

De la fallida reforma al régimen de responsabilidad de administradores en Colombia

*The failed reform to the administrators
responsability regime in Colombia*

*Daniela Londoño Restrepo**

*Juan Diego Riaño Guerrero***

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana Cali. Correo electrónico:
dani393_@hotmail.com

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana Cali. Correo electrónico:
jrianoguerrero@gmail.com

Resumen

A partir de la expedición de la Ley 222 de 1995 se ha presentado una modernización al régimen de responsabilidad de administradores, basado en disposiciones de naturaleza anglosajona, caracterizadas por su flexibilidad y dinamismo en la regulación del comercio. De acuerdo con lo anterior, se propuso el Proyecto de Ley 070 de 2015, en el que se planteaban diversos mecanismos y conceptos que buscaban el avance del tema, orientado principalmente por la normatividad extranjera. Finalmente, dicho proyecto fue retirado del Congreso por la falta de acogida, sin embargo, queda latente la necesidad de que en algún momento se pueda volver a presentar una reforma que busque la flexibilización del régimen de responsabilidad de administradores y se logre aumentar la inversión en el mercado doméstico.

Palabras clave: Régimen de responsabilidad de administradores, *common law*, *civil law*, *trasplante jurídico*, *business judgement rule*, reforma.

Abstract

As a result of Law 222 from 1995, there has been presenting a modernization to the administrators liability regime, this is based on Anglo-Saxon dispositions, characterized by its flexibility and dynamism on regulating trade. Therefore, bill 070/2015 was proposed, which presented different mechanisms and concepts that were seeking to advancement the topic, mainly oriented by foreign regulations. Finally, that bill was withdrawn from Congress by of the lack of reception. However due to its necessity the bill at some point can resubmit a reform, which seeks the easing of administrators liability regime and achieve to increase the investment in domestic market.

Key Words: Administrators liability regime, common law, civil law, legal transplant, business judgement rule, reform.

Introducción

La legislación societaria colombiana, ha sido reformada en diversas ocasiones, con el fin de proveer a los empresarios herramientas que permita llevar a cabo inversiones en el país con mayor facilidad. En su momento, la Ley 222 de 1995, introdujo a nuestro ordenamiento jurídico societario instrumentos novedosos para el funcionamiento de las compañías, sin embargo, a medida que el tiempo pasa, las necesidades de los empresarios y de la sociedad en general se tornan más complejas, lo que promueve una continua evolución de las regulaciones existentes.

De acuerdo con anterior, y como se plantea en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 070 de 2015, la Ley 222 de 1995 es considerada la piedra angular para las demás reformas en materia societaria. Es evidente, que esta ley hito produjo un cambio sustancial en nuestra tradición jurídica, puesto que nuestra legislación ha seguido una tendencia romano-germánica y por ello, la Ley en mención propuso un cambio de perspectiva acogiéndose de esta manera una tendencia anglosajona. Desde ese momento, se empieza a manifestar un fenómeno novedoso conocido como “trasplante jurídico”, figura que de alguna manera ha permitido el desarrollo de legislaciones nacientes, que se valen de los avances normativos de otro Estado para adecuar el propio, siendo este el objetivo del Proyecto de Ley 070 de 2015.

En el presente artículo se pretende realizar una comparación descriptiva enfocada al régimen de responsabilidad de administradores, remitiéndonos a la legislación actual, doctrina y jurisprudencia, resaltando los nuevos conceptos que pensaban introducirse con el Proyecto de Ley, además de plantear una crítica respecto al método de creación de la reforma y ofrecer una breve reflexión sobre la necesidad de reestructurar el régimen de responsabilidad de los administradores societarios en el país.

I. Régimen de responsabilidad de administradores en la Ley 222 de 1995.

Es importante resaltar que la Ley 222 de 1995, estableció un verdadero estatuto que se encargó de regular a un agente económico, de gran relevancia: los administradores. En sus diversas disposiciones se consagraron sus deberes genéricos y específicos, su responsabilidad y las acciones judiciales que se pueden impetrar contra ellos (Laguado, 2004, p. 240). Con esto, lo que se quiso plantear fue una especialización de la gestión de los administradores, logrando desarrollar diversos aspectos frente a sus actuaciones.

1. ¿Quiénes son administradores de acuerdo con la Ley 222 de 1995?

Para empezar a desarrollar el tema que aquí nos compete, es preciso determinar los elementos que caracterizan esta ley. En el artículo 22, se enumera de manera restrictiva los administradores, sin determinar un concepto específico. De esta manera, serán administradores: el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

Reyes Villamizar (2014), aclara que, por tratarse de una norma de carácter restrictivo, su aplicación no puede hacerse extensiva por vía de analogía a las personas que no estén señaladas en forma expresa como sujetos de dicha regulación. Esto significa, que los demás funcionarios no contemplados en el artículo responderán por los perjuicios que ocasione su actuación, de acuerdo con los principios que gobiernan el régimen general de responsabilidad. Al respecto debe aclararse que el régimen especial de responsabilidad desarrollado en la presente ley es únicamente aplicable a los sujetos a los que se hace mención en el artículo referenciado (p. 566).

2. Deberes de los administradores

El artículo 23 por su parte, consagra aquellos principios rectores que deben moldear la conducta de los administradores. Por tal motivo, se introduce una división de dichos deberes en genéricos y específicos, donde los primeros son aquellos que deben permear toda la órbita de los administradores como agentes económicos intervinientes en el ámbito societario. Por su parte, los deberes específicos son aquellos que se relacionan de manera directa con la gestión que desempeñan los gerentes en pro del cumplimiento de sus funciones.

2.1. Deberes generales:

2.1.1. Deber de buena fe

En primer lugar, hay que decir que la buena fe es un principio general del derecho que debería regir todas las relaciones jurídicas, pues así lo consagran diversas disposiciones de nuestro ordenamiento, como el artículo 1603 del Código Civil, el artículo 871 del Código de Comercio, además de hacer hincapié que este principio tiene rango constitucional pues, así está dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política. La buena fe es un postulado de conducta que acarrea que los actos jurídicos sean adelantados con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración (Ospina, 1998, p. 331).

De esta forma, se puede concluir que el deber de buena fe que se le exige a los administradores, entraña un interés por el otro con quien se lleva a cabo un negocio jurídico (Laguado, 2004, p. 246), partiendo de la premisa, según la cual, los administradores deben tomar interés por la sociedad, los asociados, los acreedores, los trabajadores y demás sujetos que puedan llegar a intervenir.

2.1.2. Deber de lealtad

Teniendo en cuenta que, dentro de las relaciones fiduciarias, entre ellas, la que existe entre los administradores y la sociedad, está basada en la confianza que los asociados depositan en estos agentes, las actuaciones de éstos últimos deben corresponder con los intereses de la compañía y de sus miembros, evitando que se presenten conflictos de interés por su parte. En esta misma línea, la Superintendencia de Sociedades en oficio 220-001672 del 8 de enero de 2014, definió la lealtad como el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presente un conflicto de intereses, el administrador, se beneficie de forma injusta a expensas de la compañía o de sus socios. Igualmente, impone la obligación de actuar de manera franca, fiel, íntegra y objetiva. Esto implica que los actos de los administradores deben orientarse al fin social y privado de la empresa.

2.1.3. Deber de obrar con la diligencia y cuidado de un buen hombre de negocios

En derecho comercial se hace alusión al concepto del “buen hombre de negocios”, atendiendo a la experticia y especial conocimiento que se le exige tener a un administrador para el ejercicio de sus funciones. La imposición de la figura del “buen hombre de negocios”, logró para la época, especializar la actividad que desempeña el administrador. Tal como manifiesta Reyes Villamizar (2014), “el buen hombre de negocios”; consiste en un patrón de conducta más estricto, que trae consigo una evaluación seria e informada de las principales opciones que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones (p. 589).

Es este el punto diferenciador entre “el buen padre de familia” y “el buen hombre de negocios”, en tanto que el primero, al ser guardador del patrimonio familiar, debe adecuar su gestión a la prevención del riesgo, caracterizándose por su prudencia al actuar. Al segundo, se exige diligencia específica y profesional (Laguado, 2004, p. 248), que

propende por estar a la vanguardia respecto a la proposición de nuevas ideas acordes con los mayores intereses de la sociedad. Esto no significa que la decisión que tome el administrador deba ser acertada respecto a los beneficios económicos que se le puedan reportar a la compañía; la obligación de los administradores es de medio y no de resultado, entendiéndose de esta manera, que el gerente o director debe usar toda su experticia y conocimiento a la hora de tomar decisiones, pero si a pesar de haber actuado con la diligencia y cuidado requeridas, con buena fe y lealtad, los logros no son los esperados, no debería generarse ningún tipo de responsabilidad contra dicho administrador.

2.2. Deberes específicos

Siguiendo el derrotero de los principios que rigen la conducta de los administradores, encontramos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, una enumeración de los deberes que el legislador consideró más relevantes para el desarrollo de la gestión administrativa, resaltando que éstos son transferidos de los deberes fiduciarios desarrollados en la legislación norteamericana. Empero, dicha lista es meramente enunciativa, en tanto no limita a estos eventos la responsabilidad de los administradores, pues dependiendo del objeto social de la compañía y de otros factores, este catálogo de obligaciones puede ser ampliado.

3. Responsabilidad de los administradores

El artículo 200 del Código de Comercio es el fundamento normativo para el concepto de “responsabilidad de administradores”; éste fue modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, que realizó algunos ajustes al concepto y de esta manera, quedó consagrado en el ordenamiento mercantil. Hacia mediados de los 90’s, se hizo necesaria la inclusión de un nuevo planteamiento respecto a la responsabilidad de los gerentes, ya que antes de las modificaciones introducidas por la Ley 222 de 1995, no había claridad respecto al tema, dado que el texto del artículo 200 carecía de exactitud a la hora de exponer lo que

debía entenderse por responsabilidad y lo que de ella se derivaba. Por consiguiente, en la doctrina las opiniones se encontraban divididas, por un lado, el profesor Gabino Pinzón (1960) afirmaba que se trataba de una responsabilidad conjunta pues la solidaridad tiene que ser objeto de texto expreso legal. Por otro lado, José Ignacio Narváez (1975) señalaba que la responsabilidad de los administradores era solidaria por aplicación del principio general del artículo 825 del Código de Comercio (p. 374). Esto indica una falta de un criterio unificado sobre la materia.

En consecuencia, el artículo 200 del Código de Comercio, fue reestructurado al agregarse a dicho precepto nuevos elementos con una mayor precisión sobre la responsabilidad que podría llegar a endilgarse a los administradores, además de determinar entre otros asuntos, el alcance de la misma en aquellos casos en los que se aplica la presunción de culpa y las causales de exoneración.

3.1. Responsabilidad solidaria e ilimitada

Siendo uno de los principales cambios de la disposición anterior, debe entenderse que los administradores responden por la totalidad de los perjuicios que le lleguen a ocasionar a la sociedad, a los asociados o terceros por culpa o dolo. Sin embargo, el administrador que pague tendrá acción de repetición contra los administradores solidarios, en cuanto a la parte que a cada uno le correspondía. De igual manera, dicha responsabilidad es ilimitada, en razón a que cada uno de los culpables deberá responder con la totalidad de su patrimonio por los perjuicios irrogados. (Neira, 2006, p. 124).

3.2. Causales de exoneración de responsabilidad de los administradores

El artículo contempla sólo dos presupuestos en los que el administrador podría llegar a exonerarse de responsabilidad, siempre y cuando en ambos eventos se cumpla una condición. El primer caso al que se hace referencia

es el hecho de que el administrador no haya tenido conocimiento de la acción u omisión que dio lugar a los perjuicios, el segundo por su parte, es que haya votado en contra, siempre y cuando en ambos escenarios no haya dado lugar a la ejecución de la actividad generadora de perjuicios. En tal razón, se establece expresamente la prohibición de incluir dentro de los estatutos, cláusulas de exoneración de responsabilidad a favor de los administradores.

3.3. Casos en los que se presume la culpa del administrador

En este punto, el demandante sólo deberá demostrar el daño y el nexo causal para que la culpa del administrador se tenga como cierta, dando lugar a una presunción en los siguientes casos: a). Incumplimiento o extralimitación en sus funciones; b). Violación de la ley; c). Violación de los estatutos y d). La distribución de utilidades en contravención del artículo 151 del Código de Comercio que regula este tema. Respecto a este último evento, Reyes Villamizar (2014) afirma que la norma, según acaba de indicarse, se refiere a tres hipótesis que, en la práctica, conducen a una sola. En efecto, tanto la violación del contrato como la distribución ilícita de utilidades, constituye violación a la ley (p. 601). No obstante, lo anterior, para efectos académicos nos permitimos plantear un criterio diferente al de Reyes Villamizar. Consideramos que se presentan en realidad dos casos en los que se presume la culpa del gerente de la compañía; el primero, hace alusión a la violación de los estatutos, dentro del cual se puede enmarcar, el incumplimiento o extralimitación de las funciones del administrador y, el segundo caso, hace referencia a la violación de la ley por parte del director, en el que se puede encuadrar perfectamente, la indebida distribución de utilidades, que constituye una transgresión al artículo 151 del Código de Comercio.

4. Acciones contra los administradores

El artículo 25 de la Ley 222 de 1995, consagra dos acciones, que permiten perseguir jurídicamente a los administradores para endilgarles

responsabilidad. La primera, consiste en la acción individual de responsabilidad, ubicada en el último inciso de la norma. Esta sigue los lineamientos generales de la responsabilidad civil (Neira, 2006, p. 126) y hace referencia, a aquella acción que pueden ejercer tanto socios como terceros que se hayan visto afectados por cualquier acción u omisión de los administradores en el curso de su gestión. Vale la pena resaltar, que esta acción busca resarcir los perjuicios que se hayan ocasionado en el patrimonio personal de quienes se encuentran legitimados para ejercerla, más no para lograr una indemnización a favor de la compañía.

La segunda acción dispuesta en esta norma es la acción social de responsabilidad, que fue para la época la gran innovación que trajo consigo la Ley 222 de 1995 (Laguado, 2004, p. 259). A pesar de que en otros ordenamientos ya se venía haciendo uso de este tipo de figuras a nivel societario, en nuestro país era la primera vez que se regulaba el tema.

Este tipo de acciones tiene orígenes en países que siguen la corriente del *common law*, donde se conocen como acciones derivadas y permiten de alguna manera reconstruir el patrimonio de la sociedad, cuando éste se ha visto menguado por la acción u omisión del gerente (Reyes, 2014, p. 607). Se diferencia así de la acción individual en la que sólo se busca resarcir el interés particular de quien la invoca. Puede entonces definirse esta acción procesal, de acuerdo con Garreta (1997), como aquella dirigida contra los administradores de la sociedad anónima, como consecuencia de su actuación negligente o culpable, productora de un daño a los intereses de la sociedad y cuya titularidad corresponde, en primer lugar, a la sociedad y, en su defecto, a los accionistas y acreedores, siendo su finalidad la reparación del daño causado por aquellos administradores en el ejercicio de sus cargos (p. 132).

La titularidad de esta acción la ostenta la sociedad, una vez haya sido adoptada la decisión en el seno de su órgano supremo. De esta manera, se requiere de un porcentaje determinado para llevar a cabo la convocatoria

e igualmente se requiere una mayoría especial para tomar la decisión en la reunión del máximo órgano social; una vez aprobada, se da la opción de remover al administrador. Si dentro de los tres (3) meses siguientes a la adopción de la acción, ésta no es ejecutada se da la posibilidad de que otras personas la lleven a cabo.

II. Trasplante de normas del Common Law al Civil Law en materia de sociedades

La corriente romano-germánica, tiene origen en el derecho romano y llegó a nuestro país debido a la implementación de la codificación Napoleónica consagrada en nuestro Código Civil. Colombia ha adoptado en su ordenamiento jurídico el denominado *civil law* que deviene de dicha tradición, en la que se reconoce gran relevancia, a la función que debe cumplir, la rama legislativa: producir normas identificadas como “leyes imperativas”, que se determinan como principal fuente de derecho. Las normas se encargan de regir las relaciones jurídicas que puedan presentarse, teniendo en cuenta los derechos y responsabilidades estipuladas en tales disposiciones.

En otras palabras, la ciencia jurídica característica del sistema del *civil law* es la denominada dogmática jurídica, cuya tarea fundamental es la descripción, interpretación e incluso integración de las normas jurídicas particularmente las leyes. A la dogmática jurídica regularmente no le ha preocupado la administración y aplicación de dichas normas (Ovalle, 1978, p. 334). En contraposición a esta corriente, se encuentra el *common law* de naturaleza anglosajona, acogido por países como Estados Unidos. Se caracteriza principalmente por otorgar gran preponderancia y fuerza, a las decisiones judiciales, en razón a que la concreción de conceptos jurídicos se hace a través de precedentes judiciales. De acuerdo con lo anterior, las normas desarrolladas por el *common law* se diferencian de las del *civil law* en su finalidad, tal como lo expresa René David (1978) la norma jurídica del *common law*, menos abstracta, que la norma de derecho de familia romano-germánica, es una norma que procura dar

solución a un proceso, no formular una regla general de conducta para el futuro.

De esta forma, en principio se podría pensar que resultaría descabellado adoptar normas de tradición anglosajona en ordenamientos de naturaleza romano-germánica, debido a la magnitud de las diferencias que entre ambas corrientes existen. Sin embargo, desde hace unos años, es común que en diversos ordenamientos esta vinculación se ha tomado en cuenta, pues de acuerdo con las particularidades del *common law*, es posible afirmar que su incorporación trae mayores beneficios para los comerciantes, ya que se trata de un sistema en el que el precedente jurisprudencial ha sostenido la recurrente costumbre de favorecerlos en diversos campos.

El fenómeno anteriormente descrito, se ha llevado a cabo a partir de procesos de traslado de legislación, conocidos como trasplantes jurídicos; estos se entienden como, la transferencia de reglas o normas de un sistema de derecho de un país a otro (Watson, 1993, p. 21). Por esto, entre los estudiosos del derecho comparado se ha presentado la discusión que gira en torno a, si para un ordenamiento resulta más viable copiar una legislación que funciona adecuadamente en otro Estado, o crear su propia normatividad completamente inédita y original.

De esta manera, Diego Eduardo López Medina (2004) afirma que las dos estrategias así esbozadas le parecen insatisfactorias - (la copia y la originalidad).

La primera supone que América Latina es tan sólo extensión de ideas universales, que conduce efectivamente, como han señalado los teóricos de la dependencia, a una posición intelectual alienada en que la reflexión no cumple el trabajo esencial de diagnosticar las realidades y necesidades locales para ofrecerles caminos de debate y solución; la segunda estrategia consiste en negar la dependencia y reinventar, usualmente mediante la historia de lo más terrígeno

o propio, el carácter completamente original de lo local. No se trata, pues, ni de mera copia ni de pura originalidad. El espacio entre producción y recepción de teorías es mucho más interesante que lo que tienden a indicar los conceptos de influencia, mala lectura, imitación, copia y plagio (p. 34) (Paréntesis fuera del texto original).

Con lo aquí referenciado, es evidente que el Proyecto de Ley 070 de 2015, se componía de normas existentes ya en otras latitudes, principalmente en Estados Unidos, por lo que se puede decir que se trataba de un indiscutible trasplante jurídico. Por esta razón, se hace necesario analizar el grado de viabilidad que hubiese tenido esta reforma en la legislación societaria colombiana y cuál hubiese sido la mejor manera de adaptarla.

Los trasplantes jurídicos, no pueden ser estigmatizados como una mera copia sin sentido de legislaciones que en su momento han tenido éxito en su aplicación. Por el contrario, un traslado de legislación de un Estado a otro puede ser viable, siempre y cuando previamente se lleve a cabo un análisis de la realidad, en este caso económica y de las necesidades que se les presentan a diario a los posibles afectados directos, como socios, administradores, entre otros.

III. Régimen de responsabilidad de administradores propuesto en el proyecto de Ley 070 de 2015

Con esta nueva reforma al régimen societario colombiano, se proponía derogar la Ley 222 de 1995, en lo atinente a la responsabilidad de los administradores. Con ella, se buscaba implementar criterios para abastecer a los empresarios de mayores herramientas que permitieran que el proceso de inversión fuera más eficiente. De igual manera, se quería introducir a la legislación societaria, las tendencias más innovadoras a nivel mundial en la materia, que siguen por lo general la corriente del *common law*, con el fin de dar precisión a ciertos conceptos

y aclarar la ambigüedad que ha llevado a la inoperancia de algunas de las disposiciones de la normativa de 1995.

Teniendo en cuenta lo expuesto, en el presente trabajo, se van a realizar ciertas consideraciones respecto a los cambios más relevantes que buscaba introducir el Proyecto de Ley 070 de 2015, frente al tema en cuestión. De esta manera, seguiremos los siguientes puntos: 1). Reestructuración del criterio del buen hombre de negocios. 2). Nueva concepción del deber de cuidado. 3). Regulación del conflicto de interés con relación al deber de lealtad 4). Primacía de la autonomía contractual en la responsabilidad de los administradores y 5). Acciones de responsabilidad contra los administradores.

1. Reestructuración del criterio del buen hombre de negocios

En sus 20 años de vigencia, el patrón de conducta del buen hombre de negocios en el contexto colombiano no tuvo el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que se hubiese esperado. A pesar de hacerse referencia a dicho principio en algunas sentencias de la Superintendencia de Sociedades como en el caso Sociedad Metro Manejo de Residuos Sólidos, Limitada Metro Ltda., y otros, Contra Carlos Emilio Guerrero Jaramillo (2013), no se tuvo el interés en explicar en qué consistía y cómo era su uso en la práctica. Por esto, con el Proyecto de Ley 070, se pretendía introducir el principio de deferencia al criterio empresarial, buscando reemplazar el concepto del “buen hombre de negocios”, de tal manera que se implementara la regla de la discrecionalidad, conocida como “*The Business Judgement Rule*” en adelante BJR. Ésta podría definirse como “una doctrina que protege a los administradores y directores de compañías de imputaciones contra su responsabilidad personal, siempre y cuando hayan actuado de buena fe, con el debido cuidado y dentro de los límites de su autoridad” (Laguado, 2006, p. 116).

La BJR apareció por primera vez en los tribunales norteamericanos, donde se partía del presupuesto que las instancias jurisdiccionales carecían del suficiente conocimiento para evaluar, decisiones de negocios adoptadas por los administradores, labor que le debía corresponder al máximo órgano social de las compañías. (Laguado, 2004, p. 266). Empero, ni siquiera en Estados Unidos el tema ha sido pacífico, debido a que existen dos doctrinas que aplican la BJR cada una de manera particular; en primer lugar, se encuentra la doctrina adoptada por *The American Law Institute* (ALI), la que en principio fue una recomendación que empezó indiscutiblemente a ejercer influencia en la ley federal respecto al tema corporativo. De esta manera, la BJR para ALI dispone de una serie de requisitos que deben cumplir los administradores a la hora de tomar decisiones de negocios, así:

Un director que hace un juicio de negocios en buena fe, está cumpliendo con el deber de cuidado si:

- No tiene interés alguno en el tema sobre el cual recae la decisión de negocios.
- Está informado respecto a la materia sobre la cual recae el juicio de negocios y éste considera que es la decisión más apropiada bajo las circunstancias que enfrenta la compañía.
- Considera razonablemente que su decisión de negocios está en pro de los mejores intereses de la compañía (Laguado, 2006, p. 129).

En segundo lugar, se encuentra la doctrina del Estado de Delaware, la cual empezó a desarrollarse a través de la jurisprudencia de su Corte. La BJR fue definida por dicha Corporación en el caso *Aronson vs Lewis* en 1984, donde se dijo que la BJR era una presunción que determinaba, que, al momento de adoptar decisiones de negocios por parte de los directores de una compañía, éstas deben ser bien informadas, adoptadas de buena fe y con la convicción más honesta de que dicha acción está acorde con los mejores intereses para la compañía. Careciendo de un abuso de discreción, dicho juicio será respetado por las Cortes. La carga está en

la parte que desafía la decisión, estableciendo hechos que rechazan la presunción (Laguado, 2006, p. 130).

De acuerdo a lo anterior, la diferencia fundamental entre la BJR que proponen ambas doctrinas, es que, para ALI, ésta es una carga que recae sobre los demandados, es decir que los administradores tienen el deber de probar los elementos de la regla. Por otro lado, para el Estado de Delaware, la BJR actúa como una presunción a favor de los directores. Acorde con lo anterior, quien tiene la carga de probar la existencia de los elementos que conforman dicha regla es el demandante, lo que significa que la doctrina de dicho Estado, es un poco más laxa y generosa con los administradores (Laguado, 2006, p. 132). Dada la importancia y la acogida de la BJR en Estados Unidos, ésta se fue extendiendo a otros ordenamientos de acuerdo con su aplicabilidad en el campo empresarial. De esta forma, Australia con una formulación casi idéntica a la BJR norteamericana, introdujo esta disposición a través del *Corporate Law Economic Reform Program* (2000) consagrando lo siguiente:

Un director u otro funcionario de una corporación que hace un juicio de negocios para cumplir con los requerimientos de la subsección (1), y sus deberes equivalentes en el derecho común y en equidad, será respetado si ellos:

- Hacen el juicio en buena fe por un propósito adecuado;
- Están informados sobre el contenido de la materia del juicio y consideran que es apropiado; y
- Tienen la profunda convicción de que el juicio está acorde con los mejores intereses de la compañía.

Asimismo, la BJR incluso ha sido adoptada por países de influencia romano-germánica, como el caso de España, que por medio de la Ley 31/2014, introdujo el uso de esta regla a su ordenamiento societario, quedando consagrada de la siguiente manera:

Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial.

1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.
2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.

Igualmente, países de América Latina han venido introduciendo el uso de la BJR en su legislación societaria, de esta manera, Brasil dispone en el numeral 6o del artículo 159 de la Ley 6.404/76, la presunción, según la cual, cuando se toma una decisión empresarial, el administrador está actuando con la información y conocimientos adecuados, acreditando de esta manera que las decisiones adoptadas satisfacen los intereses sociales de la compañía. Por tal motivo, el juez no podrá entrar a analizar si las decisiones previamente tomadas por los directores son correctas o no, e incluso tiene la facultad de eximir de responsabilidad al administrador si se encuentra convencido de que la actuación fue realizada de buena fe y a favor de los mejores intereses de la sociedad (Poubel, s.f., p. 9).

En el caso colombiano, el replanteamiento que se formulaba frente al concepto del buen hombre de negocios, permitía que éste dejara de ser una pauta de conducta y pasara a ser una medida de protección de los mismos, la cual implicaba como bien se explica en el Proyecto de Ley, que los jueces no se inmiscuyeran en las decisiones de negocios aprobadas por los gerentes, siempre y cuando en ellas no hubiese mediado un conflicto de interés ni se hubiese presentado ilegalidad alguna. Con esto, se buscaba reglamentar el uso de la BJR en nuestra

legislación societaria, a pesar de que ya es un criterio bastante conocido en el mundo empresarial. Inclusive, la Superintendencia de Sociedades en reiterada jurisprudencia se ha basado en esta regla para adoptar decisiones en materia de responsabilidad de administradores como en los casos Aldemar Tarazona Monter y otros contra Alexander Ilich León Rodríguez y Morocota Gold S.A.S contra Weimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara, entre otros.

2. Nueva concepción del deber de cuidado

En el Proyecto de Ley 070/15, se buscaba dar un giro al deber de cuidado que rige la conducta de los administradores, con el fin de lograr concatenar el principio de deferencia al criterio empresarial y el deber de cuidado, estableciendo este último como el patrón de conducta.

La reforma que quería introducirse respecto a este punto con el Proyecto de Ley era en primer lugar, no aplicar la clasificación de las culpas que trae nuestro Código Civil a la conducta de los administradores, teniendo en cuenta la profesionalización de la labor de los directores de las compañías. En segundo lugar, se iba a permitir establecer a nivel contractual, disposiciones que posibilitaran la exoneración de responsabilidad de los administradores, siempre y cuando hubiesen obrado de buena fe, tomando decisiones basadas en recomendaciones realizadas por comités con la idoneidad requerida, además de haber sido elegidos por la junta directiva o el máximo órgano social, es decir que si no se cumplían dichos requisitos.

3. Regulación del conflicto de interés con relación al deber de lealtad

Es importante resaltar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades, como en el caso SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Práxedes José Daniel Correa y otros, se puede

evidenciar que este es el principio más vulnerado en el desarrollo de la actividad empresarial.

Obrar con lealtad en el contexto societario, hace referencia a tomar las decisiones empresariales en pro de los mayores intereses para la compañía, en otras palabras, se refiere a la fidelidad con la que deben actuar los administradores en razón a la gratitud por la confianza depositada en ellos al haber sido elegidos para el desempeño del cargo. Por tal motivo, mal podría actuar con lealtad una persona que toma decisiones en beneficio personal, dejando de lado, el mayor provecho para la sociedad, situación por lo que debería velar. Sin embargo, un conflicto de interés trasciende la esfera jurídica pasando a un plano de índole económico, donde se evidencian los denominados “problemas de agencia” surgidos por la naturaleza que tiene la relación entre los accionistas y los administradores, entendiendo a los primeros como los agenciados y a los segundos como los agentes.

Esta relación entre el principal y el agente se caracteriza por ser jerárquica y asimétrica, en la medida que no se trata de una relación entre iguales. El principal tiene como objetivo fundamental maximizar su utilidad, haciendo que el agente adecue su conducta en pro de los beneficios sociales. Sin embargo, el principal no cuenta con la información necesaria desde dónde pueda tener información, para establecer el comportamiento que adoptará el agente durante el desarrollo de su gestión, por tal motivo, este último puede asumir una conducta utilitarista, priorizando sus intereses personales sobre los del principal, dando lugar a un posible problema de agencia, que tiene origen en una falla del mercado que se denomina: información incompleta e imperfecta. Esto se refleja, en la medida que las partes tienen acceso desigual a la información. El agente, por su parte, accede a ésta de manera más fácil y a menor costo, debido a que tiene mayor conocimiento del mercado en el que desarrollará su función, facilidad de la que carece el agenciado.

Reyes Villamizar (2013) por su parte, propone una concepción más amplia sobre la forma como se configura un problema de agencia. Explica que mediante incentivos y sanciones que procuran alinear los intereses de accionistas y administradores, se pretende reducir los costos de vigilancia (*monitoring expenses*), los costos que implica la reducción de discrecionalidad del agente (*bonding costs*) y la pérdida residual (*residual loss*), que surgen por efecto de la escogencia errónea (*adverse selection*) y la propensión al oportunismo (*moral hazard*). Estos últimos se derivan, a su vez, de la asimetría de información (*asymmetry information*) (...) El conflicto de agencia entre administrador y accionistas surge de la posibilidad que tiene aquel de asignarse prebendas de la sociedad (p.107).

Aunque el artículo 23 de la Ley 222/95, explica detalladamente el procedimiento en caso de presentarse un conflicto de intereses, dentro del ordenamiento societario no se ofrece un concepto claro sobre este tema. Por esto, el Proyecto de Ley 070/15 en el artículo 19 proponía una definición específica de lo que se debería entender por “conflicto de interés”, junto a una clasificación explícita de las personas que se pudieran ver inmersas en esto y las situaciones que desencadenarían dichos conflictos. En razón a esto, en el Proyecto de Ley se proponía la creación de un sistema con tres niveles de autorizaciones en caso de presentarse un conflicto de interés de los tratados en la reforma, las cuales tendrían diferentes consecuencias jurídicas dependiendo de cada caso.

- **Autorización plena:** Hacía referencia a aquella autorización que aprobaba el órgano supremo por mayoría absoluta de los socios, quienes no podrían tener interés alguno en el negocio jurídico que se pretendía celebrar. Por tal motivo, en caso de haberse obtenido este tipo de autorización tendría como consecuencia que el negocio fuera totalmente válido y se eximiría de responsabilidad al administrador.
- **Autorización parcial:** En este caso, la autorización se aprobaba con la mayoría absoluta de los votos presentes en la reunión del máximo órgano social, sin embargo, algunos de los socios votantes tenían

interés en el negocio jurídico que se pretendía ejecutar. De acuerdo con esto, se le otorgaba plena validez a la actuación que desarrollaría el administrador, mas no se le exoneraría de responsabilidad si se hubiesen generado perjuicios.

- **Inexistencia de autorización:** Esta es la situación que se presentaría cuando el administrador ejecutaba el acto que desencadenaba el conflicto de interés sin obtener la autorización previa por parte del órgano supremo. En este caso como es apenas obvio, se generaría una nulidad absoluta sobre el acto ejecutado y se le endilgaría responsabilidad al administrador que la llevó a cabo.

4. Primacía de la autonomía contractual en la responsabilidad de los administradores

Es claro, que nuestra legislación societaria se ha caracterizado por su extrema rigidez a la hora de regular las relaciones entre los administradores y los asociados. En ese sentido, el artículo 200 del Código de Comercio, como ya se dijo, prohíbe las cláusulas que exoneren la responsabilidad a favor de los administradores.

Por lo anterior, consideramos que esta disposición lo que hace en primer lugar es restringir la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de dirigir sus relaciones internas de carácter administrativo. En segundo lugar, el administrador teniendo en cuenta la naturaleza de sus funciones, podría tomar decisiones que den lugar a responsabilidad en su contra, de la cual no podrá, por mandato legal, ser exonerado, de acuerdo a esto, es normal que el director, sabiendo los riesgos a los que se enfrenta, cobre un alto precio por sus servicios, ocasionando que para la sociedad sean más altos los costos de transacción, debido a que tendrá que invertir mayores recursos para vigilar que el administrador esté cumpliendo a cabalidad las funciones que detenta.

Con el fin de dar una pronta solución a este tema, se crearon una serie de mecanismos principalmente en el sector asegurador, para atenuar las

consecuencias adversas a nivel económico, que pueden generarse tanto para el administrador como para la sociedad, a la hora de entrar a reparar los perjuicios derivados de la acción de negocios previamente ejercida.

Uno de los principales seguros utilizados con este fin, es el conocido D&O (*“Directors and officers insurance”*), entendido como un seguro, en virtud del cual, el asegurador se obliga dentro de los parámetros establecidos en la ley y en el contrato a cubrir el riesgo de nacimiento a cargo del administrador o alto cargo de la S.A. de la obligación de indemnizar a la sociedad, a los accionistas o a los terceros, los daños y perjuicios causados por hechos relacionados con su actividad profesional, previstos en el contrato (Fernández del Moral, 1998, p. 7-8). Atendiendo a los pocos recursos con que cuentan los administradores para sufragar los perjuicios que con su gestión puedan llegar a causar a la sociedad, asociados y a terceros, el Proyecto de Ley 070 de 2015 proponía cuatro mecanismos de amparo a cargo de la sociedad misma o de los asociados dependiendo del tipo de controversia que se suscitara.

En primer lugar, según el texto del proyecto, se proponía la existencia de seguros de responsabilidad a cargo de la sociedad, es decir que se mantenía el instrumento que anteriormente ya se conocía. En segundo lugar, se buscaba estipular el reembolso de gastos de defensa tanto obligatorios como voluntarios dependiendo de la decisión judicial o administrativa que se proferiera. En tercer lugar, se planteaba la fijación de límites en la cuantía de la responsabilidad pactados estatutariamente y, por último, la novedad que consideramos más importante, la posibilidad de incluir dentro del contenido estatutario, disposiciones que permitieran la exoneración de responsabilidad a los gerentes frente a los asociados.

Con esto se logra evidenciar el trascendental cambio que iba a tener nuestro ordenamiento societario, logrando una transición entre una legislación compuesta por prohibiciones, limitaciones y en general normas imperativas que restringen la conducta de los administradores ex ante, para pasar a una normatividad un poco más laxa que tenía como

pilar fundamental la buena fe de estos profesionales, pero que a su vez robustecía los mecanismos de sanción en el caso en que incurrieran en conductas reprochables que estuvieran en contra de las razones por las que fueron contratados y de los intereses de la compañía.

Además, al exaltar la labor del administrador y teniendo de presente que éste en su día a día debe asumir riesgos para así obtener los mejores resultados posibles en el desempeño de su gestión, se brindaba la posibilidad de exonerarlos de esa responsabilidad que actualmente es uno de los principales obstáculos por los que el administrador en su papel de dirección y gerencia no se aventura a emprender nuevos proyectos, que a pesar de generar cierta incertidumbre, pueden alcanzar beneficios exitosos que eran en un principio inimaginables. Cabe aclarar, que no existía la posibilidad de eximir al administrador de responsabilidad, cuando la sociedad estuviera inscrita en el Registro Nacional de Valores – Ley 964/05.

5. Acciones de responsabilidad contra los administradores

El proyecto de Ley que fue retirado del Congreso buscaba adicionar una acción más al ordenamiento de sociedades. Se trataba de la denominada acción derivada, que se caracterizaba porque podía ser impetrada por cualquiera de los asociados de la compañía en nombre de ésta, con el fin de que los administradores repararan los perjuicios ocasionados en razón a su gestión, teniendo en cuenta que se podría acudir a ella siempre y cuando no se hubiese iniciado la acción social de responsabilidad.

Cabe resaltar, que la propuesta de incoar esta acción no requería aprobación por parte del Órgano Supremo; pero, si se trataba de aquellas sociedades inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, el asociado que pretendiera ejercer esta acción debía detentar un número de acciones que al menos representara el 5% del capital suscrito. Sin embargo, para evitar que este tipo de acción se convirtiera en un mecanismo intimidatorio en contra de los administradores, se había consagrado que quien la

interpusiera sin un propósito legítimo y verdadero, se hiciera responsable de todos los gastos en que hubiese incurrido el administrador en razón a su defensa dentro del proceso, incluyendo los honorarios del abogado.

Esta acción derivada tiene su génesis en el derecho anglosajón, principalmente en Reino Unido y Estados Unidos, donde se le conoce como “*derivative action o derivative suit*”, y tiene la misma connotación que se buscaba implementar en el ordenamiento colombiano. Es decir, una acción corporativa desarrollada para que los accionistas pudieran reforzar los derechos de la sociedad de una forma secundaria o indirecta, protegiendo los intereses sociales en aquellos casos en que la sociedad a través de sus administradores hubiera decidido no actuar directamente (Morris, 1996). Hay que reiterar que, con el Proyecto de Ley, no se buscaba la derogatoria de las acciones de responsabilidad ya existentes, pues lo único que se pretendía era adicionar la acción derivada, como tercera modalidad en este catálogo de mecanismos al servicio de la sociedad.

IV. Conclusión

En pleno siglo XXI, es claro que el comercio ha venido creciendo a pasos agigantados, esto como causa de la globalización que vive el mundo actualmente, celebraciones de Tratados de Libre Comercio y la interconexión que tienen ahora los países. Por esto, los negocios se han visto afectados positivamente y de igual manera el espectro jurídico ha ido cambiando, el traslado de normas de un Estado a otro es uno de los procesos más comunes a la hora de desarrollar nueva legislación en diversos temas, entre ellos el societario.

Estos traslados de legislación no son ajenos a nuestro sistema jurídico, evidencia de esto se puede encontrar en: la Ley 222 de 1995, la Ley 1258 de 2008 y el frustrado Proyecto de Ley 07 de 2015. Éstas, a pesar de contener figuras jurídicas novedosas a nivel nacional, pero con robusta trayectoria en otros países, en la práctica no generaron los resultados

esperados, a excepción de la Ley 1258, que le otorgó dinamismo al comercio además de lograr atraer la inversión extranjera.

Por su parte, la Ley 222 de 1995, a pesar de profesionalizar la labor de gerentes, introduciendo el concepto de los deberes fiduciarios y abriendo el espectro de la responsabilidad de administradores, también presentó ciertas dificultades. Por ejemplo, la acción social de responsabilidad consagrada en la Ley referenciada es muy poco utilizada puesto que los socios o accionistas mayoritarios en gran parte de los casos entorpecen el proceso debido a su relación con los administradores.

Del Proyecto de Ley 070 de 2015, hay que decir que buscaba flexibilizar el régimen de responsabilidad de administradores, al punto de permitir establecer disposiciones estatutarias con la finalidad de exonerarlos de dicha responsabilidad, en situaciones en las que se le generara perjuicios a la sociedad, lo que actualmente sería ineficaz. De igual manera, figuras como la acción derivada, el principio de deferencia al criterio empresarial, el concepto de conflicto de interés, la introducción de la BJR, entre otros, permiten considerar el posible éxito que hubiese obtenido su implementación.

Podemos decir, que no estamos a favor ni en contra de los trasplantes jurídicos, partiendo del hecho que la mayor parte de la legislación de nuestro país en el ámbito comercial se ha desarrollado en razón a este fenómeno. Nuestra posición es más neutral, pues no pretendemos afirmar que la transcripción de normas de otros Estados sea totalmente inviable, ya que llevando a cabo un análisis sistemático no sólo del mercado colombiano sino de las necesidades de los comerciantes, se puede concluir que adoptando normas de origen anglosajón en nuestro sistema jurídico se dota a estos agentes de las herramientas y garantías idóneas para enfrentar riesgos y darle dinamismo al giro de sus negocios.

Finalmente, concluimos que a pesar que una reforma al ordenamiento societario en materia de responsabilidad de administradores no es

urgente aún, pues el sistema actual no ha sido objeto de crisis y funciona acorde con las necesidades del mercado, es importante ser visionarios y tener en cuenta que la globalización que vive el mundo obliga a estructurar un ordenamiento económico y jurídico de vanguardia, que en algún momento será necesario, puesto que consideramos que el país debe ver en las sociedades un músculo financiero de gran poder para la economía nacional. Por esto, afirmamos que el Proyecto de Ley 070/15 independientemente de haber sido un trasplante jurídico, contenía figuras viables y que hubiesen llegado a ser de gran utilidad para los actores empresariales, los cuales se pueden tener en cuenta en una futura reestructuración del régimen de responsabilidad de administradores.

V. Bibliografía

- David, René. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. París, Dalloz, 1978.
- Fernández del Moral, José. El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (Póliza D&O). Granada: Editorial Comares, 1998.
- Garreta, José María. La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997.
- Laguado Giraldo, Carlos Andrés. *Factors governing the applications of the business judgement rule: An empirical study of the US, UK, Australia and the EU*. Cámara de Comercio, Bogotá, 2006.
- Laguado Giraldo, Darío. La Responsabilidad de Los Administradores. 2004.
- López Medina, Diego Eduardo. Teoría impura del Derecho, Legis. Universidad Nacional de Colombia y Universidad de Los Andes, 1ra edición. 2004.
- Morris, G. *Shareholder derivative suit: Louisiana Law*, 56 La. L. Rev. 583 (1195-1996).
- Narváez, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Inversiones Bonnet & Cía S.A., Bogotá, 1975.
- Neira Archila, Luis Carlos, Apuntaciones Generales al Derecho de Sociedades, Temis, Bogotá, 2006.
- Ospina Fernández, Guillermo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico, Temis, Bogotá, 1998.

- Ovalle, José. *Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1978.
- Poubel Catta, Michelle. *A Responsabilidade dos Administradores das Sociedades Ananiñas e a Business Judgement Rule* (Art. 159, §6º da Lei 6.404/76).
- Reyes Villamizar, Francisco. *Análisis Económico del Derecho Societario*. Segunda Edición, Legis. Colombia, 2013.
- _____. *Derecho Societario*. Capítulo XII Administradores, Temis, Bogotá, 2014.
- Watson, Alan. *Legal Transplants, an approach to comparative law*, 2nd edition. University of Georgia. 1993.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (1 de septiembre de 2014) Sentencia 2013-801-076. [SD José Miguel Mendoza].
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (7 de mayo de 2013) Sentencia 2013-801-030. [SD Ana María Ordóñez Puentes].
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles. (26 de marzo de 2015) Sentencia 2014-801-270. [SD José Miguel Mendoza].

