

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN COLOMBIA: UN ANALISIS  
SOBRE LA CONVENIENCIA DE LA REGULACION ACTUAL EN MATERIA DE  
RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL DERECHO SOCIETARIO  
COLOMBIANO

PABLO SIERRA GUTIERREZ

MONOGRAFIA PARA OPTAR AL TITULO DE ABOGADO

Asesor

JOSE DAVID POSADA BOTERO

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLIN

2020



## **ABSTRACT**

Currently in Colombia, the responsibility of the managers is regulated by the Law 222 of 1995. Inside this Law, the regulations transform from an only Roman-Germanic tendency to a regulation with also Anglo-Saxon concepts included in corporate law. Through this Law the Congress determined how the special regime of responsibility on managers of companies is going to operate. Although, it has been identified that in commercial matters, a regulation derived principally from Anglo-Saxon Law could bring more benefits to the economy and merchants, because this could bring a better harmony between normativity and reality. Having said that, there was a project of law that proposed a new regulation of the special regime of the managers, using laws from USA to use as a guide. This project wasn't successful in the Congress, but the high courts have used principles from Delaware Laws to decide in cases where they wanted to identify if there was responsibility from the managers of companies.

Having said this, a discussion begins on this matter, analyzing if the current law on the special regime of responsibility of the managers should or shouldn't have a reform or a modification. We proceed to make an analysis on the current situation and afterwards determine what could be a personal recommendation that could be proposed for this matter.

## **RESUMEN**

Actualmente en Colombia la responsabilidad de los administradores se encuentra regulada por la Ley 222 de 1995. Dentro de la misma, se transforma de una tendencia únicamente romano-germánica, a una tendencia donde se incluyen conceptos anglosajones, en materia del derecho societario. A través de dicha regulación se determina como opera el régimen especial de responsabilidad frente a los administradores de las sociedades. Sin embargo, se ha venido

identificando por sectores de la doctrina que, puede traer más beneficios a la economía y a los comerciantes una regulación derivada principalmente del derecho anglosajón, pues se entiende que de esta forma puede existir una mejor armonía entre la normatividad y la realidad. Teniendo esto en cuenta, se presentó un proyecto de ley que proponía crear una nueva regulación frente al régimen especial de responsabilidad de los administradores, la cual tomaba como base principalmente normas existentes en Estados Unidos. Dicho proyecto no prosperó en el Congreso, sin embargo, se ha evidenciado que en la jurisprudencia se han utilizado principios derivados de la normatividad anglosajona para fallar en casos donde se pretendía determinar si había responsabilidad de los administradores.

Teniendo en cuenta lo anterior, surge la discusión frente a si se debe realizar o no una reforma o modificación a la actual normatividad regulatoria sobre el régimen especial de responsabilidad de los administradores. Por lo que se procede a analizar la actual situación y se determina cuál sería la recomendación personal que se podría plantear para el asunto en cuestión.

## **PALABRAS CLAVE**

Administradores, Sociedades, Asociados, Régimen de Responsabilidad de los administradores, Common Law, Civil Law, Business Judgment Rule, Sentencia, Buena fe, Lealtad, Diligencia y cuidado, Trasplante jurídico, Presunción, Régimen especial de responsabilidad.

## **KEYWORDS**

Administrators, Societies, Partners, Regime of Responsibility on Managers, Common Law, Civil Law, Business Judgment Rule, Judgement, Good Faith, Loyalty, Diligence and Care, Legal Transplant, Presumption, Special Regime of Responsibility.



## INDICE

INTRODUCCION	1
1. Capítulo I: El Régimen de Responsabilidad de los Administradores en Colombia	4
1.1. Revisión Histórica	5
1.2. Ley 222 de 1995: La Responsabilidad de los Administradores	11
1.3. Regulaciones Adicionales al Régimen de Responsabilidad de los administradores	16
1.3.1. Ley 964 de 2005	17
1.3.2. Ley 1116 de 2006	17
1.3.3. Ley 1258 de 2008	18
1.3.4. Ley 1429 de 2010	20
1.4. Críticas y Falencias del Régimen de Responsabilidad de los Administradores	20
1.5. Proyecto de ley 070 de 2015	23
1.6. Una Nueva Propuesta de Reforma	29
2. Capítulo II: El Concepto de “The Business Judgment Rule” (BJR)	32
2.1. Historia del Caso de Delaware	43
2.2. El Concepto del Estado de Delaware	45
2.3. Requisitos para Optar por la Aplicación del BJR	45
3. Capítulo III: Análisis de Sentencias de la Corte Suprema de Justicia	50
CONCLUSIONES	64
BIBLIOGRAFIA	68





## **INTRODUCCION**

Los ámbitos económicos y sociales en Colombia son altamente influenciados por la normatividad implementada en el ordenamiento jurídico colombiano. Es entendido que, mediante la regulación del Estado, se establecen las reglas de juego para ejercer las actividades libres que protege en todo momento la Constitución Política de Colombia. Ahora, desde un aspecto más específico, es importante hacer referencia a las normas que regulan el Derecho Societario, las cuales tienen un impacto profundo en el comercio colombiano. Teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho, se entiende que uno de los principios del Estado es fomentar la actividad comercial e incentivar a que estos gremios aumenten el crecimiento económico. Sin embargo, es fundamental que sean establecidas unas regulaciones en este tema que busquen proteger los derechos fundamentales de la población, mientras se promueve al mismo tiempo el ejercicio de la actividad económica.

La actividad de los administradores de las sociedades es un pilar dentro del comercio colombiano, pues estos sujetos son quienes se encargan de dirigir el rumbo de estas compañías en un entorno donde prima la libre competencia. Debido a la importancia de este rol en las compañías colombianas, se expidió una Ley donde fue regulado un nuevo régimen especial de los administradores. La Ley 222 de 1995, además de regular otras disposiciones, se encargó de establecer las normas que regularían la actividad y el ejercicio de los administradores en las sociedades, entendiendo que debía existir una normatividad especial que reglamentara su actuar. Por medio de este régimen de responsabilidad de los administradores, se regularon deberes generales y específicos, responsabilidad y acciones judiciales que se pueden implementar contra ellos. Además, se identificó claramente quienes se entienden como administradores de una

sociedad. También, se determinó cuáles serán las causales y la forma en que responderán los administradores cuando se determine que hubo responsabilidad de estos.

Por medio de esta Ley se logró implementar un régimen mucho más detallado frente a los administradores, pero luego de 25 años de la expedición de la norma, se ha considerado una nueva regulación para el tema, buscando la conveniencia de una regulación que permita ajustarse a la dinámica de los negocios en la actualidad. Es evidente que durante los últimos años la actividad comercial ha tenido un cambio drástico derivado principalmente del avance sorprendente en la tecnología. Se puede entender que la regulación de la Ley 222 de 1995 se ha estado quedando en el tiempo, y por ende, se han ido identificado críticas y falencias a la norma por parte de la doctrina colombiana. Por esta razón, se han presentado propuestas para modificar la regulación, pero los mismos no han tenido trascendencia suficiente para llenar los vacíos.

Entendiendo el problema encontrado, puede considerarse pertinente estudiar los ordenamientos jurídicos de diversos Estados, para identificar cual ha sido el tratamiento que se le ha dado a la regulación de la responsabilidad de los administradores. Teniendo en cuenta el éxito de la regulación de Estados Unidos frente al Derecho Societario, y su impacto positivo en la economía, es conveniente estudiar su modelo de responsabilidad en la materia. Su regulación gira en torno al concepto de “Business Judgment Rule” (regla de discrecionalidad), el cual tiene una trascendencia importante dentro del precedente estadounidense. Ha sido tan relevante este concepto que incluso otros Estados lo han usado como cimiento para implementar su regulación en el ordenamiento jurídico.

En Colombia, entidades como la Superintendencia de Sociedades han tenido en cuenta el concepto de “Business Judgment Rule” para apoyarse en su actividad. A pesar que el concepto no está implementado en la normatividad, se aplica como herramienta de apoyo por entes territoriales.

En cuanto a la metodología del estudio, se hará una investigación y análisis de textos y documentos sobre el derecho societario en Colombia y sobre las regulaciones del mismo tema en el derecho anglosajón, en donde se buscará dar profundidad y claridad al tema del trabajo. Luego, se utilizarán todas estas herramientas para generar una reflexión sobre la normatividad colombiana en materia de regulación de la responsabilidad de los administradores, analizando si se considera necesaria una reforma en el tema.

El estudio se dividió en diversos puntos de la siguiente manera: en primer lugar, se hará un estudio de la regulación colombiana del régimen de responsabilidad de los administradores. De allí se procede con un análisis del concepto de “Business Judgment Rule”, el cual se deriva del ordenamiento de Delaware (Estados Unidos). En tercer lugar, se realizará el estudio de providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y la Superintendencia de Sociedades, actuando como equivalente jurisdiccional. Por último, se encontrarán las conclusiones del estudio.

## **1. CAPITULO I: EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN COLOMBIA**

La identificación del papel de los administradores en Colombia constituye el pilar para realizar un análisis sobre como la legislación que regula este tema ha evolucionado con el paso del tiempo y esclarecer los efectos en las sociedades comerciales que se han constituido y las que se constituirán en el periodo actual y próximo. Esta revisión histórica permite hacer una cadena de ideas y unir puntos, aristas de pensamiento sobre por qué es importante el papel de los administradores, además de entrar en contexto con el tema a tratar en la presente investigación. Es fundamental tener como centro de la investigación, la correlación histórica de la evolución de la legislación con cambios en el mercado nacional e internacional debido a la globalización y las recientes propuestas ante el Congreso de la República de un nuevo enfoque jurisprudencial y normativo.

A lo largo del trabajo se busca identificar las razones del porque sigue vigente la Ley 222 de 1995 si en la actualidad la información, la tecnología y el papel digital en las diferentes estructuras laborales ha cambiado los procesos, tareas, roles y capacidades de los humanos en diferentes escalas y puntos de las sociedades. Debe existir una convergencia entre los medios que se utilizan para regular el actuar de los administradores de manera transparente y lograr absolverlos de los problemas que puedan ocurrir, siempre y cuando no tengan ninguna responsabilidad. La perspectiva de los administradores referente a los medios que se utilizan para abordar la responsabilidad que pudieran poseer en los distintos casos que se presenten es deficiente, ya que sienten que no los cobija de la manera correcta, en torno a los problemas que pudieran surgir de la sociedad y las variables exógenas a ellos.

## 1.1. REVISIÓN HISTÓRICA

Según distintos autores (Hunter y Short, 1959; Currie, 1967; Safford, 1989; Mayor, 1987, 1989, 1990, 1994; Montenegro, 2008), los antecedentes históricos en materia de formación profesional con efectos en administración en Colombia tuvieron sus orígenes en el derecho, la ingeniería y la economía. La necesidad por formar dirigentes jugó un papel histórico fundamental en el surgimiento de la administración como profesión a principios del siglo XX, luego de conformada la Escuela de Minas en Medellín. “Fueron los ingenieros antioqueños de la Escuela Nacional de Minas de Medellín, quienes hacia 1911 y 1912 empezaron a estudiar y a enseñar a Taylor, en una cátedra que se llamó con cierto afrancesamiento “economía industrial...” (Pabón, p. 51). También indica que en la capital se empezó a impartir los principios de Taylor y Fayol en la Universidad Javeriana en 1931, pero en la carrera de Derecho.

Para la primera mitad del siglo XX, de manera especial, tanto en instituciones educativas como principalmente en las universidades de Bogotá, se empezaron a ofrecer matrículas en jornadas nocturnas para la formación técnica en lo que posteriormente (para la década de los sesenta) se le llamaría de manera formal al programa: carrera de administración. Para 1981, los programas de administración impulsados por la Ley 60, condujeron al reconocimiento de la profesión Administración de Empresas.

En vista de la creciente demanda de esta clase de profesionales por parte de empresas regionales que se mostraba en auge, los programas de administración tuvieron que diseñarse a la medida de estas nuevas compañías y de diversos sectores de la economía colombiana; en principio, estos programas llegaron a atender los requerimientos tanto de la administración pública como la privada, y, así mismo, fueron diseñados con el soporte de las ciencias jurídicas, económicas y de

ingeniería. El plan de estudio genérico incluyó áreas funcionales como mercadeo, finanzas, técnica contable y administrativa.

Los programas de administración en Colombia tuvieron un fuerte componente político al caracterizarse por la pugna constante que se manifestaba entre dirigentes del Estado; a través de luchas de carácter partidista que se llegaron a enquistar a la larga en el aparato social, se produjeron así faccionalismos partidistas regionales y se consolidó una feroz violencia partidista que dejó un saldo de muertes de entre los cuales se logra ubicar a Jorge Eliécer Gaitán en 1948. Los resultados fueron favorables a pesar de todo, según Kalmanovitz (1986) los que se enfrentaron a la situación y lograron ejercer con éxito actividades comerciales e industriales vieron como la puja política desfavorecía el surgimiento de nuevas firmas, pero a su vez estimulaba la innovación gerencial y medía la capacidad de las empresas de salir adelante en medio del conflicto que contenía luchas hegemónicas de representación partidista consecuentemente acompañadas de pactos regionales que decidían por los medios de producción.

El capitalismo de corte regional dio apoyo a las clases empresariales colombianas que se formaron bajo carácter político consolidando una riqueza que atraía, obviamente, a los protagonistas propios de una economía en crecimiento, a los distintos sectores que incluyen sin lugar a duda el financiero. Como ente financiero en este desarrollo empresarial colombiano por regiones, se destacan el Banco de Caldas junto al Banco de Bogotá entre 1960 y 1980.

Expresa Caballero (1987), el Banco de Caldas junto al Banco de Bogotá se consolidaron luego con la fusión de bancos regionales tales como el Banco Central de Bogotá, el Nuevo, el Banco Santander, el Banco Social del Tolima, Banco de Boyacá, el Banco de Bolívar de Cartagena, el Banco de Pamplona, el Banco de Pereira, el Banco del Huila y el Banco Republicano de Medellín.

La tendencia en Colombia se inclinó hacia la privatización de la educación superior, con incidencia evidente por parte de los Estados Unidos y una clara preferencia por las carreras útiles y prácticas dentro de las cuales se incluyó la administración.

Según Bejarano (1994), Antioquia lideró la actividad industrial durante gran parte del siglo XX, y empezó a ser evidente como se distribuía a lo largo y ancho de la región empresas de los diferentes tipos de sectores. Regionalmente surgieron algunas corporaciones financieras regionales, fondos ganaderos y el sector de textil.

Caballero (1987) respalda esto en su texto, al indicar que apareció del Banco Ganadero, el Banco del Comercio, el Cafetero, el Industrial Colombiano, la Caja de Crédito Agrario y el Banco Central Hipotecario. El Banco Comercial Antioqueño se fusionó con el banco de San Gil, el de Salamina, el Comercial de Barranquilla, el de Bolívar, el Nacional de Sabanas de Sincelejo y de Oriente, y el de Rionegro Antioqueño tomando más fuerza.

Con el modelo de Currie, el sector líder que movió la economía fue el de la construcción, el cual se caracterizó por planes de vivienda urbana de gran magnitud, produjo la necesaria contratación de mano de obra no cualificada, el crecimiento de un mercado interno y la formación de mano de obra cualificada para desempeñar cargos técnicos.

El evidente crecimiento industrial y comercial del país en este periodo fue el preludio a lo sucedido en la década de los sesenta, en la cual formalmente surgen los programas de profesionales de administración en las universidades de Bogotá. Por ello no es de extrañar que las universidades de la capital hayan sido las primeras en ofertar programas de profesionalización en el área (inédita) de la administración (Gouëset, 1998).

Aunado al crecimiento económico de la región por parte de la construcción no solo de viviendas, sino de vías ferroviarias, Pabón indica que:

“...las condiciones de crecimiento económico de las zonas urbanas y en general el mejoramiento de las condiciones de vida en estas áreas que estimulan la inmigración de la población desde las zonas rurales. Por otro lado, están los elementos que expulsan la población del campo como la violencia, la crisis de la economía agraria tradicional y la presión demográfica en zonas de minifundio.” (p. 54)

Tanto el desarrollo empresarial en materia comercial como en materia industrial, fueron el motor para el nacimiento de empresas en el sector privado y en el sector público y, en ellas, desde los comienzos del siglo anterior, se requirió de estudios de administración que realizaron los dirigentes, empresarios, industriales o comerciantes, y sus hijos. Las facultades de derecho en Colombia, donde las élites dominantes se dedicaron al estudio del derecho, empezaron a darle gran importancia a la economía y algunas universidades vieron con gran preocupación la necesidad de fortalecer la formación de sus dirigentes (abogados potenciales) con conocimientos de economía. De tal manera que los primeros estudios de administración en Colombia fueron soportados por las obras de Taylor y Fayol, principales exponentes de la administración clásica.

En Bogotá se llegó a ofrecer doble titulación a quienes estudiaran derecho y los títulos otorgados fueron de Abogado-Economista, como en el caso de la Pontificia Universidad Javeriana. Algunos de estos abogados fueron gestores de facultades de economía y administración tras el creciente desarrollo empresarial que se dio secuencialmente y que requirió de profesionales formados en ciencias económicas y administrativas para hacer frente a la conducción de empresas de los diversos sectores de la industria colombiana. Así pues, como el surgimiento de la economía como profesión en Colombia encontró sus orígenes en el derecho, la administración, junto a la



contaduría, profesiones en las que cimentó sus orígenes en la economía. Surgió así un híbrido de profesional en economía y derecho que no ayudó a superar el subdesarrollo, ya que se generó cierta confusión en el ejercicio de las funciones de las tres profesiones (administración, economía y derecho), pero que contribuyó a avanzar en materia de planeación, situación que continuó durante la década de los setenta, en especial y sobretodo en universidades privadas y en programas nocturnos (Currie, 1968; Kalmanovitz, 1993).

Al evolucionar, la sociedad colombiana mostró la necesidad de un profesional que fuera capaz de llevar las riendas, el timón de las empresas que estaban surgiendo con los diferentes cambios que se suscitaron en diferentes campos en la economía colombiana, abriendo paso a la globalización mediante exportaciones y también abriendo las puertas a los inversionistas que veían prosperidad en esta tierra con la creación de nuevas empresas. El abogado tenía cualidades necesarias en la nueva economía, pero no las suficientes para cubrir el rango de trabajo de un administrador, y es por eso que se empieza a impartir la administración como una vertiente entre la economía y el derecho. Actualmente las universidades que imparten esta carrera a nivel nacional forman más de 30.000 nuevos administradores que estarán complementándose con otras carreras para asumir la gerencia de las instituciones con la finalidad de mantener un esquema integral y completo al momento de la toma de decisiones, controlar las actividades que se llevan a cabo dentro de la empresa, ser un líder capaz de dirigir un equipo de trabajo y planificar las tareas en función de obtener no solo beneficios monetarios sino del bienestar del personal dentro de la empresa. Actualmente se ofrecen en Colombia diferentes programas enfocados hacia la administración en los distintos niveles académicos, desde el nivel técnico hasta doctorados en esta área. Este sistema de programas surgió a mediados de los años 60 y se ha mantenido hasta

entonces, respaldado por las diferentes legislaciones que amparan a la educación superior en Colombia.

Un aspecto bastante relevante que se debe tener en cuenta cuando se analiza la profesión de un administrador es la regulación especial a la que pueda estar sujeto, pues desde esta mirada se podrá entender cuál es el régimen por el cual deberá alinearse y actuar.

Es importante hacer una anotación frente al anterior desarrollo, pues no es indispensable que un sujeto estudie la carrera de administración y reciba efectivamente la certificación por una institución educativa para poder ejercer la profesión de administrador. Dicho ejercicio puede ser llevado a cabo por personas que hayan estudiado una profesión diferente o que hayan desarrollado sus habilidades para el cargo de una manera empírica. Esta actividad no requiere requisitos legales para su práctica, lo que deriva en que uno de los pilares más importantes en la formación de un administrador es la experiencia y el conocimiento general del giro ordinario de los negocios. Sin embargo, aunque un administrador pueda ejercer dicho cargo sin necesidad de una formación profesional por una institución educativa, cuenta con los mismos deberes y obligaciones a los profesionales graduados en la materia.

En Colombia la norma que regula el régimen de responsabilidad de los administradores principalmente es la Ley 222 de 1995, sin embargo, también ha sido regulado mediante otras leyes posteriores. A continuación, se procederá a realizar un análisis detallado del régimen especial de la responsabilidad de los administradores en Colombia, y a estudiar si la norma se ajusta a la conveniencia actual o si se considera necesaria una reforma, atendiendo el contexto de lo que implica ser administrador y los conocimientos para ello.

## **1.2. LEY 222 DE 1995: LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES**

La Ley 222 cambió la forma en que el Código de Comercio regulaba la responsabilidad de los administradores, añadiendo reglas que hicieran realmente eficiente el régimen de responsabilidades de los administradores, también habla sobre los deberes, papel y responsabilidad de los administradores en la empresa unipersonal, forma de organización empresarial, la responsabilidad del liquidador y de los socios y sus conductas.

No fue hasta 1995 que se dictaminó una ley capaz de regular ampliamente los derechos y deberes de los administradores en Colombia, introduciendo en materia jurídica legislaciones y herramientas para las compañías y los accionistas, pues si bien el artículo 200 del Código de Comercio regulaba el tema, lo hacía con fundamento en una responsabilidad con criterios generales y no atendiendo el rol propio de esta actividad. Dicho artículo subrogado expresaba lo siguiente:

“Los administradores responderán de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.”

Para iniciar el desglose de esta Ley, conviene citar lo que en su contenido se define como administrador, esto se encuentra en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, expresado de la siguiente manera: “Administradores. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones” (p.06).

Esta definición es bastante amplia dejando vacíos en cuanto a quienes cumplen o no con estas tareas, apegándose a la definición, es por eso que autores como Reyes Villamizar (2014) afirman 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)

La Ley 222 en la sección II del Capítulo IV, muestra cuatro artículos de los cuales se analizarán tres (23, 24 y 25). El artículo 23 trata de los deberes de los administradores, el 24 de las responsabilidades y el 25 de las acciones que se toman en contra de los administradores de hallarse culpables.

El artículo 23 de la Ley 222 desglosa los deberes de los administradores, los cuales se diferencian por la doctrina en generales y específicos. Reyes Villamizar (2019) explica el artículo determinado los deberes incluidos en el primer inciso como los generales, los que cubren a cabalidad las responsabilidades de los administradores. Luego, en los numerales siguientes se contemplan unos deberes específicos, los cuales son los que se relacionan directamente con el fin del cumplimiento de las funciones de los administradores en Colombia. Los deberes generales son:

- **Deber de buena fe:** Tiene que ver con la obligación del administrador de establecer un vínculo de interés con el asociado y acreedores, donde debe velar por el bienestar primordialmente de la sociedad. Este mandato está presente en la Constitución, en el Código Civil y el Código de Comercio.

- **Deber de lealtad:** Este deber tiene que ver según la Superintendencia de Sociedades en oficio 220-001672 del 8 de enero de 2014, con la objetividad, integridad y fidelidad con la que el administrador debe llevar a cabo las actividades, para que consiga desarrollar el objeto social de la empresa sin que se generen juicios de valor y conflictos de intereses que perjudiquen a los socios.
- **Deber de obrar con la diligencia y cuidado de un buen hombre de negocios:** Londoño y Riaño (2016) hacen referencia al derecho comercial, exponiendo que ahí “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” (p.112). Más allá de encomendársele una tarea de guardar, cuidar y atesorar el capital de una empresa, el administrador debe tener un perfil profesional, a eso se refiere con el termino hombre de negocios. La toma de decisiones debe ser total y completamente objetiva, sin tener ningún otro tipo de interés más que el de generar beneficios a los socios.

Reyes Villamizar (2019) al referirse a los deberes específicos de la Ley 222 de 1995, indica que realmente son unas de las funciones atribuidas a los administradores por la ley, entendiendo que, si se viola una de estas, se compromete la responsabilidad de los mismos. Sin embargo, estos deberes se relacionan estrictamente con los deberes generales, así que no se entienden como cargas adicionales. Vale la pena recordar que solo puede determinarse claramente los deberes específicos de un administrador luego de analizar el objeto social y las obligaciones que tiene dicha sociedad.

Cabe destacar que la Ley 222 en su artículo 24 no describe directamente estos supuestos, sino que define claramente cuál es el alcance de la responsabilidad que asumirán los administradores. Dicho artículo es el que modificó el artículo 200 del Código de Comercio, el cual quedó así:

“Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

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.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.”

Se entiende entonces claramente por este artículo cual será la responsabilidad que asumirán los administradores en caso que se pruebe su culpabilidad, un daño causado a la sociedad, asociados o terceros, y un nexo causal entre los mismos. La responsabilidad que se les atribuye es solidaria e ilimitada. Cabe resaltar la complementación que hace Reyes Villamizar (2019) al asunto: “Por lo demás, es suficientemente claro que la responsabilidad imputable a los administradores puede ser de naturaleza contractual o extracontractual.” (p.720)

En el inciso 2º del artículo se evidencia la existencia de una exoneración de responsabilidad a los administradores siempre y cuando se cumpla con los postulados mencionados. No habrá responsabilidad si el administrador nunca tuvo conocimiento de las actuaciones u omisiones o cuando el funcionario haya votado en contra de la decisión y no haya sido quien la ejecutó. Si se cumplió una de estas dos hipótesis, no habrá manera de que el administrador asuma responsabilidad por los daños que se hayan ocasionado.

También se hace referencia a una posible presunción de culpa por parte del administrador. De acuerdo al artículo 200 del Código de Comercio, se presumirá la culpa del administrador en los casos que haya violación de la ley o estatutaria, o se distribuyan las utilidades en contravención a las disposiciones normativas. Dicho postulado puede entenderse como drástico, pues en estos casos la carga de la prueba se trasladará al administrador, quien será el encargado de desvirtuar la presunción legal. El demandante solo deberá probar la existencia de una infracción legal o contractual y la relación causal.

Adicionalmente, esta norma autoriza por primera vez la posibilidad de que una persona jurídica sea administrador de una sociedad. Sin embargo, la doctrina ya había contemplado dicha posibilidad desde antes.

Finalmente, mediante el último inciso del artículo analizado, se evidencia una simple repetición del principio de que no puede condonarse el dolo futuro.

En relación a cómo proceder de considerar culpable al administrador, derivado de uno de los supuestos normativos o contractuales, el artículo 25 de la Ley 222 indica la acción social de responsabilidad que debe ser llevada a cabo contra los administradores. Indica que puede ser adoptada por la junta de socios/asamblea de accionistas, y dispondrá de tres meses para ejecutarla,

teniendo como finalidad la reparación de los daños causados al capital de la compañía, recalcando que les corresponde esta decisión a los accionistas de la empresa.

La titularidad de esta acción la ostenta la sociedad, una vez haya sido aprobada 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. (Londoño y Riaño, 2016, p.116-117).

La otra acción nombrada al final del artículo 24 de la Ley 222, es la individual, la cual puede ser llevada a cabo por “cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad” (p.07). Este tipo de acción busca redención a los daños que le fueron causados a la persona que lleva a cabo la acción de responsabilidad, es decir, es una reparación individual.

### **1.3. REGULACIONES ADICIONALES AL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES**

Al analizar la Ley 222 de 1995, a pesar de contemplar en toda su estructura la mayor cantidad de ítems correspondientes para el correcto desarrollo de las actividades de los administradores, con el paso del tiempo se podría plantear la necesidad de modificarla para adecuarla al entorno actual de la sociedad colombiana que se ve envuelta en la globalización, cambios en el comercio y en el derecho que rige a los administradores. Con el paso de los años se han aprobado nuevas leyes que han traído cambios y adiciones mínimos al régimen de responsabilidad de los administradores, como lo han sido la Ley 964 de 2005, la Ley 1116 de 2006, la Ley 1258 de 2008 y la Ley 1429 de 2010.



### **1.3.1. Ley 964 de 2005**

Mediante esta Ley se establecieron normas generales y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectuen mediante valores. En lo que concierne al régimen de responsabilidad de los administradores, se consagran inhabilidades y responsabilidades a los administradores de sociedades que participan en el mercado público de valores (MPV).

Los aspectos mas relevantes de la Ley, frente al tema que se estudia, son los siguientes. Dentro del artículo 20 se disponen unas inhabilidades determinadas que aplican a los administradores de las mencionadas sociedades que participan en el mercado de valores. Adicionalmente, se establecen unos mecanismos de elección encaminados a incrementar la participación de los socios minoritarios en la Junta Directiva y se les obliga a tener en cuenta las propuestas de los minoritarios. También, se regula la implementación de un comité de auditoría, el cual tendrá dentro de sus funciones la vigilancia del ejercicio de los administradores.

A pesar de que esta Ley no aplica a los administradores de todas las sociedades, si introdujo cambios al régimen de responsabilidad de los administradores que ejercen su cargo en sociedades que hacen parte del mercado público de valores (MPV), pues se establecieron tanto limitaciones, como obligaciones que deben cumplir en todo momento.

### **1.3.2. Ley 1116 de 2006**

En el año 2006 entró en vigencia la Ley 1116, por la cual se establece el régimen de insolvencia empresarial y demás disposiciones. Dentro de dicha regulación se disponen normas especiales estrictas en relación a la responsabilidad civil a la cual se pueden encontrar sometidos los socios, administradores, revisores fiscales y empleados en procesos de insolvencia empresarial de sociedades. Dentro de la Ley se determinan ciertas causales en las que podrán incurrir los

administradores en caso de incumplir con dicho régimen. Con esta norma se evidencia la adición a la regulación al régimen de responsabilidad de los administradores.

### **1.3.3. Ley 1258 de 2008**

Su origen parte de un proyecto de ley que fue presentado por el senador en ese momento de la República Germán Vargas Lleras, donde se buscaba dejar de lado cualquier debate anteriormente llevado a cabo por las sociedades y empresas unipersonales, además de incluir un nuevo tipo societario a la normatividad colombiana. Este proyecto finalmente terminó aprobándose y denominado como la Ley 1258 de 2008, o Ley SAS.

Esta Ley finalmente abrió la posibilidad de tener sociedades con un único accionista, mediante la Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS de aquí en adelante), que en su primer artículo menciona lo siguiente, “CONSTITUCIÓN: La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes solo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes”.

Una vez aprobada, esta Ley llevó a que todas las sociedades unipersonales que se constituyeron con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006 desaparecieran, ya que el artículo 46 de la Ley de SAS establece que no se podían crear más sociedades de este tipo y las que ya existían debían transformarse en SAS en un término de seis (6) meses. La razón para fundamentar dicha modificación es que, mediante esta nueva Ley, se pretendía incluir a las Sociedades Unipersonales como SAS, pues se entiende que la primera es una especie de la segunda, en donde no se hace necesario diferenciarlas.

La introducción de las sociedades por acciones simplificadas transformó todo el entorno societario, convirtiéndose en el tipo societario preferido por los comerciantes, debido a la fácil

adaptabilidad entre los aspectos normativos y comerciales de las sociedades. Se puede entender que hubo una actualización de la normatividad para que la misma promoviera o fomentara el comercio en Colombia. Se ha entendido que dicha Ley ha sido un éxito desde el punto de vista de los más importantes doctrinantes en la materia.

Esta Ley fue estrictamente relacionada con la Ley 222 de 1995, como se observa en su artículo 27:

“RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.

PARAGRAFO. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.” (p.07)

Como se observa, mediante dicho artículo se establece expresamente que los órganos de administración de las SAS estarán sujetos al régimen de responsabilidad de los administradores establecidos en la Ley 222 de 1995. Sin embargo, en el párrafo se incluye una novedad frente a la aplicación de dicho régimen. De acuerdo a la norma, las personas naturales o jurídicas que ejerzan una actividad positiva de gestión, administración o dirección dentro de una SAS, tendrán las mismas responsabilidades y sanciones que los administradores, sin importar que no ejerzan dichos cargos. De esta manera se expande un poco el espectro de aplicación de este régimen de responsabilidad, pero solo en este tipo societario.

#### **1.3.4. Ley 1429 de 2010**

También es importante mencionar la Ley 1429 de 2010, la cual pretende apoyar a los empresarios y emprendedores colombianos, brindándoles una base confiable al momento de crear su empresa, lo cual no estaba asegurado en la Ley 222 de 1995.

El artículo primero de la Ley 1429 menciona que:

“La presente Ley tiene por objeto la formalización y la generación de empleo, con el fin de generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas; de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse.” (p.01).

Esta Ley trata sobre la formalización y creación del empleo, y contempla un innovador sistema de liquidación simplificada y reactivación de sociedades, además de liquidación de sucursales. Dicha Ley tiene relevancia con el régimen de responsabilidad de los administradores porque se establece un sistema diferente para liquidar sociedades, afectando responsabilidades de los liquidadores. En muchos casos dichos liquidadores son los mismos administradores de las sociedades.

#### **1.4. CRITICAS Y FALENCIAS DEL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES**

Las falencias al régimen de responsabilidad de los administradores pueden resumirse en dos críticas que ponen en duda la efectividad y la racionalidad de la actual normatividad vigente en Colombia. Primero está la inseguridad que tienen los administradores al momento de ejercer sus funciones, debido a que sienten que al tomar decisiones arriesgadas pueden ser sancionados y obligados a responder con su propio patrimonio por los daños que se causen. La segunda crítica se basa en el análisis del juez como persona que decide si un administrador tomó una decisión

acertada o no, entendiendo que los jueces no son personas de negocios y no conocen el entorno en el que ejerce su trabajo un administrador.

Como primer punto, se evidencia que en más de una ocasión se ha intentado reformar el régimen de responsabilidad de los administradores, proponiendo un régimen que beneficie o proteja más a estos funcionarios. Se entiende que quienes proponen una nueva regulación consideran que el régimen actual de responsabilidad de los administradores hace que estos no se sientan protegidos por el derecho o se sientan expuestos a recibir sanciones fácilmente. Lo que esta disconformidad genera, es que los administradores no ejerzan su cargo de la manera que realmente quisieran, pues en vez de pensar en los beneficios que podría traer una decisión, están pensando en las posibles consecuencias adversas que podrían recibir en caso de tomar una decisión desfavorable. En esta situación el administrador se está acomodando a los parámetros que impone el régimen especial de los administradores, evitando que este sujeto lleve a cabo sus funciones de una manera menos restringida, y buscando unos beneficios mayores para la sociedad.

Lo favorable de tener administradores que ejercen sus cargos de manera menos restringida, donde se sienten protegidos, es que los incentiva a tomar riesgos en los negocios. Es ampliamente conocido en el sector comercial que para prosperar y obtener mejores beneficios se deben tomar riesgos calificados, pues estos son los que generarán más rentabilidad. Lo que está sucediendo en la actualidad es que los administradores prefieran tomar las decisiones menos arriesgadas para evitar repercusiones contra su propio patrimonio. De esta forma lo que está sucediendo es que se está limitando el ejercicio de los administradores y no se está aprovechando a fondo el beneficio que pueden traer a una sociedad cuando toman decisiones pensando en mejor rentabilidad o utilidades para la compañía y no en lo más seguro para la compañía, asumiendo el riesgo propio de la actividad empresarial.

Si se modificara la normatividad para que los administradores se sientan seguros y protegidos por el Derecho, se podría plantear como hipótesis que la consecuencia sería el incremento en la economía del país y una mejor dinámica de los negocios al tomar decisiones sin el temor de posibles repercusiones adversas, pues los administradores tendrían más confianza al ejercer su cargo.

Ahora, por otro lado, analizando la regulación actual, se entiende que un juez es la persona encargada de determinar si un administrador debe responder personalmente por tomar decisiones que han desfavorecido a la sociedad. Lo que esto significa es que un juez debe entender el contexto y las situaciones por las que tuvo que pasar el administrador para finalmente otorgar un fallo sobre el asunto. La crítica que se hace frente a este tema es que no favorece en dichos procesos la intervención judicial cuando se analizan decisiones de negocios. Es claramente entendido que los jueces no son personas de negocios, por lo que esto puede derivar en que los mismos no cuenten con la capacidad, la experiencia, el conocimiento o la información necesaria para tomar decisiones sobre este asunto. Suescún de Roa (2013) manifiesta que los jueces muchas veces no están en la capacidad de comprender las circunstancias específicas por las que puede estar pasando una sociedad, llevando a que no comprendan la forma de pensar de los administradores cuando tomaban la decisión en cuestión.

Suescún de Roa (2013) da un argumento que se considera relevante para el tema, cuando dice:

“Además de lo anterior, los jueces sufren de “hindsight bias” (sesgo retrospectivo), que es una tendencia de estos a asignarle erróneamente una alta probabilidad a un evento de probable ocurrencia por el simple hecho de que terminó ocurriendo.” (p. 360)

Lo que quiere decir el autor es que luego de que sucedan todos los hechos, es más fácil entender cuál hubiera sido la decisión favorable. Sin embargo, no se puede dejar a un lado la perspectiva del administrador cuando está tomando una decisión. El administrador solo puede especular que puede suceder, y de acuerdo a las circunstancias del momento se tomará la decisión que pretende traer más beneficio a la sociedad.

Mediante la normatividad actual, los jueces pueden fácilmente cometer errores por la falta de conocimiento en el ámbito comercial y especialmente en la situación interna de cada compañía. Los autores que critican la normatividad actual aludiendo a este argumento consideran que al implementar una regulación que protege más al administrador, se evitara la comisión de errores potenciales por parte de la rama judicial, y dando más autoridad al sector comercial en el tema. Si el sector comercial tiene más peso en el asunto, puede ser este mismo quien vigila el comportamiento de los administradores y probablemente haciendo un mejor trabajo al conocer la materia de una manera mucho más detallada y al estar directamente relacionados con las fuerzas del mercado.

### **1.5. PROYECTO DE LEY 070 DE 2015**

Según lo dicho por la Superintendencia de Sociedades (2015), se buscaba introducir reformas sustantivas al régimen vigente en materia de sociedades. En relación al presente estudio, vale la pena examinar los capítulos tercero y cuarto, pues pretendían reformar el régimen de responsabilidad de los administradores. La idea era ajustar el régimen en los aspectos que han sido mencionados en el presente trabajo, implementando así una regulación que protegiera aún más al administrador y permitiera que actuara sin tantas limitaciones. Dicho proyecto de ley se centraba en los siguientes puntos: i) La introducción del principio de deferencia al criterio empresarial. ii) Una nueva forma de definir y aplicar el deber de cuidado. iii) El fortalecimiento del deber de

lealtad. iv) La aplicación del postulado de la autonomía contractual en la regulación privada de la responsabilidad de los administradores y v) Acciones de responsabilidad contra los administradores.

a) Introducción del principio de deferencia al criterio empresarial: este primer punto trata del cambio de paradigma generado por la Ley 222 en cuanto al término “buen hombre de negocios”, el cual no ha tenido una correcta aplicación a nivel jurídico ni doctrinal. Según Londoño y Riaño (2016) el Proyecto de Ley 070, pretendía cambiar el principio de deferencia al criterio empresarial, mediante la implementación de la norma “The Business Judgment Rule”.

Según Gómez, Miranda & Santacruz (2019). The Business Judgment Rule (BJR, de aquí en adelante):

“Promueve un principio de abstinencia judicial en el cual los jueces reducen su intervención frente a las decisiones de los administradores o gerentes de las compañías, siempre que éstas hayan sido tomadas de buena fe, en función de los intereses de la sociedad y con base en la información adecuada.” (p.40)

Para Laguado (2004) esta norma es una doctrina que protege de imputaciones sobre la responsabilidad que poseen los administradores y directores de compañías, claro está cuando estos hayan sido cuidadosos en cuanto a sus deberes, también hayan obrado de buena fe y conservado sus límites. Este tipo de normas tiene origen principalmente en Estados Unidos, donde se determinó que la máxima autoridad de una compañía (conocido como el Agente Registrado) es quien tiene la capacidad de emitir un juicio en cuanto al desenvolvimiento de los administradores, es decir, a nivel jurisdiccional no posee el conocimiento necesario para juzgar las acciones de un administrador, dado que los jueces no poseen la experticia necesaria en materia de administración



para tomar parte y emitir una sentencia. Se puede establecer que los jueces respetaran la toma de decisiones de los administradores, siempre y cuando esta sea ejecutada bajo un completo razonamiento lógico y que se ciña a lo establecido.

Se quiere resaltar la noción del BJR porque en el proyecto de ley 070 se buscaba hacer lo que se conoce como “un trasplante jurídico” donde se emplean las leyes de otros países en la legislación nacional, buscando resultados similares. Todo lo relacionado con el BJR se tratará en el próximo capítulo.

Tal y como se menciona en el proyecto de ley 070 de 2015 “a menos que se compruebe la mala fe o la violación de la ley o del deber de lealtad, los administradores no serán responsables por los perjuicios que se originen en sus decisiones de negocios” (p. 25-26). Este criterio es ambiguo ya que es subjetiva la forma de medir, cuantificar o precisar si el administrador obró de buena fe. Medir cuan buenos son los sentimientos de una persona, el nivel de ética y la eficiencia con la cual trabaja, es difícil, ya que no existe un termómetro de buenos sentimientos. Al dejar en manos de un administrador ciertas responsabilidades que genera la compañía se corre el riesgo de que este actúe para obtener un beneficio propio.

b) Una nueva forma de definir y aplicar el deber de cuidado: en el punto dos de la reforma se buscaba no aplicar a los administradores el artículo 63 del Código Civil dado el nivel de profesional que poseen los directores de las empresas.

Londoño y Riaño (2016), interpretan que:

“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...” (p. 124)

Mediante esta cláusula se pretendía proteger a los administradores y directores de las empresas, y se verían obligados a asumir la responsabilidad si se comprobaba que no cumplían con los requisitos de obrar con buena fe y seguir lineamientos de la junta de socios.

c) El fortalecimiento del deber de lealtad: la modificación en este inciso se debe a que la violación al deber de lealtad, es un factor extracontractual. Para Londoño y Riaño (2016) definen este valor como “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” (p. 125).

También indican que esta relación entre el administrador y el(los) representante(s) de la junta de socios tiene una connotación jerárquica y asimétrica, ya que existe la subordinación de uno por parte del otro. El principal tiene como objetivo maximizar beneficios, lo que hace que el administrador se acople a este para cumplir los objetivos de la sociedad. Pero, el principal no tiene el conocimiento necesario, para saber cómo será el comportamiento del agente durante el desarrollo de su labor, por ende, este último puede priorizar sus intereses personales sobre los del principal. Esto se desarrolla debido a la presencia de una externalidad negativa/falla de mercado llamada “Asimetría de Información”.

Esta modificación es pertinente ya que a pesar de que en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, explica el procedimiento que debe llevarse a cabo cuando se presente un conflicto de intereses no es claro es este estatuto. Es por eso que el proyecto de ley 070 contemplaba:

- **Autorización plena:** especie de poder que se daba al administrador por parte de los socios, en calidad de mayoría absoluta en el cual se determinaba que no tenían conflicto de

intereses en el negocio jurídico. Con este poder el negocio era válido y se eximiría de toda culpa al agente.

- **Autorización parcial:** en este caso se le otorga el poder al administrador por parte de la mayoría absoluta de los socios, pero algunos de ellos poseen intereses en el negocio a realizar, el proceso era válido, sin que esto exima al administrador de algún daño causado.
- **Inexistencia de autorización:** el administrador fuera de sus deberes realiza un negocio sin la autorización de los socios, por ende, se invalida el proceso y todo perjuicio es culpa de él.

Para terminar, Reyes Villamizar expresa que estos inconvenientes surgen por la presencia de diferentes costos de transacción como lo es la vigilancia, contratos de confidencialidad y pérdidas monetarias, los cuales se originan por la capacidad que tiene aquel de asignarse algún interés sobre la sociedad.

d) La aplicación del postulado de la autonomía contractual en la regulación privada de la responsabilidad de los administradores: la Ley 222 se caracteriza por ser rígida, no dando paso a postulados que aboguen a favor de los administradores en cuanto a la responsabilidad que posean. El artículo 200 del Código de Comercio, contempla un juicio de valor al no absolver de ninguna responsabilidad a los administradores. Londoño y Riaño (2016) indican que “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” (p. 128).

Se propone la implementación de un seguro de responsabilidad que asume la sociedad, aunado a esto se exige el reembolso de los gastos en defensa, ya sea por potestad o porque el

administrador se ve obligado a incurrir en ellos. Se exige también límites en los estatutos de la responsabilidad que recaiga sobre ellos, que sean más justos. Y, por último, los asociados deben poder incluir una cláusula que elimine alguna responsabilidad de los administradores, siempre y cuando este haya obrado de buena fe y con lealtad.

e) Acciones de responsabilidad contra los administradores: el proyecto de ley 070 pretendía incluir una nueva acción en el ordenamiento de sociedades. Era la Acción Derivada, la cual podía ser leída, invocada por cualquier socio de la empresa en nombre de la misma con la finalidad de que el administrador asumiera la responsabilidad por los daños y perjuicios causados en su labor. Claro está esta podía ser tomada en cuenta si no se llevaba a cabo la acción social ni la individual mencionadas al inicio del presente trabajo. También contemplaba que para que no se convirtiera en arma de doble filo para los administradores, si algún socio invocaba esta acción sin ningún argumento o respaldo, este debía asumir todos los gastos en litigio y demás que se generaran en el proceso. Es decir, según Morris (citado en Londoño y Riaño 2016) es una acción que los accionistas tenían para reforzar los derechos de la sociedad de una forma indirecta y segura, protegiendo los intereses sociales.

Todas las falencias encontradas en la Ley 222 de 1995 entorno a la responsabilidad de los administradores, se pretendían subsanar con la expedición de una nueva ley, pero el proyecto con el cual buscaban modificarla no prosperó. Lo que se quería hacer correspondía a lo que se llama un trasplante jurídico. Según Watson (Citado en Londoño y Riaño, 2016) estos se entienden como, la transferencia de reglas o normas de un sistema de derecho de un país a otro. Adicional a esto se puede decir que las reformas que planteaba hacer esta Ley poseen características de un tipo de derecho anglosajón, propia del *Common Law*. Mientras que Colombia posee una corriente romano-germánica, sigue el derecho romano, este es conocido como *Civil Law*. Se hace esta acotación ya

que para algunos estudiosos es bastante difícil implementar reglas de una familia jurídica diferente, es decir usar leyes de otros países, sociedades en uno que no esté geográficamente, en un nivel de desarrollo y jurídico igual o similar. Es para resaltar que ya hay países que han implementado este modelo tales como España, Brasil, Australia. Estos autores también aseguran: que los trasplantes jurídicos no pueden considerarse una copia sin sentido alguno en materia del derecho, que en su momento han tenido éxito en su aplicación. Consideran que un traslado de legislación de un Estado a otro puede ser viable siempre que se analice el entorno social, económico, político y geográfico en el cual se pretende implantar.

#### **1.6. UNA NUEVA PROPUESTA DE REFORMA**

Recientemente el Superintendente de Sociedades Dr. Juan Pablo Liévano expuso que se busca proponer una reforma legislativa al Régimen General de Sociedades y al Régimen de Insolvencia. Manifestó Liévano (2019): “Este esfuerzo marcará la diferencia para lograr una propuesta de un nuevo y mejor marco normativo que genere seguridad jurídica, emprendimiento y legalidad, en procura de la equidad, con instrumentos más idóneos y ajustados a las dinámicas empresariales.” Con miras al futuro está siendo planeada esta nueva reforma donde se contemplan el entorno cambiante del siglo XXI en materia comercial. Los expertos abordarán diferentes temas, siendo de interés principal para la investigación la mesa 1 de trabajo: Administradores, régimen de responsabilidad y temas afines. Se pretende modificar principalmente la Ley 222 en la sección II del Capítulo IV y el artículo 200 del Código de Comercio por medio de esta mesa de trabajo. Liévano indicó que: “Este esfuerzo marcará la diferencia para lograr una propuesta de un nuevo y mejor marco normativo que genere seguridad jurídica, emprendimiento y legalidad, en procura de la equidad, con instrumentos más idóneos y ajustados a las dinámicas empresariales.” (p.02).

La novedad que puede brindar un mayor cambio sería la modificación al artículo 200 del Código de Comercio. La intención principal de esta modificación es integrar el principio de discrecionalidad empresarial de los administradores. Este criterio lo que busca es que toda decisión de los administradores se presuma adoptada observando el deber de cuidado. Lo que esto significa es que quien pretenda alegar lo contrario, deberá probar que dicho administrador no tomó la decisión determinada observando el deber de cuidado. El administrador tendrá la presunción a favor suyo, ya que se entenderá que la decisión adoptada siempre la tomó teniendo en cuenta en todo momento el deber de cuidado que se le exige. Mediante esta modificación se efectuaría un cambio drástico al régimen especial de los administradores en Colombia. Adicionalmente, se evidencia una interesante relación entre este proyecto y normas implementadas en otros Estados, como en Delaware (Estados Unidos). Analizando la situación, se puede concluir que la intención del actual Superintendente de Sociedades es proponer un trasplante jurídico, donde se tienen en cuenta normas de otras legislaciones y se busca la correcta implementación de estos conceptos en la normativa colombiana.

En el presente capítulo se abordaron temas como la historia de la administración en Colombia, las falencias y críticas encontradas en la actual Ley 222, diferentes proyectos (unos con más suerte que otros al momento de aprobarse) que pretendían modificarla, y finalmente la propuesta de un nuevo proyecto de ley. Se considera conveniente profundizar más en el tema de la regulación de otros ordenamientos jurídicos sobre la responsabilidad de los administradores, para determinar si es necesaria una reforma a la actual regulación colombiana. Es por eso que en el siguiente capítulo se abordará de manera amplia el concepto implementado en la legislación presente en otro país, como lo es The Business Judgment Rule en Delaware (Estados Unidos). Se analizará cómo se ha implementado, que contempla la normatividad y finalmente mostrar como

otros países han trasladado esta legislación a su regulación sobre sociedades, adaptándolas a sus necesidades políticas, económicas y han obtenido resultados beneficiosos. Es evidente que existe una relación entre las normas que rigen un país y lo que realmente sucede en él, por lo que se considera pertinente abordar en el próximo capítulo.

## **2. CAPÍTULO II: EL CONCEPTO DE “THE BUSINESS JUDGMENT RULE” (BJR)**

La norma del juicio empresarial es una corriente que descende de la jurisprudencia del derecho de sociedades que se basa en dar prioridad al supuesto de que los directores de una compañía anteponen los intereses de la misma por encima de los propios, es decir, las decisiones que toman están basadas en garantizar el éxito corporativo, aunque no siempre las decisiones tomadas tengan los resultados esperados. Es por eso que surge esta legislación en el cual se busca excusar a los administradores de alguna responsabilidad.

Los autores Escobar y Molina (2017) con respecto a BJR indican que:

“Esta es una regla de origen jurisprudencial Norteamericano que, admite un margen de discrecionalidad de los administradores en la toma de decisiones de empresa, de forma que, si estos cumplen con los requisitos mínimos exigidos, sus decisiones no pueden ser cuestionadas en una eventual acción de responsabilidad.” (p.50)

La justificación de esta legislación por parte de los tribunales es que los administradores deben realizar su actividad sin ningún tipo de condicionamiento, inseguridades o limitaciones, es decir, deben ser libres y autónomos en cuanto a las decisiones que toman sin temor alguno futuro de que se cuestione su juicio porque los resultados no fueron los esperados.

Música (2009) dice que BJR “no se presenta como una regla definida de una vez y para siempre, sino que es esencialmente proteica y maleable, pero, por otra parte, lo suficientemente sólida como para que no padezca la seguridad jurídica” (p.8). Este es totalmente cierto ya que este concepto a menudo es aplicado de diferente manera por los jueces y según veremos más adelante se ha aplicado por los jueces de otros países, cada uno aplicándolo en su propia forma.



Al ser maleable vislumbra un rasgo de descentralización, al dejar en manos de las juntas directivas o asambleas de accionistas la resolución de situaciones donde se ponga en tela de juicio las decisiones tomadas por los administradores; ya que el papel de los jueces en este ámbito es bastante limitado. Los jueces son especialistas en Derecho no administradores, por lo que no comprenderán porque la decisión tomada fue la más eficiente o racional en el momento, para ellos podría parecer insólita ya que no tienen experticia en este ámbito. Y por otra parte tienen asimetría de información en cuanto a los hechos que rodean la situación que se presenta en el momento.

Gómez, Miranda y Santacruz (2019) expresan que los juzgados en Estados Unidos promueven la aplicación del BJR con el objetivo de respetar las decisiones empresariales y económicas que toman los directivos empresariales. Y es que esta norma limita la acción de los jueces en cuanto a fallos que involucren discernir entre la responsabilidad de los administradores por las acciones llevadas a cabo en su labor.

Los jueces sufren de sesgo retrospectivo, como se indica en el capítulo anterior. Este sesgo que suele ocurrir en los jueces puede traer consigo incongruencias en materia jurídica. Un juez al estudiar un caso y corroborar las pruebas emitirá una sentencia a favor de una de las partes; en caso de apelación este (el juez) estará predispuesto a fallar de la misma forma, ya que para él la probabilidad de que ocurra el hecho de la misma manera será mayor. Otra de las incongruencias es que los jueces fallan de formas distintas, aquí entra en juego la capacidad, experticia, agilidad y rapidez. Por ejemplo, se postulan dos jueces para llevar a cabo el juicio, los dos han estudiado el caso con las mismas pruebas, mismas evidencias y el que llegue primero se queda con el caso. Para el juez que llega primero el fallo es a favor del acusado, pero para el segundo juez es en contra. Ahí se encuentra la ambigüedad de los fallos de los jueces ante casos con administradores y su responsabilidad, la racionalidad del pensamiento de los jueces esta sesgada por lo arraigado

de la experiencia de su oficio en decisiones de otro ámbito legal, así sean especialistas en derecho mercantil. Los administradores tienen plena capacidad para tomar decisiones en materia empresarial, y lo que busca el BJR es que se tome en cuenta las razones por las cuales los administradores tomaron esas decisiones, que se entienda la posición del administrador cuando analiza cual puede ser la mejor decisión.

Fatsini (2015) agrega:

“La regla de la Business Judgment Rule no está recogida o tipificada en las leyes de sociedades de todos los estados. El motivo es que no se quieren congelar estas reglas ya que están en continuo desarrollo y van cambiando. Así no hay un trato uniforme sobre la regla y los diferentes estados lo regulan de formas distintas y sin estar tipificado los diferentes textos societarios acogen la regla.” (p. 22)

El BJR existe en Estados Unidos desde hace aproximadamente dos siglos, y ha evolucionado conforme con el paso del tiempo (punto a abordar más adelante) y también ha sido implementado de diferentes maneras. A continuación, se hará una breve reseña de las dos doctrinas más importantes en Estados Unidos frente a este concepto.

- **The American Law Institute (ALI)**

El mismo autor explica que esta Ley es vista como un principio donde no se evalúan las conductas de los administradores dentro de las actividades desarrolladas, y se establece un “*safe harbor*” (puerto seguro) donde es el administrador que debe probar que actuó de buena fe, sin negligencia (cumple los requisitos), es decir, probar que es inocente. Este concepto invierte la carga de la prueba, siendo los administradores quienes deben probar su diligencia.

Estos requisitos para la ALI son:

1. No tiene interés alguno en el tema sobre el cual recae la decisión de negocios.
2. 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.
3. Considera razonablemente que su decisión de negocios está en pro de los mejores intereses de la compañía. (Laguado, 2006, p. 129).

- **Estado de Delaware**

Tiene sus inicios en la jurisprudencia de la Corte del estado de Delaware, y se dijo que la BJR es una protección a los administradores, los cuales al momento de tomar una decisión tienen la convicción de que la compañía conseguirá los mejores resultados posibles. Se formalizó con el *caso Aronson vs Lewis* en 1984. En esta jurisprudencia, quien debe probar la negligencia de los administradores son los demandantes, pues opera la presunción a favor del administrador.

En el estado de Delaware la BJR se define como “presunción de que en la toma de una decisión de negocios los administradores de una compañía actuaron de manera informada, de buena fe y en la creencia sincera de que la medida adoptada era en el mejor interés de la compañía”. (Fragmento del caso *A. v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984)).

Delaware también tiene requisitos a cumplir:

1. Buena fe de los administradores.
2. La racionalidad de las decisiones.
3. Ausencia de negligencia grave en su actuación.

Como dato interesante, Suescún (2013) resalta que, en el estado de Delaware, existen más de 945.000 empresas constituidas. Incluye, además, el 63% de las 500 empresas más grandes de Estados Unidos por ingresos brutos. Además, Delaware es conocido como el “hogar legal” de un gran número de compañías. Este Estado es emblema, ya que tiene la legislación más avanzada en cuanto a derecho corporativo en los Estados Unidos; de igual manera por tener los “jueces mejor preparados” en dicha materia, sus jueces tienen “un historial de producir resultados racionales”.

Sin duda alguna el Estado de Delaware ha conformado un gran historial en cuanto a la responsabilidad de los administradores, acumulando casos exitosos y siendo ejemplo a seguir para las demás jurisprudencias de Estados Unidos e internacionalmente. Las dos jurisprudencias trabajan con el BJR como base, por ende, tienen similitudes, pero también tienen diferencias. A continuación, un cuadro con las más resaltantes. En el *Cuadro 1* se resume lo anterior expuesto con respecto a los dos enfoques en Estados Unidos con respecto al BJR.

<b>DIFERENCIAS</b>	
<b>ALI</b>	<b>DELAWARE</b>
Ésta es una carga que recae sobre los demandados, es decir que los administradores tienen el deber de probar los elementos de la regla.	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.
<b>Doctrina de la abstención (no revisión):</b> tribunales deciden no revisar las decisiones de los administradores.	<b>Estándar de revisión:</b> menor exigencia en cuanto a las decisiones de los administradores.
<b>Requisitos:</b> 1. Sin interés en el tema en el cual recae la decisión de negocios. 2. Está informado respecto a la materia sobre la cual recae el juicio de negocios. 3. Considera razonablemente que su decisión de negocios está en pro de los mejores intereses de la compañía	<b>Requisitos:</b> 1. Buena fe de los administradores. 2. La razonabilidad de las decisiones 3. Ausencia de negligencia grave en su actuación.
<b>Cuadro 1. Fuente: Londoño y Riaño (2019) y Fatsini (2015)</b>	

<b>SIMILITUDES DEL BJR ENTRE: ALI Y DALWARE</b>
Aplica para administradores.
Protege a los administradores cuando actúan como junta directiva.
Se aplica solo a decisiones de los administradores, no a omisiones de los mismos.
La BJR protege decisiones tomadas bajo el deber de lealtad.
La regla aplica cuando los administradores actúan con la debida diligencia.
Protege a los administradores que no sean parte de la transacción ni que puedan esperar que se derive para ellos un beneficio económico.
La regla únicamente es aplicada para decisiones que hayan sido tomadas con la debida información. Los administradores tienen la obligación de considerar “toda la información material razonablemente a su alcance”.
La regla no está destinada a proteger a administradores que han cesado en sus funciones o que no hayan actuado de buena fe.
Aplicable en aquellos casos en que la decisión de los administradores no contraviene lo dispuesto en los estatutos de la compañía.
La BJR no protege a administradores que intencionalmente han incurrido en una conducta ilegal.
<b>Cuadro 2. Fuente: Felipe Suescún De Roa (2013).</b>

En Estados Unidos rige el *Common Law*, es una familia jurídica que busca la resolución de las situaciones mediante los precedentes jurisprudenciales. No busca crear o implantar leyes como lo hace el *Civil Law*. Estos precedentes son imperativos en este tipo de sistema y conforman una base (conjunto de leyes) para legislar y juzgar. Con respecto a lo anterior dicho, Londoño y Riaño (2016) indican que el *Common Law* “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” (p. 117).

Debido a la naturaleza distante y diferente de estos dos enfoques del derecho o familias jurídicas, surge la idea de que se puedan mezclar, unir para así estar presentes en una sola legislación; pero es bien sabido que alrededor del mundo se han acoplado, tomado en cuenta aspectos del *Common Law* para formular, reformar, modificar las leyes existentes del *Civil Law*, buscando de esta manera beneficios para la sociedad que lo adopta. Este traspaso, traslado de leyes de un programa de legislativo de un país a otro se conoce como “*Trasplante Jurídico*”, como se

explicó anteriormente en el texto. Cabe destacar que un trasplante jurídico no es una simple copia de una ley, sino una adaptación de esta al nuevo sistema.

Existen antecedentes que demuestran que esta regla de origen anglosajón se ha implementado, adaptado o variado en otra parte del globo terráqueo. A continuación, se mencionarán y se analizarán unos países donde se ha implementado el BJR, en orden cronológico según su implementación.

El primer caso de estudio es Brasil en representación latinoamericana, llama la atención, porque la ley que se refiere a la responsabilidad de los administradores data del año 1976, bajo el numeral 6o del artículo 159 de la Ley 6.404/76. Algunos autores explican su contenido.

“... 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” (p. 123).

El juez no está en capacidad de revisar, cuestionar las decisiones de los administradores, eximiendo así a los administradores de sus posibles responsabilidades.

Australia en el año 2000, implementó “*Corporate Law Economic Reform Program*” (CLERP) donde tomó como referencia directa al BJR, adoptando una legislación muy similar a esta, que modificó la Ley de Corporaciones que es la que legisla el derecho corporativo en Australia. Entró en vigencia en el año 2004, y también se hicieron enmiendas, en la Comisión Real de la compañía de seguros HH Insurance. Londoño y Riaño (2016) exponen brevemente las consideraciones y modificaciones que se establecieron en CLERP:

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;
- Tienen la profunda convicción de que el juicio está acorde con los mejores intereses de la compañía. (p. 122)

Trayendo consigo de esta manera consideraciones en el tema de los administradores y su responsabilidad, como por ejemplo sus funciones, revisiones, obligaciones para gestionar problemas de intereses y financieros. Buscando de esta manera aumentar la credibilidad, confianza de los inversores en las sociedades, afectando mayormente a los accionistas de menor envergadura.

Luego en el año 2003 Italia también realizó un trasplante jurídico, donde la doctrina del BJR se aplica a *Insidicabilità delle scelte gestionale* (incuestionabilidad de las decisiones de gestión de los administradores). Especialmente se aplica a la diligencia de los administradores, cumpliendo la función de un complemento, ya que en artículo 2392 del *Codice Civile Italiano*, se contempla el estándar de diligencia de los administradores, pero presenta incongruencias. En Italia se enfocan en los diferentes casos y situaciones, y los jueces los resuelven bajo un principio de revisión.

Fatsini (2015) expone que “la inoponibilidad de las decisiones de gestión de los administradores, se partirá de los principios generales del incumplimiento laboral para que el juez pueda valorar el comportamiento de los administradores” (p. 32). Es decir, se revisará el método que utilizó el administrador para tomar la decisión y no en sí el contenido de la misma. Sin

embargo, esto puede derivarse en negligencia, es por eso que se establecen unos límites para hacer dicha medición.

Más adelante agrega el mismo autor:

“La Business Judgment Rule como tal no existe en Italia, en cualquier caso, los criterios de revisión usados por los tribunales italianos son muy parecidos a los de la regla y gracias a éstos se facilita el establecimiento del contenido de esta obligación de diligencia. Así, gracias a estos criterios de revisión se posibilita el estudio de la conducta de los administradores y además ayuda a fijar el contenido del deber de diligencia.” (p.32)

El juez de esta manera no tiene la posibilidad de revisar, cuestionar la decisión del administrador, claro está, siempre y cuando este demuestre que cumple con los requerimientos de no tener intereses personales mezclados en la sociedad y con el principio de la racionalidad.

Alemania en 2005 también implementó el concepto de BJR a su jurisprudencia, aun cuando el derecho en ese país es legislado por el *Civil Law*. Desde años anteriores a la implementación de manera legal del enfoque de precedente bajo el cual actúa BJR, ya se venía aplicando este concepto en su jurisprudencia. En el 2005 se instauró mediante la Ley UMAG (22 de septiembre de 2005), Ley que trata sobre la integridad de la empresa, trayendo a colación el perfil que debe tener un administrador y sus responsabilidades mediante la regla a la AktG, modificando así el parágrafo 93. Según Embid (2010), la Ley Alemana de Sociedades Anónimas (Aktiengesetz en alemán) tiene como premisa regular a las sociedades anónimas de manera que tengan una forma organizativa institucional, por medio de normas que rijan tanto a sociedades anónimas que no están integradas como un grupo de empresas como un conglomerado, como a las que sí.



Dicha norma fue implementada para estar en la misma onda de la Unión Europea, ya que la Ley anterior era demasiado rígida y frenaba el crecimiento económico del Estado. Fatsini (2015) dice que “La finalidad era la de evitar un juicio a posteriori y los efectos negativos que se derivarían del mismo y limitar a los jueces para que no entren a valorar si las decisiones de los administradores eran convenientes o no” (p.30).

El autor Kropff es escéptico ante la implementación de esta visión norteamericana del BJR, teniendo recelo en cuanto a si es conveniente o no la implementación de trasplantes jurídicos en general, donde no se tendrá claro el rol de un juez y la puntuación que este escoge para emitir un juicio.

Portugal en el año 2006, siguiendo a Alemania, tomó de igual manera como base el enfoque anglosajón del BJR para cambiar su “*Código das Sociedades Comerciais*”, específicamente el artículo 72.2, haciendo referencia a la responsabilidad de los administradores y sus deberes legales.

Sabogal (2012) explica:

“Modificación al artículo 72.2 de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad por violación de sus deberes legales o contractuales, que aquellos podrán ser excluidos de la mencionada responsabilidad cuando puedan probar que actuaron de manera informada, libre de cualquier interés personal y conforme a los criterios de racionalidad empresarial.” (p.14)

Para optar por un juicio bajo este enfoque, debe cumplirse lo siguiente:

1. Decisión fundamentada en una información precisa.
2. No debe existir conflicto de intereses.

### 3. Actuar racionalmente.

Al cumplir estos, el administrador queda absuelto de ser considerado un presunto violador de la ley que atentó contra la integridad de la sociedad.

Más reciente en el año 2014, España implementó el BJR, por medio de la Ley 31/2014 en el artículo 2226 (Protección de la discrecionalidad empresarial), estableciendo ahora el régimen societario, el cual Londoño y Riaño 2016 explican de la siguiente manera:

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.

Siendo España el último caso de estudio, por ser uno de los países que recientemente comparte los fundamentos del BJR en Europa, buscando respaldar a los administradores en sus responsabilidades societarias. La mayoría de los países que se nombraron anteriormente, cumplen con el enfoque del BJR, mayormente con los estatutos del estado de Delaware. A continuación, se procederá a desarrollar el caso de Delaware en una amplia extensión.

## 2.1. HISTORIA DEL CASO DELAWARE

En las páginas anteriores se mencionaron los principios de la BJR para entrar en contexto sobre esta legislación y sus diferentes enfoques en Estados Unidos (ALI y Delaware). De aquí en adelante el texto se centrará única y exclusivamente en el enfoque de la regla establecida por el Estado de Delaware. Conviene de esta manera hacer un recuento histórico.

Gómez, Miranda y Santacruz (2019) explican que “este principio nació en los EE.UU, a finales del siglo XIX, a través de decisiones jurisprudenciales. El primer pronunciamiento realizado sobre el BJR se dio en una Corte de Ohio, en el caso *Dodge v. Woolsey* (1885)” (p. 41). “Posteriormente, la regla de discrecionalidad fue formulada de manera más explícita en octubre de 1888, por la Corte de Apelaciones de Nueva York, a través de la decisión en el caso *Leslie v. Lorillard*” (Gómez, Miranda y Santacruz, 2017, p. 42).

La BJR llega a los juzgados de Estados Unidos, mediante la premisa de que los tribunales no tenían los conocimientos básicos para analizar las decisiones tomadas por los administradores. Concretamente el caso más famoso de la jurisprudencia de Delaware es el de *Aronson vs Lewis* en el año 1984, según el autor Sergio Londoño (2016) se definen “... las tres condiciones propuestas en el caso *Aronson* (buena fe, lealtad e información suficiente), de forma tal que incluso hoy en día sigue siendo citada” (p. 07). Este caso se nombró anteriormente y es porque de él parten las premisas con las que el Estado de Delaware legisla sobre la responsabilidad de los administradores.

Fatsini (2015), resalta la importancia de *Aronson v. Lewis*, “irradia en el establecimiento de los parámetros para reclamar a los administradores en caso de incumplimiento de sus deberes con la sociedad, pero sobretodo es destacable la definición que da sobre la *Business Judgment Rule*” (p.18)

Múgica (2009) dice que “la reforma más popular fue la del Estado de Delaware, que desreguló totalmente en 1986 la responsabilidad por negligencia (y en los dos años siguientes les secundaron otros 41 Estados de la Unión)” (p.41). Esta dio pie para que se cambiaran, modificaran las regulaciones antes existentes en las sociedades y así eliminar la responsabilidad de los administradores por los posibles daños causados.

La Corte enunció que las decisiones tomadas por los administradores que se encuentren inmersas dentro del margen de discrecionalidad de una sociedad constituida que no se catalogue como un fraude/boicot/conspiración en contra de los accionistas o agentes externos, no serán clasificadas como un punible de una demanda, ya que estas acciones realizadas por los administradores no pueden ser cuestionadas por los jueces, pues la conveniencia económica de las decisiones afecta es a la junta directiva.

Sabogal en su artículo del año 2012, expone los últimos casos importantes que jugaron una determinación en lo que conoce hoy por BJR enfoque de Delaware. Un caso fue en 1995 y otro en el año 2000 (Unitrin In vs. American General Corp. y Brehm vs Eisner). En ambos se abordó el tema de la racionalidad de los administradores, manteniéndose dentro de las exigencias de la BJR, dictaminando así que una decisión es razonable cuando no se muestren evidencias de un interés diferente al de la sociedad, contemplando los riesgos y los beneficios.

Finalmente, el Estado de Delaware instauró de manera definitiva sus tres premisas para que al administrador lo ampare el precedente. A continuación, se expondrá el concepto y se desglosarán cada uno de ellos.

## **2.2. EL CONCEPTO DEL ESTADO DE DELAWARE**

En el concepto amplio, el BJR es un concepto que contempla diferentes puntos tanto del derecho como del hecho en sí, para que el juez pueda analizar y dictaminar si de verdad es necesaria una intervención judicial en un discernimiento netamente económico, de negocios, que lleva a cuestionar el actuar del administrador. Como se explicó anteriormente, esta no es una Ley estructurada ni imperativa, sino que se acopla y se adapta a las necesidades de los diferentes casos, pero partiendo de tres premisas.

Según Escobar y Molina (2017), las decisiones de los administradores:

“Sus decisiones no pueden ser juzgadas en torno a sus resultados económicos únicamente, sino que deben ser respetadas y consideradas correctas, siempre y cuando los administradores cumplan con los mínimos legales, es decir; que hubieren cumplido cabalmente con su deber de diligencia y hubieren adoptado sus decisiones con base en la buena fe, sin que hubiere mediado interés personal y totalmente informados.” (p. 87)

## **2.3. REQUISITOS PARA OPTAR POR LA APLICACIÓN DEL BJR**

Son tres los requisitos que deben estar presentes dentro del actuar de los administradores para que efectivamente pueda aplicarse la BJR. Dichos requisitos son la buena fe, actuar siempre y cuando se encuentre debidamente informado, y tomar decisiones de acuerdo a la racionalidad de las situaciones. A continuación, se desarrollará cada uno de estos requerimientos.

- **Buena fe**

Actuar de buena fe constituye un requisito indispensable para la aplicación de esta Regla. Que el administrador en la toma de sus decisiones hubiese actuado de buena fe, es decir, que la única motivación que aquél persiguió para adoptar la decisión haya sido el “interés social” —no

debe, por tanto, haber presencia de “conflictos de interés de los administradores”, o en general trasgresión a su deber de lealtad. (Sabogal, 2012, 118-119).

Otros autores, como Múgica (2009) dicen que es:

“La decisión ha de cumplir dos premisas básicas para que el administrador quede protegido por la BJR: (1) materialmente, la decisión o actuación ha de integrarse en el objeto social o actividad propia de la compañía; (2) la orientación final de la actuación ha de ser la de maximizar, inmediata o mediatamente, el valor total de la sociedad.” (p. 247).

Sin duda alguna los administradores deben tener como mira el interés social manifestando ningún interés personal, donde las decisiones tomadas por él sean las apropiadas para buscar apegarse a las actividades económicas de la empresa, sus lineamientos y estatutos comprendidos en la carta constitutiva de la empresa. Entre las cualidades del administrador deben destacar (más allá de los títulos universitarios, estudios) la honestidad y compromiso con la compañía, ya que estas son las que lo moverán a actuar de una u otra manera. No hay manera subjetiva de enfocar el deber de la buena fe en un juzgado, ahí el demandante deberá probar que el demandado (administrador) incurrió en una falla, como lo es la existencia de un conflicto de intereses, es decir, que se quebrante la lealtad del administrador hacia los objetivos de la sociedad.

- **Debidamente informado**

Para Escobar y Molina (2017) “el administrador debe actuar de manera informada, es decir, que debe verificar todos los datos e informes posibles” (p.52).

“... presupone un requisito de procedimiento, y es que el administrador actúe de forma informada, de manera que, previo a la toma de decisión el administrador debe seguir un

procedimiento adecuado de verificar todos los datos e informes disponibles” (Sabogal, 2012, p.118-119).

Antes de tomar decisiones que afecten el patrimonio, beneficios y los estatutos de la empresa, un administrador debe procurar tener la mayor información posible, la cual servirá de base para así analizar la situación y posteriormente tomar una decisión; esto es revisar los informes, movimientos anteriores y datos. De considerarse necesario, los administradores pueden buscar ayuda “*outsourcing*” (subcontratar, externalizar) a expertos en el tema. Este método los lleva en primer lugar a maximizar así los beneficios de la empresa al tomar una decisión más acertada, y por otro lado los blindo frente a las posibles acusaciones o reclamos acerca de sus deberes y responsabilidades.

- **Racionalidad**

Sabogal (2012) afirma:

“El administrador ha de actuar conforme a los parámetros objetivos de una conducta diligente. En este orden, la decisión debe ser “racional”, esto es, no puede tratarse de una decisión que sea manifiestamente inexplicable, es decir, que carezca de una motivación suficiente que la justifique. De la misma manera, la decisión no puede ser producto del abandono de las obligaciones propias del cargo.” (p. 118-119)

Por otro lado, Escobar y Molina (2017) exponen que, “las decisiones que el administrador tome deben estar motivadas y justificadas” (p.52).

Para que una decisión sea racional debe estar sustentada, respaldada con datos, documentos, movimientos que lleven a una justificación de porque el administrador tomó esa decisión. Hay que tener en consideración que el actuar del administrador es maximizar, es decir,

hacer lo mejor posible con lo que tiene. Puede que más adelante la decisión que tomó no sea considerada como la más eficiente, pero en su momento lo fue; esto no puede ser usado para cuestionar la actuación del administrador, siempre y cuando este muestre las pruebas que lo llevaron a tomar dicha decisión. Con esta premisa se busca mantener la integridad de la sociedad y los accionistas, ya que bajo el cumplimiento de este supuesto los administradores no tendrán futuras acusaciones sin fundamentos. Los administradores deben ser imparciales/neutrales ante las decisiones que toman, ya que, si estos tienen un sesgo o inclinaciones diferentes a los de la institución, se desviarán de los objetivos estatutarios.

Indica Fatsini (2015):

“Por tanto, cuando la única pretensión del administrador sea alguna diferente a la de favorecer el interés social decaerá tal presunción. Si hay intereses propios o de terceros, intereses que nada tienen que ver con el interés social, decaerá la presunción que establece que los administradores únicamente tienen como finalidad actuar en virtud de lo que favorezca más a la sociedad.” (p.45).

Al cumplirse las premisas y requisitos antes expuestos, se tendrá lo necesario para que los administradores puedan tomar decisiones ante futuras situaciones, donde no se comprometa la integridad y la reputación de un administrador, dado que se presente un caso desafortunado para los asociados. Es claro que en los negocios hay riesgos, y los administradores deben tomar estos para buscar los mayores beneficios. Si los administradores no se sienten protegidos al momento de tomar decisiones, no se arriesgarán y no brindarán el mayor beneficio a la sociedad y sus accionistas.



Se deberá evaluar el debido cumplimiento de los requerimientos anteriores para evaluar la posibilidad de aplicar la regla del BJR y así absolver al administrador de cualquier culpa o la posibilidad de entablar un proceso en su contra.

Habiendo abarcado en su máxima expresión el BJR contemplando su historia, adaptaciones tanto en Estados Unidos y a nivel internacional y por último describiendo los requisitos para la aplicación del BJR en el siguiente capítulo se abordará con base a lo estudiado sobre los trasplantes jurídicos, el caso colombiano. Esta doctrina se ha pretendido introducir en Colombia bajo el prospecto del Proyecto de Ley 070 del 2015 y el nuevo proyecto de reforma que se pretende proponer por el actual Superintendente de Sociedades. Además, sin estar presente en la legislación colombiana, el BJR ha formado parte de algunos fallos y sentencias que se han dictado en Colombia. Teniendo estos aspectos en cuenta, se procederá a estudiar algunos casos de la CSJ (Corte Suprema de Justicia) y la Superintendencia de Sociedades donde este concepto se aplique o sea mencionado.

### **CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

A continuación, se presenta algunos casos de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia y la Superintendencia de Sociedades, para estudiar la jurisprudencia en nuestro país en casos que involucran la responsabilidad de los administradores, con especial énfasis en la aplicación de criterios relacionados con la BJR, a pesar de no estar contemplada de derecho en la legislación colombiana.

#### **CASO 1: MARIA HELENA PÁEZ DE BONILLA contra AFCOL S.A. y otros.**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL.

Magistrado Ponente: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

Bogotá D.C., 30 de marzo de 2005.

Ref.: Expediente Nro. 9879

El presente caso se refiere a la demanda presentada por María Helena Páez de Bonilla contra Afcól, S.A., José Lloreda, Alfonso Lloreda e Isabel Londoño de Lloreda, todas estas personas naturales administradores de la empresa arriba mencionada, por daños causados a muebles e inmuebles situados en un predio de su propiedad. La empresa Afcól construyó una represa en un fundo de su propiedad. Según la demandante, la represa no tenía las autorizaciones obligatorias, tenía graves defectos técnicos y jamás recibió el debido mantenimiento. En una ocasión la represa cedió y se produjo una avalancha de agua, lodo y piedras que destruyó muchas viviendas y otras bienhechurías, entre las cuales estuvo la vivienda y demás bienhechurías de la demandante, situadas en el predio El Uval.

La demanda fue desestimada en primera instancia. La demandante apeló y ganó en el tribunal superior, pero solo contra la empresa. Ambas partes interpusieron recurso de casación, por lo cual llegó a la Sala de Casación Civil de la CSJ.

En este caso, en lo que respecta a la responsabilidad atribuible a los administradores, se tiene varias consideraciones importantes:

1.- La demandante actuó contra la empresa Afcól, y conjuntamente contra las tres personas naturales en su condición de administradores, y en consecuencia corresponsables solidarios con la empresa, y sujetos de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, la CSJ, analizando la titulación de las personas demandadas, estableció que quien fungía como Apoderado General en Colombia, de la empresa Afcól (cuyo domicilio quedaba en Panamá), era el señor José Lloreda, siendo Alfonso Lloreda e Isabel Londoño, primer y segundo suplente, respectivamente. Al ser José Lloreda el titular del cargo, se desprende que la representación de los suplentes no podía ejercerse de manera simultánea con aquel, sino en su ausencia. Al no haberse verificado tal ausencia, accidental o permanente, quedaron automáticamente exonerados los señores Alfonso Lloreda e Isabel Londoño. Ahora la responsabilidad solidaria ilimitada y extracontractual se reduciría como mucho al señor José Lloreda.

2.- La sentencia alega: "...amén de que quien invoca el abandono de esas funciones como fuente de responsabilidad del administrador, debe en todo caso demostrarlo, y por lo mismo, no se trataría de una verdadera presunción de culpa, como la doctrina lo discute hoy...". Allí la sentencia hace una tangencial referencia al BJR. Se indica claramente en dicha sentencia que el encargado de demostrar la responsabilidad del administrador es quien la alega, en este caso sería demandante.

3.- Los testimonios de expertos permitieron establecer que no había un protocolo o conjunto de prácticas de mantenimiento claramente determinadas para ser cumplidas por parte de la administración. De hecho, los expertos consultados subrayaron que en la República de Colombia no existía una norma aplicable a las represas en términos de mantenimiento preventivo. De allí se dedujo que no podía tampoco acusarse al administrador demandado aun no exonerado, señor José Lloreda de responsabilidad extracontractual en el siniestro de la represa. La siguiente cita de las consideraciones de la sentencia ilustra este planteamiento:

“Como se desprende de sus atestaciones, no existe un catálogo específico de obras de mantenimiento que deban efectuarse sobre esa clase de construcciones, y lo que se acostumbra es inspeccionarlas regularmente para observar su comportamiento, sin que esté definida tampoco la periodicidad de los controles, con el fin de acometer, de ser el caso, los trabajos que resulten necesarios. De no detectarse señales de alarma, las visitas tienden a espaciarse, incluso por varios años.” (p.33)

Una vez más, la sentencia de la CSJ da la razón a los administradores, lo cual va marcando una tendencia clara hacia una legislación nacional tendiente a acercarse al BJR, aunque este no haya sido adoptado por el sistema jurídico colombiano.

**CASO 2: LUIS GUILLERMO PEREZ contra BANCO GANADERO S.A.  
SUCURSAL MEDELLIN.**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL,

Magistrado Ponente: GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

BOGOTA D.C., 22 DE NOVIEMBRE DE 2005

Ref.: Radicación 25141 de 2005, Acta Número 100

Se trata de un caso en el cual el Banco Ganadero S.A. Sucursal Medellín, despidió a un Gerente alegando negligencia grave en el cumplimiento de sus funciones. El citado Gerente, el señor Luis Guillermo Pérez Castillo, habría incurrido en una presunta grave negligencia que puso en peligro la seguridad de los bienes de la sociedad y que también en forma grave violó sus obligaciones y prohibiciones laborales.

La alegación de la empresa empleadora, Banco Ganadero, S.A., era que el señor Luis G. Pérez le había certificado a la empresa Corporación Financiera Nacional y Suramericana S.A. “Corfinsura”, que tenía instrucciones de otro cliente, denominado Ingelel, deudor de Corfinsura, de trasladar en unas fechas específicas (dentro de las 24 horas posteriores al 10 y 25 de diciembre de 2001) fondos provenientes de una tercera empresa, denominada Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, S.A. ETB, ya que esos fondos se tenía previsto que llegarían justo en esas determinadas fechas, con lo cual se pagaría deudas de Ingelel a favor de Corfinsura.

Este caso había pasado por primera instancia, donde se absolvió al Banco Ganadero, y luego por el Tribunal en segunda instancia, en el cual confirmó parcialmente la sentencia, y había llegado a la Sala de Casación Laboral de la CSJ en virtud del recurso de casación.

En resumen, la Sala de Casación Laboral adoptó, sin mención específica a ellos, por no formar parte formalmente de la legislación colombiana, los principios básicos del BJR en cuanto al relevo de responsabilidades civiles por parte de los administradores en el ejercicio de sus cargos:

1.- Actuación de buena fe.

2.- Estar debidamente informado.

3.- Racionalidad.

En cuanto a la buena fe, la Sala de Casación Laboral demuestra que el Gerente se limitó a “certificar” en una fecha anterior ante el cliente Corfinsura que el cliente Ingelel esperaba unos fondos en determinadas fechas, y que le había dado instrucciones de trasladar esos fondos de manera inmediata a las cuentas de Corfinsura. Se demuestra que posteriormente el cliente Ingelel, propietario de los citados fondos, emitió una contraorden, dando a los fondos un destino distinto al inicialmente instruido al señor Luis Guillermo Pérez. El señor Pérez cumplió las nuevas instrucciones del propietario de los fondos (es decir, de la cuenta donde aquellos estaban) y la empresa que estaba esperando la llegada de los fondos, que aún no eran suyos, se quejó ante el banco, pero mal podría el señor Luis G. Pérez desatender las nuevas instrucciones de su cliente Ingelel sin faltar a sus obligaciones. La conducta del señor Luis G. Pérez, por tanto, debe ser inscrita dentro de lo que cabe esperarse de un buen hombre de negocios, y resultó imposible para Banco Ganadero demostrar algún conflicto de intereses que justificara la presunción de buena fe.

A continuación, se presenta un condensado de la sentencia que resume lo anterior:

Entonces, frente a la posición del banco conforme a la cual las pruebas indican que Pérez Castillo faltó a la debida diligencia e incumplió sus obligaciones, razonablemente también cabe una apreciación diametralmente opuesta; el demandante cumplió cabalmente el mandato del cuentacorrentista Ingelel, porque fue él quien cambió las iniciales instrucciones, estando facultado para ello. De modo, que es también posible concluir que, si Pérez Castillo no hubiera procedido de esa manera, habría descatado una contra orden de su cliente.

Por otro lado, la reclamación de Corfinsura en la comunicación del folio 67 no prueba que el demandante hubiera sido negligente o que hubiera incumplido sus obligaciones laborales, porque mediando la contra orden del titular de la cuenta corriente la responsabilidad debía recaer en él y no en el intermediario financiero. Otra sería la conclusión de no haber mediado la modificación de las iniciales instrucciones.

En cuanto a estar debidamente informado, se demuestra que el señor Luis G. Pérez tenía conocimiento que Ingelel era un cliente relativamente importante para el Banco, con posibilidades de endeudamiento considerable. Además, conocía un contrato suscrito antes del inicio de sus actividades gerenciales, el cual permitía el endoso de facturas provenientes de ETB, el cual contenía inconsistencias que ponían en peligro la posibilidad de retorno de los créditos a Ingelel. También estuvo perfectamente informado de las fechas previstas para el ingreso a las cuentas de Ingelel de los fondos provenientes de la ETB y de las expectativas de Corfinsura respecto a las deudas que con ella mantenía Ingelel. Además, conocía de la situación de embargo de fondos de Ingelel por parte de otro acreedor, quien fue el principal destinatario de los fondos que llegaron de las facturas de ETB. Con el conocimiento cabal de toda esa información, tomó las decisiones que juzgo adecuadas en los momentos correspondientes.

En cuanto a la racionalidad de las decisiones del señor Luis G. Pérez, cabe insertar de nuevo parte de la cita de arriba: "...el demandante cumplió cabalmente el mandato del cuentacorrentista Ingelel, porque fue él quien cambió las iniciales instrucciones, estando facultado para ello. De modo, que es también posible concluir que si Pérez Castillo no hubiera procedido de esa manera habría desacatado una contra orden de su cliente". Es decir, el demandante, Luis G. Pérez, cumpliendo las obligaciones propias de su cargo de Gerente, actuando de buena fe, debidamente informado de todo lo arriba indicado, decidió lo que a su juicio le pareció la conducta más racional

y tomó decisiones que no pueden ser consideradas impropias de su trabajo, autoridad, preparación técnica y conocimientos legales pertinentes.

Por último, la sentencia se pasea por la calificación de los Gerentes como Administradores, desde el punto de vista del sistema legal colombiano. Esto se debe a que uno de los contenidos de la sentencia del tribunal de la instancia previa a la CSJ establecía la inconveniencia del reintegro del señor Luis G. Pérez a su cargo por ser un administrador de la empresa, basado en la Ley 222 de 1995, la cual reza: “Improcedencia de la acción de reintegro. En el evento de despido o remoción de administradores y revisor fiscal no procederá la acción de reintegro consagrada en la legislación laboral”. Al respecto, la CSJ dice en sus consideraciones: “...Pues bien, el artículo 22 de la misma Ley 222 de 1995 definió el término administradores: “Son 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”. Para usar esa parte de la Ley 222 como base para apoyar la exclusión del señor Luis G. Pérez de su calificación como administrador de la empresa, la CSJ hace uso de la interpretación del artículo 28 del Código Civil, el cual dice: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”. Ese ocurre con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995.

**CASO 3: INGRID JOHANA MORENO RAMIREZ contra CAPITAL TOWER S.A.  
y otras.**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL.

Magistrada Ponente: Ruth Mariana Díaz Rueda, Bogotá D.C., 8 de agosto de 2013.



Ref.: Exp. 11001-3103-003-2001-01402-01

Este caso se refiere a la demanda civil contra la empresa Capital Tower, S.A., así como a su representante legal Víctor Sasson Sasson, a una empresa aseguradora y a otros, por lucro cesante y daños morales, a favor de una menor, cuyo nombre se omite en la transcripción de la sentencia, debido al accidente ocurrido en fecha 11 de septiembre de 2001, que le costó la vida a su padre, el señor Pedro Antonio Bustos, por impacto de objeto contundente debido a falta de medidas de seguridad de obligatorio cumplimiento por parte de la empresa constructora.

Lo que corresponde analizar en esta sentencia, para efectos del presente trabajo, es la parte que afecta a Víctor Sasson Sasson, en su condición de representante legal, tanto en la condena que recibe como en el voto salvado parcial del magistrado Arturo Solarte Rodríguez, ya que tal voto salvado se refiere exclusivamente a la parte de la sentencia correspondiente a Sasson Sasson.

Este caso es bastante diferente al anterior debido a que el daño ocurrido, por el cual se intenta responsabilizar entre otros al administrador de la empresa, no es un daño típicamente empresarial, entendido este como un perjuicio directamente económico o de reputación de una empresa; se trató del fallecimiento de un tercero que no tenía nada que ver con la actividad empresarial de la empresa demandada.

La sala de Casación Civil de la CSJ, en lo que a Víctor Sasson se refiere, apela a la Ley 222 de 1995 para recordar que los administradores “deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, valora su obligación de velar por el cumplimiento de leyes y normas por parte de su representada y además que “responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”. Allí se establece no solo el dolo, sino también la culpa, como causal para establecer legalmente la

responsabilidad de los administradores. Además, se apela a la sentencia del 26 de agosto de 2007, expediente 2002-00007, para afirmar que deben responder en forma personal, autónoma e ilimitada, sin perjuicio de la responsabilidad que se pueda establecer sobre su representada. Se dice que cuando la víctima es un tercero, la responsabilidad civil atribuible a los administradores de la sociedad comercial es “extracontractual”.

La Sala establece que concurren los supuestos para comprometer la “responsabilidad civil extracontractual” del señor Sasson, al afirmar que la falta de medidas de seguridad de obligatorio cumplimiento por parte de la empresa representada legalmente por él, se deben a su negligencia, al no comportarse con la diligencia necesaria en un buen hombre de negocios. La más fuerte afirmación que hace la sentencia acerca de la responsabilidad extracontractual de Sasson, se resume en esta frase: “...si aquel hubiese ordenado construir las barreras de protección para los peatones, cuya ausencia eran notorias, se habría podido impedir causar el daño a la víctima”.

La influencia del BJR en el presente caso, se deja ver en el voto salvado del magistrado Arturo Solarte Rodríguez, quien se opone a que la CSJ atribuya culpa o dolo a Víctor Sasson debido a que “...no se extrae que dentro de las atribuciones y funciones de dicho gerente general se encuentre la supervisión directa de lo que ocurra en cada una de las obras que emprenda la compañía, pues tal conclusión iría en contra de la lógica, de las reglas de la experiencia y de las técnicas de administración, que exigen que en las organizaciones haya delegación y distribución de funciones.”

El magistrado considera, tal como se desprende del BJR, le corresponde al demandante la carga de la prueba para demostrar que el administrador faltó a sus deberes de actuar de buena fe, con lealtad y debidamente informado; que la ocurrencia de graves fallas de seguridad en la obra no pueden ser suficiente prueba para asignar responsabilidad extracontractual al Gerente General

de la empresa, debido a que hay toda una estructura administrativa con funciones claramente diferenciadas, y que en otra instancia de esa estructura se encuentra la responsabilidad atribuible a tales fallas de seguridad. Esta responsabilidad (o culpa) la fija el magistrado en los miembros del “Comité de obra”.

**CASO 4: MOROCOTA GOLD S.A.S. contra WBEIMAR ALEANDRO RINCON y otra.**

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Superintendente Delegado: JOSE MIGUEL MENDOZA

Bogotá D.C., 08 de julio de 2015.

Ref.: Sentencia 800-85

Dicho caso se refiere a la demanda presentada por la sociedad MOROCOTA GOLD S.A.S. contra WBEIMAR ALEJANDRO RINCON y LUZ MERY MARTINEZ VERGARA. De acuerdo a la demanda, las pretensiones de la parte demandante son en principio que se declare que los demandados incumplieron con sus deberes como administradores de la sociedad MOROCOTA GOLD S.A.S., en razón del ejercicio de sus cargos. Las demás pretensiones versan sobre una posible responsabilidad solidaria a los perjuicios que se causaron a la parte demandante y declarar la indemnización de los supuestos perjuicios ocasionados por los demandados a la sociedad demandante. Se identifica que la discusión en el presente caso gira en torno a la posible responsabilidad de los administradores que se derivó en los perjuicios ocasionados a la sociedad.

Cuando el Despacho entra a analizar si existió violación del deber de diligencia y cuidado, identifica que la parte demandante argumenta que el señor Wbeimar Rincón debe ser quien responde por unas multas que la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia le impuso a la sociedad por la violación de normas ambientales. De acuerdo a las pruebas aportadas, MOROCOTA GOLD S.A.S. inició y adelantó la construcción de una carretera que da acceso a su planta sin contar con las licencias ambientales necesarias, siendo administradores a la fecha quienes son los demandados.

Una consideración que hace el Despacho antes de pronunciarse es que, debe entenderse que las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan la existencia de un balance entre la autonomía de los administradores y la responsabilidad que debe atribuírseles por el ejercicio de sus funciones. Menciona el Despacho que dicho equilibrio “parte de la denominada regla de la discrecionalidad (business judgment rule), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios” (p.6). Indica la Superintendencia que dicho criterio busca que se aplique la regla de discrecionalidad por parte de las cortes en las decisiones tomadas por los administradores, para que de esta manera puedan asumir riesgos empresariales, sin temor a que sus decisiones sean juzgadas debido al resultado negativo que puede generarse. Finaliza la consideración el Despacho diciendo que, mediante este concepto los administradores pueden realmente actuar como un “buen hombre de negocios”, pues no se podrán investigar en detalle todas las decisiones que sean tomadas.

Claramente se evidencia en este caso la aplicación o consideración de la BJR por parte de una entidad competente para juzgar en el caso planteado. Sin embargo, el Despacho aclara que dicha consideración no significa que no habrá control legal frente a las actuaciones de los

administradores. Si bien se busca la protección de los administradores, no se puede extender hasta las omisiones negligentes en la que puedan incurrir los funcionarios. Por esta razón, y por el análisis de las pruebas aportadas en la demanda, el Despacho identifica que es clara la omisión del administrador al no cumplir con sus deberes legales de acuerdo al artículo 200 del Código de Comercio y el 23 de la Ley 222 de 1995.

**CASO 5: INDUSTRIAS DE REFRIGERACION HIVER S.A.S. contra JORGE IVAN ECHEVERRI y otros.**

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Superintendente Delegado: CATALINA GUIO ESPAÑOL

Bogotá D.C., 02 de octubre de 2017.

Ref.: Sentencia 800-94

La demanda es presentada por la sociedad INDUSTRIAS DE REFRIGERACION HIVER S.A.S. en contra de los señores JORGE IVAN ECHEVERRI y ALFONSO ANTOÑANZAS ARANGUREN, quienes ejercían el cargo de administradores de la sociedad EXKAL COLOMBIA S.A.S. El presente caso se asimila al mencionado anteriormente de MOROCOTA GOLD S.A.S. contra WBEIMAR ALEJANDRO RINCON y LUZ MERY MARTINEZ VERGARA. Las pretensiones de la parte demandada también buscan que se declare la violación de los deberes de los demandados en calidad de administradores y se declare su responsabilidad de acuerdo a las actuaciones llevadas a cabo.

De acuerdo a lo manifestado en la demanda, los administradores tomaron la decisión deliberada de incumplir el pago de los créditos bancarios, suspender obras o labores contratadas con clientes e incumplir con obligaciones laborales y con pagos a proveedores. Los demandados manifiestan que sus actuaciones estuvieron siempre dirigidas a proteger los mejores intereses de la sociedad, teniendo en cuenta la complicada situación económica que se presentaba en la compañía.

Al igual que en la Sentencia anterior de la Superintendencia de Sociedades, el Despacho hace una consideración pertinente antes de analizar los argumentos de las partes. Se hace referencia al concepto de la Superintendencia de Sociedades en relación al deber de cuidado consagrado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Nuevamente se menciona el “delicado equilibrio” que debe existir entre la autonomía con la que deben contar los administradores para desarrollar sus actividades y la responsabilidad que se les debe atribuir cuando haya cumplimiento inadecuado de su mandato. Se hace referencia explícitamente a la “regla de discrecionalidad (business judgment rule)”. Deja claro el Despacho que dicho concepto no significa que los administradores estén exentos de cualquier intervención legal.

A diferencia de la Sentencia anterior, considera el Despacho en este caso que las actuaciones de los administradores hayan incumplido con los deberes y responsabilidades legales que les atribuyen. De acuerdo a las pruebas y declaraciones recolectadas en el proceso, no se encuentra que las decisiones de los funcionarios hayan sido incumplimientos o actuaciones negligentes, pues se deriva más de la falta de recursos con la que contaba la sociedad en el momento. En este caso podemos evidenciar que, a pesar de analizar las decisiones de los administradores y evaluar su forma de actuar, el Despacho considera que las mismas tienen relación con la situación económica por la que pasaba la sociedad durante ese transcurso de tiempo.

Se evidencia que la Superintendencia de Sociedades defiende la posición de garantizar una protección a los administradores frente a las decisiones que toman, pues de esta manera se garantiza que puedan actuar con autonomía de decisión. Dentro de las referencias de dicha Sentencia, se cita la doctrina de Reyes Villamizar, quien considera que la actividad empresarial se encuentra estrictamente ligada con la asunción de riesgos.

## CONCLUSIONES

El actual régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia es preciso y no demuestra vacíos al momento de ser implementado en la práctica. Este tiene una estructura organizada y coherente. Sin embargo, sus raíces se fundamentan en el ámbito social, económico, político y cultural reflejado hace 25 años. Debido al impacto de la tecnología en los últimos años, el comercio ha evolucionado, lo cual ha modificado la actividad de los administradores. Al contar con la misma regulación durante este tiempo, los administradores pueden sentirse en momentos restringidos al tomar decisiones, debido al temor de posibles consecuencias adversas que comprometan su responsabilidad. Al contar con nuevas herramientas para desarrollar su profesión, estos funcionarios pueden considerar arriesgado implementarlas de manera integral, pues piensan en un posible castigo que se les podría imputar.

Por otro lado, en los ojos de la Ley 222 de 1995, existe la posibilidad de que se configure una presunción de culpa, siempre y cuando se configure uno de los supuestos determinados por la ley. Esto puede entenderse como una carga adicional al trabajo que desarrollan los administradores. No solo están poniendo en riesgo el futuro de la sociedad que administran al tomar decisiones, sino que su trabajo también está en juego en todo momento. Además, ellos mismos deberán ser quienes se encarguen de probar que cumplieron con sus deberes en caso que se configure una de las causales de los incisos 3 y 4 del artículo 200 del Código de Comercio. Esto permite entender que la norma no busca protección a los administradores en el ejercicio de sus funciones, sino que los ponga en una posición defensiva, donde prefieran no asumir riesgos al tomar decisiones.

Si un administrador no asume riesgos, está yendo en contra de la esencia misma de su profesión. Es conocido que los negocios están estrictamente relacionados con el riesgo, pues de



ahí se genera el lucro en sus actividades. Esto significa que, si un administrador no toma riesgos por temor a posibles repercusiones, dicha sociedad no obtendrá ganancias significativas, lo cual es la principal finalidad de casi el 100% de las sociedades constituidas.

En cambio, si un administrador se siente protegido por la norma, podría considerarlo como un incentivo para tomar decisiones más arriesgadas. Eso sí, siempre actuando de buena fe, debidamente informado y basándose en la racionalidad de la situación. Cuando un administrador tenga la certeza que, la norma presumirá la ausencia de responsabilidad si cumple con estos tres requisitos mencionados, tendría un estímulo para tomar riesgos que se deriven en mayores ganancias para su sociedad. De esta manera, podría aumentar la economía colombiana indirectamente.

En tercer lugar, desde un punto de vista práctico, no es adecuado el examen que el juez realice sobre la probidad o no del actuar del administrador cuando se analizan decisiones de negocios. Los jueces muchas veces no tienen la capacidad para comprender todas las circunstancias que se presentaron cuando el administrador tomó la decisión en cuestión. Si bien se hace un recuento de los hechos durante el proceso judicial, es diferente examinar la situación luego de conocer las consecuencias producidas por la decisión, pues se puede considerar que lo sucedido era el resultado más probable. Sin embargo, cuando un administrador toma la decisión, está expuesto a todo tipo de incertidumbres, pues solo puede especular cual será el desenlace de la misma. El juez, por otro lado, puede tener problemas interpretando las razones por las cuales el sujeto actuó, al conocer cuál fue el resultado.

Contrario sería que, el juez se ampare en un principio de discreción, por medio del cual determine que lo más prudente es no cuestionar la decisión del administrador. De este modo, se presume en inicio que el administrador tomó la decisión que consideraba correcta, basándose en

las situaciones y condiciones que se presentaban. Esto reduciría en un grado importante la posibilidad de que el juez cometa errores potenciales, otorgando más autonomía y potestad al sector comercial, el cual conoce mejor el campo de los negocios. Lo anterior no significa que los administradores sean exentos de cualquier intervención legal, pues si las pruebas demuestran su negligencia, el funcionario será responsable por los perjuicios generados.

Claramente, los anteriores postulados promueven la idea de reformar el régimen actual de responsabilidad de los administradores en Colombia e implementar un sistema basado en el concepto de “Business Judgment Rule” del Estado de Delaware (Estados Unidos). Analizando los cambios en el comercio, los cuales fomentan una economía global, puede considerarse prudente implementar normas sobre el tema que sean basadas en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos, el Estado con más influencia en la economía mundial actualmente.

Mediante el proyecto de ley 070 de 2015 y la nueva propuesta de reforma que pretende presentar el actual Superintendente de Sociedades, se respalda la posición que se plantea. Ambas propuestas buscan reformar el régimen de responsabilidad de los administradores para introducir un sistema similar al que rige en el Estado de Delaware. Esto significa que hay sectores de la doctrina que consideran adecuada una reforma al régimen actual y que estructurar la misma en base al concepto de “Business Judgment Rule” podría ser una buena propuesta.

Finalmente, es importante hacer mención a la jurisprudencia colombiana pues, a pesar de que el concepto del BJR no se encuentra incluido dentro de la normatividad colombiana, se viene utilizando como mecanismo de apoyo para decidir en fallos judiciales. Lo que esto significa es que, aunque no puede utilizarse dicho concepto como un fundamento jurídico para decidir, si se puede aplicar como herramienta para ayudar al que juzga a fallar de acuerdo a las buenas prácticas y no vulnerar los derechos de las partes.

Luego de realizar la anterior investigación y analizar sus hallazgos, se considera conveniente una reforma al régimen especial de responsabilidad de los administradores. A pesar de no ser una tarea fácil, dicha reforma debería apoyarse en la normatividad del ordenamiento jurídico de Delaware en Estados Unidos. La aplicación del concepto de “Business Judgment Rule” brindaría beneficios tanto para los administradores, como para las sociedades, los asociados, terceros y el mismo Estado colombiano.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

Álvarez, K & Siegert, K. (2008). *La Ley 1258 de 2008, Una Mirada Crítica*. (Monografía de pregrado). Universidad EAFIT, Antioquia, Colombia. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/47237382.pdf>

Arcila, C. A. (2017). *Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado*. Estudios Socio-Jurídicos, 19(2), 157-196. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5245>

Bejarano, J. A. (1984). *La investigación económica*. Universidad Nacional. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4935110.pdf+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=ve>

Caballero, C. (1987). *50 años de economía: de la crisis del treinta a la del ochenta: un ensayo sobre el proceso económico entre 1936 y 1986, la evolución del sistema financiero y medio siglo de vida de la Asociación Bancaria*. Asociación Bancaria de Colombia. Bogotá, Colombia.

Colombia. Congreso de la República. CÓDIGO DE COMERCIO. Decreto 410 de 1971 (marzo 27). Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Bogotá D.C

Colombia. Congreso de la República. LEY 222 DE 1995 (diciembre 20). Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 42.156 de 20 de diciembre de 1995. Bogotá D.C.

Colombia. Congreso de la República. LEY 964 DE 2005 (julio 08). Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 45.963 de 08 de julio de 2005. Bogotá D.C.

Colombia. Congreso de la República. LEY 1014 DE 2006 (enero 26). De Fomento a la Cultura del Emprendimiento. Diario Oficial No. 46.164 de 27 de enero de 2006. Bogotá D.C.

Colombia. Congreso de la República. LEY 1116 DE 2006 (diciembre 27). Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006. Bogotá D.C.

Colombia. Congreso de la República. LEY 1258 DE 2008 (diciembre 5). Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diario Oficial No. 47.194 de 5 de diciembre de 2008. Bogotá D.C.

Colombia. Congreso de la República. LEY 1429 DE 2010 (diciembre 29). Por el cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo. Diario Oficial No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010. Bogotá D.C.

Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sala de Casación Civil. Ref: 05001-3103-016-2002-00007-01. (M.P. Arturo Solarte Rodríguez; 26 de agosto de 2011).

Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sala de Casación Civil. Ref: 11001-3103-003-2001-01402-01. (M.P. Ruth Mariana Díaz Rueda; 08 de agosto de 2013).

Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sala de Casación Laboral. Sentencia 25414 de 2005, Acta No. 100. (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza; 22 de noviembre de 2005).

Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sala de Casación Civil. Ref: Expediente No. 9879. (M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar; 30 de marzo de 2005).

D. A. Drexler, Lewis S. Black, & A. Gilchrist Sparks, *Delaware Corporation Law and Practice* (2010).

Escobar López, María y Molina Correa, Sebastián. (2017). *Régimen de Responsabilidad Civil de los Administradores de Sociedades Previsto en la LEY 222 de 1995, Comparación con el Régimen de Otros Países y su Aseguramiento*. (Monografía Pregrado, Universidad EAFIT, Colombia). Recuperado de:

[https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12288/MariaCamila\\_EscobarL%c3%b3pez\\_Sebasti%c3%a1n\\_MolinaCorrea\\_2017.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12288/MariaCamila_EscobarL%c3%b3pez_Sebasti%c3%a1n_MolinaCorrea_2017.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

Embid, J. (2010). *Ley Alemana de Sociedades Anónimas*. Universidad de Valencia, España. Recuperado de: <https://www.marcialpons.es/media/pdf/100884638.pdf>

Fatsini, A. (2015). *El deber de diligencia de los administradores y la incorporación de la Business Judgment Rule en nuestro ordenamiento*. (Universitat Rovira I Virigili). Recuperado de: [http://nportal0.urv.cat:18080/fourrepo/rest/audit/digitalobjects/DS%3FobjectId%3DFTFG%253A576%26datastreamId%3DMem%25C3%25B2ria%26label%3DFTFG%253A576%26mime%3Dapplication/pdf%26lang%3Den&ved=2ahUKEwjx96J\\_eDkAhUrmeAKHSuXBqQQFjABegQIBhAB&usg=AOvVaw1gwp8X02XIkocyb0F\\_3Ija](http://nportal0.urv.cat:18080/fourrepo/rest/audit/digitalobjects/DS%3FobjectId%3DFTFG%253A576%26datastreamId%3DMem%25C3%25B2ria%26label%3DFTFG%253A576%26mime%3Dapplication/pdf%26lang%3Den&ved=2ahUKEwjx96J_eDkAhUrmeAKHSuXBqQQFjABegQIBhAB&usg=AOvVaw1gwp8X02XIkocyb0F_3Ija)

Garapon, A., Papadopoulos, I., & Díaz Perilla, V. (2006). *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*. Colombia: LEGIS.

Gaviria, E. (1996). *Sociedad Unipersonal o Empresa Unipersonal*. Universidad Pontificia Bolivariana. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/6613/6097>

Gaviria, E. (1996). *Nuevo Régimen de Sociedades* (1ra ed.). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

Gómez, A., Miranda, P & Santacruz, M. (2019). *Business Judgment Rule: Origen, Aplicación y Desarrollo en el Ordenamiento jurídico Colombiano*. Univ. Estud. N° 19: 39-56, Enero-Junio. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

Iglesias, H., Vásquez, J., Gallego, M., Pérez, N. & Barrera, V. (xxxx). *Empresas Unipersonales*. Boletín 24. Universidad EAFIT. Colombia. Recuperado de: [www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/boletines/comercial-laboral/b4.pdf+&cd=4&hl=es-419&ct=clnk&gl=ve](http://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/boletines/comercial-laboral/b4.pdf+&cd=4&hl=es-419&ct=clnk&gl=ve)

Laguado, D. (2004). *La Responsabilidad de Los Administradores*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

- Londoño, D y Riaño, J. (2016). *De la fallida reforma al régimen de responsabilidad de administradores en Colombia*. Criterio Jurídico, 2016 (1), 107 – 133. Doi: ISSN 1657-3978.
- Londoño, S. (2016). *Administrador blindado, juez amordazado: ¿se justifica adoptar la business judgment rule en el ordenamiento jurídico colombiano?*, Revista de Derecho Privado, (55). Universidad de los Andes (Colombia). Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.55.2016.06>
- Pabón, R. (2007). *Los estudios de administración en Colombia: origen, expansión y diversificación*. Clío América, 50-63, Universidad del Magdalena.
- Suescún, F. (2013). *The Business Judgment Rule en los Estados Unidos: Una Regla con Dimensión Procesal y Fuerza Sustantiva*. 127 Universitas, 341-371.
- Superintendencia de Sociedades. (2015). *Proyecto de Reforma al Régimen Societario*. Recuperado de: <https://www.supersociedades.gov.co/Historial%20de%20Noticias/2015/Septiembre/Libro%20proyecto%20de%20reforma.pdf>
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia 800-85 del 08 de julio del 2015.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia 800-94 del 02 de octubre del 2017.
- Superintendencia de Sociedades. (2019). Superintendencia de Sociedades busca proponer reforma legislativa al Régimen General de Sociedades y al Régimen de Insolvencia [en línea]. Recuperado de: [https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2019/mesas\\_80\\_anios.aspx](https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2019/mesas_80_anios.aspx)
- Reyes Villamizar, F. (2013). *Análisis Económico del Derecho Societario*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis

Reyes Villamizar, F. (2013). *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

Reyes Villamizar, F. (2019). *Derecho Societario: Tomo 1*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Watson, A. (1993). *Legal Transplants, an approach to comparative law*, 2nd edition. University of Georgia. Recuperado de:  
<https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/327/1172>