

**LA SOSTENIBILIDAD EN LAS COMPAÑÍAS COLOMBIANAS:
UN ANÁLISIS DESDE EL DEBER FIDUCIARIO Y LOS CÓDIGOS
CORPORATIVOS**

TRABAJO DE GRADO

**CAROLINA JIMÉNEZ MOLINA
ELISA ALEMÁN VÁSQUEZ**

**ASESOR
JOSÉ ALBERTO TORO VALENCIA**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO**

MEDELLÍN

2020

Resumen

El presente trabajo se propone examinar la exigibilidad de la sostenibilidad en las personas jurídicas derivada del deber fiduciario de los administradores sociales, teniendo en cuenta para ello los deberes de diligencia, lealtad y buena fe, consagrados como principios de actuación del administrador social colombiano. Sobre el particular, se indagará si en razón de dichos deberes se hace obligatoria la inclusión de análisis de sostenibilidad bajo el lente de la gestión de riesgos y de la asunción prudente de los mismos. Igualmente, el presente trabajo tiene por objetivo revisar, acudiendo a diferentes categorías del derecho, la vinculatoriedad de los códigos corporativos, a través de los cuales puede también materializarse jurídicamente el compromiso por la sostenibilidad.

Palabras clave

Sostenibilidad, factores ASG, deber fiduciario, códigos corporativos, mejores intereses de las compañías.

Tabla de Contenido

<i>Introducción</i>	4
<i>Capítulo I</i>	13
<i>La sostenibilidad en las personas jurídicas derivada de los deberes fiduciarios del administrador</i>	13
I. El administrador social en Colombia.....	13
II. Relación jurídica del administrador con la sociedad.....	15
III. Los deberes fiduciarios de los administradores.....	23
a. El deber fiduciario de buena fe.....	24
b. El deber fiduciario de lealtad.....	27
c. El deber fiduciario de diligencia.....	30
IV. Régimen de responsabilidad civil de los administradores sociales.....	35
V. Sostenibilidad en el deber fiduciario de diligencia.....	38
a. La asunción prudente y razonada de riesgos.....	38
b. La gestión de riesgos en la <i>lex artis</i>	42
c. Un acercamiento a la sostenibilidad en el deber fiduciario de diligencia dentro de la lógica de las inversiones.....	48
VI. Conclusión.....	50
<i>Capítulo II</i>	54
<i>Análisis de la sostenibilidad en los códigos corporativos</i>	54
I. Código corporativo.....	54
II. Obligatoriedad en la adopción de un código corporativo.....	56
III. Enfoques para la exigibilidad de los compromisos asumidos en los códigos corporativos...63	
a. Derecho societario.....	64
b. Derecho civil.....	67
c. Competencia desleal y protección al consumidor.....	77
d. Los códigos corporativos en los regímenes transnacionales de producción.....	82
e. Soft law.....	86
IV. Conclusión.....	91
<i>Conclusiones generales</i>	96
<i>Referencias</i>	100

Introducción

Las compañías se desenvuelven como actores sociales provistas de una maquinaria institucional y productiva capaz de generar impactos en el tejido social, en los ecosistemas, en el desarrollo económico de las comunidades, y en las condiciones que permiten predicar la dignidad y el bienestar humano. En los últimos tiempos el mundo es testigo de los límites del crecimiento económico entendido en su acepción clásica, evidenciados en la colosal incidencia de los sistemas productivos en el desequilibrio natural y su ineficiencia en la distribución de bienestar.

La sucesión de catástrofes ecológicas provocadas por los excesos del desarrollo científico-técnico-industrial es muestra fidedigna de que el andamiaje productivo capitalista ha adquirido dimensiones suficientes para reducir a la naturaleza a su fragilidad, en una época en que “[e]l balance de los daños infringidos al mundo hasta el día de hoy equivale al de los estragos que habría dejado tras de sí una guerra mundial”, en palabras del filósofo francés Michel Serres (1990, p. 59). Las presiones antrópicas sobre el medio ambiente son responsables del colapso de las estructuras de vida en la tierra. En este escenario, las unidades de producción organizada pueden escoger detentar, ora un rol catalizador de la debacle, ora motor del cambio. Tal evidencia ha conducido a “(...) una toma de conciencia general de los daños del progreso, así como a un amplio consenso sobre la urgencia de salvaguardar el patrimonio común de la humanidad, lo que ha significado el surgimiento de una nueva dimensión de responsabilidad” (Botero, 2014, p. 419).

La crisis ecológica, no obstante, dista de ser la única problemática en la que participa el sector empresarial. Las nuevas formas de esclavitud encubiertas en las complejas cadenas de suministro, la propagación de estructuras viciosas de poder, la opacidad de las operaciones, los abusos contra los derechos humanos so pretexto de la maximización de las ganancias, y la incursión en prácticas defraudatorias, evoca en el imaginario el accionar histórico más reprobable con el que pueda asociarse a las corporaciones. Por lo demás, la globalización surte efectos amplificadores.

En este contexto, la sostenibilidad representa un vuelco de paradigma en contraste con el ya obsoleto modelo de crecimiento económico lineal. Dicha expresión debutó en el orden internacional con ocasión del Informe de Brundtland de 1987 elaborado por la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo de las Naciones Unidas. De acuerdo con la

definición acuñada, la sostenibilidad se corresponde con el tipo de desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias (p. 23).

Desde su primera aparición pública a la fecha, el concepto ha hecho tránsito a meta global. De ello es prueba la Agenda 2015, contentiva de los Objetivos del Desarrollo Sostenible, entendidos como deudas insolutas de la humanidad en los ámbitos social, económico y ambiental, que reclaman la cooperación enérgica de la comunidad internacional, así como la adopción de medidas por todos los actores y sujetos, incluidas de manera especial las empresas (Fernández Liesa, 2016, p. 52).

Algunos autores aseveran que el derecho humano al desarrollo sostenible ha sido formulado en el plano internacional en instrumentos como la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974 (art. 30), la Carta Mundial de la Naturaleza, y muy especialmente, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (Fernández Liesa, 2016, p. 58). Específicamente en Colombia, la jurisprudencia constitucional postula al desarrollo sostenible como un derecho autónomo de los ciudadanos y un deber correlativo del Estado,¹ sin desconocer su conexidad con el goce efectivo de otros derechos humanos. Su carácter como principio constitucional permea, asimismo, a los sujetos de derecho privado.

A su vez, el cambio de paradigma que tiene a la sostenibilidad por nombre acompasa al *stakeholder capitalism*, que aboga por la incorporación societaria de consideraciones que trascienden el mero rendimiento financiero de las compañías, de manera que estas viren hacia compromisos reales con los distintos grupos de interés sobre los cuales ejercen un impacto. Aquí destaca la implementación de factores ambientales, sociales y de gobernanza –ASG–, como mecanismo de apropiación de la sostenibilidad en el medio empresarial, un enfoque pragmático que se antepone a la petrificación de la sostenibilidad como ideología.

Lo que resulta particularmente interesante es que una literatura abundante sobre la materia apunta a la interiorización corporativa de cuestiones de sostenibilidad, no por razones morales, aunque las haya, tampoco por razones de cumplimiento legal, en vista de que la ley positiva privilegia la autonomía en este respecto, sino por razones prevalentemente económicas para las

¹ Tal es la mirada recogida en la Sentencia C-048 de 2018 de la Corte Constitucional.

compañías, esto es, sus mejores intereses, en cuya salvaguarda son responsables los administradores societarios. Bajo esta premisa, el presente trabajo se propone auscultar el contenido de los deberes fiduciarios de estos sujetos, en particular el deber de diligencia, con el fin de advertir en su contenido la presencia de indicios de sostenibilidad, y argumentar, en concordancia, en qué medida esta se inserta dentro del patrón de conducta de un buen hombre de negocios.

A la par, la nueva gobernanza global confiere una suerte de autoridad a las compañías en el diseño y gestión de políticas, antaño confinadas a la esfera estatal, derivando en la creación de “(...) un conjunto dado de reglas formales e informales que dan forma y son moldeadas por el poder” (Banco Mundial, 2017, p. 3). En este ámbito, cobra importancia la autorregulación de las empresas, en lo que respecta a la articulación de estrategias de sostenibilidad mediante la adopción de códigos corporativos. Frente a los mismos, surge la pregunta por su vinculatoriedad, cuestión que el presente trabajo pretende abordar, recurriendo a un conjunto de doctrinas jurídicas que encaminan la reflexión.

Así pues, ante el replanteamiento de paradigma se hace necesario comprender las formas en que se materializa jurídicamente dicho compromiso por la sostenibilidad, en tanto lo jurídico constituye un componente esencial del sistema social que prescribe conductas a sus agentes, haciendo posible el cambio. Atendiendo a este llamado, el presente trabajo se dedica al estudio jurídico específico del deber fiduciario del administrador social y los códigos de conducta corporativa, dos herramientas que tienen un potencial realizador de la sostenibilidad en el ámbito de acción de las compañías. En ese sentido, la reflexión académica propuesta propenderá por arrojar una nueva perspectiva sobre estas figuras, con el objetivo último de reivindicar su poder transformador y habilitar a un ejercicio fortalecido de las mismas que transite en línea de la sostenibilidad.

En este punto, resulta patente que una preocupación central del presente trabajo se refiere al concepto de sostenibilidad y a su selección como columna vertebral del mismo. Este se prefiere sobre el concepto de responsabilidad social empresarial como marco desde el cual también se suelen abordar inquietudes de tipo social, ambiental o de gobernanza al interior de las compañías. Por ello, se estima oportuno elucidar desde un inicio la distinción entre una y otra, y aclarar por qué se toma postura en favor de la primera en términos académicos.

La sostenibilidad supone, pues, un profundo replanteamiento de las relaciones que entretejen los seres humanos entre sí y con su entorno, de lo cual se afirma la sinergia de tres esferas interconectadas, cuales son la ambiental, la social y la económica, en la satisfacción de las necesidades presentes sin que con ello se comprometa la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias, tal como lo recoge el Informe de Brundtland (1987, p. 23). Vale la pena anotar que este es un concepto cuyo contenido tiende a enriquecerse con el tiempo.

Una definición, si se quiere, más comprensiva en tiempos de globalización se encuentra en Fernández Liesa (2016), para quien:

[e]l desarrollo sostenible se podría definir como un concepto cuyo objetivo es unir no solo los tres aspectos –desarrollo económico, desarrollo social y protección del medio ambiente– sino también a los países desarrollados y en desarrollo, los gobiernos, las empresas, la sociedad civil, los conocimientos científicos y las políticas públicas, las generaciones presentes y venidera. (p. 57)

Para Barral (2012) la definición de sostenibilidad puede reducirse a la combinación de dos principios tenidos por axiomáticos a efectos de la comprensión del fenómeno: la equidad intergeneracional e intrageneracional. La primera, alude a la preservación del capital ambiental para las generaciones futuras, asegurando su transmisión en condiciones equivalentes a aquellas en las que fue recibido. La segunda, refiere a un desarrollo económico y social participativo. De esta forma, Barral (2012) recalca que la sostenibilidad se materializa plenamente en escenarios concomitantes e interdependientes de equidad intergeneracional e intrageneracional (p. 380).

Ahora, en lo que atañe a la delimitación del concepto en el ámbito corporativo, se parte de que la sostenibilidad “(...) sugiere un proceso en evolución que restablece el equilibrio necesario para el bienestar organizacional y social a largo plazo” (Blackburn, 2007, p. 18).² En esta línea, se cita una variación presumiblemente bien lograda de la definición clásica, que elaboró el International Institute for Sustainable Development (IISD) en 1992, incorporando un enfoque pragmático, como se lee: “adoptar estrategias y actividades comerciales que satisfagan las necesidades de la empresa y sus partes interesadas, al tiempo que protegen, sostienen y mejoran

² “It suggests an evolving process that restores the balance needed for long-term organizational and societal well-being”.

los aspectos humanos y naturales que serán necesarios en el futuro”. (IISD, 1992, citado en Blackburn, 2007, p. 18).

Similarmente, las Directrices Integradas para la Gestión de Sostenibilidad (Sustainability Integrated Guidelines for Management -SIGMA-)³ acogen una definición que resalta por su mensurabilidad empresarial, según la cual la sostenibilidad consiste en la gestión mejorada de cinco tipos de activos: “(1) capital natural (el medio ambiente); (2) capital humano (personas); (3) capital social (relaciones y estructuras sociales); (4) capital manufacturado (activos fijos); y (5) capital financiero (pérdidas y ganancias, ventas, acciones, flujo de caja, etc.)” (citado en Blackburn, 2007, p. 19).

Sobre esta acotación, Blackburn (2007) pone de relieve que en los últimos años diversas coyunturas y lecciones han refinado el concepto de sostenibilidad para el sector empresarial. Con esto aduce que la base tripartita de la sostenibilidad se ha dotado de rico contenido en atención a situaciones como las siguientes: las presiones de ONG y activistas en el espectro de luchas sociales y ambientales, los escándalos financieros en Enron Corporation, Tyco International, Ltd. y WorldCom y su correlación con la ausencia de un gobierno corporativo sólido, la crisis financiera de los años 2008 a 2010 y el cambio climático como amenaza que preocupa cada vez más a los inversionistas, y la aparición disparada de agencias calificadoras que, en consonancia, evalúan el desempeño social, ambiental y de gobernanza de las empresas (p. 4). En este orden de ideas, el afianzamiento de las prácticas de reporte en sostenibilidad ha conducido a la popularización de los componentes ASG (ambientales, sociales y de gobernanza), siendo la terminología empleada dentro esta lógica. Tales factores constituyen las herramientas con las que se mide la sostenibilidad en el tejido empresarial, guardando entre sí una estrecha relación de interdependencia tendiente a la realización de este postulado.

Por su parte, la responsabilidad social empresarial (en adelante RSE) es, desde su primera enunciación en 1953,⁴ objeto de una teorización tan abundante como disonante, de ahí que no exista un consenso sobre lo que ha de entenderse por la misma, como en su momento lo

³ En 1999, el British Standards Institution (BSI), y el Forum for the Future y Accountability, lanzaron, con el apoyo del Departamento de Comercio e Industria del Reino Unido, el proyecto SIGMA.

⁴ En 1953, Howard Bowen en su libro “Social Responsibilities of Businessmen” se refirió a la RSE como las obligaciones de los empresarios de impulsar políticas corporativas ajustadas a los valores y objetivos de la sociedad.

reconoció Bjorn Stigson, ex presidente del World Business Council for Sustainable Development.⁵ Naturalmente, la ausencia de una definición unificada comporta una dificultad básica que incide en la inclinación académica por la sostenibilidad a efectos del presente trabajo.

De esta manera, el concepto de RSE ha sido acuñado por un sin número de exponentes adscritos a la más variada gama de escuelas y corrientes. Contrástese, a manera de ejemplo, la visión *friedmaniana*⁶ inserta en la teoría clásica de la economía, que pone el acento en la maximización de las ganancias dentro de los límites legales, con las corrientes extensivas pertenecientes a la ética de los negocios, que contrariamente postulan colosales responsabilidades éticas y filantrópicas en cabeza de las empresas.

Para efectos sintéticos, baste con señalar que la RSE hace alusión a los comportamientos que despliegan las compañías de cara a su interacción con los grupos de interés, con el propósito de contribuir activamente al bienestar de los mismos (Frooman, 1997, p. 227), o, si se quiere, es “la responsabilidad de las compañías ante los impactos de sus decisiones y actividades en la sociedad y el medio ambiente” (ISO, 2010, p. 4).

Cabe resaltar que la literatura sobre la materia indica una tendencia por alinear la construcción teórica de la RSE con los tres pilares del desarrollo sostenible, mediante la apuesta por lo social, lo económico y lo ambiental. Desde esta perspectiva “el objetivo de la responsabilidad social empresarial es contribuir a un desarrollo sostenible de la sociedad” (ISO, 2010, p. 4). Tal es la mirada de Valor y De la Cuesta (2007) que se hace explícita en los siguientes términos:

Por responsabilidad social empresarial o corporativa (RSE o RSC) entendemos la mayor *implicación de la empresa en los retos y problemas económicos, sociales y medioambientales* de la sociedad actual. Esta sociedad, más exigente, demanda a la empresa una responsabilidad con todos los grupos de interés con los que se relaciona (empleados, clientes, accionistas, administraciones, sociedad en general, etc.), con el fin de contribuir al objetivo común de un *desarrollo más sostenible* del planeta. (énfasis fuera de texto original) (p. 130)

⁵ “No existe una definición única de lo que significa la responsabilidad social corporativa, pues generalmente esta depende de la cultura, religión o tradición de cada sociedad. No existe una talla única, por lo que se debe diseñar una para cada caso y necesidad” (Bjorn Stigson citado por Prado, Flores, Pratt & Ogliastri 2004. p. 9)

⁶ Por seguir los postulados del académico economista Milton Friedman respecto de la concepción de la empresa y las funciones de sus directivos.

Derivado de la falta de univocidad en el empleo del término, es ampliamente debatido el rol que desempeña lo jurídico dentro del concepto de RSE, ya que para autores como Botero (2014) esta hace referencia exclusiva a comportamientos voluntariamente adoptados por las compañías (p. 113). Enfoques de este corte entran en pugna con la pretensión de realizar un estudio en derecho sobre las obligaciones empresariales de cara a la promoción del bienestar de los grupos de interés. En contrapartida, la sostenibilidad no plantea conceptualmente esta barrera, lo cual redundaría en su escogencia.

Tres razones adicionales se suman para justificar la idoneidad de la sostenibilidad como concepto matriz desde el cual articular la presente investigación. Estas son, por un lado, que en la práctica, tal como lo sostienen Arévalo Velásquez y Moncada Salazar (2016), la sostenibilidad es susceptible de apropiación por todo tipo de compañías, con independencia de su capacidad financiera, mientras que la RSE tiende a dejar por fuera a las medianas y pequeñas empresas, por cuanto una de sus modalidades usuales de ejercicio se expresa a través de la inversión social y la filantropía corporativa, las cuales requieren de una movilización importante de capital (p. 12).

Por si fuera poco, la comparación más comúnmente citada en la academia identifica que la RSE, a diferencia de la sostenibilidad, puede excluir la viabilidad financiera de una empresa, si la acepción utilizada de la misma se centra en la ética de los negocios, la filantropía y ciudadanía corporativa. En contraste, la sostenibilidad exhibe homogéneamente un carácter reconocedor de la necesidad de que una compañía prospere económicamente (Blackburn, 2007, p. 6).

Asimismo, y tal como se anotó, las conductas que suelen agruparse bajo la RSE guardan relación con la base tripartita del desarrollo sostenible, a saber, los componentes ambiental, social y económico. Esto conduce a que se predique cierta convergencia entre la sostenibilidad y la RSE, razón por la cual el presente trabajo hace bien en decantarse por el primer concepto en superación de las limitaciones y desavenencias del segundo.

Esclarecidas las razones que se conjugan para esta preferencia conceptual, se refuerza el valor del objetivo perseguido por este trabajo, cual es describir la materialización jurídica de la sostenibilidad en el deber fiduciario de los administradores sociales, y en los códigos corporativos, con el fin de caracterizarlos como formulaciones prescriptivas de conductas sostenibles dentro de las compañías colombianas. Dicho objetivo general se bifurca en dos,

cuales son los cometidos específicos del presente trabajo, y respectivos capítulos en que se divide.

En un primer momento, se examinará la exigibilidad de la sostenibilidad en las personas jurídicas derivada del deber fiduciario de los administradores sociales, para lo cual se adentrará en el régimen jurídico del administrador en Colombia. Esto será llevado a cabo con sujeción al siguiente plan de trabajo: mención de los sujetos que a la luz del ordenamiento jurídico colombiano invisten de dicha calidad, estimación de la relación jurídica que entablan con la sociedad administrada, explicación de los deberes fiduciarios de diligencia, lealtad y buena fe radicados en cabeza de los administradores, y posteriormente, la enunciación del régimen de responsabilidad civil que los cobija. El bosquejo de estas temáticas descolla por el recurso exclusivo al derecho. Luego, se pasará a fundamentar la imbricación de la sostenibilidad en el deber fiduciario de diligencia, echando mano de preceptos clave de la administración de empresas. Finalmente, se analiza la pertinencia de la sostenibilidad en el ámbito de aplicación de los deberes de buena fe y lealtad. Las bases jurídicas que anteceden al desarrollo culmen del capítulo serán decisivas para trazar con entereza las implicaciones que convocan a la sostenibilidad en el deber fiduciario del administrador.

En un segundo momento, se escruta la vinculatoriedad de los códigos corporativos contentivos de disposiciones alusivas a la sostenibilidad. Para tales efectos, se comienza por brindar una definición de estos instrumentos; acto seguido, se indaga por aquellas normas de *hard law*⁷ y de *soft law*⁸ relevantes que preceptúen la adopción de los mismos, para más tarde explorar un abanico de derroteros dogmático-jurídicos que desde diferentes ópticas legitimen la pretendida juridicidad de los códigos corporativos. Valga anotar que la confluencia previamente referida entre la RSE y sostenibilidad permitirá que en el segundo capítulo en ocasiones se traiga a colación el término de RSE como un sinónimo contextual para la sostenibilidad, en vista de que la terminología de los códigos corporativos suele llevar consigo el calificativo de RSE como expresión predeterminada en el medio. Dicha sustitución terminológica tendrá lugar bajo la presunción de ajustarse a la definición presentada de sostenibilidad.

⁷ Norma bajo la concepción clásica, aquella cuya autoridad proviene de la soberanía del Estado y que se emite siguiendo las reglas de procedimiento que este disponga.

⁸ Norma blanda, que aprovecha mecanismos alternativos y descentralizados de legitimidad.

Con lo dicho, la presente será una investigación de dogmática jurídica, consistente en la determinación del conjunto de enunciados normativos que regulan el régimen de los administradores sociales en Colombia, por un lado, y por el otro, la adopción y eficacia de los códigos corporativos. Se hará uso de una metodología expositiva y descriptiva, con el fin de dar cuenta de las propiedades jurídicas de los objetos de estudio, así como propositiva, en lo que refiere a las vías en que la sostenibilidad puede considerarse vinculante con ocasión de los mismos. No obstante, se adoptará un enfoque comprensivo, y en ocasiones los fenómenos serán examinados desde disciplinas como la administración o metodologías como el análisis económico del derecho, buscando entender lo jurídico como uno de los múltiples factores que interactúan en la configuración de la conducta de las empresas.

Asimismo, se acude al derecho comparado formalista con vistas a ilustrar desde ordenamientos jurídicos distintos la regulación símil o disímil que recibe una misma materia. En algunos casos, dicho enfoque deviene contextualista, sondeando el medio material o sociológico en que se desenvuelve el derecho extranjero. Tal recurso es conducente para una mejor dilucidación de las figuras jurídicas colombianas que se abordan en el presente trabajo. Adquiere además relevancia en la medida en que el ordenamiento jurídico colombiano bebe de culturas jurídicas foráneas, de manera que el estudio de esas tendencias normativas resulta de provecho a fin de anticipar una contingente incorporación de las mismas en el derecho local.

Las fuentes principales que se consultarán son la ley, la jurisprudencia, la doctrina y el *soft law*. A partir de ellas se pretende reconstruir los conceptos de responsabilidad del administrador y de códigos corporativos en relación con el contexto específico de la sostenibilidad. Adicionalmente, se recurrirá a investigaciones de campo, reportes estadísticos, y literatura académica especializada de otras ciencias, con el objetivo de describir el contexto de estos objetos académicos.

Capítulo I

La sostenibilidad en las personas jurídicas derivada de los deberes fiduciarios del administrador

El presente capítulo se ciñe a un hilo argumentativo que discurre en un primer momento dentro de los cauces del derecho societario, donde se ahondará sustancialmente en la comprensión de los deberes fiduciarios generales a los que responde el administrador social. Esta y otras cuestiones abordadas con mayor o menor profundidad buscan precisar los contornos del régimen del administrador societario en Colombia. Tal contextualización jurídica permitirá en un momento posterior trasladar el análisis de la sostenibilidad corporativa –al que la literatura se ha aproximado típicamente en términos idealistas (Smith, 2017, p. 100)– al plano de la viabilidad jurídica, a través de los mecanismos de exigibilidad del derecho societario.

I. El administrador social en Colombia

A fin de examinar la exigibilidad de la sostenibilidad en las personas jurídicas derivada de los deberes fiduciarios del administrador, es menester indicar quiénes son administradores sociales a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, y por ende, destinatarios de tales deberes. Para ello se acude a la Ley 222 de 1995, contentiva del estatuto general del administrador social de sociedades comerciales en Colombia, cuyo artículo 22 enlista los sujetos investidos con dicha calidad, cuales son: “(...) el representante legal, el factor, el liquidador, los miembros de junta o consejo directivos, y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”.

Al considerar administradores sociales a “quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones” el legislador permite extender dicha calidad a funcionarios de la compañía distintos a los previamente enumerados, mediante su designación estatutaria. Ello puede darse a través de su nombramiento explícito como *administradores*, o por medio de la atribución de facultades expresamente señaladas como *administrativas*; lo uno y lo otro debiendo reposar en los estatutos del ente societario, conforme lo observa Francisco Reyes Villamizar (2009, p. 151).

Es relevante apuntar que la previsión del artículo 22, y en general, el régimen de responsabilidad de los administradores contenido en la referida ley, resulta aplicable a las sociedades por acciones simplificadas, tal como lo dispone el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, el cual, además, introdujo la figura del administrador de hecho en los siguientes términos: “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”. No sobra recalcar que de conformidad con el texto legal, esta figura se circunscribe al ámbito de aplicación de las sociedades por acciones simplificadas.

Ahora bien, pese a que las citadas normas establecen de forma restrictiva los sujetos que ostentan la calidad de administradores en Colombia, la Superintendencia de Sociedades en la Circular Externa No. 100-006 del 25 de marzo de 2008⁹ insiste en que:

Fenómeno análogo se presenta con las personas que por razón de las responsabilidades propias de sus cargos, actúan en nombre de la sociedad, como sucede con los vicepresidentes, sub gerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros, administrativos, de producción, y de recursos humanos, entre otros, quienes pueden tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o legales y serán administradores si ejercen funciones administrativas o si las detentan, de donde resulta que es administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de facultades administrativas.¹⁰

De este modo, la doctrina de la Superintendencia de Sociedades indica que los funcionarios que ejerzan o detenten facultades de administración, responden al nombre de administradores sociales, indistintamente de si tales funciones se reputan de hecho o de derecho, según advierte Reyes Villamizar (2009, p. 151). Por dicha razón, resulta de utilidad atenerse al significado del calificativo *administrativa* o *de administración*, como parámetro de clasificación. Se dirá, pues, sucintamente que administrar, de acuerdo con la definición modelo que aporta Narváez García (1980), “es manejar, dirigir y gobernar bienes y negocios de otro, ordenar económicamente los medios disponibles y usar de ellos en la forma más conveniente” (p. 295).

⁹ Circular que tiene por vocación la unificación doctrinal sobre el régimen jurídico de los administradores.

¹⁰ En esta misma ocasión, la Superintendencia señaló que la Ley también confiere el carácter de administrador social a los suplentes del administrador “(...) cuya actuación se encuentra supeditada a la ausencia temporal o definitiva del principal” (p. 2). Asimismo, valga referir que la ley reconoce la posibilidad de que la administración esté a cargo de una persona jurídica, caso en el cual el representante legal de la sociedad designada como administradora ejercerá las funciones propias de administración (Reyes Villamizar, 2016, p. 722).

Con lo expuesto y siguiendo a Reyes Villamizar (2009), se pone de presente que la doctrina de la Superintendencia de Sociedades parece dejar de lado la exigencia legal por la cual las facultades administrativas deben constar en los estatutos sociales, como manda el artículo 22 de la Ley en comentario¹¹ (p. 151). Con ello, se privilegia un criterio material en la determinación de los sujetos que se invisten con la calidad de administradores para el derecho colombiano.

II. Relación jurídica del administrador con la sociedad

Las disposiciones normativas vigentes en el régimen societario colombiano permiten predicar la existencia y vinculatoriedad de los deberes fiduciarios que rigen la relación entre el administrador y la sociedad. En este sentido, no es indispensable remitirse a la relación de mandato para justificar estos deberes, que existen autónomamente, y que son propios de una relación jurídica *sui-generis*. Sentada esta claridad, se indagará en todo caso por las diversas interpretaciones que la doctrina ha construido en sede del vínculo que une al administrador con la sociedad, entre las cuales sobresale la teoría del mandato.

Así pues, se revisarán a continuación algunas corrientes doctrinales extranjeras que teorizan sobre la naturaleza de esta relación. Para efectos del desarrollo del presente apartado, las observaciones que siguen se harán, prevalentemente, con base en una de las investigaciones que se han efectuado sobre la materia, cuyo autor es Luis Fernando Sabogal Bernal (2010).

Como advertencia preliminar, debe indicarse que en el caso de la normativa colombiana no es posible juzgar de manera terminante si se abraza una u otra corriente por, al menos, dos razones. En primer lugar, por cuanto nada obsta para que las distintas posturas que se describen a continuación se complementen allí donde presentan flaquezas. En segundo lugar, en vista de que, tal como lo apunta Sabogal Bernal (2010), el legislador decidió suprimir la referencia al contrato de mandato en la expedición del actual Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), alusión que zanjaba la discusión durante la vigencia de su predecesor, el Código de Comercio

¹¹ Artículo 22. *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*. (énfasis fuera del texto original).

Terrestre (Ley 57 de 1887), cuyos artículos 582¹² y 583¹³ enmarcaban de forma expresa la relación administrador-sociedad dentro del mandato, adhiriendo a la corriente jurídica francesa imperante en aquel entonces (p. 137). Por lo anterior, se pasa a explorar los discursos que podrían guiar la interpretación del actual régimen colombiano.

De acuerdo con Sabogal Bernal (2010), la teoría contractual de la tradición romano-germánica –originaria de Francia– plantea que el administrador se vincula a la sociedad a través de la aceptación de un mandato, esto es, un encargo de cumplir la voluntad de los socios, en virtud del cual aquel se vuelve gestor de intereses ajenos, quedando su marco de actuación condicionado a las facultades que aquellos le deleguen (p. 128). A su vez, dicha corriente supone que el administrador debe conducir el negocio sin transgredir la confianza de los asociados, tal como lo subraya Kreller (1983, citado en Cubillos Garzón, 2008, p. 4). Sin embargo, la teoría del mandato recibe una importante crítica que merece ser retratada. Esta, en palabras Sabogal Bernal (2010) consiste en que:

(...) la figura del administrador dentro de la sociedad es de carácter esencial, y si se admitiera que el administrador se vincula por un contrato de mandato (negocio jurídico esencialmente revocable), tendría, asimismo que admitirse la posibilidad de que, en caso de revocación del mandato, la sociedad pudiese actuar sin administrador, lo cual es inadmisibles por la misma naturaleza jurídica de la sociedad, toda vez que esta precisa del concurso de una persona física para poder desarrollar su actividad económica. (p. 128)

Lo anterior marcó el surgimiento de la teoría organicista –nacida en Alemania– según la cual la sociedad no puede actuar sin el administrador, despreocupándose de la relación que este traba con la misma, por considerarlo un órgano necesario y parte inescindible de la persona jurídica. Esta corriente fue a su vez cuestionada en la medida en que la aserción sobre la unidad conformada por la persona jurídica y sus órganos de administración, tiene por efecto la negación de la personalidad jurídica independiente del administrador societario (Sabogal Bernal, 2010, pp. 128-129).

¹² Artículo 582. La sociedad anónima es administrada por mandatarios temporales y revocables, asociados o no asociados, asalariados o gratuitos, elegidos en la forma que prevengan los estatutos de la sociedad (...).

¹³ Artículo 583. Los administradores no son responsables si no de la ejecución del mandato que recibieren (...).

Las críticas formuladas llevaron, naturalmente, a replanteamientos. Fue así como las versiones modernas de la teoría organicista, reconociendo que la persona jurídica se expresa a través de sus órganos, introdujeron la idea según la cual el administrador se vincula a la sociedad por medio del contrato social, y que es de este último de donde dimanarían sus facultades y obligaciones desde el momento en que se somete a los estatutos al aceptar su nominación. Con esta afirmación, los defensores modernos de la teoría organicista “(...) niegan que la naturaleza jurídica de la relación del administrador tenga como origen cualquier otro contrato –como podría ser el mandato– (...)” (Sabogal Bernal, 2010, p. 131).

Por su parte, son precisos los matices introducidos por posteriores exponentes de la teoría contractual, en la medida en que sugieren que la relación administrador - sociedad es *sui-generis*, pues aunque comparte ciertas propiedades con el mandato, no puede equipararse enteramente a este, razón por la cual, dentro de este nuevo acercamiento se considera que el régimen de la relación *sub examine* está determinado por el contenido especial que la ley disponga y la autorregulación que la sociedad se dicte en virtud de la autonomía privada y, solo de manera supletiva, por las normas del mandato y la representación, siempre que su aplicación resulte armoniosa de cara a las particularidades de la dinámica propia de la administración. Esta aproximación bien podría denominarse “mixta”, por cuanto no desconoce la dimensión también orgánica de la relación administrador-sociedad (Sabogal Bernal, 2010, pp. 131-132).

En el actual régimen colombiano es posible evidenciar expresiones de la premisa organicista, principalmente en la Ley 222 de 1995, que titula a los administradores como órgano social en el Capítulo IV del Título I y en artículos como el 84 literal a); sin embargo, las disposiciones normativas no se decantan de manera categórica por esta visión.¹⁴ En particular, esta perspectiva se queda corta para explicar los deberes del administrador de cara a la sociedad, y la posibilidad de responsabilizarlo de manera separada, por lo cual se considera conveniente complementar la lectura de la normativa colombiana con otras miradas que resultan de recibo (Sabogal Bernal, 2010, pp. 138-139).

¹⁴ Sabogal Bernal observa las características del contrato de mandato reflejadas en las reglas que contemplan la administración societaria, entre ellas, los artículos que garantizan a la sociedad la facultad de libre nombramiento y remoción del administrador (arts. 163, 187.4, 358.5, 420.4 y 440 del Código de Comercio), y el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que sitúa al administrador como gestor de intereses ajenos (p. 139).

Siguiendo a Sabogal Bernal (2010), el esquema del contrato de mandato, en principio, puede dilucidar con más claridad la relación administrador - sociedad del actual régimen colombiano, en atención a las normas que le imponen al administrador la rendición de cuentas de su gestión, y que delimitan su responsabilidad, partiendo del entendido de que el administrador cuenta con una personalidad jurídica distinta de la sociedad¹⁵ (pp. 137-139). Lo anterior, de nuevo, sin perjuicio de la coexistencia con otras posturas. En ese sentido coinciden Arias Barrera, Henao Beltrán, Pino Solano, y Cubillos Garzón (2009) al concluir que la doctrina nacional fluctúa entre las corrientes previamente aludidas. Por tanto, no es posible decantarse por una de ellas de forma definitiva (p. 31).

Ahora bien, en la tradición del *common law*¹⁶ el vínculo se califica como una relación fiduciaria. De acuerdo con Sabogal Bernal (2010), en las últimas décadas la teoría de la relación fiduciaria ha influenciado el derecho continental, el cual reclama una interpretación de la ley conforme a esta visión (p. 133). En efecto, esta aproximación se juzga fundamental para la comprensión de los deberes consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, por lo cual será estudiada a continuación, empezando por esbozar algunas consideraciones sobre su origen, y desarrollando, con posterioridad, su recepción en Colombia.

Se parte por destacar que el vocablo “fiducia” o “fiduciario” proviene de la raíz latina *fide*, que significa confianza. Así, la relación fiduciaria, cuyo origen se remonta al *common law* británico, se ha entendido como la confianza que un sujeto deposita en otro y que tiene como efecto instituir al encargado en una posición de gestión e influencia sobre los bienes o negocios del primero. Sobre dicha relación de confianza fue confeccionado un cuerpo de principios – especialmente en los Estados Unidos– que con el tiempo se ha situado en la base de los contratos de *agency* y *trust*, cuyos esquemas se utilizan para elucidar la relación que une al administrador con la sociedad (Sabogal Bernal, 2010, pp. 133-134).

Con arreglo a la definición ofrecida por el American Law Institute (citado en Sabogal Bernal, 2010), en virtud del contrato de *agency*, un sujeto (mandatario o agente, o en inglés *agent*) se

¹⁵ En particular, el autor cita los artículos 187.2-3, 318 y 446 del Código de Comercio; y el artículo 45 de la Ley 222 de 1995 para referirse a la obligación de rendición de cuentas; y los artículos 200, 308, 358.4 y 420.3 del Código de Comercio y el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 para ilustrar la separación de responsabilidad. Efectivamente, la teoría contractual de la tradición romano-germánica resuena en la sensibilidad jurídica colombiana.

¹⁶ Derecho de tradición anglosajona.

obliga para con otro, (mandante, o en inglés *principal*) a actuar en nombre de este y sujeto a su control en el marco de una relación fiduciaria¹⁷ (p. 134). Por su parte, en virtud del contrato de *trust*, un sujeto (fiduciante, o en inglés *settlor*) se obliga a transferir una propiedad (*trust property*) a otro sujeto (fiduciario, o en inglés *trustee*), encomendándole una gestión abocada a un fin determinado, en provecho de quien se establezca como beneficiario de la relación fiduciaria (fideicomisario, o en inglés *beneficiary*), que bien podría tratarse del mismo fiduciante, tal como lo expone Rengifo García (2007, citado en Cubillos Garzón, 2008, p. 18). Nótese que como figuras análogas a los contratos de *trust* y *agency* existen en el ordenamiento jurídico colombiano, respectivamente, la fiducia mercantil, y el mandato, con o sin representación.

Así pues, el concepto de relación fiduciaria ha sido aplicado a diversas categorías de vínculos legales, según lo advierte Sabogal (2010, p. 133). De esta manera, la lógica de confianza subyacente a los contratos de *trust* y *agency* en los términos indicados previamente es susceptible de traspolación al vínculo jurídico que se entabla entre el administrador y la sociedad, sin perjuicio de la consideración de sus respectivas particularidades. En este sentido, puede aseverarse que el administrador ocupa una posición fiduciaria respecto de la sociedad, en virtud del encargo que se le ha confiado. El símil es bien ilustrado por Cubillos (2008) cuando afirma que se trata de un encargo en el cual: “(...) el fiduciante/persona moral realiza al fiduciario/gestor, con el fin de desarrollar una actividad establecida en el objeto social, la ley o en los estatutos, ello en provecho de un fideicomisario/la sociedad (...)” (p. 19). En Sabogal Bernal (2010) “esta asimilación responde a que el administrador, como el *agent* y el *trustee*, se encuentra inmerso en una relación de confianza que le comporta, al igual que estos, el cumplimiento de un deber genérico de fidelidad, llamado *fiduciary duty*” (p. 134).

Debe enfatizarse en que esta corriente del *common law* que pone el acento en la confianza endilgada a un tercero para la gestión de los negocios propios, se estima en mayor medida conducente a explicar los deberes contemplados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, “en cuyo ámbito la teoría orgánica tiene su mayor falencia y la teoría contractual clásica no justifica suficientemente” (Sabogal Bernal, 2010, p. 133). Es precisamente en razón de esta aptitud

¹⁷ En la sección §1.01 de los "Restatements (Third) of Law of Agency" (2006) del American Law Institute, la definición en comento aparece así: «Agency is the fiduciary relationship that arises when one person (a principal) manifests assent to another person (an agent) that the agent shall act on the principal's behalf and subject to the principal's control, and the agent manifests assent or otherwise consent so to act».

esclarecedora de los deberes de los administradores –los cuales no en vano reciben el nombre de deberes fiduciarios– que la aproximación del sistema anglosajón aquí explorada resulta de máximo interés. Con ello, no se pretende descartar las virtudes de las teorías que antecedieron en la exposición, ni desvirtuar el sincretismo en su adopción, ya que como se demostró, aquellas también tienen eco en la tradición jurídica colombiana; tan solo se reconoce que en lo atinente al objeto de análisis del presente capítulo, la teoría del *common law* ostenta mayor mérito explicativo.

El deber fiduciario surge, entonces, en el contexto de la relación fiduciaria o de confianza, el cual, de acuerdo con la definición del “Black Law’s Dictionary”, es aquel que “impone actuar para el beneficio de otro, mediante la subordinación del interés propio respecto del de la otra persona” (p. 625). Así, en razón de la naturaleza del vínculo administrador-sociedad, caracterizado como fiduciario, se sigue como consecuencia que en cabeza del primero se radiquen deberes fiduciarios.

Dicho lo anterior, es oportuno anunciar que los deberes fiduciarios o de confianza de los administradores sociales tuvieron su primera consagración jurídica en el derecho societario estadounidense, siendo replicados en diversas legislaciones civilistas, como es el caso de Colombia, según lo resalta Reyes Villamizar (2009, p. 152). Tal autor confirma la idea reseñada líneas arriba y es que “en el sistema anglosajón, donde se originó este concepto, existe una relación fiduciaria del administrador con la sociedad, por virtud de la cual esta deposita su confianza en el juicio y consejo de aquel” (Reyes, 2009, p. 152).

Es preciso advertir que la relación fiduciaria o de confianza en el derecho societario estadounidense se vale de una cualificación especial que la distingue del simple deber de actuar en beneficio de un tercero, para significar que es la relación que entabla el administrador con la sociedad, en donde el primero se obliga para con la segunda a actuar con arreglo al más alto grado de buena fe, en procura de alcanzar los objetivos sociales (Sabogal Bernal, 2010, p.136). En razón de ello se le atribuye al administrador social “(...) un régimen de responsabilidad más intenso que los establecidos en las relaciones contractuales”, lo que se traduce en “(...) el cumplimiento, a partir del genérico deber de fidelidad (*fiduciary duty*), de unas reglas más estrictas de transparencia informativa, un mayor deber de diligencia, y un deber de lealtad con un amplio régimen en materia de conflictos de intereses” (Sabogal, 2010, p. 136).

La doctrina y la jurisprudencia estadounidenses de los últimos tiempos han convenido denominar la relación fiduciaria de los administradores como una relación *sui-generis*, específicamente en lo tocante a la posición jurídica de los *directors*¹⁸ (equivalentes a los miembros de junta directiva para el derecho colombiano) (Sabogal Bernal, 2010, p. 135). Sobre el particular, el sistema norteamericano acoge la tesis según la cual no bastan los esquemas del *trust* y *agency* para explicar cabalmente el régimen que gobierna la relación fiduciaria de los *directors*, haciéndose necesaria su complementación “(...) en función de las leyes societarias, la autonomía privada y la jurisprudencia en aplicación de los principios generales de las relaciones fiduciarias” (Sabogal, 2010, p. 136).¹⁹ Es pertinente reparar en que a este respecto la teoría del *common law* coincide en buena parte con los influjos modernos de la teoría contractual del *civil law*.

En esta línea, ya desde finales del siglo XX la jurisprudencia colombiana muestra simpatía por la teoría de la relación fiduciaria. En la Sentencia C-434 de 1996 la Corte Constitucional estima indispensable la confianza depositada en los administradores sociales a la hora de dotarlos con “amplia capacidad de decisión y manejo”; y refiriéndose a la naturaleza de la vinculación de los administradores con la sociedad, establece que esta consiste en una:

¹⁸ Nótese que este planteamiento fue a su vez sugerido por los exponentes modernos de la teoría contractual romano - germánica, aunque desde luego, sin diferenciar entre *officers* y *directors*.

¹⁹ En lo que refiere a los *officers*, reina el consenso acerca de su encuadramiento dentro del contrato de *agency*, de modo que la relación fiduciaria del *agent* frente al *principal*, es la misma que tiene el *officer* frente a la sociedad. Por ende, a estos administradores les resultan aplicables los principios de la *agency relationship* (incluidos los deberes fiduciarios que allí se han detallado), aún cuando con particularidades (Sabogal Bernal, 2010, p. 136). De esta manera, contrario a lo que sucede con los *directors*, el contrato de *agency* sí puede explicar con suficiencia la relación fiduciaria de los *officers*.

Como puede inferirse, el prolijo desarrollo de la función de administración en el derecho societario estadounidense, ha llevado a la necesidad de distinguir sustancialmente entre la posición jurídica de los *directors* y la de los *officers* (Sabogal Bernal, 2010, p. 135). En concordancia, el ordenamiento del Estado Delaware, por ejemplo, establece regímenes normativos diferenciados para estas dos posiciones. Al respecto, Acevedo Tabares (2019) describe que en el orden jurídico colombiano el presidente, el representante legal, el vicepresidente, el secretario general y el revisor fiscal entrarían dentro de la categoría de *officers* del Estado de Delaware. No obstante, es de advertir que no todos los *officers* por definición en el derecho estadounidense fungen como administradores para el derecho colombiano, de lo cual se desprende una correspondencia inexacta entre ambos ordenamientos. De su lado, la equivalencia adecuada para el *board of directors* es junta directiva (p. 86 y ss.). En todo caso, es claro que el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 y jurisprudencia concordante, agrupa bajo la misma calidad de administradores al representante legal, al factor, al liquidador, a los miembros de junta o consejo directivos, y a quienes ejerzan o detenten esas funciones, sumado el administrador de hecho, con ocasión de la Ley 1258 de 2008. De este modo, el régimen de responsabilidad del administrador social en Colombia le resulta aplicable a todos los anteriores sujetos por igual.

(...) especial *relación de confianza* que surge entre el ente asociativo y tales funcionarios, por lo cual no es extraño que la ley haya resuelto dar a su nexos jurídico con la sociedad un *trato diferente del que la liga con el resto de sus trabajadores*. (énfasis fuera del texto original)

Tal pronunciamiento favorece la visión de la relación fiduciaria, al hacer énfasis en la confianza como cimiento del nexos. En esta misma línea, la sentencia C-384 de 2008 reitera que se trata de una especial relación de confianza, la cual surge del amplio poder de disposición y manejo sobre los bienes e intereses de la sociedad que le es atribuido al administrador social. Se refiere, asimismo, a los deberes fiduciarios del administrador, notablemente dentro del marco de una relación de confianza. Este fallo también recoge los elementos comunes a la teoría contractual moderna de la tradición romano-germánica, y la teoría de la relación fiduciaria en su acepción contemporánea, al considerar que la ley otorgó a las sociedades libertad para definir de manera autónoma el régimen jurídico que ha de gobernar la relación con el administrador, para lo cual cobran relevancia los estatutos sociales, en cuya ausencia la ley le reconoce amplias facultades de gestión y representación.

Con lo hasta ahora apuntado, es dable afirmar que el derecho anglosajón es la fuente de donde se inspiró el legislador colombiano para implantar los deberes fiduciarios. Por esta razón, y notando que, en general, el régimen societario colombiano está altamente influenciado por el sistema estadounidense, es factible que el análisis de un juez colombiano respecto de los deberes fiduciarios consulte la interpretación que de ellos se ha efectuado en el ordenamiento estadounidense, especialmente en la jurisprudencia del Estado de Delaware, jurisdicción que goza de amplio reconocimiento internacional en razón de su vanguardismo en materia societaria, según sostienen Franco Gómez y García Henao (2019, p. 13).²⁰

A guisa de ejemplo de la referida influencia, las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia del Estado de Massachusetts en las que se propende por una aplicación extensiva de los deberes fiduciarios a los accionistas mayoritarios de sociedades de capital cerrado que actúan bajo móviles ilegítimos, sirvió de fundamento para la regulación de la figura del administrador de hecho en Colombia, tal como lo asegura Reyes Villamizar (2009, p. 177). De igual manera, el régimen legal y la jurisprudencia del Estado de Delaware marcan el derrotero

²⁰ De acuerdo con tales autores, la doctrina local del derecho societario aprecia los conceptos emitidos por los tribunales de Delaware por contar con adjudicadores especializados y gozar de una regulación que, sin soslayar los derechos de los asociados, propende por la libertad empresarial (Franco & García, 2019, p. 13).

jurídico en Colombia en temas como conflictos de intereses,²¹ la responsabilidad de accionistas controlantes y administradores en supuestos de exclusión forzosa de asociados (*freeze-out* o *squeeze-out*)²² y demás. Otro tanto puede decirse con relación a la adopción y aplicación por parte de la Superintendencia de Sociedades de la regla de discrecionalidad (*business judgement rule*) –la cual amerita mayor detenimiento en páginas posteriores– por cuanto es legado de la jurisprudencia del Estado de Delaware, y en general, del sistema norteamericano, cuyos precedentes, en suma y de acuerdo con Reyes Villamizar (2016), ilustran la normatividad colombiana de responsabilidad de los administradores (p. 702).

III. Los deberes fiduciarios de los administradores

Esclarecidos los puntos anteriores, entre los que sobresalen que al administrador social le subyace una posición fiduciaria, y que el régimen societario estadounidense, particularmente del Estado de Delaware, irradia el colombiano, se revisan a continuación los deberes fiduciarios que han de regir la actuación de los administradores. Es de importancia precisar que el análisis sobre la exigibilidad o juridicidad de la sostenibilidad derivada de los deberes fiduciarios, transitará, a efectos del presente trabajo, exclusivamente por el estudio de los deberes fiduciarios generales. En consecuencia, los deberes fiduciarios específicos no serán en esta ocasión objeto de especial atención.

En Colombia, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 preceptúa que “los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios” para seguidamente desglosar los deberes específicos –o también llamados secundarios, en tanto se derivan de los primeros– que aquellos están llamados a observar en el ejercicio de sus funciones²³. Cabe señalar que estos deberes secundarios de conducta, con naturaleza de regla,

²¹ Según Franco Gómez y García Henao (2019), el Business Corporation Act del Estado de Delaware se considera el modelo más influyente para la regulación e implementación de normativas sobre conflicto de intereses y el deber de lealtad (p. 13).

²² Ilustrativamente, véase el Auto No. 2016-800-98 de la Superintendencia de Sociedades (Luis Helí Tovar & Cía contra Embotelladora del Huila S.A).

²³ Artículo 23. *Deberes de los Administradores*. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.

no constituyen “un listado *numerus clausus* sino meramente indicativo que no excluye otras manifestaciones de dichos deberes abstractos” (Polanía Tello, 2012, p. 320), los cuales, por su lado, han sido elevados al rango de principios rectores de la actuación del administrador, tal como lo pone de relieve Cubillos Garzón (2008, p. 56), y se constata, además, en la Circular Externa No. 100-006 de 2008 de la Superintendencia de Sociedades. Por su parte, conforme lo subrayan Atkins, Gerber, Micheletti, Saunders y Reale (2020), el modelo del Estado Delaware contempla como deberes fiduciarios el deber de lealtad y de cuidado, de los cuales se desprenden los deberes de buena fe, de confidencialidad y de divulgación (p. 2), lo cual guarda cierta correspondencia con la previsión del legislador colombiano.²⁴

Debe anticiparse que en lo que sigue abundarán las referencias al régimen societario del Estado de Delaware, buscando sentar una suerte de parangón en lo tocante a la regulación de los deberes fiduciarios. Esto, debido a que, tal como lo señalan Franco Gómez y García Henao (2019) “gracias a su celeridad, flexibilidad y practicidad en materia de desarrollo societario, el estudio del *common law* bajo la visión del derecho comparado, se ha vuelto una necesidad en los países de influencia romano-germánica” (p. 6)

a. El deber fiduciario de buena fe

El deber de buena fe como principio de derecho se encuentra previsto en el artículo 83 de la Constitución Política, el cual dispone que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (...)”. En palabras de

4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.

5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.

6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.

7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.

²⁴ No está de más puntualizar que si bien en un principio los deberes fiduciarios de lealtad, cuidado y buena fe eran esgrimidos como una triada en el ordenamiento societario de Delaware, a semejanza del actual régimen colombiano, una mirada aguda sobre los pronunciamientos judiciales alusivos al desarrollo de estos deberes, advierte que el deber de buena fe se situaba solo de manera retórica a la par de los deberes de cuidado y lealtad, tal como lo detecta Furlow (2009, p. 1066). Dicho autor hace hincapié en que con ocasión del fallo *Stone v. Ritter* (2006), la Corte Suprema del Estado de Delaware establece terminantemente que el deber de buena fe no representa en sí mismo un postulado autónomo, sino un componente del deber de lealtad (p. 1067).

Reyes Villamizar (2016), el deber de buena fe “no es sino la consagración del conocido principio fundamental del derecho privado. De esta máxima de conducta parten, naturalmente, todos los demás deberes que asume el administrador de las sociedades.” (p. 699). Dicha apreciación es compartida por Polanía Tello (2012) en el sentido de que considera que los deberes de diligencia y lealtad, las conductas específicas positivizadas por el texto normativo, y las derivaciones lógicas no escritas, son en sí mismos, una concreción de la buena fe objetiva como categoría principalística (p. 319). En esta misma línea, Cubillos Garzón (2008) va un poco más lejos, para concluir, quizá con cierta radicalidad, que en el ordenamiento jurídico colombiano “la *fides bona* hace parte del mismo actuar del sujeto jurídico, por tanto, sobra el solo hecho de su mención” (p. 35). Al margen de esta última opinión, resulta irrefutable que el legislador se propuso imprimirle fuerza a dicho principio del derecho privado dentro del ámbito de la responsabilidad de los administradores sociales. Tal principio, según Polanía Tello (2012), representa una “herramienta universalmente reconocida y de invaluable utilidad para el juez”, en cuya simpleza y flexibilidad reside su ímpetu, en contraste con tendencias legislativas de tipificación excesiva, las cuales, paradójicamente, crean “el caldo de cultivo ideal para el fraude” (Polanía Tello, 2012, p. 296).

Persiguiendo la comprensión de este deber, se cita a la Superintendencia de Sociedades, la cual, mediante la Circular Externa No.100-006 de 2008, puntualiza que la buena fe exige que las actuaciones de los administradores sean “(...) legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio (...)”, a lo cual agrega que “(...) los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad, y de los negocios que esta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande (...)” (p. 2).

Por otro lado, en Polanía Tello (2012) se observa que de las conductas contempladas en el artículo 23 de la Ley 222 como deberes fiduciarios específicos, las tres primeras corresponden al deber de diligencia,²⁵ mientras que las restantes se tienen por proyecciones del deber de lealtad.²⁶ En lo que cabe al deber de buena fe en sentido estricto, la norma no refiere manifestaciones concretas, lo cual se juzga preciso atendiendo al siguiente razonamiento:

²⁵ (i) contribuir al adecuado desarrollo del objeto social; (ii) velar por el cumplimiento de la ley y de los estatutos, y (iii) velar por el cumplimiento de las funciones de la revisoría fiscal.

²⁶ (i) guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad; (ii) abstenerse de usar información privilegiada de forma indebida; (iii) tratar equitativamente a los socios y respetar el derecho de inspección, y (iv) abstenerse de incurrir en actos que impliquen competencia para la sociedad .

(...) no es viable ni deseable determinar forzosamente la concreción de una formulación tan abstracta pero a la vez con tanta fuerza normativa como la buena fe objetiva, de lo que resulta lícito concluir que constituyen violación de la buena fe aquellas conductas lesivas de los intereses de la sociedad y/o de sus socios, desplegadas por los administradores, y que no se puedan encuadrar en las previsiones dispuestas para los deberes de lealtad y de cuidado ni sean asimilables a derivaciones necesarias de aquel o de este. (Polanía Tello, 2012, p. 320).

Por su parte, en el contexto judicial del Estado de Delaware, que como es sabido, corresponde al más acabado ordenamiento corporativo en el derecho anglosajón, la sentencia “In re Walt Disney Company Derivative Litigation” (2005) arrojó luces sobre el alcance del deber de buena fe en su connotación fiduciaria. Al tenor de este fallo puede predicarse la mala fe del administrador cuando:

(i) se actúa con un *propósito* distinto al de favorecer los mejores intereses de la sociedad; (ii) se actúa con la *intención* de violar normas positivas, o (iii) se falla en el cumplimiento de claros deberes de conducta, demostrando un abierto y *consciente* desprecio por sus obligaciones. (Polanía Tello, 2012, p. 323).

Es relevante apuntar que de acuerdo con Polanía Tello (2012), la buena fe que rige en el ordenamiento societario colombiano corresponde a la buena fe objetiva (p.320), la cual opera como una regla de conducta propiamente dicha, mientras que, tal como se aprecia en el párrafo precedente, el deber de buena fe en el derecho societario estadounidense se contrae a la buena fe subjetiva, es decir, a un estado psicológico o de conciencia en el que se encuentra quien posea la convicción de que su actuación es ajustada a derecho. En otras palabras, consiste en la creencia sincera y razonable de que se actúa correctamente, tal como lo sostiene Furlow (2009) al referirse a la buena fe que aplica para el régimen societario norteamericano (p. 1069).²⁷ En cambio, la buena fe objetiva, en tanto regla de conducta, “(...) persigue que las partes se desenvuelvan con rectitud y con honradez tales que trasciendan la mera creencia abstracta y se concreten en actos positivos perfectamente exigibles por vía judicial” (Polanía Tello, 2012, p. 287).

²⁷“(...) it is an honest, faithful, sincere, and reasonable *belief* one is doing the right thing”.

Así pues, comprendiendo la naturaleza del deber fiduciario de buena fe en Colombia como principio de derecho privado, de corte objetivo y textura abierta, que propende por que las actuaciones de los administradores no adolezcan de vicio alguno, puede anticiparse que la formulación abstracta que lo caracteriza comporta una limitación para enmarcar de forma discernible un mandato concreto de sostenibilidad al interior del mismo. Por lo demás, se verá que su aplicación subsidiaria respecto de los deberes de diligencia y lealtad, conlleva a que el análisis de sostenibilidad por el que se aboga deba surtirse en primera instancia en el ámbito específico de aquellos.

b. El deber fiduciario de lealtad

El deber o principio de lealtad consiste en el compromiso del administrador con el cabal desarrollo del objeto social de la compañía, absteniéndose de valerse de su posición fiduciaria en beneficio de sus propios intereses, toda vez que, según lo previsto por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 “(...) sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta el interés de sus asociados”. Bajo este entendido, la Superintendencia de Sociedades en la Circular Externa No. 100-006 de 2008 definió la lealtad como un “actuar recto y positivo” a través del cual se persigue la satisfacción del objeto social de la empresa, evitando conflictos de intereses en los que los administradores puedan beneficiarse injustamente a expensas de la compañía o de sus socios (p. 42).

En esta línea, la Superintendencia de Sociedades, en sentencia del 30 de octubre de 2017 indicó, citando a Reyes Villamizar (2016, p. 705), que el deber de lealtad se concreta en obligaciones de acción u omisión, con miras a evitar actuaciones que supongan un conflicto de intereses con la sociedad, a proteger sus secretos y a respetar sus oportunidades de negocio, propendiendo por los mejores intereses de la misma (pp. 4-5). Consecuentemente, Franco Gómez y García Henao (2019) sostienen que “el deber de lealtad pretende evitar que se lleven a cabo acciones que no sean beneficiosas para la sociedad o que defrauden a esta” (p. 8).

También Franco Gómez y García Henao (2019) ponen de relieve que existe identidad en el concepto del deber de lealtad entre los ordenamientos del *common law* y del *civil law* (p. 36). Así, por ejemplo, en el derecho estadounidense, el deber de lealtad opera como una guía sobre lo que los administradores deben perseguir, esto es, el mejor interés de la compañía (Furlow,

2009, p. 1063).²⁸ Reyes Villamizar (2016) coincide al afirmar que: “el deber de lealtad implica, simplemente, la necesidad de que el administrador actúe en la forma que consulte los mejores intereses de la sociedad” (p. 704).

Con lo dicho, el principal supuesto de transgresión del deber de lealtad en la doctrina y jurisprudencia anglosajona consiste en el conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad administrada. Franco Gómez y García Henao (2019) identifican en su estudio cinco categorías operativas en el sistema jurídico estadounidense que sirven de criterios para predicar la existencia de un conflicto de intereses, y en consecuencia, la violación al deber de lealtad. Según estos autores, en sus fallos la Superintendencia de Sociedades se remite al derecho del Estado de Delaware para dilucidar las subcategorías principales de esta clase conflictos (p. 7), a saber:

i) los negocios en los que media interés particular del administrador, más conocido como *self-dealing*; ii) la usurpación de las oportunidades de negocio de la sociedad; iii) la determinación de remuneraciones excesivas; iv) la utilización o apropiación indebida de los bienes sociales, información de la sociedad o de su posición como administrador, v) en general, todo acto de competencia con la sociedad. (pp. 8-9)

En lo que refiere a la legislación colombiana, es relevante advertir que el numeral séptimo del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, prohibitivo de conductas constitutivas de conflicto de intereses, se tiene por una de las premisas específicas del deber general de lealtad.²⁹ Sobre el particular, la Superintendencia de sociedades afirma que:

[e]xiste conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y la sociedad, bien sea porque el interés sea del primero o

²⁸ De acuerdo con Furlow (2009), la buena fe describe el estado mental del administrador que actúe de conformidad con su deber de lealtad. En otras palabras, el deber de lealtad requiere que las decisiones del administrador sean adoptadas con la convicción honesta de que está consultando los mejores intereses de la compañía (p. 1063).

²⁹ El numeral séptimo del artículo 23 *ibídem* reza así: “[a]bstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas”.

En Sentencia No. 800-94 del 2 de octubre de 2017, proferida dentro del proceso iniciado por Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S en contra de Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanza, la Superintendencia de Sociedades determinó que “la participación de los administradores sociales, por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros en actos que impliquen competencia con la sociedad, en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, implica una violación a su deber de lealtad” (p. 12).

de un tercero. En este mismo sentido, se considera que existe un conflicto de interés si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada, así como cuando se presenten circunstancias que configuren un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido. (p. 45)

Reviste importancia mencionar que, en razón de la consagración general, o si se quiere, de textura abierta del deber fiduciario de lealtad –por oposición a un cuerpo de supuestos particulares de violación– recae en la interpretación de los jueces determinar las situaciones fácticas en las cuales este deber se considera transgredido. En ese sentido, R.C. Clark, doctrinante estadounidense de derecho corporativo, asevera que “(...) el deber fiduciario de lealtad es un concepto residual que podría incluir situaciones fácticas que nadie ha previsto ni clasificado aún. El deber general de lealtad permite, y de hecho ha permitido, una continuada evolución del derecho societario” (citado en Reyes Villamizar, 2016, p. 704).

Finalmente, resulta pertinente releer la expresión que reza “las actuaciones de los administradores deben adelantarse en interés de la sociedad, y de los asociados”, contenida en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, de la cual se colige que los administradores están llamados a defender ambos intereses, tal como ocurre en el sistema norteamericano. Sin embargo, en caso de rivalidad entre uno y otro, ha de primar el interés de la sociedad. Este razonamiento se plasma en la Circular Externa No. 100-006 de 2008 de la Superintendencia de Sociedades, de la siguiente forma:

Al respecto el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 reitera el deber de lealtad y expresa que las actuaciones de los administradores deben adelantarse en interés de la sociedad, y de los asociados, resultando claro que si los intereses de los socios se apartan de los fines de la empresa, aquellos deben ceder a los de esta.

Según lo hasta aquí expuesto, el deber de lealtad persigue la priorización del mejor interés de la compañía, coincidiendo en esto el régimen colombiano y estadounidense. Tales ordenamientos convergen, asimismo, en la interpretación según la cual este deber se concreta en el ámbito del conflicto de intereses, es decir, cuando se configura una inversión en la primacía de los mismos, colocando el administrador su interés personal sobre el interés de la sociedad y sus asociados. Como se analizará posteriormente, el hecho de que la infracción al deber de lealtad, en los términos reseñados, se materialice generalmente en actos de

competencia con la persona jurídica, obstaculiza conceptualmente la justificación de consideraciones de sostenibilidad con fundamento exclusivo en este deber.

c. El deber fiduciario de diligencia

En lo que respecta al principio o deber de diligencia, es menester anotar que su contenido se determina en función del patrón del buen hombre de negocios. Así, según lo indica la Circular Externa No. 100-006 de 2008 y el Oficio No. 220-015163 de 2013 de la Superintendencia de Sociedades, la conducta aplicable al administrador social se compadece con el obrar de un buen hombre de negocios, lo cual se concreta en el cuidado que guardaría un profesional o un comerciante en relación con sus propios asuntos, de manera que su actividad debe ser siempre oportuna y cuidadosa.

Al respecto, la Circular Externa en comento señala que la diligencia que se espera del administrador social trasciende la ordinaria, por cuanto la ley le impone una gestión profesional, caracterizada por el compromiso en la solución de los problemas, el aprovechamiento de las oportunidades, el análisis de la información contable de la empresa y por el diagnóstico de las perspectivas de negocios (2008, p. 2). Ello supone un mayor esfuerzo y exigencia para los administradores societarios en la protección de los intereses patrimoniales de la empresa, con lo cual se supera el estándar propio del artículo 2434 del Código Civil, alusivo al buen padre de familia.

Reyes Villamizar (2016) aduce como razón de la variación del patrón de conducta que “mientras que la actividad empresarial está ligada a la asunción de riesgos, las circunstancias de la vida familiar a las que está expuesto el padre de familia están más bien relacionadas con la prevención del riesgo” (p. 701). De esta manera, comprendiendo el rol especial que detenta el administrador social, Polanía Tello (2012) asevera que es propio de dicho sujeto actuar “(...) atendiendo patrones estrictos de profesionalismo, asumiendo riesgos impensables para un prudente *pater familias* y soportando unas cargas de información y de astucia que corresponden a una racionalidad económica diferente de la que resulta esperable de este” (p. 318). En consonancia con lo anterior, Reyes Villamizar (2016) sostiene:

El enfoque de la Ley 222 de 1995 comprende un modelo más exigente desde el punto de vista profesional. Así, las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben cumplir con una particular diligencia que representa una forma de actuar, propia de personas de las

técnicas de administración. Se trata, pues, de un patrón de conducta más estricto, que trae consigo una evaluación seria e informada de las principales opciones de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones (p. 701).

Coincide Delgado Londoño (2018) al afirmar que el criterio del buen hombre de negocios “ha estado asociado generalmente a la asunción consciente de riesgos contando con información suficiente, y a la actuación profesional” (p. 119). Consecuentemente, Reyes Villamizar (2009) advierte que bajo este patrón de conducta es esperable que los administradores sociales asuman riesgos de negocios, toda vez que estos son consustanciales a la actividad económica, por lo cual resulta desproporcionado reprimir o penalizar conductas que impliquen riesgos empresariales solo por el hecho de asumirlos. Lo anterior, de ningún modo se traduce en la permisión para la asunción irresponsable de contingencias, tal como lo enfatiza dicho autor (p.154). Este razonamiento, por ejemplo, fue recogido por el Laudo del 4 de abril de 2017, proferido por el Tribunal Arbitral bajo el reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá al juzgar que “(...) no resulta razonable hacer a los administradores responsables de las consecuencias lesivas generadas de la toma de una decisión de negocios en particular, si se demuestra que la determinación fue adoptada con la debida diligencia” (p. 101).

En este orden de ideas, la referida asunción de riesgos empresariales ha de acompañarse con el principio de diligencia, de manera tal que “[l]os administradores deben poner todo su empeño para lograr que las decisiones administrativas sean adoptadas con pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que se relacionan con ellas” (Reyes Villamizar, 2009, p. 154). En ese sentido, los resultados negativos desde una óptica económica no acarrearán responsabilidad para los administradores, siempre y cuando su gestión haya sido suficientemente informada. Al respecto, en el Laudo del 3 de mayo de 2013, emitido bajo el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, se manifestó que la existencia del patrón del buen hombre negocios, con todo y su profesionalismo, no conduce a la exigencia de resultados específicos de gestión “(...) ni mucho menos, a concluir que el administrador adquiere la obligación de obtener resultados económicos determinados” (pp. 33 y s). Similarmente, Arias Barrera et al. (2009), sostienen que el deber de diligencia no formula al administrador la exigencia de anticiparse e incluso superar el aleas económico intrínseco a la actividad comercial, sin embargo, sí está llamado a poner todo su empeño y desplegar toda su experticia y conocimiento para propender por un resultado favorable en términos económicos (p. 7).

A este punto resulta útil la distinción que recapitula el Laudo del 4 de abril de 2017, emitido bajo el reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá, según el cual “la responsabilidad de los administradores para obrar como buen hombre de negocios entraña, en algunos casos obligaciones de resultados, y en otros, obligaciones de medios” (p. 101). El óptimo desempeño económico de las compañías, como objetivo esgrimible, no impondría, pues, una obligación de resultados en cabeza del administrador.³⁰ De este modo, el Tribunal Arbitral califica como obligaciones de medios aquellas relacionadas con los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social y las que se derivan frente a las decisiones en materia de negocios.

En ese ámbito cobra relevancia la obligación específica de información en desarrollo del deber de diligencia. En efecto, la Circular Externa No. 100-006 de 2008 de la Superintendencia de Sociedades subraya que la diligencia lleva implícitos ciertos deberes, tales como:

(...) el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas. (p. 42)

En concordancia con lo señalado, conviene indicar que la jurisprudencia del Estado de Delaware ha desarrollado un concepto de derecho societario que ha devenido cardinal en el régimen norteamericano de la responsabilidad del administrador, y que un número creciente de legislaciones foráneas incorporan como principio orientador, a saber, la *business judgment rule*, o la regla de discrecionalidad por su traducción al español, en virtud de la cual se protege la autonomía de los administradores sociales a la hora de tomar decisiones estratégicas de

³⁰ Las siguientes son ejemplos de obligaciones de resultados en cabeza del administrador: 1) velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias 2) guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad 3) abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada. 4) dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos 5) abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses (Centro de Arbitraje de la Cámara de comercio de Bogotá, 2017, p. 101).

Es importante anotar que la calificación como obligaciones de resultados de expresiones típicas del deber general de lealtad, como se aprecia en el párrafo anterior respecto de los numerales segundo, tercero, cuarto, y quinto, pone de manifiesto que el buen hombre negocios representa, conforme lo afirman algunos y en ese sentido lo implica el Tribunal Arbitral en el Laudo del 4 de abril de 2017, el modelo abstracto con el cual se compara al administrador societario, sin entrar a diferenciar sus deberes de lealtad y diligencia (Delgado Londoño, 2018, p. 74 y 153).

Ahora bien, específicamente dentro del ámbito del deber de diligencia, las siguientes son obligaciones de resultados del administrador: llevar la contabilidad en debida forma, citar a asambleas, y rendir informes de gestión, por dar algunos ejemplos.

negocio, siempre y cuando estas respondan a un juicio prudente (Reyes, 2016, p. 702). Al respecto, Castro expone que:

Muchas veces, en el desarrollo de la empresa social, resultan pérdidas o perjuicios para la sociedad como consecuencia directa o indirecta de decisiones tomadas por los administradores, pérdidas que son, finalmente, un riesgo inherente a la vida de los negocios. Si estas decisiones o medidas son adoptadas de buena fe, y en uso de buen juicio por parte de los administradores, las Cortes no entran a cuestionarlas como violatorias del deber de cuidado. Esta sana actitud de los tribunales bajo el *common law*, que respeta la independencia y criterio de los administradores en cumplimiento de su encargo, ha sido llamado la regla de la discrecionalidad. (citado en Reyes, 2016, p. 703)

La regla en comento, que es de cuño jurisprudencial en el seno del derecho estadounidense, y pese a no ser allí objeto de regulación positiva alguna, puede, no obstante, encontrarse en los “Principles of Corporate Governance ALI”, cuya sección 4.01(c) se ocupa de enmarcar el alcance de la misma. De acuerdo con la lectura que realiza Sabogal Bernal (2012) de este documento, los administradores sociales satisfacen a cabalidad su deber de diligencia siempre que las determinaciones empresariales se adopten de buena fe y cumpliendo con las siguientes condiciones: i) que no medie un interés personal del administrador en la decisión; ii) que esta haya sido adoptada contando con información suficiente; y iii) que racionalmente se pueda considerar que el administrador actuó consultando los mejores intereses de la sociedad. Así pues, en la medida en que la conducta (activa u omisiva) del administrador observe los anteriores presupuestos, la doctrina y jurisprudencia estadounidenses dictaminan que no procede la revisión judicial del fondo de la decisión respectiva, y que, en consecuencia, no podrá atribuírsele responsabilidad al administrador, salvo que su conducta caiga dentro de la irracionalidad (p. 113).³¹

Sobre la compatibilidad del régimen colombiano de responsabilidad de los administradores y la implementación de la regla de discrecionalidad, la doctrina nacional se encuentra dividida.³² Al margen de esta discusión, que ciertamente excede del objeto del presente trabajo, no puede

³¹ La jurisprudencia de Delaware delimitó que una decisión es razonable si: i) la decisión no se contraponen abiertamente al interés de la sociedad, y ii) guarda una cierta proporcionalidad entre el riesgo asumido y los beneficios esperados (Sabogal Bernal, 2012, p. 112).

³² No está de más referir al Proyecto de Ley 231 de 2017, que de haber prosperado, posiblemente habría terminado con la discusión. En este se proponía la flexibilización y modernización del régimen societario en Colombia, en cuyo mérito se pretendía, entre otras cuestiones, positivizar la regla de discrecionalidad, ordenando a los jueces respetar el criterio de los administradores en la toma de decisiones, bajo el requisito de que estas resulten de un juicio razonable y dotado de información suficiente. Este proyecto fue archivado tras su primera ponencia.

desconocerse que la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades ha invocado la regla de discrecionalidad en numerosas ocasiones,³³ ya sea explícita o implícitamente, en sede de acciones de responsabilidad contra los administradores.

Ilustrativamente, en Sentencia No. 800 – 85 del 8 de julio de 2015, la Delegatura hizo énfasis en que el régimen de responsabilidad de los administradores societarios tiende a armonizar dos postulados: por un lado, los deberes a los cuales están sometidos en la defensa de los intereses patrimoniales de la persona jurídica, y por el otro, la autonomía que también les asiste en la conducción de los negocios sociales, de cuyo equilibrio nace la regla de la discrecionalidad. En virtud de esta, los jueces se abstienen de realizar un escrutinio de las determinaciones adoptadas por los administradores, favoreciendo que los mismos gocen de suficiente discreción para la asunción de riesgos empresariales, con lo cual se elude un juicio *a posteriori* de los eventuales resultados negativos.

De forma análoga, en el Laudo del 04 de abril de 2017, emitido bajo el reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, se destaca que en aplicación de la *business judgement rule* los jueces evitan inmiscuirse en el análisis económico de las decisiones de negocio, sujetas a discrecionalidad empresarial, siempre que se satisfaga el estándar de diligencia propio de un ordenado empresario. Esto se predica 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” (p. 106).

Tras lo dicho, aunque la asunción de riesgos se tenga por inherente a la actividad empresarial, resulta fehaciente que en todo caso los administradores deberán regirse por el principio de diligencia que manda adoptar las decisiones con pleno conocimiento e ilustración sobre las circunstancias que puedan influir en ellas. Así pues, la postura que acepta la vigencia de la regla de discrecionalidad en el ordenamiento colombiano no se opone a la anterior afirmación, por cuanto establece que las decisiones de los administradores societarios podrán ser escrutadas

³³ Delgado Londoño (2018) identifica aquellos pronunciamientos judiciales en los que la Superintendencia de Sociedades emplea la regla de discrecionalidad, haciendo referencia a los requisitos para que opere o a sus implicaciones: Superintendencia de Sociedades, 800-052, 2014; Superintendencia de Sociedades, 801-050 (800-052), 2016; Superintendencia de Sociedades, 801-072, 2013; Superintendencia de Sociedades, 801-034, 2014; Superintendencia de Sociedades, 800-085, 2015; Superintendencia de Sociedades, 801-050 (800-052), 2016; Superintendencia de Sociedades, 800-035, 2017; Superintendencia de Sociedades, 800-094, 2017.

De igual modo, Delgado Londoño compendia algunos laudos donde se desarrolla la regla de discrecionalidad, incluyendo los siguientes: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, 2013; Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, 1997; Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2017.

judicialmente cuando no resulten de un criterio razonable, o cuando su adopción no tenga fundamento en información suficiente. Con estos apuntes en mente, se anuncia que el deber fiduciario de diligencia puede proveer un sustrato jurídico para consideraciones de sostenibilidad, como más adelante se desarrolla.

IV. Régimen de responsabilidad civil de los administradores sociales

A continuación, se realizará un breve recuento de las notas distintivas del régimen de responsabilidad civil de los administradores a la luz de la Ley 222 de 1995, contentiva del Estatuto de los Administradores Societarios, con el objetivo de aclarar bajo qué presupuestos jurídicos y a través de qué medios un administrador puede ser responsabilizado por los perjuicios que genere con ocasión del incumplimiento de sus deberes. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que también pueda caberles como producto de un actuar contrario a estos.

Desde ya, puede anticiparse que el régimen *sub examine* se explica a través de un sistema de responsabilidad por el hecho propio, y de un sistema subjetivo, en tanto requiere de un factor de imputación basado en el reproche a la conducta. Además, tal como lo refiere Reyes Villamizar (2016), la responsabilidad imputable a los administradores puede ser tanto de naturaleza contractual como extracontractual (p. 720), distinción que a nivel doctrinal se estima intrascendente, dada la especialidad de este régimen, considerado por un sector mayoritario como uno de responsabilidad profesionalizante, según lo observa Delgado Londoño (2018), en el que la forma de responder no difiere en tratándose de eventos de responsabilidad contractual o extracontractual.³⁴

³⁴ Al respecto, Delgado Londoño (2018) advierte que doctrinantes como Gil Echeverry (2015) consideran que sea que se trate de un evento de responsabilidad civil contractual o extracontractual, la Ley 222 de 1995 consagra un régimen especial para todos los posibles escenarios de responsabilidad civil del administrador societario. A su vez, para un sector mayoritario, la insignificancia de la discusión atiende a que en todo caso se está ante una responsabilidad civil *profesional*. (p. 52-53). Como partidarios de esta postura, Delgado Londoño (2018) cita a los siguientes: Londoño Arango (2007), Reyes Villamizar (2013), Pinzón Sánchez (2000), Polanía Tello (2012), Gil Echeverry (2015), Uribe Lozada, (2013), (Escobar López y Molina Correa (2017).

Los administradores serán responsables por los perjuicios que por dolo o culpa causen a la sociedad, a los socios o a terceros, respondiendo de forma solidaria e ilimitada, conforme lo reza el artículo 24 de la Ley 222 de 1995. “Bastará, entonces, con que se compruebe que hubo culpabilidad, daño y relación de causalidad para que se imponga responsabilidad solidaria a todos los administradores que participaron en la toma de la decisión respectiva o que la ejecutaron”, según lo expresa Reyes Villamizar (2009, p. 720).

En esta línea, Arias Barrera et al. (2009) anotan que, además de acreditar el daño ocasionado, debe atribuírsele al sujeto un hecho contrario a derecho, probando el nexo de causalidad entre el daño y el obrar negligente. Dichos autores razonan que este último elemento se materializa con el incumplimiento de los deberes de gestión. Al respecto, mencionan que “[e]l fundamento de la responsabilidad de un administrador es el incumplimiento de uno o algunos de los deberes fiduciarios, en donde indefectiblemente media la culpa o el dolo (...)” (p. 7).

Es de advertir que al tenor de la Ley 222 de 1995 se excluyen los pactos mediante los cuales se limite o exonere la eventual responsabilidad de los administradores,³⁵ que la norma consagra causales de exoneración,³⁶ y que en los casos previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 24 *ibídem* se presume la culpa del administrador³⁷. El texto legal también establece que cuando la administración esté a cargo de una persona jurídica, la responsabilidad se reputará solidaria entre esta y su respectivo representante legal, quien es, en efecto, el sujeto sobre el cual recaen las funciones de administración.

Como medios procedimentales para hacer efectiva la responsabilidad civil de los administradores, el ordenamiento jurídico colombiano prevé dos vías, a saber, la acción individual de responsabilidad y la acción social de responsabilidad, la primera de las cuales se

³⁵ El inciso sexto del artículo 24 *ibídem* dispone: “[s]e 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.”

En concepto de Reyes Villamizar (2016) esto no riñe con la posibilidad de que el administrador se ampare con pólizas de seguros, las cuales no desvirtúan el carácter “ilimitado” de su responsabilidad (p. 721).

³⁶ El inciso segundo *ibídem* reza: “[n]o 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”.

³⁷ Inciso tercero *ibídem*: “[e]n los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador”.

Inciso cuarto *ibídem*: “[d]e 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”.

desprende del texto de la norma sustancial (Reyes Villamizar, 2016, p. 724), al tiempo que la segunda consiste en una novedosa incorporación de la Ley 222 de 1995, estatuida en el artículo 25. En las próximas líneas se hace una caracterización sucinta de las mismas.

La acción individual de responsabilidad puede ser ejercida por cualquier individuo, llámese socio o tercero, que haya sufrido un perjuicio con ocasión de la actuación de los administradores, reclamando la reparación del daño irrogado directamente sobre sí. Al respecto, Alcalá Díaz (citado en Reyes Villamizar, 2016) señala que esta acción individual “(...) no pretende la reintegración del patrimonio social, porque no es este el lesionado, sino el resarcimiento de los daños directos que socios o terceros puedan sufrir (...)” agregando que “[a] fin de que los legitimados para interponer la acción puedan ejercitarla, los daños cuyo resarcimiento se pretende han de ser directos y no derivados de los que hubiera podido sufrir el patrimonio social” (p. 725).

Por su parte, la acción social de responsabilidad persigue la reconstitución del patrimonio de la sociedad cuando este ha sido diezmado por la acción u omisión de sus administradores. Una lectura de su consagración normativa permite extraer rasgos como lo siguientes: a) corresponde a la sociedad; b) requiere la determinación del máximo órgano social acogida por mayoría simple; c) la decisión puede tomarse en cualquier tipo de reunión, aunque no conste en la agenda del día; y d) acarrea la remoción automática del administrador, por mencionar algunos (Reyes Villamizar, 2016, p. 725-726).³⁸

³⁸ Para mayor elucidación, véase el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, el cual se refiere a esta acción en los siguientes términos: “[I]a acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por los menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social. La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.

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

V. Sostenibilidad en el deber fiduciario de diligencia

La presente sección versa sobre la exigibilidad de la sostenibilidad en las personas jurídicas derivada del deber fiduciario de diligencia de los administradores sociales. Sobre el particular, se argumenta que para estos sujetos se hace obligatoria la inclusión de análisis de sostenibilidad, lo cual se acomete bajo dos lentes distintos: por un lado, la asunción prudente y razonada de los riesgos empresariales como precepto de actuación prudente, y por el otro, el *risk management* o gestión de riesgos como técnica administrativa que modifica la *lex artis* del administrador.

a. La asunción prudente y razonada de riesgos

Autores como Kong, Lartey, Bah, y Biswas (2018) ponen de relieve que todas las empresas, sin excepción, enfrentan riesgos, que pueden presentarse en una multiplicidad de formas, y provenir de fuentes tanto internas como externas. (p. 3). De manera sintética, el “riesgo” puede definirse como el “efecto de la incertidumbre sobre los objetivos” (ISO 31000, 2018, 3.1).

Resulta aquí de sumo valor volcar la mirada sobre la demarcación del lugar que ocupan las empresas en la sociedad, y es que tal como lo reconoce Sánchez Jiménez (2015), con asidero en el pensamiento de Archi Carroll (1979) “la empresa se articula dentro de la relación entre las diversas instituciones que integran el contexto social” (p. 132). En esta misma línea, el premio Nóbel de economía, Joseph Stiglitz, resalta la interrelación directa entre el desarrollo de las sociedades y el crecimiento económico de las empresas (Sánchez Jiménez, 2015, p. 130). Así, las compañías se insertan en relaciones de co-determinación con las comunidades y ecosistemas en los que operan, repercutiendo materialmente en el bienestar de estos, al tiempo que la suerte de su entorno incide en su propio desempeño económico.

De esta comprensión emerge la premisa de administración según la cual los socios y otros proveedores de capital financiero no son la única audiencia importante para las compañías, toda vez que estas necesitan interactuar con distintos grupos de interés³⁹. De ahí que los

³⁹ Dicho planteamiento marcha en consonancia con la teoría de los *stakeholders* propuesta por Edward Freeman (1984), la cual pone de manifiesto que la relación de la empresa con la sociedad es de signo bidireccional, toda vez que en la consecución de los objetivos empresariales ejercen importante influencia los distintos grupos de interés, los cuales, a su vez, se ven afectados por las decisiones de las empresas, según lo expone Sánchez Jiménez (2015, p.136). Este autor, además, afirma que “[e]l modelo de los *stakeholders* se encuentra en la actualidad

administradores estén llamados a definir las audiencias significativas, lo cual permite identificar qué asuntos son “materiales” o relevantes para las compañías en función de su capacidad de afectar la creación de valor, tal como lo explican Eccles y Youmans (2016, p. 40 y 43).⁴⁰ De hecho, estos autores observan que en el derecho anglosajón “(...) determinar la materialidad bien podría describirse como la esencia del deber fiduciario de los miembros de junta directiva, quienes fungen como supervisores de la administración de la corporación”(p. 41)⁴¹. Sobre el particular, Colin Mayer, profesor de la Universidad de Oxford, advierte que el juicio de un miembro de junta directiva debe estar informado por un agudo sentido del contexto social en el que opera la compañía (citado en Eccles & Youmans, 2016, p. 40).

En concreto, la determinación de la materialidad, de acuerdo con el International Integrated Reporting Council (IIRC), se lleva a cabo mediante la identificación de los diversos asuntos que puedan comportar una afectación sustancial a la estrategia de la compañía, su modelo de negocio o a sus activos (2013, p. 2); asuntos que se corresponden con los intereses de las audiencias significativas (Eccles & Youmans, 2016, p. 42). La materialidad, entonces, se encuentra estrechamente ligada al concepto de riesgo. Así, bajo la conceptualización ofrecida por PGS Advisors International (2013), la materialidad tendría por objetivo escrutar los problemas sociales, ambientales, entre otros, que presentan riesgos u oportunidades para cada compañía en específico.

De esta manera, que las empresas se desenvuelven tanto en el plano de lo económico, como lo social y lo ambiental, sumado a la conciencia moderna respecto de esta situación, conduce a que se detecten diversos riesgos antaño subestimados, que afectan la productividad empresarial, entre los que pueden enumerarse el cambio climático, el uso de los recursos naturales, los derechos humanos y relaciones laborales, las interacciones con las comunidades, así como la manera en que las empresas se gobiernan a sí mismas en aras de la transparencia,

incorporado de forma destacada a la literatura de administración de empresas, conformándose como la piedra angular de una gran cantidad de obras sobre la gestión estratégica de negocios” (p. 136).

Stakeholder, audiencia significativa, y grupo de interés se emplean como sinónimos. Según la definición clásica elaborada por Freeman (1984, citado en Friedman & Miles, 2006) *stakeholder* es cualquier grupo de individuos que pueda afectar o verse afectado por el logro de los objetivos de determinada compañía (p.1). Los grupos de interés más comúnmente reconocidos por la literatura son: socios, clientes, proveedores, distribuidores, empleados, inversionistas y comunidades locales.

⁴⁰ Cabe anotar que Robert G. Eccles es profesor de Harvard Business School, y quizá el más prominente experto en temas de sostenibilidad corporativa en la actualidad, de acuerdo con la presentación que de él hace la Universidad de Oxford. Para más información, consúltese el siguiente link: <https://www.sbs.ox.ac.uk/about-us/people/robert-g-eccles>

⁴¹ “Indeed, determining materiality could well be described as the essence of directors’ fiduciary duty as overseers of the management of the corporation”.

entre otros. Tales cuestiones, lejos de formar una lista taxativa, se agrupan en lo que hoy por hoy recibe el nombre de factores ambientales, sociales y de gobierno –ASG o ESG por sus siglas en inglés– los cuales están orgánicamente alineados con la sostenibilidad. En efecto, según lo describe Hill (2020), el análisis de sostenibilidad en el ámbito institucional se canaliza a través de los factores ASG (p. 45). En consecuencia, estos denotan los riesgos que comportan un enfoque de sostenibilidad al interior de las compañías.

Con el ánimo de brindar mayor claridad sobre el tipo de riesgos que se designan bajo la nomenclatura ASG, se recurre a Moreno García (2019), el MSCI (2019),⁴² Sørensen y Pfeifer (2011), cuya visión se estima esclarecedora. De acuerdo con los citados, el pilar ambiental hace referencia a los efectos que se desprenden de la aceleración del cambio climático (vulnerabilidad física y productiva, regulación de las emisiones de gases de efecto invernadero, el precio del carbono, requisitos de eficiencia energética, etc), la contaminación, el tratamiento de desechos, y el uso de los recursos naturales (estrés hídrico, biodiversidad y destinación del suelo, abastecimiento de materias primas, etc). Por su parte, en el aspecto social se contemplan las condiciones laborales a las que se somete el capital humano de las compañías (derechos humanos, estándares laborales en las cadenas de suministro, seguridad en los puestos de trabajo, etc), la responsabilidad por defectos o seguridad de los productos, y la relación con las comunidades locales. El último enfoque, de gobierno, engloba las temáticas de ética y gobierno corporativo, tales como equidad de género, corrupción, transparencia fiscal, derechos de los asociados, así como la armonización de las expectativas de los distintos *stakeholders*.

En este contexto, las compañías han llegado a reconocer el impacto que ejercen los problemas de sostenibilidad sobre sus cadenas de producción y grupos de interés, según lo reconocen Fink y Whelan (2016, citados en Manab & Aziz, 2019, p. 1). Es bajo este entendido que Wijethilake y Lama (2019) sostienen que los riesgos ASG afectan continuamente el crecimiento sostenible de las empresas (p. 1).

Con base en lo expuesto, se pasa a formular las repercusiones de lo hasta ahora anotado en sede del deber de diligencia del administrador en Colombia. Para ello es menester advertir que la normatividad colombiana le impone al administrador una conducta específica en relación con el riesgo. A continuación, se transcribe un argumento de Uribe Lozada (2013, citado en Delgado Londoño 2018) que permite vislumbrar este punto:

⁴² Morgan Stanley Capital Investment

La Ley 222 de 1995 conserva la tradición de patrones abstractos de conducta, pero reemplaza el criterio clásico del buen padre de familia por el del buen hombre de negocios, lo que implica, *no sólo prevenir riesgos, sino analizarlos y asumirlos en forma razonable y prudente (...)*. (p. 78) (énfasis fuera de texto original)

Así pues, la conducta que se espera del administrador a la luz del deber de diligencia abarca la consideración de los riesgos que permean la actividad económica. Ello, partiendo del entendido de que “la dirección y administración empresarial están vinculadas de manera fatal a la asunción consciente y ponderada de riesgos”, tal como lo recuerda Londoño Arango (2007, p. 8). Dicho autor sostiene que la actuación del administrador en este frente debe ser considerada al momento de evaluar su conducta a efectos de juzgar su responsabilidad.

En consecuencia, si tras lo descrito resulta fehaciente que entre los riesgos que reclaman la atención de los administradores societarios figuran aquellos relacionados con temas ambientales, sociales y de gobierno, y que como se vio, el deber de diligencia comulga con la asunción de riesgos siempre y cuando esto se haga de forma meditada y razonada, se sigue, entonces, que el administrador social, en la evaluación seria e informada de las principales opciones de las que dispone deba analizar los factores ASG como variables que afectan el valor de las operaciones. Si bien es cierto que el peso de tales cuestiones varía en función de las circunstancias específicas, lo cual se opone a formulaciones en abstracto, la tesis que aquí se defiende aboga por la inclusión de estas consideraciones en el proceso de toma de decisiones, caso en el cual el juicio se estimaría prudente, al margen del contenido o resultado de la decisión que finalmente se adopte en una situación particular.

De obrar así, el administrador estaría empleando todo su empeño para lograr que las determinaciones administrativas sean acogidas con pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que se relacionan con las mismas, lo cual, según Reyes Villamizar (2009 p. 154), satisface el deber de diligencia. Esto último corresponde a lo que Polanía Tello (2012) denomina “cargas de información” consecuentes con la especial racionalidad económica que se predica del administrador (p. 318), de modo que la identificación y consideración de los riesgos ASG asociados a una determinada decisión de negocio realiza el deber específico de informarse suficientemente de la mano de agotar un procedimiento de decisión adecuado.

Así pues, a la luz de este razonamiento no pretende significarse que el administrador social deba en todo caso actuar conforme lo dictan los postulados de la sostenibilidad, sino que se afirma que, dentro del proceso de toma de decisiones, en el que se enfatiza su deber de informarse con suficiencia, este está llamado a considerar factores ambientales, sociales y de gobierno en la prefiguración de su decisión, con independencia de que estos se reflejen efectivamente en la determinación final.

b. La gestión de riesgos en la *lex artis*

Como punto de partida ha de decirse que lo que significa ser un buen administrador cambia inexorablemente con el paso del tiempo, de la mano de las actualizaciones teóricas en las ciencias de la administración. Expresado de otra manera, la *lex artis* del administrador, entendida como el conjunto de reglas técnicas a las que debe de ajustar su actuación, no es de modo alguno estática en su contenido, sino que muta en razón de los avances que se logren en este campo del saber.

En años recientes, la gestión de riesgos o en inglés *risk management*, como técnica de administración, ha adquirido gran aplicabilidad en el manejo interno de las compañías, por cuanto constituye una herramienta analítica para la toma de decisiones estratégicas, cuya principal contribución estriba en la minimización de las incertidumbres propias de las operaciones societarias, y en el ejercicio de un mejor control sobre las mismas, de acuerdo con Hopkin (2018, p. 62). La Guía ISO 31000, por su parte, la define como el conjunto de “[a]ctividades coordinadas para dirigir y controlar una empresa en relación con el riesgo” (2018, sección 3.2). Dentro de este enfoque, las actividades de gestión de riesgos se conciben con el objetivo de alcanzar el mejor resultado posible, reduciendo la volatilidad o incertidumbre presente en su consecución (Hopkin, 2018, p. 55).

Puede decirse, entonces, que esta aproximación busca, en últimas, maximizar el retorno de las empresas mediante estrategias de mitigación y control del riesgo. Así, tras la identificación de los riesgos materiales a los que se halla expuesta una compañía, se sigue la gestión de los mismos. Esto último, tal como plantea Antoncic (2019), puede darse a través de la implementación de controles que mitiguen la exposición al riesgo, o disminuyendo la contribución de la compañía en la gestación del mismo (pp. 210-211). Para Jankensgård (2019)

este es un procedimiento que supone un involucramiento directo de los administradores en una visión holística del negocio y su interacción con los riesgos que lo rodean (p. 565).

Como consecuencia de esta realidad, Shaltegger (2011) asevera que la consideración y gestión de los factores de sostenibilidad robustece la actividad gerencial, puesto que sus elementos son determinantes para el éxito financiero de una compañía por vía de las repercusiones directas o indirectas en sus condiciones de operación (pp. 16-17). Tales factores plantean tanto desafíos como oportunidades que reclaman ser abordados dentro de una estrategia de gestión de riesgos, en la medida en que requieren de una evaluación crítica orientada a la administración de los mismos. Ello, con miras a lograr los objetivos empresariales a largo plazo, según lo apuntan Manab y Aziz (2019, p. 1).

Es preciso reparar en que la consideración de análisis de sostenibilidad en la gestión de los administradores puede materializarse desde dos enfoques. En primer lugar, como plantean Sherwood y Pollard (2018), los factores ASG se utilizan como criterios de selección en los procesos de debida diligencia para que, junto con los demás criterios propios de este tipo de análisis, fundamenten decisiones de destinación de recursos (pp. 58-99). Tener en cuenta los factores ASG en estos procesos conlleva ascender la valoración de las alternativas que mejor se desempeñan en términos de sostenibilidad, aumentando su posibilidad de resultar seleccionadas, o excluir a las que no lo hagan. En segundo lugar, las compañías han empleado los pilares ASG para evaluar su propia gestión en sostenibilidad, y mejorarla en concordancia, de acuerdo con Sroufe y Gopalakrishna-Remani (2019, p. 335).

En este orden de ideas, Anderson (2006, citado en Wijethilake & Lama, 2019) afirma que la gestión de riesgos constituye un requerimiento esencial para el desarrollo sostenible de las compañías, comoquiera que su ausencia puede acarrear consecuencias negativas en términos de ventaja competitiva y de supervivencia a largo plazo (p. 143). En esta línea, el World Business Council for Sustainable Development (WBCSD), conjuntamente con el Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO), llaman la atención sobre el panorama en evolución de los riesgos ASG al que actualmente se enfrentan las compañías en todo el mundo, así como sobre la evidencia de que tales riesgos son plenamente aptos para

afectar la rentabilidad, el éxito, las ganancias, e incluso la supervivencia de las empresas (2018, p. 1).⁴³

Consecuentemente, Kong et al. (2018) arguyen que una estrategia responsable que propenda por preservar la vigencia de las compañías en el mercado, deberá gestionar los factores de riesgo que emanan de la interrelación entre empresa y entorno, así como de fuentes internas (p. 6); y razón les asiste, ya que, tal como lo razona Tsoutsoura (2004), la adopción de estrategias de gestión de riesgos disminuye la probabilidad del acaecimiento de eventos negativos desde el punto de vista del rendimiento financiero de las compañías. De manera puntual, esta autora señala que bajo este enfoque, se neutralizan riesgos tales como la imposición de multas por contaminación, la litigiosidad con los grupos de interés, y afectaciones a la reputación, por mencionar solo algunos (p. 6).

Por su parte, autores como Lenssen, Dentchev y Roger (2014) insisten en que la gestión de riesgos (*risk management*) constituye una responsabilidad de cualquier ejecutivo y miembro de junta directiva de cara a la mitigación de los riesgos que rodean la actividad económica (p. 673). Asimismo, Anderson y Anderson (2009), comulgan con la idea de que el contenido de la prudencia exigible al administrador se ha transformado con fundamento en la evidencia disponible sobre los efectos positivos de una gestión que identifique, analice y controle los riesgos provenientes de los factores ASG (p. 31).

Aunado a lo anterior, Blackburn (2007) subraya que la identificación y gestión de riesgos de sostenibilidad ha dejado de ser meramente un asunto de “buena administración”. El autor fundamenta su afirmación en instrumentos de carácter vinculante, como lo son el Código de Gobierno Corporativo en Reino Unido,⁴⁴ y el Sarbanes-Oxley Act en Estados Unidos,⁴⁵ los cuales exigen, a modo de obligación legal, un papel más activo por parte de las juntas directivas

⁴³ Esto consta en la Guía “Enterprise Risk Management: Applying enterprise risk management to environmental, social and governance-related risks” publicada en el 2018 por el COSO y el WBCSD.

Se resalta que desde la publicación del Marco Integrado de Control Interno en 1992 por el COSO, que proporciona directrices para la gestión de riesgos empresariales, esta entidad ha sido tan coherente como influyente en la promoción de la toma de conciencia sobre los diversos riesgos que rodean la actividad empresarial (Kong et al., 2018, p. 6 y 13)

⁴⁴El Código de Gobierno Corporativo del Reino Unido hace parte del derecho societario inglés, el cual establece un conjunto de principios de buen gobierno corporativo dirigidos a las sociedades que cotizan en la Bolsa de Valores de Londres. En este ordenamiento se les exige a tales sociedades revelar periódicamente la manera en que han dado cumplimiento con el Código, o dado el caso, el porqué de su incumplimiento.

⁴⁵Igualmente conocida como la Ley de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección al Inversionista, este instrumento regula algunos aspectos de buen gobierno corporativo de las sociedades que cotizan en Bolsa.

en la gestión de riesgos empresariales, para lo cual se torna apremiante la consideración de riesgos ASG (p. 83).

También la OCDE reconoce la importancia de un marco de gobernanza de riesgos eficaz, tal como se resaltó en el informe de 2009 “The Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis” elaborado por el Steering Group on Corporate Governance de la OCDE (Kirkpatrick, 2009, p. 19). El desarrollo que se le ha dado a los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE –fundados en los pilares de eficiencia económica, crecimiento sostenible y estabilidad financiera– converge con el posicionamiento de la gestión de riesgos. En 2014 dicha organización publicó un estudio titulado “Risk management and Corporate Governance” en el cual aborda la cuestión de la gestión de riesgos desde la perspectiva del gobierno corporativo con base en los referidos principios, y tras analizar el estado del arte en 27 jurisdicciones, concluye que es destacada la inclusión de referencias a la gestión de riesgos en los códigos de buen gobierno corporativo nacionales, recalcando, además, la necesidad de fortalecer estas prácticas (p. 18).

Cabe mencionar que el patrón abstracto del administrador diligente que gestiona los riesgos ha sido desarrollado por el régimen colombiano de manera puntual para algunos sectores. Para efectos de ilustración, y sin el ánimo de indicar taxatividad, se señalan a continuación algunos ejemplos de estas regulaciones, empezando por la Ley 1314 de 2009 y el Decreto 2784 de 2012, que al replicar los principios de contabilidad de la IASB –Junta de Normas Internacionales de Contabilidad–, requieren a los administradores indicar a través de un informe, los riesgos a los que está expuesta la sociedad y las estrategias que se están implementando para gestionarlos. Por otro lado, la Circular Externa No. 013 del 20 de junio de 2019 de la Superintendencia Financiera de Colombia establece el Marco de Gestión de Riesgos para Conglomerados Financieros y asigna a los representantes legales y miembros de la junta directiva de la compañía *holding* responsabilidades de monitoreo, implementación y cumplimiento de la gestión de los riesgos de las entidades del conglomerado. También la Circular Externa No. 304-000001 de la Superintendencia de Sociedades exige a los administradores implementar sistemas de monitoreo y control para los riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo, los cuales son componentes del factor “gobierno” en la ecuación de sostenibilidad ASG.

En añadidura, no es despreciable el hecho de que en numerosas jurisdicciones existan instrumentos que, ora exhortan a las compañías a realizar reportes de información relacionada con la sostenibilidad, ora les imponen esta obligación.⁴⁶ En la quinta edición de la investigación “Carrots & Sticks” (2020) conducida por el Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente, la Universidad Stellenbosch Business School y la GRI⁴⁷ acerca de las tendencias globales hacia la positivización de la divulgación empresarial sobre cuestiones ASG, Van der Lugt, Van de Wijs y Petrovics (2020) rastrearon un total de 583 instrumentos en más de 65 países, consistentes en políticas públicas, autorregulaciones de gremios, guías, entre otros, relativos al impulso del desarrollo de informes de sostenibilidad, de los cuales 330 exhiben carácter obligatorio⁴⁸. En varias de estas el requerimiento legal apunta a que las compañías revelen si implementan estrategias de gestión de riesgos.

Teniendo en cuenta este marco teórico pueden atisbarse claros lineamientos de sostenibilidad en la *lex artis* del administrador, en razón del entendimiento que se ha alcanzado sobre los riesgos que permean la actividad empresarial. Como es sabido, “las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben cumplir con una particular diligencia que representa una forma de actuar, *propia de personas de las técnicas de administración*” (énfasis fuera de texto original) (Reyes Villamizar, 2016, p. 701), cuyo estándar de actuación es catalogado como profesional por la doctrina colombiana. Por consiguiente, en la asunción de riesgos que sin duda le incumbe al administrador societario, aquel deberá ajustar su conducta a los postulados de la *lex artis* en lo tocante al abanico de factores que han de ser tomados en consideración, con lo cual honra su deber de diligencia para con la sociedad.

Pero esto no lo es todo, la *lex artis* pareciera demandar de los administradores sociales esfuerzos organizados entorno al análisis de los diversos riesgos que circundan la actividad

⁴⁶ Véase especialmente para el caso colombiano la Ley 1901 de 2018, por medio de la cual se crean y desarrollan las sociedades comerciales de Beneficio e Interés Público (BIC). Esta Ley exige que el representante legal de una sociedad BIC elabore un reporte de gestión sobre las actividades de beneficio e interés colectivo desarrolladas por la compañía, lo cual deberá realizarse siguiendo alguno de los estándares de medición independientes establecidos por la Superintendencia de Sociedades (v.g. los estándares GRI de la Global Reporting Initiative o La Guía para los objetivos de Desarrollo Sostenible).

⁴⁷ La Global Reporting Initiative (GRI) es una organización sin ánimo de lucro que a nivel internacional articula la coalición entre inversionistas, activistas, empresas y otras organizaciones, para hacer de los reportes en sostenibilidad un lugar común en el medio corporativo (Blackburn, 2007, p. 4).

⁴⁸ En este panorama, cabe destacar que la divulgación es también el enfoque adoptado por la Unión Europea en sus requerimientos para que las empresas realicen una descripción de los principales riesgos e incertidumbres que enfrentan como parte de sus informes anuales reglamentarios, la cual deberá comprender información relacionada con asuntos ambientales y laborales (McBarnet, 2009, p.33)

económica, por lo que puede darse un paso más hacia adelante, y afirmar que por vía de las actualizaciones en la *lex artis*, la gestión de riesgos prescribe el “cómo” en lo referente a la pauta de consideración de riesgos. En otras palabras, la *lex artis* del administrador actualmente contempla la canalización de las diversas contingencias que enfrentan las empresas mediante una estrategia de gestión de riesgos. Esta técnica administrativa –avalada por la OCDE, el COSO, y el WBCSD, entre otros– representa hoy un imperativo de cara a la preservación del valor de las compañías en el tiempo, donde la evaluación crítica de los factores de riesgo y la implementación de controles que mitiguen la exposición a los mismos, marcha en sintonía con el deber de consultar los mejores intereses de la compañía y actuar de conformidad, sin perder de vista que la gestión eficaz de los riesgos no se trata en lo absoluto de eliminar su asunción, que resulta consustancial a la vida económica, como bien hace en señalar la OCDE (2014, p. 13).⁴⁹ De esta forma, desplegar una estrategia de gestión de riesgos en los términos explorados en el presente acápite constituye un requerimiento esencial en la administración y dirección de empresas, lo cual encuentra gran respaldo académico, y como se mostró, también normativo en los casos de positivización.

Adicionalmente, en tanto la gestión de riesgos representa a su vez una herramienta analítica para la toma de decisiones estratégicas, tal como lo destaca Hopkin (2018, p. 62), puede trazarse un puente con la primera de las implicaciones enunciadas, esta es, que en el proceso de toma de decisiones los administradores deben analizar los factores ASG como variables que afectan el valor de las operaciones. De este modo, poner en marcha una gestión de riesgos robustece la capacidad efectiva de analizar los factores ASG inmersos en las potenciales decisiones de negocios, todo lo cual se torna en una exigencia jurídica para el administrador, con sustento en el deber de informarse adecuadamente, de analizar y asumir riesgos de forma meditada, de obrar según los dictados de la *lex artis*, y de propender por el óptimo desempeño económico de la empresa, en el ejercicio de su deber de diligencia. Dichas razones convergen en un único derrotero argumentativo que conduce a sustentar la exigibilidad de la consideración de los riesgos vinculados a la sostenibilidad tanto en el proceso de toma de decisiones como en la gestión empresarial que adelante un administrador social en Colombia.

⁴⁹ “As noted above, effective risk management is not about eliminating risk taking, which is indeed a fundamental driving force in business and entrepreneurship”.

c. Un acercamiento a la sostenibilidad en el deber fiduciario de diligencia dentro de la lógica de las inversiones

Los siguientes planteamientos tienen por objetivo ofrecer una perspectiva que favorezca o complemente la justificación sobre la vigencia de los riesgos ASG en el ámbito empresarial y su consecuente consideración como expresión del deber fiduciario de diligencia en cabeza del administrador. Esto se llevará a cabo a través de la visualización de una aplicación puntual de este deber en el sector financiero, campo en el que ha sido objeto de importante reflexión. En ese sentido, lo que aquí se persigue es plantear un panorama más amplio y resaltar algunas interconexiones entre el administrador de portafolios de inversión y el administrador social.

Partiendo por analizar el marco de los deberes fiduciarios derivados de las relaciones de *trust*, Susan Gary (2019), quien es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oregon, sostiene que el deber de cuidado o *duty of care* implica actualmente que el *trustee* o fideicomisario preste atención a la información ASG en la toma de decisiones de inversión, toda vez que hacerlo se ha convertido en una verdadera pauta de actuación prudente desde una perspectiva de riesgo-retorno. De esta manera, Gary aduce que el fiduciario debe analizar las estrategias de inversión basadas “(...) no en lo que habría hecho un inversor prudente en la década de 1980, sino en la información disponible de los investigadores que examinan las herramientas financieras y entendimientos hoy” (p. 797). Esta autora arguye que la identificación de potenciales oportunidades y riesgos asociados a los factores ASG permite ampliar “el alcance de la información material que se considera relevante para analizar las fortalezas y debilidades de una empresa y, por lo tanto, debería dar como resultado mejores decisiones de inversión” (p. 746), tras lo cual concluye que el estándar del inversor prudente continúa adaptándose a los cambios en el conocimiento y la práctica financiera, de manera que en la actualidad este comprende la consideración de factores ASG como parte de un análisis financiero general (p. 800).

Lo anterior ya había sido advertido por autores como Sørensen y Pfeifer (2011) quienes al respecto aseveran que evaluar todos los riesgos importantes de inversión, “(...) incluidos los que tienen un impacto financiero a corto plazo y los que podrían tener un impacto en el futuro, se ha convertido en parte integrante de la responsabilidad fiduciaria”. De ahí que cobre relevancia el examen de las cuestiones ASG en la toma de decisiones de inversión y su integración en la evaluación general de los riesgos y oportunidades, en la medida en que estas

comprometan el retorno de la inversión (p. 71). Anotaciones estas que no se oponen de modo alguno a lo dispuesto en la regulación colombiana, específicamente la Circular Externa No. 024 de 2016 de la Superintendencia Financiera, donde se establece como condición de necesario cumplimiento en los negocios fiduciarios, la previsión, significando con esto, la obligación de prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos.

En consonancia con lo dicho, es preciso traer a colación el “Fiduciary Duty in the 21st Century Report” (2015), cual es un informe internacional elaborado por la Iniciativa Financiera del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en donde se analizan las prácticas de inversión y el marco legal de los deberes fiduciarios en 8 países (Estados Unidos, Brasil, Japón, Canadá, Australia, Alemania, Reino Unido y Sudáfrica). El informe pregona que la sostenibilidad representa un factor de suma importancia en el éxito a largo plazo de los negocios, por consiguiente, como cabría afirmar respecto de cualquier otro tema relacionado con la gestión prudente del capital, integrar consideraciones de sostenibilidad no sólo es permisible o relevante de cara al deber fiduciario, sino obligatorio (p. 5)

Igualmente, con relación a la Ley de Seguridad de los Ingresos de Jubilación para los Empleados (Employee Retirement Income Security Act, conocida como ERISA por sus siglas en inglés), Schanzenbach y Sitkoff (2020), profesores de las facultades de Derecho de Northwestern y Harvard, respectivamente, manifiestan que el Departamento del Trabajo de Estados Unidos aclaró en 2015 que debido a que un administrador de pensiones debía examinar adecuadamente los factores que potencialmente influyen en el riesgo y el retorno, y en vista de que las contingencias ambientales, sociales y de gobierno pueden tener una relación directa con el valor económico de las inversiones del plan de pensiones, el administrador debería considerar dichos factores dentro de un análisis de riesgo-retorno. El Departamento recalzó que en tales circunstancias el administrador actúa únicamente bajo consideraciones de naturaleza económica (p. 406).

Sobre la pertinencia de los apuntes que vienen de plasmarse, huelga realizar tres acotaciones importantes. En primer lugar, si bien la tesis de Susan Gary, la Ley ERISA, y el “Fiduciary Duty in the 21st Century Report” tienen por principal ámbito de aplicación el deber fiduciario en el contexto de los negocios fiduciarios con especial enfoque en la toma de decisiones de inversión, su mención se estima relevante en la medida en que permite vislumbrar un cambio

de paradigma generalizado sobre lo que hace a un sujeto investido con una posición fiduciaria un operador prudente.

En sintonía con lo anterior, es perfectamente factible extender las implicaciones previamente comentadas sobre el deber fiduciario del *trustee*, cuales son la consideración de factores ASG y su exigibilidad, al deber fiduciario del administrador social, habida cuenta de que ambos sujetos se insertan en la lógica de confianza de la relación fiduciaria, tal como se explicitó previamente en este trabajo. La extrapolación es viable, entonces, en razón de la identidad en la estructura que les subyace a ambos fenómenos jurídicos. De hecho, el régimen jurídico estadounidense, reconocedor de esta analogía, les impone al fiduciario y al administrador social los mismos deberes fiduciarios generales, estos son, el deber de cuidado y el deber de lealtad. Sin ir más lejos, todo aquel que deba cumplir el deber genérico fiduciario - *fiduciario duty* - en el *common law*, es llamado consecuentemente *fiduciary*, lo cual engloba al administrador de sociedades (Sabogal Bernal, 2010, p. 134).

En adición, la atención a los estándares ASG amplía las posibilidades de financiación de una compañía, puesto que la habilita a clasificar como potencial destinataria de la inversión responsable, tal como lo arroja la investigación de Hamrouni, Uyar, y Boussaada (2020, p. 275). Teniendo esto último en cuenta, es razonable aseverar que si se les exige a los administradores de portafolios de inversiones analizar los factores ASG de las empresas candidatas, correlativamente se les debería exigir a los mismos administradores de las sociedades interesadas en resultar seleccionadas, la consideración de estas cuestiones.

No sobra recalcar que esta aproximación dentro de la lógica de las inversiones se sitúa en un plano secundario respecto de los argumentos que se delinearon con arreglo a la *lex artis* del administrador de sociedades y al precepto de actuación prudente en la asunción de riesgos empresariales, que han de tenerse por centrales. Esa argumentación principal goza de mérito autónomo y suficiente para trazar las implicaciones de sostenibilidad al interior del deber de diligencia del administrador social, sin embargo, estos últimos apuntes le sirven de refuerzo.

VI. Conclusión

Del estudio acometido sobre el contenido de los deberes fiduciarios de lealtad y buena fe se colige que no es próspero el análisis sobre la exigibilidad de la sostenibilidad en las personas jurídicas derivada exclusivamente de dichos deberes. Esto debido a que, por un lado, para que la omisión de considerar factores ASG configure una transgresión al deber de lealtad, se requiere un elemento adicional al simple hecho de no haber consultado los mejores intereses de la compañía, a saber, un conflicto de intereses, de manera que el administrador haya desatendido tal pauta de actuación con el propósito de privilegiar el interés propio o el de un tercero. En dicho supuesto, la conducta sería juzgada, no en razón de la ausencia de un análisis de sostenibilidad, sino precisamente en función de la existencia de un conflicto de intereses, donde lo primero cedería ante lo segundo.

Por su parte, como se dijo en su momento, en lo que respecta al deber de buena fe aplica un criterio residual, de modo que una conducta específica no será violatoria de este principio, a menos de que no logre encuadrarse como violación de cualquier otro deber fiduciario. Ello, en atención a su formulación abstracta y estatus como principio fundamental del derecho privado, entendido como categoría principalística de la cual dimanar los demás deberes del administrador social (Polanía Tello, 2012, p. 319). Si superado este *test* de residualidad, se aprecia que la no integración de un análisis de factores ASG por parte del administrador no fue fruto de un obrar negligente, sino que más bien estuvo mediado por la mala fe, y no comporta un conflicto de intereses como vulneración al deber de lealtad, incluso en ese caso, improbable por lo demás, no hay mucho más que agregar acerca de la conducta que se espera del administrador distinto a lo ya enunciado. En tal supuesto, su conducta sería enjuiciada en razón de una desviación defraudatoria de los mejores intereses de la compañía, habida cuenta de que la consideración de factores ASG y su respectiva gestión realza este designio.

Ahora bien, con lo dicho sobre el deber de diligencia se argumenta la exigibilidad del análisis de los riesgos vinculados a la sostenibilidad tanto desde el ámbito de lo decisional como del monitoreo e intervención (gestión de riesgos). Ambas exigencias suponen la identificación de los diversos asuntos de sostenibilidad que puedan comportar una afectación sustancial para la compañía –lo que se conoce bajo el nombre de *materialidad*–. Así pues, en virtud de lo expuesto, se postula una resignificación del deber de diligencia del administrador en la que tiene cabida la sostenibilidad. Es relevante enfatizar en que los planteamientos que llevaron a esgrimir esta afirmación discurrieron exclusivamente por la vía del rendimiento y supervivencia económica de las empresas, esto es, sus mejores intereses, razón por la cual se

asevera que la justificación proveída estuvo desprovista de cualquier argumento de índole ética o filantrópica.

Asimismo, reviste importancia poner de manifiesto que la omisión del administrador de integrar y gestionar consideraciones sobre factores ASG representa, por tanto, un incumplimiento de su deber fiduciario de diligencia para con la sociedad. Resulta, entonces, que si el administrador desatiende tal llamado, y esto conlleva a un deterioro patrimonial para el ente societario, procede la interposición de una acción social de responsabilidad de conformidad con el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 ante la Superintendencia de Sociedades, con miras a reconstituir el patrimonio social que se haya visto diezmado en razón de esta omisión negligente. A su vez, podrá entablarse una acción individual de responsabilidad contra el administrador cuyo actuar omisivo en ese sentido haya ocasionado perjuicios directamente a socios, o terceros. Esto último de cierto modo reivindica que la sostenibilidad de las empresas es de incumbencia para una comunidad mayor, que de sufrir consecuencias negativas derivadas de la ausencia de análisis y gestión de riesgos ASG, podrá deprecar judicialmente la condena en perjuicios del administrador negligente.

Como fue precisado, si bien las determinaciones que adopten los administradores escapan del escrutinio de los jueces en virtud de la regla de discrecionalidad, el incumplimiento del deber fiduciario de diligencia enerva la aplicación de dicha regla, de manera tal que el juez estaría facultado para entrometerse en la gestión de los asuntos internos de la compañía, conforme lo sostienen la Superintendencia de Sociedades y la Corte Suprema del Estado de Delaware. Por ende, si el administrador soslaya la consideración de los riesgos ASG tanto en el proceso de toma de decisiones de negocio, como en la gestión propiamente dicha de la compañía, es decir, actúa en contravía del deber de diligencia según lo explicado, y esto acarrea un detrimento patrimonial para la sociedad, socios o terceros, es procedente la intromisión judicial en la órbita de la decisión acuñada. En ese sentido, la protección de la regla de la discrecionalidad “no puede extenderse a las omisiones negligentes en que incurran tales funcionarios”, como lo aclara la Superintendencia de Sociedades en Sentencia del 8 de julio de 2015 (p. 6).

Distinto sería el escenario si el administrador obrase con arreglo a la exigibilidad del análisis de los riesgos ASG, lo cual lo situaría bajo un marco razonable de prudencia y previsión, en el que la eventual desfavorabilidad de las decisiones y actuaciones derivadas no pueden ser objeto de revisión judicial. En ese evento, el juez debe respetarlas en el juzgamiento del administrador,

puesto que no podría hablarse de una incursión en responsabilidad por culpa generadora de perjuicios.

Por otro lado, la naturaleza propia de las actividades económicas impide desconocer que, en muchos casos, la toma de decisiones debe realizarse con celeridad y con base en la mejor información disponible en el momento. Por tanto, en el evento de que se materialice un resultado económico desfavorable producto de la omisión de integrar consideraciones sobre factores ASG, compete al juez valorar las posibles presiones de tiempo en función de la real capacidad que tenía el administrador de ilustrarse suficientemente sobre las variables en juego, y declarar en concordancia, si en la medida de las posibilidades, su actuación fue ajustada o no al principio de diligencia.

Finalmente, se reconoce la incidencia de ciertos elementos que pueden modular el deber de información del administrador, y por ende, su responsabilidad. Entre estos, se encuentran “(...) el objeto social desarrollado por la sociedad administrada, el tamaño de la empresa, el mercado donde se mueva, la remuneración de los administradores, la condición de sociedad de familia, y excepcionalmente la conformación del capital (...)” (Gil Echeverry, 2015, citado en Delgado Londoño, 2018, p. 72). De ese modo, Gil Echeverry alega que el deber específico de informarse con suficiencia no es el mismo para cualquier sociedad, debido a que las pequeñas empresas normalmente no cuentan con los recursos económicos para hacer las investigaciones pertinentes y contratar a los asesores que sean del caso (2015, citado en Delgado Londoño, 2018, pp. 72 y s). Sin importar si esta postura resulta o no de recibo, lo que propone no es óbice para el mérito de la tesis aquí sustentada, puesto que una variación en el grado de información exigible al administrador no refuta la existencia del deber.

Capítulo II

Análisis de la sostenibilidad en los códigos corporativos

Este segundo y último capítulo se propone explorar diversos caminos conducentes a sostener la vinculatoriedad de los códigos corporativos. Sobre la trascendencia de tal cometido a ojos del presente trabajo, ha de recordarse que dichos instrumentos suelen plasmar compromisos de sostenibilidad, ya sea comprensivamente, al abarcarse la triada de factores ASG, o desde un enfoque parcial. En consonancia con el objetivo trazado, la exposición que sigue parte por establecer qué se entiende por código corporativo; subsecuentemente revisa algunas disposiciones normativas del orden doméstico, internacional y foráneo alusivas a la adopción de códigos por parte de las compañías, tras lo cual se da a la tarea de bosquejar diferentes líneas argumentativas con miras a aseverar que estos instrumentos pueden prescribir comportamientos de carácter obligatorio para quienes los acuñan. Ello transitará, a grandes rasgos, por mecanismos de exigibilidad del derecho societario, del régimen de competencia desleal y protección al consumidor, del *soft law* y del derecho civil. Con base en lo anterior, podrá efectuarse un análisis sobre la implicación jurídica de la sostenibilidad en los códigos corporativos en función de su vinculatoriedad hipotética.

I. Código corporativo

Como nota preliminar, es menester precisar que la acepción de código corporativo que se explora en este capítulo está referida a la autorregulación de las empresas individualmente consideradas, es decir, el documento de declaración unilateral conocido como código corporativo que una compañía en particular confecciona y acuña en relación con su propio campo de acción. Lo anterior, por oposición a los códigos de conducta acogidos de manera gremial y también aquellos formulados en el contexto del derecho internacional y doméstico bajo el rótulo de “públicos” o “unitarios” a los que las empresas adhieren voluntariamente. Si bien se realizan menciones a estos últimos, se enfatiza en que su revisión se ubica en un plano secundario.

Una definición práctica puede encontrarse en Kaptein y Schwartz (2008), para quienes un código corporativo es un documento formal y distintivo, contentivo de un conjunto de prescripciones desarrolladas por y para una empresa a fin de guiar su comportamiento presente

y futuro en múltiples aspectos relacionados con sus *stakeholders* (p. 113). Estos autores enfatizan en el hecho de que los códigos corporativos representan una característica conspicua de las compañías en la modernidad.

En Smits (2017) los códigos de conducta corporativa o también llamados de responsabilidad social empresarial (RSE) pueden describirse a grandes rasgos como directrices que pretenden determinar las responsabilidades de las empresas en diversos campos, tales como derechos humanos, trabajo, medio ambiente y negocios socialmente sensibles en general (p. 110). Tales directrices se entienden como compromisos corporativos unilaterales que reflejan la voluntad de una compañía de asumir un papel regulador en ausencia de una política gubernamental concreta (Beckers, 2017, p. 15).

Según la OCDE (2001) los códigos de conducta corporativa abordan un amplio abanico de cuestiones, muchas de las cuales se corresponden con preocupaciones del público en general. La gestión ambiental y los estándares de protección laboral son temas recurrentes en los textos de los códigos, al tiempo que la protección del consumidor, el soborno y la corrupción también reciben gran atención. Otro tanto puede decirse en relación con el control interno y la protección del valor para los socios. Por su parte, no es inusual hallar compromisos alusivos a la gestión de riesgos empresariales, así como aquellos conducentes a asegurar el cumplimiento de la ley en áreas tales como la competencia y el medio ambiente (p. 2).

En concepto de Eijsbouts (2017), los códigos corporativos tienen tanto una función de legitimidad social externa como una de gobernanza interna (p. 182). Similarmente, Beckers (2019) distingue en ellos un elemento comunicativo externo y otro de comportamiento interno. Esto implica que, comunicativamente, las empresas realizan declaraciones para persuadir al público de que actúan de manera social y ambientalmente responsable, mientras que desde un punto de vista comportamental, la autorregulación por vía de los códigos corporativos instala mecanismos internos para hacer realidad dichas declaraciones (p. 3).

De su lado, Beckers y Kawakami (2017) se refieren a los códigos de RSE en el espectro de las empresas transnacionales que los desarrollan y publican con miras a exhibir su compromiso de cara al respeto de los derechos humanos, la mejora de los estándares laborales, la protección del medio ambiente y la prevención de la corrupción (p. 3). No obstante, debe apuntarse que este instrumento no está circunscrito o atado conceptualmente a la actividad autorreguladora

de las empresas transnacionales, razón por la cual nada obsta para que sea promulgado en el seno de cualquier persona jurídica sin que por ello se distorsione su definición.

Los códigos corporativos constituyen, pues, herramientas de autorregulación que encausan a las empresas –sin distinción de tamaño u objeto social– en el cumplimiento de sus responsabilidades corporativas, los cuales cobran especial relevancia en el contexto de la globalización, codificando valores y reglas básicas que rigen la conducta de administradores, gerentes, empleados y, cada vez más, proveedores (Eijsbouts, 2017, p. 183). Para Smits (2017) si bien es posible que el contenido de dichos códigos se superponga con la legislación vigente, recogiendo preceptos constitutivos de *hard law*, la mayoría de normas que se vierten en ellos se tienen por disposiciones voluntarias (p. 102).

Bajo el impulso de esta última afirmación, se pretende escrutar a continuación la exigibilidad que pueda circundar a estos dispositivos de autorregulación en cuanto a su adopción y contenido. No sobra advertir que tras el apelativo “responsabilidad social empresarial” subyace una visión de integridad ambiental, bienestar social y prosperidad económica, esto es, de sostenibilidad. Asimismo, la mención a códigos de buen gobierno corporativo que figura en las próximas páginas alude al componente de “gobernanza” que, como se ha manifestado, va inserto en la apropiación que hacen las personas jurídicas de la sostenibilidad en la ya estudiada fórmula de los factores ASG.

II. Obligatoriedad en la adopción de un código corporativo

Tras analizar, entre otros, los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 y la estrategia de la Comisión Europea sobre responsabilidad social corporativa, Eijsbouts (2017) sostiene que la adopción de códigos corporativos ha sido impulsada a través de lo que este autor clasifica como meta-regulación *soft*⁵⁰. Con este término pretende significar que desde un ámbito de producción normativa *soft* se requiere que las empresas desarrollen códigos a la medida, pongan en marcha estrictos programas de monitoreo y reporten públicamente sus resultados (Beckers & Kawakami, 2017, p. 10).

⁵⁰ Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 comportan una identificación clara de los cimientos de un buen gobierno corporativo, ofreciendo una orientación práctica para su aplicación a nivel nacional. Desde 1999, año de su primera publicación, los Principios de Gobierno Corporativo se han convertido en un referente internacional sobre la materia. En su más reciente actualización, realizada en 2016, la OCDE y el G20 coordinaron esfuerzos, lo cual le imprime a los Principios un alcance mundial.

Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 establecen la adopción de códigos de conducta en relación con el requisito de aplicar altos estándares éticos y tener en cuenta los intereses de los *stakeholders*. Según los principios, las empresas encuentran útil desarrollar un código de conducta, en tanto contribuye a que los objetivos de la junta directiva sean claros y operativos, y facilita su comunicación al resto de la organización (Eijsbouts, 2017, p. 192). A su vez, Eijsbouts (2017) aduce que las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales no solo han influenciado el contenido y la intensidad de la implementación y seguimiento de los códigos corporativos, sino que su carácter de meta-regulación *soft* ha servido *de facto* como motor, inicialmente para la adopción de estos dispositivos de autorregulación, y posteriormente para la especificación de su contenido (p. 193)⁵¹. De acuerdo con Eijsbouts (2017), tales Directrices constituyen el instrumento de RSE en el campo del *soft law* internacional más extenso y desarrollado del que se dispone, el cual es susceptible de apropiación por parte de las empresas como modelo para la elaboración de sus propios códigos corporativos (p. 192).

De la mano de lo anterior, Cominetti y Seele (2016) plantean que muchos gobiernos introducen políticas de divulgación de prácticas sostenibles para el sector empresarial. Ilustrativamente, la Unión Europea exige que las empresas proporcionen información relacionada con la sostenibilidad en sus informes anuales que incluya datos sobre el desempeño en temas medioambientales y laborales. Bajo esta obligación de divulgación, las compañías sienten la presión de arrojar resultados positivos. La intervención del gobierno mediante la introducción de iniciativas de divulgación moldea a las empresas en la exhibición de un adecuado control de riesgos de sostenibilidad, lo cual en buena medida se logra a través de la adopción de políticas en tal sentido, esto es, de códigos de RSE (p. 132).

⁵¹ Adoptadas por los países miembros de la OCDE en 1976, y actualizadas en cinco ocasiones, la última de las cuales fue en 2011, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales configuran un código de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, en cuya promoción se comprometieron los Estados. Este código unitario trata temas como los siguientes: derechos y estándares laborales, derechos humanos, medio ambiente, divulgación de información, lucha contra el soborno, intereses del consumidor, competencia, impuestos, y derechos de propiedad intelectual. Su naturaleza es no vinculante, conforme lo reconoce la OCDE.

Puede decirse que las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales se orientan prevalentemente a la adecuación del comportamiento externo de este tipo de compañías, mientras que los Principios de Gobierno Corporativo aplican a la universidad de las personas jurídicas de derecho societario, ocupándose de aspectos primordialmente internos.

Respecto de estos preceptos *de norma blanda* e incentivos para la adopción de códigos de conducta privados, se estima esclarecedora la reflexión que propone Miller-Dawkins (2014) acerca de la relevancia del *soft law* en la prescripción de comportamientos. Dicho autor considera que la combinación de metas claras, exigencias jurídicas débiles, una normatividad política o moral robusta y herramientas para evaluar el desempeño comparado, deriva en procesos de autorregulación altamente satisfactorios (p. 18).

Ahora bien, como ejemplo de norma que ostenta el carácter irrefragable de *hard law* en lo que refiere a la adopción de códigos de conducta, Eijsbouts (2017) señala la Ley Sarbanes-Oxley, concretamente su sección 406, a la luz de la cual las empresas que cotizan en Bolsa deben adoptar un código de ética para los altos funcionarios financieros (p. 194). Un código de ética puede entenderse como una tipología de código corporativo, consistente en expectativas de cumplimiento y declaraciones generales, con un enfoque prevalente en principios y valores, según lo describen Ahluwalia, Ferrell, Ferrel y Rittenburg (2018, p. 694). Eijsbouts (2017) puntualiza que si bien en un inicio la Ley Sarbanes-Oxley solo disponía que una empresa debía revelar públicamente si contaba o no con dicho código y, en caso negativo, aportar las razones, en 2003 la SEC dictaminó que las empresas que cotizan en la bolsa de Valores de Nueva York y NASDAQ están obligadas a adoptar un código de conducta aplicable a los directores, gerentes y empleados (p. 194).⁵² Se destaca que, aunque se trata de una norma expedida por el ordenamiento estadounidense, todas las empresas que deseen listar sus valores en el mercado bursátil de este país deberán cumplir con sus disposiciones, sin importar el domicilio en que se hayan constituido.

A su vez, todavía en la jurisdicción de los Estados Unidos, Eijsbouts (2017) comenta que a la Comisión de estandarización de penas del Congreso se le encomendó una revisión de la FSG (Congressional Federal Sentencing Guidelines for Organizations) con el propósito de

⁵² En la reglamentación del mercado NASDAQ:

Rule 4350 –*Code of Conduct*– “Each company must adopt a code of conduct applicable to all directors, officers and employees. The code must satisfy the definition of a ‘code of ethics’ set out in the Sarbanes-Oxley Act of 2002, and it must be publicly available. A company may adopt multiple codes applicable to different types of employees. Any waivers to the Code of Conduct made to directors or executive officers must be approved by the board and publicly disclosed.”

En la reglamentación del mercado NYSE:

303A.10 –*Code of Business Conduct and Ethics*– “Listed companies must adopt and disclose a code of business conduct and ethics for directors, officers and employees, and promptly disclose any waivers of the code for directors or executive officers.”

confeccionar una arquitectura de cumplimiento jurídico y ético más integral para las compañías. De manera sintética, la FSG puede definirse como un conjunto de normas que deben ser acatadas por los jueces penales de este país en el juzgamiento de organizaciones acusadas por la comisión de delitos. Tales directrices establecen que, en una sentencia condenatoria, el juez deberá considerar una reducción de pena cuando la compañía enjuiciada cuente con un programa de ética y cumplimiento que satisfaga los elementos listados en la guía. Estas pautas brindan un impulso contundente para que las empresas adopten estándares y procedimientos con miras a mantener el cumplimiento de la ley, lo que se conoce como *compliance*, por cuanto formulan la exigencia de establecer estándares internos que sirvan de guía para los empleados y diversos funcionarios dentro de las compañías. Con todo ello, el código de conducta corporativo, como aquel compendio de valores básicos y principios éticos de una empresa, se convierte en el principal instrumento de ética empresarial y cumplimiento legal a la luz de los requerimientos de la FSG, tal como lo asevera Eijsbouts (2017, pp. 194-195).

Igualmente, en el estudio “Carrots & Sticks” conducida por el Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente, la Universidad Stellenbosch Business School y la GRI (2020) pueden identificarse normas de obligatorio cumplimiento en otras jurisdicciones, tales como Australia, Brasil, y Dinamarca –sin agotar la lista– relativas a la adopción de códigos corporativos privados por parte de las compañías. Esto puede ejecutarse a través de la imposición de una obligación en tal sentido, o mediante mecanismos indirectos como el requerimiento legal de revelar con qué políticas de sostenibilidad cuentan las empresas, incluidos los instrumentos y estándares internamente adoptados, donde tienen cabida los códigos de conducta.

Mirando a su turno el caso colombiano en lo que refiere a la existencia de una normatividad que prescriba la adopción de códigos corporativos, ha de estarse a lo dispuesto por la Circular Externa No. 28 del 30 de septiembre de 2014, a través de la cual la Superintendencia Financiera de Colombia dio a conocer el Nuevo Código de Mejores Prácticas Corporativas (también denominado Nuevo Código País)⁵³. Se expidió para responder a la necesidad acuciante de fortalecer el funcionamiento del Gobierno Corporativo en el territorio colombiano, toda vez

⁵³ El Nuevo Código País consiste en una modificación del Código País primigenio, desarrollado por la Superintendencia Financiera en 2007, por cuanto era requerido ajustarlo a la situación del mercado colombiano y a la realidad empresarial.

que este repercute en una mayor generación de valor y una mejor gestión de los riesgos, según lo reconoce enfáticamente la Superintendencia Financiera de Colombia, y va dirigido a todas las entidades que tengan valores inscritos en el RNVE, con contadas excepciones. El Nuevo Código País se estructura bajo el principio de “cumpla o explique” respecto de la adopción discrecional de 148 recomendaciones en materia de: (i) derechos y trato equitativo de los accionistas, (ii) asamblea general de accionistas, (iii) junta directiva, (iv) arquitectura de control, y (v) transparencia e información financiera y no financiera.

Si bien las medidas contenidas en el Nuevo Código País son de adopción voluntaria para los sujetos destinatarios de la circular, los mismos se encuentran en el deber de revelar el nivel de implementación de las recomendaciones, mediante el diligenciamiento, publicación al mercado, y remisión anual a la Superintendencia Financiera de Colombia del Reporte de Implementación de Mejores Prácticas Corporativas. Bajo esta modalidad, respecto de cada recomendación, el ente societario deberá declarar si adhirió o no a ella. En caso positivo, deberá describir brevemente la manera cómo realizó la implementación. De lo contrario, el emisor deberá explicar las razones por las cuales no ha acogido la recomendación. Por lo demás, dicho Reporte de Implementación deberá ponerse en conocimiento de la Asamblea General de Accionistas, u órgano que haga sus veces, e integrará el Informe de Gestión que la Administración del emisor presente cada año.

Sobre lo dicho, se estima necesario subrayar que esta normatividad no estatuye el deber de que las sociedades adopten su propio código corporativo hecho a la medida, ni que declaren si cuentan o no con uno de esta índole, como sí se establece en otras jurisdicciones. La instrucción de la Superintendencia Financiera de Colombia a través de la Circular Externa No. 28 del 30 de septiembre de 2014 versa sobre la apropiación de un código de gobierno corporativo “público”, mediante la adherencia voluntaria de los sujetos destinatarios del acto administrativo, donde el elemento obligatorio estriba en el deber de informar sobre la efectiva adherencia e implementación de las recomendaciones, o en su defecto, la no observancia. Esta aclaración reviste importancia en la medida en que el principal enfoque académico de este capítulo se centra en los códigos de conducta “privados”, es decir, aquellos acogidos por las compañías individualmente consideradas, en atención a sus necesidades y características propias.

Asimismo, cabe remontarse al 21 de octubre de 1992, fecha en la que se suscribió en Colombia un acuerdo interbancario para la Detección, Prevención y Represión de Movimientos de Capitales Ilícitos, aprobado por la junta directiva de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia –ASOBANCARIA–, en adhesión a los principios de la Convención de Viena y a la Declaración de Basilea. Como uno de los múltiples instrumentos concebidos dentro del Acuerdo para la lucha contra el lavado de activos, se estableció la elaboración de códigos de conducta, reglamentos e instructivos por parte de las entidades financieras. Empero, el Acuerdo constituye una norma privada con efectos interpartes, cuyo alcance es limitado amén de su especificidad temática que, a lo sumo, puede enmarcarse en el componente de gobernanza.

Adicionalmente como producto de este Acuerdo, se expidió en la misma fecha el Código Uniforme de Conducta de los Miembros de Asobancaria en relación con su función de detección, prevención y represión de movimientos de capitales ilícitos. Con ello, se les impuso a las entidades financieras el desarrollo del código a través de procedimientos y manuales, el establecimiento de un sistema de auditoría y control para su cumplimiento, y la capacitación del personal para su correcta aplicación (Rodríguez & Galvis, 2008, p. 172). Sin embargo, lo dispuesto en este instrumento adolece de la misma especificidad temática predicable del Acuerdo Interbancario, al tiempo que las obligaciones que impone no son susceptibles de generalización para una audiencia más amplia.

Un mes después de la celebración del Acuerdo Interbancario en cuestión, se expidió el Decreto 1872 de 1992, “por el cual se interviene la actividad de las instituciones vigiladas por las Superintendencias Bancaria y de Valores”, que más tarde fue incorporado casi en su totalidad en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Con sujeción al mismo, las entidades hoy vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia “(...) deben aplicar mecanismos de control y reglas de conducta que deberán observar sus representantes legales, directores, administradores y funcionarios” (Rodríguez & Galvis, 2008, p. 187) para evitar que su operación sea instrumentalizada a favor de actividades delictivas o los recursos vinculados a estas (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Artículo 102).

Si bien el Decreto ordena la adopción de medidas de control por parte de las entidades vigiladas del sistema financiero, incluyendo reglas de conducta que deberán ser acatadas por los representantes legales, directores, administradores y funcionarios en la lucha contra los

capitales ilícitos, no consagra un deber discernible y concluyente de adoptar códigos corporativos privados. No obstante, puede fundamentarse que la creación e implementación de códigos de conducta al interior de las entidades vigiladas resulta en una alternativa estratégica para cumplir las exigencias de la norma. Así, la generalidad de este precepto no permite colegir la obligatoriedad en la adopción de códigos corporativos privados de manera tajante. Sin embargo, podría argüirse que la efectiva adopción de un código que regule la detección, prevención y represión del movimiento de capitales ilícitos satisface en parte el requerimiento normativo. Aún si esto fuera cierto, de nuevo, se está ante una previsión excesivamente limitada y puntual respecto del contenido de los instrumentos de autorregulación, relacionada tangencialmente con la sostenibilidad.

Por último, es pertinente hacer alusión a la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Según el texto legal, la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción detenta la función de promover la elaboración de códigos de conducta para el ejercicio ético y transparente de las actividades del sector privado y para la prevención de conflictos de intereses en el mismo. Sin embargo, de la utilización del verbo “promover”⁵⁴ se interpreta que la elaboración de códigos de conducta para el ejercicio ético y transparente de las actividades del sector privado, lejos de estipularse como una obligación en cabeza de las empresas, comporta un estado aspiracional, por el cual vela la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción.

Así pues, como se entenderá, a falta de una regulación en Colombia que tenga por objeto la adopción de códigos corporativos privados por parte de las compañías, se hacía obligada la mención a estas disposiciones, por constituir el inventario normativo disponible en el derecho colombiano, pese a las desavenencias identificadas. Con todo, puede atribuírsele razón a Eijsbouts (2017) cuando afirma que el surgimiento de los códigos corporativos como “instrumentos de disciplina interna, gestión de riesgos y establecimiento de valores para un gobierno corporativo inclusivo” representa un avance positivo de los legisladores y reguladores, quienes en numerosos ordenamientos jurídicos han convertido los códigos en instrumentos de corregulación exigidos (p.193), sin perjuicio de que, por lo visto, este no sea el caso para Colombia.

⁵⁴ “Impulsar el desarrollo o la realización de algo”, según el Diccionario de la Real Academia Española.

III. Enfoques para la exigibilidad de los compromisos asumidos en los códigos corporativos

En la conceptualización que provee Beckers (2017), los códigos de RSE se definen como compromisos corporativos unilaterales que denotan la voluntad de una compañía de asumir un papel regulador en presencia de lagunas normativas, “(...) fenómeno que es difícil de comprender desde la perspectiva de las categorías tradicionales del derecho privado” (p. 15).⁵⁵ Así, en atención a la naturaleza particular de los códigos corporativos, surge la necesidad de analizarlos desde diferentes lentes, que en sí representan derroteros o mecanismos jurídicos diferenciados pero complementarios, en línea de argumentar que estas declaraciones unilaterales de autorregulación pueden generar compromisos exigibles a sus emisores. No obstante, se hace hincapié en que este cometido se llevará a cabo a título meramente exploratorio o indicativo, de ahí que esté exento de toda pretensión de rotundidad. En otras palabras, lo que se quiere es simplemente explorar un abanico de posibilidades dentro del derecho para afirmar la vinculatoriedad de los códigos de conducta corporativa.

Adicionalmente, debe decirse que la presente sección no se adentrará en consideraciones propias del derecho procesal ni del internacional privado, tales como la ley del foro o el derecho aplicable, que cobran relevancia en sede de la pregunta por la composición de un litigio que versa sobre la aplicación de un código corporativo acuñado por compañías transnacionales. Por lo dicho, las ideas que a continuación discurren tratan únicamente del interrogante por el carácter vinculante de los códigos de RSE con base en la doctrina jurídica existente.

Se procederá, pues, no sin antes advertir que por vinculatoriedad se hace referencia a la existencia de un deber de responder por el incumplimiento del código corporativo, con independencia de los remedios aplicables que procedan con ocasión de cada una de las figuras que a continuación se estudian. De este modo, se entenderá que existe un deber si la consecuencia del incumplimiento es habilitar a la contraparte ya sea a pedir la ejecución *in natura*, la ejecución por equivalente o la resolución del contrato.

⁵⁵ “(...) a phenomenon that is difficult to grasp from the perspective of traditional private law categories”

a. Derecho societario

Desde la perspectiva del derecho societario, es perfectamente posible la inclusión de una estipulación en los estatutos sociales en virtud de la cual la persona jurídica se obligue a cumplir con los compromisos establecidos en su código corporativo. Esta posibilidad es incluso ordenada normativamente en algunos casos, como sucede para las entidades destinatarias del Nuevo Código País, según establece el numeral quinto de la instrucción primera de la Circular Externa No. 28 del 30 de septiembre de 2014, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, que reza así:

Los destinatarios del Nuevo Código País deben incluir en sus estatutos una cláusula según la cual la entidad, sus administradores y empleados o funcionarios se encuentran obligados a cumplir las recomendaciones que voluntariamente ha adoptado la sociedad.

Si una determinada sociedad acoge una cláusula de esta naturaleza, o si incorpora directamente su código de responsabilidad corporativa en sus estatutos, su cumplimiento podrá exigirse como cualquier otra disposición estatutaria. Una de las formas de llevar esto a efecto es mediante la impugnación de decisiones de la asamblea de accionistas o junta de socios cuando no se ajusten a las disposiciones del contrato social, según lo consagra el artículo 191 del Código de Comercio. Además, por disposición del artículo 84 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades está encargada de velar por que las sociedades que no están sometidas a vigilancia de otras superintendencias observen sus estatutos en el desarrollo de su objeto social, para lo cual podrá hacer uso de sus prerrogativas administrativas.

Ahora bien, no solo serían vinculantes los códigos de RSE si se incluyen en los estatutos de la compañía, sino que, de acuerdo con la normativa imperante en Colombia, también sería exigible su cumplimiento si se adopta mediante decisión de los órganos de dirección. Como nota preliminar al análisis de este escenario, vale alertar que los efectos que se prediquen de las decisiones de la asamblea general de accionistas o junta de socios, se predicen asimismo de los mandatos de la junta directiva que provienen de facultades regulatorias o decisorias delegadas por la asamblea por vía de los estatutos. Se deriva entonces, entre otras, la consecuencia de vinculatoriedad respecto de la compañía y sus socios para las directrices impartidas por la junta directiva en ejercicio de esta delegación, siempre que se hayan adoptado en concordancia con la normativa interna y legal aplicable. Además, incluso si la determinación

de la junta directiva no proviene de esta delegación, pero cumple los parámetros de legalidad, será igualmente obligatoria según estipula el artículo 438 del Código de Comercio, que reza:

Salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

Así, los códigos de RSE y demás disposiciones de sostenibilidad adoptadas de manera voluntaria por la asamblea general, o por la junta directiva cuando ello se encuentre en el alcance de sus facultades, serán exigibles como cualquiera otra de las directrices sociales legalmente adoptadas. Entre las disposiciones legales que permiten constatar esta vinculatoriedad se encuentra el artículo 188 del Código de Comercio donde se establece que las decisiones que se adopten por la asamblea general “(...) obligarán a todos los socios, aún a los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y que se ajusten a las leyes y a los estatutos”, a condición de que su adopción haya cumplido con el procedimiento establecido en las reglas legales o estatutarias de convocatoria, lugar de reunión, y quórum. Además, para las sociedades que cuentan con revisor fiscal, los deberes propios de este rol incluyen “cerciorarse de que las operaciones que se celebren o cumplan por cuenta de la sociedad se ajustan a las prescripciones de los estatutos, a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva” de acuerdo con el artículo 207 del Código de Comercio.

Para efectos de ilustrar la concreción de esta hipótesis se destaca el Oficio No. 220-004231 de 2020 de la Superintendencia de Sociedades. En este documento la Superintendencia estudió el caso de una sociedad cuya asamblea de accionistas aprobó, con la mayoría necesaria, instituir en cabeza de los miembros de junta directiva una obligación particular. Esta, que no sería incluida en los estatutos, consistía en que las personas que fueran designadas para este cargo debían suscribir un acuerdo de confidencialidad para ejercer sus funciones. Más allá del supuesto particular, este caso ejemplifica una decisión de la asamblea de accionistas mediante la cual se instituye una obligación para los miembros de los órganos de dirección de la compañía de actuar de determinada manera, y cuyo cumplimiento es exigible a pesar de no ser un postulado estatutario. En esta ocasión, la Superintendencia consideró que:

(...) por ser ésta una decisión adoptada por el máximo órgano social, es deber de los administradores acatar las directrices establecidas, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 187 del Código de Comercio, son funciones de la Junta de Socios o Asamblea General de Accionistas, “6. Adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados;” por lo que a juicio de esta Oficina, esta decisión, independientemente a que no haga parte de los estatutos sociales por tratarse de una decisión para-estatutaria, necesariamente vincula a todos los socios y a los terceros que integren los órganos sociales (p. 2).

Confirmando esta obligatoriedad desde otra perspectiva, la Superintendencia de Sociedades dispuso, a través de la Circular Externa No. 100-006 de 2008 que hace parte de los deberes específicos de los administradores velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias y que, “(...) la diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como (...) el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas” (p. 3). Esto es igualmente acuñado por Sabogal Bernal (2012, p. 127), citado en Delgado Londoño (2018), al afirmar que el paradigma del buen hombre de negocios implica, entre otros, cumplir el deber de “vigilar el cumplimiento de las decisiones y directrices adoptadas por los órganos sociales” (p. 80). Finalmente, cabe resaltar que esta apreciación fue aplicada en la sentencia del 13 de noviembre de 2008 del Tribunal Superior de Bogotá, citando la Circular Externa No. 220-000006 de la Superintendencia de Sociedades, al determinar que el buen hombre de negocios debe “vigilar el desarrollo y cumplimiento de las directrices adoptadas”.

Resulta importante destacar que, frente al incumplimiento de los códigos, solo estarán legitimados en la causa los socios, administradores y revisores fiscales, siempre y cuando cumplan los requisitos específicos de la acción que van a ejercer. En este sentido, dependiendo del supuesto que se configure, se habilitarán las acciones de impugnación contra las decisiones que desconocen los estatutos (artículo 191 del Código de Comercio) o las acciones sociales o individuales de responsabilidad contra el administrador que no vele por el adecuado cumplimiento de los estatutos y las directrices acuñadas (artículo 25 de la Ley 222 de 1995).

Paralelamente, vale la pena detenerse en el régimen de las sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC), creadas por la Ley 1901 de 2018, que asigna a sus administradores, amén de los deberes propios de la Ley 222 de 1995, la obligación de tener en cuenta el beneficio e interés colectivo que haya sido definido en los estatutos. Adicionalmente, le impone al representante

legal la elaboración y presentación de un reporte sobre el impacto de la gestión que dé cuenta de las actividades de beneficio e interés colectivo desarrolladas por la compañía. Dicho reporte deberá realizarse siguiendo alguno de los estándares de medición independientes habilitados en la Resolución No. 200-004394 de 2018 que para tales efectos expidió la Superintendencia de Sociedades.⁵⁶

Aunque esta regulación tiene como destinatarios exclusivos a las sociedades BIC, ejemplifica la vinculatoriedad de las declaraciones unilaterales de una compañía respecto de su sostenibilidad, sin requerir la delimitación clara de un tercero beneficiario. En efecto, conforme se señala en la exposición de motivos del proyecto de ley, uno de los objetivos fundamentales que persiguen las sociedades BIC atañe a la exigibilidad en el cumplimiento del propósito descrito para que los directores y gestores de la empresa puedan maximizar el interés social y ambiental. El artículo séptimo de la Ley 1901 de 2018 materializa esta exigibilidad, al estipular que el incumplimiento grave y reiterado de los estándares independientes será sancionado con la pérdida de la condición de compañía BIC, estatus que la Superintendencia de Sociedades ha definido como un “sello de calidad” (2019)⁵⁷.

b. Derecho civil

i. Inclusión en contratos y estipulación para otro

⁵⁶ En La Resolución No. 200-004394 del 18 de octubre de 2018 la Superintendencia de Sociedades trae una lista de estándares de medición independientes para la preparación de los informes de gestión de las sociedades de Beneficio e Interés Colectivo, contemplando los siguientes, sin carácter excluyente entre sí: 1) La certificación de Sociedad Tipo B de B Corporation 2) Los estándares GRI del Global Reporting Initiative 3) La norma ISO 26000 de Responsabilidad Social Empresarial de la International Organization for Standardization 4) La Guía para los objetivos de Desarrollo Sostenible (SDG Compass) de las Naciones Unidas, el World Business Council for Sustainable Development y el GRI. 5) La serie de normas AA1000 de Relacionamiento y Responsabilidad Social de AccountAbility.

Tales estándares buscan certificar el compromiso de las sociedades BIC de cara a la sostenibilidad, en los pilares económico, ambiental y social, para lo cual deberán reportar su desempeño en los denominados factores ASG.

⁵⁷ Artículo 2.2.1.15.7 del Decreto 2046 de 2019. *Incumplimiento de los estándares independientes*. Se entenderá que existe un incumplimiento de los estándares independientes, cuando:

1. Lo reportado por la sociedad en su reporte de gestión de actividades de beneficio e interés colectivo, no corresponda con la realidad de sus prácticas empresariales en desarrollo de su objeto social.
2. La sociedad no cumpla con la metodología prevista en el estándar escogido en los términos del artículo anterior.
3. El reporte de gestión no sea entregado a la asamblea o no se encuentre a disposición del público en los términos del inciso 2° del artículo 5° de la Ley 1901 de 2018.

En cualquier caso, el incumplimiento deberá ser declarado por la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a petición de parte, en las condiciones señaladas en este reglamento.

Una vez la compañía adopta códigos de RSE, la posibilidad de hacerlos cumplir a través del derecho civil variará en cada caso en función de la manera en que la compañía los utilice y publique, la manera en que estén redactados los compromisos en el código, el tipo de daño que se genere por su incumplimiento, y las características del sujeto que presenta la pretensión, tal como plantea Smits (2017, p. 103). Sin embargo, es posible analizar ciertas situaciones en abstracto que, de acuerdo con la normativa y doctrina imperante, resultan con un alto grado de vinculatoriedad, las cuales serán estudiadas a continuación.

Respecto de la forma en que las compañías usan sus códigos RSE, Smits (2017) identifica que estos podrían incorporarse en contratos que las compañías suscriban con sus proveedores, o también en estos contratos pueden encontrarse referenciados los códigos a manera de acuerdo paraguas o en las condiciones generales (p. 103). La doctrina, específicamente Smits citado en Beckers y Kawakami (2017), califica estas modalidades de incrustación contractual como casos de clara vinculatoriedad y exigibilidad de las disposiciones de sostenibilidad (p. 7). En el escenario descrito, las contrapartes contractuales de la compañía podrán demandar en la jurisdicción nacional su cumplimiento mediante el régimen de responsabilidad contractual (Beckers & Kawakami, 2017, p. 7). Beckers (2019) resalta que este método es frecuente en la práctica, sobre todo en los contratos entre las compañías y sus proveedores, en los cuales de manera usual se incluyen referencias a los códigos internos de las compañías, así como los específicamente dirigidos a proveedores (p. 6).

Según el análisis de Smits (2017), este razonamiento fue puesto a prueba en un caso paradigmático del ordenamiento estadounidense, a saber, el reclamo que la Universidad de Wisconsin efectuó en 2001 a Adidas, enmarcado en un contrato de producción de uniformes en el cual se habían estipulado disposiciones anti-explotación, que comprometían a Adidas a brindar ciertos beneficios a los trabajadores que producían las vestimentas para la universidad. Esta última alegó un incumplimiento del contrato porque las prerrogativas prometidas en favor de los trabajadores no se estaban materializando. La disputa terminó con un arreglo mediante el cual Adidas se obligó a pagar una indemnización a sus 2.700 trabajadores en Indonesia (p. 104). Así, aunque no hubo una decisión judicial respecto de la responsabilidad contractual de Adidas, la exigencia a través de estas categorías jurídicas indujo al cumplimiento de las declaraciones de RSE.

Este argumento de vinculación resulta aplicable a Colombia de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, que estipula: “[l]os contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” Así, la inejecución de estas disposiciones implicará un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales que, dependiendo de la manera en que se hayan incorporado al contrato, habilitarán al acreedor a ejercer los remedios correspondientes, como se establece en el artículo 1546 del Código Civil, y se ha desarrollado ampliamente en la jurisprudencia⁵⁸. En esta línea, si en el contrato se establece que la observancia del código de sostenibilidad es causa para contratar, su incumplimiento configurará un incumplimiento grave, que habilitará los remedios de resolución, de ejecución *in natura* o por equivalente. A su turno, si en el contrato simplemente se hace mención al código como elemento complementario o secundario de las obligaciones, su incumplimiento no será grave, por lo que solo tendrá a su disposición la acción de ejecución por equivalente.

Ahora bien, los grupos de interés que se pretende proteger a través de los códigos de conducta normalmente no son quienes celebran contratos con la compañía, y en el mejor de los casos, simplemente sostienen ciertas relaciones con las partes, por ejemplo, ser los empleados de algún proveedor. Así, resulta pertinente estudiar la posibilidad que tienen estos terceros, quienes no figuran como parte en los contratos, de adquirir derechos en virtud de ellos. Se adelanta una conclusión en el sentido de excluir de esta línea argumentativa los compromisos que no protegen un grupo específico de sujetos con personalidad jurídica, sino que se formulan de manera abstracta, por ejemplo, dirigiéndose a cuidar de la naturaleza.

En este orden de ideas, en la normativa colombiana la figura que habilitaría esta posibilidad es la estipulación para otro, consagrada en el artículo 1506 del Código Civil, así:

Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.

⁵⁸ Véase por ejemplo la Sentencia 5170-2018 de la Corte Suprema de Justicia del 22 de febrero de 2018, p. 23.

De acuerdo con este esquema teórico, cuando la compañía promitente “X”, se obliga mediante un contrato con la parte estipulante “Y”, a proveer ciertas prerrogativas (obligaciones de dar, hacer, o no hacer) en favor de un tercero beneficiario “Z”, que no es parte contratante en dicho negocio, este último podrá exigirle a “X” la ejecución de lo prometido o, según escoja, la activación de los demás remedios del acreedor. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, se pronunció en este sentido al afirmar que “[l]a estipulación para otro, como negocio jurídico es una excepción legal al principio de relatividad de los contratos porque lleva a terceros, que ni directamente ni por procuración han intervenido en la celebración del contrato, la eficacia activa del contrato” (10 de marzo de 1970, p. 124).

El promitente y el estipulante podrán revocar la promesa, solo si el beneficiario no la ha aceptado aún. Esto porque, como lo determinó el Consejo de Estado en sentencia del 2014, citando a Claro Solar (1988), en la estipulación para otro, una vez el beneficiario de la estipulación manifiesta de manera expresa o tácita su ánimo de querer aprovecharse del derecho estipulado a su favor, el contrato “quedará en firme y los contratantes no podrán dejarlo sin efecto, sin la voluntad de aquel a favor del cual se ha estipulado” (p. 8).

Habiendo determinado las bases teóricas de esta figura, cabe aclarar nuevamente que la posibilidad de pretender con éxito la aplicación de la misma dependerá de las características de las disposiciones en cada caso, el grado de determinación del tercero y la claridad con la que se delimite la prestación a la que se haya comprometido la compañía. Al respecto, Anna Beckers (2019) observa que los contratos que integran políticas de sostenibilidad podrían extender su protección a terceros, creándoles derechos y permitiéndoles exigir su ejecución, siempre y cuando de la redacción del código de conducta pueda inferirse una intención del emisor de extender esa protección a terceros, y que permita identificar con especificidad el grupo de beneficiarios, tomando en consideración el contexto en que se expidió esa manifestación de voluntad (p. 7).

ii. Negocio jurídico unilateral

Otro de los posibles usos identificados por Smits (2017) para un código de RSE, es su simple declaración unilateral (p. 103). Esta es, a criterio del mismo autor, la situación más problemática de exigibilidad (p. 111), y consiste en la publicación de los códigos con simple manifestación del interés de la compañía en cumplirlos, ya sea con su publicación a través de su página web, o cuando su adopción se anuncia ante organismos gubernamentales, consumidores potenciales, otros grupos de interés o el público en general (p. 103). Se busca entonces teorizar si la autonomía privada puede implicar la obligatoriedad de los códigos corporativos desde su consideración como manifestaciones unipersonales de contenido parcialmente indeterminado.

Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014) estudian la formación de los negocios jurídicos y, tras depurar los requisitos listados en el artículo 1502, concluyen los autores que, para la existencia de un negocio jurídico es menester que concurren los siguientes elementos: la voluntad manifestada, el consentimiento⁵⁹, el objeto y la forma solemne (p. 84). Ha de anotarse que, como estipula Hinestrosa (2014) los particulares tienen, en principio, la libertad para disponer de sus intereses acudiendo a “figuras por fuera del catálogo legal”, y que, aunque no hay una presunción de merecimiento de la tutela legal, “pueden echar mano de figuras que no siendo legalmente típicas tengan tipicidad social o que, cuando menos, muestren un valor que impela al ordenamiento a adoptar una actitud de apoyo (...)” (p. 13).

De ser considerados con la calidad de negocio jurídico, los códigos corporativos serían actos unilaterales complejos, en la clasificación de Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014) por ser acuerdos de un órgano colegiado de la persona jurídica. El consentimiento como requisito de existencia en esta categoría no se constata con la mera “manifestación de voluntad de todos los intervinientes, sino que además esta debe converger en un solo querer” (p. 143). Es decir, se considera cumplido el requisito de consentimiento cuando haya un concurso de voluntades entre los miembros del órgano de dirección que lo está emitiendo, según estipulen sus normas decisorias.

De otro lado, el sistema acogido por el ordenamiento colombiano sobre la interpretación de los actos jurídicos consagra la “prevalencia en los actos jurídicos de la voluntad real de los agentes sobre la expresión material de ella”, según concluyen Ospina Fernández y Ospina Acosta

⁵⁹ Este es un requisito solamente para los negocios jurídicos convencionales.

(2014, p. 397) del artículo 1618 del Código Civil que estipula: “[c]onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. De esta norma los autores interpretan que el tenor literal de lo declarado en los negocios jurídicos habrá de prevalecer, a menos que el intérprete administrador de justicia encuentre claramente probada la discrepancia entre la intención real y su expresión material (p. 398).

Beckers (2017) expone que los emisores son libres de incluir en sus códigos de RSE descargos de responsabilidad mediante los cuales declaran que esas disposiciones no configuran un negocio jurídico, o afirman que su adopción y cumplimiento es voluntaria (p. 21). En estos casos, la interpretación natural será anteponer esta expresión material de voluntad y, por ende, no podrá exigirse su cumplimiento alegando un negocio jurídico vinculante. Sin embargo, nada obsta para demostrar que la intención real del emisor era comprometerse con el cumplimiento de esas declaraciones, o para exigir su cumplimiento mediante los otros argumentos desarrollados en este capítulo.

Ahora bien, cuando no se efectúan descargos de responsabilidad, y el emisor manifiesta de manera que mínimamente pueda determinarse la intención de dar algo, o de desplegar o no determinada conducta, y lo hace a través de los mecanismos decisorios previstos para sus órganos colegiados, es dable aseverar con ello su voluntad de comprometerse a cumplir dichos compromisos. En este entendido, tales elementos pueden tenerse como indicativos de la intención de obligarse, es decir, de la seriedad en la manifestación de voluntad, como requisito que ha de acreditarse en línea de predicar la vocación de producir efectos jurídicos, y con esto, el nacimiento de la declaración al mundo jurídico.

Puede decirse que el anterior requisito es acogido en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de su consagración para ciertas figuras específicas, entre las que vale destacar la oferta. Así quedó establecido en la Ley 519 de 1999, por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, al referirse en su artículo 14 a la oferta como negocio jurídico de formación unilateral. Al tenor de esta previsión, la oferta debe “indicar la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”⁶⁰. Similarmente, en la Sentencia del 23 de noviembre de 1989 proferida por la

⁶⁰ Artículo 14.1 *ibídem*. La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad civil precontractual, se señala que para que una invitación sea constitutiva de oferta debe tratarse de una declaración concluyente hecha en tal sentido, y que el amparo de la misma por parte del ordenamiento en casos de ruptura se fundamenta esencialmente en su conexidad con la buena fe como principio de derecho.

Con lo dicho, puede colegirse que la seriedad como elemento determinante para la juridicidad de un código de RSE deberá ser objeto de valoración para cada caso en concreto, en función de la interpretación que quepa sobre el sentido razonable de las palabras empleadas por el emisor del código. Si también se constata que el objeto de esa promesa es legal, y que se cumplió con la formalidad en el evento en que fuere menester, habrá surgido un negocio jurídico unilateral de acuerdo con la normativa estudiada.

Sentada esta base, cabe aventurarse en la normativa que sustenta su exigibilidad, adelantando que, como acotan Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014), “[e]n el Código Civil colombiano también está fuera de toda duda la obligatoriedad de ciertos actos jurídicos unipersonales” (p. 316). Para arribar a esta conclusión, los autores identifican que la obligatoriedad se predica de los compromisos unilaterales, que son aquellos actos que “se limitan a crear derechos crediticios en favor de terceros, y a cargo del agente único”, por oposición a los actos que generan obligaciones para quienes no han consentido en ellos (p. 316). Este esquema de promesa que obliga únicamente a su emisor, y en el cual quien no es parte de la formación del acto jurídico simplemente adquiere un derecho, caracteriza a un porcentaje importante de códigos de RSE. El fundamento normativo de esta aseveración puede encontrarse en el artículo 1494 del Código Civil, que enlista como una de las fuentes de las obligaciones “el hecho voluntario de la persona que se obliga”. Además, el artículo 34 de la Ley 57 de 1887 reconoce la obligatoriedad del hecho voluntario lícito de la persona que se obliga, nominado por esta disposición como ‘cuasicontrato’.

Un aspecto que a su vez resulta decisivo para la obligatoriedad de estas declaraciones unilaterales está relacionado con la conmutatividad de los negocios jurídicos. Respecto de este requisito tendiente a la calificación jurídica de las manifestaciones de voluntad, Michael Sandel (2009) anota lo siguiente:

En cuanto actos voluntarios, los contratos expresan nuestra autonomía; las obligaciones que crean tienen peso porque nos las imponemos a nosotros mismos, porque cargamos con ellas libremente. En cuanto instrumentos para el beneficio mutuo, los contratos beben del ideal de la reciprocidad; la obligación de cumplirlos procede la obligación de pagar a otros por los beneficios que nos aportan.

Con esto se significa que la manifestación de voluntad tiende a obligar a quien la emite en la medida en que perciba beneficios con ocasión de la misma. Lo anterior se presenta de manera clara para el caso de los códigos de RSE, debido a que tienen la potencialidad de influir positivamente en la calidad y desempeño de las sociedades que los acuñan. Al respecto Nuño (2019) sostiene que “pueden potenciar, optimizar su valor, hacerlas más competitivas, e incluso asegurar su supervivencia” (p. 451).

Recapitulando lo anotado, se tiene que los códigos corporativos podrían encajar en la definición de negocio jurídico unilateral y que, desde la concepción teleológica de la figura, el hecho de que el emisor se vea beneficiado por estas declaraciones fundamenta su obligatoriedad. Cada manifestación deberá estudiarse para evaluar el cumplimiento de los requisitos legales que el ordenamiento jurídico colombiano dispone para la vinculatoriedad de estos actos, entre los cuales se destaca la seriedad en la manifestación, es decir, poder interpretar razonablemente la intención del emisor de comprometerse con su declaración.

iii. Acto propio o principio de non venire contra factum proprium

Bernal Fandiño (2013) explica que la doctrina del acto propio ha sido considerada en la jurisprudencia colombiana como una regla jurídica derivada del principio general de la buena fe (p. 225). La autora define que, según esta doctrina, “(...) no se puede cambiar de comportamiento de forma injustificada cuando se ha generado en otra persona la expectativa de que ese comportamiento se mantendrá en el futuro” (p. 222). En relación con su efecto, señala que esta constituye “(...) un límite al ejercicio de los derechos subjetivos, con el fin de obtener en las relaciones jurídicas un comportamiento consecuente y coherente de las personas, y el respeto del principio de la buena fe” (p. 222).

Las circunstancias necesarias para su configuración fueron precisadas notablemente por la Corte Constitucional en Sentencia T-295 de 1999. Al respecto, se puntualiza que debido a que

su enunciación es meramente principialística, los requisitos que se estudian para esta figura no son homogéneos en la doctrina. No obstante, como elaboración aceptada, en aquella ocasión la Corte formuló que la aplicación de esta regla deriva de una serie de condiciones que Bernal Fandiño (2013) sintetiza así:

(...) de una conducta “jurídicamente anterior, relevante y eficaz” (A); del ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centro de interés, lo que crea la situación litigiosa debido a la contradicción existente entre ambas conductas –que atenta contra la buena fe– (B), y de la identidad de los sujetos o centros de interés que se vinculan en ambas conductas (C)⁶¹

Como observa Bernal Fandiño (2013), en la doctrina de los actos propios la conducta discordante se analiza objetivamente, con independencia de las razones que hayan dado origen a esa contradicción, y sin requerirse la evaluación acerca de si tuvo lugar o no una actuación de mala fe (p. 231). Por otro lado, la confianza que surge debe analizarse respecto de “aquel a quien ese comportamiento está dirigido” y “no se debe dejar de tutelar esa confianza por atender a la intención del agente” (p. 231). En esta línea, no ostenta relevancia estudiar si el comportamiento fue culposo, esto es, si la persona obró de manera negligente o descuidada, o si no consideró que su comportamiento podía resultar vinculante.

De conformidad con esta regla de derecho, la expedición de un código corporativo o el despliegue de actuaciones tendientes al cumplimiento del mismo, podrían sentar una expectativa legítima en una contraparte contractual sobre la existencia de un determinado estado de cosas relevantes de cara a la relación jurídica y su continuación en el tiempo, conforme a lo cual aquella adecúe su conducta. Al respecto, se precisa que el ordenamiento jurídico colombiano posibilita que tanto aseveraciones como comportamientos materiales generen dicha expectativa legítima, digna de protección. Como justificación de figura, en el Laudo Arbitral del 24 de octubre de 2002, el Tribunal de Arbitraje designado por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá adujo que “[n]o puede admitirse que tales verdaderas manifestaciones de voluntad se consideren inocuas o carentes de significación jurídica, cuando

⁶¹ Se resalta por su detalle el Laudo del 17 de marzo de 2004, proferido con ocasión de la disputa entre Multiphone S.A. contra Bellsouth Colombia S.A., en el cual se leen como características de la doctrina de los actos propios los requisitos ya esbozados: i) una primera conducta jurídicamente relevante y eficaz de un sujeto; ii) el posterior intento por el mismo sujeto de ejercitar una facultad o derecho subjetivo que resulta contradictorio con su conducta anterior; iii) la identidad de los sujetos que actúan y se vinculan en ambas conductas (p. 20).

demuestran una intención clara que se exterioriza de modo contundente en conductas con relevancia para el mundo del derecho”⁶² (p.83).

Así, en las relaciones contractuales que mantenga una compañía en particular como emisora de un código corporativo, podrá tener cabida esta regla de derecho, siempre y cuando se satisfagan sus requisitos. Esto procedería en eventos en los que no se hace referencia expresa a un código corporativo dentro del clausulado de un contrato dado, pero en los que la contraparte contractual de la compañía en cuestión albergue una expectativa legítima por que esta última actúe con sujeción al código.

Ahora bien, como se anunció, el principio de derecho que subyace a la teoría de los actos propios corresponde a la buena fe, cuya aplicación no se restringe al marco de un contrato. Esta afirmación encuentra respaldo al tenor del artículo 83 de la Constitución Política, el cual ordena a los particulares y autoridades públicas honrar el postulado de la buena fe en la totalidad de gestiones que adelanten, sin limitar su aplicación al ámbito de las relaciones contractuales. Con esto se significa que podrá generarse una expectativa legítima digna de tutela estatal incluso respecto de relaciones que se forjen fuera del marco de un contrato.

Así pues, nada obsta para que la doctrina de *venire contra factum proprium* aflore en el contexto de los instrumentos de autorregulación de las empresas, siempre y cuando la promulgación de un código de RSE como aseveración, o el despliegue de acciones tendientes a su cumplimiento, detente la entidad suficiente para que una persona derive, bajo un juicio razonable, la expectativa de su efectivo cumplimiento, esto es, que guarde confianza legítima en que el emisor no va a contradecir estos actos precedentes con una conducta posterior. A partir de una mirada general, Beckers (2017) recapitula las implicaciones detectadas como sigue:

[l]a protección de las expectativas legítimas y *venire contra factum proprium* son principios importantes en el comercio internacional que prohíben a los actores privados generar expectativas al hacer una declaración y al mismo tiempo mostrar un comportamiento contradictorio. El carácter de los códigos corporativos como promesas que generan expectativas en el contexto del mercado

⁶² De esta manera el Tribunal de Arbitraje consideró que cuando un contratante actúa de forma tal que logra cimentar una creencia en su contraparte de que a futuro procederá de determinada manera, pero que a la postre exhibe una conducta que termina por contrariar la pauta precedente sobre la que se confió, en dicho caso, tal sujeto obra en contravía de la buena fe (2002, p. 83).

son casi un ejemplo paradigmático de esta categoría. (p. 23)⁶³

Con base en lo descrito, la emisión de códigos corporativos podría categorizarse como un acto generador de expectativas de cumplimiento para los grupos de interés con los que una compañía entabla relaciones de diversa índole. De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia imperante, la inobservancia de esos compromisos, en este caso, defraudatoria de las expectativas forjadas, implica una contradicción que desobedece al principio de buena fe, y que el derecho juzga reprochable.

c. Competencia desleal y protección al consumidor

Nuño (2019) asevera que todo código de conducta, con independencia de su alcance o finalidad, incide en el marco institucional del mercado (p. 424). Similarmente, Carroll (2010) sostiene que la adopción de códigos de RSE tiene la virtualidad de influir las decisiones de consumo de la población, toda vez que al consumidor contemporáneo le interesa cada vez más que los productos y servicios que elige reflejen sus valores (p. 92).

Pero no solo se habla de una incidencia objetiva. Beckers (2017), al igual que un buen número de autores, llama la atención sobre la repercusión intencional de los códigos de RSE en el ámbito de los mercados, habida cuenta de que las declaraciones unilaterales no consisten en simples promesas altruistas y desinteresadas, sino que avizoran una clara ventaja competitiva, atrayendo consumidores e inversionistas (p. 26). En un estudio posterior sobre la materia, Beckers (2019) recurre a Köndgen, doctrinante alemán del derecho privado quien analiza exhaustivamente los efectos sociales previstos de la comunicación en sede de las relaciones públicas de las compañías. Sus planteamientos ponen en evidencia que las estrategias detrás de la comunicación de compromisos de RSE –aplicables para la divulgación de códigos de conducta– pueden relacionarse más ampliamente con las estrategias que las empresas despliegan para la comunicación en el terreno de las relaciones públicas. Tal comunicación representa una forma estratégica mediante la cual las empresas se involucran en una auto-presentación intencional, que tiene por objetivo inducir una expectativa específica entre los

⁶³ “Moreover, the protection of legitimate expectations and venire contra factum proprium are important principles in international trade that prohibit private actors from raising expectations by making a declaration and simultaneously showing contradictory behavior. The character of the corporate codes as promises that raise expectations in the context of the market are almost a paradigmatic example of this category”

destinatarios dentro de un contexto social particular, de acuerdo con Köndgen (citado en Beckers, 2019, p. 9). No ha de extrañar, pues, que la mayoría de académicos estén de acuerdo en que las compañías se involucran en iniciativas de RSE con el objetivo de hacerse con un grado de legitimidad, cualidad que se ha tornado crítica para la supervivencia de las mismas, según destacan Seele y Garri (2017, pp. 241 - 242)

Sobre lo dicho es pertinente recapitular la distinción que traza tanto Eijsbouts (2017) como Beckers (2017), en cuanto a las funciones externa e interna de los códigos conducta. En lo que respecta a la primera, se ha identificado que estos persiguen entablar una comunicación con el público en búsqueda de legitimidad social, por vía de las declaraciones de sostenibilidad. De esta manera, los códigos de RSE, valorados desde un punto de vista externo, son susceptibles de formar parte del discurso comercial de las compañías que los adoptan, que en caso de ser falso implica responsabilidades para las mismas, tal como se infiere con base en la lectura de Valor y de la Cuesta (2007, p. 144). Esto último se conoce como *greenwashing*, término comúnmente empleado para designar la desinformación ocasionada por una organización como consecuencia de presentar una imagen sostenible sobre sí misma, faltando con ello a la verdad.

Este entendimiento subyace al caso paradigmático de *Kasky v. Nike* en 2002, que culminó con sentencia condenatoria por falsa publicidad y competencia desleal. La Corte Suprema de California estimó falaces las declaraciones proferidas por Nike acerca de las condiciones laborales, reputadas como óptimas, dentro de las fábricas textiles operadas por sus proveedores en el sudeste asiático, lo cual, no obstante, no se correspondía con la realidad. En concreto, Nike había declarado públicamente en sus informes de RSE que sus proveedores adherían ejemplarmente a su código de conducta en lo atinente a los estándares laborales en las maquilas (McBarnet, 2009, pp. 41-42).

Siguiendo a Goldstein (2002), el litigio giró entorno a la determinación de la naturaleza de las declaraciones de Nike, contraponiéndose, por un lado, la posición según la cual estas formarían parte del discurso comercial de la compañía, quedando, por ende, sujetas a la regulación sobre competencia desleal y falsa publicidad del Estado de California; y por el otro, la tesis que defiende la libertad de expresión (*freedom of speech*) sobre asuntos de interés público, al amparo de la Primera Enmienda de la Constitución Política de los Estados Unidos. El fallador se decantó por la primera de las interpretaciones, atendiendo a que Nike, como orador comercial, realizaba declaraciones sobre sus propias operaciones mercantiles, teniendo por

audiencia a los consumidores reales y potenciales de sus productos, con el objetivo de influir sus decisiones de consumo (p. 67).

Como un segundo referente de derecho comparado, se hace mención a la legislación española sobre competencia desleal, la cual expresamente califica el incumplimiento de los compromisos asumidos en códigos de conducta como un acto desleal, y en particular, una acción engañosa⁶⁴, por cuanto los consumidores toman decisiones que de otra manera no habrían tomado. Al respecto advierte Nuño (2019) que “el reproche de deslealtad que se reserva a esta conducta no se funda en la infracción del código en sí misma considerada, sino en el engaño que propicia” (pp. 437-438). En otras palabras, el incumplimiento de los códigos de conducta no comporta un acto de competencia desleal *per se*, sino que para recibir dicho calificativo debe distorsionar significativamente el comportamiento económico de los participantes del mercado, esto es, hacerlos incurrir en un error de causa, tal como lo encuadra Nuño (2019, p. 438).

Así pues, de entenderse que las declaraciones que vierten las compañías en sus códigos de conducta tienen por efecto deseado procurar un mejor posicionamiento en el mercado, como lo indica Revak (2011, p. 1646), su inobservancia debe ser objeto de reproche jurídico, por cuanto atribuye a los servicios y productos ofertados características inexistentes, pero de atractivo para el consumidor. Tal inducción al error es susceptible de juzgarse como una conducta desleal a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, subsumible bajo la cláusula general de prohibición de la Ley 256 de 1996, así como un acto de publicidad engañosa proscrito por el Estatuto del Consumidor.

De este modo, la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal permite entrever que la cláusula general de prohibición ha de tenerse por una norma autónoma⁶⁵, toda vez que el fin de la misma estriba en reprimir las conductas que

⁶⁴ Esta calificación se introdujo con la Ley 29 de 2009, por la cual se modifica el régimen legal de la competencia desleal en España. Su artículo 5º titulado “Actos de engaño” dispone en el numeral segundo: “cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios”.

⁶⁵ Artículo 7o. *Prohibición general*. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial. En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o

atenten contra la buena fe comercial y la lealtad, que no estén cobijadas bajo los supuestos de los artículos 8 a 19 de la Ley 256 de 1996.⁶⁶ Según Jaramillo (2013) la aplicación de la cláusula general se deriva, entonces, de la contravención al principio de la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles, usos comerciales honestos o de la afectación a la libre elección de los consumidores, en la medida en que los hechos o actos enjuiciados escapen de la tipicidad de las conductas específicas establecidas por el legislador (p. 23). Como se aprecia, la activación de la cláusula general de prohibición en eventos de inobservancia de los compromisos asumidos en códigos corporativos se fundamenta en la afectación a la libre elección de los consumidores.

En Colombia situaciones de este tipo caen, asimismo, bajo el supuesto de publicidad engañosa. Sobre el particular, ha de estarse a la definición de publicidad que consagra la Ley 1480 de 2011 en su artículo 5, numeral 12, a saber: “toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”. Del mismo modo, en el numeral subsiguiente la norma define la publicidad engañosa como “aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”. No sobra añadir que los beneficiarios del régimen de protección al consumidor, y potenciales legitimados en la causa por activa, pueden ser tanto personas naturales como jurídicas que accedan a cualquier producto o servicio como destinatarios finales, de acuerdo con la definición de consumidor que trae el inciso 8 del artículo 5 *ibidem*⁶⁷.

A este punto, resulta oportuno hacer referencia al Decreto 1369 de 2014, el cual fija los requisitos que debe reunir toda publicidad alusiva a cualidades, características o atributos

hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

⁶⁶ A efectos tanto ilustrativos como sintéticos, se transcribe el título de cada una de las conductas específicas sancionadas por el legislador, por oposición a la cláusula general de prohibición.

Artículo 8: Actos de desviación de la clientela. Artículo 9: actos de desorganización. Artículo 10: actos de confusión. Artículo 11: actos de engaño. Artículo 12: actos de descrédito. Artículo 13: actos de comparación. Artículo 14: actos de imitación. Artículo 15: explotación de la reputación ajena. Artículo 16: violación de secretos. Artículo 17: inducción a la ruptura contractual. Artículo 18: violación de normas. Artículo 19: pactos desleales de exclusividad.

⁶⁷ Artículo 5o. *Definiciones*. Para los efectos de la presente ley, se entiende por: (...)

3. Consumidor o usuario: toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

ambientales de los productos que se anuncien como beneficiosos para el medio ambiente⁶⁸. Dentro de las consideraciones que dieron lugar a la expedición de dicho Decreto, descolla el uso en aumento de este género de publicidad. Al respecto, Beckers (2019) aduce que las declaraciones respecto de los compromisos de RSE contenidas en los instrumentos de autorregulación integran el plexo de características esperadas del producto o servicio ofertado (pp. 4-5).

En este entendido, el desacato de un código de conducta por la compañía que lo acuña tiene la potencialidad de mellar en el acceso a una información adecuada que permita hacer elecciones bien fundadas, cual es uno de los medios para proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, tal como se lee en la parte considerativa del Decreto 1369 de 2014. Valga recordar que de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 1480 de 2011, son derechos de los consumidores, entre otros: “obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación (...)” y “recibir protección contra la publicidad engañosa”.

Así, en atención al consenso doctrinal previamente ilustrado sobre la inserción de los códigos de conducta y declaraciones de cumplimiento relacionadas, en el concepto de discurso comercial empresarial, o dicho de otro modo, en razón de la pretendida incidencia de estos instrumentos autorreguladores en las decisiones de consumo, se está bajo la definición de “publicidad” acogida por el Estatuto del Consumidor, la cual llevará el signo de engañosa en el evento de que el código de conducta enarbolado no se corresponda con la realidad, de manera que induzca al error. Para que ello pueda predicarse, la existencia de un código de conducta, respecto del cual el consumidor presume su observancia, o según el caso, confía en las declaraciones públicas de cumplimiento proferidas por la compañía, debe jugar un papel relevante en la prefiguración de la decisión de consumo.

Luego, el incumplimiento de los compromisos asumidos en los códigos corporativos puede comportar un acto de publicidad engañosa a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, en tanto vulnera el derecho del consumidor a recibir información veraz y verificable,

⁶⁸ Según el numeral 8 del artículo 5 del Estatuto del Consumidor, producto es todo bien o servicio.

condicionándolo a tomar decisiones que de otro modo habría descartado, es decir, basadas en una representación errónea de la realidad del producto o servicio al que accede. Ello, sin desconocer que solo las particularidades de cada caso podrán dar cuenta de la configuración de este engaño. Cabe señalar que en estos eventos podrá intentarse una acción popular como estrategia de prevención, una acción administrativa sancionatoria, o una acción de reparación.

d. Los códigos corporativos en los regímenes transnacionales de producción

Gunther Teubner (2017), sociólogo y jurista alemán destacado en el campo de la teoría social del derecho, plantea consideraciones transversales a las posturas anteriormente abordadas, desde la doctrina del derecho transnacional, enfoque apto para capturar la vinculatoriedad de los códigos corporativos promulgados por las empresas multinacionales. Su propuesta se fundamenta en la distinción entre dos “variedades” de capitalismo, con lo cual afirma que el grado de exigibilidad de estos dispositivos depende de las diferencias entre los regímenes de producción. En las próximas líneas se desglosa su tesis con cierto pormenor.

En primer lugar, debe establecerse qué entiende Teubner (2017) por régimen productivo, toda vez que dicho concepto remite a las variantes del capitalismo sobre las cuales se erige la graduación de la vinculatoriedad de los códigos corporativos. Para él, un régimen de producción refiere a las condiciones del marco institucional que propician la actividad económica, estructurando la producción de bienes y servicios a través de mercados e instituciones relacionadas (p. 84).

Bajo la definición ofrecida, el autor sostiene que si bien los regímenes de producción hunden sus raíces históricas en la vieja unidad de estado-nación y economía nacional, en razón de la irrupción de las empresas multinacionales y sus filiales, y de la globalización de los mercados, esta unidad se pone en entredicho, abriendo el paso al apogeo de las relaciones transnacionales, en una dimensión caracterizada por la superposición simultánea de diferentes sistemas normativos. En este contexto, el gobierno corporativo, el financiamiento empresarial, la educación gerencial, las relaciones contractuales de las redes de suministro y distribución, la regulación de conflictos entre empresas, las redes interorganizacionales, y los procesos de estandarización, forman hoy por hoy un sistema interconectado que tiende a la autorregulación (pp. 84 - 85).

Lo anterior puede complementarse con la mirada que Grabosky (2017) arroja sobre la materia, al sugerir como tendencias que se han intensificado en la última mitad de siglo, el debilitamiento o si se quiere, la retirada simbólica de las actividades reguladoras estatales, así como el incremento en el número de participantes no gubernamentales en los procesos de regulación. Dicho autor observa que “los gobiernos pueden buscar gobernar a distancia fomentando de hecho iniciativas quasi-reguladoras por parte de los actores privados” (p. 155).⁶⁹

Retomando a Teubner (2017), es posible identificar dos regímenes de producción diferenciados, insertos en las dinámicas del capitalismo, globalización y transnacionalización previamente aludidas. Estos son, por un lado, la cultura económica angloamericana, con países como Gran Bretaña, Estados Unidos, Irlanda, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, conformando un grupo de “economías de mercado liberales”; y por el otro, la cultura económica europea, donde sobresalen Alemania, Suecia, Noruega, Finlandia, Países Bajos, Suiza y Austria, bajo la agrupación de “economías de mercado coordinadas” (p.88).

En las primeras, las asociaciones industriales y los sindicatos se reputan débiles en comparación con el liderazgo jerárquico ejercido por las altas direcciones empresariales. En el marco institucional, la coordinación entre el sector económico, el político y demás actores de la sociedad se relega a las fuerzas del mercado o exclusivamente a la regulación estatal. En contraste, los mercados europeos refulgen por sus orientaciones democráticas y de estado de bienestar visiblemente más fuertes que sus contrapartes angloamericanas, así como por la coalición de organizaciones neo-corporativistas estrechamente tejidas en la coordinación de la economía, por vía de los acuerdos de negociación neo-corporativistas. A través de los mismos, las empresas del tejido económico europeo cooperan con las instituciones reguladoras del estado de bienestar y con diversas organizaciones sociales (Teubner, 2017, p. 88 y 89). En palabras de este autor:

Las asociaciones económicas y las grandes empresas coordinan los mercados mediante el desarrollo de normas técnicas, contratos estándar y procedimientos de solución de controversias. Las asociaciones económicas negocian estándares técnicos y sociales con el gobierno. Los tribunales crean obligaciones sociales para las empresas económicas. Así, se construye una economía pública

⁶⁹ “(...) governments may seek to govern at a distance by actually encouraging compensatory initiatives of a quasi-regulatory nature on the part of private actors”.

negociada. (p.89)⁷⁰

Con lo dicho, Teubner (2017) asevera que la divergencia entre los regímenes de producción mencionados se expresa claramente en la pregunta actual por la calificación de los códigos corporativos como jurídicamente vinculantes en manos de los jueces, y la consecuente coerción para su cumplimiento efectivo. En concordancia, Beckers (2017) describe que algunos tribunales estatales se muestran reticentes, mientras que otros adoptan una posición más proactiva y progresista (p. 19). Tales posturas se estructuran en función de la pertenencia a uno u otro régimen productivo, como sigue.

El grado de exigibilidad de los códigos corporativos depende, pues, de los regímenes de producción donde tenga lugar en concreto la revisión judicial. Ilustrativamente, los tribunales de justicia de las economías de mercado liberales suelen negar la naturaleza vinculante de los códigos corporativos, salvo en lo tocante a las preferencias del consumidor y distorsiones del mercado, en materia de competencia desleal y publicidad engañosa. Por ende, la “juridicidad” de los compromisos volcados en un código corporativo se circunscribe a este ámbito del derecho, de modo que la única interpretación jurídica que les cabe tiene que ver estrictamente con su conformidad con el mercado (p. 92).

Por su parte, en el régimen productivo europeo, las posibilidades de hacer cumplir los códigos corporativos de las empresas transnacionales sobrepasan la limitada perspectiva mercantilista del eje angloamericano. Si los códigos de conducta se importan a los acuerdos neo-corporativistas, quedan sujetos a los principios fundamentales del estado de bienestar y de la democracia económica, así como a una juridificación más amplia por parte de los tribunales europeos (Teubner, 2017, p. 92). Estos ejercen control judicial sobre el contenido de los códigos en la medida en que se considera que consagran obligaciones que tienen un efecto de protección para los consumidores, pero también, para los trabajadores. A guisa de ejemplo, puede citarse el caso de Walmart en Alemania en el año 2005. Dicha multinacional había promulgado un código corporativo estricto, que gobernaban incluso la vida privada de los empleados, con una cláusula prohibitiva del cortejo entre el personal. Con ocasión de un litigio, los tribunales se rehusaron a permitir que Walmart apelara al carácter no vinculante del código,

⁷⁰ “Economic associations and large enterprises coordinate markets through the development of technical standards, standard contracts, and procedures of dispute settlement. Economic associations negotiate technical and social standards with the government. The courts create social obligations for economic enterprises. Thus, a negotiated *ordre public économique* is constructed”.

y en consecuencia, ordenaron la eliminación de la cláusula cuestionable (Teubner, 2017, p. 93).

Asimismo, el núcleo jurídico de los códigos corporativos se amplía en la cultura económica europea para abarcar aquellas manifestaciones que incumben al interés público. Con ello, los Tribunales juzgan que estos instrumentos contienen obligaciones para las empresas transnacionales en lo respectivo (p. 93)⁷¹.

En virtud de lo anterior, Teubner (2017) concluye que en la Europa continental, el derecho de la competencia, el derecho contractual, y la irradiación transversal de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos, forman un conjunto de doctrinas complementarias, de manera que el derecho privado, inspirado en el Estado de bienestar europeo, tiene a su disposición diversas herramientas para la calificación jurídica de los instrumentos *sub examine*.⁷² “De este modo, los tribunales pueden asegurar el carácter legalmente vinculante de los códigos y permitir su aplicación bajo la ley nacional ”(p. 94)⁷³.

En ese entendido, Teubner (2017) aduce que con motivo de las declaraciones unilaterales públicas de auto-obligación, el panorama jurídico global da la bienvenida a una nueva forma de *hard law*: los códigos corporativos, que serían una especie de normas transnacionales. Mientras sus homólogos “públicos” y “unitarios”, formulados por las instituciones económicas del mundo estatal, tan sólo pueden incorporar principios de *soft law*, los códigos privados del nivel corporativo emergen como cuerpos de reglas jurídicas (p. 90 y 91). Ello, pese a la insistencia categórica de las empresas multinacionales en cuanto al carácter no vinculante de las disposiciones vertidas en sus códigos, buscando obstaculizar la interpretación y aplicación de los mismos (Teubner, 2017, p. 92).

Con lo dicho, Teubner (2017) reflexiona que en medio de las catástrofes ecológicas, condiciones laborales deplorables, el trabajo infantil, las violaciones a los derechos humanos y la complicidad de las empresas multinacionales en la corrupción, no es para menos que el

⁷¹ Teubner cita los casos de *Lidl* en Alemania (2010), *Auchan* (2014) y *Samsung* (2018), ambos en Francia, que demuestran lo difícil que resulta para las multinacionales alegar la no vinculatoriedad de sus códigos cuando han declarado auto-obligaciones que envuelven el interés público, pero que a la postre, incumplen (p. 93).

⁷² Como último recurso dentro del derecho privado, siempre podrá invocarse la doctrina de *venire contra factum proprium*, de acuerdo con Teubner (2017, p. 94).

⁷³ “Thereby the courts can assure the legally binding character of the codes and enable their enforcement under national law”.

ordenamiento privado de estas compañías, en la asunción de compromisos de cara al interés público, se eleve al rango de normas precisas y vinculantes, ante el fracaso de las iniciativas políticas del derecho internacional (Teubner, 2017, p. 89 y 90). En este punto coincide Beckers (2017) cuando señala que los códigos de RSE de las compañías que operan globalmente pueden considerarse “(...) un componente importante para llenar el vacío de gobernabilidad a nivel internacional (...)” (p. 26)⁷⁴.

e. **Soft law**

Subsidiariamente, si pese a lo expuesto los códigos corporativos no revisten por mérito propio las cualidades que permitan predicar su exigibilidad jurídica, su naturaleza, en tanto no sea merecedora de tutela estatal, pertenecerá al ámbito del *soft law*. De acuerdo con Nuño (2019), esta categoría “(...) ha sido utilizada por la doctrina en el contexto de los Códigos de Conducta” (p. 290). Por la misma, ha de entenderse el fenómeno del derecho que comprende aquellos instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona, pero que producen efectos jurídicos (Nuño, 2019, pp. 290-291). El recurso a esta institución se juzga acertado, por cuanto en su definición suelen concurrir dos elementos: “el carácter no jurídicamente vinculante y una cierta relevancia jurídica” (Nuño, 2019, p. 291).

Por tanto, es menester ahondar en la caracterización jurídica del *soft law* a fin de determinar la relevancia para el derecho que tienen los Códigos Corporativos desde esta perspectiva, no sin antes advertir que “la categoría del *soft law*, sin embargo, no es homogénea”, tal como lo subraya Rodota (2010, p. 22). Esta suele englobar una multiplicidad de instrumentos diversos, y no se reduce a una sola fuente ni a una sola tipología, lo que bien podría explicarse en la falta de unanimidad respecto de su contenido y de las funciones que debería desempeñar (Nuño, 2019, p. 290). Por dicha razón, en lo que sigue, se procurará dar cuenta de las líneas generales del concepto.

Una aproximación genérica al carácter de los instrumentos de *soft law* transita por la calidad del sujeto productor como autoridad privada inserta en dinámicas de poder/conocimiento, así como del procedimiento marcadamente informal para su creación, tal como lo sugiere Cutler (2013, pp. 722 - 729). Para García Rubio (2012) el *soft law* “(...) nace con frecuencia a partir

⁷⁴ “(...) they can be considered an important component in filling the governance gap on an international level (...)”.

de actores no estatales, es decir, emana de agencias que no tienen autoridad legislativa nacional o internacional (...)" (p. 7). Sobre el punto, Rodota (2010) observa que "[a]unque el *soft law* se identifique habitualmente como una fuente privada, a él recurren incluso sujetos públicos" (p.22). Ello, valga decirlo, pone de presente la referida amplitud conceptual del término.

A su vez, conforme lo señala Jackson (2010), una nota distintiva del *soft law* de la nueva gobernanza económica mundial reside en que este se apoya en mecanismos de aplicación descentralizados, en contraste con las normas de los regímenes legales tradicionales, las cuales se aplican a través de sistemas centralizados de sanciones (p. 46). Así, según Sanahuja (2014), la presión reputacional, la emulación en los rankings internacionales, la presión de los pares, y la participación de los organismos internacionales configuran un marco de incentivos y sanciones en el cumplimiento de las normas de *soft law* (p. 60). En esta línea, vale resaltar el rol de organizaciones civiles, tales como el Institute for Multi-Stakeholder Initiative Integrity (MSI Integrity), que ejercen una especie de auditoría social a las corporaciones, y que monitorean el impacto de estos actores del sector privado en temas como derechos humanos.⁷⁵

En esta vía, Galander, Walgenbach y Rost (2015) sostienen que los mecanismos sociales de aprobación y desaprobación operativos en el contexto de las normas sociales pueden ilustrar la generación de conformidad con normas de *soft law*. De esta manera, afirman que: "(...) la dinámica de la norma social apuntala la fuerza del *soft law* como alternativa o extensión del *hard law*" (p. 45).⁷⁶

Asimismo, tales autores mencionan que el *soft law* es sumamente adaptativo en entornos que cambian rápidamente, fortalece y enriquece el *hard law*, y surte efectos instructivos para los sujetos que resultan en estrategias mejoradas de resolución de problemas en el tiempo (Galander et al., 2015, p.33). Sobre esto último, Brummer (2010) razona que, al escapar de la legalidad formal, el *soft law* permite que las partes involucradas estimen el impacto de las reglas en la práctica, cuya flexibilidad, a su turno, posibilita evaluaciones correctivas sucedáneas (p. 12).

Adicionalmente, no puede perderse de vista que el *soft law* posee gran valor en la interpretación del derecho positivo y en su transformación progresiva, tal como lo apunta Fernández Liesa

⁷⁵ A manera de ejemplo, véase el "MSI Integrity, Not Fit-for-Purpose: The Grand Experiment of Multi-Stakeholder Initiatives in Corporate Accountability, Human Rights and Global Governance (Summary Report)", publicado en julio de 2020.

⁷⁶ "(...) social norm dynamics underpin the strength of soft law as an alternative to, or extension of, hard law".

(2016, p. 71). Al hacer las veces de rasero interpretativo, el *soft law* sirve como herramienta de seguridad jurídica, de acuerdo Nuño (2019, p. 296). En concepto de este autor:

[i]ncluso el *soft law* puede resultar un instrumento para incentivar, justificar y legitimar el recurso al *hard law*. En definitiva, la principal tarea de estos instrumentos es hacer más efectivo el *hard law* o derecho vinculante, que goce de mayor eficacia, pues llega donde este no llega, completando su regulación, rellenando sus lagunas, interpretándolo y sirviéndole de base para una construcción imperativa posterior (pp. 296-297)

En relación con el dinamismo propio de este ámbito de producción normativa, Rodota (2010) señala que “se ha hecho evidente, con carácter general, que la regla jurídica flexible, experimental, homeostática, es realmente necesaria” (p. 22). Tal aserción es secundada por García (2012) cuando comenta que:

[a]l mundo globalizado le quedan estrechos los trajes del Derecho nacional, e incluso del Derecho internacional considerado *hard law*, no sólo por su limitado alcance territorial, sino también por su rigidez. La lentitud del proceso legislativo se compadece mal con la velocidad de los cambios y los requerimientos sociales (...). (p. 7)

Finalmente, dentro de la línea de pensamiento de Jackson (2010), las normas de *soft law* representarían las expectativas de diversas comunidades económicas en el mundo, que conforman la llamada sociedad civil global, entre cuyas pretensiones sobresale la exigencia por que las compañías alineen sus prácticas con estándares de sostenibilidad. Desde la perspectiva del contrato social latente en el razonamiento de ese autor, el *soft law* constituiría una valiosa alternativa a la autoridad gubernamental en la era de la globalización, capaz de dar cuenta de los crecientes consensos sociales que se han alcanzado a nivel global, por ejemplo, en sede de la responsabilidad de las empresas (pp. 44-46).

Con base en lo anterior, los Códigos Corporativos pueden ser un buen ejemplo de *soft law*. Tal aseveración, no obstante, está supeditada a la desestimación de las consideraciones que líneas arriba abogaron por la vinculatoriedad imperativa de estos instrumentos. Así pues, en el evento de desvirtuar su carácter como norma vinculante, les resta, no obstante, relevancia jurídica. Entendidos como una especie de normas informales y privadas de actuación, los Códigos Corporativos, de acuerdo con Nuño (2019), tienen un valor integrador de conceptos y principios de tinte jurídico (p. 450), tales como como la buena fe, la sostenibilidad, la *lex artis*, los mejores intereses de la compañía, el interés público, entre otros. En palabras de este autor

“no puede ignorarse el valor del Código de Conducta a los efectos del Derecho interno”(p. 297), máxime cuando los agentes emiten actos bajo el ánimo de ajustar su conducta de conformidad.

“Es más, teniendo los códigos un innegable aspecto experimental, cuando una parte de la normativa deontológica haya sido probada y se hayan puesto de relieve aspectos regulatorios que merecen ser consolidados, estos deberían traducirse en normas legales” (Nuño, 2019, p. 297). Con ello, dicho autor hace referencia a la conocida transición del *soft law* al *hard law*, lo cual no tendría que suceder de un modo que anule la autonomía privada de la voluntad, tal como sería el caso en el que se surta la positivación del contenido sustancial de los códigos por vía legislativa. Dicha suplantación podría no ser deseable. En cambio, el planteamiento de Nuño puede retroalimentar la línea de pensamiento del presente trabajo, en la medida en que el paso de un ámbito a otro se catapulte a través de la tutela del ordenamiento jurídico, en virtud de la función social de la autonomía privada, con base en los apuntes de Hinestrosa (2014), de manera que el Código Corporativo, reconocido como socialmente útil y digno de apoyo del ordenamiento, devenga un negocio jurídico fruto de la autonomía de los sujetos, de su poder creador de normas.

Ahora, desde la perspectiva del cambio social, la formulación de Códigos Corporativos captura la “nueva cultura”, como la llama Nuño (2019), de las relaciones sociales, de los negocios, de la empresa, del gobierno societario (p. 449). Dichos instrumentos pueden adaptarse con facilidad a las demandas sociales y ofrecen estrategias para el aprendizaje tanto individual como colectivo (Brummer, 2010, p. 12). De hecho, puede aseverarse que es su vocación acoplarse a las reclamaciones de la sociedad civil.

En sintonía con lo anterior, si a los Códigos de Conducta ha de asistirles un rol de *soft law*, entonces fungen como una alternativa a la autoridad gubernamental en la era de la globalización. Ello es particularmente cierto en tratándose de empresas transnacionales, cuyas actividades comerciales se sitúan más allá del alcance de los estados-nación (Jackson, 2010, p. 43).

A este punto, vale la pena remitirse a Teubner (2017), quien pone en evidencia la evolución sustantiva de los Códigos Corporativos, que ya no se limitan a mediar los intereses distributivos del capital y el trabajo dentro de las empresas. En la actualidad, las protestas de la sociedad

civil trascienden estas temáticas y obligan a las compañías a regular intereses públicos globales (p. 96).

En este contexto, tanto la adopción de Códigos de RSE como su observancia, resultan del ejercicio continuado y punzante del control social, partiendo del entendido de que “(...) la globalización ha ampliado el papel de los actores no gubernamentales en la configuración de la gobernanza global” (Jackson, 2010, p. 43). En tal escenario, se cristaliza la tensión entre las compañías y la sociedad civil, en tanto actores privados, donde “(...) las fuerzas sociales y del mercado interactúan cada vez más con la ley, con formas más complejas de gobernanza emergentes” (McBarnet, 2009, p. 30).⁷⁷

En esta línea, McBarnet (2009) anota que las ONG y miembros de la sociedad civil presionan con creces a las compañías en la rendición de cuentas sobre los compromisos asumidos en sus Códigos de Conducta, lo cual ha sido encauzado tanto a través de mecanismos sociales, como también, legales (p. 41). Con una sociedad civil activa, las declaraciones voluntarias vertidas en los Códigos pueden llegar a tener implicaciones legales, según alerta este autor (p. 41). Tal es el caso de los conflictos jurídicos que giran entorno a la competencia desleal y publicidad engañosa con ocasión del incumplimiento de las disposiciones contenidas en los Códigos Corporativos.

Fuera del ámbito jurídico, la eficacia de estos instrumentos deriva de la sanción reputacional desde una perspectiva económica, social o ética, de acuerdo con Nuño (2019, p. 308). De esta manera, las empresas están expuestas al juicio de una variedad de *stakeholders* que incorporan expectativas de conducta y muestran diferentes motivos de sanción (Galender et al., 2015, p. 46). La evaluación pública del comportamiento corporativo, especialmente importante para las empresas que cotizan en bolsa, constituye un factor crítico para mantener la reputación y la confianza, y asegurar el atractivo económico de cara a los inversionistas, entre otras partes interesadas (Galender et al., 2015, p. 37). Nuño (2019) concuerda al referir que las compañías que no respondan a las expectativas alentadas por sus códigos, pierden atractivo a ojos de los inversionistas, quienes desviarán su capital hacia aquellas que sí honren el contenido de los mismos (p. 452).

⁷⁷ “(...) social and market forces increasingly interplay with law, with more complex forms of governance emerging”

IV. Conclusión

A la luz de lo expuesto, y sin desconocer que lo anterior no pasa de ser un desarrollo tentativo para futuras reflexiones jurídicas, pueden intentarse algunas conclusiones desde una visión que pretende ser holística, sin descuidar algunos apuntes de detalle. Ello, en línea de auscultar como fin último la dimensión jurídica que le cabe a la sostenibilidad cuando es volcada en auto declaraciones.

En primer lugar, salta a la vista que los códigos corporativos ostentan un carácter peculiar, que deviene de su inserción a medio camino entre lo público y lo privado, dualidad que representa su fortaleza, pero al mismo tiempo su mayor flaqueza, como lo sustenta Beckers (2017, p. 27). En ese sentido, en ellos puede discernirse la comunión de elementos como los siguientes: un compromiso de la empresa hacia sus grupos de interés; en ocasiones, un contrato privado con sus proveedores, y un contenido sustantivo que regula el interés público, donde sobresale el respeto por los derechos humanos, la mejora de los estándares laborales, la protección al medio ambiente, la transparencia y prevención de la corrupción, entre otras cuestiones.

En segundo lugar, se evidenció que el tema está en disputa. De la mano de un empleo excesivo del término “sostenibilidad” que incluso amenaza con su distorsión, las empresas se involucran con ahínco en la adopción de códigos corporativos abocados a este fin. Su aparición es reciente, y su difusión en el mercado, rampante. No obstante, esta figura no se encuentra dentro del catálogo legal típico.⁷⁸ Lo anterior, aunado a una naturaleza de difícil aprehensión, conlleva a que a nivel doctrinal y jurisprudencial convivan posturas contrapuestas acerca del grado de exigibilidad que le cabe a dichos instrumentos.

Desde la perspectiva del derecho societario, la remisión en los estatutos a un determinado código de conducta, o dado el caso, la previsión estatutaria de tornar exigibles los compromisos voluntarios unilaterales de RSE que asuma cierta compañía, pareciera poder zanjar pacíficamente la discusión en atención al carácter normativo de los estatutos y su imperatividad, haciendo del código corporativo una norma que tiene por vocación regir el funcionamiento de la sociedad. En este entendido, constituye derecho interno para la

⁷⁸Según Hinestrosa (2014), mientras que la consagración de una figura en la ley positiva constituye un seguro de legitimidad, la mera tipicidad social y más aún, el solo hecho de novedad o hibridación, no apareja dicha seguridad, ni tampoco la presunción de merecimiento de tutela jurídica. En esos eventos, la jurisdicción ha de mantener una postura de indiferencia hasta tanto no se compruebe la utilidad social de la figura (p. 13)

corporación.

De su parte, cuando el código es adoptado mediante decisión de los órganos de dirección o de la junta directiva en supuestos de delegación de facultades, se argumentó desde la teoría societaria y lineamientos jurisprudenciales replicables por analogía *legis*, que el cumplimiento interno del código puede ser asimismo exigible en atención a las leyes aplicables y estatutos correspondientes en lo tocante a la fuerza vinculante de las decisiones de los órganos sociales. Tanto en estos eventos como en los previstos en el párrafo precedente, las consecuencias de la inobservancia del código corporativo legitiman en la causa al ente societario, a los asociados y a terceros que integren dichos órganos para la interposición de las acciones procedentes.

Igualmente, se subraya que como obligación específica del deber de diligencia en cabeza del administrador, este debe acatar los estatutos y las directrices impartidas por los órganos internos, de ahí que su responsabilidad pueda verse comprometida en eventos de inobservancia del código corporativo. En consecuencia, si de la contravención a un código corporativo que haya sido acogido por vía estatutaria o mediante decisión de los órganos de dirección o de la junta directiva, se desprenden perjuicios irrogados directamente sobre cualquier individuo, procede la interposición de una acción individual de responsabilidad contra el administrador societario negligente con miras al resarcimiento del daño. A su turno, la sociedad administrada podrá intentar la acción social de responsabilidad cuando su patrimonio social haya resultado lesionado, fruto del desconocimiento del código corporativo por parte del administrador societario.

Ahora, tras analizar las diferentes interpretaciones con arraigo en el derecho civil, resulta patente que la inclusión de una cláusula que estipule la remisión a un determinado código corporativo como parte integrante de un contrato en particular, le confiere carácter obligatorio en los términos pactados. Consecuentemente, su incumplimiento podría activar el régimen de responsabilidad contractual. Asimismo, de la mano de esta incrustación contractual es posible alegar el surgimiento de derechos para terceros, lo que se enmarca en la figura de la estipulación para otro.

En lo que refiere al código corporativo como manifestación unilateral de la voluntad, reviste utilidad identificar que como consecuencia de su adopción, normalmente se producen beneficios para el emisor, los cuales, en virtud del principio de conmutatividad, fundamentan teleológicamente la vinculatoriedad de estas declaraciones. La seriedad en la exteriorización

de una voluntad encaminada a la causación de efectos jurídicos, de su parte, puede colegirse de la ausencia de descargos de responsabilidad en el respectivo código. Adicionalmente, ha de atenderse al hecho de que estos suelen envolver el interés público, como un argumento convincente que viene al caso. Con lo anterior, podrán ser merecedores de tutela estatal, la cual, según lo expuesto, es determinante en sede de la existencia y eficacia de figuras que aspiren a ropaje jurídico.

Asimismo, se atisba que la doctrina de *non venire contra factum proprium* puede ser persuasiva sin perjuicio de su aplicación subsidiaria. Al tenor de la misma, será necesaria una primera conducta material o de aserción que permita suponer que un determinado estado de cosas existe; para el caso concreto, la idea de que una compañía adhiere a los compromisos asumidos en su código corporativo, y que no obstante, en un momento posterior actúe de manera contradictoria, desconociendo los actos o aseveraciones que haya realizado. En ese supuesto, la parte contratante estará facultada para pedir que el ordenamiento proteja dicha expectativa legítima. Ello procede en los contratos en cuyo articulado no se hace remisión expresa al código corporativo. De igual modo, fuera del marco contractual, terceros interesados podrían acudir a similar razonamiento.

En sede de esta última afirmación adquiere relevancia la flexibilización del paradigma interpretativo que según Beckers (2017) es requerida en la doctrina privatista para sentar las bases de la vinculatoriedad de estos instrumentos de autorregulación y dar cabida a las reclamaciones de terceros beneficiarios (p. 25). Lo mismo cabe decir en relación con la figura de estipulación para otro. En suma, la legitimación por activa de las comunidades locales y trabajadores bajo esquemas de subcontratación, y de cualquier otra parte interesada identificable como beneficiaria de un código de RSE, se supedita a la flexibilización de las reglas sobre interpretación y complementación de los negocios jurídicos.

Por lo visto, ante la ausencia de una previsión legal expresa que regule la vinculatoriedad específica de estos instrumentos, se acudió a principios generales del derecho, tales como la buena fe subyacente a la doctrina de *non venire contra factum proprium*, principios de conmutatividad, función social, y la irradiación de la filosofía del derecho al negocio jurídico. Lo anterior posibilita extender la cobertura de la eficacia jurídica desde una visión comprensiva del derecho.

En lo que respecta al derecho de la competencia y la protección del consumidor, el panorama

jurídico pareciera más aquiescente de la propuesta por la juridicidad de los códigos corporativos. Los autores consultados, entre estos Teubner (2017) y Beckers (2017), parten mínimamente del reconocimiento de este alcance. Así, constatada la caracterización de los códigos como discurso comercial, según la doctrina y jurisprudencia comparada, y tanteada la normativa colombiana en lo respectivo, su vinculatoriedad en este campo del derecho constituye el núcleo mínimo de protección jurídica.

Tras un primer análisis de las posibilidades para el caso colombiano de saldar la cuestión, es posible advertir que Colombia opera como una economía de mercado liberal más que como una de mercado coordinado, siguiendo la clasificación de Teubner (2017). Siendo este el escenario y atendiendo a que este tipo de economías no se caracterizan por una cooperación orgánica entre sectores, ni por una ideología de Estado de Bienestar robusto, pueda ser que las hipótesis más disruptivas se juzguen en demasía ambiciosas en la sensibilidad jurídica colombiana.

No obstante, ello, la dogmática jurídica puede encaminarse para la gestación y armonización de una teoría que fundamente la juridicidad plena e independiente de los códigos corporativos, con base en las herramientas identificadas y otras posiblemente pasadas por alto, sin perjuicio de que algunas reclamen mayor flexibilidad interpretativa que otras. Debe indicarse que las posturas de *hard law* esbozadas no abarcan la totalidad de posibilidades del universo jurídico y, por tanto, no puede afirmarse de manera categórica que estas declaraciones unilaterales sean vinculantes en todos los casos. Con una elucidación somera de las mismas, se pretendió delinear una gama de argumentos de fondo que puedan ser de utilidad a asociados, al ente societario, órganos sociales, contrapartes contractuales, y terceros beneficiarios, para hacer efectivo el cumplimiento de los códigos corporativos.

Ahora bien, la naturaleza vinculante del *soft law* condicionada a mecanismos informales de aplicación y de sanción descentralizada, emerge como tesis subsidiaria y recurso último para predicar la eficacia de los compromisos establecidos en los códigos de RSE. La sociedad civil, el desempeño comparado en rankings internacionales, la presión de las ONG, y las expectativas en cabeza de los inversionistas y consumidores, se conjugan para promover *de facto* la vinculatoriedad de estos instrumentos en la era de la nueva gobernanza global.

Por otro lado, cabe mencionar que el caso colombiano refleja la afirmación de Teubner (2017) según la cual no son las instituciones del Estado, sino los sujetos de derecho privado quienes

deciden sobre la adopción de códigos de RSE y el contenido con el cual se los dota (p. 90). Respecto de esto segundo, se piensa que puede ser acertada la no intromisión estatal en la regulación de la formulación privada de dichos instrumentos, toda vez que la autonomía en la configuración de su contenido marcha en sintonía con la naturaleza modulable de las relaciones que se buscan proteger y de los modos dispuestos para ello. Desde otro ángulo, una conminación de contenido podría neutralizar los efectos de ventaja competitiva que perciben las compañías como participantes del mercado, perdiendo atractivo y valor agregado, lo cual llevaría a que, en últimas, la lectura de los códigos como discurso comercial se desvirtuara, en razón de su estandarización.

Sin embargo, en lo que cabe a su mera adopción, podría reputarse beneficioso el establecimiento de estímulos legales, o bien la consagración de un deber positivo en tal sentido. Esto último podría redondear la tesis de la vinculatoriedad de los códigos corporativos, toda vez que el ordenamiento jurídico, en principio, no dicta conductas ineficaces o inoficiosas.

Conclusiones generales

Habida cuenta del análisis efectuado en el presente trabajo, y de las conclusiones específicas que recogen los hallazgos de cada capítulo, se procede a continuación a trazar las conclusiones derivadas del objetivo general. Se emprende esta tarea afirmando que, como se pudo constatar, la sostenibilidad de ningún modo excluye la viabilidad financiera de las compañías, puesto que ya desde el esquema piramidal con la que se le describe, la prosperidad económica es parte constitutiva, en igual medida que el bienestar social y ambiental. Por el contrario, la incorporación de la sostenibilidad en las compañías, como perspectiva de gestión, robustece el funcionamiento de las mismas, al prepararlas para afrontar o mitigar la ocurrencia de contingencias provenientes de cuestiones de sostenibilidad, a saber, los factores medioambientales, sociales y de gobernanza. La sostenibilidad es, pues, la respuesta al reconocimiento de que la empresa se encuentra inmersa en contextos específicos de interrelación con grupos de interés diversos, que codeterminan su desempeño. En ese sentido, se comprueba que el éxito organizacional no es compatible a largo plazo con la desarticulación de los factores ASG.

Con esta premisa en mente, se verificó además que el deber fiduciario de diligencia llama a los administradores societarios a tomar decisiones informadas que consulten los mejores intereses de la compañía, de lo cual se colige la necesidad de una consideración razonada y prudente de los riesgos que permean la actividad económica, entre estos, aquellos que derivan de la sostenibilidad. Tal determinación encuentra asidero en el imperativo de ejercer un juicio prudente e informado, que proviene de la procura por el mejor interés de la compañía, la cual se sitúa en la base del deber fiduciario genérico del administrador.

Aunado a lo anterior, se advirtió que la *lex artis* de los administradores sociales, que se halla en constante evolución y que prescribe una serie de saberes y actitudes aplicables a su ejercicio, se ha actualizado para imponer como regla técnica a quienes desempeñen este rol, la gestión de los riesgos, la cual conduce a implementar estrategias tendientes a la identificación, control y mitigación de las contingencias a las que cada compañía, por sus particularidades, esté expuesta. Con esto, y entendiendo que una empresa no puede escindirse de su contexto ambiental, social y de gobierno, los mismos constituyen elementos que necesariamente

componen el análisis y la gestión exigibles a los administradores en el desarrollo de su cargo, bajo el principio de diligencia.

Valga precisar que la presencia de la sostenibilidad en el deber de diligencia, de acuerdo con el contenido identificado del mismo, no entraña el mandato de alcanzar un determinado resultado en relación con los factores de sostenibilidad, toda vez que la connotación aquí profundizada de dicho deber radica en cabeza del administrador una obligación de medios, en el sentido de exigirle en la ejecución de las funciones propias de su rol, la consideración de factores de riesgo ASG y su consecuente gestión. Esta, puede decirse, es la idea conclusiva que cierra el estudio en este campo. Así pues, la inobservancia de esta nueva implicación del deber fiduciario de diligencia en la que tiene cabida la sostenibilidad, y que como se explicó, comportaría el incumplimiento de una obligación de medios, justificará la intromisión judicial en el contenido de la determinación administrativa que degenerare en la causación de perjuicios patrimoniales.

Ahora bien, en el examen de los deberes fiduciarios de buena fe y lealtad no se vislumbraron vías argumentativas conducentes a la materialización de la sostenibilidad. Esto, debido a que, por un lado, la teorización sobre el deber fiduciario de lealtad se ha enfocado a cubrir supuestos de conflictos de intereses, y por el otro, en razón de que el deber fiduciario de buena fe se tiene simultáneamente por categoría fundante y subsidiaria, habida cuenta de su generalidad. Sin embargo, no se advirtió en el desarrollo de estos dos deberes ningún obstáculo que impida afirmar la vigencia de la sostenibilidad como elemento constitutivo del deber de diligencia; de hecho, puede sostenerse que el deber de buena fe, en tanto principio del cual dimana el catálogo de deberes al que está sujeto el administrador, ordena esencialmente que dicho encargado obre con arreglo a una conducta recta, guiada a servir los mejores intereses de la compañía, en cuya realización quedó demostrada la relevancia de los factores de sostenibilidad. De esta manera, el análisis efectuado revela que la sostenibilidad predicable dentro de la órbita del deber fiduciario del administrador es aquella que encuentra hondo sustento en el deber fiduciario de diligencia, y que, por lo dicho, se compagina con la buena fe objetiva como categoría principalística.

Con ello, se corrobora que los apuntes que tuvieron por fin retratar el régimen societario del administrador en Colombia sentaron los lineamientos jurídicos necesarios y conducentes para la enunciación de consideraciones de sostenibilidad en el plano de la viabilidad jurídica. Allí

se revisó la idoneidad que encerraba cada deber fiduciario para traducirse en un lenguaje jurídico inclusivo de la sostenibilidad. Este alcance solo se perfiló de forma concreta en el seno del deber de diligencia, lo cual motivó una minuciosa argumentación en tal dirección. Lo anterior constituyó, pues, el análisis de la exigibilidad de la sostenibilidad derivada del deber fiduciario del administrador.

De su parte, en lo que concierne al segundo capítulo, se evidenció que los códigos corporativos representan un vehículo de autorregulación de las compañías a través de los cuales las mismas comprometen su comportamiento de cara a la sostenibilidad globalmente considerada, o respecto de alguno de sus componentes. Al auscultar su naturaleza jurídica, el presente trabajo repara en la ausencia de una normatividad específica, que permita predicar su vinculatoriedad, lo cual alentó la exploración de mecanismos jurídicos alternativos que pudieran cobijar el fenómeno de estos instrumentos. Esta reflexión develó la vocación de prosperidad respecto de la pretensión de hacer responder a las compañías por la inejecución de sus códigos. Allí donde fallen los argumentos de vinculatoriedad en su acepción tradicional, emerge en subsidio la concepción de los códigos como instrumentos de *soft law*, cuya particular dialéctica remite a aplicaciones y controles informales y descentralizados que suscitan su cabal cumplimiento.

De un razonamiento tal, se deduce que la dimensión jurídica de la sostenibilidad en sede de los códigos corporativos que la contemplan, se supedita a la calificación en derecho que sea imputable a los mismos. De este modo, se analizó que la sostenibilidad inserta en estos dispositivos es susceptible de nacer al mundo jurídico en función de la corrección que pueda atribuírsele a las hipótesis planteadas, cuestión que en últimas competirá a una valoración judicial en el estudio casuístico, que eventualmente se desencadene en la jurisdicción colombiana. Así, con base en las reflexiones en lo respectivo, se arriba a la conclusión de que la especificidad que acompañe la formulación de códigos de RSE incidirá notablemente en el mérito jurídico de las disposiciones allí consagradas, como una apreciación común a las diversas doctrinas que pretendieron fundamentar la juridicidad de tales declaraciones.

Como se observó, el trabajo utilizó categorías genéricas del derecho para colegir la exigibilidad de los códigos corporativos, y consecuentemente, de la sostenibilidad que allí sea plasmada. Si bien la investigación académica en esta área es apenas naciente, se atisba que las elaboraciones doctrinales de este corte son coherentes con el posicionamiento de la nueva gobernanza global. En este escenario, la clase de autoridad que le cabe a las empresas en la confección de políticas,

postula la necesidad de dotar de fuerza vinculante a sus declaraciones, tanto desde una perspectiva funcional como de equilibrio de poder. En adición, se detectaron prometedores argumentos de conmutatividad y funcionalidad social que pueden esgrimirse en esta línea. Por consiguiente, no ha de extrañar que ante el afianzamiento y expansión del papel que desempeñan las compañías en el sistema social, en un futuro cercano estudios de este tipo dejen de tenerse por visionarios, y en su lugar, labren el camino para la aquiescencia de la vinculatoriedad de los códigos corporativos por una comunidad jurídica más amplia.

Por lo demás, resulta interesante el nexo que cabe trazar entre el principio de diligencia que le incumbe al administrador societario y el deber de llevar a efecto las disposiciones contenidas en los códigos corporativos, una vez se valide la propuesta por su juridicidad. Lo anterior podría identificarse como una suerte de concatenación entre los dos objetivos específicos perseguidos por este trabajo, amén de ser un hallazgo inesperado.

Futuras investigaciones complementarias podrían versar sobre la exigibilidad de la adhesión a los códigos de sostenibilidad catalogados como públicos, que consisten en un compendio de principios o compromisos emitidos por organizaciones gremiales, ONGs u órganos gubernamentales, y que suscriben las compañías. También reviste gran utilidad el estudio práctico de los fundamentos teóricos aquí erigidos, en el sentido de evaluar las condiciones de determinación en el lenguaje de los códigos acuñados por las empresas colombianas, y contrastar su formulación con los requisitos planteados para el surgimiento de expectativas de cumplimiento dignas de tutela jurídica.

Por lo desarrollado, es dable concluir que la sostenibilidad se materializa jurídicamente en las sociedades colombianas al estar embebida en el deber fiduciario de diligencia de sus administradores. Asimismo, se demostró la existencia de cauces de *hard law* y *soft law* por vía de los cuales interpretar a los códigos corporativos como manifestaciones de la sostenibilidad jurídicamente tuteladas por el ordenamiento colombiano.

Referencias

- Acevedo-Tabares, D. (2019). *Análisis comparativo de los tipos de sociedades mercantiles de Colombia y de Delaware (Estados Unidos) como base para la traducción de términos de estatutos de sociedades anónimas colombianas desde una perspectiva funcionalista de la traducción*. [Tesis de maestría, Universidad de Ginebra] Repositorio UNIGE. 1–468 <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:123936>.
- Ahluwalia, S., Ferrell, O.C., Ferrell, L., & Rittenburg, T.L. (2018) Sarbanes–Oxley Section 406 Code of Ethics for Senior Financial Officers and Firm Behavior. *Journal of Business Ethics* 151, 693–705. <https://doi.org/10.1007/s10551-016-3267-7>
- Anderson, D. R., & Anderson, K. E. (2009). Sustainability Risk Management. *Risk Management & Insurance Review*, 12(1), 25–38. <https://doi-org.ezproxy.eafit.edu.co/10.1111/j.1540-6296.2009.01152.x>
- Antoncic, M. (2019). Why sustainability? Because risk evolves and risk management should too. *Journal of Risk Management in Financial Institutions*, 12(3), 206–216.
- Arévalo Velásquez, Y. P., & Moncada Salazar, D. A. (2016). *La innovación social como un paso adelante de la responsabilidad social empresarial*. 1–34. https://ciencia.lasalle.edu.co/administracion_de_empresas/1629
- Arias Barrera, L., Henao Beltrán, L., Pino Solano, M., & Cubillos Garzón, C. (2009). Directrices del Régimen de Responsabilidad de los administradores de sociedades. *Revista E-Mercatoria*, 8(1), 1-33. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2039>
- Atkins, P. A., Gerber, M. S., Micheletti, E. B., Saunder, R. S., & Reale, M. T. (2020, febrero 19). *Directors’ Fiduciary Duties: Back to Delaware Law Basics*. <https://www.skadden.com/insights/publications/2020/02/directors-fiduciary-duties>
- Banco Mundial. (2017). *World Development Report: Governance and the Law*. 1–281
- Barral, V. (2012). Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm. *European Journal of International Law*, 23 (2), 77–400. [doi:10.1093/ejil/chs016](https://doi.org/10.1093/ejil/chs016)

- Baumgartner, R. J., & Rauter, R. (2017). Strategic perspectives of corporate sustainability management to develop a sustainable organization. *Journal of Cleaner Production*, 140, 81–92. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.04.146>
- Beckers, A. (2015). *Enforcing corporate social responsibility codes: on global self-regulation and national private law*. Londres: Bloomsbury Publishing.
- Beckers, A. (2017). Legalization under the premises of globalization: Why and where to enforce corporate social responsibility codes. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 24(1), 15-42.
- Beckers, A. (2019). Towards a regulatory private law approach for CSR self-regulation? The effect of private law on corporate CSR strategies. *European Review of Private Law*, 2, 1–19.
- Beckers, A., & Kawakami, M. T. (2017). Why domestic enforcement of private regulation is (not) the answer: Making and questioning the case of corporate social responsibility codes. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 24(1), 1-14.
- Bernal Fandiño, Mariana. (2013). *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Black, H. C. (1990) *Black Law's Dictionary*. Eagan: West Publishing Company.
- Blackburn, W. R. (2007). *The Sustainability Handbook: The Complete Management Guide to Achieving Social, Economic and Environmental Responsibility*. Abingdon: Earthscan.
- Botero, S. (2014). *La función social de la empresa: regulación, cooperación y fomento*. [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. E-prints Complutense. <https://eprints.ucm.es/28658/>
- Bowen, H. R. (2013). *Social Responsibilities of the Businessman*. Iowa City: University of Iowa Press.
- Brummer, C. (2010). Why soft law dominates international finance-and not trade. *Journal of International Economic Law*, 13 (3), 623-643.
- Carroll, A. B., & Shabana, K. M. (2010). The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice. *International Journal of Management Reviews*, 12(1), 85–105. doi: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2370.2009.00275.x>

- Cominetti, M., Seele, P. (2016). Hard soft law or soft hard law? A content analysis of CSR guidelines typologized along hybrid legal status. *UmweltWirtschaftsForum*, 24, 127–140.
- Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway & World Business Council for Sustainable Development. (2018). *Enterprise Risk Management: Applying enterprise risk management to environmental, social and governance-related risks*. COSO-WBSD. [https://https://docs.wbcsd.org/2018/10/COSO_WBCSD_ESGERM_Guidance.pdf](https://docs.wbcsd.org/2018/10/COSO_WBCSD_ESGERM_Guidance.pdf)
- Cubillos Garzón, C. (2008). Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica. *Revista E-Mercatoria*, 7(2). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2043>
- Cutler, C. (2013). Legal pluralism as the “common sense” of transnational capitalism. *Oñati Socio-legal Series*, 3 (4), 719-740. <http://ssrn.com/abstract=2327501>
- Delgado Londoño, C. (2018) *Hacia una construcción de la noción de culpa de los administradores en el ámbito de la responsabilidad civil en Colombia* [Tesis de Maestría, Universidad Eafit]. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/13530/Catalina_DelgadoLondono_2019.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Eccles, R.G. & Youmans, T. (2016). Materiality in Corporate Governance: The Statement of Significant Audiences and Materiality. *Journal of applied corporate finance*, 28 (2), 39-46.
- Eijsbouts, J. (2017). Corporate codes as private co-regulatory instruments in corporate governance and responsibility and their enforcement. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 24(1), 181-206.
- Fernández Liesa, C. R. (2016). Transformaciones del Derecho Internacional por los Objetivos del Desarrollo Sostenible. *Anuario español del derecho internacional*, 32, 49-81. DOI: 10.15581/010.32.49-81
- Franco Gómez, L. C., & García Heano, P. (2019). *El deber de la lealtad y el conflicto de intereses en Colombia: un análisis desde el derecho comparado y la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades* [Trabajo de Grado, Universidad de Antioquia]
- Friedman, A. L., & Miles, S. (2006). *Stakeholders: theory and practice*. Oxford: Oxford University Press.

- Frooman, J. (1997). Socially Irresponsible and Illegal Behavior and Shareholder Wealth. *Business & Society*, 36(3), 221–249. <https://doi.org/10.1177/000765039703600302>
- Furlow, C. (2009). Good faith, fiduciary duties, and the business judgment rule in Delaware. *Utah Law Review*, 3, 106–1095. <http://epubs.utah.edu/index.php/ulr/%EE%80%80article%EE%80%81/viewFile/249/221>
- Galander, A., Walgenbach, P. and Rost, K. (2015), A social norm perspective on corporate governance soft law. *Corporate Governance*, 15 (1), 31-51. <https://doi.org/10.1108/CG-07-2013-0096>
- García Rubio, M.P. (2012). Responsabilidad social empresarial y autorregulación: Los códigos de conducta y las fuentes de derecho. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 66(2141), 1–16.
- Gary, S. N. (2019). Best interests in the long term: Fiduciary duties and ESG integration. *University of Colorado Law Review*, 90(3), 731–802.
- Goldstein, T. C. (2002). Nike v. Kasky and the Definition of Commercial Speech. *Cato Supreme Court Review*, 2002–2003, 63-80. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/catoscrev2&id=75&div=9&collection=usreports>
- Grabosky, P. (2017). Meta-regulation. En P. Drahos (Ed.), *Regulatory Theory: Foundations and applications*, 149-161. Canberra: ANU Press. <http://www.jstor.com/stable/j.ctt1q1crtm.17>
- Håkan Jankensgård. (2019). A theory of enterprise risk management. *Corporate Governance: The International Journal of Business in Society*, 19(3), 565–579. DOI: 10.1108/CG-02-2018-0092
- Hamrouni, A., Uyar, A., & Boussaada, R. (2020). Are corporate social responsibility disclosures relevant for lenders? Empirical evidence from France. *Management Decision*, 58(2), 267-279.
- Hill, J. (2020). *Environmental, Social, and Governance (ESG) Investing: A Balanced Analysis of the Theory and Practice of a Sustainable Portfolio*. Londres: Elsevier (Ed.).
- Hinestrosa, F. (2014). Función, límites y cargas de la autonomía privada. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, 26, 5-36.

- Hoepner, A., Oikonomou, I., Scholtens, B., & Schröder, M. (2016). The Effects of Corporate and Country Sustainability Characteristics on The Cost of Debt: An International Investigation. *Journal of Business Finance & Accounting*, 43(1/2), 158–190.
- Hopkin, P. (2018). *Fundamentals of risk management: understanding, evaluating and implementing effective risk management*. Londres: Kogan Page Publishers.
- International Integrated Reporting Council. (2013). *Materiality Background paper for Integrated Reporting*. <https://integratedreporting.org/wp-content/uploads/2013/03/IR-Background-Paper-Materiality.pdf>
- International Organization for Standardization. (2010). *Discovering ISO 26000*. Geneva: International Organization of Standardization. https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/sp/PUB100258_sp.pdf
- International Organization for Standardization. (2018). *Risk Management. Principles and Guidelines*. Geneva: International Organization of Standardization. <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:31000:ed-2:v1:es>
- Jackson, K. T. (2010). Global corporate governance: *Soft law* and reputational accountability. *Brooklyn Journal of International Law*, 35(1), 41-106.
- Jaramillo, A. (2013). Desarrollo jurisprudencial de la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal. *Revista de Derecho Privado*, (49),1-25. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=3600/360033220004>
- Kaptein, M., & Schwartz, M. (2008). The effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model. *Journal of Business Ethics*, 77(2), 111–127.
- Kirkpatrick, G. (2009). The corporate governance lessons from the financial crisis. *OECD Journal: Financial Market Trends*, (1), 61-87. <https://doi.org/10.1787/fmt-v2009-art3-en>.
- Kong, Y., Lartey, P. Y., Bah, F. B. M., & Biswas, N. B. (2018). The Value of Public Sector Risk Management: An Empirical Assessment of Ghana. *Administrative Sciences*, 8(3), 40. <https://doi.org/10.3390/admsci8030040>

- Lenssen, G., Nijhof, A., Roger, L., Kievit, H., Lenssen, J. J., & Dentchev, N. A. (2014). Sustainability, risk management and governance: towards an integrative approach. *Corporate Governance*, 14(5), 670-684. <https://doi.org/10.1108/CG-07-2014-0077>
- Londoño, Arango, M. (2007). *Responsabilidad Civil, control y Administración de la empresa en crisis* [Tesis de Especialización, Universidad Eafit]. Repositorio Institucional Universidad EAFIT.
- Manab, N. A., & Aziz, N. A. A. (2019). Integrating knowledge management in sustainability risk management practices for company survival. *Management Science Letters*, 9(4), 585–594. <https://doi.org/10.5267/j.msl.2019.1.004>
- McBarnet, D. (2009). *Corporate Social Responsibility Beyond Law, Through Law, for Law*. University of Edinburgh School of Law Legal Studies Research Paper Series, 03. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1369305>
- Miller-Dawkins, M. (2014). *Global Goals and International Agreements. Lessons for the Design of the Sustainable Development Goals*. Overseas Development Institute (ODI), 402.
- MSCI. (2019). *ESG Ratings Methodology: Executive Summary*. MSCI ESG Research LLC. <https://www.msci.com/documents/1296102/15388113/MSCI+ESG+Fund+Ratings+Exec+Summary+Methodology.pdf/ec622acc-42a7-158f-6a47-ed7aa4503d4f>
- Narváez García, J. I. (1980). *Teoría general de las sociedades*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Nuño, D. (2019). *Los Códigos de Conducta empresarial: Un nuevo modelo para la mejora del gobierno de las sociedades mercantiles en la actualidad*. [Tesis doctoral, Universidad de Cantabria]. Repositorio Unican. <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/16742/Tesis%20DNC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Olson, D. L., & Wu, D. D. (2017). Sustainability and enterprise risk management. En Olson, D. L., & Wu, D. D. (eds.) *Enterprise risk management models* (pp. 193-204). Berlín: Springer.
- Organización de las Naciones Unidas, Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo (1987). *Informe de la comisión mundial del medio ambiente y el desarrollo. “Nuestro futuro común”*. <https://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml>

- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2001). Codes of Corporate Conduct: Expanded Review of their Contents. *OECD Working Papers on International Investment*, 2001(06). <http://dx.doi.org/10.1787/206157234626>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2014). *Risk Management and Corporate Governance*. París: OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264208636-en>
- Ospina Fernández, G. & Ospina Acosta, E. (2014) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7. Bogotá: Editorial Temis.
- Parker, C. (2007). Meta-regulation: legal accountability for corporate social responsibility. En D. McBarnet, A. Voiculescu, T. Campbell, (Eds.), *The New Corporate Accountability*, (1), pp. 207-237. Cambridge: Cambridge University Press.
- PGS Advisors International. (2013, Julio 30). *Determining materiality: a key for corporate sustainability*. <http://www.pgsadvisors.com/2013/07/determining-materiality-a-key-tool-for-corporate-sustainability/>
- Polanía Tello, N. (2012). Responsabilidad por violación de la buena fe en la sociedad por acciones simplificada. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, 23, 279-329.
- Prado, A., Flores, J., Pratt, L. & Ogliastri, E. (2004). *Marco Lógico y Conceptual del Modelo de Responsabilidad Social Empresarial para Costa Rica*. San José: Asociación de Empresarios para el Desarrollo.
- Revak, H. (2011). Corporate codes of conduct: Binding contract or ideal publicity. *Hastings Law Journal*, 63(6), 1645-1670.
- Reyes Villamizar, F. H. (2009). *SAS La Sociedad por Acciones Simplificada*, 1. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Reyes Villamizar, F. H. (2016). *Derecho societario*. Bogotá: Editorial Temis.
- Rodotà, S. (2010) Códigos de Conducta: Entre hard law y soft law. En A. Real Pérez (Ed.), *Códigos de Conducta y actividad económica: Una perspectiva jurídica*, (pp. 19-28) Madrid: Editorial Marcial Pons.

- Rodríguez, J. P. & Galvis, I. E. (2008). Aproximación a los instrumentos administrativos para la prevención y el control del lavado de activos en Colombia. *Cuadernos de contabilidad*, 9(24), 169-207. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/cuacont/article/view/3246>
- Sabogal Bernal, L. (2010). La relación Administrador - Sociedad. *Revista de Derecho Privado*, 18, 125-158.
- Sabogal Bernal, L. (2012). El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la “Regla del Buen Juicio Empresarial” [Business Judgment Rule (BJR)] en el ámbito de su deber de diligencia? *Revista E-mercatoria*, 11(1), 102-163.
- Sanahuja, J. A. (2014). De los Objetivos del Milenio al desarrollo sostenible: Naciones Unidas y las metas globales post-2015. En M. Mesa (Ed.), *Focos de tensión, cambio geopolítico y agenda global – Anuario 2014-15*, 7 (pp. 49-83). Madrid: Centro de Educación e Investigación para la Paz (CEIPAZ).
- Sánchez Jiménez, V. (2015). La redefinición del papel de la empresa en la sociedad. *Barataria Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 20, 129-145. <https://www.redalyc.org/pdf/3221/322142550008.pdf>
- Sandel, M. J. (2009). *Justice: What's the right thing to do?*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Schaltegger, S. (2011). Sustainability As a driver for corporate economic success: consequences for the development of sustainability management control. *Society and Economy*, 33(1), 15-28. www.jstor.org/stable/90002239
- Schanzenbach, M. M. & Sitkoff, R. H. (2020). Reconciling Fiduciary Duty and Social Conscience: The Law and Economics of ESG Investing by a Trustee. *Stanford Law Review*, 72(381).
- Seele, P. & Garri, L. (2017). Greenwashing Revisited: In Search of a Typology and Accusation-Based Definition Incorporating Legitimacy Strategies. *Business Strategy and the Environment*, 26, 239–252.
- Serres, M. (1990). *El contrato natural*. Valencia: Pre-textos
- Sherwood, M. W., & Pollard, J. (2018). *Responsible Investing: an Introduction to Environmental, Social, and Governance Investments*. Abingdon: Routledge.

- Smits, J. M. (2017). Enforcing corporate social responsibility codes under private law: On the disciplining power of legal doctrine. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 24(1), 99-114.
- Sørensen, O. B., & Pfeifer, S. (2011). Las cuestiones del cambio climático en las prácticas de inversión de los fondos. *Revista Internacional de Seguridad Social*, 64(4), 65–82. <https://doi.org/10.1111/j.1752-1734.2011.01411.x>
- Sroufe, R., & Gopalakrishna-Remani, V. (2019). Management, Social Sustainability, Reputation, and Financial Performance Relationships: An Empirical Examination of U.S. Firms. *Organization & Environment*, 32(3), 331–362. <https://doi-org.ezproxy.eafit.edu.co/10.1177/1086026618756611>
- Teubner, G. (2017). Corporate codes in the varieties of capitalism: How their enforcement depends on the differences among production regimes. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 24(1), 81-98.
- Tsoutsoura, M. (2004). *Corporate Social Responsibility and Financial Performance*. UC Berkeley: Center for Responsible Business. <https://escholarship.org/uc/item/111799p2>
- Valor, C., & de la Cuesta, M. (2007). Condiciones para la eficacia de los códigos internos de responsabilidad social de la empresa. *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, 65, 128–149. <http://www.ibe.org.uk/>
- Van der Lugt, C. T., Van de Wijs, P. P. & Petrovics, D. (2020). *Carrots & Sticks 2020 - Sustainability reporting policy: Global trends in disclosure as the ESG agenda goes mainstream*. Global Reporting Initiative (GRI) and the University of Stellenbosch Business School (USB) <https://www.carrotsandsticks.net/>
- Yan, M. (2019). Corporate social responsibility versus shareholder value maximization: Through the lens of hard and soft law. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 40(1), 47-86. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol40/iss1/2/>

Leyes

Ley 84 de 1873. Por la cual se expide el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Mayo 31 de 1873. DO. No. 2867.

Ley 57 de 1887. Por la cual se expide el Código de Comercio Terrestre. Abril 20 de 1887. DO. No. 1019.

Ley 222 de 1995. 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. Diciembre 20 de 1995. DO. No. 42.156.

Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Enero 18 de 1996. DO. No. 42692.

Ley 519 de 1999. Por medio de la cual se aprueba el "Convenio de Cooperación Judicial y Asistencia Mutua en Materia Penal entre la República de Colombia y la República del Ecuador", suscrito en Santa Fe de Bogotá, D. C., el dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996). Agosto 5 de 1999. DO. No. 43656.

Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada Diciembre 5 de 2008. DO. No. 47194.

Ley 1314 de 2009. Por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento. Julio 13 de 2009. DO. No. 47409.

Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Julio 12 de 2011. DO. No. 48128.

Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011. DO. No. 48220.

Ley 1901 de 2018. Por medio de la cual se crean y desarrollan las sociedades comerciales de beneficio e interés colectivo (BIC). Junio 18 de 2018. DO. No. 50628.

Decretos

Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. DO. No. 33339.

Decreto 1872 de 1992. por el cual se interviene la actividad de las instituciones vigiladas por las Superintendencias Bancaria y de Valores. Noviembre 23 de 1992. DO. No. 40673.

Decreto 2784 de 2012. Por el cual se reglamenta la Ley 1314 de 2009 sobre el marco técnico normativo para los preparadores de información financiera que conforman el Grupo 1. Diciembre 29 de 2012. DO. No. 48658.

Decreto 1369 de 2014. Por el cual se reglamenta el uso de la publicidad alusiva a cualidades, características o atributos ambientales de los productos. Julio 22 de 2014.. DO. No. 49220

Decreto 2046 de 2019. Por el cual se adicionan el Decreto 1074 de 2015, Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, y el Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, para reglamentar las Sociedades Comerciales de Beneficio e Interés Colectivo (BIC). Noviembre 12 de 2019. DO. No. 51135.

Sentencias

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 2500023260002000026501 (24088). (C.P. Hernán Andrade Rincón; marzo 12 de 2014).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-434 de 1996 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo; septiembre 12 de 1996)

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-384 de 2008 (M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño; abril 23 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-048 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger; mayo 23 de 2018)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. G.J. CXXXIII, Nos. 2322, 2323,2324. Sentencia sobre estipulación para otro, aprobada en Acta 16 de 1970. (M.P. César Gómez Estrada; marzo 10 de 1970).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. G.J. CXCVII, No. 2435 (MP José Alejandro Bonivento Fernández; noviembre 23 de 1989).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 5170-2018. (M.P. Margarita Cabello Blanco; febrero 22 de 2018).

Superintendencia de Sociedades. (2017). Sentencia No. 800-107. Octubre 30 de octubre de 2017.

Superintendencia de Sociedades. (2017). Sentencia No. 800-94. Octubre 2 de 2017.

Superintendencia de Sociedades. (2015). Sentencia No. 801-084. Julio 8 de 2015.

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Sentencia 110013103042200600622. Noviembre 13 de 2008.

Reglamentación

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2008). Circular Externa No. 100-006. 25 de marzo de 2008. DO. No 46.941.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2013). Oficio 220-015163. Febrero 11 de 2013.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. (2019). Oficio 220-013670. Febrero 28 de 2019.

Superintendencia de Sociedades (2020). Oficio 220-004231. Enero 14 de 2020.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2014). Circular Externa No. 28. Septiembre 30 de 2014.

Laudos arbitrales

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 24 de octubre de 2002. (Árbitros Saúl Sotomonte Sotomonte, Gaspar Caballero Sierra y Francisco Reyes Villamizar).

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 17 de marzo de 2004. (Árbitros: Gilberto Peña Castrillón, Marcela Castro De Cifuentes y Ernesto Rengifo García).

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín. Laudo del 3 de mayo de 2013. (Árbitros Santiago Vélez Penagos, Álvaro Isaza Upegui y Maximiliano Londoño Arango)

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 4 de abril de 2017. (Árbitros Felipe Negret Mosquera, Camilo González Chaparro y Manuel Santiago Urumeta Ayola)