

Principales cambios propuestos en el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia en el marco del Proyecto de Ley 02 de 2017

**Diego Alfonso Arévalo Galarza
Sergio José Calonge Pinzón
Carlos José Bermúdez Pulido**

**Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
Especialización en Derecho Comercial
Bogotá D.C.
2019**

Índice

- Capítulo 1 - Resumen y palabras clave 3
- Capítulo 2 - Introducción 3
- Capítulo 3 - Antecedentes relevantes y régimen actual de la responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia. 4
 - 3.1. Consideraciones preliminares y antecedentes relevantes..... 5
 - 3.2. Régimen actual de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia..... 6
- Capítulo 4 - Presentación de los cambios propuestos en el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia en el marco del Proyecto de Ley 02 de 2017..... 12
 - 4.1. Principio de deferencia al criterio empresarial.12
 - 4.2. Aplicación del postulado de la autonomía contractual en la regulación privada de la responsabilidad de los administradores.18
 - 4.3. Acciones para impetrar la responsabilidad de los administradores.18
- Capítulo 5 - Análisis de los cambios en el marco del Proyecto de Ley 02 de 2017 frente al régimen actual de la responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia. 20
 - 5.1. Análisis jurídico de cada uno de los cambios del Proyecto de Ley 02 de 2017 en materia de responsabilidad de administradores de sociedades comerciales 20
 - 5.2. Críticas y aciertos de los cambios del Proyecto de Ley 02 de 2017 en materia de responsabilidad de administradores de sociedades comerciales 46
- Capítulo 6 - Conclusiones 48
- Capítulo 7- Bibliografía..... 49

- **CAPÍTULO 1 - RESUMEN Y PALABRAS CLAVE:**

Bajo la normatividad legal vigente en Colombia, los administradores de sociedades comerciales se encuentran expuestos a un régimen legal que compromete su responsabilidad personal y su patrimonio. Entre otros mecanismos o instituciones, la presunción de culpa de los administradores establecida en la Ley 222 de 1995 establece un esquema bastante riguroso de responsabilidad para los administradores cuyas decisiones están sujetas a potenciales reclamos por la dificultad de satisfacer los intereses de todos los implicados. En ese orden de ideas, resulta de vital importancia el análisis del Proyecto de Ley 02 de 2017 y los principales cambios que plantea frente al régimen actual de responsabilidad de los administradores.

Palabras clave: Administrador, Responsabilidad, Ley 222 de 1995, Proyecto de Ley 02 de 2017.

- **CAPÍTULO 2 - INTRODUCCIÓN:**

En el presente trabajo se presentarán los principales cambios propuestos en el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia en el marco del Proyecto de Ley 02 de 2017. Para el anterior efecto, el trabajo tendrá una parte eminentemente descriptiva, explicando el estado actual de la materia a tratar, para culminar con una parte propositiva, donde se analizarán los principales cambios del proyecto de ley referenciado, se realizará una crítica constructiva y se concluirá.

En la primera parte, se hará un recuento de los antecedentes históricos en la materia donde se describirá el régimen actual de la responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia en el marco de la Ley 222 de diciembre 20 de 1995, “por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”, así como todas sus leyes modificatorias, en lo relacionado con la materia que nos ocupa. Se consultarán grandes tratadistas en el tema, así como las posiciones más importantes de la Superintendencia de Sociedades para comprender en detalle el estado actual de la materia a tratar.

Una vez entendido el panorama en el cual nos encontramos actualmente, se presentará al lector los cambios que pretende introducir el Proyecto de Ley 02 de 2017, su análisis en relación con el régimen jurídico actual, principales diferencias y similitudes, con el fin de llevar a cabo una crítica constructiva o al menos entender la tendencia que regirá el panorama futuro a nivel de responsabilidad de administradores.

Con el anterior panorama presentado de forma integral, se expresarán las conclusiones más importantes con base en la investigación realizada, donde

el lector podrá entender las principales problemáticas, soluciones, discusiones y puntos por mejorar en lo relacionado con el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia

Hoy en día en materia del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia el principal sustento normativo es la ley 222 de 1995, este régimen no ha tenido cambios significativos por más de 20 años, excepto por los desarrollos jurisprudenciales elaborados por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades. En ocasiones anteriores ha habido intentos por parte del legislativo de modernizar el tema, como los proyectos de Ley 70 y 231, de 2015 y 2017 respectivamente, pero por diferentes motivos dichos proyectos no han tenido una culminación exitosa. En el contexto actual se ha presentado un nuevo intento de modernización del derecho societario colombiano en el tema de responsabilidad de los administradores, se trata del proyecto de ley 02 del 2017 el cual actualmente se encuentra pendiente de discutir ponencia para segundo debate en el Senado de la República.

En atención a lo planteado anteriormente, el problema de nuestra investigación se puede concretar en la siguiente pregunta: ¿Es conveniente para el ordenamiento jurídico colombiano la aprobación de una reforma al régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en los términos del proyecto de ley 02 del 2017?

La respuesta a esta pregunta resulta fundamental para poder determinar si en el contexto actual se hace necesario una verdadera reforma al régimen de responsabilidad de los administradores o no, es decir si se debe plasmar de manera positiva y expresa una reforma en este tema que implique una modernización del derecho societario y una mayor flexibilización a la hora de juzgar a los administradores a través de figuras como la regla de la discrecionalidad por ejemplo, esto con el fin de que los administradores tengan mayor libertad en su actuar y puedan ejercer sus funciones de manera más eficiente; o si por el contrario ésta reforma no es necesaria porque ya existen en el ordenamiento jurídico colombiano suficientes herramientas que permiten resolver este tipo de conflictos de manera eficaz

- **CAPÍTULO 3 - ANTECEDENTES RELEVANTES Y RÉGIMEN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN COLOMBIA:**

A continuación, con base en las normas en la materia y doctrina autorizada, se presentará a grandes rasgos los antecedentes históricos del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia para después, de forma general, explicar al lector el régimen actual aplicable en Colombia.

- **3.1. Consideraciones preliminares y antecedentes relevantes:**

Para el correcto entendimiento de la existencia de los administradores de sociedades y los correspondientes deberes u obligaciones a su cargo, así como el régimen de responsabilidad, es necesario remontarnos a la teoría de la representación en la figura de los administradores. Así lo sostiene el profesor Reyes Villamizar al indicar que *“el régimen legal de los administradores de sociedades en los sistemas jurídicos de origen romano-germánico solía tener como punto de referencia la teoría de la representación”*¹. Con base en esta teoría, según el doctor Reyes Villamizar, los administradores ocupaban una posición de representante de la persona jurídica y bajo esta calidad cumplían con sus deberes legales y estatutarios.

Por el contrario, bajo la concepción contemporánea con base en la teoría organicista, *“representante es quien obra a nombre de otro (...) mientras que órgano es el trámite por el que la persona jurídica obra directamente y en nombre propio”*²

Con base en lo anterior, los órganos de la sociedad cuentan con mucha autonomía y campo de acción en la medida en que pueden obligar directamente a la sociedad como si la misma actuara en el mundo jurídico. Lo anterior implica, necesariamente, la existencia de un cuerpo normativo claro de deberes, obligaciones y sanciones para los administradores y sus actuaciones. Así lo sostiene el doctor Reyes Villamizar al indicar que *“ésta gran autonomía de acción puede ser perjudicial si no existe un cuerpo de normas y principios jurídicos que definan las facultades y poderes de ellos administradores, establezcan sus obligaciones o deberes y determinen las sanciones por el incumplimiento de uno y otros”*³

Como respuesta a la necesidad de tener un régimen claro en materia de administradores y la responsabilidad aplicable a los mismos, sin perjuicio de que existan otras normas relevantes, consideramos que el primer referente importante en la legislación contemporánea es el artículo 200 del Código de Comercio antes de ser modificado por la Ley 222 de 1995, según el cual los administradores responderán de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

¹ Reyes Villamizar, F. H. (2016). Derecho societario. Bogotá Editorial Temis, 2011, página 667.

² Messineo, citado por Walter Rubén Jesús Ton. Responsabilidad del director de la sociedad anónima, en Sociedades comerciales, los administradores y los socios, responsabilidad en sociedades anónimas, Buenos Aires, editorial Rubinzal Culzomi, 2004, página 156.

³ Reyes Villamizar, F. H. (2016). Derecho societario. Bogotá Editorial Temis, 2011, página 668.

Si bien la norma precedente resultó insuficiente para efectos de regular todas las aristas del régimen de responsabilidad de los administradores, en su momento se consideró como una norma novedosa en la materia.

Ante la carencia de regulación, y como se verá en capítulos posteriores, se erige como el antecedente más importante a nivel colombiano en materia de responsabilidad de administradores de sociedades comerciales, la Ley 222 de 1995. A grandes rasgos, la ley en mención modificó, entre otras cosas, el Libro II del Código de Comercio, y en materia de administradores, se hicieron importantes precisiones en lo relacionado con el rol de los administradores y quiénes detentan dicha calidad (Artículo 22), sus principios y funciones (Artículo 23), establece sus responsabilidades (Artículo 24) y define las acciones sociales de responsabilidad que les asiste (Artículo 25).

Teniendo claros los dos antecedentes normativos en materia de responsabilidad de los administradores, como lo con el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, así como la teoría organicista que aplica actualmente, resta mencionar, como se manifestará más adelante, que posterior a la promulgación de la Ley 222 de 1995 se ha tramitado en el Congreso de la República, sin éxito, proyectos de ley que pretenden modificar el régimen de responsabilidad de administradores, en sentido similar al proyecto de ley 02 de 2017.

- **3.2. Régimen actual de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia:**

Bajo el régimen legal colombiano actual se consideran administradores, i) el representante legal; ii) el liquidador; iii) los miembros de las Juntas o Consejos Directivos; iv) el factor; y v) quienes de acuerdo con los estatutos detentan funciones administrativas. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, que a su tenor literal reza

“ARTICULO 22. ADMINISTRADORES. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”

Lo anterior resulta relevante para entender los sujetos que serán destinatarios del régimen de responsabilidad que se explicará, pero escapa al objeto de la presente investigación, el análisis particular de cada

una de las personas consideradas administradores de sociedades comerciales en Colombia.

En ese orden de ideas, resulta de vital importancia anotar que el régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales en Colombia se soporta principalmente, entre otros, en el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, el cual establece que los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. En consecuencia, como lo mencionada el profesor Reyes Villamizar, *“Bastará, entonces con que se compruebe que hubo culpabilidad, daño y relación de causalidad para que se imponga responsabilidad solidaria a todos los administradores que participaron en la toma de la decisión respectiva o que la ejecutaron”*⁴.

Una vez claro el estándar de responsabilidad de los administradores, debe mencionarse que, con base en el mismo artículo 24 de la Ley 222 de 1995, se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social o de los estatutos que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades establecidas en el mismo artículo en mención.

Continuando con el análisis del artículo en mención, es importante señalar que es posible para los administradores exonerarse de responsabilidad bajo unos supuestos muy precisos. Así pues, el inciso segundo del artículo 24 de la Ley 222 de 1995 indica que *“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 ese orden de ideas, podrán exonerarse los administradores que i) no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión; o ii) los que hayan votado en contrato, siempre y cuando no la ejecuten.

Es de vital importancia tener claros los supuestos para exonerarse de responsabilidad, ya que, como lo sostiene la Superintendencia de Sociedades, esta disposición estimula a los administradores en cuanto a su independencia. Al efecto, manifestó lo siguiente la mencionada Autoridad Administrativa:

“(…) se está estimulando a los miembros de las juntas directivas y a todos los administradores en general a que asuman y expresen individualmente su criterio sobre los asuntos en los que deben participar, dejando en los actos o en los documentos relacionados con su gestión

⁴ Reyes Villamizar, F. H. (2016). Derecho societario. Bogotá Editorial Temis, 2011, página 602.

la evidencia sobre sus opiniones y sobre el sentido y razón de su voto o decisión”⁵

Por otra parte, el inciso tercero y cuarto del artículo 24 de la Ley 222 de 1995 consagra la presunción de culpa en el régimen de responsabilidad de los administradores. Según la norma en comento, se presumirá la culpa en caso de que los administradores i) incumplan o se extralimiten en sus funciones; ii) violen la ley o los estatutos; iii) propongan o ejecuten 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 este último supuesto el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

En los anteriores supuestos donde se presume la culpa, se produce un efecto a nivel probatorio, en la medida que no se necesitará probar la culpa del administrador en un eventual proceso.

Por último, para culminar el análisis del artículo 24 de la Ley 222 de 1995, se establece la posibilidad de que los administradores sean personas jurídicas y que la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal. Aunque en su momento fue novedosa esta consagración, la Superintendencia de Sociedades ya había aceptado esta posibilidad al manifestar que al no existir prohibición legal, se permitía esta opción, así:

“(..) de las normas legales citadas, se desprende que la representación legal bien puede recaer tanto en una persona natural como en una persona jurídica, pues no existe en la legislación mercantil norma alguna que prohíba lo anterior, ni tampoco que exija que dicha función la deba cumplir una determinada calidad de persona.”⁶

El análisis realizado en líneas precedentes corresponde al régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales desde el punto de vista sustantivo, por lo que, para un correcto entendimiento del lector, resulta de vital importancia exponer los mecanismos de orden procedimental establecidos por el legislador en este régimen, como lo es

⁵ Superintendencia de Sociedades. Circular externa 9 del 18 de julio de 1997.

⁶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-25.081 del 9 de septiembre de 1992.

la acción individual de responsabilidad y la acción social de responsabilidad, que se pasan a explicar.

- **Acción individual de responsabilidad:**

La acción individual de responsabilidad puede ser ejercida por cualquier persona que haya sufrido perjuicios por las acciones u omisiones de los administradores. Según el profesor Reyes Villamizar, *“Esta acción requiere, en todos los casos, comprobar un interés jurídico directo por parte del demandante. Precisamente, del perjuicio sufrido por el actor, de la violación al deber de conducta por parte del administrador y del nexo causal entre los elementos anteriores, se obtiene la necesaria legitimación para actuar”*⁷

Es importante anotar que esta acción, a diferencia de la acción social, no pretende que se reparen perjuicios sufridos por la sociedad sino directamente por los socios o terceros.

- **Acción social de responsabilidad:**

El artículo 25 de la Ley 222 de 1995 consagra la llamada acción social de responsabilidad, la cual tiene como finalidad esencial reconstruir el patrimonio de la sociedad cuando el mismo se ha visto afectado por la acción u omisión de los administradores. Al efecto, el artículo en mención consagró lo siguiente:

“ARTICULO 25. ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD. La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.

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

⁷ Reyes Villamizar, F. H. (2016). Derecho societario. Bogotá Editorial Temis, 2011.

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

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

Del texto de la norma precitado se puede concluir con facilidad que la acción social de responsabilidad presenta las siguientes características:

- i. Le corresponde a la sociedad ejercer la acción al ser la legitimada por la ley;
- ii. Para ejercer la acción es necesario que así lo decida el máximo órgano social mediante el voto favorable de la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.
- iii. La decisión puede tomarse en cualquier tipo de reunión, aunque no conste en el orden del día.
- iv. En los casos que no exista convocatoria por parte de las personas facultadas para hacerla, la misma pueden realizarla directamente los socios, cuando representen por lo menos el 20% del capital social.
- v. Una vez que el órgano social adopte la decisión de ejercer la acción social de responsabilidad, automáticamente se remueve al administrador de su cargo.
- vi. En los casos en que sea adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, y la misma no se ejerza dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. Igualmente podrá ser ejercida por los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

- vii. Es importante tener en cuenta que el ejercicio de la acción social de responsabilidad no le impide a los socios o acreedores el ejercicio de la acción individual ya explicada.

Este importante mecanismo, fue analizado por la Superintendencia de Sociedades, indicando que la decisión de ejercérsela supone la opción de acudir a la jurisdicción y la remoción del administrador, sin requerir de una segunda decisión para remover a los administradores. Al efecto manifestó lo siguiente le mencionada Autoridad:

“(..).Así que son dos las consecuencias de la decisión del máximo órgano social de adelantar contra el administrador una acción social de responsabilidad, la primera, abre la puerta para acudir ante la jurisdicción y la segunda, impone la remoción del administrador contra el cual se adelantará la acción. Es oportuno precisar que de conformidad con la disposición invocada, la decisión de iniciar la acción social de responsabilidad "implicará la remoción de los administradores", luego es claro que no se requiere adoptar dos decisiones diferentes: la de iniciar la acción y la de la remoción, sino que acordada con el lleno de los requisitos pertinentes, la primera, per se, se genera la segunda, obviamente respecto del administrador contra el cual se hubiere aprobado la iniciación de la acción referida.

*(...)*⁸

Pues bien, teniendo claro el régimen actual de responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales bajo el derecho colombiano, desde el punto de vista sustancial y procedimental, a continuación, se explicarán los principales cambios propuestos por el proyecto de ley 02 de 2017 y su comparación con el régimen actual.

⁸ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-13628, radicado 411.290-0 del 28 de febrero de 2000.

- **CAPÍTULO 4 - PRESENTACIÓN DE LOS CAMBIOS PROPUESTOS EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN COLOMBIA EN EL MARCO DEL PROYECTO DE LEY 02 DE 2017:**

Una vez analizados los principales antecedentes históricos y el régimen actual de la responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en el ordenamiento jurídico colombiano, este capítulo tiene como propósito fundamental presentar cada uno de los cambios propuestos por el Proyecto de Ley 02 de 2017 en cuanto al tema de la responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia.

La consagración de los cambios al régimen de responsabilidad de los administradores sobre los que se ha hecho referencia en este escrito se encuentran previstos en el capítulo II del Proyecto de ley 02 de 2017, capítulo titulado “*Responsabilidad de administradores*”. Los cambios que se pretenden introducir se podrían resumir en los siguientes puntos:

- Principio de deferencia al criterio empresarial.
- Aplicación del postulado de la autonomía contractual en la regulación privada de la responsabilidad de los administradores.
- Acciones para impetrar la responsabilidad de los administradores.

- **4.1 Principio de deferencia al criterio empresarial:**

La introducción al principio de deferencia al criterio empresarial es lo equivalente a lo que en el derecho anglosajón se conoce como el *business judgment rule* o regla de la discrecionalidad. En el proyecto de ley, se encuentra previsto principalmente en su artículo 9, el cual menciona:

“ARTICULO 9. DEFERENCIA AL CRITERIO EMPRESARIAL DE LOS ADMINISTRADORES. Los jueces respetarán el criterio adoptado por los administradores en la toma de las decisiones relacionadas con el ejercicio de su cargo, siempre y cuando que tales determinaciones correspondan a un juicio razonable y suficientemente informado. Por lo tanto, a menos que se compruebe la mala fe o la violación de la ley o del deber de lealtad, los administradores no serán responsables por los perjuicios que se originen en sus decisiones de negocios”.

Esta institución es quizás la innovación normativa más ambiciosa que pretende implantar la nueva regulación en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por lo anterior resulta necesario plantear brevemente una definición acerca de esta figura, sus principales antecedentes históricos, sus elementos, su incursión en el ordenamiento jurídico colombiano, para luego en el capítulo 5 de este trabajo hacer un análisis exhaustivo desde el punto de vista jurídico y concluir si desde nuestra opinión conviene o no su adopción expresa y positiva en una norma que haga parte del sistema jurídico colombiano.

Resulta fundamental señalar en primer lugar la definición más conocida y divulgada acerca de la figura del *business judgment rule*, la jurisprudencia norteamericana la definió en un reconocido precedente de la siguiente manera⁹:

“Una presunción de que en la toma de una decisión de negocios los administradores de una compañía actuaron de manera informada, de buena fe y en la creencia sincera de que la medida adoptada era en el mejor interés de la compañía.”

Por otro lado, en cuanto al origen y desarrollo de esta institución conviene mencionar brevemente lo siguiente. El origen de esta figura se remonta al siglo XIX, a partir de la jurisprudencia de distintas Cortes Supremas Estatales Norteamericanas¹⁰. La doctrina coincide en que el primer caso registrado en el que se puede decir que hubo aplicación del *business judgment rule* fue en el denominado precedente de Percy v. Millaudon et al., fallado por la Corte Suprema de Luisiana en 1829¹¹. Allí la Corte introdujo por primera vez uno de los elementos más importantes de esta figura el cual es que los administradores solo responderían por errores tan graves que ni un hombre de mediana diligencia o prudencia cometería, es decir el objetivo de la regla desde su creación fue incentivar a que los administradores efectivamente tuvieran la libertad de tomar decisiones de negocios imponiendo una pauta de conducta más laxa o menos exigente, para que de esta manera se estimulara la toma de decisiones en las empresas y la asunción de riesgos.

Durante esta primera etapa del *business judgement rule*, los jueces no vieron en la misma un obstáculo para intervenir y revisar las decisiones de los

⁹ A. v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).

¹⁰ Londoño González S (2016). Administrador blindado, juez amordazado: ¿se justifica adoptar la business judgment rule en el ordenamiento jurídico colombiano? Bogotá. Universidad de los Andes. Rev. Derecho priv. No. 55, página 4.

¹¹ Arsht, 1979, p. 97; Cebriá, 2009, p. 106; Lowenstein, 1999, p. 1; Peeples, 1985, p. 457

administradores sociales, es decir pese a que el criterio bajo el cual se juzgaba a los administrarles era más flexible y menos estricto, los jueces seguían revisando las decisiones de estos.

No fue sino hasta pronunciamientos posteriores en donde la jurisprudencia norteamericana comenzó a definir ciertos elementos que de llegar a cumplirse traerían como consecuencia la aplicación de la figura del *business judgment rule* en toda su esencia y por lo tanto la no intromisión de los jueces en las decisiones de negocios que tomaran los administradores.

Dichos elementos son resumidos por el profesor Felipe Suescun Roa de la siguiente manera:

“existen ciertos aspectos relacionados con la bjr que son generalmente aceptados, tales como: aplica para administradores; que la bjr protege a los administradores cuando actúan de manera colectiva, esto es, como junta directiva; que es aplicada solo a decisiones de los administradores, no a omisiones de los mismos; que protege a administradores “desinteresados”, esto es, aquellos que no sean parte de la transacción ni que puedan esperar que se derive para ellos un beneficio económico; que la regla únicamente es aplicada para decisiones que hayan sido tomadas con la debida información, de manera que los administradores tienen la obligación de considerar toda la información material razonablemente a su alcance; que la regla no está destinada a proteger a administradores que han cesado en sus funciones o que no hayan actuado de buena fe; que la bjr protege decisiones que hayan sido adoptadas de acuerdo con el deber de lealtad; que la regla aplica cuando los administradores actúan con la debida diligencia, la cual es medida con el estándar de la culpa grave, no la simple negligencia; que la regla es aplicable en aquellos casos en que la decisión de los administradores no contraviene lo dispuesto en los estatutos sociales de la compañía”¹²

De esta manera se plantea que si efectivamente todos estos elementos han sido cumplidos, el juez no entrara a revisar la decisión adoptada por los

¹² Suescún De Roa, Felipe, The business judgment rule en los estados unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva, 127 Vniversitas, 341-371 (2013)

administradores, contrario a esto si faltase alguno de estos requisitos el juez podrá entrar a determinar si en el caso en concreto hay lugar a declarar la responsabilidad o no de los administradores involucrados en la respectiva decisión de negocios.

En el caso en particular del proyecto de ley objeto del presente trabajo, lo que busca es el remplazo del criterio del buen hombre de negocios previsto en la ley 222 de 1995 y en el Código de Comercio en su artículo 200, por el *business judgement rule*, esto debido al poco o mínimo desarrollo jurisprudencial y aplicación práctica que ha tenido el criterio del buen hombre de negocios en las últimas dos décadas en la materia de responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales. Precisamente lo que se busca con esta regla descrita en párrafos anteriores y cuyos aciertos y críticas se mencionaran más adelante, es entender que las decisiones tomadas por los administradores sociales en las empresas tienen un contenido puramente económico y como tal implican ciertas decisiones de negocio que por su misma naturaleza involucran un riesgo, es la toma de los mencionados riesgos para generar riqueza y crecimiento empresarial la que se busca estimular a través de una regla como la que pretende implantar el Proyecto de Ley 02 de 2017.

Es importante hacer una breve mención con respecto a la jurisprudencia que ha venido desarrollando la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades sobre la regla de la discrecionalidad.

Pese a que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe hasta el momento la consagración expresa de la *business judgment rule*, la mencionada Superintendencia ha hecho uso en numerosas ocasiones de esta figura para resolver varios casos, como ejemplos tenemos:

- **Caso Pharmabroker S.A.S C.I:**

En esta providencia la Superintendencia concluyó que:

*“no le corresponde a esta entidad, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, escudriñar las decisiones de negocios que adopten los empresarios, salvo en aquellos casos en los que se acrediten actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. [...]”*¹³.

Como se puede evidenciar en este caso del año 2013, la Superintendencia de Sociedades hizo uso de la regla de la discrecionalidad para no obligar al administrador que tomó la decisión de

¹³ Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 801-72 del 11 de diciembre de 2013

negocios de resarcir los perjuicios a los accionistas supuestamente afectados por las pérdidas resultantes de la decisión de negocio tomada por el administrador, la cual consistió básicamente en una nueva política de ventas de descuentos de productos farmacéuticos, pero como este tipo de decisiones muchas veces conllevan un riesgo la mencionada política de ventas no funciono trayendo como consecuencias pérdidas para la compañía.

La Superintendencia concluyó que en el caso en particular no hubo irregularidades en la toma de decisión del administrador, que simplemente consistió en una estrategia de negocios para ayudar a la compañía a obtener una mayor participación en el mercado, librándolo de toda responsabilidad a través de la ya estudiada *business judgment rule*.

- **Caso sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda., en liquidación:**

En este caso, la Superintendencia de Sociedades consideró que la aplicación de la regla de la discrecionalidad traía como consecuencia que:

“las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión. Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad (‘business judgment rule’), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones que hayan adoptado los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios”¹⁴.

En aquella ocasión la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades dio aplicación a la regla considerando que la misma se encontraba prevista en el artículo 23 de la ley 222 de 1995 disponiendo que los administradores deben actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios y manteniendo el equilibrio entre la autonomía que tiene el administrador de una sociedad y la responsabilidad que se le podría atribuir por el cumplimiento inadecuado de su gestión.

- **Caso José Gerardo Díaz Ardila y Orlando Jaime Landazábal contra Ana Yolanda Villamizar Bermúdez:**

¹⁴ Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 800-52 del 1 de septiembre de 2014.

Se trató de una demanda presentada ante la Superintendencia de Sociedades por los señores José Gerardo Díaz Ardila y Orlando Jaime Landazábal contra Ana Yolanda Villamizar Bermúdez cuya principal pretensión consistía básicamente en declarar la responsabilidad de esta última en su calidad de exgerente de la sociedad Materiales y Metales Ltda. en liquidación por incumplir los deberes como administradora señalados en la ley y en los estatutos, esto básicamente por fijar unas políticas de venta que perjudicaron los intereses de la compañía.

Pese a que en este caso en particular si se declaró la responsabilidad de la exadministradora de la sociedad porque precisamente no se cumplieron los requisitos para aplicar en este caso la regla de la discrecionalidad, ya que según la Superintendencia la administradora infringió su deber general de cuidado al no fijar criterios precisos para la celebración de ventas a crédito en la compañía he infringió su deber de lealtad por celebrar operaciones viciadas de conflictos de interés, la Superintendencia recordó *“la importancia del respeto judicial por el criterio de los administradores, con lo que se busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada posteriormente por los resultados negativos de sus decisiones”*.¹⁵

Como se puede apreciar, desde hace algunos años la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades quien ejerce facultades jurisdiccionales en el tema de la responsabilidad de los administradores viene aplicando la regla de la discrecionalidad para resolver algunos de los más importantes casos en esta materia, de conformidad con estos antecedentes la Superintendencia a analizado si en el caso en concreto puede o no puede entrar a analizar la decisión de negocio por la cual se pretendía declarar la responsabilidad del administrador. Pueden existir ciertos eventos en donde el juez si entre a revisar la decisión de negocios por haber un tema de conflicto de intereses o incumplimiento del deber de lealtad para definir una posible responsabilidad en contra del administrador como lo demuestra el caso de la sentencia No. 800-35 de 2 de mayo del 2017 y existen otros casos en donde se le ha dado una total aplicación a la regla y el juez ni siquiera entra a revisar la responsabilidad del administrador.

Como se puede apreciar, desde hace algunos años la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades quien ejerce facultades jurisdiccionales en el tema de la responsabilidad de los administradores viene aplicando la regla de la discrecionalidad para

¹⁵ Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 800-35 de 2 de mayo del 2017

resolver algunos de los más importantes casos en esta materia, de conformidad con estos antecedentes la Superintendencia a analizado si en el caso en concreto puede o no puede entrar a analizar la decisión de negocio por la cual se pretendía declarar la responsabilidad del administrador. Pueden existir ciertos eventos en donde el juez si entra a revisar la decisión de negocios por haber un tema de conflicto de intereses o incumplimiento del deber de lealtad para definir una posible responsabilidad en contra del administrador como lo demuestra el caso de la sentencia No. 800-35 de 2 de mayo del 2017 y existen otros casos en donde se le ha dado una total aplicación a la regla y el juez ni siquiera entra a revisar la responsabilidad del administrador.

Es importante mencionar que las connotaciones estrictamente jurídicas de la aplicación de esta regla serán desarrolladas más a fondo en el capítulo 5 de este trabajo, haciendo un análisis de como el artículo octavo de este proyecto está excluyendo textualmente los elementos subjetivos de responsabilidad (dolo o culpa) y de la misma manera se desarrollara desde un punto de vista más jurídico las consecuencias de excluir las presunciones de responsabilidad del artículo 24 de la ley 222 de 1995 (incumplimiento o extralimitación de las funciones, o, la violación de la ley o de los estatutos).

- **4.2 Aplicación del postulado de la autonomía contractual en la regulación privada de la responsabilidad de los administradores.**

Tal como se mencionó en el capítulo 3.2 del presente trabajo, hoy en día el artículo 24 de la ley 222 de 1995 menciona que: *“se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social o de los estatutos que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades establecidas en el mismo artículo en mención”*.

El artículo 8 del proyecto de ley objeto de este trabajo elimina esta disposición, por lo cual la principal consecuencia sería que a menos que medie mala fe o violación del deber de lealtad, los asociados podrían incluir cláusulas estatutarias mediante las cuales se exonere de responsabilidad a los administradores, al menos frente a los asociados.

En la manera en la cual está planteada hoy en día la norma, se hace imposible limitar la responsabilidad de los administradores mediante la construcción de arreglos voluntarios que permitan restringir los riesgos en que han de incurrir los administradores, dichas limitaciones se entenderían como no escritas y por lo tanto serían ineficaces.

- **4.3 Acciones para impetrar la responsabilidad de los administradores.**

El proyecto de ley incorpora la denominada “acción derivada” en los artículos 18 al 23.

En virtud de esta figura uno o varios socios en nombre de la sociedad tendrán la legitimación para reclamar los perjuicios causados a la misma promoviendo un juicio de responsabilidad contra el administrador que con sus actuaciones provoco los perjuicios siempre en defensa de los intereses de la sociedad.

Esta novedosa figura permitiría superar ciertos aspectos negativos propios de la acción social de responsabilidad.

Bajo el actual régimen societario Colombiano solo existe una manera de demandar los perjuicios que un administrador ocasione a una sociedad y es mediante la acción social de responsabilidad prevista en el actual artículo 25 de la ley 222 de 1995, como se ha visto en capítulos anteriores esta acción solamente puede ser ejercida por decisión del máximo órgano social, requiriéndose la mitad más uno de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión del respectivo órgano.

Esto ocasiona un problema muy grande en la práctica societaria Colombiana debido a que los accionistas minoritarios de la sociedad no pueden ejercer la acción social de responsabilidad si el accionista mayoritario de la sociedad no está de acuerdo con hacer efectiva la misma. Al requerirse la mitad más uno de las acciones, cuotas o partes de interés, necesariamente si la sociedad es de capital concentrado, se requerirá del voto del socio controlante.

Es decir, la acción social de responsabilidad no permite proteger efectivamente los intereses de los accionistas minoritarios en un país como Colombia en donde la mayoría de las sociedades son de capital concentrado y por lo tanto existen socios controlantes.

Por lo anterior la figura de la acción derivada permite solucionar este problema ya que no se requerirá del voto del accionista controlante para poder ejercer la acción en contra del administrador culpable, el accionista minoritario podrá en nombre de la sociedad demandar la responsabilidad del administrador.

Por otro lado, el proyecto de ley también trae en su artículo 23 la institución jurídica de la “acción individual de responsabilidad” en virtud de la cual se establece la posibilidad de reclamar los perjuicios que directamente haya sufrido quien interpone la acción siempre y cuando tales perjuicios no correspondan a los que pueden exigirse mediante la acción derivada.

En el capítulo siguiente se analizarán más a fondo jurídicamente cada una de una de estas instituciones y los cambios que representan

- **CAPÍTULO 5 - ANÁLISIS DE LOS CAMBIOS EN EL MARCO DEL PROYECTO DE LEY 02 DE 2017 FRENTE AL RÉGIMEN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN COLOMBIA:**

- **5.1. Análisis jurídico de cada uno de los cambios del Proyecto de Ley 02 de 2017 en materia de responsabilidad de administradores de sociedades comerciales:**

A continuación, se presenta un cuadro que consolida y relaciona la legislación vigente (Ley 222 de 1995, Ley 1258 de 2008 y Código de Comercio) junto con las reformas que el Proyecto de Ley 02 de 2017 pretende agregar, modificar o derogar, exponiendo punto por punto sus principales incidencias jurídicas.

Para efectos de entender mejor el cuadro, se subraya de la legislación vigente los apartes normativos que serían derogados una vez entre en vigencia la reforma propuesta, y del Proyecto de Ley 02 de 2017, se resalta en negrilla los apartes que sería adicionados a la legislación vigente.

| Legislación Vigente | Reforma | Incidencia |
|---|---|---|
| Ley 222 de 1995: | | |
| <p>Artículo 22. Administradores:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Representante legal. 2. El liquidador. 3. El factor. 4. Los miembros de juntas o consejos directivos. 5. <u>Quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.</u> | <p>Artículo 4. Administradores. Son administradores:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El representante legal. 2. Los miembros de juntas directivas. 3. Los factores de establecimientos de comercio. 4. El liquidador. 5. Todas aquellas personas que ejerzan funciones en la alta gerencia de las sociedades, tales como el presidente, el gerente, los vicepresidentes, los subgerentes y el tesorero. 6. Las personas que sean denominadas como administradores en los estatutos sociales. 7. Los comités u otros cuerpos colegiados que cumplan funciones de administración, conforme al acto que hubiere ordenado su creación. <p>Parágrafo primero. Quienes ejerzan el cargo de suplente de cualquiera</p> | <p>Con este cambio se ampliarían las personas que como administradores responden dentro de una compañía.</p> <p>Es decir, ya no solamente sería administrador el representante legal, liquidador y factor, sino también lo serían los miembros de la alta Gerencia dentro de la sociedad, ej. vicepresidentes, tesorero, miembros de comités con funciones administrativas como: compras, de dirección, de proyectos, etc.</p> <p>Teniendo en cuenta lo anterior, las responsabilidades aplicables a los representantes legales, liquidadores, factores y miembros de juntas, en el ejercicio de sus funciones, también serían para los miembros de alta gerencia. Por ende, las aceptaciones de cargo o renunciaciones a los mismos también deberán ser inscritas en el Registro Mercantil, según el entendido de este nuevo texto.</p> <p>Adicionalmente, en el caso de los suplentes de cualquier cargo, estos responderán en la medida del ejercicio de sus funciones mientras actúen y por las gestiones del principal no responderán.</p> |

| | | |
|--|---|---|
| | <p>de las anteriores personas responderán solamente en razón del ejercicio efectivo de las funciones propias del cargo, de manera que mientras no actúen, estarán exentas de responsabilidad.</p> <p>Parágrafo segundo. La inscripción en el Registro Mercantil de la renuncia al cargo de administrador implicará la cesación del cargo. En consecuencia, a partir de dicho registro, quedarán relevados del cumplimiento de sus funciones. En todo caso, quienes hubieren inscrito su renuncia, seguirán siendo responsables por las actuaciones cumplidas con anterioridad a la fecha en que se inscriba su renuncia.</p> | |
| <p><u>Artículo 23. Deberes de los administradores.</u></p> <p><u>Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.</u></p> <p>En el cumplimiento de su función los administradores deberán:</p> | <p>Artículo 6. Deber de cuidado.</p> <p>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.</p> <p>Artículo 7. Deber de lealtad.</p> <p>Las actuaciones de los administradores deberán cumplirse</p> | <p>El cambio en los deberes de los administradores tiene relevancia en los siguientes puntos:</p> <p>a. El deber de cuidado estará orientado a las circunstancias de cada decisión, dejando a un lado los intereses que se asocian a la compañía.</p> <p>Esto responde a que en un parágrafo que se desarrolla más adelante, las graduaciones de la culpa contenidas en el artículo 63 del Código Civil</p> |

| | | |
|--|---|--|
| <p><u>1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.</u></p> <p><u>2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.</u></p> <p><u>3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.</u></p> <p>4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.</p> <p>5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.</p> <p>6. Dar un trato equitativo a todos los socios <u>y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.</u></p> <p><u>7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de</u></p> | <p>siempre en función de los mejores intereses de la sociedad.</p> <p>En cumplimiento del deber de lealtad, los administradores deberán:</p> <p>1. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.</p> <p>2. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.</p> <p>3. Dar un trato equitativo a todos los asociados.</p> <p>4. Abstenerse de participar en actos o negocios respecto de los cuales exista un conflicto de interés, salvo que se cumpla el procedimiento previsto en el artículo 19 de esta ley. (Legitimación para interponer la acción derivada).</p> <p>5. Abstenerse de participar en actos o negocios que impliquen competencia con la sociedad y de tomar para sí oportunidades de negocios que le correspondan a ella, salvo que se cumpla el procedimiento previsto en el artículo</p> | <p>desaparecen para determinar la responsabilidad de las actuaciones del administrador.</p> <p>b. El alcance del deber de lealtad sería ampliado, en el sentido que en su cumplimiento implicaría abstenerse de involucrarse en los actos que susciten un conflicto de intereses y de participar en actos que impliquen competencia a la sociedad.</p> |
|--|---|--|

| | | |
|--|--|---|
| <p><u>socios o asamblea general de accionistas.</u></p> <p><u>En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.</u></p> | <p>21 de esta ley. (Agencias en derecho en acciones derivadas).</p> | |
| <p>Artículo 24. Responsabilidad de los administradores.</p> <p><u>El artículo 200 del Código de Comercio quedará así:</u> <u>Artículo 200. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.</u></p> <p><u>No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento- miento de la acción u omisión o hayan votado en</u></p> | <p>Artículo 8 Responsabilidad de los administradores.</p> <p>Los administradores responderán solidariamente ante la sociedad, los asociados y terceros, por los perjuicios derivados de las actuaciones u omisiones en las que medie mala fe o violación de sus deberes.</p> <p>Estarán exentos de responsabilidad aquellos administradores que no hubieren participado en la acción de la que surgiere el perjuicio.</p> | <p>En cuanto a la responsabilidad de los administradores, esta seguirá siendo solidaria, el cambio tiene incidencia en que ya no sería ilimitada.</p> <p>Con este nuevo contenido, se presentaría un cambio en el régimen de responsabilidad de los administradores.</p> <p>Al respecto, en la legislación actual la responsabilidad del administrador se presume, cuando incumple sus funciones, se extralimita en el ejercicio de ellas e igualmente cuando infringe la ley o los estatutos. Es decir, actualmente el régimen</p> |

| | | |
|---|---|--|
| <p><u>contra, siempre y cuando no la ejecuten.</u></p> <p><u>En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.</u></p> <p><u>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.</u></p> <p><u>Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.</u></p> <p><u>Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a</u></p> | <p>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.</p> | <p>de responsabilidad que atañe a los administradores precisa la importancia de:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. El dolo como la intención positiva de causar un daño. b. La culpa, que responde en términos generales a un descuido, según la clasificación del artículo 63 del código civil puede ser de tres tipos: <ul style="list-style-type: none"> • <i>Grave</i>, la cual 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. • <i>Leve</i>, definida como la falta de diligencia y cuidado empleada ordinariamente en los negocios propios. También es conocida como culpa o descuido leve. • <i>Levísima</i>, que es la falta de la esmerada diligencia del hombre juicioso empleado en la administración de negocios importantes propios. c. La mala fe, En algunos eventos en los que las circunstancias particularmente comprometedoras hagan prever que una persona honorable no podría tener la “conciencia” de obrar de buena fe, la ley contempla la posibilidad de que opere la |
|---|---|--|

| | | |
|--|--|---|
| <p><u>limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.</u></p> | | <p>presunción contraria, esto es, la presunción de mala fe.</p> <p>La responsabilidad se deriva de la obligación de reparar el daño causado. Es decir, debe existir una conducta con un nexo causal que termine en el daño, del cual se deriva un deber de reparar.</p> <p>De las actuaciones de los administradores, jurisprudencialmente se definen sus deberes como: la sociedad espera que lleven a cabo sus labores de manera correcta.</p> <p>¿Quiénes tienen esa responsabilidad? Actualmente, los enunciados en el artículo 22 de la ley 222, según la nueva legislación en debate serían los enunciados en el artículo 4. Estos, entendidos como personas que dentro de la sociedad actúan como mandatarios de las labores encomendadas por esta misma, lo cual se reafirma en la exposición de motivos del proyecto de ley.</p> <p>¿A qué están obligados? A actuar de buena fe, entendida como obrar de conformidad con las reglas, en este caso establecidas en los estatutos, supera la confianza propia de actuar bien también incluye obrar, con lealtad y diligencia.</p> |
|--|--|---|

| | | |
|--|--|---|
| | | <p>Estos conceptos siguen siendo muy amplios, en virtud de la discrecionalidad que jurisprudencialmente se le ha reconocido a las personas que actúan bajo la figura del mandato, como los son los administradores de una sociedad.</p> <p>Los deberes que tanto la Ley 222 como el proyecto de ley trazan son apenas unos parámetros generales de conducta que deben seguir quienes ejercen las funciones de administradores en una organización.</p> <p>La prevalencia de los intereses de la sociedad siempre va intrínseca en los deberes de los administradores, pues estos deben llevar a cabo su gestión con diligencia debida propia de la naturaleza de sus funciones.</p> <p>¿Con quién están obligados? Bajo la legislación comercial vigente y el proyecto de ley siempre será con la sociedad.</p> <p>¿En qué casos no hay responsabilidad? Cuando el administrador no tenga conocimiento de la decisión que causó el daño y cuando haya votado en contra de esta decisión. En el proyecto de Ley no existe este desarrollo puntual al respecto.</p> |
|--|--|---|

| | | |
|--|--|---|
| | | <p>Adicionalmente, estos también deben responder por todos los perjuicios que devienen de su actuar por:</p> <ul style="list-style-type: none">- Mala fe.- Violación de sus deberes. <p>Es decir, que ya los administradores responderían por cualquier perjuicio que se derive de sus actuaciones que cumplan con las 2 características antes enunciadas, ya no solamente por los perjuicios ocasionados a la sociedad, socios o terceros. Excepto quienes prueben no haber participado en el actuar que causo el perjuicio.</p> <p>Las reglas para las graduaciones de la culpa: grave, leve, levisima y dolo consiente. No se tendrán en cuenta para juzgar la responsabilidad de los administradores.</p> <p>Frente a este régimen de responsabilidad, la jurisprudencia ha determinado los criterios de aplicación de responsabilidad.</p> <p>El régimen de manejo de la culpa civil es independiente al que se aplica a la responsabilidad de los administradores. Por lo anterior, no es como tal encuadrar en un régimen de responsabilidad objetiva sino determinar un estándar para los administradores.</p> |
|--|--|---|

| | | |
|--|--|--|
| | | <p>Mediante este proyecto de ley se pretende hacer la modificación de aquellas normas que requieren actualización por su obsolescencia o por su enfoque, dado que en el tiempo se ha vuelto inoperantes. El cambio obedece a una revisión del régimen mercantil.</p> |
| <p><u>Artículo 25. Acción social de responsabilidad.</u></p> <p><u>La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.</u></p> <p><u>La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.</u></p> | <p>CAPÍTULO III ACCIONES PARA IMPETRAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES</p> <p>Artículo 18. Acción derivada.</p> <p>Cuando se trate de resarcir los perjuicios sufridos por la sociedad como consecuencia de las actuaciones de los administradores, uno o más asociados podrán demandar, mediante una acción derivada, la responsabilidad de aquellos, conforme a lo previsto en el artículo 14 de esta Ley. En estos casos, la acción se presentará por el demandante a nombre de la sociedad.</p> <p>Los asociados podrán interponer la misma acción cuando se trate de evitar el acaecimiento de un perjuicio inminente para la sociedad.</p> | <p>Respecto de la acción social, las reglas establecidas en la Ley 222 con el contenido de esta nueva ley serán eliminadas y se abre un nuevo capítulo para reglamentarla.</p> <p>El cambio de régimen se fundamenta en el conocimiento de los límites en cuanto la responsabilidad de los administradores y la definición de los efectos legales de sus actuaciones.</p> <p>Dada la especialidad del asunto que atañe al derecho comercial, es necesario hacer la estructuración normativa de un régimen específico.</p> <p>Los cambios que pueden tener un gran impacto son:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cualquier asociado puede interponer la acción, a nombre de la sociedad. Así mismo, cualquier socio puede interponer la acción individual en contra del administrador. Mientras que con la |

| | | |
|--|--|---|
| <p><u>Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.</u></p> <p><u>Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.</u></p> | <p>Artículo 19. Legitimación para interponer la acción derivada.</p> <p>El demandante deberá haber tenido la calidad de asociado en el momento en que ocurrieron los hechos u omisiones que dan lugar a la responsabilidad o haberla adquirido de manera posterior, por ministerio de la ley, como en los casos de sucesión por causa de muerte o adjudicación en la liquidación de sociedades conyugales.</p> <p>Artículo 20. Conciliación en acciones derivadas.</p> <p>Una vez iniciado el proceso por una acción derivada, el desistimiento del demandante y la conciliación de las pretensiones, requerirán autorización expresa del juez, quien deberá verificar la razonabilidad del desistimiento o de los términos de la conciliación.</p> <p>Artículo 21. Agencias en derecho en acciones derivadas.</p> <p>El juez decidirá acerca de la forma y cuantía de las costas, dentro de las</p> | <p>reglamentación actual antes de interponer la acción colectiva, la decisión debe llevarse ante la Asamblea General de Socios o Junta Directiva, según lo establezcan los estatutos y la decisión será aprobada con el voto favorable de la mitad más una de las acciones. Cuando esta decisión haya sido adoptada y dentro de los tres meses siguientes no se inicie la acción social de responsabilidad, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La acción se puede interponer para evitar un perjuicio inminente para la sociedad. Es decir, previo al daño. Es decir, que con solo la amenaza del daño se puede iniciar una acción de responsabilidad a un administrador. • En este punto es importante mencionar la medida cautelar, toda vez que, en el caso de iniciarse un proceso de responsabilidad, la solicitud de medida cautelar puede llevarse a cabo, teniendo en cuenta que por medio de esta no se resuelve de fondo el proceso. • Ahora bien, el iniciar este tipo de acción para evitar un perjuicio inminente toma |
|--|--|---|

| | | |
|--|---|--|
| | <p>cuales podrá incluir los honorarios de los abogados, así como su distribución entre las partes, de conformidad con las siguientes reglas:</p> <p>1. El juez podrá ordenar que el demandante reembolse total o parcialmente los gastos de defensa de los demandados cuando encuentre que el proceso fue iniciado o tramitado sin una justificación razonable o con el propósito de perseguir un fin ilegítimo.</p> <p>2. El juez podrá ordenarle a la sociedad en cuyo nombre se hubiere presentado la acción derivada que le reembolse al demandante sus gastos de defensa, total o parcialmente, cuando en la sentencia se hubieren ordenado restituciones o indemnizaciones a favor de ella. En este caso, la sociedad podrá repetir en contra de los administradores declarados responsables, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 29 a 32 de esta Ley.</p> | <p>más tiempo, pero si resuelve de fondo el asunto.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Una vez instaurada la acción el juez decide respecto de todo: <ul style="list-style-type: none"> a. Conciliación entre las partes. b. Pago por accionistas al administrador demandado por instauración de la demanda sin justa causa. c. La cuantía de las costas, dentro de las cuales podrá incluir los honorarios de los abogados, así como su distribución entre las partes, de conformidad con las siguientes reglas: i). Cuantía de las costas, dentro de las cuales podrá incluir los honorarios de los abogados, así como su distribución entre las partes, de conformidad con las siguientes reglas cuando el proceso haya sido iniciado sin justificación razonable Y ii). Reembolsar cuantía de las costas, dentro de las cuales podrá incluir los honorarios de los abogados, así como su distribución entre las partes, de conformidad con las siguientes reglas. |
|--|---|--|

| | | |
|--|--|--|
| | <p>Parágrafo primero. Para efectos de los reembolsos a que alude este artículo, el juez tendrá la facultad de tasar la razonabilidad de los gastos de defensa que le corresponda pagar al demandante o a la sociedad.</p> <p>Parágrafo segundo. En cualquier momento del proceso, el juez podrá ordenar que se preste una caución para asegurar el pago de los gastos de defensa a que se refiere este artículo.</p> <p>Artículo 22. Pleito pendiente en acciones derivadas.</p> <p>Podrá proponerse la excepción de pleito pendiente cuando la sociedad hubiere iniciado un proceso en el que se debatan pretensiones similares a las formuladas por el asociado que presente la demanda correspondiente.</p> <p>Artículo 23. Acción individual de responsabilidad. En aquellos casos en que se trate de resarcir los perjuicios sufridos directamente por un asociado o un tercero por razón de las actuaciones de los administradores, los afectados</p> | <ul style="list-style-type: none"> • En los estatutos se puede pactar que haya un límite cuantitativo sobre la responsabilidad o que se exonere de responsabilidad a los administradores siempre y cuando se cumplan algunas condiciones: <ul style="list-style-type: none"> a. La compañía que no esté inscrita en el Registro Nacional de Valores. b. La exoneración no procederá cuando el administrador haya: <ul style="list-style-type: none"> ✓ Recibido un beneficio económico indebido. ✓ Actuado de manera dolosa. Infringido el deber de lealtad. ✓ Dispuesto el reparto de utilidades en violación de las normas legales sobre el particular. ✓ Cometido un delito. |
|--|--|--|

| | | |
|--|---|--|
| | <p>podrán demandar la responsabilidad de aquellos conforme al artículo 14 de esta Ley, mediante una acción individual, siempre y cuando que tales perjuicios no correspondan a los que pueden exigirse mediante la acción derivada.</p> <p>Artículo 24. Prohibición de reembolso de gastos de defensa.</p> <p>Salvo disposición estatutaria en contrario, un administrador no tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos de defensa, incluidos los honorarios de abogados, en que razonablemente hubiere incurrido cuando, en el proceso de responsabilidad de administradores en que se solicita el reembolso, se hubiere proferido en su contra una decisión en firme.</p> <p>La sociedad no estará obligada, en ningún caso, a pagar tales gastos ni a indemnizar al administrador cuando éste hubiere actuado de manera dolosa o de mala fe o hubiere recibido cualquier beneficio económico indebido.</p> <p>Artículo 25. Reembolso obligatorio.</p> | |
|--|---|--|

Toda sociedad deberá reembolsar los gastos de defensa, incluidos los honorarios de abogados, en que razonablemente hubiere incurrido un administrador por razón de cualquier acción legal o demanda relacionada con el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando que se hubiere proferido a su favor una decisión en firme.

En caso de haber prosperado alguna de las pretensiones del administrador, se deducirá porcentualmente del valor reembolsado el monto que corresponda a la pretensión en la que no hubiere resultado victorioso.

Parágrafo. Cuando el juez le hubiere ordenado a un asociado demandante el reembolso de los gastos de defensa de los administradores demandados, el demandante contará con 15 días para efectuar el pago correspondiente. En caso de que el asociado no efectuare tal desembolso, la sociedad procederá a efectuar el pago correspondiente y se subrogará como acreedor de la obligación a cargo del asociado.

| | | |
|--|--|--|
| | <p>Para el efecto, la sociedad podrá deducir las sumas pagadas de las utilidades o cualesquiera otras sumas que le debiere al asociado.</p> <p>Artículo 26. Exoneración de responsabilidad.</p> <p>En los estatutos sociales de cualquier compañía que no esté inscrita en el Registro Nacional de Valores podrá estipularse que los administradores estarán exentos de responsabilidad frente a la sociedad o sus asociados por cualquier perjuicio que pudiere surgir de acciones u omisiones relacionadas con el ejercicio de sus funciones.</p> <p>Alternativamente, podrá pactarse un límite cuantitativo respecto de la misma responsabilidad. En todo caso, la exoneración de responsabilidad a que se refiere este artículo no será procedente cuando el administrador hubiere incurrido en alguna de las siguientes conductas:</p> <p>1. Recibido un beneficio económico indebido.</p> | |
|--|--|--|

| | | |
|--|--|--|
| | <p>2. Actuado de manera dolosa. 3. Infringido el deber de lealtad. 4. Dispuesto el reparto de utilidades en violación de las normas legales sobre el particular. 5. Cometido un delito.</p> <p>Artículo 27. Seguro de responsabilidad.</p> <p>Los administradores podrán disponer, con cargo a los recursos de la sociedad, la adquisición de pólizas de seguros que amparen los riesgos inherentes al ejercicio de sus cargos.</p> | |
| <p>Artículo 84. Vigilancia.</p> <p>La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.</p> <p>Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República.</p> | <p>Artículo 84. Vigilancia.</p> <p>La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.</p> <p>Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades</p> | <p>En lo que está relacionado a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades la incidencia que tendría la aprobación de este proyecto de ley, es la posibilidad de la Superintendencia de determinar un régimen de autorización general frente a:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Emisión de bonos. b) Reformas estatutarias y de colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto. c) De acciones privilegiadas. |

| | | |
|--|---|--|
| <p>También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:</p> <p>a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias;</p> <p>b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad;</p> <p>c. No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados;</p> <p>d. Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social.</p> | <p>que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:</p> <p>a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias;</p> <p>b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad;</p> <p>c. No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados;</p> <p>d. Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social.</p> <p>Respecto de estas sociedades vigiladas, la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades</p> | |
|--|---|--|

| | | |
|---|--|--|
| <p>Respecto de estas sociedades vigiladas, la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior, tendrá las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado durante la práctica de éstas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia. 2. Autorizar la emisión de bonos de acuerdo con lo establecido en la ley y verificar que se realice de acuerdo con la misma. 3. Enviar delegados a las reuniones de la asamblea general o junta de socios cuando lo considere necesario. 4. Verificar que las actividades que desarrolle estén dentro del objeto | <p>de inspección indicadas en el artículo anterior, tendrá las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado durante la práctica de éstas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia. 2. Autorizar la emisión de bonos de acuerdo con lo establecido en la ley y verificar que se realice de acuerdo con la misma. 3. Enviar delegados a las reuniones de la asamblea general o junta de socios cuando lo considere necesario. 4. Verificar que las actividades que desarrolle estén dentro del objeto social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo. 5. Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los | |
|---|--|--|

| | | |
|--|--|--|
| <p>social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo.</p> <p>5. Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.</p> <p>6. Designar al liquidador en los casos previstos por la ley.</p> <p>7. Autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión.</p> <p>8. Convocar a reuniones extraordinarias del máximo órgano social en los casos previstos por la ley. En los casos en que convoque de manera oficiosa, la Superintendencia presidirá la reunión.</p> <p>9. Autorizar la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas.</p> | <p>estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.</p> <p>6. Designar al liquidador en los casos previstos por la ley.</p> <p>7. Autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión.</p> <p>8. Convocar a reuniones extraordinarias del máximo órgano social en los casos previstos por la ley. En los casos en que convoque de manera oficiosa, la Superintendencia presidirá la reunión.</p> <p>9. Autorizar la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas.</p> <p>10. Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley.</p> <p>Parágrafo: Para el ejercicio de las facultades consignadas en los numerales 2, 7 y 9 de este artículo, la Superintendencia de Sociedades podrá establecer un régimen de autorización general, conforme a los criterios que la entidad determine.</p> | |
|--|--|--|

| | | |
|---|---|---|
| <p>10. Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley.</p> | | |
| <p>Artículo 85. Control.</p> <p>El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.</p> <p>En ejercicio del control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos. | <p>Artículo 85. Control.</p> <p>El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.</p> <p>En ejercicio del control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos. 2. Autorizar la solemnización de toda reforma estatutaria. | <p>Mediante esta modificación, se adiciona a las atribuciones de la Superintendencia de Sociedades la de decretar la liquidación de una sociedad cuando esta entidad haya comprobado graves violaciones de la ley o los estatutos atenten contra el orden público económico.</p> <p>Lo cual puede encontrar sus antecedentes, en que una de las entidades motivadoras del presente cambio normativo es la Superintendencia de Sociedades. Que según sus propias estadísticas ha decretado la apertura de varios procesos de liquidación en los últimos 4 años, en atención al contenido del artículo 149 de la ley 222. Así las cosas, mediante la modificación de sus facultades en virtud del ejercicio de control que hace sobre las sociedades delimitan su actuar y complementa la justificación legal que tiene como base para proceder con la orden de liquidación de compañía.</p> <p>Averiguando en la Secretaría del Senado, este texto tiene varios interrogantes:</p> |

| | | |
|--|---|--|
| <p>2. Autorizar la solemnización de toda reforma estatutaria.</p> <p>3. Autorizar la colocación de acciones y verificar que la misma se efectúe conforme a la ley y al reglamento correspondiente.</p> <p>4. Ordenar la remoción de los administradores, Revisor Fiscal y empleados, según sea el caso, por incumplimiento de las órdenes de la Superintendencia de Sociedades, o de los deberes previstos en la ley o en los estatutos, de oficio o a petición de parte, mediante providencia motivada en la cual designará su reemplazo de las listas que elabore la Superintendencia de Sociedades. La remoción ordenada por la Superintendencia de Sociedades implicará una inhabilidad para ejercer el comercio, hasta por diez (10) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo correspondiente.</p> <p>A partir del sometimiento a control, se prohíbe a los administradores y empleados la constitución de garantías que recaigan sobre</p> | <p>3. Autorizar la colocación de acciones y verificar que la misma se efectúe conforme a la ley y al reglamento correspondiente.</p> <p>4. Ordenar la remoción de los administradores, Revisor Fiscal y empleados, según sea el caso, por incumplimiento de las órdenes de la Superintendencia de Sociedades, o de los deberes previstos en la ley o en los estatutos, de oficio o a petición de parte, mediante providencia motivada en la cual designará su reemplazo de las listas que elabore la Superintendencia de Sociedades. La remoción ordenada por la Superintendencia de Sociedades implicará una inhabilidad para ejercer el comercio, hasta por diez (10) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo correspondiente.</p> <p>A partir del sometimiento a control, se prohíbe a los administradores y empleados la constitución de garantías que recaigan sobre bienes propios de la sociedad, enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios sin autorización previa de la</p> | <p>a. La Superintendencia de Sociedades tiene esta potestad ya asignada según el artículo 149 de la ley 222, por ende, según el contenido de la propuesta de ley, se intenta ampliar esa facultad con las características descritas.</p> <p>b. El numeral adicionado, debe tener un desarrollo más amplio incluso en otro artículo. Lo cual reformaría de alguna manera los artículos 149 y 150 de la Ley 222.</p> |
|--|---|--|

| | | |
|---|---|--|
| <p>bienes propios de la sociedad, enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios sin autorización previa de la Superintendencia de Sociedades. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo será ineficaz de pleno derecho.</p> <p>El reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en este artículo será de competencia de la Superintendencia de Sociedades de oficio en ejercicio de funciones administrativas. Así mismo, las partes podrán solicitar a la Superintendencia su reconocimiento a través del proceso verbal sumario.</p> <p>5. Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisiones del máximo órgano social o junta directiva, o que deterioren la prenda común de los</p> | <p>Superintendencia de Sociedades. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo será ineficaz de pleno derecho.</p> <p>El reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en este artículo será de competencia de la Superintendencia de Sociedades de oficio en ejercicio de funciones administrativas. Así mismo, las partes podrán solicitar a la Superintendencia su reconocimiento a través del proceso verbal sumario.</p> <p>5. Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisiones del máximo órgano social o junta directiva, o que deterioren la prenda común de los acreedores u ordenar la suspensión de los mismos.</p> <p>6. Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen en ellas.</p> | |
|---|---|--|

| | | |
|---|--|--|
| <p>acreedores u ordenar la suspensión de los mismos.</p> <p>6. Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen en ellas.</p> <p>7. Convocar a la sociedad al trámite de un proceso de insolvencia, independientemente a que esté incurso en una situación de cesación de pagos.</p> <p>8. Aprobar el avalúo de los aportes en especie.</p> <p>Parágrafo: Las sociedades sujetas a la vigilancia o control por determinación del Superintendente de Sociedades, podrán quedar exonerados de tales vigilancia o control, cuando así lo disponga dicho funcionario.</p> | <p>7. Convocar a la sociedad al trámite de un proceso de insolvencia, independientemente a que esté incurso en una situación de cesación de pagos.</p> <p>8. Aprobar el avalúo de los aportes en especie.</p> <p>9. Decretar la disolución y ordenar la liquidación de una sociedad cuando la Superintendencia de Sociedades haya comprobado graves violaciones de la ley o los estatutos que atenten contra el orden público económico. En este caso, la Superintendencia procederá, igualmente, a designar al liquidador, quien no podrá ser removido por la asamblea general de accionistas o junta de socios, salvo que medie autorización previa de la Superintendencia. Los honorarios del liquidador deberán ser pagados por la sociedad a medida que se causen. Los saldos insolutos de los honorarios tendrán la prelación legal que se le otorga a las obligaciones laborales dentro del proceso de liquidación.</p> <p>Parágrafo: Las sociedades sujetas a la vigilancia o control por determinación</p> | |
|---|--|--|

| | | |
|---|--|---|
| | del Superintendente de Sociedades, podrán quedar exonerados de tales vigilancia o control, cuando así lo disponga dicho funcionario. | |
| Ley 1258 de 2008: | | |
| <p><u>Artículo 32. Enajenación global de activos.</u></p> <p><u>Se entenderá que existe enajenación global de activos cuando la sociedad por acciones simplificada se proponga enajenar activos y pasivos que representen el cincuenta (50%) o más del patrimonio líquido de la compañía en la fecha de enajenación.</u></p> <p><u>La enajenación global requerirá aprobación de la asamblea, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión. Esta operación dará lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en caso de desmejora patrimonial.</u></p> <p><u>Parágrafo. La enajenación global de activos estará sujeta a la inscripción en el Registro Mercantil.</u></p> | | <p>Con la eliminación de este artículo, también se elimina la reglamentación respecto de la enajenación global de activos y de su aprobación por parte de los órganos administradores de la sociedad por acciones simplificadas.</p> <p>Así las cosas, dado que no hay un texto sugerido para reemplazar esta derogación. La enajenación global de los activos estará sujeta a lo que acuerden las partes en los Estatutos.</p> <p>La motivación para derogar este artículo es dada en la medida de dejar a la libertad de los socios determinar en sus estatutos cómo enajenar los activos de la sociedad. Lo anterior, responde a respetar la discrecionalidad que tiene las partes para fijar la operación de su compañía y la distribución de su patrimonio.</p> <p>Es importante resaltar, que aun cuando el objetivo sea incentivar la libertad de las partes, siempre debe hacerse con atención a los deberes que existen entre los socios y las demás disposiciones legales que consagren</p> |

| | | |
|--|---|---|
| | | la transparencia que debe tener el manejo interno de una sociedad. |
| Código de Comercio: | | |
| <p>Artículo 26. Registro mercantil - objeto - calidad.</p> <p>El registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad.</p> <p>El registro mercantil será público. Cualquier persona podrá examinar los libros y archivos en que fuere llevado, tomar anotaciones de sus asientos o actos y obtener copias de los mismos.</p> | <p>Artículo 26. Registro mercantil - objeto - calidad.</p> <p>El registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad.</p> <p>El registro mercantil será público. Cualquier persona podrá examinar los libros y archivos en que fuere llevado, tomar anotaciones de sus asientos o actos y obtener copias de los mismos.</p> <p>Parágrafo: Las Cámaras de Comercio deberán poner en marcha sistemas electrónicos que permitan el acceso pleno a la información contenida en los libros y archivos en que fuere llevado el Registro Mercantil, de manera que ésta sea accesible por medios telemáticos.</p> | <p>Con esta nueva obligación de imponer a las Cámaras de Comercio, implicaría que estas tengan sistemas electrónicos con acceso a la información contenida en los libros y archivos en que fuere llevado el Registro Mercantil.</p> <p>Este punto no es claro en cuanto al acceso que se tendrá y cómo están reglamentadas las medidas de publicidad del contenido de los libros y demás archivos involucrados.</p> <p>No obstante, validando el tema frente a la ley, la Cámara de Comercio y la exposición de motivos del proyecto de ley, la publicidad es una característica que se deriva de los registros que llevan las Cámaras de Comercio, tanto así que a hoy, cualquier persona está facultada para solicitar documentos que hayan sido inscritos en ella.</p> <p>Con esta disposición los documentos que sean inscritos en la Cámara de Comercio serán de más fácil acceso para el público.</p> |

- **5.2. Criticas y aciertos de los cambios del Proyecto de Ley 02 de 2017 en materia de responsabilidad de administradores de sociedades comerciales:**

Expuestos y analizados punto por punto cada una de las reformas que el Proyecto de Ley pretende, consideramos como relevante recalcar los siguientes aciertos que a nuestra opinión tendrá el proyecto normativo, dadas las tendencias internacionales y el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del derecho en cuanto a responsabilidad de los administradores de las sociedades en Colombia atañe. Estos son:

- ✓ Actualizará las normas que se consideran obsoletas o sobre aquellas que se ha observado una inoperancia durante su vigencia.
- ✓ Flexibilizará las reglas para la formación y funcionamiento de las sociedades.
- ✓ Modernizará la creación de sociedades, para que se realice por medio de la ventanilla única empresarial y adicional se utilicen medios electrónicos.
- ✓ Le dará más libertad a la Administración social.
- ✓ Incluirá a la legislación nacional el principio de Deferencia al Criterio Empresarial (*bussines judgement rule*), reemplazando así el criterio del buen hombre de negocio de Ley 222 de 1995. Bajo este entendido los Jueces no deberían inmiscuirse en las decisiones de negocio siempre que no haya conflictos de interés o ilegalidad.
- ✓ Mediante la inclusión del Deber de Cuidado quedará proscrito la aplicación del Artículo 63 del Código Civil, relativo a la clasificación de la culpa, compatibilizando la legislación con el principio de la buena fe en los negocios.
- ✓ Se reforzará la aplicación del postulado de la autonomía contractual en la regulación privada de la responsabilidad de los administradores.
- ✓ Las Sociedades podrán limitar la responsabilidad de sus administradores siempre que no coticen en bolsa.
- ✓ Se flexibilizarán las reglas relativas a la Acción Social de Responsabilidad, bajo este entendido, una demanda en contra de

los administradores podrá presentarse sin necesidad de someterse a la determinación mayoritaria en el máximo órgano social siempre que se cumplan con los supuestos que el Proyecto de Ley contempla.

- ✓ Busca adoptar tecnología para los actos que requieran de Escrituración Pública.
- ✓ Se modernizarán todos los trámites que actualmente se pueden realizar a través de la Ventanilla única de las Cámaras de Comercio de todo el País, puesto que ya no serían los exclusivos al registro mercantil, sino también los que tengan que ver con la obtención de la identificación tributaria, las inscripciones ante los fondos de pensiones y cesantías, cajas de compensación familiar, empresas prestadoras de salud y riesgos profesionales, entre otros.
- ✓ Se abandera como una nueva regulación que protegerá a los asociados minoritarios de los socios controlantes.
- ✓ Reformará y ampliará las facultades de la Superintendencia de Sociedades, puntualmente:
 - (I) Reforzará la competencia jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades para cualquier asunto que requiera *la interpretación y aplicación de las normas de derecho societario*.
 - (II) Le otorgará nuevas facultades administrativas, tales como la de ordenar de disolución y liquidación en caso de violaciones contra el *orden público económico*.
 - (III) Ampliará el poder sancionatorio de la Superintendencia.
- ✓ Hará extensible algunas de las reglas previstas en la Ley 1258 de 2008 a los tipos de sociedad regulados en el Código de Comercio, principalmente en lo relacionado con: Objeto Social; Plazo: Reforma del Contrato social protegiendo minorías: Mayoría prevista en estatutos; Aspectos de asociación: sujeta a la determinación unánime de la totalidad de los asociados titulares del capital social; y a las sociedades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

No obstante lo mencionado, consideramos importante también indicar, que por el grado de cambios que el Proyecto de Ley involucra, su aplicación quizás no sea de manera tan rápida y eficiente como la Exposición de Motivos¹⁶ pretende, ya que sin duda será necesaria de su

¹⁶ Gaceta del Congreso, Senado de la República, Año XXVI – No. 583, ISSN 0123 – 9066, Pág. 11 a 15.

reglamentación, así como de la interpretación de varios postulados por parte de las autoridades jurisdiccionales competentes.

De igual manera, consideramos como uno de sus desaciertos, el bastante uso y la referencia que hace a conceptos jurídicos indeterminados que, salvo su definición por vía reglamentaria, quedarán abiertas a la libre interpretación de quienes las usen hasta tanto se cuente con algún precedente jurisprudencial tanto en su uso como en su interpretación.

• **CAPÍTULO 6 - CONCLUSIONES:**

Para finalizar, y luego de hacer un recorrido comenzando por los antecedentes relevantes de la responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales en Colombia, pasando por una breve descripción del estado del arte actual, y por los pilares filosóficos en los que se basa el Proyecto de Ley, para terminar en un comparativo punto a punto de las principales implicaciones del Proyecto Normativo en la materia que nos acontecía, denotamos como principales conclusiones las siguientes:

- ✓ El proyecto de ley aquí estudiado, se abandera como el más ambicioso y visionario desde la expedición de la primera regulación en materia de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia. Esto lo logra tomando como pilares filosóficos, principios y conceptos que han sido desarrollados en sistemas jurídicos extranjeros y que mediante este proyecto normativo pretenden trasplantarse a nuestro propio ordenamiento jurídico, como es el caso del *bussines judgement rule*.
- ✓ De la mano de las nuevas concepciones filosóficas entorno a la determinación de la responsabilidad de los administradores, se abandera una fuerte apuesta por mejorar y fortalecer las instituciones administrativas tales como las Cámaras de Comercio y la Superintendencia de Sociedades a quienes se les otorgará un papel mucho más activo y determinante en este tema, sin menoscabar la autonomía privada negocial de los comerciantes. Así mismo se destaca la importancia al principio de publicidad que supondrá la reforma de cara a inversionistas y el público en general.
- ✓ Se reconocen las bondades, avances y el carácter novedoso que tuvo en su momento la Ley 222 de 1995, pero se demuestra que dicha normatividad resulta en este momento insuficiente para regular la materia objeto de estudio, lo que propicia el proyecto de ley en cuestión.

• **CAPÍTULO 7- BIBLIOGRAFÍA:**

- Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 2EXC 28 (Delaware Supreme Court, 1984)
- Arshat, S. S. (1979). The Business Judgment Rule Revisited. Hofstra Law Review, 8 (1), 93-134.
- Cebriá, L. H. (2009). El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La Regla del –buen– juicio empresarial. Madrid: Marcial Pons, 106.
- Gaceta del Congreso, Senado de la República, Año XXVI – No. 583, ISSN 0123 – 9066, Pág. 4 a 15.
- Jesús Ton W. R. (2004). Responsabilidad del director de la sociedad anónima, en Sociedades comerciales, los administradores y los socios, responsabilidad en sociedades anónimas, Buenos Aires, editorial Rubinzal Culzomi.
- Londoño González S. (2016). Administrador blindado, juez amordazado: ¿se justifica adoptar la business judgment rule en el ordenamiento jurídico colombiano? Bogotá. Universidad de los Andes. Rev. Derecho priv. No. 55, Pág. 4.
- Lowenstein, M. J. (1999). Shareholder Derivative Litigation and Corporate Governance. Delaware Journal of Corporate Law, 24(1), 1-26.
- Reyes Villamizar, F. H. (2016). Derecho societario. Bogotá Editorial Temis, 2011.
- Peeples, R. A. (1985). The Use and Misuse of the Business Judgment Rule in Close Corporations. Notre Dame Law Review, 60(3), 456-509.
- <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2014-2018/2017-2018/article/2-por-la-cual-se-establecen-reglas-en-materia-de-sociedades-y-se-adoptan-otras-disposiciones>
- <https://www.dinero.com/pais/articulo/reforma-al-regimen-de-responsabilidad-de-administradores-societarios/258209>
- <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/sociedades-y-economia-solidaria/la-regla-de-la-discrecionalidad>

- <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/la-accion-derivada-de-responsabilidad-de-los-administradores-2762349>
- <https://agoramercatorum.uexternado.edu.co/avanza-proyecto-de-ley-002-de-2017-sobre-algunas-reformas-al-regimen-de-sociedades/>
- Suescún De Roa, Felipe, (2013). The business judgment rule en los estados unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva, 127 Vniversitas. 341-371
- Superintendencia de Sociedades. Circular externa 9 del 18 de julio de 1997.
- Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-25.081 del 9 de septiembre de 1992.
- Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-13628, radicado 411.290-0 del 28 de febrero de 2000.
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 801-72 del 11 de diciembre de 2013
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 800-52 del 1 de septiembre de 2014.
- Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 800-35 de 2 de mayo del 2017
