 tampoco legitimaba el ejercicio de todas las pretensiones, toda vez que del certificado del Acta 63 no es posible individualizar los accionistas que participaron en dicha determinación, y porque la aprobación de la acción social de responsabilidad debe ser previa al inicio del litigio.

Aunque el Tribunal señaló que el Acta 63 contaba con mérito probatorio suficiente, su reproche se centró en que ésta no lograba acreditar que se cumplió con el requisito *«de contar con una aprobación no inferior al 20% de las acciones societarias, tal como lo prevé el artículo 25 de la Ley 222 de 1995»*, incurriendo en un grave y trascendente error, al considerar que a través de aquella, la asamblea *«había aprobado nuevamente la acción social de responsabilidad y que, por tal virtud, resultaba pertinente aplicar los requisitos establecidos en el artículo 25 de la Ley 222»*.

Del certificado del Acta 63 se colige que la decisión de la asamblea no fue aprobar la acción de responsabilidad, pues aquella ya había sido aprobada y ejercitada previamente, *«lo que aprobó el ente societario, en su autonomía, fue la ratificación de la acción social de responsabilidad en contra de Edmundo Rodríguez, de acuerdo con lo que había sido tramitado en el proceso que se encontraba en curso, ello con miras a la reforma de la demanda que se realizaría, la cual también fue aprobada en esa misma decisión»*, por lo tanto, no requería cumplir los requisitos del artículo 25 de la Ley 222, sino las exigencias generales del artículo 427 del Código de Comercio.

Dicho certificado permite corroborar que se cumplieron tanto los requisitos del artículo 427 del Código de Comercio, como los del artículo 25 de la Ley 222, toda vez que en la reunión se encontraba presente el 99.9% de las acciones en que se divide el capital social y la decisión fue aprobada por unanimidad, de manera que esa prueba sí era idónea para sustentar la decisión de ratificar la demanda de acción de

responsabilidad contra Edmundo Rodríguez, y de autorizar la que vendría a ser la reforma a la demanda.

El artículo 42 de la Ley 1429 de 2010 establece que se presumen auténticos los extractos de las actas de los órganos sociales de las sociedades mercantiles, siempre que estén suscritos por el secretario o representante legal, mientras no se compruebe lo contrario mediante declaración de autoridad competente. En el presente caso, el certificado del Acta 63 es un verdadero extracto de dicha Acta, suscrito tanto por el secretario de la reunión, como por la representante legal de la sociedad, por lo tanto, los porcentajes de aprobación se presumen auténticos, aunque no conste el nombre de cada accionista, siendo *«el voto mayoritario de las acciones, cuotas o partes del interés, y no la identificación individual de quienes han votado en uno u otro sentido, lo que tiene relevancia para efectos de evaluar la aprobación contenida en el Certificado del Acta 63»*.

En cualquier caso, incluso de considerar que, para efectos de poder otorgarle mérito probatorio al certificado del Acta 63, se requería individualizar a los socios que participaron en la asamblea junto con el respectivo porcentaje de acciones, se llegaría a la conclusión de que tal información podía ser hallada en el plenario. Recuérdese que en el expediente obra el Acta 55, en la cual se aprobó la acción social de responsabilidad, y *«al igual que lo que acontece con el Certificado del Acta 63, se anexa un cuadro en el que figura el nombre de los accionistas de la Sociedad, y a su costado derecho, el número respectivo de acciones que posee cada uno de ellos»*, de manera que tal incertidumbre era fácilmente superable, *«pues*

únicamente se requería adelantar una valoración conjunta de tal documental con aquella otra contentiva del Acta 55», bajo el entendido que, «si el número y porcentaje de acciones que posee cada socio en una y otra acta son casi simétricos, es apenas razonable, y se ajusta a la sana crítica, concluir que dichos socios coinciden en uno y otro documento».

Al margen de lo anterior, si realmente el juzgador halló un escollo insuperable para efectos de resolver de fondo, debido a la falta de identificación de los accionistas en el certificado del Acta 63, *«ha debido solicitar oficiosamente que se aportase copia íntegra del Acta o se exhibiese el libro de actas de la Sociedad. Ello, en estricto apego de lo establecido en el numeral cuarto del artículo 42 del CGP, el cual instituye como un deber de los juzgadores el de “Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”».*

Por lo tanto, era deber del Tribunal adoptar de oficio las medidas necesarias para verificar dichos nombres, lo cual no hizo, incurriendo así en un error de derecho en afrenta indirecta de las normas sustanciales en mención.

El argumento referido a que la decisión de la cual da cuenta el certificado del Acta 63 no puede ser tomada en cuenta porque no fue una aprobación previa al inicio del litigio, también desconoce la realidad, pues pretende someter la decisión que allí se hizo constar a los requisitos del artículo 25 de la Ley 222, cuando aquella no corresponde a la aprobación para ejercer la acción social de responsabilidad, la cual había sido previamente aprobada, y que lo que hizo la asamblea fue *«dejar constancia de su aquiescencia respecto a la*

inclusión en la Reforma de la Demanda, de los hechos, pretensiones y fundamentos que ya se habían esgrimido en la demanda inicial, abriendo, inclusive, la puerta para adicionar otros nuevos».

IX.- CONSIDERACIONES

1.- La causal segunda de casación se edifica en la vulneración indirecta de la ley sustancial que puede tener origen en el error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba.

El error de hecho por indebida apreciación de medios de convicción se configura cuando el vicio emerge abrupto y ostensible, de manera que, analizado el contenido material de las pruebas, en contraste con las conclusiones a las que arribó el juzgador por efecto de su valoración, salte de bulto la disconformidad. Para demostrar la existencia de un defecto de esa naturaleza, es preciso que la apreciación probatoria que propone la censura sea la única admisible, toda vez que *«no resulta suficiente presentar deducciones antagónicas a las expuestas en la sentencia, porque ellas solas no tienen entidad para demostrar desacierto alguno»* (SC11294-2016).

Los jueces gozan de autonomía para establecer el mérito demostrativo y la credibilidad que le ofrezcan los medios de convencimiento, de ahí que el cumplimiento de esa labor judicial solo puede ser cuestionado por la existencia de un verdadero yerro fáctico que además de ser manifiesto, resulte

también trascendente en la decisión.

Al respecto, en SC15173-2016, expuso la Sala:

El recurso de casación, suficientemente es conocido, tiene por mira desvirtuar la presunción de legalidad y acierto de la sentencia impugnada, bajo estrictas causales legales y en las precisas hipótesis normativas.

En esa dirección, siendo la Corte juez de la decisión del Tribunal y no del proceso, la sede extraordinaria excluye la posibilidad de provocar un nuevo análisis de las pruebas recaudadas más allá de la comprobación de los yerros probatorios denunciados en la censura, por ser un trabajo reservado a las instancias, claro, salvo en las hipótesis de proferirse sentencia sustitutiva al interior de la misma para proveer fallo de grado; tampoco constituye la oportunidad para oponer a la tarea libre y autónoma realizada por el juzgador, el criterio subjetivo de la parte recurrente en la materia.

De ahí, en temas probatorios, el objeto del recurso de casación no es la apreciación de las pruebas incorporadas, sino establecer si la valoración realizada por el Tribunal es acertada o razonable, o contraevidente. En otras palabras, si las circunstancias establecidas tienen o no respaldo en elementos de juicio dentro del expediente.

(...) Los errores de hecho, por lo tanto, necesariamente se asocian con la presencia física de las pruebas en el dossier, ya al suponerse, ora al omitirse o al tergiversarse; o con su contenido objetivo, tanto por adición como por cercenamiento o alteración, una vez verificada su existencia material.

Se estructuran, en cualquier hipótesis, cuando son manifiestos, evidentes, producto del simple y llano parangón entre lo visto o dejado de otear por el juzgador acusado y la materialidad u objetividad de las pruebas. En adición, cuando son incidentes, trascendentes, vale decir, en la medida que hayan sido determinantes de la decisión final, en una relación necesaria de causa a efecto.

(...) Los yerros, por lo mismo, deben referirse a cada prueba en particular, al margen de las demás. Si no fueron preteridas, ni imaginadas, sino distorsionadas, para hablar de mutilación de sus apartes, el contraste debe hacerse frente al contenido intrínseco de cada medio.

En esa medida, para la demostración de un cargo soportado en este motivo, no es suficiente realizar

afirmaciones generales relacionadas con el tema probatorio, con independencia de que puedan resultar pertinentes en relación con las conclusiones censuradas, sino que es menester acometer frontalmente el reproche contra los argumentos del fallador para soportar sus deducciones fácticas, lo que exige una exposición detallada que deje al descubierto que, en realidad, el error es evidente y su incidencia en la decisión adoptada.

2.- El tratadista Hernando Devis Echandía⁸, sostiene que la actividad probatoria se cumple por medio de cuatro etapas, a saber:

1°) la de recibimiento genérico a pruebas, a solicitud de las partes o de una de ellas, u oficiosamente, según el sistema legislativo vigente; 2°) la de la proposición de pruebas en concreto para su práctica o simple admisión cuando es aducida o presentada por el interesado, y la ordenación o admisión de esas pruebas por el juez y de otras que oficiosamente señale si está facultado para ello, es decir, la etapa de su admisión u ordenación en concreto; 3°) la de práctica de las pruebas ordenadas o decretadas que así lo requieran; 4°) la de valoración o apreciación, que corresponde a la de juzgamiento, esto es, a la sentencia de instancia (...).

El mismo autor destaca los principios generales de la prueba judicial, entre ellos, el de «necesidad de la prueba», referido que los hechos sobre los cuales versará el fallo deben estar demostrados con pruebas aportadas al proceso y no en el conocimiento privado del juez⁹; ese principio está plasmado en el artículo 164 del Código General del Proceso, conforme al cual, «[t]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho».

⁸ Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I. 5° ed. Temis, Bogotá, 2006, pág. 263.

⁹ Op. Cit. Pág. 107

3.- En los dos cargos en estudio, la recurrente plantea sus reproches por la vía de la causal segunda, alegando error de hecho frente a la apreciación de dos medios de convicción en particular, bajo el entendido de que el juzgador no dedujo lo que objetivamente emergía de su materialidad, pese a que les confirió valor probatorio y los tuvo en cuenta para sacar sus conclusiones.

Al respecto, se pone de relieve que estas discrepancias están estrechamente relacionadas con el análisis de los dos primeros cargos que se hallaron infundados. Ello por cuanto desde esta óptica del yerro fáctico, la casacionista insiste en que el Tribunal aplicó indebidamente para la solución del caso el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 y, precisamente, a partir de esa premisa edifica su censura en lo que considera una errada apreciación de las actas de la asamblea de socios que el Tribunal valoró en su sentencia.

La confusión de los argumentos que sustentan estos cargos se deriva de una mixtura entre las causales primera y segunda de casación, no obstante, como quiera que los reproches esgrimidos por la primera senda ya se estudiaron, en este acápite, la Sala se ocupará exclusivamente de los reparos concretos acerca del error de hecho por la aducida apreciación equivocada de dos medios de convencimiento y el error de derecho por no haberse decretado pruebas de oficio, dejando de la lado los que apuntan a la pertinencia del artículo 25 de la Ley 222 de 1995 en la definición de la litis, toda vez que resultan ajenos a esta vía y, además, ya fueron analizados en el segmento anterior de este proveído.

3.1.- En lo que atañe al mérito demostrativo del Acta 55 de la sesión del 28 de noviembre de 2018, el juzgador acotó:

En el caso sub examine, se evidencia que la asamblea a la cual hace alusión la actora, como presupuesto acreditado para promover la demanda, no es otra que la consignada bajo el acta número 55 de sesión de veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) que anexó junto con la subsanación de la reforma de su escrito primigenio.

Dicho esto, resulta pertinente hacer alusión al evocado documento, como requisito de procedibilidad, en el cual se estipuló:

“Resolución n.º 01-55-2018.

Artículo primero: Ordénese a la Junta Directiva y al representante legal de la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios INASSA, iniciar Acción Social de Responsabilidad contra las personas que aparecen en el resumen presentado, en su calidad de administradores y/o exadministradores de la sociedad, de acuerdo a lo normado en la legislación mercantil y según lo explicado por los abogados externos de la Compañía.

Artículo segundo: Facúltese a la Junta Directiva y a la representación legal de la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios, Sigla INASSA, para realizar todos los actos necesarios para cumplir con lo ordenado en el artículo anterior”.

Ahora, de la lectura realizada al “resumen presentado” titulado como “análisis eventuales acciones de responsabilidad en contra de ex administradores de INASSA”, en el acápite II, se denota el cuadro de las posibles acciones sociales de responsabilidad que la sociedad aquí demandante interpondría:

Frente a Edmundo Rodríguez Sobrino, por su actuar ante la sociedad Inamex, en tanto “habría autorizado el cobro de cheque en efectivo de Inassa y autorizado la entrega de efectivo a Ramón Navarro sin contrato o causa alguna”¹⁶.

De cara a lo anterior, para la Sala es evidente que existió únicamente una decisión respecto de la posibilidad de adelantar acciones sociales frente a Edmundo Rodríguez Sobrino, la que consistió, de manera exclusiva, en demandarlo por la presunta participación con la negociación que celebró la compañía demandante con la empresa Inamex, de donde, en su criterio, derivó una aprobación del cobro de un dinero, el cual hace parte de la pretensión 3.1 “relativa al pago sin sustento alguno ordenado por Edmundo Rodríguez” y a su vez, del pedimento tendiente a condenarlo por perjuicios dado su actuar en tal acuerdo.

Lo dicho, para relieves que en la reunión de la asamblea general que viene de comentarse, no se trataron los demás tópicos que integraron el total de pretensiones enfiladas por la parte actora, en las que se cuestionaron conductas como la adquisición de una comisión por la compra de la compañía Brasileña Emissão S.A. 17 y la aprobación de Golden parachutes –como prestación extralegal– concedido no solo a Edmundo Rodríguez Sobrino, sino también a favor de Diego García y Germán Sarabia¹⁸, y un presunto conflicto de intereses a la hora de tomar decisiones por cuenta del órgano societario.

Los argumentos que sustentan el tercer cargo referidos a la indebida apreciación de ese medio no tienen asidero, pues, como puede verse, el Tribunal lo valoró de acuerdo a su contenido y literalidad, sin que la inconforme haya orientado esfuerzos a demostrar que en ese laborio tergiversó, omitió o supuso el verdadero sentido de lo que expresada dicha documental, que constituyera una equivocación evidente y con incidencia en el sentido del fallo.

3.2.- En refuerzo de su conclusión respecto a lo que emanaba del contenido del Acta 55, el Tribunal tomó en consideración las alegaciones de la demandante consignadas en el escrito de reforma a la demanda, en los siguientes términos:

Ahora, pese a que la parte actora enuncia en su escrito de reforma de demanda subsanada, que mediante el Acta No. 63 del 29 de mayo de 2020, se ratificó la continuación de la acción social contra Edmundo Rodríguez Sobrino, con base en los señalamientos de la demanda y que a su vez, allí se autorizó a presentar “las reformas que tuviera lugar”, lo cierto es que en esta instancia, su dicho no puede ser acogido, comoquiera que revisada la documentación que anexó como soporte de su manifestación, se echó de menos el manuscrito en mención.

En todo caso, aunque se observa un escrito semejante, esto es, la «Certificación de parte pertinente del Acta de Asamblea de Accionistas No. 63 de Sociedad Interamericana de Aguas y

Servicios S.A. Inassa», es claro que pese a que el documento cuenta con mérito probatorio suficiente, en la misiva no se identificaron a los accionistas junto con su correspondiente porcentaje de participación, con el fin de constatar el fiel cumplimiento de contar con una aprobación no inferior al 20% de las acciones societarias, tal como lo prevé el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

En suma, debe indicarse que no es posible acoger una presunta Acta que incorporó una decisión de manera genérica que dé paso a que un tercero demande como vocero de la sociedad, sin contar con la fiel voluntad de la misma, expresada por medio de la asamblea general.

En otras palabras, no era suficiente consignar en el acta suscrita con posterioridad a la presentación de la demanda, un consentimiento de continuar con la acción social frente a los hechos relatados en el escrito introductor “o cualquier reforma adicional que se llegare a presentar”, no sólo porque no están demarcadas las conductas, ni correctamente individualizadas, sino que además la norma prevé que el litigio no puede adelantarse sin el acuerdo “previo” de la Asamblea, con el quórum representativo legalmente tipificado. (Subraya intencional).

Obsérvese que el contenido de este medio de convicción fue apreciado por el Juzgador a partir del entendimiento que le confirió al artículo 25 de la Ley 222 de 1995, echando de menos la exigencia que estimó determinante como era la individualización de las conductas atribuidas al administrador Edmundo Rodríguez para impetrar en su contra la demanda en la forma que se hizo, y adicionalmente, porque no satisfacía la de ser una aprobación previa del ejercicio de la acción, lo que, tácitamente, significaba que, desde su punto de vista la mentada «*ratificación*», resultaba improcedente.

La inconforme lejos de presentar un argumento sólido acerca de la distorsión del contenido de ese medio, o de que su apreciación resultaba contraevidente, se centró en insistir en que el Tribunal no debió apreciarlo de cara a los requisitos

del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, sino conforme al artículo 427 del Código de Comercio, siendo ese un aspecto de diagnosis jurídica ya superado, y por completo alejado de la causal segunda de casación.

3.3.- En adición a lo anterior, el cuestionamiento acerca de la apreciación de esos elementos demostrativos resulta contradictorio con algunos de los razonamientos expuestos en la demanda en cuanto al punto de partida que debería considerarse a efectos de establecer la prescripción de la acción incoada, aspecto sobre el cual la convocante sostuvo que era necesario que los accionistas conocieran la existencia del daño para poder autorizar el ejercicio de la acción, indicando que,

Si bien en el caso colombiano la legitimada para iniciar la acción social de responsabilidad es la misma sociedad, no puede perderse de vista que, como lo ha reconocido la misma Superintendencia de Sociedades, para el inicio de esta acción existe un requisito de procedibilidad que a su vez determina la legitimación en la causa por activa. Se trata de la autorización que hace la asamblea general de accionistas en los términos del artículo 25 de la ley 222 de 1995.

Por tanto, aunque en la demandante sea la sociedad y fuera posible indicar que la sociedad tiene o tuvo conocimiento hecho dañoso, lo cierto es que dicho conocimiento no es suficiente para iniciar la acción social de responsabilidad, pues es necesario que los accionistas conozcan de la existencia del daño y se informen sobre su real alcance para poder autorizar el inicio de la respectiva acción. En otras palabras, a la sociedad, aún teniendo conocimiento del daño, le es imposible reclamar los perjuicios que le hubieren causado sus administradores si los accionistas no conocen a su vez del daño sufrido por la sociedad y autorizan la acción social de responsabilidad. Por tanto, no puede correr el término de prescripción de quien ni siquiera está legitimado para iniciar la acción respectiva.

Como puede apreciarse, si desde la misma génesis del proceso la tesis de la demandante fue que la aprobación de la

acción de responsabilidad social del administrador suponía un conocimiento cierto acerca de la existencia del daño y su real alcance para poder autorizar el inicio de la respectiva acción, esas afirmaciones no resultan consecuentes con la tesis que ahora por vía del recurso de casación defiende para sostener algo completamente contrario en pos de sustentar un yerro de hecho en la apreciación de las mencionadas probanzas, lo que a todas luces resulta insostenible.

3.4.- Sobre el error de derecho por no decretar pruebas de oficio, lo primero que llama la atención es que la censura ni siquiera invocó la norma de estirpe probatorio que considera fue objeto de afrenta, no obstante, aun pasando por alto esa omisión, en SC8456-2016, la Sala precisó que el juzgador, *«incurre en yerro de iure si existiendo motivos serios para que acuda a las facultades conferidas por los artículos 179 y 180 del estatuto procesal no lo hace, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se requieren para impedir el proferimiento de fallos inhibitorios y para evitar nulidades (...) y en el evento de ser «necesarias en la verificación de ‘los hechos relacionados con las alegaciones de las partes’, sin que ello conlleve suplir las cargas desatendidas por éstas y que le son propias».*

En este caso, resulta palmario que el Tribunal no le restó mérito probatorio a la certificación del Acta 63 de la Asamblea de Accionistas de Inassa solamente porque no diera cuenta de la identificación de los accionistas con su correspondiente porcentaje de participación, sino, principalmente, porque consideró que, *«no era suficiente consignar en el acta suscrita con posterioridad a la presentación de la demanda, un consentimiento de continuar con la acción social frente a los hechos relatados en el escrito introductor “o cualquier reforma adicional que se llegare a presentar”, no*

sólo porque no están demarcadas las conductas, ni correctamente individualizadas, sino que además la norma prevé que el litigio no puede adelantarse sin el acuerdo “previo” de la Asamblea, con el quórum representativo legalmente tipificado», falencias que, en todo caso, no podían superarse con la solicitud oficiosa de allegar copia de la respectiva acta.

En SC5676-2018, acerca de la facultad deber de decretar pruebas de oficio y de la omisión en vía de casación, la Sala precisó,

(...) para que a través del recurso extraordinario de casación pueda acusarse eficazmente una sentencia de haber incurrido en error de derecho respecto de una prueba y, más concretamente, por no haber decretado alguna de oficio dentro de la discrecionalidad que le es propia al juzgador, es requisito inexcusable su existencia o que de ella se tenga conocimiento en el expediente y que su falta de evacuación no sea imputable a manifiesta negligencia de la parte a cuyo cargo se halla, porque como lo ha dicho la Sala, «la carencia de diligencia de la parte en cuestiones probatorias, no conduce a que el juzgador se vea obligado inexorablemente a actuar por ella mediante el decreto oficioso de pruebas» (CSJ SC 25 ene. 2008, rad. 2002-00373-01).

Conforme a lo dilucidado, desde ningún punto de vista puede acogerse la tesis del error de derecho del Tribunal por no haber hecho uso de su facultad oficiosa en materia probatoria, de allí lo desatinado que resulta este reparo.

3.5.- En síntesis, de acuerdo con las consideraciones que preceden, el Tribunal valoró las pruebas recopiladas, sin que en ese laborío se detecte alteración de su contenido objetivo, por el contrario, sus conclusiones guardan correspondencia con lo que real y materialmente se

desprende de ellas, por lo que no es factible calificarlas de irrazonables para resolver la Litis del modo que lo hizo.

En consecuencia, estos cargos no prosperan.

X.- QUINTO CARGO

Se alega vulneración de las mismas disposiciones, como consecuencia de los errores de hecho por indebida apreciación de la documental contentiva del Informe Pericial de auditoría de INASSA rendido por Grant Thornton, y por la falta de valoración de la grabación del 26 de octubre de 2018 en la que Grant Thornton entrevistó a Germán Sarabia.

1.- En el fallo censurado, en adición de lo dispuesto en relación con la falta de legitimación por activa que llevó a que se desestimaran las pretensiones relacionadas con los «*golden parachutes*» y la compra de Emissão, el Tribunal negó la pretensión relacionada con la negociación de Inamex, afirmando que, «*respecto a esta última petición, se verificó un supuesto de falta legitimación por pasiva, lo cual impide que la responsabilidad de Edmundo Rodríguez en virtud de tal petitum pueda siquiera ser estudiada*». Aunque reconoció que por medio de la reunión de la asamblea de accionistas que consta en el Acta 55 la Sociedad autorizó expresamente el ejercicio de la acción social por el cobro de un cheque por órdenes de Edmundo Rodríguez, consideró que en el expediente no obra prueba que soporte tal afirmación.

2.- Contrario a lo advertido por el sentenciador, en el plenario sí obraban importantes medios probatorios para establecer la indisoluble conexión que liga a Edmundo Rodríguez con la conducta que le fue recriminada en la demanda, que fueron omitidos.

Al respecto, se allegó el informe pericial rendido por la firma Grant Thornton con ocasión de la minuciosa auditoría forense que adelantó para evaluar el estado de INASSA en el año de 2018, con posterioridad a la remoción del demandado como administrador. El fallador de segundo grado aludió a ese medio de convicción, e incluso citó parte de su contenido para concluir que con él no lograba acreditarse que Edmundo Rodríguez hubiese retirado el dinero por cuenta propia o suscrito el contrato con Inamex, y señaló que de dicho informe lo que se logra abstraer era que el señor Germán Sanabria - quien para entonces se desempeñaba como director general de Inamex y administrador de INASSA- fue quien acudió a Bancolombia para cobrar el aludido cheque para llevarlo a la oficina del gerente de Triple A S.A. E.S.P.

En el Informe referenciado se estableció claramente que la irregular actuación adelantada por el señor Germán Sarabia, reconocida incluso por el Tribunal, fue autorizada por parte de Edmundo Rodríguez. Al respecto, se indicó que, con base *«a la información proporcionada por Bancolombia a INASSA, el cheque fue cobrado en efectivo por D. Germán Sarabia, quien afirmó en la entrevista que mantuvimos con fecha 9 de julio de 2018 que, mediante autorización de D. Edmundo Rodríguez Sobrino (Presidente de INASSA por aquél entonces), retiró el efectivo de este cheque y lo trasladó*

en las instalaciones de Triple A, concretamente al despacho de D. Ramón Navarro — en ese momento, Gerente General de Triple A -; sin que tuviese mayor información ni conocimiento del destino que se le dio a dicha cantidad de dinero, según sus propias manifestaciones en la entrevista”.

Dicha prueba otorga elementos de juicio suficientes para entender, razonablemente, que Edmundo Rodríguez sí se encontraba vinculado con el cobro del cheque y la entrega del dinero a Triple A., quedando así en evidencia la legitimación por pasiva para intervenir en el juicio.

El Tribunal también dejó de lado otra probanza que, de forma aún más diáfana, permitía evidenciar la legitimidad por pasiva de Edmundo Rodríguez, consistente en la grabación de la entrevista realizada a Germán Sarabia, aportada como anexo del informe de Grant Throton. Con esa grabación, se comprueba que el demandado no solo autorizó el actuar del señor Sarabia, sino que, en realidad fue quien le ordenó que llevase a cabo la transacción irregular en mención. A partir del análisis de este concreto medio suasorio que fue dejado de lado por el Tribunal, se corrobora que en el expediente sí obraba un importante material probatorio del cual se logra abstraer la vinculación de Edmundo Rodríguez con dicha transacción. Además, el juzgador ignoró este medio en particular, pese a que su relevancia fue puesta de presente en el escrito de la reforma de la demanda.

En conclusión, el sentenciador incurrió en un grave yerro fáctico por cuanto: **i)** apreció indebidamente el Informe de Grant Thornton, al pasar por alto lo que se desprendía de su objetividad, esto es, que Edmundo Rodríguez autorizó la irregular operación realizada con las sociedades Inamex y Triple A; y **ii)** dejó de apreciar la grabación de Germán Sarabia, de la cual se colige que Edmundo Rodríguez autorizó y le ordenó que se llevase a cabo la transacción.

El yerro denunciado resulta manifiesto y trascendente, por cuanto si el juzgador no hubiera ignorado esos dos elementos probatorios, habría identificado que Edmundo Rodríguez sí estuvo vinculado en la irregular transacción, lo que resulta suficiente para demostrar su legitimación por pasiva, en lo que concierne a esa pretensión.

XI.- CONSIDERACIONES

1.- Se memora que, aunque el Tribunal dedujo que en el Acta 55 de 28 de noviembre de 2018, sí quedó consignada la posibilidad de demandar a Edmundo Rodríguez Sobrino, por su actuar ante la sociedad Inamex, en tanto «*habría autorizado el cobro de cheque en efectivo de Inassa y autorizado la entrega de efectivo a Ramón Navarro sin contrato o causa alguna*», estimó que sobre esa pretensión operó la falta de legitimación en la causa por pasiva del demandado, y enfatizó:

Tan es así, que en el mismo escrito de subsanación de la reforma del escrito inaugural, la sociedad actora afirma que en la asamblea general se permitió la posibilidad de adelantar la acción social por una presunta «autorización de cobro de un cheque por valor de \$950.000.000,00», cuando de las pruebas arrojadas al proceso, tal

aseveración no se encuentra acreditada, pues es la misma demandante quien cita un informe particular de auditoría en el cual se basa para reclamar por esta vía, y en el que se señala que el señor Germán Sarabia -quien fungía como Director General de Inamex, y Administrador de Inassa-, fue quien acudió a Bancolombia para cobrar el cheque al que se hizo referencia y que una vez, esta persona en mención recibió el efectivo, lo llevó a la oficina de Ramón Navarro, en ese momento Gerente General de Triple A S.A. E.S.P. -otra empresa del Grupo-.

Frente a este puntual aspecto, aunque la apelante insiste en que, sí existió una participación del aquí demandado en el negocio celebrado entre Inamex e Inassa, lo cierto es que tal argumento no logró acreditarse, porque no aparece una declaración expresa que confirmara su dicho y además porque -repítase-, la prueba que allegó la misma actora, esto es, una auditoría que esta contrató señala textualmente en el informe del 6 de agosto de 2018 que:

“Con fecha 2 de junio de 2015, D. Diego García -en representación legal de Inassa- y D. Germán Sarabia -como Director General de Inamex -suscribieron un contrato para El diagnóstico del estado del sistema de sostenibilidad empresarial aplicable a Inassa, la consolidación de sus actuales sistemas de sostenibilidad empresarial, y la elaboración de un memorándum de observaciones, estipulando un precio de USD\$455.500. (...) Inamex emitía una factura a Inassa por el importe estipulado según el contrato. (...) en base a la información proporcionada por Bancolombia a Inassa, el cheque fue cobrado en efectivo por D. Germán Sarabia (...).”

Sin que del texto anterior, se perciba que en algún momento el ahora convocado haya suscrito tal acuerdo contractual o hubiere quedado demostrado el retiro del dinero por cuenta propia. Así que, ante la orfandad probatoria, no queda más remedio que desestimar su alegato. (Subraya intencional).

2.- En orden a cuestionar esta inferencia, la recurrente afirmó que el juzgador **valoró indebidamente** el informe pericial de auditoría presentado por Grant Thornton, en el cual se indicó que Edmundo Rodríguez fue quien autorizó dicha transacción, y **omitió valorar** el anexo de dicho informe consistente en la «grabación de la entrevista» que esa compañía le realizó al señor Germán Sarabia.

Se destaca que en la relación de pruebas documentales presentada en la reforma de la demanda en el punto 8.2.4 se refirió el informe pericial del 6 de agosto de 2018 elaborado por Grant Thornton Advisory S.I.P., junto con sus soportes. Y en acápite separado se refirió únicamente como prueba pericial aportada con soporte en los artículos 226 y siguientes del Código General del Proceso, un dictamen pericial rendido por Juan Carlos Quintero Puerta.

Lo anterior deja al descubierto que el informe de la citada firma de auditoría fue presentado como prueba documental, por lo que su aportación, contradicción y valoración se rige por los artículos 243 y siguientes del Código General del Proceso y demás disposiciones pertinentes del mismo estatuto, de allí que no sea de recibo entender que se trata de una prueba pericial, cuya dinámica en esas mismas fases es sustancialmente distinta.

3.- Efectuada la anterior precisión, cumple destacar que la recurrente ni siquiera contradice la inferencia del juzgador referente a que del texto de dicho informe no se percibe que en algún momento el demandado *«haya suscrito tal acuerdo contractual o hubiere quedado demostrado el retiro del dinero por cuenta propia»*, su desacuerdo se centra en que se omitió el fragmento en el cual la auditoría refiere que, con base en que Germán Sarabia *«afirmó en la entrevista que mantuvimos con fecha 9 de julio de 2018 que, mediante autorización de D. Edmundo Rodríguez Sobrino (Presidente de INASSA por aquél entonces), retiró el efectivo de este cheque y lo trasladó en las instalaciones de Triple A, concretamente al despacho de D. Ramón Navarro (...); sin que tuviese mayor información*

ni conocimiento del destino que se le dio a dicha cantidad de dinero, según sus propias manifestaciones en la entrevista”».

Si la misma demandante entendió desde la génesis del proceso que el informe de Grant Thornton tenía naturaleza documental y con el mismo allegó algunos soportes entre los que está la entrevista practicada al señor Sarabia, el mérito de esta probanza solo atañe a lo que emerge del documento en sí; entonces, si lo que pretendía era que la referida entrevista tuviera valor en sí misma como testimonio, ha debido solicitar la práctica de la prueba testimonial conforme a las ritualidades de ese medio de convicción, que incluyen unas reglas propias de contradicción, no obstante, como la práctica de esa testimonial no se pidió, resulta a todas luces desfasado el argumento del casacionista relacionado con la omisión del Tribunal de conferirle mérito a la entrevista de Germán Sarabia que se acompañó como soporte del informe.

En esas condiciones, queda también descartada la alegada afrenta indirecta de la ley sustancial por yerros de apreciación probatoria derivados de la deficiente valoración del informe de auditoría o de haber omitido analizar la entrevista del señor Sarabia tomada por la empresa de auditoría, pues, se insiste, la misma no tiene carácter de testimonio rendido dentro del proceso con el rigor que exigía su recepción y la garantía de su contradicción, y ni siquiera como testimonio extraprocesal para fines judiciales, pues tampoco se practicó con apego a los artículos 183, 187, 188 del Código General del Proceso.

En esa medida, con independencia de que en el informe de Grant Thornton se hubiese hecho referencia a lo que frente a esa compañía manifestó el señor Sarabia, ninguna valoración independiente de esa entrevista pudo ser omitida por el tribunal pues, al no haberse practicado como testimonio procesal o extraprocesal, no tenía ningún alcance probatorio para que el juzgador hubiese arribado a una conclusión diferente de la que extrajo de dicho informe.

Por lo anterior, el cargo no se abre paso.

4.- Como la decisión es adversa a la recurrente, se le condenará en costas, de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 e inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso, para lo cual se tendrá en cuenta que la parte demandada replicó el recurso extraordinario.

XII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: No casar la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso verbal promovido por

Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. – INASSA-
contra Edmundo Rodríguez Sobrino.

Segundo: Condenar en costas a la parte demandante.
Como agencias en derecho la magistrada sustanciadora fija
la suma de \$10.000.000.

Notifíquese y devuélvase

FERNANDO AUGUSTO JIMÉNEZ VALDERERAMA

Presidente de la Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS