

MONOGRAFIA PARA OPTAR AL TITULO DE ABOGADO
RESPONSABILIDAD SIN CULPABILIDAD PARA LOS ADMINISTRADORES
SOCIETARIOS

MARIA ALEJANDRA LÓPEZ ARANGO

LINA MARCELA TORO HINCAPIE

ASESOR

RAMIRO RENGIFO UNIVERSIDAD EAFIT

MEDELLIN

2015

I. Introducción.

II. Marco Teórico.

2.1 De la Responsabilidad Civil.

2.1.1 Concepción dualista de la responsabilidad civil. Responsabilidad contractual y extracontractual.

2.1.2 La tradición culpabilista en materia de responsabilidad civil. Especial referencia al ámbito contractual.

2.2 Administradores societarios: quiénes son y cuáles son sus deberes.

2.2.1 Representante legal.

2.2.2 Junta Directiva.

2.2.3 Liquidador.

2.2.4 Factor.

2.2.5 Otros administradores.

2.2.6 Deberes generales y específicos de los administradores.

2.2.6.1 Deber de buena fe.

2.2.6.2 Deber de diligencia y cuidado.

2.2.6.2.1 Buen hombre de negocios.

2.2.6.3 Deber de lealtad.

2.2.6.4 Deberes específicos.

2.2.6.5 Otras responsabilidades especiales.

2.2.7 Sistemas de control interno.

2.2.8 Régimen de responsabilidad.

2.2.8.1 Estructura general de la responsabilidad de los administradores.

2.2.8.2 Acción individual de responsabilidad.

2.2.8.3 Acción social de responsabilidad.

III. Reforma al régimen societario, propuesta de la Superintendencia de Sociedades.

3.1 Justificación y estructura de la reforma.

3.2 La responsabilidad de los administradores societarios en la reforma.

3.2.1 Deber de lealtad.

3.2.2 Aplicación del postulado de autonomía contractual.

3.2.3 Redefinición del deber de cuidado.

3.2.4 Principio de deferencia.

3.2.5 La denominada acción derivada

3.2.6 Prescendencia de las reglas de graduación de la culpa previstas en el artículo 63 del Código Civil.

IV. Conclusiones.

V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La figura del administrador resulta de gran importancia en el derecho societario, se trata de uno o varios sujetos que constituyen un órgano social al cual se le concede la facultad de administrar la misma. Es así como el administrador se funde con la sociedad que representa, es decir, sus actos se toman como actos de la persona jurídica.

Según lo establecido en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, además del representante legal, el liquidador y los miembros de las juntas o consejos directivos, cumplen el papel de administradores de una sociedad el factor y quienes de acuerdo con los estatutos detentan funciones administrativas. Igualmente, tendrán el carácter de administrador los suplentes cuando replacen al principal en su ausencia.

Adicionalmente, en la ley que regula las sociedades por acciones simplificadas, la ley 1258 de 2008, se establece en el artículo 27 que se entienden por administradores el representante legal, la junta directiva y demás órganos de administración que hubiere. En el párrafo de tal artículo se hace extensivo el régimen de responsabilidad de administradores a 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.

Las funciones de estos sujetos deben, en principio, ser fijadas por los estatutos. Sin embargo, la Ley establece ciertas obligaciones específicas para las juntas directivas, los representantes legales y los revisores fiscales, así como ciertos deberes generales consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 para quien funja como administrador.

Así mismo, el precepto mencionado anteriormente, hace imperativo para los administradores obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, lo que implica

una conducta transparente y una gestión que si bien se enumera dentro de la diligencia ordinaria, se debe mirar dentro de un contexto especial de un sujeto experto a quien la ley exige un grado de gestión profesional, que conlleva una toma de decisiones informada según los datos del giro de los negocios, actuando siempre con rectitud y privilegiando los intereses de la sociedad sobre los propios o de los terceros. La tarea de un administrador se desarrolla entonces en el papel de gestor de negocios ajenos dentro del tráfico mercantil, con las responsabilidades y consecuencias que de estos aspectos se derivan.

En razón de tan importante rol que desempeñan y los diversos deberes que se les imponen, se ha establecido que los administradores responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros, salvo que se compruebe que hayan actuado siguiendo el estándar del buen hombre de negocios o que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión, o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. De otro lado, se estipula que la culpa de los mismos ha de presumirse cuando incumplen sus funciones, se extralimita en el ejercicio de ellas, e igualmente cuando infringe la ley o los estatutos.

Así mismo, se establece en el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, que se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades sin que estén justificadas por balances reales y fidedignos, casos en los cuales responderán por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Vale mencionar que el legislador ha entendido que las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antes mencionadas se tendrán por no escritas.

Este régimen que se comenta, pretende ser modificado con el Proyecto de Ley de reforma al régimen societario propuesto por la Superintendencia de Sociedades, que plantea en el artículo 16 que los administradores responderán solidariamente ante la sociedad, los asociados y terceros, por los perjuicios derivados de las actuaciones u omisiones en las que medie dolo, mala fe o violación de sus deberes; que estarán exentos de responsabilidad aquellos administradores que no hubieren participado en la acción de la que surgiere el perjuicio, y que los mismos serán ahora juzgados sin tener en cuenta las reglas de graduación de la culpa previstas en el artículo 63 del Código Civil.

Con lo anterior, se pretende ignorar una tradición jurídica de vieja data, con una gran utilidad práctica, como lo es la utilización de las reglas de graduación de la culpa para juzgar la responsabilidad e imponer la sanción de quienes incumplen un deber o causan un perjuicio.

Este proyecto, se realiza con el fin de estudiar a fondo las consecuencias de la mencionada reforma a nivel de la responsabilidad de los administradores societarios y encontrar los métodos de juzgamiento que podrán utilizarse de ser aprobada la reforma.

II. MARCO TEÓRICO

2.1 DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Para definir la responsabilidad civil es posible acudir a diversas fuentes, pero una de las más acertadas es la que encontramos en el texto de Javier Tamayo Jaramillo denominado “De la responsabilidad civil”, del cual se puede entender que ésta se da por todos aquellos comportamientos ilícitos que generan daño a terceros y que hacen que quien los causa tenga la obligación de indemnizar. (Tamayo, 1996)

Y para que haya lugar a las sanciones que impone la responsabilidad civil en caso de incurrir en comportamientos que contraríen la ley, es importante tener claro quiénes son sujetos de derecho, entendiendo por éstos a todo individuo habilitado para ser titular de derechos y obligaciones a las que se encuentra sometido por las normas jurídicas, es decir, toda persona natural o jurídica. (Pabón, 2010)

El elemento más importante de la responsabilidad civil es el daño, ya que el nacimiento de la obligación de reparar parte de la base de que el mismo existe y puede resarcirse. Este daño puede definirse como “la lesión de un interés legítimamente protegido” (Mazeaud, 2005), concepto que es delimitado tanto por la ley como por la jurisprudencia según el contexto.

Para que el daño sea resarcible debe ser directo y cierto, es decir, debe ser el efecto necesario del hecho dañino ejecutado por quien es señalado como responsable y debe producir un menoscabo en un interés protegido. El menoscabo podrá producirse tanto sobre intereses aprehensibles como el dinero, lo cual constituirá un daño material, como sobre intereses inasibles como el dolor, que constituirá un daño inmaterial.

Como se dijo, el nacimiento de la obligación de reparar encuentra su base en el daño, bajo el principio de la reparación integral del mismo, que aboga por que en la indemnización esté comprendido todo el valor del perjuicio sufrido. Cabe resaltar que la reparación procede no solo con el pago de dinero sino también por medio de actos simbólicos o cualquier otro método que deje a la víctima en la situación que tendría en la actualidad de no haberse producido el daño.

En cuanto al fundamento de la responsabilidad civil, puede decirse que la culpa, el riesgo, la antijuricidad y la garantía son los conceptos más utilizados por la doctrina como factores de atribución o imputación del daño a la hora de justificar el nacimiento de la obligación de reparar y, por tanto, de la responsabilidad civil. En Colombia, el sistema se ha basado en la culpa junto con ciertos regímenes especiales que se sustentan en el riesgo, como en el caso de la responsabilidad por el hecho de las cosas.

En la responsabilidad civil se habla de culpa desde dos ópticas: inicialmente está la valoración subjetiva desde la cual se entiende que la persona incurre en ella cuando actúa de manera más descuidada de la que actúa habitualmente en sus propios asuntos, y por otro lado, desde el punto de vista objetivo se mide el comportamiento “acorde a un prototipo de hombre cuidadoso y se compara con la actitud asumida” (Pabón, 2010)

La culpabilidad, a su vez, se ve desde dos formas: a título de dolo y a título de culpa. El dolo se da cuando una persona de manera intencional consciente transgrede la norma, esto abarca desde las actitudes engañosas que inducen a error hasta la voluntad de violar la norma. En cuanto a la culpabilidad a título de culpa, esta: “no procede de la actuación de una intención directa y maliciosa del agente sino que se da cuando alguien actúa sin el debido cuidado y precaución, es

una conducta culposa cuando se actúa sin tener los conocimientos o exigencias, que se piden lo que quiere decir actúan con imprudencia. ” (Pabón, 2010)

Igualmente es importante resaltar el papel que la relación de causalidad juega en la responsabilidad civil, y es que es necesario que “el efecto denominado daño tenga por causa la conducta dañosa ejecutada por el agente generador del mismo” (Vásquez, 2009). Es decir, solo en la medida en que el perjuicio pueda imputarse a la conducta del agente generador, puede declararse la responsabilidad civil del mismo. En la responsabilidad civil objetiva bastará la constatación de la relación de causalidad para que se atribuya responsabilidad al agente generador; pero, en la responsabilidad civil subjetiva, además de tal relación, será también necesaria la presencia de una conducta culposa o dolosa en el hecho generador.

Un último elemento determinante en la responsabilidad civil son los hechos generadores de la misma, entre los cuales se encuentran el hecho propio, el hecho ajeno y el hecho de las cosas. El primero se denomina también responsabilidad directa y su fundamento es la conducta culposa o dolosa del agente generador. La obligación de reparar cuando surge por el hecho ajeno se funda en una responsabilidad indirecta con culpa presunta de quien tiene a su cargo el deber de vigilancia sobre terceros. Por su parte, la responsabilidad por el hecho de las cosas se da en tres hipótesis, cada una con regímenes diversos: los daños causados por ruina de los edificios, con un régimen de culpa probada; los daños causados por animales, con un régimen de culpa presunta, y los daños causados con cosas que se arrojan desde la parte superior de un edificio, que tiene un régimen de responsabilidad objetiva.

2.1.1 Concepción dualista de la responsabilidad civil. Responsabilidad contractual y extracontractual

En Colombia se ha manejado una concepción dual de la responsabilidad civil que distingue entre la contractual y la extracontractual, bien sea desde la ley, que regula tales asuntos en títulos distintos del mismo Libro del Código Civil, como desde la jurisprudencia, que ha resaltado en múltiples ocasiones la importancia que tiene tal diferenciación tanto desde el punto de vista teórico y académico, como desde la práctica judicial. (Sentencia C-1008, 2008)

Es así como la responsabilidad puede surgir de dos maneras: de la inejecución o ejecución inadecuada o tardía de una obligación pactada en un acuerdo válido de voluntades, por lo que será una responsabilidad civil contractual, o de un hecho jurídico que puede ser un delito o un ilícito de carácter civil que vulneran un principio general de diligencia y cuidado, y que constituirá una responsabilidad civil extracontractual en la cual “no hay vinculo jurídico entre el agente y el afectado, para que esta se da basta simplemente una acción descuidada” (Pabón, 2010).

Esta teoría dualista se sustenta en la concepción de que existen dos tipos de culpa, la contractual y la extracontractual, que son totalmente diferenciables. Al respecto, el autor Jorge Bustamante Alsina ha expresado: “la culpa contractual supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; la culpa extracontractual es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta, sino de un deber genérico de no dañar. De allí que la culpa contractual es simplemente un efecto de la obligación y, en cambio, la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva” (Alsina, 1997)

De lo anterior, se extrae que la responsabilidad contractual obra en un campo limitado a las partes del contrato, en el que se excluye a terceros, y en el que los perjuicios se circunscriben a

aquellos nacidos por la inejecución de lo pactado; mientras que la responsabilidad extracontractual es algo así como un “derecho común” de la responsabilidad que concierne a todos los casos en los que se genere la obligación de indemnizar por fuera de un contrato (Lombana, 1998).

Adicionalmente, la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual se apoya en la diligencia debida, pues se dice que en el terreno extracontractual, la misma se refiere a una actitud general que debe asumir la persona hacia los demás, mientras que en la responsabilidad contractual, la diligencia debida se relaciona estrechamente con un compromiso concreto y específico asumido previamente.

Frente a la concepción dualista han surgido diversas críticas, que resaltan que, si se define la culpa como la violación de una obligación preexistente, se puede hablar de una unidad de la misma pues da igual si la obligación surge de un acuerdo entre las partes o de una ley que la impone, en cualquier caso siempre surgirá una obligación de indemnizar, pues aún en la responsabilidad civil contractual, nace una nueva obligación resarcitoria que es completamente diferente a la obligación que se incumplió. Es decir, para los autores que apoyan este punto de vista, existe una sola culpa pero un doble régimen de responsabilidad basada en ella.

En cualquier caso, la teoría dualista de la responsabilidad civil constituye una tradición heredada del derecho francés que es ampliamente aceptada en el país y cuyo cambio no se ha planteado, por lo que se debe seguir estudiando como dos regímenes diferentes cuya regulación en cualquier caso difiere bastante.

En un principio, los elementos de la responsabilidad contractual son los mismos de la extracontractual: hecho dañoso, daño, relación de causalidad y factor de atribución. La diferencia

radica en los asuntos concernientes a la graduación y prueba de la culpa, la prescripción de las acciones y la capacidad del responsable, entre otras.

Es así como en materia contractual, la culpa admite graduación, mientras que no acontece lo mismo en la responsabilidad extracontractual. Tanto en la responsabilidad contractual, como en la contractual se presentan regímenes de culpa presunta, culpa probada y responsabilidad objetiva.

Igualmente, la prescripción en la responsabilidad contractual será de 10 años siguiendo el principio general de prescripción extintiva para las acciones ordinarias establecido en el artículo 2536 del Código Civil, mientras que en la extracontractual dependerá del hecho por el cual surge la responsabilidad, que por ejemplo, podrá ser por el hecho ajeno y será de 3 años.

2.1.2 La tradición culpabilista en materia de responsabilidad civil. Especial referencia al ámbito contractual

Como se ha dicho, el ordenamiento jurídico colombiano es de tradición culpabilista en lo referente a la responsabilidad civil, lo que se evidencia en los artículos 63, 1604, 2341 y 2356 del Código Civil, en los cuales el elemento subjetivo es de especial relevancia a la hora de valorar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, para cuando se está en el ámbito contractual, y el alcance de la indemnización para todos los casos en que se ha causado un daño.

En materia de responsabilidad civil contractual, el elemento subjetivo tiene una especial relevancia, toda vez que el contrato está inmerso en el terreno de la previsibilidad y a partir de tal se define el alcance de la responsabilidad. Es decir, la previsibilidad de un perjuicio radica en la posibilidad que tiene un deudor diligente de haber contemplado anticipadamente el efecto del incumplimiento de lo pactado en el contrato, y a partir de la valoración que se haga de tal

situación, se determinarán los perjuicios por los que el contratante que incumple debe responder (Sentencia C-1008, 2008).

Por otro lado, la tradición culpabilista se evidencia en la consagración del artículo 63 del Código Civil que implementa un sistema de graduación de la culpa civil a saber:

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.”

Tales preceptos se refieren exclusivamente al terreno de la responsabilidad civil contractual, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia:

“La graduación de culpas contemplada por el artículo 63, se refiere a contratos y cuasi contratos, más no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluida. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa, cuando la ley, regulando relaciones

contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida” (Sentencia C-1008, 2008)

“(…) De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas; el dolo generalmente no se presume (artículo 1516 C.C.) ni su tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual (…) acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad y agrava la posición del deudor aún en frente de eventos imprevisibles (artículo 1616 C.C.); la culpa, por el contrario, se presume en el incumplimiento contractual (…) las partes pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella, y su intensidad se gradúa para asignar diferentes efectos a sus diversos grados (artículo 1604), y por último no agrava la posición del deudor sino ante los que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato (artículo 1616 C.C.)” (Sentencia C-1008, 2008)

Como complemento al artículo 63 mencionado, el legislador estableció en el artículo 1604 los casos en los que el deudor será responsable por la culpa grave, por la culpa leve o por la levísima atendiendo al criterio de utilidad que reporta el contrato para las partes. Es así como el deudor no es responsable sino de la culpa grave en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

Las categorías de culpa grave y leve encuentran su origen en el derecho romano, en donde se aplicaba una u otra de acuerdo al acto u obligación de que se tratara. La culpa grave o lata se asimilaba al dolo, y consistía en una falta de cuidado tan grosera que sería inexcusable en cualquier persona, y solo era aplicable en los contratos de depósito y precario. En todos los demás actos y obligaciones, el deudor respondía hasta de culpa leve, la cual a veces consistía en

comparar la conducta del mismo con un tipo ideal y abstracto de un administrador irreprochable, diligente y cuidadoso; y otras veces el deudor era comparado consigo mismo, exigiéndosele que cumpliera con la diligencia que solía emplear en sus propios negocios. (Fernández, 1987)

Posteriormente, en la Edad Media, los intérpretes del derecho romano expusieron falsamente que en el sistema sobre la prestación de la culpa que se originó en Roma habían existido tres clases de culpa (grave, leve y levísima) y que para determinar el grado de diligencia debido era necesario prestar atención a la utilidad que reportaba el contrato para las partes, lo cual nunca tuvo aplicación en el derecho romano.

Tales interpretaciones fueron acogidas por los franceses en un principio, pero fueron rechazadas formalmente por los redactores del Código napoleónico, por considerarla artificiosa e injusta, y en cambio decidieron acoger el sistema de la unidad de la culpa, que presenta como modelo la diligencia empleada por un buen padre de familia en la administración de los negocios.

El sistema colombiano, en particular los artículos referentes a la culpa contractual, acogen el sistema de la prestación de las culpas del Medioevo, que como ya se dijo antes, es una falsa glosa del derecho romano. Tal y como cita Guillermo Ospina Fernández a Bigot de Preameneu, en su exposición de motivos referente al Código de Napoleón:

“La teoría en que se dividen las culpas en muchas clases, sin poder determinarlas, no puede sino arrojar una falsa claridad y convertirse en materia de las más numerosas controversias.” (Fernández, 1987)

Es así como supeditar la diligencia exigida a la utilidad que reporta a las partes el acto u obligación, es sacrificar por un lado, los intereses del acreedor, quien espera que le cumplan de manera diligente y cuidadosa en todos los casos, y del deudor, a quien se le exige un gran

compromiso cuando el acto solo le es útil a él, destruyendo así la mera liberalidad del negocio para requerir que compense la prestación dada por el acreedor con una diligencia debida extraordinaria.

En este sistema actual, la responsabilidad contractual se encuentra entonces supeditada a la arbitrariedad de los jueces, que deben clasificar la conducta del deudor que incumple en tres categorías con diferencias muy sutiles e incomprensibles, lo que produce poca seguridad jurídica entre las partes a la hora de obligarse y de reclamar por el incumplimiento.

Teniendo en cuenta lo anterior, un sector de la doctrina clama porque se reforme el Código Civil y se exija en todos los casos que el deudor quede obligado a comportarse como una persona normalmente juiciosa y diligente, utilizando el modelo de un buen padre de familia, buscando que la culpa se evalúe en abstracto en todos los casos y sin admitir graduaciones de ninguna clase.

Por otro lado, hay autores como Jorge Bustamante Alsina, que proponen que se utilice el sistema de las obligaciones de medios y de resultado para evaluar y probar la existencia de culpa, por lo que se deberá analizar en cada caso si la obligación contractual pertenece a una u otra categoría para determinar la carga de la prueba y así establecer si hubo culpa o no, sin que se admitan graduaciones de la misma. Es así como en el caso de las obligaciones de resultado se presumiría la culpa con el incumplimiento, y correspondería al deudor el probar una causa extraña que lo exonerara, mientras que en el caso de las obligaciones de medio, sería responsabilidad del acreedor el probar que el deudor no empleó los medios y se comportó con negligencia (Alsina, 1997).

2.2 ADMINISTRADORES SOCIETARIOS: QUIÉNES SON Y CUÁLES SON SUS DEBERES

El régimen actual de los administradores de sociedades está basado en la denominada “teoría organicista”, que establece que el órgano social del administrador carece de “individualidad jurídica propia y distinta de la persona de la cual es órgano; forma un todo inescindible con esta persona y los actos del órgano son referidos a la persona jurídica como propios de esta” (Vanasco, 2001).

Dentro del ente societario conviven y funcionan diversos órganos en pro del desarrollo de la empresa social, entre los cuales se encuentran: el órgano de representación, encargado de la gestión externa; el órgano de administración, encargado de la gestión interna, y los socios que conforman la junta o asamblea, encargados de la dirección general. Todos estos órganos nacen al tiempo que se forma la persona jurídica societaria y todos, a su vez, trabajan en interés de la sociedad misma, por lo que se dice que entre ellos nace una relación de colaboración directa. Es así como en el artículo 110 numeral 6° y 12 del Código de Comercio se establece que en la escritura de constitución de la sociedad deberá expresarse:

“ 6) La forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores, y de las que se reserven los asociados, las asambleas y las juntas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad.

(...)

12) El nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda, por la ley o por el contrato, a todos o a algunos de los asociados”

Respecto a los órganos societarios, se ha dicho: “el órgano social expresa la voluntad propia de la persona jurídica. Puede decirse que la complementa pero no es correcto afirmar que la sustituye.” (Rengifo, 2012). En particular, la figura del administrador societario es aquella que permite a la sociedad actuar en el mundo jurídico, adquiriendo derechos u obligaciones para la consecución de su objeto social por sí misma, pues se entiende que es ella quien hace parte de los negocios y no la persona natural o jurídica que funja como administrador.

El Código de comercio ha cobijado bajo la mencionada figura del administrador a todo aquel que desempeñe funciones de manejo y control, bien sea porque así está facultado por los estatutos sociales o porque asume la posición realizando dichas funciones. Así, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 dispuso: “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.” A continuación se estudiará cada una de estas figuras.

2.2.1 Representante legal

El representante legal es quien detenta el cargo del órgano de gestión y representación, es decir, es quien que actúa en nombre de la persona jurídica (sociedad) y expresa la voluntad de la misma, al tiempo que desarrolla actividades de administración. Las facultades de este sujeto están dadas tanto por la ley como por los estatutos sociales y su nombramiento, en las sociedades por acciones, es realizado por la junta directiva, mientras que en las sociedades de personas es efectuado por la junta de socios. La necesidad de aprobación del máximo órgano social de las decisiones tomadas por el representante dependerá de lo que acuerden los socios en los estatutos sociales y la confianza que se decida depositar en tal sujeto.

Las funciones que le corresponden al representante pueden ser clasificadas de dos formas: funciones administrativas y funciones representativas. En cuanto a la primera clase de funciones, éstas conciernen a operaciones de orden interno como el manejo del personal, los planes de producción, la adquisición de materia prima, entre otros.

La función representativa se refiere a las actuaciones que la sociedad lleva a cabo con terceros por medio de este órgano y, por ende “...las normas que regulan esta función son de orden público, por el doble aspecto de trascendencia para la sociedad y de tutela a quienes tenga vínculos jurídicos con ella” (García, 1996).

Según lo consagrado en los artículos 164 y 442 del Código de Comercio, la calidad de representante legal se obtiene con la inscripción en el registro mercantil del nombramiento, momento en el cual el sujeto designado asume la responsabilidad como administrador, aunque en realidad desde el instante en que se nombra al sujeto, éste podrá ejercer sus funciones acreditando su título mediante el acta de la reunión en que se realizó su designación. Dicha calidad se pierde al momento en que se registra el nombramiento de un nuevo representante o si pasados treinta días a partir de la remisión de la renuncia del representante a la Cámara de Comercio no media inscripción de su remplazo y los estatutos de la sociedad no establecieron un término diferente (Sentencia C-621, 2003).

Es importante tener en cuenta que podrán nombrarse representantes legales suplentes, cuyas atribuciones serán las mismas que las del principal y que fungirán como administradores por el simple hecho de estar inscritos como tales en el registro mercantil. Una cuestión diferente es el hecho de que sólo sean responsables cuando efectivamente ejerzan o debieron ejercer el cargo, por acción u omisión (Gil, La especial responsabilidad del administrador societario, 2015).

2.2.2 Junta Directiva

La junta directiva en ningún caso representa a la sociedad; sus funciones se refieren de manera general en el artículo 438 del Código de Comercio que establece que “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. ”.

Este órgano es elegido por la asamblea general de accionistas por periodos determinados y en el mismo deben estar representados los distintos grupos de accionistas; de ahí el nombramiento a través del sistema del cociente electoral. Para el caso de las S.A.S., la elección de los miembros de la junta se determinará en los estatutos si estos prevén la creación de tal entidad (Rengifo, 2012).

Entre las funciones que pueden atribuirse a la junta directiva encontramos: nombrar el representante legal, rendir cuentas, nombrar el comité de auditoría cuando la sociedad participe en el Mercado Público de Valores, avaluar los aportes en especie, autorizar la negociación de acciones, convocar a reuniones extraordinarias, decidir qué hacer con las obligaciones que se encuentran en mora en favor de la sociedad y en desarrollo de estas actividades no debe interferir con las funciones que sean asignadas al representante legal que en algunos casos podrán ser parecidas (Rengifo, 2012).

Para la toma de sus decisiones por parte de este órgano se debe respetar lo que establece el Código de Comercio en su artículo 437: “La junta directiva deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros, salvo que se estipulare un quórum superior. La junta podrá ser convocada por ella misma, por el representante legal, por el revisor fiscal o por dos de sus miembros que actúen como principales.”

Cabe resaltar que los miembros de la junta directiva asumen tal posición al momento de la designación y aceptación del cargo; la inscripción de su nombramiento en la Cámara de Comercio es para efectos de oponibilidad ante terceros (Superintendencia de Sociedades, 2013). La responsabilidad como administrador de cualquiera de ellos empieza entonces desde que acepta su posición hasta que es removido del cargo.

2.2.3 Liquidador

El liquidador es quien funge como representante legal de la sociedad mientras la misma es liquidada. En la reunión en que se adopta la decisión de declarar la sociedad disuelta y en estado de liquidación, es cuando se puede proceder a nombrar al que se desempeñará este cargo y quien será el encargado de llevar el trámite de liquidación de la sociedad. Si no se realiza dicho nombramiento, fungirá como liquidador el último representante legal inscrito en Cámara de Comercio.

Entre las funciones del liquidador están las de continuar y concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la disolución; exigir la cuenta de su gestión a los administradores anteriores, o a cualquiera que haya manejado intereses de la sociedad, siempre que tales cuentas no hayan sido aprobadas de conformidad con la ley o el contrato social; cobrar los créditos activos de la sociedad, incluyendo los que correspondan a capital suscrito y no pagado en su integridad, entre otras facultades enumeradas en el artículo 238 del Código de Comercio.

En cuanto al actuar de estos funcionarios, la Superintendencia de Sociedades en el Oficio 220-087200 del 15 de julio de 2013, estableció que “el liquidador como administrador de la sociedad, debe orientar su gestión conforme a los deberes previstos por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, conforme a los parámetros de diligencia del buen hombre de negocios, toda vez que su

responsabilidad conforme a lo dispuesto por el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, es solidaria e ilimitada por los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a la sociedad, a los socios o a los terceros.”. Cabe resaltar que el liquidador sólo estará obligado a cumplir aquellos deberes que sean pertinentes en la etapa de liquidación.

Se dice que es el representante legal con más amplias facultades pues no queda cobijado por los límites estatutarios vigentes durante la vida activa de la sociedad, por lo cual deben aplicarse con más rigurosidad los criterios de actuación de buena fe, lealtad y según el modelo de un buen hombre de negocios (Gil, La especial responsabilidad del administrador societario, 2015). La anterior posición no es del todo correcta, pues el liquidador queda sometido al marco liquidatorio establecido en la ley.

En cuanto a su renuncia se aplica el mismo criterio de los representantes legales, cuya dimisión se hace efectiva pasados treinta días a partir de la remisión de la carta de abdicación a la Cámara de Comercio respectiva, en los casos en los que no se registra un nuevo liquidador en tal lapso de tiempo.

2.2.4 Factor

El factor es un mandatario que adquiere tal calidad en virtud de un contrato de preposición cuyo objeto es la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo según lo establecido en el Código de Comercio, artículo 1332.

La Superintendencia de Sociedades, en el Oficio 220-051416 del 25 de Octubre de 2007, ha establecido que a los factores les serán aplicables las normas previstas por ley para los administradores, en concordancia con la Ley 222 de 1995. Así mismo, tal Superintendencia estableció en el Circular Externa 9 del 18 de julio de 1997 que: “(...) por ejemplo, el encargado

de dirigir cualquiera de las agencias de una sociedad ostenta la condición de administrador de esa compañía dentro del ámbito del establecimiento de comercio que administra, aún cuando no sea representante legal ni miembro de su junta o consejo directivo.”

Según el artículo 1333 del Código de Comercio, la preposición deberá inscribirse en el registro mercantil; no obstante, los terceros podrán acreditar su existencia por todos los medios de prueba. La revocación deberá también inscribirse en el registro mercantil, para que sea oponible a terceros.

2.2.5 Otros administradores

Conforme a lo establecido en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 se reputan también administradores aquellas personas que por cargo estatutario ejercen funciones administrativas. Se trata de sujetos que en la vida real de la sociedad administran la misma y que podrían quedar por fuera del régimen de responsabilidad de no haberse consagrado este aparte, lo que generaría un vacío jurídico importante.

Por otro lado, existe la figura del administrador de hecho que la Ley 1258 de 2008 consagra para las sociedades por acciones simplificadas. Al respecto, dispone el artículo 27 que las personas que se inmiscuyan en una actividad de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores. Esta categoría también se contempló en el artículo 17 de la Ley 1474 de 2011 de manera que se considera que tanto los administradores de derecho como los de hecho podrán incurrir en el tipo penal de administrador desleal.

La consagración del administrador de hecho se hizo con base en antecedentes jurisprudenciales y doctrinales del derecho francés, español y norteamericano, que construyeron la figura en pro de

la protección de los intereses tanto de terceros como de asociados minoritarios que se veían afectados por las actuaciones de individuos que, amparados en el hecho de que no estaban en la categoría de administradores y que figuraban como socios mayoritarios, intervenían en la administración de la sociedad, causando perjuicios por los que debían responder mediante la figura de la responsabilidad extracontractual y no ser sometidos al estricto régimen especial de responsabilidad de los administradores societarios. Se dice pues que la categoría de la administración de hecho no tiene como propósito sanear los negocios celebrados por el sujeto que incurre en tales actuaciones, sino hacer extensivo un sistema de responsabilidad con culpa presunta y un mayor grado de diligencia exigida a quien, sin ser propiamente administrador, actuó como tal (Gil, La especial responsabilidad del administrador societario, 2015).

El autor Jorge Hernán Gil Echeverry comenta en su libro sobre la responsabilidad de los administradores, que para que se configure tal figura del administrador de hecho será necesario el desarrollo y ejecución de actos de administración o gestión; la habitualidad o permanencia en la ejecución de tales actos de gestión y la aquiescencia de la sociedad afectada. Adicionalmente señala que hacer extensiva tal figura para todos los tipos societarios, es posible gracias a la aplicación del principio de buena fe, tanto en su faceta de protección a terceros como en la faceta en que obliga a responder a las personas por sus actos propios. (Gil, La especial responsabilidad del administrador societario, 2015). En cualquier caso, se trata de una figura que requiere de mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinario en el país.

Por otro lado, en el inciso 5° del artículo 24 de la Ley 222, se contempla la posibilidad de que las sociedades sean administradas por otras personas jurídicas cuyo objeto social sea precisamente la gestión de negocios ajenos. El mencionado precepto dispone expresamente que la responsabilidad de estos administradores persona jurídica deberá endilgarse al ente social. Al

respecto, la Superintendencia de Sociedades ha dispuesto que la responsabilidad patrimonial de tales personas jurídicas estará limitada conforme al tipo societario bajo el cual se hayan constituido (Superintendencia de Sociedades, 1992). La sociedad que administra es quien responde directamente, sin perjuicio de que la misma pueda iniciar acciones contra el administrador por los malos manejos.

2.2.6 Deberes generales y específicos de los administradores

Todos aquellos órganos de administración que se mencionaron, indistintamente de la función que estén cumpliendo, deben observar ciertas pautas de conducta generales respecto de la sociedad que representan, tales como: obrar de buena fe, con lealtad y manteniendo siempre la diligencia de un buen hombre de negocios. Lo anterior fue consagrado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 para que fuera aplicable a todas las actuaciones de tales órganos, de manera que siempre que éstos incurran en alguna falta, ésta se deberá examinar de acuerdo con lo establecido en la ley, los estatutos y todos los postulados mencionados anteriormente, que limitan sus facultades y designan los procedimientos para la realización de diversas actuaciones. Al respecto, el autor Jorge Hernán Gil Echeverry ha dicho:

“De manera que todas las obligaciones estatutarias y las otras que disponga la ley, las cuales se entienden incorporadas al contrato social como elementos de su naturaleza, forman el conjunto de obligaciones de los administradores y tienen como fuente única el contrato social; por esta razón cualquier violación a la ley o los estatutos se tendrá como incumplimiento contractual”.

(Gil, La especial responsabilidad del administrador societario, 2015)

2.2.6.1 Deber de buena fe

El deber de buena fe es el principio del Derecho Privado del cual parten todos los demás deberes de conducta y que presupone una actuación leal, fiel y sincera en el giro ordinario de los negocios. Normalmente se ha entendido que tal deber se manifiesta en dos aspectos: el primero exige que cada persona deba comportarse de una manera leal y con probidad a la hora de celebrar y ejecutar sus negocios (buena fe activa), y el segundo aspecto establece que se debe actuar con la conciencia de que se está actuando conforme a derecho (buena fe creencia).

En el Código de Comercio, el principio de buena fe está consagrado en el artículo 871 que prevé que los contratos deberán ejecutarse con sujeción a esta pauta de comportamiento y que, por tanto, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural. En el mismo Código, en el artículo 835, se establece a su vez que esta buena fe se presume.

Los administradores societarios entonces deberán desempeñar su cargo con rectitud, con la creencia de que se obra de manera correcta, respetando los compromisos adquiridos tanto con los socios como con la sociedad misma y los terceros con quien se involucre, y buscando siempre satisfacer a cabalidad los intereses del ente societario. De esta exigencia parten los demás deberes de su actuación, por lo que será imposible analizar la conducta del administrador sin hacer referencia a este principio y conectarlo con los demás.

2.2.6.2 Deber de diligencia y cuidado

Según Reyes Villamizar, la consagración de este concepto en la legislación colombiana es una copia de los denominados deberes fiduciarios o de confianza de los administradores, cuyo origen se encuentra en el derecho norteamericano (Reyes, Derecho societario, 2011). En realidad, en

Colombia existe una consagración legal de los deberes por lo que no es pertinente hablar de la existencia de este concepto.

En el artículo 23 de la Ley 222 se preceptúa este deber, haciendo referencia a la “diligencia y cuidado del buen hombre de negocios” alterando el patrón de conducta que se utiliza en el derecho civil referente al buen padre de familia, tema que se tratará más adelante, pero que por lo pronto se definirá como un actuar propio de una persona conocedora de los negocios y que toma sus decisiones de manera informada y en pro del máximo beneficio posible para la sociedad que administra, siempre dentro de los límites impuestos por los estatutos y la ley.

Es importante resaltar que el cumplimiento de este deber tendrá que ser analizado de acuerdo a las circunstancias que rodearon la actuación u omisión del administrador, así como las condiciones de la sociedad de que se trata. Igualmente podrán tenerse en cuenta ciertos parámetros desarrollados por la doctrina y que sirven como requisitos de verificación de una actuación diligente, los cuales consisten en que el administrador debe proceder y tomar la decisión de buena fe, no debe tener interés personal alguno en la decisión, bien sea propio o en beneficio de terceros, debe informarse hasta donde juzgue necesario y razonable previo a la toma de la determinación y debe tener la convicción racional de que la decisión que toma es en el mejor interés de la sociedad (Uribe, 2013).

Este deber de diligencia no implica necesariamente que siempre se obtenga un provecho económico de las decisiones tomadas por el administrador, ni que las mismas sean acertadas en los mismos términos, pues debe recordarse que la obligación de los administradores se considera de medios y no de resultado y que existe cierto riesgo inherente al desarrollo de los negocios. Por lo anterior, se habla de aplicar por la vía del derecho comparado la denominada “regla de

discrecionalidad” en virtud de la cual se respeta la autonomía de los administradores para tomar decisiones de negocios, siempre y cuando las mismas sean adoptadas de buena fe y en uso de un juicio prudente por parte de los administradores.

2.2.6.2.1 Buen hombre de negocios

Con la introducción de la expresión “diligencia del buen hombre de negocios”, el artículo 23 de la Ley 222 introdujo una importante modificación al régimen de responsabilidad de los administradores societarios, acentuando el carácter especial del mismo y aumentando la exigencia de diligencia y cuidado. En el sistema del Código Civil, el modelo de conducta utilizado como referencia era el del buen padre de familia presente en el artículo 63, el cual se circunscribe a un ámbito de conservación de los bienes y prevención de riesgos que resulta ampliamente inadecuado a la hora de compararlo con el contexto de los negocios en los que se mueven los administradores.

Tal y como lo expresa Jorge Hernán Gil, es apenas lógico que si las sociedades mercantiles deben actuar comercialmente como profesionales, se exija que se comunique tal requisito a aquellos órganos a través de los cuales se expresa (Gil, La especial responsabilidad del administrador societario, 2015). La ley presume entonces que si los administradores estuvieron dispuestos a ocupar la posición de representar a un comerciante es porque están capacitados para actuar como uno, observando cuidadosamente la conducta que llevaría un especialista en ese campo.

El concepto del buen hombre de negocios es un nuevo patrón objetivo para la apreciación de la conducta de los administradores societarios que exige que se actúe aprovechando las oportunidades comerciales que se presenten partiendo del análisis de la información tanto del

estado de los negocios propios como el del mercado, obrando con lealtad y privilegiando siempre los intereses de la sociedad.

Gracias a la introducción de este concepto se ha comenzado a hablar de la implantación de un patrón de conducta profesional en el derecho colombiano, es decir, en donde los administradores deben ajustar su conducta a las reglas mercantiles con la finalidad de optimizar con sus decisiones el resultado de la gestión de los negocios a su cargo (Nissen, 2010). Se requiere cierto grado de preparación y conocimientos sobre las actividades comerciales. No obstante, siempre deberán analizarse las condiciones particulares de tiempo, modo y lugar tanto de la sociedad como del mercado en que se mueve.

Si bien se aparta del concepto del buen padre de familia, el criterio del buen hombre de negocios no constituye una exigencia mayor en cuanto al cuidado debido, sino que se trata también de una diligencia media pero de acuerdo al contexto del mundo de la administración y los negocios en el que se desenvuelven los administradores.

2.2.6.3 Deber de lealtad

De manera puntual, este es el deber que exige un actuar recto, honesto, en el cual siempre se beneficie el bienestar y los intereses del ente societario que se administra. Este precepto cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que los administradores están manejando negocios ajenos y que pueden generarse conflictos de interés.

La lealtad del administrador incluye también no utilizar en provecho propio o ajeno la información privilegiada a la que se tiene acceso en el desempeño del cargo, así como tampoco realizar actos de competencia con la misma. Esto como respuesta a la confianza depositada en este sujeto.

2.2.6.4 Deberes específicos

Los deberes específicos constituyen desarrollos de los deberes de buena fe y lealtad. Se trata de pautas cuya violación implica la responsabilidad del administrador y que buscan la profesionalización del actuar del cargo. La lista contenida en el artículo 23 se considera meramente enunciativa y por esto deberá continuarse con un desarrollo jurisprudencial y legal que contemple otras situaciones que se endilgan a los órganos de gestión.

A continuación se enumeran las funciones específicas que la ley contempla:

a) Realizar esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social

Se busca que el administrador realice su gestión buscando que se consigan los resultados contemplados cuando se constituyó la sociedad. El objeto social resulta siendo el límite y el fin último del ejercicio de la administración societaria. Constituye el más elemental de los deberes legales.

b) Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias

Se trata de un deber que consagra en cierta medida la tesis de la culpa in vigilando, es decir, se prevé que el administrador es responsable de los actos que realizan las personas que trabajan bajo su dependencia y que actúan en contravía de lo preceptuado por la ley y los estatutos (Reyes, Derecho societario, 2011). Igualmente, este deber compromete al administrador a actuar con sujeción a los mencionados cuerpos normativos.

c) Velar por que se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal

Este deber busca proteger la independencia de la revisoría fiscal en su labor de auditoría de las diversas actividades de la compañía, lo cual se manifiesta en la obligación de los administradores de suministrar a quien desempeñe el mencionado cargo toda la información que requiera de una manera oportuna y completa.

d) Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad

El tratadista Francisco Reyes Villamizar señala que la reserva comercial e industrial se refiere a “informaciones de orden técnico que adquieren los administradores sociales con ocasión del ejercicio de sus cargos, sobre las fórmulas de procesos industriales o sobre algunas circunstancias que tienen aplicaciones económicas para la sociedad y se mantienen en secreto, así como la reserva sobre los libros y documentos de la sociedad” (Reyes, 2011).

Con la consagración de este deber, el Código de Comercio reconoce el alto valor económico que tiene para las empresas este tipo de datos. Lo anterior es concurrente con las legislaciones penal, laboral y de competencia desleal.

e) Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada

Debe entenderse por información privilegiada aquella a la cual sólo acceden ciertas personas en razón de su cargo, y que por su carácter de tal está sujeta a reserva, ya que de conocerse podría utilizarse en provecho de sí o de un tercero. Dicha información debe tener la idoneidad suficiente para ser utilizada y versar sobre asuntos concretos que se refieran al entorno societario o el ámbito de la compañía (Superintendencia de Sociedades, 2008).

La Superintendencia de Sociedades entiende que hay uso indebido de la información privilegiada en los siguientes eventos:

- i) Cuando la información se suministre a quien no tiene porque acceder a ella;
- ii) Cuando se use con el fin de obtener un provecho propio o beneficios para terceros;
- iii) Cuando se oculte mal intencionadamente en perjuicio de la sociedad o beneficio propio o de terceros;
- iv) Cuando exista la obligación de darla a conocer y se divulgue en un medio cerrado o no se divulgue en lo absoluto (Superintendencia de Sociedades, 2008).

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

Se exige que los administradores obren con imparcialidad en el trato con los asociados, en especial en cuanto al derecho de inspección. La Superintendencia de Sociedades exige para esto último que se destine un lugar apropiado en las oficinas de la administración, con una atención eficiente y diligente con la que se provea toda la información exigida por socios, accionistas o apoderados (Superintendencia de Sociedades, 2008).

g) Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad

Son actos de competencia aquellos en los que confluyen la sociedad y el administrador, o un tercero a favor del cual éste tenga la vocación de actuar, y ambos persiguen la consecución del mismo resultado. Para efectos de este deber lo que importa es que exista la competencia entre los sujetos y no que la misma sea desleal o ilícita.

En la ley 256 de 1996 se regula todo lo relativo a la competencia desleal y los actos que constituyen la misma, dentro de los que están la desviación de la clientela, los actos de desorganización, confusión y engaño y la explotación de la reputación ajena, entre otros.

h) Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses

El conflicto de intereses se presenta cuando no es posible que se satisfagan simultáneamente dos intereses, que en este caso serían los del administrador y los de la sociedad.

Tanto en el caso del conflicto de interés como en el de los actos de competencia, cabe resaltar que es necesario que el administrador estudie cada situación y determine si está inmerso en una de ellas, caso en el cual deberá cesar su actuación e informarle al máximo órgano social sobre esa circunstancia, para que se adopten las decisiones pertinentes.

La ley 222 no impide totalmente la realización de estos actos pues es posible que en ocasiones resulten útiles para ambas partes, por lo que somete su celebración a un meticoloso procedimiento de autorización por parte del máximo órgano social, en pro de la protección de los intereses de la sociedad.

Tratándose de sociedades sujetas a supervisión de la Superintendencia de Sociedades, se permite que la misma entre a pronunciarse sobre la existencia de conflictos de interés, actos de competencia y utilización indebida de información privilegiada, a petición de quien se encuentre legitimado. Lo anterior no quiere decir que la Superintendencia pueda pronunciarse sobre la responsabilidad de los administradores.

2.2.6.5 Otras responsabilidades especiales

En el Código de Comercio se encuentran otras responsabilidades de los administradores, a saber:

a) Falta de registro

Cuando un administrador celebre o ejecute actos o contratos a nombre de la sociedad, sin que se haya realizado con anterioridad el registro mercantil de la constitución de la misma, responderá solidariamente con la sociedad por tales operaciones como lo establece el artículo 116 del Código de Comercio.

b) Objeto y causa ilícito

En el artículo 105 de la ley mercantil se establece que en caso de que se decreta la nulidad absoluta del contrato societario por existir objeto y causa ilícita, los asociados y los administradores responderán solidariamente por las deudas de la compañía y los perjuicios causados. Adicionalmente, se preceptúa la inhabilidad para ejercer el comercio por 10 años para los administradores.

c) Sentencias de impugnación

Según el artículo 191 del Código de comercio, los administradores deberán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

Si con ocasión de las impugnaciones mencionadas anteriormente se declara la nulidad de una decisión de la asamblea o junta de socios, los administradores deberán tomar las medidas necesarias para que se cumpla la sentencia, so pena de resarcir los perjuicios que se causen a asociados, terceros y la sociedad, tal y como lo establecen los artículos 192 y 193 del estatuto mercantil. En especial, responderán por los perjuicios causados en caso de negligencia.

d) Celebración de contratos en casos de disolución y liquidación

El artículo 222 del Código de comercio establece que, cuando la sociedad entra en estado de liquidación, cualquier operación o acto ajeno a tal proceso, salvo los autorizados expresamente por la Ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador.

La solidaridad también se predica cuando no se anuncia a la sociedad como empresa en liquidación. En este caso el artículo 256 preceptúa que esta responsabilidad se extiende por 5 años contados desde que se apruebe la cuenta final de liquidación.

e) Vicios en la liquidación

Si en el procedimiento liquidatorio voluntario, el liquidador omite cualquier etapa o trámite requerido para enterar de los procesos necesarios para que socios o terceros hagan valer sus derechos, éste será responsable de todos los eventuales perjuicios causados, lo cual se estableció en el artículo 255 del Código de Comercio.

f) Omisión en el nombre

Si la sociedad anónima se forma, se inscribe o se anuncia sin la especificación de que es tal mediante las palabras "Sociedad Anónima" o de las letras "S A." expresadas al final de su denominación, los administradores responderán solidariamente de las operaciones sociales que se celebren, según lo establecido en el artículo 373 del Código de Comercio.

g) Reparto ilegal de utilidades

Cuando un administrador haya repartido utilidades sin que previamente se hayan aprobado los estados financieros que las sustentan o sin haberse enjugado las pérdidas de los ejercicios

anteriores, cuando sea el caso, y que a consecuencia de las mismas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto del capital, éste responderá ante la sociedad por el valor de las sumas repartidas, más los intereses correspondientes, sin perjuicio de que pueda repetir lo pagado contra los socios beneficiados, excluyendo los intereses. Lo anterior en concordancia con los artículos 151 y 200 de Código de Comercio.

h) Procesos de insolvencia

La Ley 1116 de 2006, artículo 82, estableció que, cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella, sin perjuicio de que pueda repetir contra quien actúe como su representante legal.

La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la sociedad deudora y será tramitada por el proceso verbal regulado en los artículos 368 a 373 del Código General del Proceso, ante el

juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido.

La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario.

i) Delitos y contravenciones

Las sanciones impuestas a los administradores por delitos, contravenciones u otras infracciones en que incurran no les darán acción alguna contra la sociedad como lo establece el artículo 201 del Código de Comercio.

j) Reducción del patrimonio neto en la sociedad anónima

El artículo 458 del Código de Comercio preceptúa que cuando haya pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del cincuenta por ciento, no podrá el administrador hacer más operaciones sino que deberá citar a la asamblea general para que proceda con las decisiones pertinentes al caso. La infracción de este precepto hará solidariamente responsables a los administradores de los perjuicios que causen a los accionistas y a terceros por las operaciones celebradas con posterioridad a la fecha en que se verifiquen o constaten las pérdidas indicadas.

k) Ausencia de estados financieros

Los administradores y el revisor fiscal, responderán por los perjuicios que causen a la sociedad, a los socios o a terceros por la no preparación o difusión de los estados financieros. Además de esto, serán sancionados por la ley penal aquellos que presenten estados financieros ajenos a la realidad, como lo establecen los artículos 42 y 43 de la ley 222 de 1995.

l) Rendición de cuentas

En el artículo 45 de la ley 222, se encuentra la obligación de los administradores de rendir cuentas de su gestión una vez se hayan retirado de su cargo. Se aclara que aunque sea aprobado tal informe de gestión, eso no significa que se les exonere de responsabilidad por alguna de las actuaciones que llevaron a cabo en el período que administraron la sociedad.

Adicionalmente, en el artículo 318 del Código de Comercio se establece que los administradores, sean socios o extraños, al fin de cada ejercicio social deberán dar cuenta de su gestión a la junta de socios e informar sobre la situación financiera y contable de la sociedad. Además, deben rendir a la misma junta de socios o asamblea de accionistas cuentas comprobadas de su gestión cuando ésta la solicite y, en todo caso, al separarse del cargo.

2.2.7 Sistemas de control interno

En concordancia con los diversos deberes que se imponen a los administradores, se consagraron los denominados sistemas de control interno, que están orientados a delimitar la responsabilidad de los administradores.

Entre los diversos tipos de control interno se encuentran el jurisdiccional, el administrativo y el de gestión. Mediante el primero de ellos, más que controlar las actuaciones de la administración en la sociedad, se contempla el juzgamiento de las distintas controversias que se puedan dar en los actos jurídicos que son realizados en nombre de la sociedad; ‘este control es manifestado a través de las declaraciones judiciales o decisiones vinculantes, con fuerza definitiva de cosa juzgada, entrando a determinar la validez del acto acusado...’ (Cepeda, 2001).

En segundo lugar, el control administrativo se da tanto desde entidades externas como desde la organización interna de la sociedad y se manifiesta en distintas formas, como cuando los particulares hacen solicitudes a la Superintendencia para que la misma determine la

responsabilidad de un administrador. Por otro lado, está la misma administración que podrá siempre revocar aquellos actos que evalúa y considera que no son pertinentes para el buen desarrollo del objeto de la sociedad. Dentro de este tipo de control, encontramos el de aprobación que “...ejercen las oficinas gubernamentales sobre las sociedades y sobre los órganos de administración de las mismas propendiendo por la unificación de esfuerzos y estrategias en el cumplimiento de las normas jurídicas, contables y por el cumplimiento de los objetos sociales o de grupo económico.” (Cepeda, 2001)

Finalmente, el control de gestión se busca verificar la productividad y la consecución de los fines que tiene la compañía desde su objeto social, analizando el funcionamiento interno del ente societario. Se busca lograr la eficiencia por parte de la administración, proponiendo la implementación de medidas necesarias para el funcionamiento óptimo en el desempeño de tal cargo. Este tipo de control es realizado por la junta directiva o la asamblea general de socios.

2.2.8 Régimen de responsabilidad

La responsabilidad de los diversos órganos de administración de la sociedad podrá ser civil, penal o administrativa. Cada una surge por causas distintas; mientras la primera habla de detrimentos patrimoniales, la penal surge cuando una conducta de los sujetos que hacen parte de órganos administrativos encaje dentro de las categorías de típica, antijurídica y culpable, y la administrativa es la que deriva de los malos manejos u omisiones en las funciones que tiene a su cargo, por los cuales deberá responder ante la Superintendencia de Sociedades.

Aunque no es común que los administradores incurran en responsabilidad penal, hay conductas consideradas delito que podrán ser cometidas por aquellos que ostentan cargos administrativos.

Los tipos penales más comunes son: hurto, estafa, utilización indebida de información privilegiada, enriquecimiento ilícito, entre otras.

Así mismo, la responsabilidad administrativa se hará presente en aquellos casos en que los administradores no cumplan con sus deberes acorde a la ley 222 de 1995 y que no atiendan los correctivos hechos por la Superintendencia de Sociedades. En cualquier caso, la máxima sanción impuesta será la recomendación de remoción del administrador que será ejecutada por la junta directiva o la asamblea general de accionistas.

Por último, la responsabilidad civil de los administradores, que es la que concierne a este documento, encuentra su eje central en el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, que reza:

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

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

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

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en

contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.¹

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

Resulta conveniente resaltar que el precepto anterior no hace distinción alguna entre los diversos tipos societarios, por lo que es posible concluir que el mismo será aplicable a los administradores de cualquier clase de sociedades mercantiles, incluyendo la sociedad por acciones simplificada, sin perjuicio de que existan sociedades como las financieras, las que se dedican a la prestación de servicios públicos, las que tienen como actividad lo relacionado con el mercado público de valores y las de economía mixta, que por su estructura están sujetas a una normatividad especial en materia de responsabilidad de sus administradores (Londoño, 2002).

Adicionalmente, el artículo anterior evidencia que el régimen de responsabilidad de los administradores es un régimen especial, distinto al consagrado en el Código Civil, por cuanto regula exclusivamente a un sujeto (los administradores), dentro de un ámbito particular (las

¹ Como se dijo, en los casos en los que el administrador es una sociedad, la responsabilidad respectiva será del ente societario, sin perjuicio de que pueda repetir en contra de su representante legal.

sociedades mercantiles) y en razón de las funciones propias del cargo que desempeñan, lo que se denomina responsabilidad por ilícito orgánico.

Los denominados deberes generales de actuación de los administradores societarios que se mencionaron anteriormente (diligencia y cuidado de un buen hombre de negocios, buena fe y lealtad) son los que fundamentan tal régimen a la hora de analizar la responsabilidad de estos sujetos y que acentúan la particularidad del sistema pues exigen una diligencia diferente a la exigida comúnmente, pues se trata de una gestión profesional de los negocios a su cargo con un estricto código de conducta cuya violación implica unas consecuencias determinadas.

A continuación se estudiarán ciertas características de especial significancia en este régimen de responsabilidad civil de los administradores societarios:

a) Responsabilidad personal

Las consecuencias propias del régimen de responsabilidad se aplicarán únicamente a quien haya contribuido a la causación del daño, bien sea por acción u omisión, en especial si consideramos que el régimen de que se trata está fundamentado en la culpa.

Es así como el mencionado artículo 200 del Código de Comercio establece que no están sujetos a responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. Debe recordarse entonces que los administradores responden tanto por activa, en relación con la acción o ejecución de un acto lesivo, como por pasiva, cuando a consecuencia de su inactividad se lesiona a la sociedad, los socios o terceros.

Con la consagración del precepto mencionado anteriormente, se dice que la ley está estimulando a los administradores a que asuman y expresen su criterio sobre los asuntos en los que deben

participar, dejando constancia de tal en actas o documentos relacionados con su gestión (Superintendencia de Sociedades, 2008).

b) Responsabilidad solidaria

Una de las reformas importantes introducidas con la Ley 222 fue la de consagrar expresamente la solidaridad de los administradores, aplicable únicamente a quienes sean personalmente responsables por la acción u omisión que generó el daño.

Se resalta que la responsabilidad será aplicable a quienes ejecutaron el hecho dañoso, a quienes lo conocieron oportunamente y no hicieron nada por evitarlo y a quienes debieron conocer el asunto si hubiesen obrado de manera diligente como un buen hombre de negocios (Gil, 2015).

Lo anterior, teniendo en cuenta que dentro de los deberes de los administradores se encuentran aquellos referidos a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias y la realización de acciones que conduzcan a un adecuado desarrollo del objeto social.

Por eso si se demanda solidariamente a los administradores de una sociedad, todos quedan bajo la misma presunción de culpa y la obligación de responder por la totalidad de los perjuicios.

Corresponderá a cada uno, de manera individual, exonerarse de la solidaridad demostrando que votó en contra o no ejecutó el acto lesivo o que no tuvo conocimiento de la acción u omisión que ocasionó el daño de una manera acorde al criterio del buen hombre de negocios.

Al incorporarse la solidaridad como principio general, se desdibuja el límite entre la responsabilidad extracontractual y contractual, en tanto se acoge un principio que se aplica tanto en el primer tipo de responsabilidad como en las obligaciones contractuales que surgen de negocios mercantiles (Londoño, 2002).

En conclusión, la sociedad, el asociado o cualquier tercero que haya sufrido perjuicios como consecuencia de la conducta ilícita de varios administradores podrá elegir si dirigir su demanda contra todos aquellos, contra algunos o sólo contra uno. Una vez obtenga la sentencia condenatoria, podrá exigir la totalidad de la indemnización a cualquiera de los que hayan sido declarados responsables y el pago que haga uno, extinguirá la obligación frente a todos.

c) Presunción de culpa

En los casos de incumplimiento o extralimitación de las funciones, violación de la ley o de los estatutos y proposición o ejecución de decisiones basadas en distribuciones de utilidades que contravienen lo dispuesto en el artículo 151 del Código de Comercio, el legislador ha consagrado que se presumirá la culpa del administrador.

Se trata de un importante cambio en materia probatoria, pues quien resulte perjudicado por las acciones u omisiones que encajen dentro de los presupuestos mencionados anteriormente, sólo deberá demostrar la presencia de la violación legal o estatutaria, la existencia del daño y el respectivo nexo causal. Es un endurecimiento del régimen de responsabilidad de los administradores, pues pone en cabeza de estos el demostrar que su conducta estuvo exenta de culpa.

Autores como Reyes Villamizar consideran que las tres hipótesis consagradas en el artículo 200 conducen a una sola, ya que tanto la violación de los estatutos como la distribución ilícita de utilidades, son violaciones de la ley. Aún así, en lo referente a la distribución de utilidades en contravía de las normas, se incorpora una diferenciación en el trato de la indemnización pertinente, pues además de responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que se causen,

el administrador deberá compensar las sumas dejadas de repartir o las cantidades distribuidas en exceso, según sea el caso.

d) No condonación de responsabilidad

En el último inciso del artículo 200 se establece que: “Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.”. Esto constituye la consagración del principio que prohíbe la condonación del dolo futuro.

Hay aquí una definitiva separación con el derecho civil que permite que se pacten regulaciones diversas a las consagradas en la ley en materia de responsabilidad, como en el caso del artículo 1604 del Código Civil.

En cualquier caso, este precepto no prohíbe que los administradores se amparen contra futuras responsabilidades mediante la adquisición de pólizas de seguros que amparen el riesgo inherente a la actividad que desempeñan.

e) Unificación de responsabilidades

La Ley 222 de 1995 como se acaba de expresar no hace distinción alguna basada en si la responsabilidad es contractual o extracontractual, en tanto en la regulación del Código de Comercio se contemplan los posibles daños causados a la sociedad, frente a la cual el administrador tiene un vínculo contractual; a los asociados, con quienes tal sujeto no ha celebrado ningún contrato pero está vinculado por deberes legales y frente a los terceros, que usualmente están vinculados con la sociedad y no con sus administradores.

La reglamentación civil se aplicará en lo no previsto por las normas mercantiles, por ejemplo, en cuanto a la necesidad de acreditar la cuantía del daño y la teoría del riesgo compartido.

2.2.8.1 Estructura general de la responsabilidad de los administradores

El primer inciso del mencionado artículo 200 del Código de Comercio establece como principio general, la responsabilidad subjetiva o con culpa de los administradores, de lo cual se desprende que será aplicable todo lo que sobre ese régimen se consagró en la legislación civil.

Segundo, deberá existir un daño cierto y directo, un hecho generador, una relación de causalidad entre el primero y el segundo y un factor de imputación, para que pueda predicarse la responsabilidad del administrador societario. Respecto al daño y la causalidad, la legislación comercial no estableció ninguna exigencia especial, por lo que será aplicable lo consagrado en el Código Civil, tal como se anotó antes.

En lo concerniente al hecho generador, cuya definición y alcances también se estudiaron previamente, es posible establecer que, gracias a los artículos 23 y 24 de la Ley 222 en los que se consagran los deberes de los administradores, la categorización de conductas y omisiones que pueden derivar una responsabilidad de los administradores es mucho más sencilla.

Por otro lado, al tratarse de una responsabilidad subjetiva, se exige la constatación de culpa por parte del administrador, y esto es apenas lógico si se tiene en cuenta que el campo en el que se desenvuelven estos sujetos, implica la asunción de riesgos en pro de la obtención de beneficio económico, pudiendo obtener como resultado tanto ganancias como pérdidas. En lo referente al régimen de la culpa se deberá ajustar a lo preceptuado en el Código Civil, artículos 63, 1604 y demás artículos pertinentes que complementan el régimen general de la responsabilidad civil.

Es necesario entonces constatar la existencia de culpa en la conducta del administrador para predicar su responsabilidad; sin embargo, en algunos casos particulares, el legislador estableció que la presencia de dicho elemento subjetivo se presumirá, como un esfuerzo adicional para acentuar el carácter profesional del régimen. Cabe resaltar que se trata de presunciones que admiten prueba en contrario. Al consagrarse estas presunciones, no se abandona el sistema de responsabilidad subjetivo, sino que se vuelve más estricto.

Para exonerarse de la obligación de indemnizar, los administradores podrán alegar cualquiera de las causales previstas en el derecho civil, como la ausencia de culpa, la falta de alguno de los elementos de la responsabilidad, la ocurrencia de una causa extraña, fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la prescripción de la acción de responsabilidad.

2.2.8.2 Acción individual de responsabilidad

La acción individual de responsabilidad es aquella mediante la cual cualquier persona (asociado o tercero), que haya sufrido perjuicio derivado de actuaciones ilícitas de los administradores, previa comprobación del interés jurídico que le asiste, puede demandar que se le compensen los daños causados a su propio patrimonio.

Se trata de una responsabilidad personal del administrador frente a los accionistas o frente a terceros y no de una responsabilidad de la sociedad por la actuación de los administradores como órgano social. Igualmente, debe tenerse en cuenta que se trata de una acción diferente a la contractual, que opera por virtud de la ley y no el contrato, aunque tenga sustento en las normas societarias (Gil, La especial responsabilidad del administrador societario, 2015).

Los aspectos procesales de esta acción coinciden con los de la acción social de responsabilidad, por lo que se estudiarán de manera conjunta en el siguiente acápite.

2.2.8.3 Acción social de responsabilidad

Se habla de aquella acción que le corresponde ejercer de manera directa a la sociedad, en contra de sus administradores, en los casos en los que por sus actuaciones, y en violación de la ley o los estatutos, se causen perjuicios.

Se trata entonces de una acción colectiva, de naturaleza contractual y directa, pues las reclamaciones se hacen con base en el incumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato celebrado entre el administrador y la sociedad, y buscan el reconocimiento de los perjuicios causados por tal sujeto al patrimonio social.

Se debe tener en cuenta que la finalidad única de esta acción es la de obtener la reparación de los daños causados por el administrador al patrimonio de la sociedad, sin perjuicio de que como consecuencia de estos daños, se afecte igualmente a los asociados y acreedores de la sociedad.

Para el inicio de esta acción es necesaria la decisión de la junta o asamblea de socios, que podrá ser convocada por un número de socios que represente el 20% de las acciones, cuotas o partes de interés. Dicha determinación podrá ser tomada, aunque no conste en el orden del día por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.

La decisión de ejercer la acción, implicará la remoción inmediata del cargo del administrador, consecuencia avalada por el artículo 198 del Código de Comercio que contempla la libre remoción de dichos sujetos. En los tipos sociales en los que los gestores no tienen un carácter temporal, como en el caso de las sociedades en comandita, hay que preguntarse sobre las consecuencias de realizar la separación del socio – administrador, pues implicaría la configuración de una causal de disolución de sociedad (Londoño, 2002).

La sociedad es quien está legitimado para ejercer la acción de responsabilidad, para lo cual tiene un plazo de 3 meses. Pasado este plazo, la acción podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. Se acepta además que los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad puedan ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos. Todo lo anterior, avalado por el inciso 3° del artículo 25.

Por otro lado, cabe anotar que el liquidador también se encuentra facultado para ejercer la acción en cuestión, gracias al artículo 166 numeral 14 de la Ley 222 de 1995, que señala que es función del mismo “promover acciones de responsabilidad civil o penal, contra los asociados, administradores, revisores fiscales y funcionarios de la entidad en liquidación obligatoria, y en general contra cualquier persona a la cual pueda deducirse responsabilidad”.

En cuanto al procedimiento, el artículo 233 de la Ley 222 de 1995 señala que los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición, se sujetarán al trámite del proceso verbal sumario, salvo disposición legal en contrario. Tanto la acción social como la acción individual encajan dentro del supuesto de hecho de esta norma. Los artículos 390 a 392 del Código General del Proceso prevén el trámite de éste proceso.

Por otro lado, el artículo 235 de la Ley 222 prevé que la prescripción de estas acciones, tanto la individual como la social, será de cinco años, salvo que se haya señalado expresamente otra cosa.

III. REFORMA AL RÉGIMEN SOCIETARIO: PROPUESTA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

3.1 Justificación y estructura general de la reforma

La legislación comercial requiere de un esfuerzo continuado en la revisión y actualización de sus preceptos debido al constante cambio que se da en el mundo de los negocios y a las necesidades de los comerciantes. Mediante el Proyecto de Reforma al Régimen Societario, la Superintendencia de Sociedades pretendió modificar aquellas normas que, a su juicio, requerían de una actualización por razones de obsolescencia y, a su vez, variar el enfoque de aquellas respecto de las cuales, según opinión de la Superintendencia, se demostró su inoperancia durante el tiempo que han estado vigentes. Todo lo anterior, basado en estudios empíricos que demostraron las falencias presentes en el régimen actual del Código de Comercio, la Ley 222 de 1995 y la Ley 1258 de 2008.

La iniciativa legislativa consta de 54 artículos y contempla los siguientes capítulos: I. Extensión de algunas de las reglas previstas en la Ley 1258 de 2008 a los tipos de sociedad regulados en el Código de Comercio; II. Reformas a la sociedad por acciones simplificada; III. Responsabilidad de administradores; IV. Acciones para impetrar la responsabilidad de los administradores; V.

Registro mercantil de las sociedades; VI. Reformas a las facultades de la superintendencia de sociedades; VII. Procedimiento administrativo sancionatorio de la superintendencia de sociedades y VIII. Opresión de asociados minoritarios.

En palabras del mismo Superintendente Francisco Reyes Villamizar, el proyecto se basó en el estudio de las tendencias del Derecho Comparado en materia de sociedades, buscando trasplantar algunas instituciones que han probado su eficacia en otros regímenes jurídicos y que, en su criterio, podrían adaptarse adecuadamente a las realidades empresariales colombianas. (Reyes, Apuntes para una reforma al régimen de sociedades, 2015).

La propuesta hace especial énfasis en la flexibilización de las reglas relativas a la formación y funcionamiento de las sociedades de tipo tradicional previstas en el Código de comercio, y hace extensivas muchas de las normas aplicables a las Sociedades por Acciones Simplificadas, gracias al éxito que significó la creación de éstas a nivel de acogida por parte de los empresarios del país. Se dice que los preceptos que consagran disposiciones en el sentido mencionado anteriormente, demuestran el afán por flexibilizar y modernizar la legislación comercial (Reyes, Apuntes para una reforma al régimen de sociedades, 2015).

Por otro lado, el proyecto parte, en general, de la premisa según la cual, debe dársele prevalencia al principio de la autonomía contractual; por eso muchas de las normas propuestas tienen un carácter esencialmente supletorio de la voluntad de las partes, y se permite que cada quien pacte las condiciones que más le sirvan para sus propósitos, en asuntos relativos al funcionamiento de la sociedad y la responsabilidad de los administradores, por ejemplo.

Este trabajo se enfocará solo en las normas del proyecto referentes a la responsabilidad de los administradores.

3.2 La responsabilidad de los administradores societarios en la reforma

En el presente aparte se analizará la estructura del artículo referente a la responsabilidad de los administradores contenido en la propuesta de reforma al régimen societario, haciendo un estudio de cada uno de los ejes temáticos en los que se proponen cambios y comentando la pertinencia de los mismos.

El artículo 16 del proyecto de reforma preceptúa lo siguiente:

“Artículo 16. *Responsabilidad de los administradores.* Los administradores responderán solidariamente ante la sociedad, los asociados y terceros, por los perjuicios derivados de las actuaciones u omisiones en las que medie dolo, mala fe o violación de sus deberes.

Estarán exentos de responsabilidad aquellos administradores que no hubieren participado en la acción de la que surgiere el perjuicio.

Para juzgar la responsabilidad de los administradores, no se tendrán en cuenta las reglas de graduación de la culpa previstas en el artículo 63 del Código Civil.”

Es decir, se sigue contemplando la solidaridad como pilar fundamental de la responsabilidad de los administradores en los casos en los que ocasionen perjuicios tanto a la sociedad como a sus asociados y terceros, ya sin la limitación de la misma a ciertos presupuestos, pero se elimina la graduación de la culpa como elemento que puede estar presente en la causación de dichos perjuicios, para ser remplazada por la mala fe o la violación de los deberes de conducta de los gerentes societarios.

Adicionalmente, en lo referido a la exención de responsabilidad, se expresa que la misma sólo aplicará a aquellos administradores que no hubieren participado en la acción dañosa, sin hacer referencia alguna a las omisiones que también pueden ser causantes de perjuicios, como en el caso de la inobservancia de algún deber de comportamiento.

Por otro lado, en la óptica de la Superintendencia de Sociedades, resulta preocupante la escasez de pronunciamientos judiciales respecto a la responsabilidad de los administradores, fenómeno que justifican en el hecho de que existe falta de claridad acerca de conceptos como el buen hombre de negocios y en general, todo el régimen de la Ley 222. En nuestro concepto, no existe tal falta de claridad, sino que en realidad los administradores societarios están cumpliendo a cabalidad sus deberes gracias a la puntual consagración legal que hay de los mismos; dicha afirmación es un pretexto para fundamentar esta reforma. La falta de pronunciamientos al respecto, no implica ausencia de entendimiento de los conceptos; por el contrario, sustenta la idea de que los destinatarios de la norma están cumpliendo sus obligaciones.

Se habla de que la distancia entre los preceptos vigentes y las tradicionales reglas de la responsabilidad previstas en el Código Civil, causaron confusión a la hora de ser interpretadas y abrieron la posibilidad de que fueran fácilmente evadidas por parte de los sujetos pertenecientes a órganos administrativos. Es por esto que en la redacción del estudiado artículo 14 no se hace referencia a la palabra culpa como elemento del hecho dañoso y se preceptúa específicamente que el nuevo régimen se aparta de las reglas de graduación de dicho elemento subjetivo previstas en el Código Civil (Reyes, Apuntes para una reforma al régimen de sociedades, 2015). En realidad, el argumento que alude a la comprensión de las normas de responsabilidad contenidas en el Código de Comercio es erróneo pues en nuestro país la interpretación es un principio fundamental del Derecho bajo el cual se estudian diferentes tipos de la misma y entre las cuales

se encuentran la judicial, doctrinal, oficial y auténtica, que servirán para darle solución a las dudas que se presenten al respecto y ayudar al desarrollo del derecho colombiano. Reformar la legislación para evitar confusiones implica romper paradigmas del sistema de nuestro país, el cual se basa en principios y no casos como en el derecho anglosajón.

Causa duda, en quienes escriben el presente trabajo, la manera en que operará una responsabilidad sin grados de culpabilidad en un país de gran tradición culpabilista como lo es Colombia. Parece ser que la reforma en vez de complementar y reforzar el funcionamiento del sistema de responsabilidad de los administradores, genera mayores inquietudes y vacíos; contradice la manera en que opera el derecho colombiano en este tema. Su pretensión de innovar y de supuestamente lograr mayor eficacia mediante la introducción de nuevos conceptos solo logrará crear confusión en aspectos y temas que ya se encuentran claramente desarrollados y con buenas prácticas en nuestro país.

La propuesta de reforma al Régimen Societario plantea cambios en cuatro ejes: a) la definición del deber de lealtad, b) la aplicación del postulado de la autonomía contractual en la regulación privada de la responsabilidad de los administradores, c) nuevas formas de definir el deber de cuidado y d) la introducción del principio de deferencia. A continuación se tratarán todos los cambios, haciendo énfasis en los dos últimos.

3.2.1 Deber de lealtad

En la propuesta de reforma se define el deber de lealtad de manera similar a la Ley 222. Se hace especial énfasis en el tema del conflicto de interés, el cual se introduce dentro del concepto del mencionado deber, precisando la definición puntual de tal concepto, junto con una clasificación de las individuos vinculados respecto de las cuales puede predicarse que constituyen interpuesta

persona, buscando alcanzar un grado de claridad suficiente, tanto para la delimitación plena de las situaciones conflictivas que se sujetan al régimen especial de autorización, como para la identificación de las personas a favor de quienes podría estar actuando el administrador incurso en el conflicto de interés.

El artículo 19 de la reforma, referente a los conflictos de interés, consagra casos puntuales en los que se podrá predicar la existencia de tal situación y bajo los cuales el intérprete podrá subsumir los diversos casos que se le presenten.

La norma propuesta prevé también un sistema con tres niveles de autorización, de los cuales se derivan consecuencias jurídicas diferentes, contempladas en los artículos 21 y 22 del proyecto², y

² *Artículo 21. Autorización en casos de conflicto de interés.* En caso de presentarse un conflicto de interés, el administrador no podrá en ningún caso participar en el acto o negocio respectivo a menos que se cumpla el siguiente procedimiento:

1. Si el administrador fuere representante legal, deberá convocar en forma inmediata a la asamblea general de accionistas o junta de socios.
 2. Si el administrador fuere miembro de la junta directiva o de cualquier órgano de administración de naturaleza colegiada, deberá revelar la existencia del conflicto de interés tan pronto como se presente, para que se convoque, de modo inmediato, a la asamblea general de accionistas o junta de socios.
 3. Si el administrador no fuere representante legal ni miembro de junta directiva, deberá informarle al representante legal para que proceda conforme al numeral 1 de este artículo.
 4. En el orden del día de la convocatoria correspondiente deberá incluirse el punto relativo al análisis de la situación respecto del cual se ha presentado el conflicto de interés. Durante la reunión de asamblea o junta de socios, el administrador deberá suministrarles a los asociados toda la información relevante acerca del negocio.
- Parágrafo primero. Si el acto o negocio se celebrare sin mediar la aludida autorización, cualquier interesado podrá solicitar su nulidad absoluta, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el administrador. Esta nulidad absoluta podrá sanearse, en los términos previstos en el artículo 1742 del Código Civil, siempre que se obtenga la autorización expresa de la asamblea, impartida de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de esta ley.
- Parágrafo segundo. La circunstancia de que el administrador se ausente de la reunión correspondiente o se abstenga de votar en ella no lo exonerará de darle cumplimiento al trámite previsto en este artículo.

Artículo 22. Responsabilidad de los administradores en casos de conflicto de interés. La responsabilidad de los administradores que participen en actos u operaciones afectadas por un conflicto de interés se sujetará a las siguientes reglas:

1. Autorización plena. El administrador quedará exento de responsabilidad si obtiene la autorización de la asamblea o junta de socios con los votos de la mayoría de aquellos asociados que carezcan de tener un interés en la operación diferente de aquel que deriva de su calidad de asociado. Para efectos de calcular esta mayoría, deberán restarse los votos correspondientes a los asociados que tengan algún interés personal en el acto u operación.
2. Responsabilidad en casos de autorización impartida por asociados interesados. El administrador será responsable si la autorización de la asamblea o junta de socios se hubiere obtenido a partir de los votos emitidos

una regulación adicional en materia de conflictos de interés en el contexto de los grupos empresariales, que permite la celebración de negocios que impliquen este tipo de situaciones bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos contemplados en artículo 24 de la propuesta que se estudia.

3.2.2 Aplicación del postulado de autonomía contractual

La aplicación del postulado de la autonomía contractual en la regulación privada de la responsabilidad de los administradores se basa en la idea de que las previsiones normativas que prohíben la inclusión de cláusulas en el contrato social que tiendan a absolver o limitar la responsabilidad de los gerentes, tienen como consecuencia “crear un entorno de intimidación para los administradores en el que la asunción de riesgos se convierte en una actividad sujeta a sanciones y severos avisos penales.” (Reyes, Apuntes para una reforma al régimen de sociedades, 2015).

Para solucionar lo anterior, aunque en realidad no se encuentre probada la presencia de tal problemática, se contemplan cuatro mecanismos: la existencia seguros de responsabilidad a cargo de la sociedad, el reembolso de gastos de defensa, la fijación de límites estatutarios a la cuantía de la responsabilidad, y la posibilidad de incluir cláusulas estatutarias mediante las cuales

por una mayoría configurada por asociados que tengan un interés en la operación diferente de aquel que deriva de su calidad de asociado. En este caso, los asociados interesados que hubieren impartido la autorización responderán solidariamente por los perjuicios que sufran la sociedad o sus asociados.

3. Carencia de autorización y nulidad absoluta del negocio. El administrador que no hubiere obtenido la autorización o que la hubiere procurado de mala fe o con fundamento en información incompleta o falsa, responderá por los perjuicios generados a la sociedad o sus asociados o a terceros. En este caso, también podrá solicitarse la nulidad absoluta del acto o negocio correspondiente.

Parágrafo. En aquellas sociedades que hubieren inscrito sus acciones en el Registro Nacional de Valores y Emisores, la autorización plena a que alude el numeral 1 de este artículo también podrá ser impartida por una mayoría de aquellos miembros independientes de la junta directiva que carezcan de un interés personal en el acto u operación respectivo.

se exonere de responsabilidad a los administradores, al menos frente a los asociados, a menos que medie mala fe o violación del deber de lealtad.

3.2.3 Redefinición del deber de cuidado

En la visión de la Superintendencia de Sociedades, el patrón de conducta del buen hombre de negocios que se contempló en la Ley 222 y el estricto ceñimiento a los postulados que rigen la graduación de la culpa en el Código Civil, significó una atribución de responsabilidades excesiva para los administradores y una carta de invitación para que los jueces no respetaran las decisiones objetivas de los mismos. En realidad, la exigencia en el comportamiento se encuentra plenamente justificada debido al costo monetario que implican las decisiones de los administradores societarios y a la confianza que se deposita en ellos por parte de la sociedad y sus asociados basada en la preparación que tienen dichos sujetos para ejercer el cargo para el cual se designan. De todas maneras esta visión apocalíptica de la Superintendencia no se ha presentado en la práctica.

Se dice además, que debido a la mencionada posibilidad de que las cortes escruten las decisiones de los administradores se hace imposible actuar según el mencionado modelo de conducta, pues tales sujetos se ven desincentivados a asumir riesgos por temor de ser sancionados en caso de que no salgan bien sus planes (Reyes, Apuntes para una reforma al régimen de sociedades, 2015). Como respuesta a estas inquietudes se planteó una nueva concepción del modelo de conducta referente al deber de cuidado y la introducción del principio de deferencia.

La nueva definición del deber de cuidado, se deriva de lo preceptuado en el último inciso del artículo 16 del proyecto que propone no aplicarles a los administradores el régimen jurídico previsto en el artículo 63 del Código Civil, relativo a la clasificación de las culpas. En la opinión

de la Superintendencia, es necesario redefinir el deber mencionado para diferenciarlo del concepto civilista de culpa, y consagrar que el administrador deberá cumplir sus funciones con la diligencia que una persona prudente juzgaría razonable a la luz de las circunstancias propias de cada decisión. Se dice, pues, que es un patrón de conducta novedoso y desprovisto de las complejidades inherentes a la graduación de las culpas, aunque en realidad no se constaten tales características. La nueva idea no logra la separación definitiva del sistema culpabilista y su introducción es innecesaria.

También se prevé en el proyecto que los administradores no se harán responsables cuando las determinaciones tomadas hubieren sido adoptadas de buena fe, con fundamento en recomendaciones proferidas por comités de reconocida idoneidad técnica e independencia, elegidos por la junta directiva o la asamblea general de accionistas o la junta de socios. La norma propuesta acentúa, llegando a una obviedad, que la exoneración de responsabilidad de los administradores no será procedente cuando se compruebe la mala fe o la violación de la ley o del deber de lealtad, aunque se hubiere obtenido la recomendación de alguno de los mencionados comités.

3.2.4 Principio de deferencia

Por último, se propone introducir el principio de deferencia. Se plantea un trasplante jurídico de la regla del buen juicio de los negocios utilizada en el derecho anglosajón, la cual se basa en la percepción de que la labor de los administradores consiste básicamente en la asunción razonada de riesgos en pro de la innovación empresarial y la creación de riqueza, y por ello, los jueces no han de inmiscuirse en las decisiones de negocios adoptadas por tales sujetos, siempre y cuando en ellas no medie conflicto de interés o ilegalidad. En otras palabras: “Se trata de una especie de

presunción de hecho, según la cual, se considera adecuada la conducta del administrador por las decisiones relacionadas con los negocios sociales, a menos que estén presentes las situaciones irregulares aludidas.” (Reyes, Apuntes para una reforma al régimen de sociedades, 2015).

Se expone que, de aprobarse el proyecto, los jueces deberán respetar el criterio adoptado por los administradores en la toma de las decisiones de negocios, siempre y cuando tales determinaciones correspondan a un juicio razonable y suficientemente informado y que por tanto, a menos que se compruebe la mala fe o la violación de la ley o del deber de lealtad, las decisiones están blindadas de posteriores revisiones por parte de los tribunales, es decir, siempre y cuando se actúe con diligencia y cuidado. Lo anterior se basa en la regla de discrecionalidad que se estudió anteriormente (Mendoza, 2015).

Se busca revestir de una protección especial a las decisiones tomadas por los administradores en ejercicio de su cargo, sin que esto signifique que se eximan de controles legales por completo pues el criterio de deferencia, como presunción refutable, sólo cobrará vigencia mientras se cumplan los siguientes presupuestos:

a) La deferencia de los jueces sólo cobija las decisiones adoptadas por los administradores en ejercicio de sus funciones

Los jueces no podrán condonar la omisión en el ejercicio de las funciones propias del administrador o los descuidos negligentes por parte de los mismos.

b) Las decisiones deben obedecer a un juicio razonable y suficientemente informado

Se busca que los administradores tomen decisiones basadas en un análisis a conciencia, con suficientes elementos de juicio que les permitan respaldar su determinación.

c) No puede haber mediado una violación del deber de lealtad

Las infracciones al deber de lealtad implican necesariamente que se han traicionado los intereses de la sociedad en beneficio de los intereses del administrador, por lo que se hace obligatoria la intervención de un juez.

d) El principio de deferencia no cobija actuaciones ilegales o de mala fe

El artículo 17 consagra expresamente este requisito, el cual, como todos los anteriores, se encuentra comprendido dentro de la actuación de un buen hombre de negocios.

No es posible pretender que la manera en la que opera el mencionado criterio remplace al patrón general de conducta que rige actualmente, pues en realidad se pretende prohibir que los jueces se inmiscuyan en las decisiones de los administradores. Con ello se está confundiendo el resultado (positivo o negativo) con la forma diligente o no diligente con que se tomó la decisión.

Lo esencial del criterio de deferencia, entonces, es que pretende que se evalúen las eventuales actuaciones desplegadas por el administrador en el proceso de tomar una decisión para determinar si se procedió con diligencia o no independientemente del resultado.

3.2.5 La denominada acción derivada

Por último, es necesario mencionar que se formula una nueva metodología para hacer eficaces las protecciones que se les confieren a los asociados cuando la compañía es perjudicada por la acción de los administradores, consistente en un mecanismo procesal denominado “acción

derivada”³. Por medio de este procedimiento cualquier accionista puede intentar, en nombre de la sociedad, una demanda en contra de los sujetos encargados de la administración, sin necesidad de someterse a la determinación que se tome por mayoría en el máximo órgano social. De esta forma se pretende resolver el problema que se suscita con ocasión del conflicto de interés que suele existir entre accionistas mayoritarios y administradores. Para evitar que sea utilizada indiscriminadamente esta acción, se consagra que será condenado en costas quien impetre esta acción sin un propósito legítimo (Reyes, Apuntes para una reforma al régimen de sociedades, 2015).

3.2.6 Prescendencia de las reglas de graduación de la culpa previstas en el artículo 63 del Código Civil

Una vez estudiada la estructura de la responsabilidad de los administradores en la propuesta de reforma, se pasará a analizar el asunto por el cual se ha realizado toda esta labor.

El último inciso del artículo 14 del Proyecto de Reforma al régimen societario establece que para juzgar la responsabilidad de los administradores, no se tendrán en cuenta las reglas de graduación de la culpa previstas en el artículo 63 del Código Civil. En un país como Colombia, que es de tradición culpabilista como se estudió en anteriormente, resulta inquietante que se establezcan disposiciones como esta.

Como se anotó previamente, el artículo 63 fue previsto en el Código Civil de don Andrés Bello siguiendo el sistema propuesto en la época por el derecho español y el jurista francés Pothier, que consagraban la teoría medieval de la clasificación en tres grados de la culpa, supuestamente

³ La acción derivada es una acción indirecta de frecuente uso en el derecho societario comparado y de gran utilidad en el contexto de sociedades con accionistas controlantes. Según Reyes Villamizar, se asemeja a la acción oblicua, que es aquella en la que el acreedor actúa contra un tercero, pero no obra en su propio nombre sino en reemplazo y nombre del deudor (Reyes, Apuntes para una reforma al régimen de sociedades, 2015).

contemplada en el derecho romano.⁴ En efecto, el mencionado precepto dispone la existencia de culpa grave, leve y levísima como categorías dentro de las cuales deberá enmarcarse la actuación de un sujeto para determinar si deberá o no hacerse cargo de los perjuicios ocasionados con su conducta. Adicional a esto, se tiene el artículo 1604 del mismo Código en el que se determina los eventos en los que se exige cada grado de culpa basándose en la utilidad que le reporta el contrato a cada parte.

Las disposiciones contenidas en los mencionados artículos 63 y 1604 del Código Civil son criticadas por doctrinantes como Guillermo Ospina Fernández por contemplar una teoría artificiosa y poco práctica que fue el resultado de una desnaturalización del derecho de los jurisconsultos romanos. Como se mencionó con anterioridad, este tratadista considera que exigirle menos a un deudor que suele ser de naturaleza torpe o a quien ninguna utilidad le reporta el contrato, equivale a anular los intereses de un acreedor que tiene derecho a que se le cumpla de manera diligente, así como exigirle un cuidado excesivo cuando el contrato le beneficia, significa la imposición de que se compense con ello la utilidad que le reporta (Ospina, 1987).

Por motivos como la sutil diferencia que existe entre una y otra categoría y la dificultad para probar en cada caso cuál es el interés de las partes y su entendimiento respecto a lo que se obligaron, es que a la hora de redactar el Código napoleónico los franceses decidieron apartarse de la tradición romana y consagrar un sistema de “unidad de la culpa” en el que se exige, salvo algunas excepciones puntuales, que se emplee la diligencia de un buen padre de familia, es decir, de un hombre normalmente diligente y cuidadoso en la administración de sus negocios (Ospina, 1987).

⁴ Como ya se vio, los romanos solamente contemplaron la culpa lata y la culpa leve. Fue en el derecho medieval que se introdujo el concepto de culpa levísima a raíz de una falsa interpretación del derecho de los jurisconsultos (Ospina, 1987).

Se trata de un patrón de conducta general que se equipara a la culpa leve y a un cuidado mediano de acuerdo a las reglas previstas en el artículo 63 estudiado. Una de las ventajas de este criterio es que se elimina la alta posibilidad de errores basados en la multiplicidad de criterios de comparación que varían de un individuo a otro. Igualmente se aprecia el hecho de que se elimina la posibilidad de calificar en diferentes categorías, casos que poseen muy pocas diferencias entre sí, favoreciendo la uniformidad en el derecho (Ospino, 1914).

Consideramos que la reforma al régimen societario que se estudia, en la práctica acogió la doctrina francesa al establecer que se exige diligencia que una persona prudente juzgaría razonable a la luz de las circunstancias propias de cada decisión. Es decir, se previó que se aplicará un patrón general de conducta que deberá ser observado por todos los administradores societarios en todos los negocios que gestionen, sin importar la utilidad que reporte el contrato a ellos o a la sociedad.

De ahí que cuando se discuta la violación de cualquier deber de conducta por parte de un administrador, será necesario observar si actuó o no como una persona prudente actuaría en el caso concreto, sin más comparaciones que tal criterio genérico, para poder imputar o no la responsabilidad de dicho sujeto.

Es importante tener en cuenta que se exige al administrador una diligencia media en su actuar, pero evaluada de acuerdo al campo en el que se desempeña, según el carácter profesional de su labor y los conocimientos técnicos que posee. La conducta de un buen padre de familia, que se utiliza para preceptuar la diligencia o cuidado mediano en materia civil, no puede ser equiparada a la diligencia del administrador en la legislación comercial, pues el ámbito en el que se mueven tales sujetos se caracteriza por la rapidez, la asunción de riesgos, el profesionalismo y la

búsqueda del beneficio económico, lo cual no coincide con el comportamiento de un padre de familia. Es decir, el hombre diligente en materia civil no es el mismo que en materia societaria.

Si bien la propuesta de reforma del régimen societario pretende deshacerse de toda conexión con el sistema de la culpa consagrado en el Código Civil, no logra tal cometido; al fin y al cabo, no es factible prescindir de la culpabilidad en materia de responsabilidad, así sea en el régimen especial de los administradores, pues siempre tendrá que analizarse el elemento subjetivo mediante la comparación de la conducta del sujeto que comete el hecho dañoso con un parámetro general. Es imposible desechar conceptos y procedimientos que forman parte de los principios jurídicos del país, así sea para un régimen especial como el que se trata. Adicionalmente, pedirles a los jueces colombianos que juzguen las actuaciones de quienes fungen como administradores de una sociedad olvidando los principios bajo los cuales funciona el sistema colombiano e imbuidos en la formación que han recibido en esta materia, para aplicar concepciones traídos de modelos tan distintos como el norteamericano, generará inseguridad jurídica y múltiples confusiones.

IV. CONCLUSIONES

Después de este análisis al régimen de responsabilidad civil, sus distintas clasificaciones y connotaciones relativas a los administradores de las distintas sociedades, es posible concluir lo que se expresa a continuación.

La responsabilidad civil exige para su configuración que se presente un hecho dañoso, un daño directo y cierto, una relación de causalidad entre los dos primeros elementos y un factor de imputación. Tales términos están presentes tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, división que a pesar de que ha sido ampliamente criticada, mantiene su vigencia en el derecho colombiano gracias a ciertas diferencias en su tratamiento.

Por otro lado, se dice que el ordenamiento colombiano es de tradición culpabilista gracias a la consagración de tal concepto en numerosos artículos del Código Civil para definir elementos como el alcance de la indemnización. La culpa adquiere especial relevancia en el ámbito contractual pues se contempló un sistema especial de graduación y prestación de la misma aplicable exclusivamente en este terreno, idea que se extrajo supuestamente del derecho romano pero que en realidad consistió en una fabricación de los glosadores del Medioevo. Dicha concepción es ampliamente criticada pues se considera inoficiosa.

En el actual contexto se define el concepto de administradores societarios, y su régimen de responsabilidad equivalente al régimen culpabilista, en los artículos 22 de la Ley 222 de 1995 y la Ley 1258 de 2008.

Los administradores de sociedades tendrán que responder siempre que sus comportamientos generen daños que lesionan los intereses legítimos de la sociedad, sus asociados o terceros que se vinculen con ella. Nacerá la obligación de indemnizar, buscando dar cumplimiento al

principio de reparación integral y en algunos casos se dará la remoción de su cargo, dependiendo de la falta en la que incurran, cuando se compruebe la existencia de todos los elementos relativos a la responsabilidad que se mencionaron anteriormente.

Se debe concluir que la culpa se da siempre que se actúe sin el debido cuidado, sin aplicar los conocimientos y exigencias que el cargo implica y que la misma se presumirá en el caso de los administradores bajo ciertos presupuestos previstos en la ley.

Queda claro que indiferente del parámetro que sea utilizado para juzgar a los administradores, estos deben actuar siempre en interés de la sociedad, ya que adquieren obligaciones y ejercen derechos en nombre de la misma como parte del ejercicio de sus funciones de administración, manejo y control. Se trata del deber de lealtad que, en el régimen vigente, se complementa con el de buena fe y la diligencia y cuidado de un buen hombre de negocios, patrón de conducta estricto y profesional que aumenta el nivel de exigencia en cuanto a las actuaciones que deben desplegarse.

En los casos en que no se da el cabal cumplimiento de estas obligaciones específicas de los administradores es que nos enfrentamos con el régimen de responsabilidad, que encuentra su fundamento legal en el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, y que se considera que se trata de un régimen especial. Como se estudió, se configura una responsabilidad personal dado que recae únicamente sobre quien haya causado el perjuicio, solidaria, con un régimen de culpa presunta y con la imposibilidad de ser condonada.

Para dar vida a la responsabilidad, encontramos la acción individual o social de responsabilidad. La primera se radica a partir de la persona afectada y la segunda corresponde a la sociedad, en

ejercicio del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, en búsqueda de la protección del patrimonio social.

El presente año, la Superintendencia de Sociedades ha propuesto una reforma al régimen societario general y en particular se ha referido a la responsabilidad de los administradores, buscando una supuesta mayor operatividad del mismo y la implantación de instituciones traídas del exterior. Se ha consagrado el denominado criterio de deferencia que confiere autonomía a los administradores en la toma de decisiones, se ha redefinido el deber de lealtad, se ha permitido una mayor cabida del principio de la autonomía contractual en este campo para permitir que se confiera cierta inmunidad a estos sujetos y se ha redefinido el concepto de buena fe alrededor del criterio de la diligencia que una persona prudente juzgaría razonable a la luz de las circunstancias propias de cada decisión.

Una de las disposiciones relativas a la administración que causan mayor revuelo es la referida a la prescindencia del sistema de graduación de culpas civilista. Mal hace la Superintendencia de Sociedades al pretender implementar este modelo en nuestro país, donde el funcionamiento del régimen de responsabilidad de los administradores se ha desarrollado de acuerdo a principios y leyes que vienen de una tradición apegada al sistema de graduación de culpas.

Las conductas de los administradores serán juzgadas entonces con referencia exclusiva a la conducta que desplegaría un hombre prudente en las condiciones en las que estaban al momento de la toma de una decisión en los casos en los que violen los deberes de conducta que se les imponen. Si se aparta de tal criterio, en todos los casos se configurará una culpa en cabeza del sujeto. Por más de que se quite la graduación de culpas, de todos modos el parámetro será el

buen hombre de negocios, que es una persona razonable en el campo de los negocios y a quien se le exige más que a un buen padre de familia o una persona ordinaria.

En materia de responsabilidad de administradores, la reforma propuesta pretende entonces implantar en nuestro país instituciones provenientes del derecho norteamericano, cuyas leyes estatales se caracterizan por garantizar a los administradores amplias posibilidades de acción, limitadas sólo por el desarrollo jurisprudencial de los denominados deberes fiduciarios. En nuestro país, el sistema que ha regido, al ser de tradición romano-germánica, se ha basado en una estricta consagración legal de pautas de conducta que guían el desempeño del administrador en el ejercicio de su cargo, y cuya violación fundamenta un sistema de responsabilidad que tradicionalmente se ha basado en la culpa, por lo que no se considera pertinente la implementación de la propuesta de reforma que irá en contravía de los principios del Derecho en el país.

Si bien la propuesta de reforma del régimen societario planteada por la Superintendencia de Sociedades pretende deshacerse de toda conexión con el sistema de la culpa consagrado en el Código Civil, no logra tal cometido; ya que al fin y al cabo, no es factible prescindir de la culpabilidad en materia de responsabilidad, pues siempre tendrá que analizarse el elemento subjetivo mediante la comparación de la conducta del sujeto que comete el hecho dañoso con un parámetro general de diligencia que en todo caso encuentra su origen en materia civil.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Alsina, J. B. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cepeda, C. A. (2001). *El sistema de control interno en las sociedades*. Bogotá: Ediciones Librería del profesional .
- García, J. I. (1996). *Teoría general de las sociedades* . Santa fe de Bogota : Legis.
- Gil, J. H. (2015). *La especial responsabilidad del administrador societario*. Bogotá: Legis.
- Jaramillo, J. T. (1996). *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis.
- Lombana, A. T. (1998). *Manual de obligaciones. La responsabilidad civil, fuente de obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Londoño, M. (2002). Responsabilidad Civil de los administradores. *Tesis de grado. Universidad Pontificia Bolivariana* . Medellín.
- Mazeaud, H. y. (2005). *Elementos de la responsabilidad civil*. Bogotá: Leyer.
- Mendoza, J. M. (2015). *Reforma al régimen de los administradores sociales* . Recuperado el 27 de septiembre de 2015, de Cámara de Comercio de Medellín:
<http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/memorias%20random/TEXTO%20DEF%20PROYECTO%20REG.%20SOCIETARIO.pdf>
- Nissen, R. A. (2010). *Ley de sociedades comerciales*. Buenos Aires: Astrea.
- Ospina, G. (1987). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Ospino, F. J. (1914). *La culpa en nuestra legislación civil*. Recuperado el 30 de septiembre de 2015, de Tesis presentada en la Universidad Republicana de Colombia para optar por el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas:
<http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/91845/brblaa564796.pdf>
- Pabón, J. E. (2010). *Derecho civil: aproximación al derecho de personas*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rengifo, R. (2012). *Personas jurídicas de Derecho Privado (Sociedades)*. Bogotá: Señal Editorial.
- Reyes, F. (2015). *Apuntes para una reforma al régimen de sociedades*. Recuperado el 27 de septiembre de 2015, de Cámara de Comercio de Medellín:
<http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/memorias%20random/TEXTO%20DEF%20PROYECTO%20REG.%20SOCIETARIO.pdf>

Reyes, F. (2011). *Derecho societario*. Bogotá: Temis.

Reyes, F. (2006). *Derecho Societario en Estados Unidos. Introducción comparada*. Bogotá : Legis.

Sentencia C-1008 (Corte Constitucional 9 de diciembre de 2008).

Sociedades, S. d. (25 de marzo de 2008). Circular Externa 100-006. Bogotá.

sociedades, S. d. (28 de mayo de 2013). Concepto 220-060759. Bogotá.

Uría Menéndez . (22 de abril de 2015). *Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil*. Recuperado el 1 de septiembre de 2015, de Uría Menéndez Abogados :

http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679

Uribe, N. (2013). Régimen general de responsabilidad de los administradores de sociedades y su aseguramiento. *Tesis doctoral. Universidad Javeriana* . Bogotá: Ibáñez.

Vanasco, C. A. (2001). *Manual de sociedades comerciales* . Buenos Aires: Astrea.

Vásquez, D. F. (2009). *Manual de responsabilidad civil y del Estado*. Bogotá: Ediciones del profesional Ltda.