

**LA REGLA DE DISCRECIONALIDAD DEL DERECHO SOCIETARIO DE  
DELAWARE EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS  
ADMINISTRADORES SOCIALES EN COLOMBIA**



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**  
**BOGOTÁ D.C.**

**2016**

**LA REGLA DE DISCRECIONALIDAD DEL DERECHO SOCIETARIO DE  
DELAWARE EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS  
ADMINISTRADORES SOCIALES EN COLOMBIA**

**MANUELA CHÁVARRO GÓMEZ**

**Trabajo de Grado para optar por el Título de Abogada**

**XIMENA CASTRILLÓN AYERBE**

**Directora de Trabajo de Grado**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**BOGOTÁ D.C.**

**2016**

## **NOTA DE ADVERTENCIA**

La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Sólo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.

## RESUMEN

El presente trabajo de grado tiene por objetivo determinar si es necesario reformar o no el régimen jurídico de los administradores de sociedades en Colombia a la luz del régimen de administradores sociales del Estado de Delaware. Esta reforma consistiría específicamente en incorporar la *regla de la discrecionalidad* al régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia, regla en virtud de la cual los jueces deben abstenerse de examinar la gestión social de los administradores a menos que adviertan alguna irregularidad en su actuación como por ejemplo el haber incurrido en un conflicto de interés que resulte nocivo para la compañía o haber transgredido los deberes fiduciarios que rigen su conducta. Este respeto por parte de los jueces pretende que los administradores tengan suficiente discreción para asumir riesgos en materia empresarial –por eso la regla se llama así– sin que su gestión sea juzgada exclusivamente a partir de los resultados negativos de sus decisiones. Al culminar esta investigación y especialmente al cabo del análisis jurisprudencial colombiano, fue posible concluir que no es necesario reformar el régimen jurídico de los administradores de sociedades en Colombia –a la luz del régimen correspondiente en el derecho societario del Estado de Delaware– en la medida en que la regla de discrecionalidad ya ha sido invocada tácita o expresamente en algunos pronunciamientos de la Delegatura para los Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

**Palabras clave:** Administrador, principios, deberes fiduciarios, responsabilidad.

## **ABSTRACT**

The objective of this investigation is to determine whether it is necessary or not to reform the corporate directors' regime in Colombia in light of the corporate directors' regime of the State of Delaware. This reform would specifically consist in the incorporation of the *business judgment rule* in the Colombian liability regime of corporate directors, a rule in virtue of which judges must abstain themselves from examining corporate management unless they become aware of any irregularity, such as having incurred in a conflict of interest that results harmful for the company or having infringed the fiduciary duties that constitute the corporate directors' standard of behavior. This judicial deference is meant to allow a larger risk assumption from corporate directors in business matters without having their management scrutinized only on the basis of the negative results of their decisions. By the closing of this investigation and especially at the end of the Colombian jurisprudential analysis, it was possible to conclude that it is not necessary to reform the corporate directors' regime in Colombia in light of the corporate directors' regime of the State of Delaware because the business judgment rule has already been invoked either expressly or tacitly in some rulings issued by the Delegation for Mercantile Procedures of the Corporations' Superintendence in the exercise of its jurisdictional functions.

**Key words:** Director, principles, fiduciary duties, liability.

## TABLA DE CONTENIDO

Introducción .....	9
Capítulo I. Figura del administrador.....	11
1.1. Concepto y características.....	11
1.2. Administradores en Colombia .....	12
1.3. Administradores en Delaware.....	16
Capítulo II. Contexto colombiano y marco teórico .....	17
2.1. Ley 222 de 1995.....	17
2.1.1. Régimen general de los administradores .....	20
2.2. Principios de actuación de los administradores .....	21
2.2.1. Principio de buena fe .....	22
2.2.2. Principio de lealtad .....	23
2.2.3. Principio de diligencia .....	24
2.3. Deberes de los administradores .....	26
2.3.1. Desarrollo del objeto social .....	27
2.3.2. Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias .....	27
2.3.3. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la empresa y abstenerse .....	28
de usar información privilegiada .....	28
2.3.4. Trato equitativo a todos los socios.....	30
2.3.5. Abstenerse de participar en actos que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad.....	31
2.4. Responsabilidad de los administradores .....	32
2.4.1. Acciones de responsabilidad contra los administradores.....	33

2.4.2. Generalidades y algunas hipótesis de responsabilidad de los administradores según la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades .....	36
Capítulo III. Contexto del Estado de Delaware .....	39
3.1. Ley General de Sociedades de Delaware (DGCL) .....	39
3.2. Deberes fiduciarios – Fiduciary duties .....	41
3.2.1. Deber de cuidado – <i>Duty of care</i> .....	42
3.2.2. Deber de lealtad – <i>Duty of loyalty</i> .....	43
3.3. Otros deberes de los administradores derivados de los deberes de cuidado y lealtad .....	44
3.3.1. Deber de la buena fe – <i>Duty of good faith</i> .....	44
3.3.2. Deber de confidencialidad – <i>Duty of confidentiality</i> .....	45
3.3.3. Deber de divulgación – <i>Duty of disclosure</i> .....	45
3.4. La regla de la discrecionalidad – Business judgment rule .....	46
3.5. Responsabilidad de los administradores .....	48
Capítulo IV. Análisis jurisprudencial de algunos pronunciamientos en materia de responsabilidad de los administradores en Colombia .....	49
4.1. Análisis de tres sentencias proferidas por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades relacionadas con los deberes de actuación de los administradores y la invocación explícita o tácita de la regla de discrecionalidad .....	49
4.1.1. Violación de los deberes de cuidado y lealtad: Sentencia No. 800 – 85 del 8 de julio de 2015.....	49
4.1.2. Interpretación del deber de cuidado: Sentencia No. 801 – 72 del 11 de diciembre de 2013.....	53

4.1.3. Consecuencias de la violación del régimen de conflictos de interés: Sentencia 800 – 29 del 14 de mayo de 2014 .....	56
4.2. Análisis de la Sentencia del 30 de marzo de 2005 proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Jaime Arrubla Paucar .....	64
Capítulo V. Conclusión.....	73
Bibliografía .....	82



## Introducción

El presente trabajo de grado tiene por objetivo determinar si es necesario reformar o no el régimen jurídico de los administradores de sociedades en Colombia a la luz del régimen de administradores sociales del derecho societario del Estado de Delaware. Esta reforma consistiría específicamente en incorporar la *regla de la discrecionalidad* al régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia, regla en virtud de la cual los jueces deben abstenerse de examinar la gestión social de los administradores a menos que adviertan alguna irregularidad en su actuación, como por ejemplo el haber incurrido en un conflicto de interés que resulte nocivo para la compañía o haber transgredido los deberes fiduciarios que rigen su conducta. Este respeto por parte de los jueces pretende que los administradores tengan suficiente discreción para asumir riesgos en materia empresarial –por eso la regla se llama así– sin que su gestión sea juzgada exclusivamente a partir de los resultados negativos de sus decisiones.

Este régimen societario extranjero fue escogido como referente de comparación por los beneficios y libertades que ofrece al momento de constituir los estatutos de una sociedad (Harvard Business Services, Inc., 2016, párr. 1). Entre estos beneficios se encuentra por ejemplo la facilidad con la que se puede maximizar el capital o la libertad frente al número de accionistas de la sociedad. Esta flexibilidad normativa hace que Delaware haya sido considerado como el Estado con mejor clima legal durante diez años consecutivos, según el *US Chamber Institute for Legal Reform* (Harvard Business Services, Inc., 2016, párr. 2), lo que se evidencia en que más del 50% de las sociedades abiertas en los Estados Unidos sean constituidas bajo esta normatividad.

Para lograr el objetivo propuesto se diseñó la estructura que se enuncia a continuación. La tesis tiene cuatro capítulos: el primero se refiere a la *figura del administrador* en abstracto; el segundo alude al contexto colombiano y funge como marco teórico del régimen de responsabilidad de los administradores –en términos de los principios y deberes que rigen su actuación–; el tercero tiene por objeto la contextualización del Estado de Delaware en la materia; el cuarto es un análisis jurisprudencial en el que se hace evidente la prefiguración de la regla de discrecionalidad en algunos pronunciamientos en materia de responsabilidad de los administradores en Colombia.

Al culminar esta investigación y especialmente al cabo del referido análisis jurisprudencial, fue posible concluir que no es necesario reformar el régimen jurídico de los administradores de sociedades en Colombia –a la luz del régimen correspondiente en el derecho societario del Estado de Delaware– en la medida en que la regla de discrecionalidad ya ha sido invocada tácita o expresamente en algunos pronunciamientos de la Delegatura para los Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Así entonces quedó establecido que esta figura proveniente del derecho del Estado de Delaware ya está prefigurada en algunos precedentes nacionales; lo que quizá sí es pertinente preguntarse es si tiene sentido o no incorporarla en la legislación. Pero esto último sería el objeto de estudio de otro trabajo de grado y por lo tanto es otra historia.

## Capítulo I. Figura del administrador

### 1.1. Concepto y características

Para evaluar el sistema normativo aplicable a los administradores de sociedades en Colombia es necesario entender primero la definición de *administrador*. De acuerdo con José Ignacio Narváez, “en sentido lato administrar es manejar, dirigir y gobernar bienes y negocios de otro, ordenar económicamente los medios disponibles y usar de ellos en la forma conveniente” (Reyes, 2002, p. 122). Por lo tanto un administrador es una persona que se encarga de los negocios de otro optimizando los recursos de los que dispone en virtud de su gestión.

Los administradores se caracterizan por ser personas con visión, capaces de aplicar y desarrollar la planeación, organización, dirección y control de la sociedad, velando por el cumplimiento de metas y el crecimiento económico de la compañía. Para que la labor de un administrador sea exitosa no basta con un sinnúmero de títulos académicos; también se necesitan la habilidad técnica, la calidad humana y la alta capacidad de análisis (Consultorio Contable Universidad de Eafit, 2016, párr. 1).

Una vez aclarado el concepto es pertinente precisar quiénes son administradores para la ley colombiana, por un lado, y para la ley de Delaware, por el otro, con el fin de realizar un análisis detallado sobre cómo se entiende esta figura y cuáles principios la rigen. Esto permite determinar

qué ordenamiento es más claro y por lo tanto lograr una comparación de los dos regímenes señalando cuáles son las ventajas y desventajas de cada uno.

## **1.2. Administradores en Colombia**

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 establece quiénes 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”. Esta norma consagra una enumeración de las personas que ostentan esta calidad en razón de las funciones que cumplen más que una definición de administrador (Superintendencia de Sociedades de Colombia, 2002, p. 2).

### **Representante legal**

El representante legal es un administrador cuya función consiste en representar a la sociedad de acuerdo con las facultades y poderes conferidos por los estatutos y por la ley. También es denominado gerente, presidente, director general, etc. según quede plasmado en los estatutos o se utilice en la práctica. El representante legal es quien representa a la sociedad frente a los terceros con quienes ésta interactúa y entabla relaciones jurídicas celebrando contratos, adquiriendo derechos y por supuesto asumiendo obligaciones.

## **El liquidador**

Es liquidador es quien ha sido designado para ejercer tareas específicas relacionadas con el estado de disolución de la empresa así como con el análisis de los criterios cuantitativos del patrimonio social. Dentro de sus funciones también está realizar el pago de los pasivos externos y posteriormente el interno, rendir cuentas sobre sus gestiones y hacer el registro final del acta de liquidación. La gestión del liquidador está limitada exclusivamente a la realización de las tareas que están pendientes al momento de la disolución de la sociedad y por lo tanto no puede iniciar nuevos negocios sociales (Narváez, 2002, p. 108).

## **El factor**

De acuerdo con el artículo 1332 del Código de Comercio se entiende por *factor* aquella persona que en virtud de un contrato de preposición toma a su cargo la administración de un establecimiento de comercio o de una parte de su actividad. Tal establecimiento puede ser una sucursal, una agencia o un punto de fábrica (Superintendencia de Sociedades de Colombia, 1997, p. 1).

## **Miembros de junta o consejo directivo**

Son miembros de junta o del consejo directivo los directores cuya función es ejecutada, bien sea como consecuencia de la estructura societaria requerida por la ley, o en virtud de las disposiciones estatutarias implementadas por la voluntad privada (Narváez, 2002, p. 109). Esta denominación se refiere también a los directores que actúan en compañías en las que es obligatoria la existencia de este órgano de administración, como es el caso de una sociedad anónima.

## **Quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten funciones de administrador**

De acuerdo con la opinión de Francisco Reyes Villamizar, “la previsión es vaga y puede generar dificultades de interpretación” (Reyes, 2002, p. 113). Una interpretación exegética de la norma permite identificar un vacío en términos de la definición de las funciones del administrador; consecuentemente y con el fin de comprender el alcance de este concepto en el sistema jurídico colombiano, es necesario remitirse a los pronunciamientos de la doctrina administrativa de la Superintendencia de Sociedades en la materia (Reyes, 1999, p. 202).

En este sentido, la Circular Externa 009 de 1997 de la Superintendencia de Sociedades delimitó el tema como se enuncia a continuación<sup>1</sup>: “(...) las personas que por razón de las

---

<sup>1</sup> Esta Circular Externa *no* fue derogada por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades.

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

La ley también confiere el carácter de administrador a aquellas personas que si bien no actúan permanentemente como representantes legales de la misma, sí tienen esa posibilidad, tal como acontece con los representantes legales y con los directores suplentes, cuya actuación se encuentra supeditada a la ausencia temporal o definitiva del principal”. Sin embargo se aclara en qué otras situaciones se adquiere la calidad de administrador social.

### **Figura del administrador de hecho introducida en Colombia por la Ley 1258 de 2008**

Administradores de hecho son “(...) aquellas personas físicas o jurídicas que, a pesar de estar desprovistas de un mandato social, se inmiscuyen en el funcionamiento de la sociedad para ejercer, con soberanía e independencia, una actividad positiva de gestión, de administración y de dirección” (Villamizar, 2013, p. 175). El artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 reguló explícitamente esta figura mediante una consagración general que le otorga al juez discrecionalidad para definir cuándo se está o no frente a un administrador de hecho; así lo establece el correspondiente párrafo: “(...) las personas naturales o jurídicas que, sin ser

administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores” (Villamizar, 2013, p. 178).

Así pues el sistema de los administradores de hecho tiene como objetivo “(...) hacerles extensivas las responsabilidades legales aplicables a los administradores a otros individuos que, sin ocupar cargos formales dentro de la compañía, cumplan actividades positivas de administración o gestión” (Villamizar, 2013, p. 169) La figura de administrador de hecho se introdujo debido a la reiterativa situación en la que individuos ajenos a la administración de la compañía están en posición de controlarla y, no en pocas ocasiones, causarles perjuicios a ésta, a los asociados y a terceros (Villamizar, 2013, p. 169).

Finalizado el estudio de la figura del administrador en la legislación colombiana, se procede a analizar la figura de administrador en el Estado de Delaware.

### **1.3. Administradores en Delaware**

La sección 141 (a) de la Ley General de Corporaciones de Delaware establece que todo modelo de negocios que haya sido creado en el Estado “deberá ser manejado por un administrador o por una junta directiva”. Sin embargo queda claro que ser dueño no implica tener pleno control sobre la compañía por cuanto una sociedad es una persona jurídica independiente creada para el manejo de sus negocios.



Por lo tanto bajo el régimen del Estado de Delaware los administradores son los encargados de la dirección y control de la compañía y están comprometidos a obrar de buena fe y con la diligencia requerida justamente porque gestionan negocios ajenos. En este orden de ideas los administradores asumen un *deber fiduciario* con la compañía y sus accionistas que consiste en “las obligaciones y restricciones que le son impuestas a los administradores” (American Bar Association, 2011, p. 14).

Ahora bien, los deberes fiduciarios son los que obligan al administrador a actuar prudentemente y en beneficio de la compañía. El régimen estadounidense habla de tres deberes fiduciarios: (i) el deber de cuidado, (ii) el deber de buena fe y (iii) el deber de lealtad. El cumplimiento de estos deberes está presente en el día a día del administrador cuando toma decisiones, delega funciones y supervisa a sus subordinados (American Bar Association, 2003, p. 15).

## **Capítulo II. Contexto colombiano y marco teórico**

### **2.1. Ley 222 de 1995**

Con la promulgación de la Ley 222 de 1995 –por medio de la cual se modificó el Libro II del Código de Comercio– se expidió un nuevo régimen de procesos concursales y además se

introdujo un nuevo régimen de deberes y responsabilidades para los administradores de las compañías colombianas.

Esta reforma fue la manera de adaptarse a los cambios que introdujo la Constitución Política de 1991 en términos del modelo económico, que dejó de ser proteccionista y se convirtió en un régimen económico liberal. El nuevo modelo económico exigió agilidad en el desarrollo comercial así como el fortalecimiento empresarial por cuanto “(...) una legislación societaria que no atienda las necesidades del comercio no cumple una función adecuada dentro de un Estado de derecho”; esto último es consistente con el texto del artículo 333 de la Carta. Por lo tanto y en términos de la exposición de motivos del proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 222 de 1995, su objetivo consistió en “(...) dotar al país de una legislación que atienda las exigencias y necesidades de los entes societarios tanto a nivel nacional como internacional y establecer mecanismos de protección (...)”.

Una de las modificaciones más importantes que introdujo la Ley 222 de 1995 fue la unificación del régimen civil y mercantil en materia societaria; con esto último se dio el primer paso para la integración del derecho privado y se aclararon conceptos que en la práctica habían generado problemas de interpretación –como quiénes son administradores según la legislación colombiana–. Así pues la Ley 222 estableció quiénes son administradores, cuáles son sus deberes, responsabilidades y las acciones sociales de responsabilidad de los asociados o terceros de buena fe contra los administradores.

De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 222 de 1995, la norma intentó crear un estatuto estructurado para los administradores que delimitara sus funciones, atribuciones, responsabilidades y sanciones correspondientes. Según la Sentencia C – 123 de 2006, durante el trámite legislativo de la Ley 222 de 1995 el legislador señaló lo siguiente en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes:

“(…) la necesidad de abandonar los modelos tradicionales de responsabilidad referidos al buen padre de familia, que hoy resultan disueltos, para acoger como nuevo patrón el del correcto y leal empresario, ha llevado a proponer un acápite sobre administradores. Una mejor protección del crédito, del público, de los trabajadores y de los mismos socios hace indispensable detallar y precisar las funciones y responsabilidades de los administradores así como las consecuentes acciones de responsabilidad, puesto que es claro que tales funcionarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones sociales, que como es de esperar deben ceñirse a un estricto código de conducta, que resulta concordante con las normas de rendición de cuentas previstas en el capítulo de Estados financieros (...).

Confiamos que con estas nuevas disposiciones no sea difícil, como hasta ahora, establecer las responsabilidades de los administradores y lograr el reconocimiento de las respectivas indemnizaciones, con la seguridad que a los buenos administradores el régimen no les impone obligaciones distintas de las que ya tienen”.

Esta nueva estructura establece una enumeración clara sobre quiénes son administradores, los principios generales de conducta a los que deben someterse, los deberes legales que se derivan de su cargo y las responsabilidades que asumen por los perjuicios que puedan causar por sus actos.

Así pues este estatuto sólo recae sobre los funcionarios enumerados en el artículo 22 de la Ley 222 (Gaviria, 2002, p. 56).

Este nuevo régimen presenta la idea de que los gestores de la empresa tienen deberes de actuación y responsabilidades específicas frente a la sociedad, los asociados, los terceros de buena fe y especialmente respecto del patrimonio social de la compañía, puesto que éste se puede ver afectado si los deberes son vulnerados. Una vez contextualizado el origen y el por qué de esta norma, es necesario analizar el régimen de responsabilidad de los administradores y concretamente sus obligaciones y deberes.

### **2.1.1. Régimen general de los administradores**

Es importante tener en cuenta que antes de la expedición de la Ley 222 de 1995 la responsabilidad de los administradores en Colombia estaba regulada por el Código de Comercio de 1971. Sin embargo esta regulación estaba reducida a un solo artículo –el artículo 410– que estipulaba lo siguiente: “Los administradores responderán de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.

Como se puede observar se trata de una norma que sólo hace referencia a la responsabilidad que asumen los administradores cuando por dolo o culpa causen perjuicios al ente societario

(Reyes, 2013, p. 148 y 149), pero el texto no especifica quién es administrador, cuáles son sus funciones y qué normas o principios han de regir su gestión. Según la exposición de motivos del proyecto de la Ley 222 de 1995, esta norma estableció un conjunto de preceptos encaminados a regular “el marco general de sus actividades, funciones y responsabilidades”. En este orden de ideas la Ley 222 de 1995 constituye el primer estatuto del régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en Colombia.

## **2.2. Principios de actuación de los administradores**

En la Sentencia C – 1287 de 2001 la Corte Constitucional definió los principios de la siguiente manera: “los principios, entendidos como concepto deontológico, expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos (...)”. La Corte también dijo en la Sentencia T – 406 de 1992 que los principios son “(...) normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial (...)”.

Por su parte el concepto de *deberes fiduciarios* es importado de la legislación norteamericana y su origen se remonta al derecho anglosajón (*common law*), en el que se espera que el administrador actúe siempre en beneficio de la sociedad de la cual se ha hecho cargo. Al igual que en el régimen colombiano, en el régimen del Estado de Delaware existen tres tipos de deberes: (i) el deber de cuidado, (ii) el deber de lealtad y (iii) el deber de buena fe (American Bar Association, 2003, p. 14), que en Colombia se conocen como principios (Cubillos, 2008, p. 56).

En síntesis estos principios imponen a los administradores una conducta transparente y exigen que su gestión trascienda la diligencia ordinaria; esto quiere decir que su diligencia debe superar la de un buen padre de familia porque en tanto gestores de negocios ajenos tienen más responsabilidades.

### **2.2.1. Principio de buena fe**

El ordenamiento jurídico colombiano consagra el principio de la buena fe en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991 en los siguientes términos: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (...)”. Tanto el artículo 1603 del Código Civil<sup>2</sup> como el artículo 871 del Código de Comercio<sup>3</sup> señalan que el principio de buena fe debe ser incorporado en la celebración y ejecución de contratos.

En la Sentencia C – 1194 de 2008 la Corte Constitucional lo define como el principio que “exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una ‘persona correcta (*vir bonus*)’”. De acuerdo con esta misma providencia, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”.

---

<sup>2</sup> Art. 1603 **EJECUCION DE BUENA FE**. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

<sup>3</sup> Art. 871 **PRINCIPIO DE BUENA FE**. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Según la Circular Externa 100 – 006 de 2008 de la Superintendencia de Sociedades<sup>4</sup>, la buena fe es un principio de derecho que presupone que las actuaciones de los administradores sean “(...) legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio, es decir, que los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad, y de los negocios que ésta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande (...)”. De acuerdo con esta definición es posible afirmar que, más que un precepto de carácter legal, se trata de una máxima de naturaleza moral que rige la actuación del administrador, quien debe ser responsable, leal y diligente.

### **2.2.2. Principio de lealtad**

El principio de lealtad está consagrado en la Ley 222 de 1995 y exige que la actuación de los administradores sociales sea digna y honorable. La Circular Externa No. 100-006 de 2008 de la Superintendencia de Sociedades lo define como “(...) el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de sus intereses se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios (...)”.

En otras palabras un administrador es leal cuando se compromete con el pleno desarrollo del objeto social de la compañía de tal manera que, según lo previsto por el artículo 23 Ley 222 de 1995, “(...) sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta el interés

---

<sup>4</sup> Esta Circular Externa *no* fue derogada por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades.

de sus asociados (...)” y evitando incurrir en conflictos de interés que puedan beneficiar sus intereses personales. En virtud de este principio, que pareciera ser una extensión del principio de buena fe, emergen unos deberes específicos que ilustran cómo los administradores deben llevar a cabo su gestión.

### **2.2.3. Principio de diligencia**

En el régimen colombiano el referente del principio de diligencia en materia societaria es un buen hombre de negocios, es decir, se concreta en el cuidado que tendría un profesional o un comerciante con respecto a sus propios asuntos, de tal manera que su gestión sea –en términos de la Circular Externa No. 100-006 de 2008 de la Superintendencia de Sociedades– “(...) oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos (...)”.

El artículo 23 de La Ley 222 de 1995 establece que los administradores deben “(...) actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios (...)”. Esta pauta modifica el estándar de conducta precedente previsto en el artículo 2434 de la Ley 57 de 1887, en virtud del cual la diligencia era asimilable a la de un buen padre de familia. El concepto de un buen hombre de negocios implica que el administrador tenga pleno conocimiento del objeto social que está desarrollando y que en el mundo de los negocios asuma riesgos con conocimiento de causa y con la debida preparación.



De acuerdo con la Circular Externa No. 100-006 de 2008 de la Superintendencia de Sociedades, esto último significa que el administrador asuma deberes como “(...) el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas (...)”.

Hasta el momento se han identificado y analizado los principios que constituyen los pilares del régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia, que a su vez pretenden tanto profesionalizar el cargo como garantizar la confianza en el sistema (Laguado, 2004, p. 104). Sobre los principios de buena fe, lealtad y diligencia la Superintendencia de Sociedades ha dicho lo siguiente en la Circular Externa 009 de 1997:

“(...) imponen a los administradores una conducta transparente y una actividad que vaya más allá de la diligencia ordinaria porque la ley exige un grado de gestión profesional, caracterizada por el compromiso en la solución de los problemas actuales y en el aprovechamiento de las oportunidades en curso, por el análisis de la información contable de la compañía y por el diagnóstico de futuro de los negocios sociales, procurando en cada paso satisfacer las exigencias del negocio de que se trate, actuando siempre con lealtad y privilegiando los intereses de la sociedad sobre los propios o los de terceros (...)”.

### 2.3. Deberes de los administradores

De los principios que rigen la actuación de los administradores en Colombia se derivan unos deberes que ilustran cómo se debe llevar a cabo la administración de una compañía. El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 dice que, para efectos de cumplir cabalmente sus funciones, los administradores deben hacer lo siguiente:

- “1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.
4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.
5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.
7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas (...).”

Si bien los deberes están claramente identificados en la norma, para cumplirlos es necesario asumir otros con el fin de satisfacer integralmente los intereses de la sociedad, como por ejemplo: “(...) el deber de información, protección, consejo, fidelidad o secreto (...)” (Solarte, 2004, p. 22). Estos se conocen como deberes secundarios de conducta<sup>5</sup>, que si bien no se

---

<sup>5</sup> Aquellos que buscan satisfacer integralmente los intereses de la contraparte.

encuentran expresamente previstos en la ley, sí están ligados de forma tácita a la tarea encomendada al administrador.

### **2.3.1. Desarrollo del objeto social**

El numeral 4 del artículo 110 del Código de Comercio alude al objeto social de la siguiente manera: “(...) empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales (...)”. En este sentido el numeral 1 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 dice que los administradores son los encargados de “(...) realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social (...)”. Según la Circular Externa No. 100-006 de 2008 de la Superintendencia de Sociedades, dichos esfuerzos están encaminados a la consecución de los resultados perseguidos teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones económicas.

### **2.3.2. Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias**

En tanto representantes de la compañía y según lo dispuesto por la Ley 222 de 1995, los administradores tienen el deber de “(...) velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias (...)”. Por su parte Sergio Rodríguez Azuero lo define como “(...) aquella conducta juiciosa y diligente que despliega una persona con el fin de cuidar, proteger o salvaguardar una determinada cosa (...)”.

Desde este punto de vista es posible afirmar que la función consagrada en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 impone a los administradores la obligación de asegurar el cumplimiento de las disposiciones de legales y estatutarias de la sociedad. Adicionalmente se puede decir que este deber es análogo a una obligación de medios en la medida en que el administrador no puede garantizar el resultado –el efectivo cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias– puesto que existen múltiples factores que pueden escaparse de su control (Azüero, 2006, p. 254).

Sin embargo el precepto no sólo exige que el administrador asegure el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias relacionadas con los negocios de la sociedad; también demanda que procure que todos los empleados de la compañía cumplan con la ley y los estatutos sociales.

### **2.3.3. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la empresa y abstenerse de usar información privilegiada**

El numeral 4 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 establece que los administradores tienen el deber de “(...) guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad (...)”. En virtud de esta norma el legislador le asignó un deber específico al administrador que se deriva del principio de lealtad. Las reservas comerciales e industriales de una empresa son los documentos privados en los que se registra la actividad contable, los secretos industriales y la información privilegiada. Es decir, constituyen la constancia de todos los movimientos y del historial de la

compañía; por lo tanto se trata de una información privada a la que sólo tienen acceso personas determinadas.

En efecto el artículo 61 del Código de Comercio señala lo que se transcribe a continuación: “(...) los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente. Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas”. De acuerdo con la norma sólo los administradores y los propietarios tienen la facultad de revisar las reservas comerciales e industriales de la empresa.

No obstante el derecho de inspección no es ilimitado; de hecho el artículo 48 de la Ley 222 de 1995 establece que “[L]os socios podrán ejercer el derecho de inspección sobre los libros y papeles de la sociedad, en los términos establecidos en la ley, en las oficinas de la administración que funcionen en el domicilio principal de la sociedad. En ningún caso, este derecho se extenderá a los documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad (...)”. En resumen el deber de guardar y proteger las reservas comerciales e industriales de la compañía es la más alta expresión de lealtad del administrador.

Por su parte el numeral 5 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 dispone que el administrador debe “abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada”; esto quiere decir que ha de evitar a toda costa el uso o divulgación de información confidencial sin la aprobación de la junta de socios.

De acuerdo con la Circular Externa 20 de 1997 de la Superintendencia de Sociedades<sup>6</sup>, la información privilegiada es “(...) aquella a la cual sólo tienen acceso directo ciertas personas (sujetos calificados) en razón de su profesión u oficio, la cual por su carácter, está sujeta a reserva, ya que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero (...)”. En últimas el deber de abstenerse de hacer uso de información privilegiada consiste en cumplir firmemente los deberes de lealtad, buena fe y profesionalidad del administrador.

#### **2.3.4. Trato equitativo a todos los socios**

En el Anexo 2 de la Circular Externa 028 de 2007 de la Superintendencia Financiera dice que si bien los administradores son elegidos por las mayorías establecidas en la ley y los estatutos de la compañía, es importante que la sociedad cuente con todos los mecanismos necesarios para asegurar el pleno ejercicio de los derechos de los accionistas así como garantizar un trato justo y equitativo para todos los asociados.

---

<sup>6</sup> Esta Circular Externa *no* fue derogada por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades.

Así entonces, el numeral 6 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 atribuye el siguiente deber a los administradores: “Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos”. Teniendo en cuenta el contenido de la Circular Externa No. 100-006 de 2008 de la Superintendencia de Sociedades, este deber surge con el fin de promover igualdad e imparcialidad así como de evitar tratos preferenciales como por ejemplo permitir el ingreso a las instalaciones sociales sólo a ciertos socios o celebrar reuniones privadas en las que algunos socios queden excluidos. En conclusión los administradores tienen la obligación de obrar con imparcialidad y sin hacer distinciones entre socios mayoritarios y minoritarios.

### **2.3.5. Abstenerse de participar en actos que impliquen conflicto de interés o competencia con la sociedad**

En cuanto a los deberes específicos de conducta de los administradores, hay que referirse necesariamente a su deber de abstenerse de competir con la sociedad y de incurrir en conflictos de interés, que está previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Al respecto dice Francisco Reyes Villamizar: “(...) los regímenes societarios más modernos procuran reprimir severamente todas aquellas conductas en las que el administrador de una sociedad aproveche de manera ilegítima su posición en la sociedad, para llevar a cabo operaciones conflictivas o de competencia, sin cumplir los procedimientos de revelación de información y autorización previa que las normas establecen” (Villamizar, 2013, p. 160).

La Superintendencia de Sociedades ha definido el concepto de conflicto de interés como la situación en que “no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero” (Superintendencia de Sociedades, 2015, p. 54).

#### **2.4. Responsabilidad de los administradores**

Una vez expuestos algunos de los deberes de los administradores sociales es pertinente examinar todo lo relativo a su régimen de responsabilidad. La responsabilidad es la capacidad de respuesta que tiene un administrador respecto de lo que se espera de él así como de reconocer y asumir las consecuencias de sus actos. El artículo 200 del Código de Comercio –que fue modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995– consagra el régimen de responsabilidad de los administradores, y dice lo siguiente:

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

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

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



La responsabilidad de los administradores es una sanción por incumplimiento de sus deberes y se concreta en un menoscabo patrimonial para la sociedad y consecuentemente para sus asociados y terceros de buena fe; cuando el administrador incumple sus deberes se obliga con la sociedad a indemnizar los perjuicios ocasionados.

#### **2.4.1. Acciones de responsabilidad contra los administradores**

Se entiende por acción aquella facultad que tienen los accionistas y terceros de buena fe de acudir a la jurisdicción con el objeto de obtener un resarcimiento por los daños o perjuicios que el administrador les haya causado con su incumplimiento. El ordenamiento jurídico colombiano consagra dos tipos de acciones contra los administradores: la *acción individual de responsabilidad* y la *acción social de responsabilidad*. Ambas tienen el mismo objetivo resarcitorio pero cada una corresponde a un tipo de incumplimiento distinto por parte del administrador. Cuando el daño afecte el patrimonio de la sociedad, resulta procedente la acción social de responsabilidad; cuando el daño afecte directamente a los asociados o a los terceros de buena fe, será aplicable la acción individual de responsabilidad (Garreta, 1991, p. 92 y 93).

##### **2.4.1.1. Acción individual de responsabilidad**

La acción individual de responsabilidad (AIR) es un mecanismo procesal que permite que quien haya sido perjudicado directamente por los actos de los administradores pueda solicitar

ante la jurisdicción la reparación del daño ocasionado, actuando no a nombre de la sociedad sino en interés propio. En el Oficio 220-049329 del 10 de octubre de 2007 de la Superintendencia de Sociedades<sup>7</sup> dice que es la acción “(...) por la cual cualquier persona que haya sufrido perjuicio derivado de actuaciones de los administradores, previa comprobación del interés jurídico que le asiste, puede demandar se le compensen los daños causados al patrimonio personal del asociado o tercero afectado por el hecho. Se trata de una responsabilidad personal del administrador frente a los accionistas o frente a terceros y no de responsabilidad de la sociedad por la actuación de los administradores como órgano social en nombre de ella (...)”.

Según la página 32 del *Proyecto de reforma al régimen societario* de la Superintendencia de Sociedades de 2015, esto quiere último decir que esta acción aplica en aquellos casos en los que el perjuicio sufrido haya caído directamente sobre el demandante, es decir, los asociados y terceros de buena fe. El objetivo principal de esta acción es la reconstrucción del patrimonio del demandante –el asociado o tercero afectado– en la medida en que busca el “(...) resarcimiento de los daños directos que socios o terceros pueden sufrir como consecuencia del incumplimiento culposo en el ejercicio de su cargo, del deber de diligencia de los administradores (...)” (Alcalá, 1993, p. 169).

---

<sup>7</sup> Esta Oficio *no* fue derogado por la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades.

#### **2.4.1.2. Acción social de responsabilidad**

La acción social de responsabilidad (ASR) ha sido catalogada como una de las más importantes innovaciones introducidas por la Ley 222 de 1995. Su artículo 25 establece lo siguiente: “(...) 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 (...)”.

De lo anterior puede deducirse que la finalidad de la acción es la reconstitución del patrimonio de la sociedad y no la del patrimonio de sus accionistas o terceros de buena fe. Como ya se dijo, la acción social busca recomponer el patrimonio que ha sido afectado como consecuencia de una acción u omisión culposa de los administradores de la sociedad. Consecuentemente la legitimación activa le corresponde a la sociedad y a su vez le permite llevar sus pretensiones de reintegración patrimonial ante la jurisdicción dentro de los tres meses siguientes a su ocurrencia (Pino *et al.*, 2009, p. 47).

## **2.4.2. Generalidades y algunas hipótesis de responsabilidad de los administradores según la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades**

De acuerdo con la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, los administradores responderán “(...) solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros, salvo que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión, o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten” (Superintendencia de Sociedades, 2015, p. 52).

De acuerdo con la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, el hecho de que la ley exonere de responsabilidad a aquellos administradores que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión, o que hayan votado en contra de la determinación siempre que no la ejecuten, pretende estimular a los miembros de las juntas directivas y a todos los administradores en general para que asuman y expresen su criterio de forma individual en relación con los asuntos que les conciernen, y que además quede constancia de sus opiniones y del sentido y razón de su voto o decisión en las actas o documentos en los que queda registrada su gestión. Esto a su vez implica que no es suficiente votar en contra de la determinación ni con dejar constancia de la decisión adoptada: el administrador no puede ejecutar ni obrar conforme a ésta (Superintendencia de Sociedades, 2015, p. 52 y 53).

Por otro lado la culpa del administrador se presume cuando éste incumple sus funciones, se extralimita en el ejercicio de éstas o cuando infringe la ley o los estatutos de la sociedad

(Superintendencia de Sociedades, 2015, p. 53). Del mismo modo se presume su culpa cuando los administradores “(...) hayan impulsado o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades sin que estas estén justificadas por balances reales y fidedignos, casos en los cuales responderán por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar” según lo dispuesto por el artículo 200 del Código de Comercio, a su vez modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995.

Si el administrador es una persona jurídica, la responsabilidad recaerá sobre ésta y sobre quien actúe en calidad de representante legal. Ahora bien, el legislador ha dispuesto que toda cláusula del contrato social tendiente a absolver a los administradores de las responsabilidades referidas o a limitarlas según el importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos, se tendrán por no escritas (Superintendencia de Sociedades, 2015, p. 53). También dice la Superintendencia: “Además de las reglas generales sobre responsabilidad consagradas para administradores y liquidadores prevista en la ley, otras normas de la legislación mercantil disponen casos especiales en que los administradores incurren en responsabilidad, los cuales son:

- a. Los administradores que realicen actos dispositivos sin que la sociedad haya hecho el registro en la Cámara de Comercio de la escritura de constitución o, si hay aporte de inmuebles, el correspondiente en la oficina de registro de instrumentos públicos, responderán solidariamente ante los asociados y terceros de las operaciones que celebren o ejecuten por cuenta de la sociedad (C. Co., art. 116).
- b. En caso de nulidad por objeto o causa ilícitos, los asociados y quienes actúen como administradores responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo externo y por los perjuicios causados. Además, quedarán inhabilitados para ejercer el comercio por el término de diez años (C. Co., art. 105).

- c.** Cuando se declara la nulidad de una decisión de la asamblea o de la junta de socios, los administradores deben (i) tomar las medidas necesarias para que se cumpla la sentencia, pues de lo contrario su negligencia los hará responsables de los perjuicios que ocasionen, y (ii) indemnizar a la sociedad por los perjuicios derivados del cumplimiento de las decisiones anuladas, con derecho a repetir contra los asociados que las aprobaron (C. Co., arts. 192 y 193).
  
- d.** Los administradores (y el revisor fiscal) responden de los perjuicios que causen a la sociedad, a los asociados y a terceros por la no preparación o difusión de los estados financieros (L. 222/95, art. 42, inc. 2°).
  
- e.** Cuando la sociedad anónima se forma, se inscribe o se anuncia sin especificar que tiene esta calidad o sin la sigla “S.A.”, los administradores responderán solidariamente de las operaciones sociales que celebren (C. Co., art. 373).
  
- f.** Los administradores responderán solidariamente ante los asociados y terceros por los perjuicios causados cuando inician nuevas operaciones sociales a pesar de encontrarse la sociedad en estado de cesación de pagos o cuando no convocan de inmediato a los asociados para informarlos sobre dicho estado (C. Co., art. 224).
  
- g.** Cuando en la sociedad anónima ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, los administradores deben abstenerse de iniciar nuevas operaciones y convocarán inmediatamente a la asamblea general para informarla de la situación. Si no se procede de esta forma, los administradores serán solidariamente responsables de los perjuicios que causen a los accionistas y a terceros por las operaciones efectuadas con posterioridad a la fecha en que se verifiquen o constaten las pérdidas indicadas (C. Co., art. 458).

- h. El factor debe indemnizar a la sociedad proponente por los perjuicios derivados del incumplimiento de las normas contables, fiscales y administrativas relativas al establecimiento administrado (C. Co., art. 1338).
  
- i. El liquidador responde frente a la sociedad, los asociados y terceros cuando realiza operaciones o actos ajenos a la inmediata liquidación privada de la sociedad. (C. Co., art. 222).
  
- j. Tratándose de las SAS, el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, señala que las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, le serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad, como a su junta directiva y demás órganos de administración si los hubiere.

En tal sentido, responden por el incumplimiento de las funciones consagradas en el artículo 23 de la Ley 222, así como de los deberes de buena fe, lealtad y diligencia. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores”.

### **Capítulo III. Contexto del Estado de Delaware**

#### **3.1. Ley General de Sociedades de Delaware (DGCL)**

La Ley General de Sociedades de Delaware de 1899 es considerada como uno de los estatutos más avanzados y flexibles del país en materia societaria porque se actualiza anualmente y su

objetivo consiste en satisfacer las necesidades económicas de los empresarios garantizando mayor predictibilidad y estabilidad (The Official Website of the First State of Delaware, 2013, párr. 3). La DGCL es flexible porque se adapta con facilidad a las nuevas condiciones de mercado por medio de innovaciones y de la búsqueda de un clima legal idóneo para los empresarios. Esto es ostensible en el hecho de que más del 50% de las sociedades abiertas en los Estados Unidos son constituidas bajo la normatividad de este Estado.

No obstante la DGCL no regula todo el régimen societario del Estado de Delaware sino que se ocupa solamente de los asuntos internos de la sociedad, es decir, de las relaciones que se establecen entre accionistas o terceros y la administración social. Es una ley contractual especializada en el manejo y control de los roles, deberes y relaciones que existen entre quienes tienen el control de una sociedad y aquellos que invierten en ella (The Official Website of the First State of Delaware, 2013, párr. 3). Así entonces la DGCL establece de manera general cómo se debe crear una sociedad, los requisitos, las facultades y prerrogativas de los administradores y las sanciones en caso de incumplimiento (Reyes, 2013, p. 222).

La adaptabilidad del régimen de Delaware a las necesidades económicas de los empresarios se debe a que el Estado depende de los ingresos derivados de los tributos que han sido impuestos a las sociedades de capital. Así lo expresa Roberta Romano: “[U]n Estado cuyas rentas dependen en alto grado de los derechos que pagan las sociedades en él constituidas debe responder adecuadamente ante las necesidades de esas compañías. De no hacerlo, asumirá el grave riesgo de perder cuantiosos recursos” (Ibídem, p. 106). Esto implica que la constante actualización del



régimen es correlativa al cobro de impuestos a la sociedades de capital que han sido creadas bajo su legislación.

En un sentido análogo Lewis Solomon ha señalado que “[L]a legislación de Delaware está diseñada para concederle a la administración de una sociedad un mayor grado de flexibilidad en la estructuración y manejo de sus negocios. Las cortes del Estado de Delaware demuestran un grado muy avanzado de sofisticación en temas societarios. La legislación de Delaware ha sido interpretada y desarrollada considerablemente, lo que implica una mayor seguridad jurídica para los empresarios. La referida legislación evoluciona a medida que surgen nuevos problemas y necesidades” (Ídem).

Delaware encabeza el mercado de las leyes societarias precisamente porque es un estatuto que fija las condiciones generales del régimen societario y delimita el estándar de conducta que deben cumplir los administradores, concretándolo a su vez en deberes fiduciarios o *fiduciary duties* (Ibídem, p. 223).

### **3.2. Deberes fiduciarios – Fiduciary duties**

En el régimen estadounidense los deberes fiduciarios se conocen como el *triad of fiduciary duties*: el deber de cuidado, el deber de buena fe y el deber de lealtad (Barbera, 2002, p. 76), y son los límites que se imponen a la gestión de los administradores. Al respecto Francisco Reyes Villamizar dice que “(...) tales deberes apuntan al señalamiento de unas reglas definidas de

conducta ante los asociados, cuya base fundamental está en la exigencia irrestricta de la buena fe de los directores (...)” (Reyes, 2013, p. 222).

### **3.2.1. Deber de cuidado – *Duty of care***

El deber de cuidado de los administradores exige que su gestión sea de buena fe, con la diligencia que tendría una persona prudente en circunstancias similares y con la firme convicción de que se está actuando para cumplir con los objetivos de la compañía (American Bar Association, 2003, p. 16). Los administradores deberán actuar con “(...) el cuidado que una persona medianamente prudente aplicaría puesta en posición semejante y bajo las mismas circunstancias (...)” (The American Law Institute, 1994, p. 24). El deber de cuidado busca que los administradores sociales sean diligentes y prudentes en la gestión de la compañía; esto implica que al momento de tomar decisiones estén suficientemente informados (Reyes, 2013, p. 228).

El Estado de Delaware ha establecido un estándar de conducta denominado *negligencia grave* o *gross negligence*, que sirve para determinar si los administradores han cumplido o no con el deber de cuidado (Holland, 2008, p. 18). Sin embargo con posterioridad a la decisión del caso *Smith v. Van Gorkom* de 1985 se concluyó que “(...) el deber de cuidado sólo existe como una aspiración cuando se trata de perjuicios económicos”. Esto último, sin perjuicio de que pueda acudir al litigio en caso de que los administradores se aparten del parámetro de comportamiento de un buen hombre de negocios.

### 3.2.2. Deber de lealtad – *Duty of loyalty*

En el caso *Guth v. Loft* de 1939<sup>8</sup> la Corte Suprema de Delaware se pronunció de esta manera sobre el deber de lealtad: “(...) regla que le exige al administrador, la perentoria y constante observancia de su deber para proteger los intereses de la sociedad con la cual se ha comprometido”. Así mismo lo dispone la Nueva Ley Tipo de Sociedades de Capital (RMBCA), que dice que los administradores deben “(...) actuar según estimen conveniente, de modo de servir los mejores intereses de la compañía (...)” (Reyes, 2013, p. 230). Así entonces el objetivo del deber de lealtad es garantizar que todo acto o negocio realizado en nombre de la sociedad sea fidedigno y que prevalezcan los intereses de la compañía sobre los del administrador (The Official Website of the First State of Delaware, 2016, p. 2).

Ahora bien ser leal no sólo se refiere a la toma de decisiones en beneficio de la compañía; de acuerdo con Robert Charles Clark, ser leal impide que los administradores se aprovechen de la sociedad y de sus asociados mediante operaciones injustas o fraudulentas gracias a las potenciales ventajas de su cargo: “[L]as exigencias derivadas del deber de lealtad les impedirán a tales personas beneficiarse injustificadamente en perjuicio de los socios o accionistas (...)” (Reyes, 2013, p. 231). Por tal razón la Ley General de Sociedades de Delaware obliga a todo aquel que realice la labor de administrador social a jurar lealtad a la sociedad y a sus asociados, dejando de lado su interés personal (ídem).

---

<sup>8</sup> Fallo *Guth v. Loft Inc.* 5 A.2d 503, 510.

### **3.3. Otros deberes de los administradores derivados de los deberes de cuidado y lealtad**

Con el fin de lograr los objetivos de la compañía es necesario que la gestión de los administradores esté regida por el deber de cuidado y lealtad, de los cuales emanan otros como el deber de la buena fe, el de confidencialidad y el de divulgación.

#### **3.3.1. Deber de la buena fe – *Duty of good faith***

El deber de la buena fe “(...) representa el principio de que los administradores de una sociedad a la hora de tomar decisiones, deben actuar con profesionalismo y siendo conscientes de las responsabilidades que su cargo detenta (...)” (Legal Information Institute, 2016, párr. 1). Así entonces el deber de la buena fe no es nada distinto a la disposición que ha asumir el administrador de una compañía de conformidad con el deber de lealtad y en virtud los intereses de la empresa (Furlow, C, 2009, p. 11).

En su más reciente decisión *Stone v. Ritter*, la Corte Suprema de Delaware expresó que la buena fe es una extensión del deber de lealtad y cuidado en los siguientes términos: “(...) es una obligación, no un deber fiduciario independiente (...)” (Furlow, C, 2009, p. 11). Esto último, porque el deber de lealtad garantiza que se obre conforme a los intereses de la compañía, el deber de cuidado define cómo se van a lograr las metas y la buena fe alude a la voluntad con que se realizaron los actos de administración. Así pues las acciones de quien es leal siempre serán dignas y coherentes con la ley (Lafferty *et al.*, s.f., p. 23).

### **3.3.2. Deber de confidencialidad – *Duty of confidentiality***

El deber de confidencialidad también es considerado como una extensión del deber de lealtad porque, en virtud de la protección de los intereses de la compañía, los administradores asumen un deber de confidencialidad. En función de su cargo, el administrador tiene el deber de guardar y proteger las reservas comerciales e industriales de la compañía y sólo puede utilizar esta información en beneficio de la sociedad (Lafferty *et al.*, s.f., p. 24). Así pues la Ley General de Sociedades de Delaware establece en la sección 102 (b) (7) que cualquier incumplimiento del deber de confidencialidad puede significar un incumplimiento del deber de lealtad, convirtiéndose el administrador en el responsable de los daños causados (Klein y Granata, 2013, p. 36).

### **3.3.3. Deber de divulgación – *Duty of disclosure***

Según la Corte Suprema de Delaware, el deber de divulgación o revelación “(...) no es un deber fiduciario independiente, puesto que se deriva del deber de cuidado y lealtad (...). El deber de revelación se presenta en el contexto de las obligaciones fiduciarias de la junta directiva (...) y su aplicación depende del contexto; este deber por sí solo no existe (...)” (Pileggi, 2013, p. 13).

De acuerdo con lo anterior, el deber de divulgación sólo se presenta cuando se está actuando de buena fe y en beneficio de la compañía, informando la situación de la empresa a sus socios. En relación con este punto, los administradores deben comunicar a los socios toda la información

necesaria para la toma de decisiones que requieran aprobación de la junta y cuando se presenten conflictos de interés (Pileggi, 2013, p. 13). En resumen el deber de divulgación sólo se presenta en casos excepcionales y se refiere a información que debe ser conocida por el máximo órgano social (junta de socios).

### **3.4. La regla de la discrecionalidad – Business judgment rule**

La regla de la discrecionalidad es considerada como la piedra angular de la gestión empresarial así como la principal fuente de protección de los administradores de Delaware (DLA Piper, s.f., p. 32). Es entendida como “(...) la presunción de que todas las decisiones tomadas por los administradores hayan sido: (i) desinteresadas e independientes, (ii) informadas y (iii) de buena fe confiando en que la decisión beneficiará a la compañía (...)”<sup>9</sup> (American Bar Association, 2003, p. 14). La regla de la discrecionalidad fue creada para proteger a los administradores en el sentido en que los exime de responsabilidad cuando el resultado de una decisión adoptada por ellos no sea el esperado, siempre y cuando hayan actuado de conformidad con los deberes fiduciarios de lealtad, cuidado y buena fe<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> See *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, 264 n.66 (Del. 2000); *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984); *Ivanhoe Partners v. Newmont Mining Corp.*, 535 A.2d 1334, 1341 (Del. 1987); BJR at 110; see also *Rattner v. Bidzos*, 2003 WL 22284323, at \*7 (Del. Ch. Sept. 30, 2003). According to the American Law Institute, a director or officer who makes a business decision fulfills his or her fiduciary role as long as he or she: (i) is not interested in the subject of the decision; (ii) is informed with respect to the subject of the decision to the extent the director reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (iii) rationally believes the decision is in the best interest of the corporation.

<sup>10</sup> *Cinerama Inc. v. Technicolor Inc.*, 663 A.2d 1156, 1162 (Del. 1995) (the “business judgment rule attaches to protect corporate officers and directors and the decisions they make, and our courts will not second-guess these business judgments”) (citing *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993)).

Así mismo el caso *Grobow v. Perot* de 1988 estableció que la regla de la discrecionalidad sólo puede ser utilizada cuando se tiene certeza de que el administrador “(...) (i) obró de buena fe, (ii) actuó en beneficio de la compañía, (iii) se encontraba bien informado cuando actuó, (iv) no fue en vano y (v) no actuaba para beneficio propio (...)”. Sin embargo si el demandante logra probar que el administrador violó o incumplió alguno de los deberes fiduciarios, la Corte le permitirá continuar con una demanda en contra de este último. La jurisprudencia estadounidense desarrolló ciertas pautas para la aplicación de esta regla, que en términos generales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

“(...) Los jueces no podrán intervenir en el manejo interno de una compañía, aunque las decisiones adoptadas por sus administradores no hubieren sido muy acertadas. Este principio es aplicable aun en aquellos casos en que un manejo diferente hubiera podido mejorar la situación financiera de la compañía.

Los jueces no podrán establecer o modificar las políticas internas de una sociedad por medio de las sentencias que profieran. Ello obedece a la concepción según la cual sus administradores han sido elegidos para adoptar tales decisiones, de manera que su criterio debe prevalecer, a menos que medie una actuación fraudulenta.

Los jueces no están facultados para imponer su criterio en contra del de los administradores sociales que hubieren actuado conforme a la ley en la toma de sus decisiones (...)” (Ibídem, p. 224).

De acuerdo con lo anterior y de conformidad con el *Proyecto de reforma al régimen societario* de la Superintendencia de Sociedades de 2015, los jueces no han de inmiscuirse en las decisiones de negocios adoptadas por los directores o administradores siempre y cuando éstas no impliquen un conflicto de interés o una ilegalidad. Se trata de una presunción de hecho según la

cual se asume que la conducta del administrador es adecuada por cuanto ha debido ser adoptada conforme a los deberes fiduciarios de cuidado, lealtad y buena fe (Legal Dictionary, 2016, párr. 1).

En últimas la regla de discrecionalidad a la vez protege los intereses de los asociados y terceros de buena fe y fija un parámetro de la conducta de los administradores que les permite asumir mayores riesgos conducentes a la innovación empresarial y a la creación de riqueza. Según el *Proyecto de reforma al régimen societario* de la Superintendencia de Sociedades de 2015, esta regla busca que los administradores cuenten con suficiente discrecionalidad para asumir riesgos empresariales sin temor a que su gestión sea juzgada *a posteriori* por los resultados inesperados de sus decisiones.

### **3.5. Responsabilidad de los administradores**

Considerando que los administradores tienen a su cargo la gestión de la compañía, deben respetar la ley y los deberes que rigen su labor porque en caso contrario serán responsables de los perjuicios que hayan causado. Los administradores sociales son responsables cuando obran de mala fe, cuando incumplen el deber de lealtad y cuando son negligentes al momento de tomar decisiones que le conciernen a la compañía. Cuando el administrador incumpla los deberes fiduciarios propios de su cargo, será responsable y los asociados o terceros podrán demandarlo y exigir la correspondiente reparación de los daños y perjuicios causados.



## **Capítulo IV. Análisis jurisprudencial de algunos pronunciamientos en materia de responsabilidad de los administradores en Colombia**

### **4.1. Análisis de tres sentencias proferidas por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades relacionadas con los deberes de actuación de los administradores y la invocación explícita o tácita de la regla de discrecionalidad**

La selección de estas tres providencias no fue arbitraria: fueron escogidas justamente porque muestran cómo la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades está invocando la regla de la discrecionalidad en materia del régimen de responsabilidad de los administradores sociales en Colombia bien sea de forma tácita o expresa.

#### **4.1.1. Violación de los deberes de cuidado y lealtad: Sentencia No. 800 – 85 del 8 de julio de 2015**

En la Sentencia No. 800 – 85 del 8 de julio de 2015 la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades se pronunció sobre la violación de los deberes de cuidado y lealtad. El caso que dio origen a la providencia es el siguiente: la compañía Morocota Gold S.A.S. demandó a los señores Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara, ambos administradores sociales; la demanda fue admitida el 30 de mayo de 2014.

En opinión de los demandantes, en su calidad de administradores de la sociedad en cuestión y en razón del ejercicio de sus cargos y/o en su calidad de administradores de hecho, Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara incumplieron los deberes profesionales y especiales previstos en la ley y en los estatutos sociales. La demanda presentada ante la Delegatura pretende que Wbeimar Alejandro Rincón y Luz Mery Martínez le resarzan a Morocota Gold S.A.S. los perjuicios derivados del incumplimiento de sus deberes como administradores sociales. La indemnización correspondiente comprende tanto el lucro cesante como el daño emergente.

En lo que se refiere a la violación del deber de cuidado, la sociedad demandante solicitó una indemnización de los perjuicios derivados de la violación del deber de diligencia por parte del señor Rincón. Concretamente el apoderado de Morocota Gold S.A.S. considera que el señor Rincón debe asumir las multas que la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia le impuso a la compañía por la violación de normas ambientales. De conformidad con el texto de la demanda, “en mayo de 2012, fecha en que los demandados eran administradores, se dio inicio a la construcción por parte de Morocota Gold S.A.S. de una carretera que da acceso a su planta. La construcción de esa carretera se adelantó sin contar con las licencias ambientales necesarias”.

Con el fin de establecer si el señor Rincón era responsable por haber violado el deber de cuidado, la Delegatura formuló algunas consideraciones acerca de los pronunciamientos emitidos por esta Superintendencia sobre la materia, y por esta razón esta sentencia constituye un hito en términos de sus consideraciones sobre el asunto. Así lo expresó este Despacho en la Sentencia No. 800 – 52 del 1 de septiembre de 2014:

“[l]as 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 adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, a posteriori, por los resultados negativos de sus decisiones. (...) En síntesis, pues, los administradores no podrían actuar como un “buen hombre de negocios” si las cortes deciden escudriñar todas las decisiones que estos sujetos adopten en desarrollo de la empresa social”.

Lo anterior no quiere decir que las actuaciones de los administradores estén exentas de controles legales. Si bien la deferencia de los jueces se refiere a las decisiones adoptadas por los administradores en desarrollo de la actividad social, este respeto judicial no puede extenderse a las omisiones negligentes en que incurran los administradores sociales. Por ejemplo en el presente caso la sociedad demandante logró demostrar que el señor Rincón llevó a cabo la construcción de una vía de acceso a las instalaciones de la compañía sin contar con las licencias ambientales que la ley exige para el efecto.

En este caso concreto la violación de las normas ambientales se deriva directamente del descuido injustificado del señor Rincón, cuyo actuar negligente dio lugar a que la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia le impusiera diversas sanciones a Morocota Gold S.A.S. Esta omisión negligente en el cumplimiento de las funciones de representación legal cuya sanción consiste en comprometer la responsabilidad del señor Rincón está respaldada por el

artículos 200 del Código de Comercio y el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Siendo consistente con su razonamiento, la Delegatura concluyó que el señor Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo incumplió los deberes que emanan de su calidad de representante legal de Morocota Gold S.A.S. y por lo tanto lo condenó a resarcirle a Morocota Gold S.A.S. los perjuicios derivados de la infracción de sus deberes como administrador de la compañía.

Este fallo de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades es muy significativo porque no solamente hace expresa alusión a uno de los objetivos fundamentales de las normas que rigen la actuación de los administradores –buscar un equilibrio entre la autonomía con la que deben realizar su gestión y la responsabilidad que debe imputárseles si transgreden sus deberes, equilibrio que se concreta en *la regla de la discrecionalidad*–, sino que sirve como punto de referencia para saber cuándo la aplicación de esta regla *no es procedente*.

Si bien la adopción de la regla de la discrecionalidad en el régimen jurídico de los administradores en Colombia es un instrumento que permite que la gestión del administrador sea en principio ajena al escrutinio judicial, en caso de que se demuestre que el administrador violó los deberes fiduciarios de lealtad, cuidado y buena fe, ha de sucederle lo que le ocurrió al señor Rincón. En últimas este fallo es garantista en el sentido en que demuestra que esta regla no dejará en impunidad aquellas omisiones negligentes en que incurran los administradores.

#### **4.1.2. Interpretación del deber de cuidado: Sentencia No. 801 – 72 del 11 de diciembre de 2013**

En la Sentencia No. 801 – 72 del 11 de diciembre de 2013 la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades se refirió a la interpretación del deber de cuidado. Esto resulta interesante porque –en términos de la propia Delegatura– el asunto de la providencia es *la interpretación del deber de cuidado*, no *la violación del deber de cuidado*. Esto es importante (aun cuando pueda parecer obvio) porque es un fallo que permite delimitar el alcance de este deber fiduciario así como el de su aplicación.

El caso que dio origen a la providencia es el siguiente: el 11 de julio de 2013 Aldemar Tarazona Montero y otras personas presentaron ante dicha entidad una demanda en contra de Alexander Ilich León Rodríguez, antiguo representante legal de Pharmabroker S.A.S. C.I. La pretensión única de esta demanda consistió en solicitar la declaración de la responsabilidad solidaria e ilimitada de Alexander Ilich León Rodríguez, antiguo representante legal de Pharmabroker S.A.S. C.I., por los perjuicios que presuntamente le generó a la compañía en ejercicio de sus funciones durante el período comprendido entre el 2 de marzo de 2010 y el 18 de julio de 2012.

De acuerdo con los demandantes, el señor Alexander Ilich León Rodríguez incumplió sus deberes como administrador en la medida en que “nunca convocó para realizar Asambleas Ordinarias y presentar ante la asamblea el balance general con los estados financieros de la sociedad con sus respectivos anexos”. Al parecer tampoco “rindió cuentas comprobadas de su

gestión final de cada ejercicio dentro del mes siguiente de su retiro”. En este orden de ideas, los demandantes consideraron que las decisiones de negocios del señor León Rodríguez resultaron perjudiciales para la compañía. Según lo expuesto en la demanda, el señor León Rodríguez vendió productos farmacéuticos de propiedad de Pharmabroker S.A.S. C.I. “por debajo del margen de utilidad necesario del 40%”. Por último la apoderada de los demandantes aludió a la transferencia tardía de recursos a una cuenta.

Al respecto la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades dijo que esta entidad no suele inmiscuirse en la gestión de los asuntos internos de una compañía a menos que se demuestre la existencia de alguna irregularidad que lo justifique. En lo que se refiere al ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, la Delegatura dijo que no le corresponde cuestionar las decisiones de negocios adoptadas por los empresarios a menos que se trate de actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés.

En relación con el presente caso, la Delegatura se convenció de que los demandantes invocaron una desacertada política de precios fijada por el señor León Rodríguez para la venta de medicamentos mientras fue gerente de Pharmabroker S.A.S. C.I. con el exclusivo fin de obtener una indemnización de perjuicios. Sin embargo no puede concluirse que la decisión adoptada por el administrador constituya una transgresión del régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales en Colombia. Esto último, porque las pruebas disponibles demuestran que se trató simplemente de una decisión de negocios adoptada por el gerente –si fue acertada o no resulta irrelevante para los efectos aquí discutidos– y no de la existencia de conflictos de interés o circunstancias irregulares que pudieran impedir el ejercicio objetivo del

cargo de administrador por parte de Alexander Ilich León Rodríguez. Esta decisión del gerente no puede ser cuestionada únicamente a partir del resultado negativo que ocasionó por cuanto durante el proceso tampoco logró acreditarse la existencia de un nexo causal entre los perjuicios señalados en la demanda y los demás supuestos fácticos que presuntamente constituyeron un incumplimiento de los deberes a cargo del señor León Rodríguez. Así entonces la Delegatura decidió desestimar las pretensiones formuladas en la demanda.

Ya se había dicho en el capítulo correspondiente al régimen de responsabilidad de los administradores del derecho societario de Delaware que la regla de discrecionalidad fue creada para proteger a los administradores en el sentido de exonerarlos de responsabilidad cuando el resultado de una decisión adoptada por ellos no sea el esperado, siempre y cuando hayan actuado de conformidad con los deberes fiduciarios de lealtad, cuidado y buena fe<sup>11</sup>. También se dijo que el precedente del caso *Grobow v. Perot* de 1988 estableció que la regla de la discrecionalidad sólo puede ser utilizada cuando se tiene certeza de que el administrador “(...) (i) obró de buena fe, (ii) actuó en beneficio de la compañía, (iii) se encontraba bien informado cuando actuó, (iv) no fue en vano y (v) no actuaba para beneficio propio (...)”. Adicionalmente quedó establecido que en caso de que demandante logre probar que el administrador violó o incumplió alguno de los deberes fiduciarios, esto lo legitima al primero para iniciar una acción en contra del segundo.

Es claro que esta figura proveniente del derecho societario de Delaware prefigura el razonamiento que hizo la Delegatura en este caso respecto de la responsabilidad del

---

<sup>11</sup> *Cinerama Inc. v. Technicolor Inc.*, 663 A.2d 1156, 1162 (Del. 1995) (the “business judgment rule attaches to protect corporate officers and directors and the decisions they make, and our courts will not second-guess these business judgments”) (citing *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993)).

administrador demandado. La afirmación según la cual la Delegatura para Procedimientos Mercantiles no suele inmiscuirse en la gestión de los asuntos internos de una compañía a menos que se demuestre la existencia de alguna irregularidad que lo justifique no es nada distinto a un ejercicio jurisdiccional respetuoso de las gestiones de los administradores sociales siempre que no se trate de actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés.

Como en el presente caso no pudo acreditarse la existencia de un nexo causal entre los perjuicios señalados en la demanda y los demás supuestos fácticos que presuntamente constituyeron un incumplimiento de los deberes a cargo del señor León Rodríguez, la Delegatura concluyó que la decisión adoptada por el administrador no significó una transgresión del régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales en Colombia. Con base en las pruebas disponibles quedó claro que se trató simplemente de una decisión de negocios adoptada por el gerente, y no de la existencia de conflictos de interés o circunstancias irregulares que pudieran impedir el ejercicio objetivo del cargo de administrador por parte de Alexander Ilich León Rodríguez. Este es un caso en el que un juez claramente decidió aplicar la regla de discrecionalidad aun cuando no la haya invocado de manera explícita.

#### **4.1.3. Consecuencias de la violación del régimen de conflictos de interés: Sentencia 800 – 29 del 14 de mayo de 2014**

En la Sentencia No. 800 – 29 del 14 de mayo de 2014 la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades se pronunció sobre las consecuencias de la violación del régimen de conflictos de interés. Este deber específico de conducta exige que el



administrador se abstenga de competir con la sociedad y de incurrir en conflictos de interés, y ha tenido un desarrollo jurisprudencial importante por parte de la referida Delegatura.

El caso que dio origen a la providencia es el siguiente: la compañía Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. inició un proceso en contra de Shirley Natalia Ávila Barrios, representante legal de la sociedad. La demanda presentada por Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S contiene las siguientes pretensiones principales: que se declare la responsabilidad de la denunciada en su actuación irregular, y exigirle que resarza los eventuales perjuicios derivados de las irregularidades en las que incurrió.

De acuerdo con la sociedad demandante, la señora Ávila Barrios –en ejercicio de sus funciones como representante legal de la compañía– incurrió en múltiples conductas reprochables en términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Antes de estudiar las presuntas infracciones, la Delegatura formuló algunas consideraciones acerca del régimen colombiano en materia de conflictos de interés, normas que a su vez tienen relevancia en el ordenamiento económico.

Según la Delegatura para los Procedimientos Mercantiles, la doctrina comparada suele explicar que la distracción de recursos sociales mediante la celebración de operaciones con sujetos vinculados a la compañía es el principal mecanismo para expropiar a los accionistas. En términos de la Delegatura, para entender esto tiene sentido pensar en la suscripción de un contrato de compraventa entre una compañía y su accionista mayoritario. En virtud de su influencia sobre la gestión de la sociedad, el controlante podrá incidir en la determinación de las

condiciones del negocio jurídico propuesto. Si así lo pretende, su posición permitirá fijar en el contrato un precio que incremente su patrimonio personal con un correlativo detrimento del patrimonio social.

Sin embargo hay un consenso en torno a la idea de que las operaciones en las que existen conflictos de interés no son necesariamente nocivas para el interés social. Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el caso de SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Daniel Correa, en el cual la Delegatura estudió diversos contratos de mutuo celebrados entre la sociedad demandante y quienes solían ser sus administradores. Así lo expresó esta entidad en la Sentencia No. 801 – 035 del 9 de julio de 2013: “los administradores demandados obraron en concordancia con los mejores intereses de SAC Estructuras Metálicas S.A. [...] es factible que las operaciones viciadas por un conflicto de interés le reporten importantes beneficios a una sociedad, como en efecto parece haber ocurrido en el presente caso”.

En este sentido la celebración de negocios jurídicos entre sujetos vinculados es muy importante en el contexto de los grupos empresariales porque esta modalidad de organización societaria podría ayudar a corregir ciertas falencias institucionales de los países en desarrollo justamente porque “las estructuras grupales permiten la generación de mercados internos que suplen posibles deficiencias en el sistema financiero, la administración de justicia y el mercado laboral”. Por ejemplo, la transferencia de flujos de capital entre compañías de un mismo grupo puede reducir el costo de la financiación de nuevos proyectos cuando éste sea demasiado alto en el sistema financiero local. La integración en una estructura de grupo puede sustituir un sistema

judicial inoperante en la medida en que el ejercicio del control societario permite asegurar el cumplimiento oportuno de obligaciones.

En últimas el punto de la Delegatura es que, si bien los negocios jurídicos viciados por conflictos de interés pueden resultar idóneos para distraer o malversar recursos sociales, tales operaciones pueden ser virtualmente rentables para la compañía. Por esta razón las normas societarias que regulan la materia buscan evitar que estas operaciones se conviertan en simples instrumentos de expropiación e impedir que se pierda la utilidad potencialmente derivada de la celebración de negocios entre sujetos vinculados.

En la introducción de esta monografía se dijo que la invocación de la regla de la discrecionalidad supone una abstención por parte de los jueces respecto de la gestión social de los administradores se advierta alguna irregularidad en su actuación como por ejemplo haber incurrido en un conflicto de interés que resulte nocivo para la compañía o haber transgredido los deberes fiduciarios que rigen su conducta. Esto quiere decir que en caso de que se advierta la existencia de un conflicto de interés potencialmente nocivo para la compañía no puede invocarse la regla de discrecionalidad y por el contrario se requiera el más minucioso escrutinio judicial.

En algunos países las operaciones viciadas por un conflicto de interés tienden a ser objeto de un detallado examen por parte de las autoridades jurisdiccionales. Por ejemplo, cuando en el Estado de Delaware se detecta un posible conflicto de interés, la Corte de Cancillería queda legitimada para examinar la operación bajo el más estricto criterio de revisión judicial o *entire*

*fairness test*. En vista de que se trata de una medida de fiscalización ex post, esta solución al problema de los conflictos de interés exige que los jueces analicen detenidamente las operaciones objeto de controversia. En este orden de ideas la invocación de la regla de discrecionalidad y la del *entire fairness test* son mutuamente excluyentes, lo cual es consistente con el hecho de que la primera sea aplicable siempre y cuando no exista irregularidad alguna en la gestión de los administradores.

El sistema previsto en el ordenamiento societario colombiano consagra la obligación de surtir un trámite de autorización junto con la posibilidad de solicitar la revisión judicial de operaciones viciadas por un conflicto. La Delegatura hace énfasis en que las reglas colombianas en materia de conflictos de interés hacen parte de los postulados que rigen la actividad de los administradores sociales. De acuerdo con el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores deben “abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros (...) en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses”. En el sistema jurídico colombiano corresponde a los accionistas –reunidos en tanto máximo órgano social– la aprobación de todas aquellas operaciones en las que se presente un conflicto de esta naturaleza. El citado numeral 7 también consagra un mecanismo de fiscalización judicial según el cual “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”. Esto quiere decir que aun cuando los negocios jurídicos hayan sido aprobados por una mayoría de los accionistas que no tengan un interés en la operación, es viable su revisión judicial.

Existen vías judiciales concretas para hacer efectivo el régimen introducido por la Ley 222 de 1995 en materia de conflictos de interés. Si en una reunión del máximo órgano social se ha aprobado la celebración de un negocio jurídico con sujeción a lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 23, existen al menos dos acciones que pueden intentarse ante las instancias judiciales. En primer lugar es posible controvertir la decisión de la asamblea teniendo en cuenta el régimen general de impugnación previsto en el Código de Comercio. En segundo lugar es posible alegar que la operación aprobada por los accionistas “perjudic[a] los intereses de la sociedad” en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En estos casos el demandante es quien asume la carga probatoria, que a su vez consiste en demostrar que la operación controvertida es perjudicial para la compañía aun cuando haya sido aprobada por los principales interesados en proteger el patrimonio social –todos los accionistas–.

Un presupuesto importante de esta norma consiste en la posibilidad de comprometer la responsabilidad de los administradores sociales cuando no exista una autorización válidamente otorgada por la asamblea general de accionistas. Esta hipótesis obliga a los administradores a resarcir los perjuicios sufridos por la compañía o sus accionistas en virtud de la celebración de negocios jurídicos viciados por un conflicto de interés. En esta situación hipotética los demandantes tienen que acreditar la existencia de los perjuicios fundamentan sus pretensiones indemnizatorias.

Por su parte el Decreto 1925 de 2009 –que reglamentó el artículo 23 de la Ley 222 de 1995– reconoció explícitamente la posibilidad de acudir a las instancias judiciales para solicitar la

nulidad absoluta de los negocios jurídicos viciados por un conflicto de interés y de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores.

El artículo 5 del Decreto 1925 dice: “el proceso judicial para obtener la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 de la Ley 222 de 1995 (...). Salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe, declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada”.

Con respecto a la calidad de administradora del caso concreto, Shirley Natalia Ávila Barrios fue designada como representante legal suplente de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. el 2 de junio de 2009. Aun cuando ocupaba el cargo de segundo suplente, la Delegatura estableció que la demandada tuvo a su cargo la gestión administrativa de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. hasta la fecha de su remoción, el 30 de mayo de 2013. Según las pruebas disponibles, el representante legal principal de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. reside por fuera de Colombia y el primer suplente no ejerció sus facultades continuamente durante el período debatido en este proceso.

Adicionalmente entre las pruebas se encuentran numerosos correos electrónicos enviados por la señora Ávila Barrios en los que ella misma se identifica como *gerente de la sucursal Colombia* frente a los clientes y proveedores de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. También es claro que entre 2009 y 2013, la señora Ávila Barrios celebró múltiples negocios

jurídicos en representación de la sociedad demandante incluyendo contratos con entidades financieras y empleados de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. Todo esto reafirma que la señora Ávila Barrios participó activamente en la gestión administrativa de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. –razón por la cual preparó estados financieros y orientó las estrategias comerciales de la compañía–.

Con base en los elementos probatorios referidos, la Delegatura concluyó que la señora Ávila Barrios efectivamente ejerció el cargo de administradora en Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S, y que por lo tanto se encontraba sujeta al régimen de deberes y responsabilidades contenido en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995 durante el término de su gestión como representante legal de la compañía. También quedó establecido que la señora Ávila Barrios celebró múltiples operaciones afectadas por un conflicto de interés y la correspondiente autorización de la asamblea general de accionistas de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., y que por tal razón incumplió los deberes que le correspondían como administradora de la compañía.

Si bien en esta providencia no se invoca la regla de discrecionalidad, es claro que no puede aplicarse por sustracción de materia. En vista de que se advirtió que la señora Ávila Barrios había incurrido en un conflicto de interés que resultaba nocivo para la compañía, era imprescindible la intervención de la Delegatura para los Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades porque la gestión de la administradora había sido irregular en el sentido indicado. Es muy significativo que en la misma providencia se haya invocado la regla del

*entire fairness test* en lugar de la regla de discrecionalidad, figura que también es aplicada por la Corte de Cancillería del Estado de Delaware cuando se detecta un posible conflicto de interés.

#### **4.2. Análisis de la Sentencia del 30 de marzo de 2005 proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Jaime Arrubla Paucar**

El análisis de este pronunciamiento es inexorable en la medida en que es la única sentencia de la jurisdicción civil que se refiere a la responsabilidad de los administradores, y por lo tanto sus consideraciones resultan pertinentes para los efectos de este trabajo de grado. El caso que dio origen a la providencia es el siguiente: el objeto de la demanda consiste en decidir sobre los recursos de casación interpuestos por la señora María Helena Páez de Bonilla y la sociedad AFCOL S.A., contra la sentencia proferida el 28 de enero de 2000 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por la primera contra la sociedad recurrente y los señores José Lloreda Camacho, Alfonso Lloreda Camacho e Isabel Londoño de Lloreda.

La pretensión de la demandante –María Helena Páez de Bonilla– consiste en que los demandados sean declarados civil y solidariamente responsables por los daños causados el 25 de julio de 1994 a los inmuebles y muebles existentes en el predio de su propiedad denominada *El Uval*, a su vez ubicada en la vereda *La Floresta* y cuya jurisdicción es el municipio de Guasca, para que en consecuencia se les condene a resarcir los respectivos perjuicios. Los daños cuya reparación pretende obtener la demandante fueron provocados por el torrente de agua y otros



elementos que corrieron al romperse la presa del embalse construido por la sociedad AFCOL S.A. en la finca de su propiedad, y sobre este punto nunca ha existido duda para la Corte Suprema de Justicia. El eje de la controversia que el cargo plantea radica en la fuente de la responsabilidad del daño ocasionado.

El aspecto de la providencia que resulta concretamente relevante para esta investigación es el cargo que corresponde a la causal primera de casación, en virtud de la cual se impugna la sentencia de segundo grado por ser directamente violatoria de las siguientes normas: el artículo 200 del Código de Comercio –a su vez modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995– y el artículo 2344 del Código Civil debido a los errores de hecho en los que incurrió el Tribunal en su valoración probatoria.

Así entonces el sentenciador pasó por alto el certificado de la Cámara de Comercio que acredita la calidad de José Lloreda Camacho como apoderado general de la sociedad demandada, y que acredita a Alfonso de Jesús Lloreda Camacho e Isabel Londoño de Lloreda como sus respectivos suplentes. Esto en últimas significa que el Tribunal omitió el hecho de que estas personas eran administradores de AFCOL; para justificar esta omisión el sentenciador dijo que “lo que interesa para determinar el sujeto de la responsabilidad no es la denominación del cargo que se ejerce sino la índole de las funciones de decisión y representación que se tengan”.

A esto el sentenciador agregó que –según el informe de Ingeominas y el dictamen de la Sociedad Colombiana de Ingenieros– la presa colapsó por el deficiente mantenimiento del

embalse. Curiosamente el Tribunal dice que, en caso de haber apreciado tales medios de prueba, sí habría condenado a estas personas a asumir una responsabilidad solidaria derivada de la reparación del daño causado a la demandante con base en lo previsto por el artículo 200 del Código de Comercio, o que en su defecto habría aplicado el artículo 2344 del Código Civil, que a su vez consagra la solidaridad en los casos de delito o culpa cometidos por dos o más personas. En vista de que no lo hizo, la Corte Suprema de Justicia concluyó que el Tribunal violó tales disposiciones por falta de aplicación.

El hecho es que el texto del artículo 200 del Código de Comercio se encontraba vigente en el momento en que ocurrieron los hechos materia de este proceso, y que a su vez consagraba la responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales por los daños causados a la persona jurídica, a los asociados o a terceros derivados de sus actuaciones dolosas o culposas. Esto último implica una adopción de los principios generales sobre los cuales está cimentada la responsabilidad en el derecho común. Esta regla fue preservada por el texto del artículo 24 de la Ley 222 de 1995, que modificó el precepto en cuestión de la siguiente manera: “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 el caso de administración colegiada de la empresa social, quedan exonerados de responsabilidad aquellos administradores que no hubieren “tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten”.

Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en su Sentencia del 19 de febrero de 1999, en la que alude a un caso en el que un acreedor de una sociedad comercial pretendía que sus

administradores resarcieran el daño derivado de su conducta dolosa. Tanto el texto original del artículo 200 del Código de Comercio como el texto modificado que fue incorporado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995 dicen que:

“[e]ntre otros supuestos que no necesitan ahora de comentario especial, consagra (...) a favor de los acreedores de una sociedad mercantil, cuando los derechos de los que son titulares resulten lesionados como consecuencia de la actuación dolosa simplemente culposa de los administradores y representantes de la compañía, un recurso complementario que les permite a los primeros dirigirse en acción individual de reparación de daños contra los segundos, sean estos personas naturales o entidades moralmente personificadas, para obtener la indemnización de los perjuicios así ocasionados, recurso que como es bien sabido, tiene su fundamento último en el art. 2341 del C. Civil pues el sentido del art. 200 del C. de Com. no es otro distinto, al hacer explícita la regla en referencia, que el otorgar a los susodichos acreedores un medio de protección directa cuya utilización, desde luego, no excluye la responsabilidad orgánica de naturaleza contractual que pueda predicarse de la sociedad deudora, lo cual, valga advertirlo, no quiere significar en manera alguna que gracias a la disposición comentada, pueda entonces obtenerse doble indemnización para un único daño, sino que en su caso el acreedor perjudicado dispone de dos vías posibles de reclamación apoyadas en sus respectivos títulos, y si la sociedad en cuestión llega a verse forzada a pagar mediando malicia, negligencia no intencionada o simple imprudencia de sus administradores, le queda la posibilidad de resarcirse haciendo uso de la acción social de responsabilidad contra ellos que asimismo instituye el art., 200 tantas veces citado”.

Al parecer el Tribunal exoneró a las personas naturales demandadas de la responsabilidad que pretendió imputárseles porque consideró que “no se demostró la condición en que fueron demandados” y que “por el contrario, negaron la calidad en que se les citó”. Sin embargo en los hechos segundo y quinto de la demanda se afirmó que “Los administradores de la sociedad, y por tanto los responsables directos del manejo y la conservación de sus bienes, desde el año de 1956

fueron los demandados José Lloreda Camacho, Alfonso Lloreda Camacho e Isabel Londoño de Lloreda”, y que “ni la sociedad ni sus administradores efectuaron jamás labor alguna de mantenimiento” sobre el embalse.

Por todo lo anterior estas personas fueron llamadas a asumir una responsabilidad solidaria consistente en indemnizar a la demandante los daños que sufrió con el desbordamiento de las aguas almacenadas en el embalse construido en el inmueble respectivo. En síntesis estos sujetos fueron llamados a responder por ser los administradores de la compañía y por haber omitido las obras de mantenimiento correspondientes.

Después del análisis probatorio la Corte concluyó que el certificado de existencia y representación legal en efecto acredita la calidad de administradores de estas personas, razón por la cual fueron convocados al proceso. Los demandados tampoco desconocieron su calidad de administradores y por el contrario admitieron que les fueron conferidas “entre otras facultades derivadas del mandato contenido en la escritura antes indicada, la de representar a la compañía poderdante y la de administrar sus bienes”. Si bien los demandados objetaron la responsabilidad presuntamente atribuida fue porque consideraron que, por haber obrado dentro del marco propio de las atribuciones otorgadas, efectivamente comprometieron la responsabilidad del ente social y no su responsabilidad personal.

Si bien de acuerdo con el certificado de existencia y representación José Lloreda Camacho era el apoderado general principal de la sociedad en Colombia y Alfonso Lloreda Camacho e Isabel

Londoño De Lloreda figuraban como el primer y segunda suplentes respectivamente –lo que implica que han de asumir las funciones de representación y administración del ente social durante las ausencias temporales y definitivas del apoderado principal en forma sucesiva–, no pudo demostrarse que por la falta transitoria o definitiva del apoderado principal los suplentes hubieren llegado a ejercer su función. Por tal razón no es posible exigir que asuman responsabilidad por el incumplimiento de deberes inherentes a funciones que nunca tuvieron oportunidad de cumplir.

En lo que se refiere a José Lloreda Camacho –apoderado general principal de AFCOL S.A. en Colombia– y a las obras de mantenimiento cuya omisión constituye el factor de imputación de la obligación indemnizatoria que se pretende hacer efectiva, la Corte hizo las siguientes consideraciones: es cierto que el acta de visita elaborada por técnicos de la Corporación Autónoma Regional De Cundinamarca identifica la “carencia de un plan de seguimiento y observación del embalse y la presa” como un factor que sumado a otras circunstancias allí descritas pudo originar la falla de la presa.

También es cierto que el informe de la Sociedad Colombiana De Ingenieros incluye entre las posibles causas del colapso de la presa “la erosión de la pata de la presa que puede haber sido causada por tubificación o flujo de agua con arrastre de materiales bajo ésta, así como por el agua que, rebosándose por encima del muro, caería a su pata aguas abajo, arrastrando los materiales fácilmente erosionables que conforman el suelo de cimentación”, posibilidad a la cual “se sumaría la falta de un mantenimiento adecuado de prevención, que hubiera podido reconocer la erosión en la pata o evitar que el embalse se llenara en su totalidad abriendo la compuerta”,

pruebas que efectivamente identifican la falta de seguimiento y mantenimiento del embalse como una posible concausa de la falla de la presa.

Sin embargo también hacen parte del proceso las declaraciones de Alberto María Marulanda Posada y Fabio Aníbal Amaya Rey, expertos en estructuras de esa naturaleza, quienes se pronunciaron sobre este tema específico. El primero de los expertos dijo que “en razón a su experiencia como consultor en el diseño y supervisión de presas”, se le preguntó si una estructura como la construida en el predio de la sociedad demandada necesitaba mantenimiento periódico y de ser así cada cuánto y qué tipo de profesionales estaban capacitados para efectuarlo. Él respondió que en los países desarrollados “más que mantenimiento la legislación exige es que toda estructura que almacena agua deba ser periódicamente inspeccionada por uno o varios especialistas con el fin de determinar si la estructura requiere de algún tipo de mantenimiento”, pero que en Colombia no existe tal regulación.

También dijo que “en el caso específico de esta presa personalmente realicé inspecciones que podrían asimilarse a las que mencioné anteriormente como obligatorias en otros países”. Sostuvo que en ninguna de sus inspecciones determinó que fuera necesario un mantenimiento en la presa en cuestión, puesto que las operaciones de mantenimiento que debían hacerse a una presa como la edificada en dicha hacienda, “sólo se justifican en razón de que se encuentren circunstancias que ameriten hacerlo”. Teniendo en cuenta lo anterior, el reproche que se le formula al apoderado general de la sociedad demandada carece de fundamento en la medida en que estas presas no requieren un tipo específico de mantenimiento aun cuando sí deban ser inspeccionadas periódicamente para constatar su normal funcionamiento.

Adicionalmente el ingeniero Luis Fernando Orozco Rojas –coautor del informe preparado por la Sociedad Colombiana De Ingenieros– ratificó su declaración en los siguientes términos: “con un mantenimiento se hubiera podido detectar un exceso (sic) de altura de agua en el embalce (sic) y se hubiera podido abrir la compuerta con altelación (sic) para evitar el flujo de aguas por encima y por la cara aguas abajo por la presa todo esto hubiera podido evitar la erosión del suelo de cimentación”. Sin embargo de tales afirmaciones no es posible concluir que hubo un incumplimiento del deber por el cual fue llamado a responder el apoderado general de la sociedad demandada, quien por lo demás sostuvo que la falla ya se había producido al visitar el lugar y por tanto lo no era fácil determinar “si había algún problema de mantenimiento o rebosadero que además se encontraba roto”. Esto significa que no quedó esclarecido si la falta de mantenimiento fue o no un factor determinante en la ruptura de la presa.

En esta misma línea, al preguntársele con qué intensidad o durante cuánto tiempo debió haberse rebosado el agua para producir la erosión en cuestión, dijo que no podía precisar “que volumen de agua se requería para esa erosión en parte porque la capa vegetal del terreno lo protege (sic) y tampoco durante que tiempo porque así como pudo haber sido un fenómeno recurrente también pudo haber ocurrido en un corto plazo de tiempo mas o menos, horas un día”. Esto en últimas quiere decir que no puede inferirse que la presa se rompió por una falla en el deber de cuidado y vigilancia; si bien el fenómeno pudo ser recurrente, también pudo haberse producido en un breve lapso de tiempo que sólo una vigilancia permanente –no requerida en principio– habría permitido percibir. En virtud de las consideraciones anteriores la Corte decidió no casar la sentencia proferida por el Tribunal y dijo lo siguiente:

“Dedúcese entonces que si no se demostró la omisión de conducta atribuida al administrador del ente social, presupuesto requerido, en principio, en el régimen general de la responsabilidad civil, en cuyos lineamientos estaba inspirado, como atrás se anotó, el régimen de responsabilidad de los administradores contemplado en el original artículo 200 del Código de Comercio, y tal elemento -la culpabilidad de su obrar-, no puede presumirse con apoyo en lo prescrito por el artículo 24 inciso 3o de la ley 222 de 1995, modificatorio de aquél precepto, en el cual se consagran algunas presunciones de culpa para los administradores, como ocurre en los casos de incumplimiento de sus funciones, fundamentalmente porque la vigencia de tal estatuto es posterior a la del acaecimiento de los hechos discutidos, amén de que si quien invoca el abandono de esas funciones como fuente de responsabilidad del administrador, debe en todo caso demostrarla, y por lo mismo, no se trataría de una verdadera presunción de culpa, como la doctrina lo discute hoy, la pretensión indemnizatoria deducida en su contra no podía de ningún modo fructificar, situación de la cual adviene la intrascendencia preconizada en relación con el error probatorio cometido por el sentenciador, dado que, así no hubiere existido, la solución del litigio en este específico aspecto no podría ser distinta de la que a la sazón adoptó, atendido el entorno probatorio del litigio, cualidad sin la cual carece de poder para anotar la decisión atacada. Por lo expuesto, el cargo no prospera”.

Al culminar esta investigación y especialmente al cabo del referido análisis jurisprudencial, fue posible concluir que no es necesario reformar el régimen jurídico de los administradores de sociedades en Colombia –a la luz del régimen correspondiente en el derecho societario del Estado de Delaware– en la medida en que la regla de discrecionalidad ya ha sido invocada tácita o expresamente en algunos pronunciamientos de la Delegatura para los Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Así entonces quedó establecido que esta figura proveniente del derecho del Estado de Delaware ya está prefigurada en algunos precedentes nacionales; lo que quizá sí es pertinente preguntarse es si tiene sentido o no incorporarla en la legislación.



## Capítulo V. Conclusión

El proceso de elaboración de este trabajo de grado ha sido complejo. Lo que en principio parecía una tesis de derecho comparado entre Colombia y el Estado de Delaware en materia del régimen de responsabilidad de los administradores se concretó en perspectivas de análisis muy específicas que ambas regulaciones comparten.

El objetivo del presente trabajo de grado consistió en determinar si es necesario reformar o no el régimen jurídico de los administradores de sociedades en Colombia a la luz del régimen de administradores sociales del derecho societario del Estado de Delaware. Esta reforma consistiría específicamente en incorporar la regla de la discrecionalidad al régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia, regla en virtud de la cual los jueces deben abstenerse de examinar la gestión social de los administradores a menos que adviertan alguna irregularidad en su actuación, como por ejemplo el haber incurrido en un conflicto de interés que resulte nocivo para la compañía o haber transgredido los deberes fiduciarios que rigen su conducta. Este respeto por parte de los jueces pretende que los administradores tengan suficiente discreción para asumir riesgos en materia empresarial sin que su gestión sea juzgada exclusivamente a partir de los resultados negativos de sus decisiones.

Este régimen societario extranjero fue escogido como referente de comparación por los beneficios y libertades que ofrece al momento de constituir los estatutos de una sociedad (Harvard Business Services, Inc., 2016, párr. 1). Entre estos beneficios se encuentra por ejemplo

la facilidad con la que se puede maximizar el capital o la libertad frente al número de accionistas de la sociedad. Esta flexibilidad normativa hace que Delaware haya sido considerado como el Estado con mejor clima legal durante diez años consecutivos, según el *US Chamber Institute for Legal Reform* (Harvard Business Services, Inc., 2016, párr. 2), lo que se evidencia en que más del 50% de las sociedades abiertas en los Estados Unidos sean constituidas bajo esta normatividad. Dicha flexibilidad también se traduce en la aplicación de la regla de discrecionalidad, que constituye un incentivo para que los administradores asuman mayores riesgos conducentes a la innovación empresarial y a la creación de riqueza pero circunscribiendo su responsabilidad a casos excepcionales –como el haber incurrido en un conflicto de interés que resulte nocivo para la compañía o haber transgredido los deberes fiduciarios que rigen su conducta–.

Para lograr el objetivo propuesto se diseñó y desarrolló una estructura conformada por cuatro capítulos: el primero se refirió a la *figura del administrador* en abstracto; el segundo aludió al contexto colombiano y fungió como marco teórico del régimen de responsabilidad de los administradores –en términos de los principios y deberes que rigen su actuación–; el tercero tuvo por objeto la contextualización del Estado de Delaware en la materia. Por último el cuarto capítulo constituyó un análisis jurisprudencial en el que quedó claro que la regla de discrecionalidad ha sido invocada en algunos pronunciamientos en materia de responsabilidad de los administradores en Colombia, y que por lo tanto ya está prefigurada en nuestro ordenamiento. La selección de las tres providencias objeto de análisis no fue arbitraria: fueron escogidas justamente porque muestran cómo la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades está invocando la regla de la discrecionalidad en materia del

régimen de responsabilidad de los administradores sociales en Colombia bien sea de forma tácita o expresa.

En la Sentencia No. 800 – 85 del 8 de julio de 2015 la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades se pronunció sobre la violación de los deberes de cuidado y lealtad. Este fallo es más que significativo porque no solamente hace expresa alusión a uno de los objetivos fundamentales de las normas que rigen la actuación de los administradores –buscar un equilibrio entre la autonomía con la que deben realizar su gestión y la responsabilidad que debe imputárseles si transgreden sus deberes, equilibrio que se concreta en *la regla de la discrecionalidad*–, sino que sirve como punto de referencia para saber cuándo la aplicación de esta regla *no es procedente*.

En opinión de los demandantes, en su calidad de administradores de la sociedad en cuestión y en razón del ejercicio de sus cargos y/o en su calidad de administradores de hecho, Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara incumplieron los deberes profesionales y especiales previstos en la ley y en los estatutos sociales. La demanda presentada ante la Delegatura pretende que Wbeimar Alejandro Rincón y Luz Mery Martínez le resarzan a Morocota Gold S.A.S. los perjuicios derivados del incumplimiento de sus deberes como administradores sociales.

En este caso concreto la violación de las normas ambientales se deriva directamente del descuido injustificado del señor Rincón, cuyo actuar negligente dio lugar a que la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia le impusiera diversas sanciones a Morocota Gold

S.A.S. Esta omisión negligente en el cumplimiento de las funciones de representación legal cuya sanción consiste en comprometer la responsabilidad del señor Rincón está respaldada por el artículo 200 del Código de Comercio y el artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Siendo consistente con su razonamiento, la Delegatura concluyó que el señor Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo incumplió los deberes que emanan de su calidad de representante legal de Morocota Gold S.A.S. y por lo tanto lo condenó a resarcirle a Morocota Gold S.A.S. los perjuicios derivados de la infracción de sus deberes como administrador de la compañía.

Si bien la adopción de la regla de la discrecionalidad en el régimen jurídico de los administradores en Colombia es un instrumento que permite que la gestión del administrador sea en principio ajena al escrutinio judicial, en caso de que se demuestre que el administrador violó los deberes fiduciarios de lealtad, cuidado y buena fe. En últimas este fallo es garantista en el sentido en que demuestra que esta regla no dejará en impunidad aquellas omisiones negligentes en que incurran los administradores.

En la Sentencia No. 801 – 72 del 11 de diciembre de 2013 la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades se refirió a la interpretación del deber de cuidado. Esto resulta interesante porque –en términos de la propia Delegatura– el asunto de la providencia es *la interpretación del deber de cuidado, no la violación del deber de cuidado*. Esto es importante (aun cuando pueda parecer obvio) porque es un fallo que permite delimitar el alcance de este deber fiduciario así como el de su aplicación. Al respecto la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades dijo que esta entidad no suele inmiscuirse en la gestión de los asuntos internos de una compañía a menos que se demuestre la

existencia de alguna irregularidad que lo justifique. En lo que se refiere al ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, la Delegatura dijo que no le corresponde cuestionar las decisiones de negocios adoptadas por los empresarios a menos que se trate de actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés.

En relación con el presente caso, la Delegatura se convenció de que los demandantes invocaron una desacertada política de precios fijada por el señor León Rodríguez para la venta de medicamentos mientras fue gerente de Pharmabroker S.A.S. C.I. con el exclusivo fin de obtener una indemnización de perjuicios. Sin embargo no puede concluirse que la decisión adoptada por el administrador constituya una transgresión del régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales en Colombia. Esto último, porque las pruebas disponibles demuestran que se trató simplemente de una decisión de negocios adoptada por el gerente –si fue acertada o no resulta irrelevante para los efectos aquí discutidos– y no de la existencia de conflictos de interés o circunstancias irregulares que pudieran impedir el ejercicio objetivo del cargo de administrador por parte de Alexander Ilich León Rodríguez. Esta decisión del gerente no puede ser cuestionada únicamente a partir del resultado negativo que ocasionó por cuanto durante el proceso tampoco logró acreditarse la existencia de un nexo causal entre los perjuicios señalados en la demanda y los demás supuestos fácticos que presuntamente constituyeron un incumplimiento de los deberes a cargo del señor León Rodríguez. Así entonces la Delegatura decidió desestimar las pretensiones formuladas en la demanda.

Como en el presente caso no pudo acreditarse la existencia de un nexo causal entre los perjuicios señalados en la demanda y los demás supuestos fácticos que presuntamente

constituyeron un incumplimiento de los deberes a cargo del señor León Rodríguez, la Delegatura concluyó que la decisión adoptada por el administrador no significó una transgresión del régimen de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales en Colombia. Con base en las pruebas disponibles quedó claro que se trató simplemente de una decisión de negocios adoptada por el gerente, y no de la existencia de conflictos de interés o circunstancias irregulares que pudieran impedir el ejercicio objetivo del cargo de administrador por parte de Alexander Ilich León Rodríguez. Este es un caso en el que un juez claramente decidió aplicar la regla de discrecionalidad aun cuando no la haya invocado de manera explícita.

En la Sentencia No. 800 – 29 del 14 de mayo de 2014 la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades se pronunció sobre las consecuencias de la violación del régimen de conflictos de interés. Este deber específico de conducta exige que el administrador se abstenga de competir con la sociedad y de incurrir en conflictos de interés, y ha tenido un desarrollo jurisprudencial importante por parte de la referida Delegatura.

El caso que dio origen a la providencia es el siguiente: la compañía Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. inició un proceso en contra de Shirley Natalia Ávila Barrios, representante legal de la sociedad. La demanda presentada por Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S contiene las siguientes pretensiones principales: que se declare la responsabilidad de la denunciada en su actuación irregular, y exigirle que resarza los eventuales perjuicios derivados de las irregularidades en las que incurrió.

En la introducción de esta monografía se dijo que la invocación de la regla de la discrecionalidad supone una abstención por parte de los jueces respecto de la gestión social de los administradores se advierta alguna irregularidad en su actuación como por ejemplo haber incurrido en un conflicto de interés que resulte nocivo para la compañía o haber transgredido los deberes fiduciarios que rigen su conducta. Esto quiere decir que en caso de que se advierta la existencia de un conflicto de interés potencialmente nocivo para la compañía no puede invocarse la regla de discrecionalidad y por el contrario se requiera el más minucioso escrutinio judicial.

En algunos países las operaciones viciadas por un conflicto de interés tienden a ser objeto de un detallado examen por parte de las autoridades jurisdiccionales. Por ejemplo, cuando en el Estado de Delaware se detecta un posible conflicto de interés, la Corte de Cancillería queda legitimada para examinar la operación bajo el más estricto criterio de revisión judicial o *entire fairness test*. En vista de que se trata de una medida de fiscalización ex post, esta solución al problema de los conflictos de interés exige que los jueces analicen detenidamente las operaciones objeto de controversia. En este orden de ideas la invocación de la regla de discrecionalidad y la del *entire fairness test* son mutuamente excluyentes, lo cual es consistente con el hecho de que la primera sea aplicable siempre y cuando no exista irregularidad alguna en la gestión de los administradores.

Con respecto a la calidad de administradora del caso concreto, Shirley Natalia Ávila Barrios fue designada como representante legal suplente de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. el 2 de junio de 2009. Aun cuando ocupaba el cargo de segundo suplente, la Delegatura estableció que la demandada tuvo a su cargo la gestión administrativa de Loyalty Marketing

Services Colombia S.A.S. hasta la fecha de su remoción, el 30 de mayo de 2013. Según las pruebas disponibles, el representante legal principal de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. reside por fuera de Colombia y el primer suplente no ejerció sus facultades continuamente durante el período debatido en este proceso.

Adicionalmente entre las pruebas se encuentran numerosos correos electrónicos enviados por la señora Ávila Barrios en los que ella misma se identifica como *gerente de la sucursal Colombia* frente a los clientes y proveedores de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. También es claro que entre 2009 y 2013, la señora Ávila Barrios celebró múltiples negocios jurídicos en representación de la sociedad demandante incluyendo contratos con entidades financieras y empleados de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. Todo esto reafirma que la señora Ávila Barrios participó activamente en la gestión administrativa de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. –razón por la cual preparó estados financieros y orientó las estrategias comerciales de la compañía–.

Con base en los elementos probatorios referidos, la Delegatura concluyó que la señora Ávila Barrios efectivamente ejerció el cargo de administradora en Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S, y que por lo tanto se encontraba sujeta al régimen de deberes y responsabilidades contenido en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995 durante el término de su gestión como representante legal de la compañía. También quedó establecido que la señora Ávila Barrios celebró múltiples operaciones afectadas por un conflicto de interés y la correspondiente autorización de la asamblea general de accionistas de Loyalty Marketing



Services Colombia S.A.S., y que por tal razón incumplió los deberes que le correspondían como administradora de la compañía.

Si bien en esta providencia no se invoca la regla de discrecionalidad, es claro que no puede aplicarse por sustracción de materia. En vista de que se advirtió que la señora Ávila Barrios había incurrido en un conflicto de interés que resultaba nocivo para la compañía, era imprescindible la intervención de la Delegatura para los Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades porque la gestión de la administradora había sido irregular en el sentido indicado. Es muy significativo que en la misma providencia se haya invocado la regla del *entire fairness test* en lugar de la regla de discrecionalidad, figura que también es aplicada por la Corte de Cancillería del Estado de Delaware cuando se detecta un posible conflicto de interés.

En virtud de todo lo anterior fue posible concluir que no es necesario reformar el régimen jurídico de los administradores de sociedades en Colombia, a la luz del régimen correspondiente en el derecho societario del Estado de Delaware, en la medida en que la regla de discrecionalidad ya ha sido invocada tácita o expresamente en algunos pronunciamientos de la Delegatura para los Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Así entonces quedó establecido que esta figura proveniente del derecho del Estado de Delaware ya está prefigurada en algunos precedentes nacionales; y lo que quizá sí es pertinente preguntarse es si tiene sentido o no incorporarla en la legislación. Pero esto último sería el objeto de estudio de otro trabajo de grado y por lo tanto es otra historia.

## Bibliografía

Alcalá, M. (1993), *Acción individual de responsabilidad frente a los administradores*, Revista de Sociedades, (Núm. 1).

American Bar Association (2003), *International Developments in Corporate Governance Subcommittee: Corporate Governance and Fiduciary Duties* [en línea] disponible en: <http://apps.americanbar.org/buslaw/newsletter/0026/materials/46.pdf>, recuperado: 15 de octubre de 2015.

American Bar Association (2011), *International Developments in Corporate Governance Subcommittee: Fiduciary Duties Under U.S. Law* [en línea] disponible en: [https://www.nacdonline.org/files/PDF/Events/Fiducuiary%20Duties%20Under%20U%20Law\\_1354642384104\\_1.pdf](https://www.nacdonline.org/files/PDF/Events/Fiducuiary%20Duties%20Under%20U%20Law_1354642384104_1.pdf), recuperado: 2 de agosto de 2015.

Azuero, S. (2006), *Temas de derecho financiero contemporáneo*, Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Barbera, H. (2003), *Fiduciary Duties and Disclosure Obligations: Resolving Questions after Malone V. Brincat* [en línea] disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=333024](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=333024), recuperado: 6 de noviembre de 2015.

Colombia (2016), Código Civil, Bogotá.

Colombia (2016), Código de Comercio, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1887, 15 de abril), “Ley número 57 del 15 de abril de 1887, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional”, en *Diario Oficial* No. 7.019, 20 de abril de 1887.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1993, 4 de noviembre), “Exposición de motivos del proyecto de ley que culminó en la expedición de la Ley 222 de 1995”, en *Gaceta del Congreso* número 381 del 4 de noviembre de 1993. (revisar que la fecha esté correcta).

Colombia, Congreso Nacional de la República (1995, 20 de diciembre), “Ley número 222 del 20 de diciembre 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”, en *Diario Oficial* No. 42.156, 20 de diciembre de 1995.

Colombia (2016), Constitución Política de Colombia de 1991, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1992, 5 de junio), *Sentencias*, “Sentencia T – 406”, M. P. Angarita Barón, C., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2001, 5 de diciembre), *Sentencias*, “Sentencia C – 1287”, M. P. Monroy Cabra, M., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2006, 22 de febrero), *Sentencias*, “Sentencia C – 123”, M. P. Vargas Hernández, C., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2008, 3 de diciembre), *Sentencias*, “Sentencia C – 1194”, M. P. Escobar Gil, R., Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2005, 30 de marzo), *Sentencias*, “Sentencia de 30 de marzo de 2015, Sala de Casación Civil”, M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, Bogotá.

Colombia, Ministerio de Justicia (1971, 27 de marzo), “Decreto número 410 del 27 de marzo de 1971, por el cual se expide el Código de Comercio”, en *Diario Oficial* No. 33.339, 16 de junio de 1971.

Consultorio Contable Universidad de Eafit (2016), *Responsabilidad de los administradores* [en línea] disponible en: <http://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/departamentos/departamento-contaduria-publica/planta-docente/Documents/Nota%20de%20clase%2057%20responsabilidad%20de%20los%20administradores.pdf>, recuperado: 6 de marzo de 2016.

Cubillos, C. (2008), *Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica* [en línea] disponible en: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiMvaHZ38jLAhXBqB4KHbKFBMsQFggjMAE&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3627214.pdf&usg=AFQjCNFpjjgO4IOCNvrW2TZi9\\_E\\_fgbpq-w](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiMvaHZ38jLAhXBqB4KHbKFBMsQFggjMAE&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F3627214.pdf&usg=AFQjCNFpjjgO4IOCNvrW2TZi9_E_fgbpq-w), recuperado: 13 de septiembre de 2015.

Delaware (1939), Corte Suprema de Justicia, Fallo *Guth v. Loft Inc.*

Delaware (1985), Corte Suprema de Justicia, Fallo *Smith v. Van Gorkom.*

Delaware (1988), Corte Suprema de Justicia, Fallo *Grobow v. Perot.*

Delaware (1995), Corte Suprema de Justicia, Fallo *Cinerama Inc. v. Technicolor Inc.* [citando]

Delaware (1993), Corte Suprema de Justicia, Fallo *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*

Delaware (2006), Corte Suprema de Justicia, Fallo *Stone v. Ritter.*

DLA Piper (s.f.), *Avoiding personal liability: a guide for directors and officers* [en línea] disponible en: [http://apps.americanbar.org/buslaw/committees/CL996000pub/newsletter/201511/fa\\_1.pdf](http://apps.americanbar.org/buslaw/committees/CL996000pub/newsletter/201511/fa_1.pdf), recuperado: 19 de noviembre de 2015.

Furlow, C. (2009), *Good faith, fiduciary duties, and the business judgment rule in Delaware* [en línea] disponible en: <http://epubs.utah.edu/index.php/ulr/%EE%80%80article%EE%80%81/viewFile/249/221>, recuperado: 19 de octubre de 2015.

Garreta, J. (1991), *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Madrid, España: Marcial Pons.

Gaviria, E. (2002), *Nuevo Régimen de Sociedades: Comentario General*, Segunda Edición, Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

Harvard Business Services, Inc. (2016), *Why Form a Delaware Corporation* [en línea] disponible en: <https://www.delawareinc.com/corporation/>, recuperado: 2 de abril de 2016.

Holland, R. (2008), *Delaware Directors' Fiduciary Duties: The Focus on Loyalty* [en línea] disponible en: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=jbl>, recuperado: 10 de marzo de 2016.

Klein, S. y Granata, E. (2013), *Practical Tips on Board Confidentiality* [en línea] disponible en: <http://media.mofo.com/files/Uploads/Images/130312-Practical-Tips-on-Board-Confidentiality.pdf>, recuperado: 21 de agosto de 2015.

Lafferty, W. *et al.* (s.f.), *A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law* [en línea] disponible en: <http://www.pennstatelawreview.org/116/3/116%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%20837.pdf> recuperado: 18 de enero de 2016.

Laguado, D. (2004), *La responsabilidad de los administradores* [en línea] disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/108/cnt/cnt6.pdf>, recuperado: 20 de julio de 2015.

Legal Information Institute (2016), *Definition of Duty of Good Faith* [en línea] disponible en: [https://www.law.cornell.edu/wex/duty\\_of\\_good\\_faith](https://www.law.cornell.edu/wex/duty_of_good_faith), recuperado: 15 de noviembre de 2015.

Legal Dictionary (2016), *Definition of Business Judgment Rule* [en línea] disponible en: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Business+Judgment+Rule>, recuperado: 15 de noviembre de 2015.

Narváez, J. (2002), *Teoría general de las sociedades*, Novena edición, Bogotá, Colombia: Legis S. A.

Pileggi, F. (2013), *Delaware Fiduciary Duty of Disclosure Explained by Chancery* [en línea] disponible en: <http://www.delawarelitigation.com/2013/05/articles/chancery-court-updates/delaware-fiduciary-duty-of-disclosure-explained-by-chancery/>, recuperado: 26 de mayo de 2016.

Pino *et al.*, (2009), *Directrices del régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades* [en línea] disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen8/pdf01/directrices.pdf>, recuperado: 8 de octubre de 2015.

Reyes, F. (1999), *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos*, Segunda Edición, Bogotá, Colombia: Temis S. A.

Reyes, F. (2002), *Derecho Societario*, Tomo I, Bogotá, Colombia: Temis S. A.

Reyes, F. (2013), *Derecho Societario en Estados Unidos y La Unión Europea*, Bogotá, Colombia: Legis S.A.

Reyes, F. (2013), *SAS – La sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Colombia: Legis S.A.

Solarte, A. (2004), *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, Revista Universitas, Volumen 53 (Núm. 108).



Superintendencia de Sociedades de Colombia (1997, 18 de julio), “Circular Externa número 009 del 18 de julio de 1997, por cuanto la Ley 222 de 1995 contiene varios preceptos que se relacionan con los administradores de sociedades comerciales, los cuales han dado lugar a numerosas consultas, este Despacho ha considerado conveniente, tanto para las sociedades como para los administradores, los accionistas y los terceros en general, recoger en esta circular los criterios que ha expuesto al atender tales consultas” [en línea] disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/Ministerio%20Comercio%202015/C.E.04%201997.pdf>, recuperado: 22 de marzo de 2015.

Superintendencia de Sociedades de Colombia (1997, 4 de noviembre), “Circular Externa número 20 del 4 de noviembre de 1997, teniendo en cuenta las novedades que incluye el régimen legal aplicable a los administradores de los entes societarios, este Despacho ha considerado pertinente fijar algunos criterios sobre el uso de información privilegiada, los actos de competencia desleal y los conflictos de interés, circunscribiendo sus consideraciones al derecho de sociedades y teniendo en cuenta que estos asuntos son excepcionalmente importantes y la adecuada comprensión y respeto de los criterios legales que los inspiran contribuirá a la más ordenada y respetuosa relación entre los socios, los administrados y las sociedades en que ellos tienen interés” [en línea] disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/Ministerio%20Comercio%202015/C.E.%2009%201997.pdf>, recuperado: 22 de marzo de 2015.

Superintendencia de Sociedades de Colombia (2002), *La representación legal, la representación convencional o contractual, administradores* [en línea] disponible en:

<http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/6813.pdf>, recuperado: 18 de febrero de 2016.

Superintendencia de Sociedades de Colombia (2007, 10 de octubre), “Oficio número 220-049329 del 10 de octubre de 2007” [en línea] disponible en: <https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=oficio%20220-049329%2010%20de%20octubre%20de%202007%20supersociedades>, recuperado: 22 de marzo de 2015.

Superintendencia de Sociedades de Colombia (2008, 26 de marzo), “Circular Externa número 100 – 006 del 26 de marzo de 2008, por cuanto la Ley 222 de 1995 al igual que el Libro II del Código de Comercio contienen varios preceptos que se relacionan con los administradores de sociedades comerciales, los cuales han dado lugar a numerosas consultas y han tenido un desarrollo significativo en la práctica societaria, este Despacho ha considerado conveniente, para los administradores, los accionistas y los terceros en general, recoger en esta circular los criterios que ha expuesto al atender tales consultas” [en línea] disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/Web/circulares%20externas/circular%20externa%20006.pdf>, recuperado: 22 de marzo de 2015.

Superintendencia de Sociedades de Colombia (2013, 11 de diciembre), “Sentencia No. 801 – 72 sobre la interpretación del deber de cuidado” [en línea] disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/la-delegatura/jurisdicion-societaria/jurisprudencia/Documents/Ultimas%20sentencias/regimen%20de%20administradores/Sentencia%20No.%20801-72%20%2811-dic-2013%29.pdf>, recuperado: 28 de julio de 2016.

Superintendencia de Sociedades de Colombia (2014, 14 de mayo), Sentencia No. 800 – 29 sobre las consecuencias de la violación del régimen de conflictos de interés” [en línea] disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/la-delegatura/jurisdicion-societaria/jurisprudencia/Documents/Ultimas%20sentencias/regimen%20de%20administradores/Sentencia%20No.%20800-29%20%2814-may-2014%29.pdf>, recuperado: 28 de julio de 2016.

Superintendencia de Sociedades de Colombia (2015), “Proyecto de reforma al régimen societario” [en línea] disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/noticias/Documents/2015/Septiembre/Libro%20proyecto%20de%20reforma.pdf>, recuperado: 22 de marzo de 2015.

Superintendencia de Sociedades de Colombia (2015, 8 de julio), “Sentencia No. 800 – 85 sobre la violación de los deberes de cuidado y lealtad” [en línea] disponible en:

<http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/la-delegatura/jurisdicion-societaria/jurisprudencia/Documents/Ultimas%20sentencias/regimen%20de%20administradores/S%20800-85%20%288-jul-2015%29.pdf>, recuperado: 26 de julio de 2016.

Superintendencia de Sociedades de Colombia (2015, 22 de julio), “Circular Básica Jurídica, que recopila las principales instrucciones generales que en materia legal ha emitido la Superintendencia de Sociedades y que hasta la fecha han estado vigentes; se compendiaron, revisaron, modificaron y actualizaron las instrucciones en materia de Derecho Societario, así como también los principales actos administrativos de carácter general expedidos por esta entidad, con el propósito de facilitar a los destinatarios su cumplimiento, comprensión y consulta” [en línea] disponible en:

<http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/circulares-externas/Normatividad%20Circulares%20Externas/BDSS01-105059756-v1-2015-01-325522-000.PDF>, recuperado: 1 de agosto de 2016.

Superintendencia Financiera de Colombia (2007, 11 de mayo), “Circular Externa número 028 del 11 de mayo de 2007, en atención a que una adecuada estructura de prácticas de gobierno corporativo ayuda a las entidades emisoras de valores a atraer inversión, crecer y competir exitosamente, con el ánimo de proteger la confianza de los inversionistas mediante la identificación, fortalecimiento y suficiencia de la información a la que pueden acceder, este Despacho, en ejercicio de sus atribuciones, en especial las consagradas en el literal a) del artículo 6° de la Ley 964 de 2005 y el numeral 9° del artículo 11 del Decreto 4327 de 2005, considera pertinente establecer la obligación de diligenciar y remitir la encuesta mediante la

cual se da a conocer al mercado de valores la adopción de las recomendaciones del Código de Mejores Prácticas Corporativas de Colombia (en adelante Código País), en los siguientes términos” [en línea] disponible en: [http://www.ecgi.org/codes/documents/cgc\\_columbia\\_2007\\_fr.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/cgc_columbia_2007_fr.pdf), recuperado: 22 de marzo de 2015.

The American Law Institute (1994), *Principles of the Law, Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, Philadelphia, USA: The American Law Institute.

The Official Website of the First State of Delaware (2013), *La sensata y permisiva ley de Delaware* [en línea] disponible en: <http://corplaw.delaware.gov/esp/statute.shtml>, recuperado: 11 de diciembre de 2015.

The Official Website of the First State of Delaware (2016), *An act to amend Chapter 1 of Title 8 of the Delaware Code, entitled “General Corporation Law of the State of Delaware”, by a general revision of that chapter to be effected by repealing the present chapter in its entirety and substituting therefor a new chapter* [en línea] disponible en: <http://delcode.delaware.gov/sessionlaws/ga124/chp050.shtml>, recuperado: 11 de diciembre de 2015.

The Official Website of the First State of Delaware (2016), *El Estilo Delaware: Deferencia a la Regla del Criterio de Negocios de Directores que Actúan Leal y Cuidadosamente* [en línea]

disponible en: [http://corplaw.delaware.gov/esp/delaware\\_way.shtml](http://corplaw.delaware.gov/esp/delaware_way.shtml), recuperado: 11 de diciembre de 2015.